

## **Die Insolvenzanfechtung im System des Zivilrechts**

### **Bargeschäft (§ 142 InsO), fehlende Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) bzw. Masseschmälerung (§ 64 GmbHG), Saldotheorie (§ 818 Abs. 3 BGB) und Vorteilsausgleichung (§ 249 BGB) – Alles Holz vom selben Stamm?**

Vortrag bei der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe am 10. Mai 2016

#### **Thesepapier**

1. Die Insolvenzanfechtung hat den Zweck, vorinsolvenzliche Vermögensverschiebungen vom Schuldnervermögen in das Vermögen des (späteren) Anfechtungsgegners rückgängig zu machen und dient nicht dazu, die Masse auf Kosten des Anfechtungsgegners zu bereichern. Auch ist sie kein Instrument des Ausgleichs von Schäden der Insolvenzmasse, die nicht mit einem entsprechenden Vorteil des Anfechtungsgegners korrespondieren. In der Rechtsfolge ist die Insolvenzanfechtung deshalb auf die Rückgewähr des (effektiv) vom Anfechtungsgegner erlangten Vorteils zu beschränken (sog. Zuflussprinzip), während der in der Insolvenzmasse des Schuldners ggf. darüber hinaus eingetretene Verlust nur nach dem allgemeinen Haftungsrecht, insbesondere nach § 826 BGB ersatzfähig ist (sog. Abflussprinzip).

2. Eine vom Vertragspartner des (späteren) Insolvenzschuldners zeitlich *nach* dessen Leistung erbrachte Gegenleistung lässt im Umfang ihres Wertes die Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO entfallen. Ein zufälliger oder vom Insolvenzschuldner verschuldeter Untergang sowie ein Verbrauch der Gegenleistung zwischen dem Austauschgeschäft und dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung geht nicht zu Lasten des Anfechtungsgegners. Die vom Vertragspartner erbrachte Gegenleistung ist gleichwohl auf den Vermögensabfluss aus der Masse anzurechnen und die Insolvenzanfechtung beschränkt sich auf die Differenz. Gleiches gilt für sonstige kausal auf der Leistung des Insolvenzschuldners beruhende Zuflüsse aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners in die Insolvenzmasse. Weder bei partieller Wertdeckung noch beim Untergang oder Verbrauch der Gegenleistung gibt es für eine Abweichung von den im allgemeinen Zivilrecht sowie im Rahmen des § 64 GmbHG anerkannten Grundsätzen eine insolvenzspezifische Rechtfertigung. Die Annahme einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung ist in Fällen des nicht vom Anfechtungsgegner zu verantwortenden Untergangs oder des Verbrauchs durch den Insolvenzschuldner nicht gerechtfertigt.

3. Die Anrechnung der Gegenleistung bei der Feststellung der Gläubigerbenachteiligung stellt keine unzulässige Vorteilsausgleichung dar. Die Vorteilsausgleichung wird in der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zutreffend nur bei *mittelbaren* Vorteilen abgelehnt, namentlich solchen, die der Insolvenzmasse nicht aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners, sondern ohne dessen Zutun zufließen. Diese Rechtsprechung harmoniert mit dem o.g. Zuflussprinzip, weil ein nicht aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners stammender Vorteil den Zufluss in dessen Vermögen unberührt lässt.

4. Der Grundsatz der Einzelbetrachtung jeder anfechtbaren Rechtshandlung (des Schuldners) ist von der Rechtsprechung ursprünglich nicht zur Begründung einer Anfechtung, sondern zur Abwehr einer Insolvenzverwalterklage entwickelt und erst später umfunktioniert worden. Gleichwohl steht er auch in seiner heutigen Gestalt einer Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Bestimmung der Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen. Richtigerweise ist jener Grundsatz der Einzelbetrachtung allerdings entgegen der jüngeren Rechtsprechung schon im Ansatz von den Fragen der (versagten) Vorteilsausgleichung zu trennen, bei der von vorneherein nur *eine* anfechtbare Rechtshandlung (des Schuldners) in Rede steht.

5. Soweit die Rechtsprechung sich für eine Einschränkung der Saldotheorie in der Insolvenz ausgesprochen hat, beruht dies auf insolvenzspezifischen Wertungen: Eine Rechtsposition, die dem Anfechtungsgegner mangels „Verdinglichung“ auch bei wirksamen Verträgen keinen Schutz in der Insolvenz seines Vertragspartners hätte bieten können, kann dies auch bei nichtigen Verträgen nicht. Der Vertragspartner wird also in beiden Fällen nur an einem von ihm bewusst oder unbewusst eingegangenen Insolvenzrisiko festgehalten. Für die Insolvenzanfechtung folgt daraus: Wer als Vertragspartner durch Vorleistung ein Insolvenzrisiko eingeht und hiervon durch die *nachträgliche* Leistung des (späteren) Insolvenzschuldners befreit wird, kann seine Vorleistung nicht anspruchsmindernd einwenden. Er wird durch die Insolvenzanfechtung nur wieder in die Position des zuvor von ihm übernommenen Insolvenzrisikos zurückversetzt, in der sich auch die anderen (vorleistenden) Insolvenzgläubiger befinden.

6. Das Bargeschäft des § 142 InsO folgt anderen Prinzipien als § 129 InsO. Gemäß § 142 InsO kann auch eine Vorleistung des Anfechtungsgegners die Insolvenzanfechtung ausschließen, wenn sie gleichwertig und die (zeitliche) Unmittelbarkeit eingehalten ist. Die auch für nachträgliche Leistungen des Anfechtungsgegners erforderliche Unmittelbarkeit ist im Rahmen des § 129 InsO irrelevant. Auch deutlich spätere Gegenleistungen lassen die Gläubigerbenachteiligung entfallen. Allein im Rahmen des § 142 InsO belastet auch die h.M. den Anfechtungsgegner nicht mit dem Risiko eines zufälligen oder vom Insolvenzschuldner verschuldeten Untergangs sowie einem Verbrauch der Gegenleistung zwischen Austauschgeschäft und Insolvenzeröffnung. Die mittelbare Gläubigerbenachteiligung ist also nach h.M. (nur) bei einem Eingreifen des § 142 InsO irrelevant.