

IVAN LABUSGA

# Insolvenzanfechtung von Austauschgeschäften

*Veröffentlichungen  
zum Verfahrensrecht*

---

**Mohr Siebeck**

# Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht

Band 182

herausgegeben von

Rolf Stürner



Ivan Labusga

# Insolvenzanfechtung von Austauschgeschäften

Mohr Siebeck

*Ivan Labusga*, geboren 1990; Studium der Rechtswissenschaft in Freiburg und Glasgow; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht der Universität Freiburg; 2017 Erste Juristische Staatsprüfung; 2020 Promotion; derzeit Referendariat am Landgericht Darmstadt.

ISBN 978-3-16-160118-7 / eISBN 978-3-16-160230-6

DOI 10.1628/978-3-16-160230-6

ISSN 0722-7574 / eISSN 2568-7255 (Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Mein besonderer Dank gilt meinem akademischen Lehrer, Herrn Professor Dr. Jan Felix Hoffmann, der das Entstehen dieser Arbeit in besonderer Weise gefördert hat. Neben wertvollen Anregungen und einer ausnehmend guten Betreuung hat er mein Forschungsvorhaben auch durch die Gewährung größtmöglicher Freiräume unterstützt. Herrn Professor Dr. Alexander Bruns, LL.M. (Duke Univ.) danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens. Herrn Professor Dr. Dres. h.c. Rolf Stürmer möchte ich für die Aufnahme dieser Arbeit in die Schriftenreihe „Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht“ meinen Dank aussprechen.

Danken möchte ich ferner meinen Lehrstuhlkollegen, Herrn Jan Geffroy und Herrn Dr. Philipp Schlüter, für ihre stete Diskussionsbereitschaft, Frau Victoria Marini und meinem Bruder, Herrn Jan Labusga, die sich mit einem scharfen Blick auf die Rechtschreibung durch das Manuskript gearbeitet haben, sowie meinen Studienfreundinnen und Studienfreunden, die mich während meiner Zeit in Freiburg begleitet und unterstützt haben. Derweil gebührt mein größter Dank meinen Eltern, Frau Heike Labusga und Herrn Beat Bäuml-Labusga. Von ihnen habe ich während meines Studiums und der Anfertigung der Dissertation nicht selbstverständliche Unterstützung erfahren.

Ettenheim, im Frühjahr 2021

Ivan Labusga

## Inhaltsübersicht

Vorwort .....	V
Inhaltsverzeichnis .....	IX
Einleitung .....	1
<i>A. Problemaufriss</i> .....	2
<i>B. Zielsetzung und Gang der Darstellung</i> .....	6
1. Kapitel: Insolvenzanfechtung eines schlechten Schuldnergeschäftes – eine Analyse des herrschenden Rechtsfolgenverständnisses .....	9
<i>A. Römisches Recht</i> .....	9
<i>B. Preußisches Recht</i> .....	11
<i>C. Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das     Königreich Bayern</i> .....	14
<i>D. Verständnis der Motive zur Konkursordnung</i> .....	15
<i>E. Verständnis ab Inkrafttreten der Konkursordnung</i> .....	17
<i>F. Insolvenzordnung</i> .....	24
<i>G. Wirtschaftliches Gesamtergebnis der Insolvenzanfechtung</i> .....	27
<i>H. Vergleichende Betrachtung der Rechtsfolgenwirkungen     von § 3 AnfG und §133 InsO</i> .....	33
<i>I. Befund</i> .....	41
2. Kapitel: Umfang der Anfechtungswirkung .....	43
<i>A. Bedeutung der Ordnungsfunktion für den Umfang     der Anfechtungswirkung</i> .....	43
<i>B. Bestimmung der Ordnungsfunktion der Anfechtung</i> .....	45
<i>C. Einfluss der Gläubigerbenachteiligung auf den Umfang der     Anfechtungswirkung</i> .....	50

3. Kapitel: Umfang der Gläubigerbenachteiligung bei Austauschgeschäften .....	53
A. <i>Neutrales Austauschgeschäft</i> .....	53
B. <i>Partiell unausgeglichenes Austauschgeschäft</i> .....	88
4. Kapitel: Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts .....	93
A. <i>Rechtsfolgenwirkung</i> .....	93
B. <i>Alternatives Verständnis von §144 Abs. 2 S. 1 InsO</i> .....	100
5. Kapitel: Abwicklungsmodelle zur Begrenzung der Insolvenzanfechtung des Verfügungsgeschäfts auf das Maß der bestehenden Gläubigerbenachteiligung .....	109
A. <i>Partielle Insolvenzanfechtung auf das Maß der     Gläubigerbenachteiligung</i> .....	110
B. <i>§144 Abs. 2 S. 1 InsO als Bestandteil eines die Anfechtungswirkung     begrenzenden Abwicklungsmodells</i> .....	119
C. <i>Anwendungsbereich von §144 Abs. 2 S. 2 InsO</i> .....	133
D. <i>Kurzporträt des entwickelten Rechtsfolgenverständnisses</i> .....	133
E. <i>Exkurs: §81 Abs. 1 S. 3 InsO</i> .....	134
6. Kapitel: Abwicklungsmodell im Anfechtungsgesetz .....	139
A. <i>Kein Wahlrecht des anfechtenden Gläubigers</i> .....	139
B. <i>Forderung kleiner als die bestehende Gläubigerbenachteiligung</i> .....	140
C. <i>Forderung größer als die bestehende Gläubigerbenachteiligung</i> .....	141
D. <i>Stellungnahme</i> .....	144
Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse .....	145
A. <i>1. Kapitel</i> .....	145
B. <i>2. Kapitel</i> .....	148
C. <i>3. Kapitel</i> .....	149
D. <i>4. Kapitel</i> .....	152
E. <i>5. Kapitel</i> .....	154
F. <i>6. Kapitel</i> .....	156
Literaturverzeichnis .....	157
Sachregister .....	167

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Inhaltsübersicht .....	VII
Einleitung .....	1
<i>A. Problemaufriss</i> .....	2
<i>B. Zielsetzung und Gang der Darstellung</i> .....	6
1. Kapitel: Insolvenzanfechtung eines schlechten Schuldnergeschäfts – eine Analyse des herrschenden Rechtsfolgenverständnisses .....	9
<i>A. Römisches Recht</i> .....	9
<i>B. Preußisches Recht</i> .....	11
I. § 107 PreußKO .....	12
II. § 108 PreußKO .....	12
III. Anwendungsbereich von §§ 107, 108 PreußKO bei Austauschgeschäften .	14
<i>C. Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das     Königreich Bayern</i> .....	14
<i>D. Verständnis der Motive zur Konkursordnung</i> .....	15
I. § 38 S. 1 KO .....	15
II. § 38 S. 2 KO .....	16
III. § 39 KO .....	16
<i>E. Verständnis ab Inkrafttreten der Konkursordnung</i> .....	17
I. Abkehr von den Motiven und Rückbesinnung auf das historische Verständnis .....	17
1. § 38 S. 1 KO .....	17
2. § 38 S. 2 KO .....	19
3. § 39 KO .....	20
II. Weiterentwicklung zum heutigen Rechtsfolgenverständnis. ....	20
1. Gewandelter Anwendungsbereich von § 38 KO bei der isolierten Anfechtung des Verfügungsgeschäfts .....	20

a)	Einfluss des Trennungs- und Abstraktionsprinzips . . . . .	21
b)	Verändertes wirtschaftliches Ergebnis bei der isolierten Anfechtung des Verfügungsgeschäfts . . . . .	21
2.	Gewandeltes Verständnis von § 38 KO bei der Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts . . . . .	22
a)	Verblässen des Ausgleichsgedankens . . . . .	22
b)	Entfall der <i>causa</i> durch die Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts	23
3.	Zwischenergebnis . . . . .	23
<i>F.</i>	<i>Insolvenzordnung</i> . . . . .	24
I.	§ 144 Abs. 2 S. 1 InsO . . . . .	24
1.	Materiell-rechtlicher Hintergrund des Zugriffsrechts auf die Gegenleistung . . . . .	24
2.	Privilegierung des Bereicherungsanspruchs als Masseverbindlichkeit . .	25
II.	§ 144 Abs. 2 S. 2 InsO . . . . .	27
III.	§ 144 Abs. 1 InsO . . . . .	27
<i>G.</i>	<i>Wirtschaftliches Gesamtergebnis der Insolvenzanfechtung</i> . . . . .	27
I.	Isolierte Anfechtung des Verfügungsgeschäfts . . . . .	28
II.	„Doppelanfechtung“ . . . . .	28
1.	Noch vorhandene Gegenleistung, § 144 Abs. 2 S. 1 InsO . . . . .	29
2.	Nicht mehr vorhandene Gegenleistung, § 144 Abs. 2 S. 2 InsO . . . . .	29
III.	Bestehende Ungereimtheiten . . . . .	30
1.	Wirtschaftliche Schwäche der „Doppelanfechtung“ . . . . .	30
2.	Widersprüchlichkeiten bei der Definition einer Gläubigerbenachteiligung . . . . .	31
3.	Widersprüchlichkeiten beim Vergleich mit neutralen Austauschgeschäften . . . . .	32
4.	Divergierende Ergebnisse bei der „Doppelanfechtung“ abhängig vom Verbleib der Gegenleistung . . . . .	33
<i>H.</i>	<i>Vergleichende Betrachtung der Rechtsfolgenwirkungen     von § 3 AnfG und § 133 InsO</i> . . . . .	33
I.	Rechte des Anfechtungsgegners . . . . .	34
1.	Isolierte Anfechtung des Verfügungsgeschäfts . . . . .	34
a)	Erfüllungsforderung . . . . .	34
b)	Anrecht auf die Gegenleistung gem. §§ 812 ff. BGB . . . . .	34
c)	Verhältnis von Erfüllungsforderung und Bereicherungsanspruch . . .	35
2.	„Doppelanfechtung“ gestützt auf § 3 AnfG? . . . . .	36
a)	Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts gem. § 133 InsO . . . . .	36
b)	Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts gem. § 3 AnfG? . . . . .	37
II.	Vergleich von § 3 AnfG und § 133 InsO . . . . .	37
1.	Isolierte Anfechtung des Verfügungsgeschäfts . . . . .	38
a)	Forderung größer als die Gegenleistung aber kleiner als die/ gleich der Leistung . . . . .	38

b) Forderung größer als die Leistung .....	39
2. „Doppelanfechtung“ .....	39
a) Forderung größer als die Gegenleistung aber kleiner als die/ gleich der Leistung .....	39
b) Forderung größer als die Leistung .....	40
3. Stellungnahme .....	40
I. <i>Befund</i> .....	41
2. Kapitel: Umfang der Anfechtungswirkung .....	43
A. <i>Bedeutung der Ordnungsfunktion für den Umfang der Anfechtungswirkung</i> .....	43
B. <i>Bestimmung der Ordnungsfunktion der Anfechtung</i> .....	45
I. Schadensersatzähnliche Ordnungsfunktion (Abflussprinzip) .....	46
II. Bereicherungsrechtsähnliche Ordnungsfunktion (Zuflussprinzip) .....	47
1. Kein Verschuldenserfordernis .....	47
2. Erforderliche Positionsverbesserung beim Anfechtungsgegner .....	47
3. Wortlaut und Systematik des § 143 Abs. 1 InsO .....	48
4. Verbot der Vorteilsausgleichung nach schadensersatzrechtlichem Vorbild im Anfechtungsrecht .....	49
III. Stellungnahme .....	50
C. <i>Einfluss der Gläubigerbenachteiligung auf den Umfang der Anfechtungswirkung</i> .....	50
I. <i>Actus contrarius</i> – nachträglicher Entfall der Gläubigerbenachteiligung ..	50
II. Rückkopplung an die Befriedigungsaussichten der Gläubiger .....	51
1. Befriedigung im Einklang mit dem maßgeblichen Verteilungsschlüssel	51
2. Alternierendes Verhältnis von Zufluss und Vorteil .....	51
3. Kapitel: Umfang der Gläubigerbenachteiligung bei Austauschgeschäften .....	53
A. <i>Neutrales Austauschgeschäft</i> .....	53
I. Keine Gläubigerbenachteiligung bei neutralen Austauschgeschäften .....	53
1. Abflussprinzip – Vorteilsausgleichung .....	54
2. Zuflussprinzip – Alternierendes Verhältnis der Leistungsgegenstände ..	55
a) Alternierende Beziehung der Leistungsgegenstände .....	56
aa) Klassisches Austauschgeschäft .....	56
bb) Austausch von Sicherheiten .....	56
b) Einfluss der Leistungsreihenfolge .....	57
aa) Alternierende Beziehung der Leistungsgegenstände trotz einer Vorleistung .....	57

bb) Umfang der Haftungsmasse bei einer Vorleistung des Anfechtungsgegners .....	58
3. Zwischenergebnis .....	60
II. Zulässigkeit einer Gesamtbetrachtung bei § 129 InsO .....	60
1. Ergebnisrelevanz der Diskussion .....	60
2. Gesamtbetrachtung der wechselseitigen Verfügungen .....	61
3. Einzelbetrachtung der wechselseitigen Verfügungen .....	61
a) Abschließende Wirkung von § 142 InsO .....	62
b) Verbot der Vorteilsausgleichung .....	62
c) Definition der gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlung nach dem allgemeinen Zivilrechtsverständnis .....	63
d) Verstoß gegen das Trennungsprinzip .....	63
4. Stellungnahme .....	64
a) Absolute Rechtslage – Schutz vor Manipulationen .....	64
b) Absolute Zuweisung des Anfechtungsgegenstandes zur Haftungsmasse .....	64
aa) Primäranspruch .....	65
bb) Sekundäranspruch .....	65
c) Durchbrechung .....	65
aa) Bargeschäftsprivileg, § 142 InsO .....	66
bb) Gläubigerbenachteiligung, § 129 InsO .....	66
(1) Überschießende Rechtsfolgenwirkung .....	66
(2) Bestehende Manipulationsgefahren .....	67
(a) Nachträgliche Verknüpfung von einseitigen Leistungen	67
(b) Kombination von verschiedenen Austauschgeschäften	67
(c) Das „Erfinden“ einer Gegenleistung .....	68
(aa) Rückgriff auf einen im Schuldnervermögen bereits vorhandenen Gegenstand .....	68
(bb) Rückgriff auf einen im Schuldnervermögen nicht vorhandenen Gegenstand .....	68
(3) Gestaltungsspielraum des Normsetzers .....	68
d) Zwischenergebnis .....	69
5. Nebeneinander von wirtschaftlicher Gesamtbetrachtung und Einzelbetrachtungslehre in der Rechtsprechung .....	70
III. Ermittlung der Masseneutralität .....	71
1. Letztmöglichster Zeitpunkt im Anfechtungsprozess .....	71
2. Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung .....	72
a) § 132 Abs. 1 InsO .....	73
b) § 133 Abs. 4 S. 1 InsO .....	73
3. Mittelbare Gläubigerbenachteiligung .....	74
a) Abflussprinzip .....	75
b) Zufussprinzip .....	76
aa) Kritik von <i>Bitter</i> an der Figur der mittelbaren Gläubigerbenachteiligung .....	76

(1) § 446 BGB als allgemeine Gefahrtragungsregel im Zivilrecht . . . . .	77
(2) Ausnahme bei einer Vorleistung des Anfechtungsgegners . .	78
bb) Kritik von <i>Henckel</i> an der Figur der mittelbaren Gläubigerbenachteiligung . . . . .	79
cc) Legitimation der mittelbaren Gläubigerbenachteiligung . . . . .	79
c) Bargeschäftsprivileg, § 142 InsO . . . . .	81
aa) Allgemeine Schranken . . . . .	82
bb) Inkongruente Leistungen . . . . .	83
cc) Vorsatzanfechtung . . . . .	84
d) Ergebnisrelevanz der mittelbaren Gläubigerbenachteiligung . . . . .	86
e) Keine Besonderheiten bei der Vorsatzanfechtung . . . . .	86
4. Zwischenergebnis . . . . .	87
<i>B. Partiiell unausgeglichenes Austauschgeschäft</i> . . . . .	88
I. Anfechtung auf das Maß der Gläubigerbenachteiligung . . . . .	88
II. Widerspruch zur herrschenden Meinung? . . . . .	89
1. Verbot der Teilanfechtung . . . . .	89
2. Ausnahme in der Rechtsprechung . . . . .	89
III. Stellungnahme . . . . .	90
4. Kapitel: Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts . . . . .	93
<i>A. Rechtsfolgenwirkung</i> . . . . .	93
I. Meinungsspektrum . . . . .	94
1. Relative Nichtigkeit . . . . .	94
a) Einfluss des dogmatischen Theorienstreits . . . . .	94
b) Einfluss der Einheitstheorie . . . . .	96
2. Suspensionswirkung . . . . .	98
3. Nachrangigkeit . . . . .	98
II. Die Einrede der Anfechtbarkeit, § 146 Abs. 2 InsO . . . . .	99
<i>B. Alternatives Verständnis von §144 Abs. 2 S. 1 InsO</i> . . . . .	100
I. Insolvenzzrechtliche Qualifizierung von Ansprüchen aus dem Leistungsstörungenrecht . . . . .	100
1. Einordnung durch <i>Gerhardt</i> . . . . .	100
2. Einordnung durch <i>J. F. Hoffmann</i> . . . . .	102
3. Stellungnahme . . . . .	103
II. Abhängigkeit von ursprünglich übernommenen Insolvenzzrisiken . . . . .	104
1. Isolierte Anfechtung des Verfügungsgeschäfts . . . . .	105
2. „Doppelanfechtung“ . . . . .	105
3. Stellungnahme . . . . .	105

5. Kapitel: Abwicklungsmodelle zur Begrenzung der Insolvenzanfechtung des Verfügungsgeschäfts auf das Maß der bestehenden Gläubigerbenachteiligung .....	109
<i>A. Partielle Insolvenzanfechtung auf das Maß der Gläubigerbenachteiligung .....</i>	<i>110</i>
I. Gegenständliche Interessen an der Leistung .....	110
1. Unstimmigkeiten im Gesamtgefüge der herrschenden Meinung .....	111
a) Einlösbefugnis im Anfechtungsgesetz, § 11 AnfG .....	111
b) „Vorweggenommene Befriedigung des individuellen Rückgewähranspruchs“ .....	112
c) Neutrale Austauschgeschäfte .....	112
2. Interessenlage der Haftungsmasse .....	113
a) Wiederherstellung der vormaligen Befriedigungsaussichten .....	113
b) Keine Präventionswirkung der Anfechtung .....	114
3. Interessenlage des Anfechtungsgegners .....	116
II. Gegenständliche Interessen an der Gegenleistung .....	117
III. Stellungnahme .....	118
<i>B. §144 Abs. 2 S. 1 InsO als Bestandteil eines die Anfechtungswirkung begrenzenden Abwicklungsmodells .....</i>	<i>119</i>
I. Von <i>Marotzke</i> entwickeltes Abwicklungsmodell .....	119
1. <i>Exkurs</i> : § 81 Abs. 1 S. 3 InsO .....	119
2. § 144 Abs. 2 S. 1 InsO .....	121
II. Immanente Begrenzung des Anfechtungsumfangs durch eine Zug-um-Zug bestehende Ausgleichspflicht der Haftungsmasse .....	123
1. Bestehende Vorbilder in der Rechtsordnung .....	123
a) Abzug „neu für alt“ als Abwicklungsmodell der Vorteilsausgleichung im allgemeinen Schadensersatzrecht .....	123
b) Insolvenzanfechtung einer teilweise entgeltlichen Schenkung .....	124
2. Stellungnahme .....	125
a) § 144 Abs. 2 S. 1 InsO als Mechanismus zur Begrenzung der Anfechtungswirkung .....	125
b) Gleichwertige Alternative zur Teilanfechtung auf das Maß der Gläubigerbenachteiligung .....	126
c) Legitimation einer gegenständlichen Ausgleichspflicht in Gestalt der Gegenleistung .....	126
3. Widersprüche in dem Lösungsansatz von <i>F. Bartels</i> .....	128
4. Insolvenzfeste Ausgestaltung der Ausgleichspflicht .....	129
a) Gegenanspruch des Anfechtungsgegners .....	129
aa) Aussonderungsrecht .....	129
bb) Masseverbindlichkeit .....	130
b) Verfahrensrechtlicher Zug-um-Zug-Einwand .....	131

aa) Zurückbehaltungsrecht, §§ 273, 274 BGB . . . . .	131
bb) Immanente Begrenzung der Anfechtungswirkung . . . . .	132
C. Anwendungsbereich von §144 Abs. 2 S. 2 InsO . . . . .	133
D. Kurzporträt des entwickelten Rechtsfolgenverständnisses . . . . .	133
E. Exkurs: § 81 Abs. 1 S. 3 InsO . . . . .	134
I. Strukturelle Verwandtschaft von § 81 Abs. 1 S. 3 InsO und § 144 Abs. 2 S. 1 InsO . . . . .	134
II. Wahlrecht des Vertragspartners . . . . .	136
 6. Kapitel: Abwicklungsmodell im Anfechtungsgesetz . . . . .	 139
A. Kein Wahlrecht des anfechtenden Gläubigers . . . . .	139
B. Forderung kleiner als die bestehende Gläubigerbenachteiligung . . . . .	140
I. Einlösbefugnis . . . . .	140
II. Zurverfügungstellung des Anfechtungsgegenstandes <i>in natura</i> . . . . .	140
C. Forderung größer als die bestehende Gläubigerbenachteiligung . . . . .	141
I. Einlösbefugnis . . . . .	141
II. Zurverfügungstellung des Anfechtungsgegenstandes <i>in natura</i> . . . . .	142
D. Stellungnahme . . . . .	144
 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse . . . . .	 145
A. 1. Kapitel . . . . .	145
B. 2. Kapitel . . . . .	148
C. 3. Kapitel . . . . .	149
D. 4. Kapitel . . . . .	152
E. 5. Kapitel . . . . .	154
F. 6. Kapitel . . . . .	156
 Literaturverzeichnis . . . . .	 157
Sachregister . . . . .	167

## Einleitung

Bei der Insolvenzanfechtung von Austauschgeschäften beschränkt sich die gesetzliche Rechtsfolgenanordnung nicht nur auf die Rückordnung der abgeflossenen Leistung zur Haftungsmasse (bzw. auf Wertersatz) gemäß §143 Abs. 1 InsO, sondern das Gesetz sieht auch ein Anrecht des Anfechtungsgegners auf eine noch in der Masse vorhandene Gegenleistung vor, §144 Abs. 2 S. 1 InsO.<sup>1</sup>

Nach herrschendem Verständnis wird der Zugriff des Anfechtungsgegners auf die Gegenleistung mit der Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts in Verbindung gebracht:<sup>2</sup> Das Anrecht des Anfechtungsgegners auf Gegenleistung bestehe, da die Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts die *causa* entfallen lasse bzw. nach einer erfolgreichen Anfechtung jedenfalls kein materiell-rechtlicher Behaltensgrund des Schuldners für die Gegenleistung mehr bestehe.<sup>3</sup> Der Entfall des Rechtsgrundes führe zu einem insolvenzrechtlich privilegierten Bereicherungsanspruch (in Gestalt einer Masseverbindlichkeit) des Anfechtungsgegners auf die Gegenleistung gemäß §§ 812 ff. BGB, §144 Abs. 2 S. 1 InsO.<sup>4</sup>

Die vorliegende Arbeit plädiert bei der Interpretation von §144 Abs. 2 S. 1 InsO für einen Perspektivwechsel. Dargelegt wird, dass das Anrecht des Anfechtungsgegners auf die Gegenleistung in keinem Zusammenhang mit der Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts steht.<sup>5</sup> Es wird aufgezeigt, dass die in

---

<sup>1</sup> Austauschgeschäfte sind Transaktionen, bei denen wechselseitig Leistung und Gegenleistung ausgetauscht werden, die nach dem Parteiwillen synallagmatisch verknüpft sind, vgl. Soergel/*Gsell*, Vor § 320 BGB Rn. 4; Jauernig/*Stadler*, § 311 BGB Rn. 13; BeckOK/*H. Schmidt*, § 320 BGB Rn. 8; MüKo/*Emmerich*, Vor § 320 BGB Rn. 15 f. Im Rahmen der vorliegenden Arbeit ist die *Leistung* vor dem Leistungsaustausch dem (späteren) Insolvenzschuldner zuzuordnen, die *Gegenleistung* ursprünglich dem (potenziellen) Anfechtungsgegner, vgl. Jaeger/*Henckel*, §144 InsO Rn. 25.

<sup>2</sup> RG LZ 1910, 862, 863 Nr. 6; HK/*Thole*, §144 InsO Rn. 4; Zenger, Anfechtung, S. 250; Jaeger/*Henckel*, §144 InsO Rn. 4, 23; Nerlich/Römermann/*Nerlich*, §144 InsO Rn. 8; MüKo/*Kirchhoff/Piekenbrock*, §144 InsO Rn. 23; BeckOK/*Schoon*, §144 InsO Rn. 13; siehe hierzu unten S. 24 f.

<sup>3</sup> Siehe z. B. BGH NJW 2015, 164, 165 Rn. 14; BeckOK/*Schoon*, §144 InsO Rn. 13; MüKo/*Kayser/Freudenberg*, §129 InsO Rn. 57; Jaeger/*Henckel*, §144 InsO Rn. 24; Braun/*Riggert*, §144 InsO Rn. 6; Baur/*Stürner*, Insolvenzrecht, Rn. 18.25 in Fn. 75; Schmidt/*Büteröwe*, §144 InsO Rn. 7; vgl. unten S. 94 ff.

<sup>4</sup> MüKo/*Kirchhoff/Piekenbrock*, §144 InsO Rn. 31; Jaeger/*Henckel*, §144 InsO Rn. 24; Uhlenbruck/*Borries/Hirte*, §144 InsO Rn. 11; Schmidt/*Büteröwe*, §144 InsO Rn. 8; vgl. ausführlich unten S. 25 f.

<sup>5</sup> Vgl. unten S. 93 ff.

§144 Abs. 2 S. 1 InsO angeordnete Rückordnung einer noch vorhandenen Gegenleistung bei der Anfechtung von Austauschgeschäften vielmehr Bestandteil eines Abwicklungsmechanismus ist, um eine im Ausgangspunkt überschießende Rechtsfolgenwirkung des §143 InsO – ausschließlich bei der Anfechtung des Verfügungsgeschäfts und insbesondere bei unteilbaren Leistungsgegenständen – einzufangen.<sup>6</sup> §144 Abs. 2 S. 1 InsO wird sich als ein Baustein entpuppen, der zur Begrenzung der Rechtsfolgenwirkung bei der Anfechtung eines partiell unausgeglichenen Austauschgeschäfts auf das Maß der Gläubigerbenachteiligung beiträgt.

## A. Problemaufriss

Charakteristikum eines Austauschgeschäfts ist, dass nach dem Parteiwillen die Leistung im Austausch gegen die Gegenleistung erbracht wird.<sup>7</sup> Umstritten in der Rechtswissenschaft ist, ob eine erbrachte Gegenleistung sich reduzierend auf den Umfang der Gläubigerbenachteiligung auswirkt und ob das Maß der Gläubigerbenachteiligung die Rechtsfolgenwirkung bei der Anfechtung eines Verfügungsgeschäfts begrenzt.<sup>8</sup>

Grundfall:

S schließt zum Zeitpunkt der materiellen Insolvenz einen Tauschvertrag mit A ab. In der Folge übereignet S dem A ein blaues Auto (Leistung) und A dem S im Gegenzug ein rotes Auto (Gegenleistung). Unmittelbar nach dem Leistungsaustausch wird über das Vermögen des S ein Insolvenzverfahren eröffnet. Der Insolvenzverwalter des S geht durch Anstrengung eines Anfechtungsprozesses gegen das Tauschgeschäft vor.

Variante 1 (Neutrales Austauschgeschäft):

Leistung und Gegenleistung sind wirtschaftlich gleichwertig. Beiden ist ein Marktwert von 100 zuzusprechen. Die Leistungsgegenstände sind weiterhin im jeweiligen Vermögen der Vertragspartner vorhanden.

Voraussetzung jeder Anfechtung ist, dass die anzugreifende Rechtshandlung gemäß §129 InsO gläubigerbenachteiligende Wirkung entfaltet,<sup>9</sup> d. h., die Befriedigungsaussichten der Gläubiger schmälert.<sup>10</sup> Ob sich allerdings durch den

<sup>6</sup> Im Ausgangspunkt mit vergleichbaren Bestrebungen *Marotzke*, Gegenseitige Verträge, Rn. 7.120 ff.; *K/P/B/F. Bartels*, §129 InsO Rn. 397 ff.; zuvor schon *ders.*, Insolvenzanfechtung, S. 233 ff.; siehe auch *Eckardt*, ZInsO 2004, S. 888, passim; *Bitter*, KTS 2016, S. 455, passim; *Raebel*, FS Ganter, S. 339, 348.

<sup>7</sup> Siehe etwa *MüKo/Emmerich*, Vor § 320 BGB Rn. 15 f.; weitere Nachweise in Fn. 1; vgl. auch unten S. 56 ff.

<sup>8</sup> Vgl. *K/P/B/F. Bartels*, §129 InsO Rn. 397 ff.; *dens.*, Insolvenzanfechtung, S. 233 ff.; *Eckardt*, ZInsO 2004, S. 888, passim; *Bitter*, KTS 2016, S. 455, passim; *Raebel*, FS Ganter, S. 339, 348; *Mehring*, FS Kayser, S. 581 ff.

<sup>9</sup> *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 44 „Eintrittskarte“; BT-Drs. 12/2443, S. 157 „Grundvoraussetzung“; *HK/Thole*, §129 InsO Rn. 44.

<sup>10</sup> BGHZ 105, 168, 187; 124, 76, 78 f.; *HK/Thole*, §129 InsO Rn. 44; *Gottwald/Huber*,

Vollzug eines neutralen Austauschgeschäfts die Befriedigungsaussichten der Gläubiger verschlechtern, ist vom Betrachtungswinkel abhängig. Verfügungsgeschäfte kennen rechtlich keine gegenseitige Ausgestaltung, sodass bei einer isolierten Betrachtung der Verfügungen des Schuldners der Abfluss der Leistung aus der Haftungsmasse in keiner Verbindung zur erhaltenen Gegenleistung steht. Erst wenn die Parteiabrede mit einbezogen wird, ergibt sich im Rahmen einer Gesamtbetrachtung, dass beide Verfügungsgeschäfte durch die *causa synallagmatisch* miteinander verknüpft sind. Die Gegenleistung soll nach dem Parteiwillen bei einem Austauschgeschäft im Schuldnervermögen an die Stelle der Leistung treten.

Herrschend wird bei der Bestimmung der Gläubigerbenachteiligung im Anfechtungsrecht eine Gesamtbetrachtung vorgenommen.<sup>11</sup> Sind Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich gleichwertig, wird von einer neutralen, benachteiligungsfreien Vermögensumschichtung gesprochen,<sup>12</sup> weil die Schmälerung der Haftungsmasse durch das Ausscheiden der Leistung durch die Gegenleistung kompensiert werde. Dies führe dazu, dass die Gläubiger sich nach dem Leistungsaustausch aus der Gegenleistung befriedigen könnten, sodass ihnen in der wirtschaftlichen Gesamtschau kein Nachteil widerfahre. Die Anfechtung scheitere bereits an der fehlenden Gläubigerbenachteiligung, sodass es bei einem neutralen Austauschgeschäft auf eine Privilegierung nach den Grundsätzen des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO) nicht ankomme.<sup>13</sup>

Moderne Tendenzen in der Literatur lehnen hingegen eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung außerhalb von § 142 InsO ab.<sup>14</sup> Nach diesem „vereinzelnden“ Ansatz seien Leistung und Gegenleistung nicht als wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Aufgrund des einseitigen Charakters sei jede Verfügung des Schuldners gläubigerbenachteiligend und grundsätzlich anfechtbar.<sup>15</sup> Allenfalls durch eine Privilegierung nach den Grundsätzen des Bargeschäftsprivilegs

§ 46 Rn. 51; *J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz, S. 68 f.; *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung, S. 166 f.; *Jaeger/Henckel*, § 129 InsO Rn. 77; *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 49; v. *Campe*, Insolvenzanfechtung, S. 43; *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, § 129 InsO Rn. 160.

<sup>11</sup> RGZ 116, 134, 136 f.; BGHZ 124, 76, 79; 128, 184, 187; v. *Campe*, Insolvenzanfechtung, S. 43; *J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz, S. 70; *MüKo/Kayser/Freudenberg*, § 129 InsO Rn. 108; *Schmidt/K. Schmidt*, § 129 InsO Rn. 70; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht Rn. 18.26.

<sup>12</sup> RGZ 27, 98, 100; 116, 134, 136; BGHZ 70, 177, 185; 128, 184, 187; 129, 236, 240 f.; BGH ZIP 2002, 489, 490 f.; *J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz, S. 70; *K. Schmidt*, WM 1983, S. 490, 493; *MüKo/Kayser/Freudenberg*, § 129 InsO Rn. 117; *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, § 129 InsO Rn. 238; vgl. *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung, S. 175 f.; *Bitter*, KTS 2016, S. 455, 485 f.; *Eckardt*, ZInsO 2004, S. 888, 889.

<sup>13</sup> *J. F. Hoffmann*, Prioritätsgrundsatz, S. 70; vgl. *Klinck*, Insolvenzanfechtung, S. 378 f.; *Bitter*, KTS 2016, S. 455, 485 f.; kritisch *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung, S. 176; *Mehring*, FS Kayser, S. 581, 599 f.

<sup>14</sup> *HK/Thole*, § 129 InsO Rn. 19, 64; *K/P/B/F. Bartels*, § 129 InsO Rn. 92; *ders.*, Insolvenzanfechtung, S. 186; siehe auch *Würdinger*, Zahlungsverkehr, S. 206 f.; *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, § 129 InsO Rn. 93; *MüKo/Kirchhof/Piekenbrock*, § 144 InsO Rn. 3.

<sup>15</sup> Vgl. *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung, S. 178; ausführlich unten S. 61 ff.

könne im Anwendungsbereich des § 142 InsO die Anfechtung eines neutralen Austauschgeschäfts ausscheiden.<sup>16</sup>

Variante 2 (Schlechtes Schuldnergeschäft):

Leistung (Auto 1, Wert 100) und Gegenleistung (Auto 2, Wert 99) werden ausgetauscht. Die Leistungsgegenstände sind weiterhin im jeweiligen Vermögen der Vertragspartner vorhanden.

Unbestritten liegt beim schlechten Schuldnergeschäft eine Gläubigerbenachteiligung vor und auch § 142 InsO greift aufgrund des bestehenden Wertunterschieds der Leistungsgegenstände in dieser Konstellation nicht ein.<sup>17</sup> Die Diskussion um die Zulässigkeit einer Gesamtbetrachtung verlagert sich beim partiell unausgeglichenen Austauschgeschäft auf das Rechtsfolgenregime der Anfechtung: Reduziert die Gegenleistung den Umfang der Anfechtungswirkung bzw. orientieren sich die Rechtsfolgen an dem Grad der bestehenden Gläubigerbenachteiligung?

Bei einer „vereinzeln“ Betrachtung kommt der Gegenleistung keine Bedeutung zu, da bei diesem Ansatz der Fokus der Anfechtung ausschließlich auf der Leistung liegt. Dieser Ansatz geht im Ausgangspunkt davon aus, dass sich die Befriedigungsaussichten der Gläubiger im Umfang der Leistung reduziert haben. Um die eingetretene Schlechterstellung der Gläubiger zu revidieren, muss die Anfechtung demnach – unabhängig von einer gegebenenfalls in der Haftungsmasse noch vorhandenen Gegenleistung – zu einer vollständigen Rückordnung der Leistung führen. Bei einer „vereinzeln“ Betrachtung ist wirtschaftliches Ergebnis einer erfolgreichen Anfechtung eines partiell unausgeglichenen Austauschgeschäfts, dass die Leistung (100) und die Gegenleistung (99) der Haftungsmasse zugeordnet werden und schlussendlich zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stehen (199). Folge der Einzelbetrachtung ist eine wirtschaftliche Erweiterung der Haftungsmasse durch eine erfolgreiche Anfechtung.

Eine Gesamtbetrachtung bei der Anfechtung eines Austauschgeschäfts würde hingegen zu einem abweichenden Umfang der Rechtsfolgenwirkung führen. Um die vormaligen Befriedigungsaussichten der Gläubiger zu sichern, muss nach einer erfolgreichen Anfechtung in der Haftungsmasse der wirtschaftliche Wert der Leistung anzutreffen sein. Bezieht man die Gegenleistung mit in die Betrachtung ein, scheidet eine Schlechterstellung der Gläubiger aus, wenn in der Addition die noch in der Masse vorhandene Gegenleistung und die Anfechtungswirkung insgesamt den Wert der Leistung ergeben. Um den eingetretenen wirtschaftlichen Nachteil für die Gläubiger zu revidieren, ist es bei der Anerkennung einer Gesamtbetrachtung folglich ausreichend, wenn der Anfecht-

---

<sup>16</sup> K/P/B/F. Bartels, § 129 InsO Rn. 92; ders., Insolvenzanfechtung, S. 179, 186; Würdinger, Zahlungsverkehr, S. 206 f.

<sup>17</sup> Siehe zu § 142 InsO unten S. 81 ff.

tungsgegner lediglich den Differenzbetrag von Leistung und Gegenleistung der Masse zuführt (Wert 1).<sup>18</sup> Dies entspricht einer Anfechtung im Umfang der bestehenden Gläubigerbenachteiligung. Ergebnis der Anfechtung ist nach diesem Ansatz, dass in der Haftungsmasse insgesamt nur ein wirtschaftliches Äquivalent zur Leistung bereitsteht (99+1).

Überraschenderweise kehren sich die vertretenen Positionen der Zulässigkeit einer Gesamtbetrachtung auf Rechtsfolgenebene im Vergleich zu der Bewertung bei der Gläubigerbenachteiligung um. *F. Bartels*, der sich im Rahmen der Gläubigerbenachteiligung für eine Einzelbetrachtung starkmacht,<sup>19</sup> plädiert auf Rechtsfolgenebene hingegen dafür, im Gesamtergebnis die Anfechtungsfolgen auf die wirtschaftliche Differenz von Leistung und Gegenleistung, d. h. auf das Maß der Gläubigerbenachteiligung, zu begrenzen<sup>20</sup> – eine Rechtsfolgenwirkung, die in der Sache auf eine Gesamtbetrachtung zurückgeht.

Die herrschende Meinung wiederum, die auf Tatbestandsseite eine Gesamtbetrachtung auch außerhalb von §142 InsO flächendeckend vornimmt,<sup>21</sup> beschränkt die Rechtsfolgen der Anfechtung beim schlechten Schuldnergeschäft – jedenfalls bei unteilbaren Leistungsgegenständen<sup>22</sup> – ausdrücklich nicht auf das Maß der Gläubigerbenachteiligung: Die Gläubigerbenachteiligung im Sinne des §129 InsO bestimme nur die Voraussetzung der Anfechtung, aber nicht deren Umfang.<sup>23</sup> Die Leistung werde unabhängig von dem Verbleib der Gegenleistung durch die Anfechtung vollständig rückgeordnet. Nach dieser Ansicht soll die gegebenenfalls in der Masse noch vorhandene Gegenleistung keinen Einfluss – auch nicht über §144 Abs. 2 S. 1 InsO – auf das Endergebnis der Anfechtung nehmen.<sup>24</sup> Somit kommt die herrschende Meinung zu dem wirtschaftlichen Endergebnis, dass sich nach der Anfechtung eines Austauschgeschäfts die Haftungsmasse sowohl aus der Leistung als auch der Gegenleistung zusammensetzt (199).

Untersucht werden muss, ob sich diese Unterschiede bei der Zulässigkeit einer Gesamtbetrachtung zwischen Anspruchsvoraussetzung und Rechtsfolge legitimieren lassen. Sollte sich keine Rechtfertigung für die abweichende Betrachtung ergeben, ist eine Vereinheitlichung – unabhängig von der eingeschlagenen Richtung – mit enormen wirtschaftlichen Implikationen verbunden.

---

<sup>18</sup> *Eckardt*, ZInsO 2004, S. 888, 889.

<sup>19</sup> *K/P/B/F. Bartels*, §129 InsO Rn. 92; *ders.*, Insolvenzanfechtung, S. 186.

<sup>20</sup> *K/P/B/F. Bartels*, §129 InsO Rn. 398; *ders.*, Insolvenzanfechtung, S. 233 ff.

<sup>21</sup> Siehe Nachweise in Fn. 11.

<sup>22</sup> Vgl. zunächst nur BGHZ 77, 250, 255 f.; ausführlich unten S. 89 ff.

<sup>23</sup> Deutlich *MüKo<sup>2</sup>/Kirchhof*, §129 InsO Rn. 102; *ders.*, FS Uhlenbruck, S. 269, 278; siehe auch OLG Hamm ZIP 1982, 722, 724; *Jaeger/Henckel*, §144 InsO Rn. 6; *MüKo/Kirchhof/Piekenbrock*, §143 InsO Rn. 30 f., §144 InsO Rn. 3; *Becker*, Insolvenzzrecht, Rn. 1016; *K/P/B/F. Bartels*, §129 InsO Rn. 363; vgl. *Jaeger/Henckel*, §129 InsO Rn. 234; kritisch *Raebel*, FS Ganter, S. 339, 347.

<sup>24</sup> *Eckardt*, ZInsO 2004, S. 888, 890, 896; *Röttger*, Anweisungsleistungen, S. 64 f.

Folgt man einer „radikalen Einzelbetrachtung“<sup>25</sup> sind aufgrund einer generellen Ablehnung der Gesamtbetrachtung auch wirtschaftlich neutrale Geschäfte gläubigerbenachteiligend und damit anfechtbar. Ein Anfechtungsausschluss könnte dann allenfalls über §142 InsO eintreten.<sup>26</sup> Vertritt man hingegen den Gedanken einer wirtschaftlichen Gesamtbetrachtung, dann muss konsequenterweise bei der isolierten Anfechtung des Verfügungsgeschäfts auch auf Rechtsfolgenrechtsseite eine vorhandene Gegenleistung Berücksichtigung finden. Diesem Ansatz folgend stünde im herangezogenen Beispielfall der Masse nach einer erfolgreichen Anfechtung neben der noch vorhandenen Gegenleistung (99) lediglich der Wert 1 zu. Damit wäre zur Gläubigerbefriedigung insgesamt nicht mehr eine Haftungsmasse im Wert von 199, sondern nur noch im Gesamtwert von 100 verfügbar.

An eine Zulässigkeitserklärung der Gesamtbetrachtung auch auf Rechtsfolgenebene schließt sich die Frage an, wie bei gegenständlichen Interessen an der Leistung, z. B. bei unteilbaren Leistungsgegenständen, eine partielle Anfechtung – beschränkt auf das Ausmaß der Gläubigerbenachteiligung – konstruktiv im Rechtsfolgenrecht verwirklicht werden kann. Als Abwicklungsmodelle kommen eine Einlösbefugnis in Geld, ein gegenläufiger Ausgleichsanspruch des Anfechtungsgegners und eine immanente Beschränkung von §143 InsO durch einen Zug-um-Zug-Einwand des Anfechtungsgegners in Betracht.

## B. Zielsetzung und Gang der Darstellung

Die Untersuchung verfolgt das Ziel, bei der Anfechtung von Austauschgeschäften den Umfang der Gläubigerbenachteiligung zu bestimmen sowie das Rechtsfolgenregime widerspruchsfrei auszugestalten.

Der erste Teil der Arbeit wird sich mit dem Rechtsfolgenverständnis der herrschenden Meinung befassen. Die Entwicklung der Rechtsfolgenwirkung bei der Anfechtung eines partiell unausgeglichenen Austauschgeschäfts wird ausgehend vom römischen Recht bis zum heutigen Verständnis nachgezeichnet und bestehende Unstimmigkeiten, die die herrschende Rechtsfolgeninterpretation mit sich bringt, werden aufgezeigt.

Die in dem herrschend vertretenen Rechtsfolgenregime ausgemachten Widersprüche bilden den Ausgangspunkt, die Anfechtung eines partiell unausgeglichenen Austauschgeschäfts im Fortgang der Arbeit umfassend zu analysieren. Die dogmatischen Grundlagen für die nachfolgende Untersuchung werden im zweiten Teil durch die Bestimmung der Ordnungsfunktion der Anfechtung geschaffen.

---

<sup>25</sup> Vgl. *Mehring*, FS Kayser, S. 581, 586.

<sup>26</sup> Vgl. *F. Bartels*, Insolvenzanfechtung, S. 178 f.

Der dritte Teil wird sich der Fragestellung zuwenden, welchen Einfluss eine für ein Austauschgeschäft charakteristische Gegenleistung auf den Umfang der Gläubigerbenachteiligung und die Rechtsfolgenwirkung hat. Die Rolle der Gegenleistung im Anfechtungsrecht wird am Beispiel eines neutralen Austauschgeschäfts thematisiert.

Bevor die gewonnenen Erkenntnisse über den Einfluss der Gegenleistung auch auf ein partiell unausgeglichenes Austauschgeschäft übertragen werden können, muss im vierten Teil sichergestellt werden, dass die der Gegenleistung zugesprochene Rolle im Anfechtungsrecht nicht mit dem Rechtsfolgenverständnis bei der Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts kollidiert.

Nach diesen Vorarbeiten erfolgt zu Beginn des fünften Teils eine Auseinandersetzung mit in der Literatur abweichend vertretenen Rechtsfolgenansätzen bei der Anfechtung eines Austauschgeschäfts. Die Untersuchung endet damit, dass im weiteren Verlauf des fünften Teils für die Insolvenzanfechtung und im sechsten Teil für das Anfechtungsgesetz ein leistungsstarkes Rechtsfolgenmodell im Einklang mit der *lex lata* entwickelt wird, das die eingangs ausgemachten Ungereimtheiten aus dem Rechtsfolgenregime bei der Anfechtung eines partiell unausgeglichenes Austauschgeschäfts durch eine zutreffende Integration der Gegenleistung flächendeckend ausräumt, ohne bestehende gegenständliche Interessen zu missachten.

## 1. Kapitel

### Insolvenzanfechtung eines schlechten Schuldnergeschäfts – eine Analyse des herrschenden Rechtsfolgenverständnisses

In diesem Kapitel werden die Rechtsfolgen der Anfechtung eines partiell unausgeglichenen Austauschgeschäfts nach dem in der Rechtswissenschaft vorherrschenden Verständnis vorgestellt und auf etwaige Widersprüche hin untersucht. Bei einem schlechten Schuldnergeschäft liegt unbestritten Gläubigerbenachteiligung vor.<sup>1</sup> Sind die weiteren Voraussetzungen eines Anfechtungsgrundes gegeben, ordnet nach herrschender Meinung § 143 Abs. 1 S. 1 InsO als Rechtsfolge – unabhängig von dem Grad der Gläubigerbenachteiligung – grundsätzlich die Leistung vollständig (Verbot der Teilanfechtung)<sup>2</sup> und gegenständlich (*in natura*)<sup>3</sup> der Haftungsmasse zu. Ob nach einer erfolgreichen Anfechtung eines partiell unausgeglichenen Austauschgeschäfts nach herrschender Rechtsfolgeninterpretation allerdings tatsächlich Leistung und Gegenleistung kumulativ zur Gläubigerbefriedigung zur Verfügung stehen, ist abhängig von etwaig bestehenden Gegenrechten des Anfechtungsgegners. Im Mittelpunkt steht in diesem Zusammenhang die Frage nach einem Anrecht des Anfechtungsgegners auf die erbrachte Gegenleistung.

#### A. Römisches Recht

Schon die römischen Rechtsgelehrten beschäftigte die Frage, ob die Gegenleistung nach einer konkursbedingten Anfechtung zurückzugeben war.<sup>4</sup> In der Digestenstelle D. 42, 8, 7 (62 ad ed.)<sup>5</sup> wird *Paulus* zu folgendem Sachverhalt be-

<sup>1</sup> Vgl. oben S. 5.

<sup>2</sup> Siehe nur K/P/B/F. *Bartels*, § 129 InsO Rn. 363; weitere Nachweise in Einl., Fn. 23.

<sup>3</sup> BT-Drs. 12/2443, S. 167; RG LZ 1908, 388, 390; BGH NJW 1987, 2821, 2822; BGH NZI 2005, 453; Uhlenbruck/*Borries/Hirte*, § 143 InsO Rn. 20; Schmidt/*Büteröwe*, § 143 InsO Rn. 7; *Magnus*, Der Rückholanspruch, S. 277; *Kayser*, ZIP 2015, S. 449, 453; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht, Rn. 20.5; MüKo/*Kirchhof/Piekenbrock*, § 143 InsO Rn. 42; *Gottwald/Huber*, § 52 Rn. 9; *ders.*, JuS 2019, S. 1148.

<sup>4</sup> Ausführlich *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, S. 187 ff., 45 f.; siehe auch *Kummer*, FS Kreft, S. 393, 406 f.

<sup>5</sup> Paul. D. 42, 8, 7 (62 ad ed.): *Si debitor in fraudem creditorum minore pretio fundum scienti emptori vendiderit, deinde hi, quibus de revocando eo actio datur, eum petant, quaesitum est, an pretium restituere debent. Proculus existimat omnimodo restituendum esse fundum,*

fragt: Ein Schuldner hat dem bösgläubigen Anfechtungsgegner ein Grundstück zu einem unter dem Marktwert liegenden Kaufpreis veräußert. Nun fällt der Schuldner in den Konkurs, sodass der Anfechtungsgegner infolge einer Anfechtung die Leistung zurückgeben muss. Besteht ein Anrecht des Anfechtungsgegners auf Rückerstattung des Kaufpreises?<sup>6</sup> Überliefert ist in diesem Zusammenhang folgende Antwort von *Paulus* unter Verweis auf *Proculus*: „*omnimodo restituendum esse fundum, etiamsi pretium non solvatur*. Der Beklagte muß das Grundstück herausgeben und kann dies nicht von der Rückzahlung des Kaufpreises abhängig machen.“<sup>7</sup>

Diese Aussage ist nach einhelligem Verständnis aber nicht dahingehend zu deuten, dass sie das wirtschaftliche Endergebnis einer Anfechtung beschreibt.<sup>8</sup> Der Aussagegehalt bezieht sich lediglich auf die Wirkungsweise der *actio Pauliana*. Die Anfechtung lässt das Geschäft „in seinem Bestand unberührt [...] (daher entstehen durch die Anfechtung nicht etwa Kondiktionsansprüche)“<sup>9</sup>. Lediglich die Leistung fällt anfechtungsbedingt zurück in die Masse. Nach dem römischen Verständnis nimmt die Anfechtung somit keinen unmittelbaren Einfluss auf die Bestandskraft der Verfügung über die Gegenleistung.<sup>10</sup>

Die Kompilatoren haben an die Aussage von *Paulus* ein weiteres Fragment (D. 42, 8, 8 [6 interdict.])<sup>11</sup> angeschlossen.<sup>12</sup> Dort bezieht *Venuleius* Stellung zur aufgeworfenen Frage: Wenn man der Interpretation des *Paulus* zur Aussage von *Proculus* folgen würde, dann wäre das Ergebnis, dass der Anfechtungsgegner noch nicht einmal einen Teil des Kaufpreises erhalten würde. Offensichtlich zweifelt *Venuleius* an der Billigkeit dieses Ergebnisses und folgert: Ein eingesetzter Richter habe darauf zu achten, dass kein (wirtschaftliches) Unrecht

---

*etiamsi pretium non solvatur: et rescriptum est secundum Proculi sententiam*. Übersetzung nach *Otto/Schilling/Sinten*, Das Corpus juris, Band 4: Wenn ein Schuldner, zu Hintergehung seiner Gläubiger, ein Grundstück, unter Mitwissen des Käufers, für zu geringen Preis verkauft hat, und nun die, welchen wegen Widerrufs dieses Geschäfts eine Klage zusteht, darauf klagen, so ist gefragt worden, ob sie den Kaufschilling herausgeben müssten? *Proculus* hält dafür, das Grundstück müsse schlechterdings abgetreten werden, wenn auch der Kaufschilling nicht gezahlt werde; und nach dieser Ansicht des *Proculus* ist ein Rescript ertheilt worden.

<sup>6</sup> Vgl. *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, S. 187 ff., 45 f.

<sup>7</sup> Übersetzung nach *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, S. 188.

<sup>8</sup> Vgl. *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, S. 188.

<sup>9</sup> *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, S. 188.

<sup>10</sup> *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, S. 188.

<sup>11</sup> *Venulei*. Saturn. D. 42, 8, 8 (6 interdict.): *Ex his colligi potest ne quidem portionem emptori reddendam ex pretio: posse tamen dici eam rem apud arbitrum ex causa animadvertendam, ut, si nummi soluti in bonis exstent, iubeat eos reddi, quia ea ratione nemo fraudetur*. Übersetzung nach *Otto/Schilling/Sinten*, Das Corpus juris, Band 4: Hieraus ist zu folgern, dass dem Käufer auch nicht einmal ein Theil des Kaufpreises zurückzugeben ist; doch kann man sagen, der gesetzte Schiedsrichter habe darauf zu sehen, dass er in dem Falle, wenn das gezahlte Geld noch in der Masse vorhanden sei, dessen Herausgabe anordne, weil auf diese Weise Niemand bevorthelt wird.

<sup>12</sup> *Grevesmühl*, Gläubigeranfechtung, S. 188.

## Sachregister

- Abflussprinzip 44 f., 46, 54, 75 f.  
Absolute Rechtslage 15, 25, 59, 64 f.  
Absonderung 129 f.  
Abstraktionsprinzip, siehe Trennungsprinzip  
Abzug „neu für alt“ 123  
Actio Pauliana 11  
Actus contrarius 50 f.  
Allgemeine Insolvenzanfechtung 33, 43  
Alternität 51 f., 55 ff., 135  
Altmasseverbindlichkeit 130 f.  
Anfechtungsgesetz 33 ff., 37 ff., 111, 139 ff.  
Anfechtungstheorien 29, 65, 94 ff.  
Aussonderung 15, 25 f., 29, 65, 95, 129 f.
- Bargeschäftsähnliche Lage 85 f.  
Bargeschäftsprivileg 53, 61, 62, 66, 81 ff.  
Bereicherungsverbot 11, 18 f., 22, 27, 34 f., 45, 120 ff., 135 ff.  
Besondere Insolvenzanfechtung 43  
Beweislast 73 f.  
Billigkeit 10 f., 12, 16, 17 f.
- Dazwischenfunken 137 f.  
Dienstleistungen 89 f.  
Digesten 9 ff.  
Dingliche Theorie 95  
Doppelanfechtung 28 ff., 30 ff., 36 ff., 39 f., 105 ff.  
Doppelsolvenz 95
- Einheitstheorie 96 f.  
Einlösungsbefugnis 111 ff., 140, 141  
Einrede der Anfechtbarkeit 99  
Einzelbetrachtung 61 ff., 70 f.  
Erfüllungsforderung 12 f., 34, 35
- Gefahrübergang 77  
Gegenständliche Interessen 110 ff., 113 ff., 116 f., 117 f.  
Gesamtbetrachtung 60 f., 70, 88, 135  
Gewährleistungsrecht 100 ff.  
GmbH 75, 77
- Haftungsrechtliche Theorie 95 f.
- Immanente Begrenzung 123 f., 132, 143  
in natura 89, 109 ff., 116 f., 123 f., 126 f., 140 f., 142 f.  
Inkongruenz 83 f.  
Insolvenzfestigkeit 106, 129 ff.  
Insolvenzordnung 24 ff.  
Insolvenzrisiko 104 ff.  
Insolvenzverwalter, siehe Verwalterhandeln
- Kausalität 57 f.  
Kausalprinzip 15  
Kollisionsfälle 95
- Leistungsreihenfolge 57 ff., 78, 104 ff., 121 f.
- Manipulationen 25 f., 64, 67 ff., 80  
Masseneutralität 71 ff.  
Masseunzulänglichkeit 130 f.  
Masseverbindlichkeit 19, 25 f., 101, 102, 130 f.  
Mittelbare Gläubigerbenachteiligung 74 ff., 76 f., 79 ff.  
Motive zur Konkursordnung 15 ff., 17
- Nachrang 36, 93, 98 f.  
Natura, siehe in natura  
Neutrale Austauschgeschäfte 32, 53 ff., 112 f.

- Nichtdurchsetzbarkeit 98
- Ordnungsfunktion 43 f., 45 ff.  
Österreich 30, 129
- Parteiwille 56 f., 60 f., 64
- Partielle Anfechtung, siehe Teilanfechtung
- Pfandrecht 91, 114, 117, 118, 133, 141 f.
- Präventionswirkung 114 ff., 137
- Preußisches Recht 11 ff.
- Privatautonomie 94
- Privilegienordnung 19, 26, 27, 101 ff.
- Reichsoberhandelsgericht 14
- Relative Gläubigerbenachteiligung 52
- Relative Rechtslage 66 f.
- Römisches Recht 9 ff.
- Rücktrittsfolgenrecht 100 ff., 120
- Saldotheorie 28 f., 58, 76, 78
- Schenkung 36
- Schenkungsanfechtung 43 f., 90, 99,  
124 f., 142 f.
- Schlechtleistung 35, 102 f.
- Schuldrechtliche Theorie 95
- Schweiz 125, 129
- Sicherheiten austausch 56 f.
- Suspensionswirkung 98
- Teilanfechtung 18, 89 ff., 110 ff., 126
- Trennungsprinzip 15, 17, 20 f., 63 f., 96 f.
- Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung  
72 f.
- Untergangsgefahr 74, 76 ff., 79
- Verfügungsbefugnis 79, 136 f.
- Verhaltenssteuerung 115 f., 137 f.
- Verkehrsschutz 25 f., 67, 68 ff., 80, 82,  
106 f.
- Verpflichtungsgeschäft 22 f., 25, 31, 36 f.,  
93 ff.
- Verschuldensfordernis 47, 77
- Verteilungsschlüssel 51
- Verwalterhandeln 26, 31, 101, 102, 103
- Vorleistung 57 f., 58 f., 78, 104 ff.
- Vorsatzanfechtung 30, 36, 43, 73 f., 84 f.,  
86 f., 96
- Vorteilsanrechnung 54, 63
- Vorteilsausgleichung 49 f., 54 f., 62 f.,  
123
- Vorweggenommene Befriedigung 50 f.,  
112
- Wahlrecht 118, 126, 127, 133, 136 f.,  
139 f.
- Wiederaufleben, siehe Erfüllungsforderung
- Zuflussprinzip 44 f., 47 ff., 55 ff., 76 f.
- Zug-um-Zug-Einwand 106 f., 132, 143
- Zurückbehaltungsrecht 131