Prof. Dr. von Wilmowsky

Insolvenzrecht I: Grundzüge

(Vorlesung)

Anfechtungsrecht

-- Recht der (vermögensrechtlichen) Anfechtbarkeit --

-- Überblick [1] --

A. Einleitung 5

B. Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens = Schuldnerbegründete Anfechtbarkeit („Gläubigerbenachteiligung", Benachteiligung aller Gläubiger) 9

C. Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung = Gläubigerbegründete Anfechtbarkeit (Begünstigung eines Gläubigers) 28

D. Verhältnis der beiden Gruppen der Anfechtbarkeit 41

E. Rechtsfolgen (= Inhalt) der Anfechtbarkeit 58

1 Vorläufige Fassung November 2023; Änderungen vorbehalten.

Gliederung

A. Einleitung 5

I. Bedeutung (Inhalt) von „Anfechtbarkeit“ 5

1. Anfechtbarkeit einer Verpflichtung: Verringerung der Verbindlichkeiten, für die das Schuldnervermögen haftet 6

2. Anfechtbarkeit der Befriedigung der Forderung eines Gläubigers: Erweiterung der Vermögensgegenstände, die für Verbindlichkeiten des Schuldners haften 6

II. Terminologie: „Anpassung der Haftungsverhältnisse“ 6

III. Gründe der Anfechtbarkeit: Schuldnerfehlverhalten und Gläubigerfehlverhalten 7

B. Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens = Schuldnerbegründete Anfechtbarkeit („Gläubigerbenachteiligung“, Benachteiligung aller Gläubiger) 9

I. Anwendungsbereich des Rechts der Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens (= allgemeine Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach einem gesetzlichen Tatbestand des Schuldnerfehlverhaltens) 9

1. Benachteiligung der Gläubiger (in deren Gesamtheit) 10

2. Zusätzliche Voraussetzung: Schwere der Benachteiligung; Testfrage 10

II. Gesetzliche Tatbestände des Schuldnerfehlverhaltens 12

1. Vorsatz des Schuldners bei der Benachteiligung der Gläubiger (§ 3 AnfG oder § 133 InsO) 12

2. Unentgeltlichkeit (§ 4 AnfG oder § 134 InsO) 15

3. Nachteiliges Handeln des Schuldners nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 132 InsO) 23

4. Prüfung im Rechtsgutachten 25

C. Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung = Gläubigerbegründete Anfechtbarkeit (Begünstigung eines Gläubigers) 28

I. Anwendungsbereich des Rechts der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens 28

II. Regeln zur Verwertung des Schuldnervermögens „Verwertungsanfechtung“ 30

III. Regeln zum Verteilungsverhältnis zwischen den Gläubigern „Verteilungsanfechtung“ 31

1. § 130 InsO: Vorwirkung der Verteilungsregeln des Insolvenzrechts 31

2. § 131 InsO: Vorwirkung der Verteilungsregeln des Insolvenzrechts -- Anfechtungserleichterungen bei Inkongruenz der Begünstigung 37

3. Sog. „Bargeschäft“ (§ 142 InsO) 38

4. Gläubigerbegünstigung unabhängig von Insolvenzverfahren 39

D. Verhältnis der beiden Gruppen der Anfechtbarkeit 41

I. h.M.: Erstreckung des Schuldnerfehlverhaltens auf die Verhältnisse innerhalb der Gläubigerschaft (Schuldnerfehlverhalten durch Leistung an einen Gläubiger) 41

1. Ausgangspunkt der h.M. 41

2. Begriff des „Nachteils“ nach h.M. 43

3. Ausdehnung der Anfechtbarkeit 45

II. meine Position: Trennung der beiden Zweige; keine Überschneidungsbereiche 45

1. Gründe für die Trennung 46

2. § 129: Differenzierende Auslegung von „Nachteil“ 47

3. Erfüllungsgeschäft: Leistung des Schuldners zur Erfüllung einer Verbindlichkeit 48

4. Verpflichtungsgeschäft 49

III. Position von Thole 50

IV. § 133: auch bei Gläubigerfehlverhalten? 51

1. h.M. 51

2. Kritik 53

3. Hinweis: Änderung des § 133 InsO im Jahr 2017 57

V. § 134 auch bei Gläubigerfehlverhalten? 57

E. Rechtsfolgen (= Inhalt) der Anfechtbarkeit 58

I. Anfechtbarkeit einer Verpflichtung (in meinem Modell: wegen Schuldnerfehlverhaltens) 58

1. Grundsatz 58

2. Leistungen, die auf eine anfechtbare Verpflichtung erbracht worden waren 59

II. Anfechtbarkeit einer Verfügung des Schuldners (in meinem Modell: wegen Gläubigerfehlverhaltens) 63

1. Grundsätze 63

2. Theorienstreit 65

3. Folge für die (zugrunde liegende) Verpflichtung 66

A. Einleitung

I. Bedeutung (Inhalt) von „Anfechtbarkeit“

-- Anfechtbarkeit = (punktuelle) Durchbrechungen des Zusammenhangs zwischen Vermögen und Haftung

-- Zum Vermögensrecht des Zivilrechts gehört: Das Vermögen eines Schuldners haftet für die Verbindlichkeiten dieses Schuldners. Dieser Satz beinhaltet zwei Aussagen:

(1) Das Vermögen des Schuldners haftet für *alle* Verbindlichkeiten des Schuldners. (Das gilt für jede Verbindlichkeit.)

(2) *Nur* das Vermögen des Schuldners haftet für die Verbindlichkeiten des Schuldners. (Es haften nicht auch Gegenstände, die zum Vermögen einer dritten Person gehören).

-- Anfechtbarkeit bedeutet, dass ein Rechtsakt wirksam ist, sich jedoch nicht auf die Haftung auswirkt.

-- Genauer: Für die Frage, für welche Verbindlichkeiten das Vermögen des Schuldners haftet, sowie für die Frage, welche Vermögensgegenstände für die Verbindlichkeiten des Schuldners haften, bleibt ein Rechtsakt, der anfechtbar ist, außer Betracht.

-- Welchen Inhalt die Durchbrechung hat, die das Anfechtungsrecht bewirkt, hängt davon ab, ob der anfechtbare Rechtsakt eine Verpflichtung (genauer: Eingehung einer Verpflichtung) oder eine Verfügung (genauer: Befriedigung einer Gläubigerforderung) ist.

1. Anfechtbarkeit einer Verpflichtung: Verringerung der Verbindlichkeiten, für die das Schuldnervermögen haftet

-- Grundsatz des zivilrechtlichen Vermögensrechts: Das Vermögen des Schuldners haftet für *sämtliche* Verbindlichkeiten des Schuldners.

-- Durchbrechung durch das Anfechtungsrecht: Keine Haftung des Schuldnervermögens für *diejenige Verbindlichkeit* des Schuldners, die in anfechtbarer Weise begründet worden war
= Rechtsfolge, die der § 9 AnfG bzw. § 146 Abs. 2 InsO anordnet

2. Anfechtbarkeit der Befriedigung der Forderung eines Gläubigers: Erweiterung der Vermögensgegenstände, die für Verbindlichkeiten des Schuldners haften

-- Grundsatz des zivilrechtlichen Vermögensrechts: Den Gläubigern haftet nur das Vermögen *des Schuldners*. Ein Gegenstand, über den der Schuldner verfügt hatte und der nun zum Vermögen einer dritten Person gehört, haftet den Gläubigern des Schuldners nicht mehr.

-- Durchbrechung durch das Anfechtungsrecht: Haftung *desjenigen Gegenstands*, der in anfechtbarer Weise aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden war.
= Rechtsfolge, die der § 11 Abs. 1 AnfG bzw. § 143 Abs. 1 InsO anordnet

II. Terminologie: „Anpassung der Haftungsverhältnisse“

Der Name „Anfechtung“ oder „Anfechtbarkeit“ ist wenig treffend, möglicherweise gar irreführend.

-- Anders als bei der Anfechtung von Willenserklärungen (§§ 119-124 BGB) handelt es sich nicht um ein Gestaltungsrecht. Die Anfechtbarkeit wird nicht „erklärt“, sondern tritt im Zeitpunkt des Rechtsakts ipso iure ein.

-- Die Rechtsfolge ist nicht die Nichtigkeit. Vielmehr handelt es sich um eine Änderung der Haftungsverhältnisse.

Englische Autoren, die an der rechtsdogmatischen Entwicklung des Insolvenzrechts interessiert sind, schlagen vor, statt von Anfechtbarkeit („avoidance") von „Anpassung" („adjustment") [der Haftungsverhältnisse] zu sprechen.[2]

III. Gründe der Anfechtbarkeit: Schuldnerfehlverhalten und Gläubigerfehlverhalten

Die Gründe, aus denen sich die Anfechtbarkeit eines Rechtsakts ergeben kann, lassen sich in zwei Gruppen erfassen.

-- **Schuldnerfehlverhalten**: Fehlverhalten des Schuldners gegenüber der Gesamtheit seiner Gläubiger

Terminologie (in dieser Übersicht): Schuldnerfehlverhalten
= Gläubigerbenachteiligung
= Benachteiligung *sämtlicher* Gläubiger

-- **Gläubigerfehlverhalten**: Fehlverhalten eines Gläubigers gegenüber den übrigen Gläubigern

Terminologie (in dieser Übersicht): Gläubigerfehlverhalten
= Gläubigerbegünstigung
= Begünstigung eines Gläubiger zu Lasten anderer Gläubiger

-- Dass sich die Gründe der Anfechtbarkeit in dieser Weise gruppieren lassen, ist anerkannt.[3] Ob diese Gründe voneinander getrennt sind und, falls ja,

---

2 *Keay / Walton*, Insolvency Law: Corporate and Personal, 4th edition 2017, chapter 37.2.

3 Deutsches Recht: *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, 287-301; *Thole*, Die tatbestandlichen Wertungen der Gläubigeranfechtung, ZZP 121 (2008) 67. Entsprechende Strukturierung bei § 826 BGB; siehe Münchener Kommentar zum BGB

wie strikt man diese Trennung durchführen sollte, ist allerdings umstritten. Die h.M. lässt Überschneidungen zu. Meine Position ist, dass beide Gruppen nebeneinander stehen und es keine Überschneidungen gibt. Hierzu unten Teil D. Teilt man meinen Ansatz, ergeben sich zwei separate Zweige des Anfechtungsrechts.

(*Wagner*), 8. Aufl., Band 7, 2020, § 826 Rn. 156 (allerdings mit der Einschränkung, bei dieser Unterscheidung handele es sich lediglich um idealtypische Beschreibungen, nicht um trennscharfe begriffliche Kategorien). Siehe auch unten in Teil D. -- Amerikanisches Recht: *Jackson*, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, 1986 (Nachdruck 2001), 68 f., 123 f., 146-148 (p. 69: "Whereas the avoiding powers in the first group [preferences] adjust the rights of creditors vis-à-vis other creditors, fraudulent conveyance law adjusts the rights of creditors vis-à-vis the debtor."); *Clark*, The Duties of the Corporate Debtor to Its Creditors, 90 Harvard Law Review 505 (513) (1977); *Baird*, The Elements of Bankruptcy, 6th edition 2014, 140 ff. (fraudulent conveyances), 172 ff. (preferences). -- Englisches Recht: *Keay*, In Pursuit of the Rationale Behind the Avoidance of Pre-Liquidation Transactions, (1996) 18 Sydney Law Review 55 (59).

B. Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens = Schuldnerbegründete Anfechtbarkeit („Gläubigerbenachteiligung", Benachteiligung aller Gläubiger)

Gesetzliche Tatbestände der Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens:

-- § 3 AnfG oder § 133 InsO
-- § 132 InsO
-- § 4 AnfG oder § 134 InsO

Diese Tatbestände knüpfen an ein Verhalten des Schuldners an. Das ergibt sich aus dem Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen. Dort wird ein Handeln „des Schuldners" vorausgesetzt. Obwohl die genannten Tatbestände sehr unterschiedliche Verhaltensweisen des Schuldners erfassen („Benachteiligungsvorsatz", „Insolvenznähe", „Unentgeltlichkeit"), beruhen sie auf einem gemeinsamen Grundgedanken: dem gravierenden Fehlverhalten des Schuldners gegenüber der Gesamtheit seiner Gläubiger. Angesprochen ist das Verhältnis zwischen dem Schuldner auf der einen und den Gläubigern auf der anderen Seite.

I. Anwendungsbereich des Rechts der Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens (= allgemeine Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach einem gesetzlichen Tatbestand des Schuldnerfehlverhaltens)

= Voraussetzungen, die für alle gesetzlichen Tatbestände des Schuldnerfehlverhaltens gelten

-- (Anmerkung: Der Prüfungspunkt „Anwendungsbereich" wird nicht allgemein eingesetzt. Er empfiehlt sich jedoch, weil die gesetzlichen

Tatbestände das Schuldnerfehlverhalten zwar definieren, den gemeinsamen Grundgedanken jedoch kaum erkennen lassen.)

1. Benachteiligung der Gläubiger (in deren Gesamtheit)

gem. § 1 AnfG bzw. § 129 InsO: Rechtshandlung des Schuldners, durch die die Gesamtheit der Gläubiger einen Nachteil erleidet

-- Definition Nachteil: Die Rechtshandlung des Schuldners verschlechtert die Möglichkeiten der Gläubiger, Befriedigung ihrer Forderungen zu erhalten.

Benachteiligung der „Gesamtheit der Gläubiger"

-- Erfasst wird die Benachteiligung *sämtlicher* Gläubiger.

-- Das werden in der Regel nachteilige Verpflichtungen sein, die der Schuldner eingeht. Die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens konzentriert sich daher auf (nachteilige) Verpflichtungsgeschäfte.

-- Ausgrenzung: Erhält ein Gläubiger eine Leistung, fehlt es an einer Benachteiligung sämtlicher Gläubiger. Richtigerweise sollte man dann von einer Begünstigung dieses Gläubigers (und einem Gläubigerfehlverhalten) sprechen. Inwieweit Erfüllungsgeschäfte anfechtbar sind, beurteilt sich daher nach dem Zweig „Gläubigerfehlverhalten". (= meine Position)

-- *Anders* jedoch die *h.M.*, die die Leistung an einen Gläubiger (zu dessen Befriedigung oder zu dessen Sicherung) auch als Gläubigerbenachteiligung, nämlich der *übrigen* Gläubiger, erfasst. (Siehe unten Teil D.)

2. Zusätzliche Voraussetzung: Schwere der Benachteiligung; Testfrage

-- Nachteil für die Gläubiger: reicht nicht aus. Dass die Geschäftstätigkeit des Schuldners zu Nachteilen für die Gläubiger führt, begründet noch kein Fehlverhalten des Schuldners gegenüber der Gläubigergesamtheit.

-- Grund: Gläubiger gewähren dem Schuldner gerade deswegen Kredit, weil sie wollen, dass der Schuldner (unternehmerische) Risiken eingeht. Sie wollen *nicht*, dass der Schuldner sein Vermögen risikolos verwaltet. Dies wäre nur möglich, wenn der Schuldner die erhaltenen Darlehen in staatlichen Schuldverschreibungen anlegt. (Das wäre die Geldanlage mit dem geringsten Risiko.) Dann wäre es dem Schuldner aber unmöglich, die Zinsen zu erwirtschaften, die er mit seinen Gläubigern vereinbart hatte.

-- Maßstab für Schuldnerfehlverhalten: Testfrage: was sämtliche Gläubiger dem Schuldner untersagen würden

Lediglich gravierendes Schuldnerfehlverhalten, das der Gesamtheit der Gläubiger Nachteile zufügt und nicht von einem geschäftlichen Zweck des Schuldners getragen ist. Die Testfrage lautet: Auf welche Verhaltensweisen, die dem Schuldner untersagt sein sollten, würden sich die meisten Gläubiger untereinander verständigen? (sog. Baird-Test)[4]

Baird, The Elements of Bankruptcy, 6th ed. 2014,

S. 141: "Transactions ... done without a legitimate business purpose ... ."

S. 147: „Fraudulent conveyance law is limited to actions that we are confident most creditors would forbid if they could."

S. 140: „[F]raudulent conveyance law ... [is] best understood as protections that most creditors would bargain for when making their loans."

-- keine Generalklausel:

---

4 Zu diesem Maßstab für die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens siehe *Baird*, The Elements of Bankruptcy, 6th ed. 2014, 139, 142, 147; *Clark*, The Duties of the Corporate Debtor to its Creditors, 90 Harvard Law Review 505 (506-517) (1977). Ähnlich: *Thole*, Die tatbestandlichen Wertungen der Gläubigeranfechtung, ZZP 121 (2008), 67 (74, 76); *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, 298 und 299.

Die dargelegte Testfrage dient (nur) der Orientierung. Sie vermag die Frage nach der Anfechtbarkeit noch nicht zu entscheiden. Im deutschen Recht unterliegt Schuldnerfehlverhalten nicht generell der Anfechtung; es gibt keine Generalklausel, die Schuldnerfehlverhalten generell für anfechtbar erklären würde.

Der Gesetzgeber hat den dargelegten Grundgedanken vielmehr in speziellen Anfechtungstatbeständen ausgeformt. Diese Tatbestände legen das anfechtbare Schuldnerfehlverhalten abschließend fest. Die gesetzlichen Tatbestände sind: unentgeltliche Leistung des Schuldners (§ 134 InsO); nachteiliges Handeln des Schuldners in der Krise und in enger zeitlicher Nähe zu dem Insolvenzverfahren (§ 132 InsO); und vorsätzliches Zufügen von Nachteilen durch den Schuldner (§ 133 InsO).

II. Gesetzliche Tatbestände des Schuldnerfehlverhaltens

Grundgedanke der gesetzlichen Tatbestände des Schuldnerfehlverhaltens: gravierendes Fehlverhalten des Schuldners, das die Mehrheit der Gläubiger, könnten sie sich untereinander über das zulässige Verhalten ihres Schuldners verständigen, dem Schuldner untersagen würde

1. Vorsatz des Schuldners bei der Benachteiligung der Gläubiger (§ 3 AnfG oder § 133 InsO)

Voraussetzungen:

a) Nachteil für die Gläubiger des Schuldners

-- Definition wie oben:
Die Rechtshandlung des Schuldners verschlechtert die Möglichkeiten der Gläubiger, Befriedigung ihrer Forderungen zu erhalten.

-- Ob „die“ Gläubiger „alle“ Gläubiger bedeutet -- was Leistungen ausscheidet, die an einen Gläubiger erbracht werden (hier erleiden die Gläubiger in ihrer Gesamtheit keinen Nachteil, sondern erhalten in ihrer Gesamtheit einen Vermögenszuwachs) -- oder ob „die“ Gläubiger nicht zwingend alle Gläubiger meint, sondern auch die „übrigen“ Gläubiger ausreichen lässt -- sodass Leistungen an einen Gläubiger erfasst würden --, ist umstritten. Unten Teil D.

b) Vorsatz des Schuldners

Bezugspunkt des Vorsatzes: Der Vorsatz des Schuldners muss sich auf die Gläubigerbenachteiligung beziehen. Sein Bezugspunkt ist somit nicht nur die Schädigung des eigenen Vermögens, sondern die hierdurch bewirkte Beeinträchtigung der Befriedigung der Gläubiger. Der Schuldner muss wissen und wollen, dass er mit seiner Rechtshandlung seine Gläubiger schädigt.

-- Wissen: verschiedene Formen denkbar. Direkter Vorsatz: Er liegt vor, wenn der Schuldner die Schädigung seiner Gläubiger als sicher voraussieht. Bedingter Vorsatz: wenn der Schuldner die Benachteiligung seiner Gläubiger für möglich hält.

-- Wille: verschiedene Formen denkbar

Absicht: Mit Absicht handelt, wer die Benachteiligung der Gläubiger erstrebt.

direkter Vorsatz; bedingter Vorsatz: Der Schuldner steht der (für möglich erachteten) Gläubigerschädigung mit einer bestimmten inneren Einstellung gegenüber: Er muss sich innerlich für eine Schädigung seiner Gläubiger entschieden haben; er muss mit ihr einverstanden sein. Das Einverständnis des Schuldners kann auch auf Gleichgültigkeit gegenüber der Gläubigerbenachteiligung beruhen. Die innere Einstellung bildet den einzigen Unterschied zwischen dem bedingten Vorsatz und der (sanktionslosen) bewussten Fahrlässigkeit, bei der der Schuldner eine Schädigung der Gläubiger gleichfalls als möglich erkennt, hiermit jedoch nicht einverstanden ist.

Solvenz: Indiz, dass Schuldner keinen Schädigungswillen hat; denn dieser würde immer auch eine Selbstschädigung beinhalten

Insolvenz: Indiz, dass Schuldner mit einer Schädigung der Gläubiger einverstanden ist. Aufgrund seiner Insolvenz hat der Schuldner ohnehin alles verloren; daher steht zu vermuten, dass der Schuldner erhöhte Risiken gerade deshalb eingeht, weil sie nur noch seine Gläubiger treffen.

c) Kenntnis des Anfechtungsgegners

-- Anfechtungsgegner musste den Vorsatz des Schuldners kennen.

(= Einschränkung der Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens durch subjektive Anforderung an Anfechtungsgegner)

-- Vermutungsregelung in § 3 Abs. 1 Satz 2 AnfG, § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO: Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Kenntnis der benachteiligenden Wirkung der Rechtshandlung: Dann wird Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners vermutet.

d) Anfechtungserleichterungen bei entgeltlichen Verträgen mit nahestehenden Personen

§ 3 Abs. 4 AnfG, § 133 Abs. 4 InsO

Voraussetzungen. entgeltlicher Vertrag, den der Schuldner innerhalb der letzten zwei Jahre mit einer „nahestehenden Person" (§ 138 InsO) abgeschlossen hatte und der seinen Gläubigern unmittelbar Nachteile bringt

Folge: Der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wird unwiderleglich unterstellt. Zum anderen wird die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners widerleglich vermutet.

e) Rechtsvergleich USA

§ 3 AnfG:

-- § 4 (a) UFTA: „A transfer made or obligation incurred by a debtor is fraudulent as to a ... creditor ... if the debtor made the transfer or incurred the obligation (1) *with actual intent to hinder, delay or defraud* any creditor of the debtor; ...".

§ 133 InsO:

§ 548 B.C. "Fraudulent transfers and obligations
(a) (1) The trustee may avoid any transfer ... of an interest of the debtor in property, or any obligation ... incurred by the debtor, that was made or incurred ... within 2 years before the date of the filing of the petition, if the debtor ...
(A) made such transfer or incurred such obligation *with actual intent to hinder, delay, or defraud* any entity to which the debtor was or became, on or after the date that such transfer was made or such obligation was incurred, indebted; *or* ... ."

2. Unentgeltlichkeit (§ 4 AnfG oder § 134 InsO)

Das Gesetz erklärt „unentgeltliche Leistungen" des Schuldners für anfechtbar (§ 4 AnfG, § 134 InsO).

Freigebiges Verhalten, das der Schuldner in den letzten vier Jahren an den Tag legte, soll haftungsrechtlich (d.h. im Verhältnis zu den Gläubigern des Schuldners) unbeachtlich sein.

Zu klärende Fragen:

-- Was bedeutet „Unentgeltlichkeit"? (b)

-- Welche Rechtsakte des Schuldners werden von § 134 InsO (§ 4 AnfG) erfasst? (c)

a) Nachteil für die Gläubiger des Schuldners

-- Definition wie oben:
Die Rechtshandlung des Schuldners verschlechtert die Möglichkeiten der Gläubiger, Befriedigung ihrer Forderungen zu erhalten.

-- Ob das Abstellen auf „die" Gläubiger „alle" Gläubiger bedeutet -- was Leistungen ausscheidet, die an einen Gläubiger erbracht werden (hier erleiden die Gläubiger in ihrer Gesamtheit keinen Nachteil, sondern erhalten in ihrer Gesamtheit einen Vermögenszuwachs) -- oder ob „die" Gläubiger nicht zwingend alle Gläubiger meint, sondern auch die „übrigen" Gläubiger ausreichen lässt -- sodass Leistungen an einen Gläubiger erfasst würden -- , ist umstritten. Unten Teil D.

b) Unentgeltlichkeit: Das Schuldverhältnis als Maßstab

-- Weitgehend, wenn nicht sogar einhellig, anerkannt ist: Eine Leistung ist weder entgeltlich noch unentgeltlich.[5] Nach der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit einer Leistung zu fragen, lässt sich (ohne Bezug auf ein Schuldverhältnis) nicht beantworten; diese Frage ist falsch (oder wenigstens unvollständig) gestellt.

-- Entgeltlich oder unentgeltlich können nur Schuldverhältnisse (d.h. Rechtsverhältnisse, die Verpflichtungen begründen) sein. Nur zu Schuldverhältnissen lässt sich eine Aussage darüber treffen, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich (für einen der beiden Partner) sind. Richtig gestellt lautet die Frage: Welche Aussage lässt sich dem Schuldverhältnis (welches der Leistung zugrunde liegt) zur Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit entnehmen?[6] Sieht das Schuldverhältnis eine „ausgleichende Zuwendung" vor?[7]

---

5 Siehe etwa *Jaeger* (*Henckel*), Kommentar zur InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. 3: „Betrachtet man die Leistung . . . isoliert, ist sie weder entgeltlich noch unentgeltlich.".

6 Dieser Ansatz ist im Schrifttum weitgehend akzeptiert: *Jaeger* (*Henckel*), Kommentar zur InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. 3-4 („Es kommt . . . nicht darauf an, ob die

Maßgeblich ist also das Schuldverhältnis (Verpflichtungsverhältnis). Ob *dieses* unentgeltlich und damit anfechtbar ist oder nicht, ist die entscheidende Frage.

-- Dass die Maßgeblichkeit des Schuldverhältnisses im Text des § 134 InsO nicht zum Ausdruck kommt,[8] liegt am Alter dieser Vorschrift. Sie ist wesentlich älter als das BGB und stammt damit aus einer Zeit, in der zwischen Verpflichtungen und Leistungen noch nicht oder wenigstens nicht so genau, wie das seit Inkrafttreten des BGB üblich ist, unterschieden wurde. Der § 134 InsO (wie auch das übrige Anfechtungsrecht) ist nie an das heute geltende Zivilrecht angepasst worden. Im heutigen Zivilrecht (welches durch das BGB geprägt wird) ist die Unterscheidung zwischen Verpflichtungen auf der einen Seite und Leistungen (die auf Verpflichtungen erbracht werden) auf der anderen Seite von zentraler Bedeutung.

-- Beispiel: Um diesen Ansatz zu verdeutlichen, mag folgendes Beispiel dienen. Nehmen wir an, ein Kunde und ein Vermögensverwalter vereinbaren eine Vermögensverwaltung *ohne Entgelt*. Der Vermögensverwalter verpflichtet sich, die Gelder, die ihm der Kunde zur Verfügung stellt, nach vereinbarten Regeln am Kapitalmarkt anzulegen,

---

Leistung selbst eine unentgeltliche Rechtshandlung ist, sondern ob sie auf eine unentgeltliche Causa bezogen werden kann."); Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 134 Rn. 19; *Bork* (*Bork*), Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts, 1. Aufl. 2006, Kapitel 6 Rn. 47 („Eine Leistung kann aus sich heraus weder entgeltlich noch unentgeltlich sein. . . . Die Leistung des Schuldners kann nur im Zusammenhang mit dem Grundgeschäft betrachtet werden. . . . Entscheidend ist, ob im Kausalgeschäft eine ausreichende Gegenleistung vereinbart wurde."); *von Campe*, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, 1996, 205. Soweit ersichtlich, gibt es keine Stimmen, die die Maßgeblichkeit des Schuldverhältnisses anzweifeln.

7 Erläuterungen durch: *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. 8-31; Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 134 Rn. 17-42 (insbesondere Rn. 17 und 17a).

8 In § 134 InsO ist nur von der „Leistung" die Rede, die unentgeltlich und damit anfechtbar sein könne.

ohne dass der Verwalter hierfür eine Vergütung erhält. („Auftragsvertrag" im Sinn des § 662 BGB; dieser Vertragstyp ist unentgeltlich. Soll der Auftragnehmer dagegen eine Vergütung erhalten, handelt es sich um den Vertragstyp „Geschäftsbesorgungsvertrag" im Sinn des § 675 Abs. 1 BGB.)

Der Verwalter ist (in dem betrachteten Beispiel) somit vertraglich verpflichtet, seine Hauptleistung, die Vermögensverwaltung, unentgeltlich zu erbringen. Diese *Verpflichtung* ist wegen Unentgeltlichkeit (nach § 134 InsO) anfechtbar.

-- Führen wir dieses Beispiel fort. In diesem (unentgeltlichen) Vermögensverwaltungsvertrag ist der Vermögensverwalter verpflichtet, die Gewinne, die er mit der Kapitalanlage erwirtschaftet, an den Kunden abzuführen (§ 667 Alternative 2 BGB). Ist *diese* Verpflichtung -- man könnte sie als eine Verpflichtung zu einer Nebenleistung bezeichnen -- entgeltlich oder unentgeltlich? Die Antwort lautet: Sie ist entgeltlich. Maßgeblich ist wiederum das Schuldverhältnis (Verpflichtungsverhältnis). Zwar schuldet der Vermögensverwalter die Hauptleistung (also die Vermögensverwaltung) unentgeltlich. Das bedeutet jedoch nicht, dass die anderen Verpflichtungen (des Vermögensverwalters) aus diesem Vertrag gleichfalls unentgeltlich sind. Jede Verpflichtung ist gesondert zu beurteilen. Für die Entgeltlichkeit der Verpflichtung, die Gewinne weiterzuleiten, spricht, dass sie sich auf die tatsächlich angefallenen Gewinne beschränkt (§ 667 Alternative 2 BGB). Die Belastungen aus dieser Verpflichtung werden somit durch die erzielten Gewinne ausgeglichen. Hätte sich der Vermögensverwalter verpflichtet, mehr als die tatsächlich erzielten Gewinne auszuzahlen, wäre die Verpflichtung in dieser Höhe unentgeltlich.

c) Unentgeltliche Verpflichtung

Fallgruppe: Versprechen einer Leistung ohne ausgleichende Gegenleistung

Im Text des § 134 InsO ist das unentgeltliche Versprechen einer Leistung (genau: die Willenserklärung des Schuldners, die einen unentgeltlichen

Verpflichtungsvertrag zustande bringt) als anfechtbare Rechtshandlung zwar nicht ausdrücklich erwähnt. Orientiert man sich an § 146 Abs. 2 InsO, der den Inhalt der Anfechtbarkeit von Verpflichtungsverträgen regelt, wird die genannte Verpflichtung von § 134 InsO aber erfasst.[9]

Voraussetzungen

-- unentgeltliche Verpflichtung des Schuldners zu einer Leistung

-- Unentgeltlichkeit: „Unentgeltlichkeit" bedeutet, dass der Vertrag für die Leistung, zu der sich der Schuldner verpflichtet, keine Gegenleistung vorsieht, die der Schuldner zum Ausgleich erhalten soll.

-- Beispiele für unentgeltliche Verpflichtungsverträge: Leihvertrag (§ 598 BGB); Auftragsvertrag (§ 662 BGB); Schenkungsvertrag (§ 518 BGB)

-- Zeitraum: Abschluss des Verpflichtungsvertrags innerhalb der vier Jahre vor dem Insolvenzantrag

-- Beweislast: Die Beweislast für die Rechtshandlung und deren Unentgeltlichkeit liegt beim Anfechtungs-Gläubiger bzw. (im Insolvenzfall) bei der Insolvenzverwaltung, während der Anfechtungsgegner (!) beweisen muss, dass die Rechtshandlung früher als vier Jahre vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen wurde.

---

9 H.M.: *Zeuner*, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2007, Rn. 210; Rattunde / Smid / Zeuner (*Zeuner*), InsO, 4. Aufl. 2019, § 134 Rn. 6; Frankfurter Kommentar zur InsO (*Dauernheim*), 9. Aufl. 2018, § 134 Rn. 8; Nerlich / Römermann (*Nerlich*), InsO, Loseblatt, § 134 Rn. 5; *Huber*, AnfG, 12. Aufl. 2021, § 4 Rn. 15; *Jaeger*, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl. 1938, § 3 Anm. 48; Jaeger (*Lent*), Konkursordnung, 8. Aufl., 1958, § 32 Rn. 4; Kübler / Prütting / Bork (*Bork*), InsO, Loseblatt, § 134 Rn. 17 (mit Einschränkungen aus § 39 Abs. 1 Ziff. 4 InsO); Bork (*Bork*), Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts, 2006, Kap. 6 Rn. 17 (mit Einschränkungen). -- Anderer Auffassung: Jaeger (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. Rn. 37-39.

d) Rechtsgrundlose Leistung

Erbringt der Schuldner eine Leistung, ohne hierzu verpflichtet zu sein, so ist die Rechtslage (im Hinblick auf § 4 AnfG, § 134 InsO) umstritten.

aa) (Bisherige und inzwischen wohl wieder) Mindermeinung Schrifttum; BGH

Teilweise wird vertreten, dass die Rechtsgrundlosigkeit einer Leistung die Unentgeltlichkeit begründet; Rechtsgrundlosigkeit wird mit Unentgeltlichkeit gleichgesetzt.[10] Diese Meinung hatte sich zunächst auch im BGH durchgesetzt.[11]

Stellungnahme: Auf dem ersten Blick mag plausibel erscheinen, eine Leistung, die ohne Verpflichtung erbracht wird, als eine Form von Freigebigkeit zu werten. Besinnt man sich jedoch auf die Grundlagen der Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens, wird deutlich, dass nicht jede rechtsgrundlose Leistung als anfechtbar gewertet werden kann. Wer etwa *versehentlich* eine Auszahlung leistet, verletzt dadurch nicht (und schon gar nicht in schwerwiegender Weise) die (Befriedigungs-) Interessen seiner Gläubiger, weil sein Vermögen nicht vermindert wird.

bb) Noch überwiegende Meinung Schrifttum

Zuzutreffen scheint mir die (im Schrifttum möglicherweise noch oder wieder vorherrschende) Auffassung, dass eine Leistung nicht bereits deshalb unentgeltlich ist, weil keine Verpflichtung besteht.[12]

---

10 Siehe etwa Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 134 Rn. 17b: „Die Bezahlung einer . . . nicht bestehenden Schuld [ist] unentgeltlich." Ebenso dort Rn. 22. So unter dem Eindruck von BGH, nachfolgende Fn., inzwischen auch: *Uhlenbruck* (*Hirte / Ede*), InsO, 14. Aufl. 2015, § 134 Rn. 47-48 (anders noch *Uhlenbruck* (*Hirte*), Kommentar zur InsO, 13. Aufl. 2010, § 134 Rn. 36).

11 Unten cc.

12 Siehe etwa: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21.92 („Rechtsgrundlose Zuwendungen können unentgeltlichen nicht gleichgestellt werden."); *Jaeger* (*Henckel*), Kommentar zur InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. 12 (vorletzter Satz: Zahlung auf

Argument (m.E.): Wer leistet, ohne verpflichtet zu sein, kann das Geleistete in der Regel nach Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) zurückfordern. Dieser Rückgewähranspruch entsteht mit der Leistung. Er stellt die Zuwendung dar, die den Verlust im Vermögen des Leistenden ausgleicht.

Teilt man diese Sichtweise, schließt der Rückgewähranspruch aus Bereicherungsrecht die Unentgeltlichkeit aus.

Für diese Auffassung spricht außerdem, dass eine Gleichsetzung von „rechtsgrundlos" mit „unentgeltlich" (so BGH) die dreijährige Verjährung, die für Ansprüche aus dem Bereicherungsrecht gilt, sprengen und über § 134 InsO auf vier Jahre erweitern würde.

cc) Rechtsprechung: Position(en) des BGH

-- BGH 2008: rechtsgrundlos = unentgeltlich[13]

-- BGH 2013: Einschränkung der Gleichsetzung von rechtsgrundlos mit unentgeltlich[14]

-- BGH 2017: rechtsgrundlos *nicht* gleichbedeutend mit unentgeltlich; nur in den Fällen des § 814 BGB[15]

---

eine nicht bestehende Schuld ist nicht schon deshalb unentgeltlich, weil die Schuld nicht besteht) und Rn. 13 (erster Satz: Erfüllung einer Nichtschuld ist nicht unentgeltlich). Ebenso: Rattunde / Smid / Zeuner (*Zeuner*), Kommentar zur InsO, 4. Aufl. 2019, § 134 Rn. 19; Nerlich / Römermann (*Nerlich*), Kommentar zu InsO, Loseblatt, § 134 Rn. 34; Frankfurter Kommentar zur InsO (*Dauernheim*), 9. Aufl. 2018, § 134 Rn. 10. Grundsätzlich auch *Gerhardt*, Forderungen aus Freigebigkeit und unentgeltliche Verfügungen im Konkurs, ZIP 1991, 273 (283) (Rechtsgrundlosigkeit nicht konstitutiv für Unentgeltlichkeit).

13 Vgl. BGH, 11.12.2008, IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137, unter II 2 a bb (2) (Rn. 13).

14 BGH, 18.7.2013, IX ZR 198/10, Rn. 21: Ein Fall des § 134 InsO liegt (BGH: jedenfalls; ich würde sagen: erst) dann vor, wenn der Leistende weiß, dass er ohne Rechtsgrund leistet, und dadurch seinen Bereicherungsanspruch verliert (wegen § 814 BGB).

15 BGH, 20.4.2017, IX ZR 252/16, Rn. 13, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233.

somit: Anfechtbarkeit nach § 134 nur bei einer unbewussten rechtsgrundlosen, also einer irrtümlichen Leistung auf eine nicht bestehende Schuld, weil hier dem Schuldner ein Bereicherungsanspruch zusteht (und nicht nach § 814 ausgeschlossen ist)

-- BGH 2020: Bestätigung von BGH 2017; rechtsgrundlos grundsätzlich nicht unentgeltlich; sondern nur in den Fällen § 814 und § 817 Satz 2 BGB[16]

dd) Eigene Stellungnahme

-- Leistungen ohne Rechtsgrund sind immer entgeltlich (weil der Leistende den Kondiktionsanspruch erlangt).

-- Fälle des § 814 BGB: In diesen Fällen liegt eine Anfechtbarkeit wegen Unentgeltlichkeit vor. Der anfechtbare Rechtsakt ist aber nicht die Leistung, die rechtsgrundlos erbracht wurde (so BGH und h.M.[17]). Sondern: Anfechtbarer Rechtsakt ist die Verhinderung des Bereicherungsanspruchs: Indem der Leistende leistet, obwohl er weiß, hierzu nicht verpflichtet zu sein, gibt er seinen Bereicherungsanspruch auf (nach § 814); er verhindert seine Entstehung. Diese Verhinderung ist der anfechtbare Rechtsakt. Die Anfechtbarkeit dieser Verhinderung (gemäß § 134) bewirkt, dass der Bereicherungsanspruch zwar nicht besteht, dass er aber für den Zweck der Befriedigung der Gläubiger dieser Anspruch fingiert wird.[18]

-- Bedeutung dieser abweichenden Konstruktion: Der Anfechtungsschuldner (der nun aus dem fingierten Bereicherungsanspruch haftet) kann gegenüber diesem Anspruch ggf. mit Schadensersatzansprüchen aufrechnen. Die Frage nach Aufrechnungsrechten stellte sich in den Schneeballsystemen. Ein solches Aufrechnungsrecht besteht nicht, wenn

---

16 BGH, 1.10.2020, IX ZR 247/19, Rn. 10, ZIP 2020, 2242 (Insolvenz Prosavus, Tochtergesellschaft von Infinus); *Baumert*, Kurzkommentar, EWiR 2021, 23.

17 Siehe vorangehend cc (BGH 2017 und BGH 2020)..

18 *von Wilmowsky*, Schneeballsysteme der Kapitalanlage, 2010.

man (mit Rechtsprechung und h.M.) einen Anspruch auf Rückgewähr, gestützt auf die Anfechtbarkeit der Leistung, annimmt. Denn dieser Rückgewähranspruch steht der Gesamtheit der Gläubiger zu; somit fehlt Gegenseitigkeit (§ 387 BGB). -- Teilt man dagegen die Auffassung, dass die Verhinderung des Entstehens des Bereicherungsanspruchs der anfechtbare Rechtsakt ist, gelangt man zur Gegenseitigkeit (und damit zu einem Aufrechnungsrecht der Anleger). Schuldner der Schadensersatzansprüche der Anleger ist der Betreiber des Schneeballsystems. Da der Betreiber Gewinne ausschüttete, obwohl er wusste, dass keine entstanden waren, ist die damit bewirkte Verhinderung des bereicherungsrechtlichen Rückgewähranspruchs anfechtbar. Diese Anfechtbarkeit bedeutet, dass der Anspruch des Betreibers des Schneeballsystems fingiert wird. Somit besteht Gegenseitigkeit (von fingiertem Rückgewähranspruch des Betreibers und den Schadensersatzansprüchen der Anleger).

3. Nachteiliges Handeln des Schuldners nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (§ 132 InsO)

-- zwei Kennzeichen dieses gesetzlichen Anfechtungstatbestands: die zeitliche Nähe der (die Gläubiger benachteiligenden) Handlung zum Insolvenzverfahren und die bereits eingetretene Krise

-- verbreitete Bezeichnung: „Unmittelbarkeit der Gläubigerbenachteiligung“

Kritik dieser Bezeichnung: Dass sich die Nachteile für die Gläubiger „unmittelbar“ aus der Rechtshandlung des Schuldners ergeben, wird zwar vom Gesetzeswortlaut vorausgesetzt, vermag den Tatbestand jedoch nicht zu prägen.

a) Voraussetzungen

-- Nachteil für die Gläubiger des Schuldners (§ 129)

Definition wie oben:
Die Rechtshandlung des Schuldners verschlechtert die Möglichkeiten der Gläubiger, Befriedigung ihrer Forderungen zu erhalten.

Der Streit darüber, was „die" Gläubiger bedeutet -- alle Gläubiger oder nur die übrigen Gläubiger -- , erlangt bei § 132 keine Bedeutung. Bei dieser Vorschrift besteht Einvernehmen, dass Leistungen an einen Gläubiger nicht erfasst werden, dass mit „den" Gläubigern also „alle" Gläubiger gemeint sind.

-- Nähe zum Insolvenzverfahren:
(1) die letzten drei Monate vor dem Eröffnungsantrag (§ 132 Abs. 1 Ziff. 1 InsO); oder
(2) Zeit zwischen dem Eröffnungsantrag und der Verfahrenseröffnung oder -ablehnung mangels Masse (§ 132 Abs. 1 Ziff. 2 InsO)

-- Krise des Schuldners:
Zahlungsunfähigkeit bei Vornahme der Rechtshandlung; oder
Rechtshandlung nach dem Eröffnungsantrag

-- Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (oder vom Eröffnungsantrag)

Funktion dieser Voraussetzung: Ausschluss der Anfechtbarkeit, um den redlichen Anfechtungsgegner zu schützen.

-- „Unmittelbarkeit" der Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger

h.M.: Die Rechtshandlung *selbst* müsse die Gläubiger benachteiligen.[19] Es dürfen keine weiteren Vorgänge (Zwischenschritte) zwischen der Handlung und der benachteiligenden Wirkung liegen.

Kritik der Gesetzesfassung: Die Abgrenzung von „unmittelbaren" zu „mittelbaren" Wirkungen (einer Handlung) ist weder theoretisch

---

19 Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 129 Rn. 112-120; *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 132 Rn. 9-17.

begründbar noch praktisch durchführbar. Es ist auch nicht zu erkennen, welche Regelungsfunktionen diese Abgrenzung wahrnehmen könnte.

b) Folge

Anfechtbarkeit, ohne dass Benachteiligungsvorsatz des Schuldners erforderlich wäre

c) Rechtsvergleich USA

-- § 5 (a) UFTA: „A transfer made or obligation incurred by a debtor is fraudulent as to a ... creditor ... if the debtor made the transfer or incurred the obligation *without receiving a reasonably equivalent value ... and* the debtor was *insolvent* at that time or the debtor became insolvent as a result of the transfer or obligation."
(Vergleiche § 132 InsO)

-- § 548 B.C. Fraudulent transfers and obligations
(a) (1) The trustee may avoid any transfer ... of an interest of the debtor in property, or any obligation ... incurred by the debtor, that was made or incurred ... within 2 years before the date of the filing of the petition, if the debtor ...
(A) *or*
(B) (i) received *less than a reasonably equivalent value* in exchange for such transfer or obligation; *and* (ii) (I) *was insolvent* on the date that such transfer was made or such obligation was incurred, or became insolvent as a result of such transfer or obligation; ... "
(Vgl. § 132 InsO)

4. Prüfung im Rechtsgutachten

Im Rechtsgutachten wird es sich oft empfehlen, mit dem spezielleren Tatbestand zu beginnen. Das ergibt dann folgende Reihenfolge:

-- Tatbestand § 132 InsO: „Nachteiliges Handeln in der Krise und in zeitlicher Nähe zum Insolvenzverfahren“

-- Tatbestand § 134 InsO: „Unentgeltlichkeit“

-- Tatbestand § 133 InsO: „Vorsatz“

C. Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung = Gläubigerbegründete Anfechtbarkeit (Begünstigung eines Gläubigers)

Gesetzliche Tatbestände der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens:[20]

-- § 130 InsO (Grundtatbestand)
-- § 131 InsO (Modifikationen des Grundtatbestands)
-- §§ 6, 6a AnfG bzw. § 135 InsO (Rückzahlung oder Sicherung eines Gesellschafter-Darlehens)
-- § 136 InsO (Rückzahlung der Einlage an den stillen Gesellschafter)

Diese Tatbestände knüpfen daran an, dass ein Gläubiger auf die Forderung, die er gegen den Schuldner hat, etwas erhält. Der Gläubiger erlangt eine Befriedigung (oder Sicherung) seiner Forderung gegen den Schuldner. (Anders als die Tatbestände des Schuldnerfehlverhaltens setzen die Tatbestände des Gläubigerbegünstigung *keine* Handlung voraus, weder eine Handlung des Schuldners noch eine des begünstigten Gläubigers.) Angesprochen ist das Verhältnis *zwischen* den Gläubigern des Schuldners.

I. Anwendungsbereich des Rechts der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens

-- Rechtshandlung: das Erfüllungsgeschäft

---

20 Die Bezeichnung „Gläubigerfehlverhalten" ist ungenau. Erfasst werden auch Leistungen, die ein Gläubiger erhalten hat, ohne sich hierbei irgendwie verhalten zu haben. Der Begriff ist jedoch plakativer als der genauere Begriff „Gläubigerbegründete Anfechtbarkeit".

Begründung: Gläubiger ist (in aller Regel) nur, wer mit dem Schuldner bereits ein wirksames Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen hatte.

Nicht erfasst von den Anfechtungstatbeständen des Gläubigerfehlverhaltens: das Verpflichtungsgeschäft, das dem Erfüllungsgeschäft zugrunde liegt.[21]

Verfügungen, Verpflichtungen: In vielen Fällen wird das Erfüllungsgeschäft eine Verfügung sein. (Dann betrifft die Anfechtbarkeit diese Verfügung.) Eine Verpflichtung kann jedoch anfechtbar sein (als Gläubigerfehlverhalten), vorausgesetzt, sie ist ein Erfüllungsgeschäft, d.h. sie wurde eingegangen, um eine (andere) Verpflichtung zu erfüllen.
Beispiel: Erteilung eines Schuldanerkenntnisses; Eingehung einer Verbindlichkeit aus einem Wechsel

Realakt: In einigen Fällen wird nicht durch eine Verfügung, sondern allein durch einen Realakt erfüllt. Beispiel: Erbringung der geschuldeten Reparaturleistung. Da in diesem Beispiel der Anfechtungsgegner (hier: der Gläubiger des Werkvertrags) keinen Vermögensgegenstand erhält, fehlt es an einer anfechtbaren Handlung. Ausnahme: Bewirkt der Realakt, dass sich die Rechtsverhältnisse an einer Sache ändern (etwa: die Verbindung einer Sache mit einer anderen Sache führt kraft Gesetzes zu einer Eigentumsänderung nach §§ 946, 947), ist diese Rechtsänderung anfechtbar.[22]

-- Anfechtungsgrund: anfechtbar sind Rechtshandlungen eines Gläubigers, die Regeln verletzen, die im Verhältnis der Gläubiger untereinander gelten

Grundfrage des Rechts des Gläubigerfehlverhaltens: Welche Regeln bestehen für das Verhalten der Gläubiger untereinander?

-- 2 unterschiedliche Quellen, aus denen sich Regeln für das Verhältnis zwischen den Gläubigern ergeben können.

---

21 So auch die h.M.; siehe etwa *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 132 Rn. 5.

22 *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 129 Rn. 10.

- Regeln zur Verwertung des Schuldnervermögens
- Regeln zur Verteilung des Schuldnervermögens

II. Regeln zur Verwertung des Schuldnervermögens „Verwertungsanfechtung“

-- innerhalb von Insolvenzverfahren (Insolvenzverwertungsrecht): Aufhebung der individuellen Zugriffsrechte der Gläubiger („automatic stay“)

-- Wenn man die Geltung der Verwertungsregeln des Insolvenzrechts auf die Zeit vor dem Insolvenzverfahren erstrecken würde (d.h. diesen Regeln Vorwirkung verschaffte), dann würden die Einzelzugriffe der Gläubiger in dieser Vorphase gegen diese Regeln verstoßen und wären daher anfechtbar.

-- Aber: Geltendes Recht: keine Vorwirkung der Verwertungsregelungen, die im eröffneten Insolvenzverfahren gelten!

-- Ergebnis: Es gibt derzeit keine „Verwertungsanfechtung“.

-- aber rechtspolitische Forderung: Um die Funktionsfähigkeit des Insolvenzrechts zu verbessern, wäre erforderlich, auch diejenigen Beschränkungen, die das Insolvenzrecht den Verwertungsbefugnissen der Inhaber von Sicherungsrechten zieht (§§ 166, 172 InsO, §§ 30d, 30f, 153b ZVG), mit Vorwirkung auszustatten. Dadurch könnte verhindert werden, dass einzelne Gläubiger (wie etwa die gesicherten Gläubiger) am Vorabend des Insolvenzverfahrens auf Gegenstände des Schuldnervermögens zugreifen und dadurch Verbundwerte zerstören (etwa indem sie ihr Sicherungsgut herausverlangen und das Unternehmen des Schuldners dadurch lahmlegen).

III. Regeln zum Verteilungsverhältnis zwischen den Gläubigern „Verteilungsanfechtung“

Dieser Zweig des Anfechtungsrechts bekämpft solche Handlungen, die einzelnen Gläubigern eine bessere Befriedigung verschaffen, als diesen im Verhältnis zu den anderen Gläubigern des Schuldners zusteht. Die Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens (d.h. wegen der Begünstigung eines Gläubigers) dient dazu, die unter den Gläubigern geltenden Rangverhältnisse zu wahren.

> *Jackson*, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, 1986, 124: „Preference law, unlike fraudulent conveyance law, is not part of the arsenal of rights and remedies between a debtor and its creditors. Rather, preference law focuses on the relationship among creditors in light of the advantages of [the bankruptcy proceeding].“

2 Quellen für Verteilungsregeln:

> Vorwirkung der Rangregeln von Insolvenzverfahren: Tatbestände der §§ 130 und 131 InsO (unten 1 und 2)
>
> Rangregeln, die unabhängig von Insolvenzverfahren das Verhältnis der Gläubiger untereinander bestimmen: Tatbestände des § 6 AnfG bzw. § 135 InsO und des § 136 InsO (unten 4).

1. § 130 InsO: Vorwirkung der Verteilungsregeln des Insolvenzrechts

-- Funktion: den pro-rata-Grundsatz bereits im Vorfeld der Eröffnung des Insolvenzverfahrens durchzusetzen:

-- Terminologie: verbreitet: „Deckungsanfechtung“; siehe Überschrift; m.E. treffender: Vorwirkung des pro-rata-Grundsatzes

-- Voraussetzungen:

a) Befriedigung oder Sicherung eines Gläubigers

-- Die Forderung eines Gläubigers des Schuldners wird befriedigt. Oder: Der Gläubiger erhält ein Sicherungsrecht für seine Forderung.

-- nicht erforderlich: eine Mitwirkung des Gläubigers
auch nicht erforderlich: eine Mitwirkung des Schuldners

-- Nicht als Begünstigung anfechtbar: Rechtshandlungen, die den Empfänger erst zum Gläubiger des Schuldners machen.

b) Begünstigung des Gläubigers

-- „Begünstigung" dieses Gläubigers gegenüber den anderen Gläubigern:

Der Gläubiger hat seinen Anspruch gegen den Schuldner in einem Ausmaß befriedigt oder gesichert erhalten, das er in einem Insolvenzverfahren aufgrund der dort geltenden Verteilungsregeln nicht erlangt hätte.

-- Diese Voraussetzung ist im Wortlaut des § 130 InsO nicht enthalten; sie liegt der Anfechtbarkeit nach § 130 InsO oder § 131 InsO aber zugrunde.

-- Die Befriedigung (bzw. Sicherung) der Forderung des Gläubigers ist daran zu messen, ob sie mit den Verteilungsregeln des Insolvenzrechts übereinstimmt (also mit den Verteilungsregeln, die gegolten hätten, wenn zu diesem Zeitpunkt das Insolvenzverfahren bereits eröffnet gewesen wäre).

-- pro-rata-Regel: Ist der Gläubiger ungesicherter vollrangiger Gläubiger, verstößt die Befriedigung seiner Forderungen gegen die pro-rata-Verteilungsregel des Insolvenzrechts.

-- § 39 InsO: Würde die (befriedigte oder gesicherte) Forderung des Gläubigers im Insolvenzverfahren nur mit Nachrang berücksichtigt werden (§ 39 InsO), liegt hierin die Begünstigung.

-- Der Tatbestand des § 130 InsO erfasst folglich Begünstigungen ungesicherter Gläubiger. Nur sie können Leistungen empfangen, die dem

Befriedigungsrang, den sie in einem Insolvenzverfahren einnähmen, widersprechen.

Gesicherte Gläubiger: scheiden als Empfänger von Begünstigungen aus. Da sie in einem Insolvenzverfahren definitionsgemäß vollständig befriedigt werden, ist es nicht möglich, ihren Befriedigungsrang weiter zu verbessern.

c) Zahlungsunfähigkeit:

Die Begünstigung muss zu einem Zeitpunkt erfolgt sein, als der Schuldner bereits zahlungsunfähig war.

Der Zahlungsunfähigkeit gleichgestellt ist die Zeit ab dem Insolvenzantrag (§ 130 Abs. 1 Ziff. 2 InsO).

-- Benachteiligung der Gläubiger (§ 129 InsO)

siehe Exkurs

d) Gläubigerbenachteiligung?

Erfordert die Anfechtbarkeit nach § 130 InsO, dass eine Gläubigerbenachteiligung vorliegt?

-- *h.M.: ja*

--

-- Allerdings verlangt die h.M. nicht, dass alle Gläubiger benachteiligt werden. Für eine Benachteiligung „der" Gläubiger reicht aus, dass die übrigen Gläubiger – also alle Gläubiger außer dem begünstigten Gläubiger – einen Nachteil erleiden.

-- Argument: Wortlaut des § 129 InsO; § 129 InsO beansprucht Geltung für alle Anfechtungstatbestände der InsO, also auch für §§ 130, 131 InsO

-- *meine Kritik:*

-- Bei der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung (§ 130 oder § 131 InsO) stellt sich die Frage nach einer Gläubigerbenachteiligung nicht. Die Begünstigung tritt ja an die Stelle der Benachteiligung.

-- Wenn man (wie die h.M.) zusätzlich zur Begünstigung noch eine Benachteiligung verlangt, lassen sich diejenigen Fälle nicht lösen, in denen die Begünstigung nicht aus Vermögensgegenständen des Schuldners erfolgt. Dann liegt zwar eine Begünstigung, aber keine Benachteiligung vor.

-- Beispiel: Schuldner zahlt bargeldlos; sein Zahlungskonto weist kein Guthaben auf; ein Überziehungsdarlehen ist nicht vereinbart; Bank kommt gleichwohl dem Zahlungsauftrag des Schuldners nach (sog. geduldete Überziehung).

Durch diese Zahlung an den Gläubiger büßt das Vermögen des Schuldners nichts ein. Der Schuldner verliert weder eine Forderung gegen die Bank aus Guthaben noch eine Forderung gegen die Bank darauf, dass ihm der Betrag zu einem vereinbarten Darlehen zur Verfügung gestellt werde.

Durch diese Zahlung erleiden die übrigen Gläubiger des Schuldners keinen Nachteil. Wenn man (wie die h.M.) einen Nachteil für die übrigen Gläubiger verlangt (aus § 129 InsO), scheidet hier eine Anfechtbarkeit nach § 130 oder § 131 InsO aus. So entschied in der Tat BGH im Jahr 2007.[23] Das bedeutete: Um eine bargeldlose Zahlung nach § 130 oder § 131 InsO anzufechten, muss die Insolvenzverwaltung darlegen und ggf. beweisen, dass das Zahlungskonto des Schuldners ein Guthaben aufwies oder dass ein Überziehungsdarlehen vereinbart war. Erfolgte die bargeldlose Zahlung dagegen aufgrund einer geduldeten Überziehung, schied eine Anfechtbarkeit aus.

---

23 BGH, 11.1.2007, IX ZR 31/05, BGHZ 170, 276.

Dass es für die Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung auf das Vertragsverhältnis zwischen Schuldner und seiner Zahlungsbank ankommen soll, lässt sich weder nachvollziehen noch begründen. Diese Einsicht dürfte hinter der BGH-Entscheidung von 2009, die Einschätzung im Urteil von 2007 aufzugeben.[24]

(Nur) für den Fall der bargeldlosen Zahlung verzichtet der BGH darauf, dass eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger dargelegt und nachgewiesen wird. Dazu stützt er sich auf allgemeine Erwägungen:

Es sei nie auszuschließen, dass eine bargeldlose Zahlung aus einem negativen Zahlungskonto aufgrund lediglich geduldeter Überziehung erfolgt. Wenn diese Zahlung nicht anfechtbar wäre (weil die Gläubigerbenachteiligung fehlt), dann „verkümmere" das Anfechtungsrecht. „Der Begriff der Gläubigerbenachteiligung darf demnach nicht zu sehr verengt werden. Deshalb hat der Senat ... die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Deckungshandlung bejaht."[25]

Bei bargeldlosen Zahlungen wird mithin die Benachteiligung der übrigen Gläubiger fingiert. Selbst wenn sie nicht bestehen sollte (wie bei Zahlungen aufgrund geduldeter Überziehung), wird sie bejaht.

Rechtsdogmatisch leistungsfähiger wäre, auf die Voraussetzung „Gläubigerbenachteiligung" bei der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerbegünstigung zu verzichten. Für die Frage, ob Verteilungsregeln des Insolvenzrechts verletzt sind, spielt die Frage, ob die übrigen Gläubiger einen Nachteil erlitten, keine Rolle. Deshalb sollte man das Anfechtungsrecht, dort § 129 InsO, so auslegen, dass für die Tatbestände der gläubigerbegründeten Anfechtbarkeit ein Nachteil für die übrigen Gläubiger nicht verlangt wird.

---

24 BGH, 6.10.2009, IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317.

25 BGH, 6.10.2009, IX ZR 191/05, Rn. 12 und 13, BGHZ 182, 317.

e) Subjektive Voraussetzung

subjektive Voraussetzungen der „Verteilungsanfechtung“:

-- Schuldner: Da der Schuldner an der begünstigenden Rechtshandlung selbst noch nicht einmal beteiligt zu sein braucht, werden an ihn keine subjektiven Anforderungen gestellt.

-- Gläubiger: Der Anfechtungsgegner muss die Krise des Schuldners gekannt haben: Er muss positiv gewusst haben, dass der Schuldner zur Zeit der begünstigenden Rechtshandlung zahlungsunfähig war oder dass ein Insolvenzantrag gestellt worden war (§ 130 Abs. 1 und Abs. 2 InsO).
Steht der begünstigte Gläubiger dem Schuldner nahe (§ 138 InsO), wird seine Kenntnis vermutet (§ 130 Abs. 3 InsO).

f) Zeitliche Voraussetzung

die letzten drei Monate vor dem Insolvenzantrag

g) Anmerkung: zur Vorwirkung des pro-rata-Grundsatzes

Problem dieses Anfechtungsgrunds: Konflikt mit Rechtssicherheit

-- praktisch unmöglich, sämtliche Erfüllungsgeschäfte (Verfügungen) aufzuheben, die der Schuldner in den letzten drei Monaten vor dem Insolvenzantrag vorgenommen hatte; dies würde erhebliche Rechtsunsicherheit auslösen

-- Lösung des deutschen Insolvenzrechts: Einschränkung durch subjektive Anforderungen an den Gläubiger (Kenntnis der Krise)

-- Lösung US-Recht: keine subjektiven Voraussetzungen; sondern: Einschränkung auf ungewöhnliche Geschäftsvorfälle; keine Anfechtung von Verfügungen, die im „ordinary course of business“ vorgenommen werden.

-- alternativ möglicherweise auch zu erwägen: Abschaffung der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens

2. § 131 InsO: Vorwirkung der Verteilungsregeln des Insolvenzrechts -- Anfechtungserleichterungen bei Inkongruenz der Begünstigung

Gegenüber dem Grundtatbestand des § 130 InsO sieht der § 131 eine Reihe von Erleichterungen vor, wenn die Begünstigung „inkongruent" ist.

inkongruente Befriedigung oder Sicherung:

> Befriedigung oder Sicherung, die der Insolvenzgläubiger aufgrund des zwischen ihm und dem Schuldner bestehenden Rechtsverhältnisses entweder gar nicht oder nicht zu dieser Zeit oder nicht in dieser Art zu beanspruchen hatte. Diese Begünstigung wird als „inkongruent" bezeichnet, weil sie mit dem ursprünglichen Inhalt des Schuldverhältnisses nicht übereinstimmt.
>
> „gar nicht" zu beanspruchen hatte:
> Welcher Gläubiger hat nichts zu beanspruchen?
> Gläubiger aus Spiel oder Wette; Gläubiger verjährter Forderungen; Gläubiger aus einem formungültigen Schenkungsvertrag; Gläubiger einer aufschiebend bedingten Forderung vor dem Eintritt der Bedingung

Der § 131 Abs. 1 InsO ermöglicht drei verschiedene Erleichterungen:

-- Verzicht auf die Zahlungsunfähigkeit als Anfechtungsvoraussetzung (bei Befriedigung im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag, Ziff. 1),

-- Verzicht auf die Kenntnis des Gläubigers von der Krise des Schuldners (bei Befriedigung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Insolvenzantrag, Ziff. 2) oder

-- Verzicht auf die Zahlungsunfähigkeit, wenn der Gläubiger die begünstigende Wirkung kannte (bei Befriedigung innerhalb des zweiten

oder dritten Monats vor dem Insolvenzantrag, Ziff. 3). Diese Kenntnis wird bei nahestehenden Gläubigern vermutet (§ 131 Abs. 3 Satz 2 InsO).

Hinweis: Regierungsentwurf vom 29.9.2015 zur Reform des Anfechtungsrechts:

Der RegE sah folgende Ergänzung des § 131 InsO vor:

> Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:
> „Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist."

Kommentar: Es sollte eine verfehlte Rechtsmeinung korrigiert werden, die die Durchsetzung einer Forderung durch Zwangsvollstreckung für „inkongruent" hält.

Dieser Teil des RegE wurde jedoch nicht Gesetz (in der Novelle der InsO von 2017).

3. Sog. „Bargeschäft" (§ 142 InsO)

-- Wie § 142 InsO zu verstehen ist, ist in hohem Maß unklar.

-- In das hier dargestellte Modell (Trennung der beiden Zweige Schuldnerfehlverhalten und Gläubigerfehlverhalten) lässt sich der § 142 InsO nur einfügen, wenn man von seinem Wortlaut abweicht.

-- Zwei Elemente des Wortlauts deuten darauf hin, dass sich der § 142 InsO auf die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhalten bezieht: „Leistung des *Schuldners*" und der Verweis auf „§ 133 InsO".

-- Viel spricht jedoch dafür, den § 142 InsO dem Zweig „Gläubigerfehlverhalten" zuzuordnen. Die Regelung knüpft an den Leistungsaustausch mit einem Gläubiger an. Im AnfG, das die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens primär regelt, gibt es keine

entsprechende Bestimmung. Ausweislich der Begründungen im Gesetzgebungsverfahren soll vor allem die Anfechtbarkeit nach § 130 InsO zurückgedrängt werden.[26]

-- Stellt man den § 142 InsO in den Kontext der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens, schließt er die Anfechtbarkeit nach § 130 InsO dort aus, wo der Erfüllung, die der begünstigte Gläubiger erlangt hat, eine Gegenleistung gegenübersteht, die der begünstigte Gläubiger in engem zeitlichen Zusammenhang (mit der erlangten Erfüllung) an den Schuldner erbrachte.

-- Interpretiert man den § 142 InsO in diesem Sinn, bewirkt er, dass diejenigen Erfüllungen, die ein Gläubiger bei in etwa gleichzeitiger Gegenleistung erlangt, von der Anfechtbarkeit (nach § 130 InsO) freigestellt sind. Das wird vor allem die Erfüllung solcher Austauschverträge treffen, die zum üblichen Geschäftsbetrieb gehören. Beispiele wären die Bezahlungen von Gas, Strom und Wasser.[27] So verstanden hätte § 142 InsO die Funktion, die Fortführung des Unternehmens im Vorfeld der Insolvenz zu erleichtern (indem Erfüllungen, die die Gläubiger hieraus erlangen, von der Anfechtbarkeit freigestellt werden). Das würde in die Richtung derjenigen Freistellung gehen, die das amerikanische Anfechtungsrecht, Zweig „preferences", denjenigen Erfüllungsleistungen einräumt, die zum „ordinary course of business" gehören (§ 547 (c) B.C.).

4. Gläubigerbegünstigung unabhängig von Insolvenzverfahren

Rangregeln unabhängig von Insolvenzverfahren; ausgesprochen selten

---

26 Bundesregierung, Begründung der InsO, BT-Dr. 12/2443. -- Aus den Kommentierungen vgl.: *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 132 Rn. 12 und 19; Münchener Kommentar zur InsO (*Kirchhof*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 142 Rn. 23.

27 Beispiele von *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 142 Rn. 4 und 22.

Außerhalb des Insolvenzverfahrens und seiner Vorwirkungen stehen die Gläubiger untereinander in Wettbewerb. Die zeitliche Reihenfolge entscheidet über die Befriedigung der Gläubiger: Derjenige Gläubiger, der als erster die Erfüllung seines Anspruchs erreicht, genießt Vorrang vor den anderen Gläubigern. Der seinen Anspruch durchsetzende Gläubiger ist nicht verpflichtet, auf die Auswirkungen Rücksicht zu nehmen, die seine Befriedigung auf die Befriedigungschancen der anderen Gläubiger hat. Solange kein kollektives Verwertungsverfahren eingeleitet ist, muss jeder Gläubiger seine Interessen selbst wahren.

Ausnahmen: Teilweise gibt es auch außerhalb von Insolvenzverfahren Rangregeln. Diese gelten dann unabhängig von der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (und haben mit den Rangregeln des Insolvenzverteilungsrechts folglich nichts zu tun). Hierzu gehört: die Unterordnung von Gesellschafterdarlehen (§ 6 AnfG, § 135 InsO)

a) Gesellschafterdarlehen (§ 6 AnfG, § 135 InsO)

-- Sachverhalt: Ein Gesellschafter hat seiner Gesellschaft ein Darlehen gegeben.

-- gesetzliche Regelung: § 6 AnfG, § 135 InsO (in der seit 1.11.2008 gültigen Fassung)

-- Voraussetzungen: siehe § 39 Abs. 1 Ziff. 5 InsO und dort Absätze 4 und 5.

-- Rechtsfolge: Die Forderung auf Rückzahlung des Gesellschafter-Darlehens wird den anderen ungesicherten Forderungen untergeordnet.

frühere Rechtslage: Sog. eigenkapitalersetzendes Darlehen, für das eigene Rechtsregeln galten.

Zahlungen: anfechtbar, soweit im letzten Jahr vor der Anfechtung bzw. dem Eröffnungsantrag an den Gesellschafter geleistet

Sicherheiten: Die Gewährung von Sicherheiten für das Gesellschafterdarlehen wird sogar zehn Jahre rückwirkend erfasst.

b) Stille Gesellschaft: § 136 InsO

D. Verhältnis der beiden Gruppen der Anfechtbarkeit

Wie sich die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens zur Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhalten verhält, ist umstritten.

-- meine Position: Trennung der beiden Zweige; keine Überschneidungen

-- h.M.: Erstreckung der Anfechtungstatbestände des Schuldnerfehlverhalten (also der §§ 133, 134, 132 InsO, §§ 3, 4 AnfG) auf die Sachverhalte des Gläubigerfehlverhaltens

I. h.M.: Erstreckung des Schuldnerfehlverhaltens auf die Verhältnisse innerhalb der Gläubigerschaft (Schuldnerfehlverhalten durch Leistung an einen Gläubiger)

1. Ausgangspunkt der h.M.

Im deutschen Recht wird nicht oder nicht konsequent zwischen den beiden Zweigen des Anfechtungsrechts unterschieden. Verbreitet ist vielmehr folgendes Verständnis:

Ein Schuldnerfehlverhalten könne auch darin liegen, dass das Verhalten des Schuldners zur Befriedigung (oder Sicherung) der Forderung eines Gläubigers führt und diese Befriedigung (oder Sicherung) in einem Insolvenzverfahren so

nicht erfolgt wäre.[28] Beispiel: Der Schuldner leistet an einen Gläubiger und bewirkt dadurch, dass der Gläubiger eine Befriedigung erlangt, die er in einem Insolvenzverfahren nicht erlangt hätte.

Damit wird die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens auf die Erfüllung (und die Sicherung) von Gläubigerforderungen erstreckt. Das bedeutet: Dem Schuldner wird aufgegeben, dafür zu sorgen, dass die Verteilungsregeln, die zwischen den Gläubigern im Insolvenzverfahren gelten werden, bereits in der Zeit vor dem Insolvenzverfahren eingehalten werden. Kommt er dieser Aufgabe nicht nach, kann eine Anfechtbarkeit als Schuldnerfehlverhalten begründet sein.

Dieses (vorherrschende) Verständnis war bislang (bis 2017) nicht gesetzlich fixiert. Die Novellierung der InsO 2017 hat jedoch zu einer entsprechenden Festschreibung geführt. Der neue Gesetzestext des § 133 InsO bringt zum Ausdruck, dass Leistungen, die ein Schuldner an einen Gläubiger erbringt, die Anfechtbarkeit nach § 133 InsO begründen können. (Siehe unten D IV 3 „Hinweis: Änderung des § 133 InsO im Jahr 2017“.)

Kritik:

-- Die Grundidee der Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens ist nicht angesprochen: Dass der Schuldner auf Forderungen der Gläubiger leistet, ist nichts, was die Gläubiger ihrem Schuldner untersagen würden.[29] Diese Grundidee lässt sich auch nicht erweitern, etwa dahin, dass die Gläubiger sich darauf verständigen würden, vom Schuldner zu verlangen, dass dieser bei seinen Leistungen an die Gläubiger die Verteilungsregeln beachtet, die gelten würden, wenn bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet wäre.

-- Die Verteilungsverhältnisse, die zwischen den Gläubigern gelten sollen, zum Maßstab für das Verhalten *des Schuldners* zu machen (so die h.M.), ist ein verfehlter Ansatz. Der Schuldner kann diese Aufgabe nicht erfüllen. Der Schuldner *muss* leisten; er hat keine Wahl. Verweigerte er trotz

---

28 Etwa BGH, 10.2.2005, IX ZR 211/02, Rn. 20.

29 Oben B I 2.

Verpflichtung seine Leistung, etwa mit der Begründung, nur noch nach den Verteilungsregeln des Insolvenzrechts leisten zu wollen, verletzte er seine Pflichten in den betreffenden Schuldverhältnissen. Der betreffende Gläubiger würde klagen und vollstrecken. In den zusätzlichen Kosten, die durch Klagen und Vollstreckungen entstehen, liegt gerade umgekehrt ein Fehlverhalten des Schuldners gegenüber der Gläubigergesamtheit.

-- Die Tatbestände des Schuldnerfehlverhaltens gelten (von § 132 InsO abgesehen) nicht nur dann, wenn der Schuldner in Insolvenz fällt, sondern auch dann, wenn der Schuldner solvent bleibt. Diese Tatbestände sind nicht nur in der InsO, sondern auch im AnfG niedergelegt. In der Solvenz (d.h. im Anwendungsbereich des AnfG) gelten die Verteilungsregeln, die im Insolvenzverfahren gelten, nicht. Wenn man mit den Tatbeständen des Schuldnerfehlverhaltens auch die Fälle der Gläubigerbegünstigung erfassen möchte (so die h.M.), so kann das von vornherein nur die entsprechenden Tatbestände der InsO (§§ 133, 134 InsO) betreffen, nicht dagegen die parallelen Tatbestände im AnfG. Die gleichen Anfechtungsgründe (Vorsatz; Unentgeltlichkeit) unterschiedlich danach auszulegen, ob sie in der InsO oder im AnfG stehen, ist nicht plausibel.

2. Begriff des „Nachteils“ nach h.M.

-- Die Tatbestände des Schuldnerfehlverhaltens setzen voraus, dass die Gläubiger durch das Verhalten des Schuldners einen „Nachteil“ erlitten haben. Um die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens auf die Verhältnisse zwischen den Gläubigern ausdehnen zu können, widmet die h.M. den Begriff der Gläubigerbenachteiligung um.

-- Auch die h.M. verwendet die Formulierung „Benachteiligung der *Gesamtheit* der Gläubiger“.[30] Leistet der Schuldner an einen Gläubiger,

30 Etwa *Kübler / Prütting / Bork* (*Bork*), InsO, Loseblatt, § 129 Rn. 64: „[D]ie Insolvenzgläubiger in ihrer Gesamtheit“ müssen einen Nachteil erleiden. Ebenso Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 129 Rn. 104.

wird die Gesamtheit der Gläubiger besser gestellt und nicht schlechter. Wenn die h.M. hierin gleichwohl eine „Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger" sieht,[31] ist das widersprüchlich.[32]

Soweit dieser Widerspruch überhaupt angesprochen wird, versucht man, ihn durch eine andere Formulierung aufzulösen: Unter „Gesamtheit" seien die Gläubiger „im Allgemeinen" zu verstehen.[33] Dieses Umbenennung hilft allerdings nicht weiter: Erhält ein Gläubiger eine Leistung, geht es auch den Gläubigern im Allgemeinen besser. Offenbar wird „Gesamtheit" anders als im Wortsinn, nämlich als „Mehrheit" verstanden.[34] Die h.M. geht somit dahin, dass unter Benachteiligung der „Gläubigergesamtheit" zwei Sachverhalte verstanden werden: die Benachteiligung (tatsächlich) der Gesamtheit der Gläubiger sowie, bei Leistung an einen einzelnen Gläubiger, die Benachteiligung der übrigen Gläubiger.

---

31 *Kübler / Prütting / Bork* (*Bork*), InsO, Loseblatt, § 129 Rn. 67; Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 129 Rn. 104; *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 129 Rn. 118.

32 Vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 6. Aufl. 2012, Rn. 212. Einerseits: Voraussetzung der Anfechtbarkeit [wegen Schuldnerfehlverhalten] sei, „dass die Gläubiger in ihrer Gesamtheit benachteiligt worden sind". Andererseits: Erfasst sei auch, „dass eine ungesicherte Forderung durch eine gesicherte Forderung ersetzt wird". Letzteres (i.e. die Bestellung eines Sicherungsrechts für den Gläubiger) stellt jedoch eine Leistung an diesen Gläubiger dar; dadurch wird die Gesamtheit der Gläubiger besser und nicht etwa schlechter gestellt; ebenso Rn. 215 („Deckung", d.h. Leistungen an einen Gläubiger, als Benachteiligung der „Gesamtheit" der Gläubiger). – Dieser Widerspruch zieht sich durch sämtliche Stellungnahmen, die zur h.M. zählen. Siehe etwa *Foerste*, Insolvenzrecht, 6. Aufl. 2014, einerseits Rn. 288 („Schädigung *aller* Gläubiger"), andererseits Rn. 294 (Kaufvertrag; Insolvenz des Käufers; Zahlung des Kaufpreises an den Verkäufer schädige alle Gläubiger, wenn die gelieferte Ware später verlorenging, entwendet wurde oder an Wert verlor) oder Rn. 295 (Der spätere Schuldner überlässt dem Gläubiger Waren ohne Gegenleistung). – Deutlich auch der Widerspruch bei *Jaeger* (*Lent*), Konkursordnung, 8. Aufl. 1958, § 29 Anm. 18: „Wer muß benachteiligt sein? Die Konkursgläubiger in ihrer Gesamtheit . . . . Ein Vorteil eines einzelnen Gläubigers ändert an der Anfechtbarkeit nichts."

33 Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 129 Rn. 104.

34 In diesem Sinn möglicherweise *Kübler / Prütting / Bork* (*Bork*), InsO, Loseblatt, § 129 Rn. 67, der den Begriff „Mehrheit" allerdings nicht oder wenigstens nicht ausdrücklich verwendet.

-- Kritik: Sinnvoll ist diese Aufweichung nicht. Durch sie verliert der Begriff der Gläubigerbenachteiligung seine Kontur, und die Trennung zwischen Schuldnerfehlverhalten und Gläubigerfehlverhalten wird aufgehoben. Eine leistungsfähige Rechtsdogmatik zur Anfechtbarkeit wird dadurch unmöglich.

3. Ausdehnung der Anfechtbarkeit

Der Ansatz der h.M. bedeutet eine ganz erhebliche Ausweitung des Anfechtungsrechts (in der Form der Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens). Verbindlichkeiten, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Insolvenzantrag erfüllt hatte, können sich nach § 133 InsO (§ 3 AnfG) als anfechtbar erweisen.

Auf der politischen Bühne werden daher gesetzliche Einschränkungen des Anfechtungsrechts gefordert (etwa vom BDI) und erwogen (von der Bundesregierung im Koalitionsvertrag der Regierung Merkel / Steinmeier) (2014). Diese Einschränkungen wären entbehrlich, wenn man die Ausweitung des Schuldnerfehlverhaltens (auf das Verhältnis zwischen den Gläubigern) aufgeben würde.

II. meine Position: Trennung der beiden Zweige; keine Überschneidungsbereiche

Es gibt keine Überschneidung dieser beiden Zweige. Eine Rechtshandlung kann nur entweder ein Schuldnerfehlverhalten oder ein Gläubigerfehlverhalten darstellen, nicht beides.

1. Gründe für die Trennung

Will man zu einer funktionsgerechten Dogmatik im Anfechtungsrecht kommen, muss man diese beiden Zweige unterscheiden. Für eine Trennung sprechen folgende Erwägungen:

-- Rechtssystematik 1:

Die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhalten befasst sich mit dem Rechtsverhältnis, das zwischen dem Schuldner und der Gesamtheit seiner Gläubiger besteht. Maßgebend sind Kriterien, die dieses Rechtsverhältnis prägen.

Die Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhalten befasst sich mit dem Rechtsverhältnis, das zwischen den Gläubigern besteht. Maßgebend sind die Kriterien, die dieses Rechtsverhältnis prägen.

Somit: Es geht um zwei verschiedene Rechtsverhältnisse. Das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubigergesamtheit ist etwas anderes als das Verhältnis zwischen den Gläubigern. Die Trennung existiert real; es gibt keinen Grund sie auszublenden.

-- Rechtssystematik 2:

Die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens hat nichts mit Insolvenzrecht zu tun. Sie setzt nicht voraus, dass sich der Schuldner in Insolvenz befindet. (Siehe die §§ 3, 4 AnfG.)

Demgegenüber knüpft die Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhalten (in ihrer wichtigsten Fallgruppe, der Vorwirkung der Verteilungsregeln des Insolvenzrechts) an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens an.

-- Geschichte:

Die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhalten gibt es, seitdem es Möglichkeiten der Gläubiger gibt, auf die Gegenstände (das Vermögen) des

Schuldners zuzugreifen (Recht der Zwangsvollstreckung). Die älteste Gesetzgebung ist die „actio pauliana“ des römischen Rechts.[35] Gleichfalls auf eine lange Tradition kann das „Statute of 13 Elizabeth 1, c 5“ von 1571 zurückblicken. (Diese Regelung galt 350 Jahre lang bis 1925.)

Die Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens trat erst später hinzu, als sich Insolvenzrechte entwickelten und ein Bedürfnis gesehen wurde, die pro-rata-Befriedigung, die im Insolvenzverfahren gilt, in die Zeit vor dem Insolvenzverfahren vorzuziehen.

-- Rechtsvergleich:

Im amerikanischen Schrifttum wird die Trennung beider Zweige betont.

Siehe etwa CLARK, The Duties of the Corporate Debtor to Its Creditors, 90 Harvard Law Review 505 (513) (1977): „[A] preference is not a fraudulent conveyance.“[36]

-- Gesetzgebungszuständigkeiten: Im amerikanischen Recht bestehen unterschiedliche Gesetzgebungszuständigkeiten:

Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens durch Benachteiligung der Gläubigergesamtheit: Einzelstaaten;

Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens durch Begünstigung eines Gläubigers: Bund.

2. § 129: Differenzierende Auslegung von „Nachteil“

innerhalb meines Modells: Differenzierende Auslegung des § 129 erforderlich:

---

35 *Baur / Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band 2: Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, Rn. 18.4.

36 Ebenso: *Keay / Walton*, Insolvency Law, 2nd edition 2008, chapter 38.1 und chapter 39.1; *Ho / Mokal*, Case Report: Barber v CI - Preference Equals Undervalue? (2006) 22 Insolvency Law and Practice 183.

-- bei Schuldnerfehlverhalten: Nachteil für alle Gläubiger des Schuldners

-- bei Gläubigerfehlverhalten: Begünstigung des empfangenden Gläubigers im Vergleich zu maßgeblichen Verteilungsregel

-- Geschichte: § 129 InsO wurde von § 1 AnfG übernommen. Dort (im Recht der Einzelanfechtbarkeit) passt es, wenn eine Grundsatznorm die Benachteiligung der Gläubiger als Voraussetzung für sämtliche Anfechtungstatbestände aufstellt. In der Einzelanfechtbarkeit (die ja nicht auf ein Insolvenzverfahren abstellt) kann es nicht um die Vorwirkung von Insolvenzrecht gehen; dort geht es um Schuldnerfehlverhalten. Für dessen Tatbestände ist die Voraussetzung „Nachteil für die Gläubiger" geschaffen.[37]

3. Erfüllungsgeschäft: Leistung des Schuldners zur Erfüllung einer Verbindlichkeit

Wenn man Schuldnerfehlverhalten und Gläubigerfehlverhalten trennt (meine Position), dann kann die Erfüllung (oder Sicherung) einer Gläubigerforderung nicht als Schuldnerfehlverhalten anfechtbar sein, sondern nur als Gläubigerfehlverhalten.

Begründung: In ihrer Gesamtheit erleiden die Gläubiger gerade keinen Nachteil. Im Gegenteil: die Gläubiger erhalten etwas; einer von ihnen wird befriedigt.[38]

---

37 Einschränkung: Die Tatbestände des § 6 und § 6a AnfG gehören zur gläubigerbegründeten Anfechtbarkeit. Obwohl Teil des AnfG, passt die Grundanforderung des § 1 AnfG nicht. Das wird dadurch unterstrichen, dass § 1 AnfG eine Handlung des Schuldners voraussetzt, was in § 6 und § 6a nicht verlangt werden kann.

38 So bereits *Cosack*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, 1884, 114 f.: „Zahlungen des Schuldners auf seine Verbindlichkeiten sind nicht anfechtbar. Denn da sie *einen* Gläubiger begünstigen, stellen sie um deswillen keine Benachteiligung ‚seiner Gläubiger' dar. In der Hauptsache entspricht dies bekanntlich dem römischen Recht . . . ." (Rechtschreibung aktualisiert) – Ebenso *Baird*, Elements

Denkbar daher nur Gläubigerfehlverhalten durch Begünstigung eines Gläubigers gegenüber der jeweils anwendbaren Rangregel

4. Verpflichtungsgeschäft

-- meine Position: Die Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens kann sich nur auf Verpflichtungsgeschäfte beziehen.

-- Verpflichtungsgeschäft: Schuldner geht eine Verpflichtung ein. Hierin liegt dann ein Nachteil für die Gesamtheit seiner Gläubiger, wenn der Schuldner keinen Anspruch auf eine gleichwertige Gegenleistung erhält.[39]

-- Begründung:

Insolvenz-Anfechtbarkeit: Erhöhung der Verbindlichkeiten des Schuldners vermindert die Befriedigung sämtlicher Gläubiger (durch eine Verringerung der Insolvenzquote)

Einzel-Anfechtbarkeit: Rechtslage unklar; teilweise wird darauf abgestellt, ob die Verfügung bereits erfolgte oder nicht;[40] m.E. bewirkt das Eingehen

---

of Bankruptcy, 6th edition 2014, 146: "A transfer to [a] creditor (called a preference) makes the other creditors worse off, but that does not make it a fraudulent conveyance. . . . Such transfers on account of an antecedent debt affect how assets are distributed among the different creditors, but they do not affect the pool of assets available to the creditors. Creditors as a group are not worse off when one is paid and others are not." Wie sich aus dem anschließenden Satz ergibt (S. 147: "A creditor can challenge a payment to another creditor under the fraudulent conveyance laws only if the payment was made with actual intent to hinder, delay, or defraud."), lässt allerdings auch *Baird* Überschneidungen der beiden Zweige des Anfechtungsrechts zu, nämlich dort, wo eine Erfüllungsleistung von dem Vorsatz des Schuldners getragen wird, nicht die Gesamtheit der Gläubiger, aber die *übrigen* Gläubiger zu schädigen. Mit dieser Position wird die „fraudatio ceterorum creditorum" (Benachteiligung der übrigen Gläubiger) in die Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger aufgenommen. Konsequent ist das nicht.

39 *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 129 Rn. 109.

40 Vgl. etwa *Jaeger*, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl. 1938, S. 9: Im Recht der Einzelanfechtung (also außerhalb von Insolvenzverfahren)

einer nachteiligen Verpflichtung auch im Recht der Einzelanfechtbarkeit einen Nachteil für die Gesamtheit der Gläubiger.

III. Position von Thole

THOLE, „Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht", 2010, insbesondere S. 287-301

THOLE, „Die tatbestandlichen Wertungen der Gläubigeranfechtung",
in: ZZP (Zeitschrift für Zivilprozess) 121 (2008), 67-93

Dieser Autor findet weitgehend zu denselben Ergebnissen wie die hiesige Übersicht. Auch er betont die Zweiteilung des Anfechtungsrechts in den Zweig „Schuldnerfehlverhalten" (bei Thole: „schuldnerbezogene Anfechtung", teilweise auch „Schuldnerfehlverhalten", etwa S. 297, 299) und den Zweig „Gläubigerfehlverhalten" (bei Thole: „Deckungsanfechtung", wobei unter „Deckung" Leistungen an einen Gläubiger verstanden werden, die dessen Forderung entweder befriedigen oder sichern). Im Unterschied zur hiesigen Übersicht vertritt Thole die Auffassung, dass beide Zweige sich überschneiden könnten. Eine Transaktion könne sowohl ein Schuldnerfehlverhalten als auch ein Gläubigerfehlverhalten darstellen (Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 298; ZZP, S. 83 f.). Das scheint mir nicht zuzutreffen. Wenn ein Schuldner an einen Gläubiger leistet, kann das kein Schuldnerfehlverhalten sein. Der Schuldner verletzt dadurch keine grundlegenden Vorgaben, die ihm alle Gläubiger machen würden. Er entzieht den Gläubigern gerade kein Vermögen. Verletzt können vielmehr lediglich Regeln sein, die für das Verhältnis zwischen den Gläubigern gelten.

---

stelle das Eingehen einer Verpflichtung keine anfechtbare Rechtshandlung dar. Die Anfechtbarkeit einer Verpflichtung komme dort nur dann in Betracht, wenn auch die erfüllende Verfügung erfolgt sei. Ebenso *Baur / Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band 1: Einzelzwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 1995, Rn. 26.16.

IV. § 133: auch bei Gläubigerfehlverhalten?

-- Frage: Enthält der § 133 InsO (§ 3 AnfG) auch einen Tatbestand des Gläubigerfehlverhaltens? Erfasst der § 133 InsO (§ 3 AnfG) neben dem Vorsatz, die *Gesamtheit* der Gläubiger zu benachteiligen (ein Fall des Schuldnerfehlverhaltens), auch den Vorsatz des Schuldners, einen Gläubiger gegenüber den übrigen Gläubigern zu *begünstigen*?

-- Fall: Der Schuldner erfüllt eine Verbindlichkeit. 5 Jahre später wird gegen ihn Insolvenzantrag gestellt. Da die Leistung des Schuldners außerhalb der Drei-Monatsfrist der §§ 130, 131 InsO liegt, kommt eine Anfechtbarkeit nur dann in Betracht, wenn man den § 133 InsO anwendet.

1. h.M.

-- h.M.: Anfechtbarkeit nach § 133 InsO (bzw. § 3 AnfG) möglich[41]

-- Unter „Benachteiligung der Gläubiger" wird auch die Begünstigung eines Gläubigers im Verhältnis zu den anderen Gläubigern verstanden. („Begünstigung" bedeutet, dass ein Gläubiger eine Befriedigung oder Sicherung erlangt, die er im Insolvenzverfahren nicht erhalten hätte.)

-- Erweitert man die „Gläubigerbenachteiligung" in dieser Weise, bedeutet Vorsatz die Kenntnis (in der Form des Für-möglich-Haltens) und die Billigung der Begünstigung des die Leistung empfangenden Gläubigers.

-- Beispiel: Ein derartiger Begünstigungsvorsatz zeige sich etwa darin, dass der Schuldner einem Gläubiger die schnelle Erwirkung eines

---

41 Auswahl: *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 133 Rn. 10, 12; *Jaeger*, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl. 1938, § 3 Anm. 14 (am Ende).

Vollstreckungstitels ermöglicht, die Rechtsverfolgung anderer Gläubiger aber aufhält.[42]

-- Bedeutung einer solchen Anfechtbarkeit neben den §§ 130, 131 InsO: Erfassung von Befriedigungen, die ein Gläubiger zeitlich vor dem Drei-Monats-Zeitraum erlangt hat. Dadurch: erhebliche zeitliche Erweiterung der Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens. Indem man den § 133 InsO auch als Fall des Gläubigerfehlverhaltens versteht, schafft man sich die Möglichkeit, die Geltung der Verteilungsregeln, die im Insolvenzverfahren gelten, nicht nur um drei Monate vorzuziehen (wie die §§ 130, 131 InsO dies vorsehen), sondern um zehn Jahre.

-- Diese h.M. kann sich auf historische Vorläufer stützen:

römisches Recht: eigenständiger Anfechtungstatbestand der „fraudatio ceterorum creditorum" (Benachteiligung der *übrigen* Gläubiger)

altes englisches Recht: Twyne's Case (1601)
Im Jahr 1600 hatte der Landwirt Pierce einem seiner Gläubiger, Herrn Twyne, Schafe übereignet (offenbar zur Befriedung oder zur Sicherung einer Verbindlichkeit gegenüber Twyne). Pierce durfte im Besitz der Schafe bleiben und diese scheren. Ein anderer Gläubiger von Pierce klagte. Das Gericht sah in der Übereignung der Schafe eine anfechtbare Handlung, und zwar wegen Schuldnerfehlverhaltens. -- Dieser Fall gilt (im angloamerikanischen Rechtskreis) als die Begründung des Rechts der Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens (fraudulent transfer law). Richtig verstanden handelte es sich jedoch um einen Fall des Gläubigerfehlverhaltens (preference law). Das ist heute unstreitig.[43]

-- Auch die „Motive" zur KO äußern sich in diesem Sinn.

---

42 *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 133 Rn. 12.

43 Zu Twyne's Case: *Baird*, The Elements of Bankruptcy, 6th edition 2014, 141; *Tabb*, The Law of Bankruptcy, 5th edition 2020, § 6.32 ("Ironically, the case may have involved nothing more than a preference; yet, its place in legal history is secure.").

-- Überblick bei Jaeger (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 133 Rn. 10-12

2. Kritik

-- Ich sehe zwar, dass die h.M. erdrückend ist. Die einzige kritische Stimme, die es hierzu einmal gab (Cosack, 1884), hat sich später der h.M. angepasst (allerdings ohne ein Wort der Begründung).

-- Eine nähere Befassung führt aber zu der Einschätzung, die h.M. abzulehnen.

-- Die einzelnen Punkte meiner Kritik:

-- Wortlaut (des § 133 InsO, des § 3 AnfG): Vorsatz, „seine Gläubiger" zu benachteiligen: Diese Formulierung weist auf sämtliche Gläubiger des Schuldners (also: die Gesamtheit der Gläubiger) hin. Wird ein Gläubiger befriedigt, kann man nicht davon sprechen, dass der Schuldner „seine" Gläubiger benachteiligen möchte. Im Gegenteil: Er will, dass seinen Gläubigern etwas zufließt.

-- Geschichte: Die „fraudatio ceterorum creditorum" des römischen Rechts (s.o.) war gerade nicht als Anfechtungstatbestand in das deutsche Recht aufgenommen worden.

-- Vorsatz: Die h.M. fragt nach dem Vorsatz des Schuldners, dem empfangenden Gläubiger besser zu stellen, als dieser im Verhältnis zu den anderen Gläubigern in einem Insolvenzverfahren stünde.

Dieser Ansatz ist nicht tragfähig.

Da der Schuldner an den empfangenden Gläubiger leisten *musste*, kann der von der h.M. konstruierte Vorsatz das Handeln des Schuldners (d.h. die Leistung zur Erfüllung einer Verpflichtung) gar nicht gesteuert haben. Tritt der Vorsatz als Richtschnur, die das Verhalten des Schuldners lenkt, zurück, kann oder sollte an ihn keine Anfechtbarkeit geknüpft werden.

Die h.M. dehnt das Recht der Anfechtbarkeit ins Uferlose aus. Die kognitive Seite des Vorsatzes (für den dolus eventualis ausreicht) wird immer gegeben sein. Jeder, der ein Unternehmen betreibt, weiß oder hält es für möglich, dass er damit scheitern kann. Auf der voluntativen Seite ist die Billigung des Schuldners (in Bezug auf die Begünstigung des empfangenden Gläubigers) erforderlich. Wie beim echten Schuldnerfehlverhalten liegt eine derartige Billigung erst vor, wenn Insolvenz eingetreten ist oder mit Gewissheit bevorsteht: Erst dann nimmt der Schuldner Leistungen an seine Gläubiger mit dem Einverständnis in die Begünstigung vor. Vor der Insolvenz war er mit der eigenen Insolvenz nicht einverstanden, sondern versuchte sie im Gegenteil abzuwehren. Daher war er auch nicht einverstanden, dass seine Erfüllungsleistungen unvollständig bleiben und zu Ausfällen bei den Gläubigern führen werden. Damit wird dann jede Erfüllung, die der Schuldner bei Eintritt oder beim Bevorstehen seiner Insolvenz leistet, nach § 133 InsO anfechtbar. Eine derart umfassende und weitreichende Anfechtbarkeit ist grotesk. Ihr fehlt das Korrektiv, das auf der Seite des echten Schuldnerfehlverhalten wirkt: Dort werden nur nachteilige Rechtsakte erfasst. Demgegenüber werden bei einer Erstreckung des § 133 InsO auf die Fälle des Gläubigerfehlverhaltens sämtliche Erfüllungsleistungen des Schuldners erfasst.

-- Systematik: Das deutsche Insolvenzrecht hat die Frage, unter welchen Bedingungen Leistungen, die ein Gläubiger erhält, anfechtbar sein sollen, in den §§ 130, 131 InsO geregelt.[44] In diesen Bestimmungen wird verlangt, dass die Leistung, die der Gläubiger erlangt hat, im Widerspruch zu den Regeln steht, die in dem später eröffneten Insolvenzverfahren für die Befriedigung des empfangenen Gläubigers gelten.

Das ist der sachgerechte Ansatz. Ob eine Leistung, die ein Gläubiger erhalten hatte, anfechtbar sein sollte oder nicht, betrifft das Verhältnis

---

44 So bereits *Cosack*, 114-117. (Die Anfechtbarkeit von Leistungen an einen Gläubiger wurde damals als die Anfechtbarkeit der „Gratifikation" des Gläubigers bezeichnet. Siehe *Cosack*, 193 ff.)

zwischen den Gläubigern. Das Verhältnis zum Schuldner und das Verhalten des Schuldners spielt keine Rolle. Ob der Schuldner wusste und wollte, dass der Gläubiger, an den er leistet, einen Vorteil gegenüber den übrigen Gläubigern erlangt, sollte kein entscheidender Gesichtspunkt sein. Entscheidend ist, ob die Leistung, die der Gläubiger erhalten hat, mit den Verteilungsregeln übereinstimmt, die in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren gelten, übereinstimmt oder nicht und für welchen Zeitraum man die Geltung der Verteilungsregeln des Insolvenzverfahrens vorziehen möchte. (Diese Fragen richten sich an und werden beantwortet von den §§ 130, 131 InsO.)

-- Regelungszweck: Die Anfechtbarkeit wegen Gläubigerfehlverhaltens bezieht sich auf das Verhältnis der Gläubiger untereinander und hat die Funktion, die Verteilungsregeln, die im später eröffneten Insolvenzverfahren für die Verteilung auf die Gläubiger gelten, in die Zeit vor dem Insolvenzverfahren vorzuziehen. Mit diesem Regelungsanliegen passt nicht zusammen, an ein Verhalten *des Schuldners* (nämlich seinen Vorsatz, einen Gläubiger gegenüber die übrigen zu bevorzugen) anzuknüpfen. Der Schuldner trägt keine Verantwortung dafür, dass die Regeln gewahrt bleiben, die im Verhältnis zwischen den Gläubigern gelten.

-- praktische Bedeutung: Die einzige Bedeutung der Erstreckung des § 133 InsO (§ 3 AnfG) auf die Bevorzugung eines Gläubigers zu Lasten der übrigen („fraudatio ceterorum creditorum“) scheint darin zu liegen, um die kurze Frist der §§ 130, 131 InsO (drei Monate vor Antrag) herumzukommen.[45]

-- Ergebnis (meine Auffassung): Der Vorsatz, einen Gläubiger zu bevorzugen, wird von § 133 InsO (§ 3 AnfG) *nicht* erfasst.

---

45 Vgl. *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 133 Rn. 12 (am Ende). Sowie ebenda Rn. 35: „Auffällig ist, dass die überwiegende Zahl der veröffentlichten Entscheidungen, die einer Anfechtung [wegen der Bevorzugung eines Gläubigers] . . . [unter der Geltung der KO] zum Erfolg verhalfen, heute von § 131 InsO erfasst würden.“

-- Beleg:

COSACK sprach sich mit klaren Worten dagegen aus, den (heutigen) § 133 InsO (§ 3 AnfG) auf das Verhältnis zwischen den Gläubigern (also auf eine Bevorzugung eines Gläubigers gegenüber den übrigen) zu erstrecken. Wörtlich:[46] „Hiernach bleibt nur eine einzige Auslegung des Gesetzes [§ 133 InsO, § 3 AnfG] möglich: nämlich als Absicht, die Gläubiger zu benachteiligen, nur eine solche gelten zu lassen, die sich auf die Gesamtheit der Gläubiger bezieht. Danach unterscheidet sich denn allerdings von selbst die Begünstigung eines einzelnen Gläubigers zum Nachteil der anderen Gläubiger von einer Benachteiligung aller Gläubiger. Es ist danach jede Begünstigung eines Gläubigers, mag sie nun in . . . Erfüllung seiner Forderung, . . . , in der Bestellung von [Sicherungsrechten], . . . bestehen, der Anfechtung überall entzogen, wo das Gesetz zu ihrer Begründung eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, fordert.[47]“

Anmerkung: heute nicht mehr „Absicht“, sondern „Vorsatz“.

Allerdings gab Cosack seine Rechtsansicht später auf und schloss sich der h.M. an.[48]

---

46 *Cosack*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, 1884, S. 82.

47 Fußnote 21 von *Cosack*: „Ein Gläubiger als solcher kann also bei der Anfechtung aus § 24 KO, § 3 Ziff. 1 AnfG niemals Anfechtungsgegner sein.“ Der § 24 Ziff. 1 KO von 1877 und der § 3 Ziff. 1 AnfG von 1879 lauteten: „Anfechtbar sind Rechtshandlungen, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat.“ (Rechtschreibung aktualisiert)

48 *Cosack*, Besprechung von Krasnopolski, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht, ZHR 37 (1890), 568 f. Die Äußerung *Cosacks* hierzu beschränkt sich auf einen einzigen Satz (im Rahmen dieser Buchbesprechung): „Ich lasse den Widerspruch [zur h.M.] jetzt fallen.“ Ein Wort der Begründung oder Erläuterung findet sich dort nicht.

3. Hinweis: Änderung des § 133 InsO im Jahr 2017

Die Novelle 2017 zur InsO fügte die Abs. 2 und 3 neu in den § 133 InsO ein.

Kommentar: Mit dieser Gesetzesänderung wird die h.M. bestätigt und gesetzlich festgeschrieben: Die Vorsatzanfechtung erfasst auch Leistungen, die der Schuldner zur Erfüllung (oder Sicherung) an einen Gläubiger erbringt. Allerdings gelten für diesen Fall eigene Anfechtungsfristen und eigene Anfechtungsvoraussetzungen. Das Gesetz bringt damit aber immerhin zum Ausdruck, dass es eine Benachteiligung aller Gläubiger („Schuldnerfehlverhalten") (Abs. 1 des § 133 InsO) als etwas anderes einschätzt als die Begünstigung eines Gläubigers („Gläubigerfehlverhalten") (neue Abs. 2 und 3 des § 133 InsO).

V. § 134 auch bei Gläubigerfehlverhalten?

Erfasst der § 134 InsO (§ 4 AnfG) nicht nur Schuldnerfehlverhalten, sondern auch Gläubigerfehlverhalten?

Sachverhalt: Der Schuldner leistet auf eine unentgeltliche Verpflichtung. Ist diese Erfüllungsleistung nach § 134 InsO (§ 4 AnfG) anfechtbar?

h.M.:

-- Anfechtbarkeit nach § 134 InsO (bzw. § 4 AnfG)[49]

meine Position:

-- keine Anfechtbarkeit nach § 134 InsO (§ 4 AnfG)

---

49 Vgl. *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 134 Rn. 9; Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 134 Rn. 7.

-- Begründung: Wird auf die beschriebene Verpflichtung geleistet, hat die Gesamtheit der Gläubiger keinen Nachteil. Im Gegenteil: Einer von ihnen (nämlich der Gläubiger aus dem unentgeltlichen Vertrag) wird befriedigt.

-- denkbar lediglich: Anfechtbarkeit nach §§ 130, 131 InsO (und somit nur innerhalb der 3-Monats-Frist und unter den weiteren Voraussetzungen der §§ 130, 131 InsO)

E. Rechtsfolgen (= Inhalt) der Anfechtbarkeit

I. Anfechtbarkeit einer Verpflichtung (in meinem Modell: wegen Schuldnerfehlverhaltens)

1. Grundsatz

Die Anfechtbarkeit einer Verpflichtung bedeutet, dass das Vermögen des Schuldners für diese Verbindlichkeit nicht haftet. Wie diese Wirkung der Anfechtbarkeit eintritt, insbesondere ob hierzu weitere Maßnahmen erforderlich sind, ist umstritten.

-- h.M.: Nach zutreffender, vorherrschender Auffassung wirkt die Anfechtbarkeit der Verpflichtung ipso iure. Es sind keine Maßnahmen erforderlich, um den Inhalt der Anfechtbarkeit (nämlich keine Haftung des Schuldnervermögens für diese Verbindlichkeit) umzusetzen. Insbesondere ist nicht erforderlich, den Anfechtungsgegner (= Gläubiger der anfechtbaren Verpflichtung) für verpflichtet zu halten, der Aufhebung der anfechtbaren Verpflichtung zuzustimmen.

Rechtstechnisch reicht damit aus, dem anfechtenden Einzelgläubiger (bei Anfechtbarkeit außerhalb der Insolvenz) bzw. der Insolvenzverwaltung

des Schuldners (bei Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren) ein Leistungsverweigerungsrecht (d.h. einen Einwand) zu geben. Die Erfüllung der anfechtbaren Verpflichtung darf verweigert werden.

-- Einzelanfechtbarkeit nach AnfG: Der (die Verpflichtung anfechtende) Vollstreckungs-Gläubiger kann den Einwand der Anfechtbarkeit erheben (§ 9 AnfG).

-- Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren: Die Insolvenzverwaltung des Schuldners kann den Einwand der Anfechtbarkeit erheben. In der InsO fehlt zwar eine ausdrückliche, dem § 9 AnfG entsprechende Regelung. Der Einwand der Anfechtbarkeit ergibt sich jedoch implizit aus dem § 146 Abs. 2 InsO, der die Existenz eines solchen Einwands voraussetzt.

-- Mindermeinung: Die Rechtslage, die „Anfechtbarkeit" bedeutet, stellt sich nicht ipso iure ein. Sie muss vielmehr durch Umsetzungsakte hergestellt werden. Dieser Umsetzungsakt ist die Aufhebung der Verpflichtung. „Anfechtbarkeit" hat danach zur Folge, dass der anfechtende Einzelgläubiger (bei Anfechtbarkeit außerhalb der Insolvenz) bzw. die Insolvenzverwaltung des Schuldners (bei Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren) vom Anfechtungsgegner (d.h. dem Gläubiger der anfechtbaren Verpflichtung) verlangen kann, dass dieser in die Aufhebung der Verpflichtung einwilligt.

2. Leistungen, die auf eine anfechtbare Verpflichtung erbracht worden waren

Sachverhalt: Die Verpflichtung, zu deren Erfüllung der Schuldner leistete, ist anfechtbar. (Der Grund der Anfechtbarkeit der Verpflichtung kann, auch nach h.M., nur in einem Schuldnerfehlverhalten liegen (es sei denn, die Verpflichtung war ihrerseits zur Erfüllung einer Verpflichtung eingegangen worden).)

verschiedene Lösungsvorschläge:

a) überwiegende Auffassung: Bereicherungsrecht

-- ü.M.: Bereicherungsrecht (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alternative 1 BGB): Leistungen, die auf eine anfechtbare Verpflichtung erbracht wurden, erfolgen (so diese Sichtweise) ohne rechtlichen Grund.[50]

-- Dieser Bereicherungsanspruch gehört zum Insolvenzvermögen; er wird daher von der Insolvenzverwaltung geltend gemacht.
Ggf. kann sich der (ungerechtfertigt bereicherte) Empfänger der Leistung auf den Wegfall der Bereicherung berufen (§ 818 Abs. 3 BGB).

-- Kritik: Diese Sichtweise ist nicht plausibel. Sie knüpft an die Anfechtbarkeit dieselbe Rechtsfolge wie an die Unwirksamkeit. Die auf eine anfechtbare Verpflichtung erbrachte Leistung wird so behandelt, es sei sie auf eine unwirksame Verpflichtung erbracht worden. Das kann nicht richtig sein. Anfechtbarkeit setzt im Gegenteil die Wirksamkeit der Verpflichtung voraus. Das Recht der Anfechtbarkeit dient anderen Zwecken und Funktionen als das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung. Während das Bereicherungsrecht im Verhältnis zwischen dem Gläubiger und Schuldner wirkt, bezieht sich das Anfechtungsrecht (mit seinem Zweig „Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens“) auf das Verhältnis zwischen dem Schuldner und der Gesamtheit seiner Gläubiger. Auch die Rechtsfolgen unterscheiden sich: Das Bereicherungsrecht gibt dem Empfänger das Recht, Nachteile abzuziehen, die im Zusammenhang mit dem rechtsgrundlos Erlangten in seinem Vermögen eingetreten sind (sog. „Entreicherung“, § 818 Abs. 3 BGB). Dieses Recht steht dem Empfänger einer Leistung, die anfechtbar ist, nicht zu (§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, §§ 819, 818 Abs. 4 BGB).

---

50 Überwiegende Rechtsmeinung. Siehe *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 143 Rn. 39 und § 129 Rn. 110; Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 129 Rn. 57; Kayser / Thole (*Thole*), Heidelberger Kommentar zur InsO, 8. Aufl. 2016, § 129 Rn. 17; Uhlenbruck (*Hirte / Ede*), InsO, 14. Aufl. 2015, § 129 Rn. 103 (jedoch zugleich mit Anfechtbarkeit der Erfüllung nach § 131 InsO); *Nerlich / Römermann* (*Nerlich*), InsO, Loseblatt, § 129 Rn. 52 (bei isolierter Anfechtung der Verpflichtung).

-- Wertete man (mit der ü.M.) die Leistung, die auf eine anfechtbare Verpflichtung erbracht wird, als „rechtsgrundlos", könnte der Schuldner (d.h. der Leistende) selbst die Leistung als ungerechtfertigte Bereicherung vom Empfänger (gem. § 812 Abs. 1 BGB) zurückfordern. Das kann kaum richtig sein. Die Anfechtbarkeit dient den Gläubigern des Schuldners; das Recht, die Anfechtbarkeit geltend zu machen, sollte daher nur ihnen zustehen.

b) Teil Schrifttum: Erstreckung der Anfechtbarkeit der Verpflichtung auf die Erfüllungsleistung

-- Mindermeinung: Anfechtbarkeit der erbrachten Leistung: Ist die Verpflichtung anfechtbar, seien Leistungen, die zur Erfüllung dieser Verpflichtung erbracht wurden, gleichfalls (und aus demselben Grund) anfechtbar.[51]

-- eigene Auffassung:

(1) Für diese Mindermeinung spricht, dass sie die Grundlagen der Anfechtbarkeit zutreffend umsetzt. Anfechtbarkeit einer Verpflichtung bedeutet, dass diese Verpflichtung wirksam ist (daher kein Bereicherungsrecht), aber dass das Vermögen des Schuldners für diese Verbindlichkeit nicht haftet. Wird entgegen der Anfechtbarkeit gleichwohl Vermögen zur Befriedigung dieser Verbindlichkeit eingesetzt, steht das im Widerspruch zu den Interessen der Gesamtheit der Gläubiger -- wobei zu dieser Gesamtheit (nur) diejenigen Gläubiger gehören, deren Forderungen aus dem Insolvenzvermögen befriedigt werden. Leistungen aus dem Schuldnervermögen zur Befriedigung einer anfechtbaren Verbindlichkeit zu erbringen, dürfte zu den Verhaltensweisen gehören, die die Gesamtheit der Gläubiger ihrem Schuldner untersagen würden.

---

51 Frankfurter Kommentar zur InsO (*Dauernheim*), 9. Aufl. 2018, § 129 Rn. 42. -- Vgl. auch *Nerlich / Römermann* (*Nerlich*), InsO, Loseblatt, § 129 Rn. 52: Die Anfechtbarkeit der Verpflichtung wegen Benachteiligungsvorsatzes könne auf das Erfüllungsgeschäft durchschlagen.

(2) Allerdings lassen sich auch Zweifel artikulieren. Gegen eine Deutung als „Schuldnerfehlverhalten“ spricht, dass der Schuldner keine Wahl hat: Trotz der Anfechtbarkeit muss er auf diese Verbindlichkeit leisten. Der Schuldner der anfechtbaren Verpflichtung *muss* leisten; er darf die Leistung nicht unter Hinweise auf die Anfechtbarkeit verweigern.

Gegen eine Anfechtbarkeit wegen Schuldnerfehlverhaltens spricht weiterhin, dass der Schuldner an der Befriedigung einer anfechtbaren Verbindlichkeit gar nicht mitwirken muss. Wenn der Gläubiger der anfechtbaren Verpflichtung vollstreckt, fehlt es an einem Verhalten des Schuldners, welches man diesem als „Fehlverhalten“ vorwerfen könnte. Ob die anfechtbare Verbindlichkeit durch eine Handlung des Schuldners oder durch Vollstreckung erfüllt wird, sollte aber keine Rolle spielen.

(3) Alternativ ist zu erwägen, die Leistung auf eine anfechtbare Verpflichtung lediglich als Gläubigerfehlverhalten (genau: als Begünstigung des betreffenden Gläubigers) zu erfassen. Dann bestimmte sich die Anfechtbarkeit einer Leistung, die auf eine anfechtbare Verpflichtung erbracht wird, nach den §§ 130, 131 InsO. Immerhin griffen die Anfechtungserleichterungen des § 131 InsO ein: Die Leistung auf eine anfechtbare Verpflichtung ist als „inkongruent“ zu werten.[52] -- Genauer zu klären wäre aber die Frage, ob die Leistung auf eine anfechtbare Verpflichtung überhaupt zu dem Zweig „Gläubigerbegünstigung“ des Anfechtungsrechts passt. Dieser Zweig des Anfechtungsrechts dient dazu, die Rangbeziehungen innerhalb der Gläubigerschaft zu wahren und zu verhindern, dass einer der Gläubiger etwas erhält, was er im eröffneten Insolvenzverfahren aufgrund der dort geltenden Verteilungsregeln (insbesondere nach der pro-rata-Regel für vollrangige ungesicherte Verbindlichkeiten) nicht erhalten hätte. Um das Rangverhältnis zwischen den Gläubigern geht es hier nicht. Dieses befasst sich ja mit der Frage, wie

---

52 Vgl. Münchener Kommentar zur InsO (*Kayser*), 3. Aufl., Band 2, 2013, § 131 Rn. 14a; *Paulus*, in: Kübler / Prütting, InsO, Vorauflagen (nicht mehr aktuell), § 131 Rn. 7. Vgl. auch Uhlenbruck (*Hirte / Ede*), InsO, 14. Aufl. 2015, § 129 Rn. 103 (jedoch zugleich auch rechtsgrundlos mit der Folge Kondiktion).

das knappe Schuldnervermögen auf die Gläubiger zu verteilen ist. Auf eine anfechtbare Verbindlichkeit ist aber gar nichts zu verteilen. Auch in den Fällen, in denen kein Insolvenzverfahren eröffnet wird, die pro-rata-Regel also gar nicht zum Einsatz kommt, sollten Leistungen zur Erfüllung einer anfechtbaren Verbindlichkeit ihrerseits anfechtbar sein.

(4) Möglicherweise passender Weg: Die angedeuteten Zweifel lassen sich überwinden, wenn man die Erfüllungsleistungen, die auf die anfechtbare Verpflichtung erbracht wurden, nicht selbst als anfechtbaren Rechtsakt ansieht. Vielmehr ist allein die Verpflichtung (als Schuldnerfehlverhalten) anfechtbar. Dass hierauf empfangene Leistungen zurückzugewähren sind, lässt sich zum Inhalt der Anfechtbarkeit der Verpflichtung rechnen.

II. Anfechtbarkeit einer Verfügung des Schuldners (in meinem Modell: wegen Gläubigerfehlverhaltens)

1. Grundsätze

Ist eine Verfügung anfechtbar, so bedeutet das:

-- Der Gegenstand, der vom Schuldner auf den Anfechtungsgegner übergegangen ist (durch Verfügung des Schuldners oder durch Vollstreckung des Anfechtungsgegners), haftet weiterhin für die Verbindlichkeiten des Schuldners (obwohl er einem Dritten, dem Anfechtungsgegner, gehört). Anfechtbarkeit bedeutet, dass die haftungsrechtliche Zuordnung des Gegenstands abweicht von der vermögensrechtlichen Zuordnung dieses Gegenstands.

-- Neben dieser Rechtsfolge (über die keine Meinungsverschiedenheiten bestehen) sieht das Gesetz einen schuldrechtlichen Anspruch vor:

Insolvenzverfahren: Der Anfechtungsgegner ist verpflichtet, den Gegenstand an den Insolvenzschuldner zurückzuübertragen (§ 143 InsO). Das ist eine seltsame Rechtsfolge, weil die Übertragung vom Schuldner an den Anfechtungsgegner ja wirksam war. Die Begründung für den Rückübertragungsanspruch liegt darin, dass nach außen deutlich werden soll, dass der fragliche Gegenstand, obwohl Eigentum des Anfechtungsgegners, den Gläubigern des Schuldners (weiter) haftet. In Ermangelung anderer Rechtsinstitute greift man hierzu auf die vorhandenen zurück; das ist dann eben die (Rück-) Übertragung (Übereignung bei Sachen, Abtretung bei Forderungen).[53]

außerhalb Insolvenzverfahren: Geht es um die Anfechtbarkeit zugunsten eines einzelnen Gläubigers, ist der Anfechtungsgegner verpflichtet, dem einzelanfechtenden Gläubiger den Gegenstand „zur Verfügung zu stellen", (§ 11 AnfG). Der Anfechtungsgegner hat die Zwangsvollstreckung des Einzelgläubigers so zu dulden, wie sie der Anfechtungsgläubiger beim Hauptschuldner hätte durchführen können. Dazu gehört im Allgemeinen kein aktives Tun des Anfechtungsgegners.[54] (Um die Verpflichtung, den Gegenstand zur Verfügung zu stellen, zu erfüllen, *kann* der Anfechtungsgegner den Gegenstand zurück an den Schuldner übertragen; er muss das aber nicht. Er *kann* auch an den Einzelgläubiger zahlen.)

-- wenn Gegenstand nicht mehr beim Anfechtungsgegner vorhanden: Geltung des § 819 Abs. 1 BGB (§ 143 Abs. 1 Satz 2 InsO): Der Anfechtungsgegner hat letztlich nicht das zu ersetzen, was er erlangt hat, sondern das zu ersetzen, was er durch die anfechtbare Handlung dem Schuldnervermögen entzogen hatte.
Ausnahme: unentgeltliche Leistung (Berufung auf Wegfall der Bereicherung möglich, § 143 Abs. 2 InsO)

---

53 So die plausible Deutung von *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21.13.

54 Münchener Kommentar zum Anfechtungsgesetz (*Kirchhof*), 1. Aufl. 2012, § 11 Rn. 40.

2. Theorienstreit

In welchem Verhältnis diese beiden Rechtsfolgen (Änderung der haftungsrechtlichen Zuordnung des Gegenstands und der schuldrechtliche Anspruch auf Zur-Verfügung-Stellung) zueinander stehen, ist umstritten: Haftungstheorie und schuldrechtliche Theorie.[55]

a) Haftungstheorie

-- Der schuldrechtliche Anspruch aus § 143 InsO, § 11 AnfG dient lediglich der Ergänzung der vermögensrechtliche Rechtslage, die ab Anfechtbarkeit besteht.

-- Schuldrechtliche Ansprüche können hilfreich sein, um die Haftung des Gegenstands herbeizuführen. Diese schuldrechtlichen Ansprüche dienen aber lediglich dazu, die Haftungslage, die als „Anfechtbarkeit" bezeichnet wird, umzusetzen. Das ist die Erklärung für den Anspruch, den der § 143 InsO (bzw. § 11 AnfG) gewährt. Diese beiden Ansprüche sind lediglich Hilfsmittel, die bereits kraft Gesetzes eingetretene Haftungslage zu verwirklichen.[56]

-- Anfechtbarkeit im Insolvenzverfahren: Rückgewähranspruch gemäß § 143 InsO; allerdings unklar, wer Inhaber dieses Anspruchs ist; geltend zu machen ist er jedenfalls von der Insolvenzverwaltung (§ 143 Abs. 1 Satz 1)

-- Einzelanfechtung: Anspruch darauf, dass der Gegenstand dem einzelanfechtenden Gläubiger zur Befriedigung seiner (in der Vollstreckung befindlichen) Forderung zur Verfügung gestellt wird (§ 11 AnfG)

---

55 Gute Darstellung des Theorienstreits (mit Präferenz für die haftungsrechtliche Theorie): *Jaeger* (*Henckel*), InsO, 1. Aufl., Band 4, 2008, § 143 Rn. 3-35, 93-94.

56 Gute Begründung bei *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21.15 und 21.16.

b) Schuldrechtliche Theorie

-- „Anfechtbarkeit" bedeute allein, dass der Rückgewähranspruch nach § 143 InsO bzw. der Zur-Verfügung-Stellen-Anspruch nach § 11 AnfG entsteht;

-- keine weitere Bedeutung oder Wirkung der „Anfechtbarkeit".

c) Bedeutung des Theorienstreits

-- wichtig für das Grundverständnis von „Anfechtbarkeit"

-- Rechtslage, wenn Anfechtungsgegner (seinerseits) Insolvenz fällt:

Haftungstheorie: Aussonderung des Gegenstands aus dem Insolvenzvermögen des Anfechtungsgegners

schuldrechtliche Theorie: Der Verschaffungsanspruch, den die § 11 AnfG, § 143 InsO gewähren, führt nicht zur Aussonderung. Er wird vielmehr nur wertmäßig und nur in Höhe der Insolvenzquote befriedigt.

d) Rechtsprechung

-- knüpft oft an die schuldrechtliche Theorie an;

-- allerdings: nicht wenige Urteile, die wie die Haftungstheorie argumentieren, die also auf dem Boden der Haftungstheorie besser zu erklären wären.

-- Beispiel: Insolvenz (auch) des Anfechtungs*gegners*: Rechtsprechung: Trotz sprachlicher Nähe zur schuldrechtlichen Theorie ist der Gegenstand aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners auszusondern.

3. Folge für die (zugrunde liegende) Verpflichtung

-- Beruhte die anfechtbare Verfügung auf einer (wirksamen und unanfechtbaren) Verpflichtung, so bewirkte sie (die Verfügung) die Erfüllung dieser Verpflichtung. Dadurch erlosch diese Verpflichtung.

-- Durch die Anfechtbarkeit der Verfügung, entfällt diese Erfüllungswirkung. Die Verpflichtung (zu deren Erfüllung die Verfügung erfolgt war) lebt wieder auf.

(Auch an dieser Stelle wird ein Unterschied zwischen Anfechtbarkeit als Schuldnerfehlverhalten und Anfechtbarkeit als Gläubigerfehlverhalten deutlich. Ist eine Verpflichtung (als Schuldnerfehlverhalten) anfechtbar, darf kein Schuldnervermögen zu ihrer Befriedigung aufgewendet werden. Ist dagegen eine Verfügung (als Gläubigerfehlverhalten) anfechtbar, nimmt die zugrunde liegende Verpflichtung an der Verteilung des Schuldnervermögens teil (und zwar pro rata).

-- Die Verpflichtung nimmt als Insolvenzforderung am Insolvenzverfahren gegen den Schuldner teil.

-- Auf diese Verpflichtung wird die Insolvenzquote ausgeschüttet.

-- Ausnahme: Es handelt sich nicht um eine vollrangige Insolvenzverbindlichkeit (= vollrangige Insolvenzforderung des Anfechtungsgegners), sondern um eine nachrangige. Für welche Verbindlichkeiten (= Insolvenzforderungen) Nachrang besteht, ergibt sich aus § 39 Abs. 1 InsO. Dazu zählen die Forderungen auf eine unentgeltliche Leistung (Ziff. 4) und die Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens (Ziff. 5). Diese beiden Forderungen werden im Insolvenzverfahren daher nicht mit der Insolvenzquote befriedigt. Auf sie wird erst dann etwas ausgeschüttet, wenn die vollrangigen ungesicherten Verbindlichkeiten des Schuldners vollständig befriedigt sind. Dieser Fall tritt nur selten ein.