

Max Justus Mahlmann

Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften

Untersuchung zum neuen Erfordernis
der Unlauterkeit im Rahmen des § 142 InsO

Max Justus Mahlmann
Die insolvenzrechtliche Anfechtung
von Bargeschäften

Max Justus Mahlmann

Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften

**Untersuchung zum neuen Erfordernis
der Unlauterkeit im Rahmen des § 142 InsO**

Tectum Verlag

Max Justus Mahlmann

Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften

Untersuchung zum neuen Erfordernis der Unlauterkeit im Rahmen des § 142 InsO

Zugl. Diss. Universität Hamburg 2020

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020

eBook 978-3-8288-7567-8

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4524-4

im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Angaben sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Meinen Eltern

Vorwort

Diese Schrift wurde im Sommersemester 2020 von der juristischen Fakultät der Universität Hamburg als Dissertation angenommen. Die Arbeit befindet sich inhaltlich auf dem Stand der Einreichung im April 2020.

Mein herzlicher Dank gilt Prof. Dr. Reinhard Bork für seine thematische Anregung sowie seine stets herzliche und hilfreiche Betreuung im Vorfeld und während der Promotion. Ihm und meinem Zweitkorrektor, Prof. Dr. Peter Mankowski, danke ich für die überaus zügige Erstellung der Gutachten.

Meine Dankbarkeit spreche ich darüber hinaus Dr. Gertrud Hülsmann-Diamond für die Durchsicht der Arbeit aus.

Ganz besonderer Dank gebührt meinen Eltern für ihre vorbehaltlose und unermüdliche Unterstützung und ihren immerwährenden Rückhalt. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Hamburg, im Juni 2020

Max Mahlmann

*„Veränderungen am Anfechtungsrecht
sind wie eine Operation am Nervengewebe“*
– Heiko Maas am 19.03.2015 in seiner Rede
auf dem 12. Deutschen Insolvenzrechtstag

Inhaltsübersicht

A. Einleitung.....	1
B. Der Sinn und Zweck des Bargeschäftsprivilegs.....	9
C. Tatbestand und Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 InsO.....	31
D. Der Grund für die Reform des Anfechtungsrechts.....	41
E. Die Reform.....	69
F. Begriffsbestimmung der Unlauterkeit.....	81
G. Zusammenfassung und Fazit.....	157

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Literaturverzeichnis	XXI
A. Einleitung	1
I. Inhalt und Ziel des Insolvenzverfahrens	1
II. Masseschutz durch Insolvenzanfechtung	3
III. Die Einschränkung durch § 142 InsO	4
IV. Problemaufriss	5
V. Untersuchungsgegenstand	6
B. Der Sinn und Zweck des Bargeschäftsprivilegs	9
I. Einführende Bemerkungen zum Bargeschäftsprivileg	9
II. Die einzelnen Ansätze	10
1. Erhalt der Handlungsfähigkeit	10
a. Darstellung	10
b. Anknüpfende und weiterführende Ansätze	13
c. Diskussion des Begründungsansatzes	15
aa. Erklärbarkeit aller Tatbestandsvoraussetzungen	15
bb. Sicherung der Existenz durch Pfändungsfreigrenzen	16
cc. Begriffsweite des Bargeschäfts	18
dd. Druckmittel	19
d. Zusammenfassung	20
2. Fehlende Gläubigerbenachteiligung	20
a. Das Anfechtungserfordernis der Gläubigerbenachteiligung	21
b. Gesetzesbegründung	21
c. Literatur und Rechtsprechung	22

d. Würdigung	23
aa. Unrichtigkeit der Prämisse	24
bb. Systematik der §§ 129 ff. InsO	24
cc. Verweis auf § 133 InsO	25
e. Zusammenfassung	25
3. Weitere Begründungsansätze	26
a. Fehlende Insolvenzgläubigereigenschaft	26
b. Umkehrschluss aus § 30 Nr. 1 Var. 1 KO	28
c. Gläubigergleichbehandlung	28
III. Resümee	29
C. Tatbestand und Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 InsO	31
I. Leistungsaustausch	31
1. Erfordernis einer Zugriffsmöglichkeit auf die Gegenleistung	32
2. Zwischenergebnis	35
II. Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung	35
III. Gleichwertigkeit	37
IV. Unmittelbarkeit	38
V. Rechtsfolge	40
D. Der Grund für die Reform des Anfechtungsrechts	41
I. Kritik an der Anfechtungspraxis	41
1. Vorwürfe in Bezug auf die Vorsatzanfechtung	42
2. Reaktion des Gesetzgebers	43
II. Die Vorsatzanfechtung	43
1. Tatbestand	43
2. Gesetzliche Beweislastverteilung	44
III. Die Handhabung der subjektiven Voraussetzungen durch die Rechtsprechung	45
1. Anfechtungsfreundliche Vermutungen und Indizien im subjektiven Tatbestand	46
a. Grund für die Vermutungen	46

b.	Indizien für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners	47
aa.	Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit	48
bb.	Gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit und deren Ausfüllung	48
cc.	Inkongruenz	49
dd.	Abwendung von Insolvenzanträgen und Zwangsvollstreckung	50
c.	Indizien für die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz	50
aa.	Inkongruenz	51
bb.	Ausfüllung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO durch Beweisanzeichen	51
2.	Indizien gegen den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz	53
a.	Bargeschäftsähnliche Lage	54
aa.	Grund für die Entwicklung der bargeschäftsähnlichen Lage	54
bb.	Indizwirkung der bargeschäftsähnlichen Lage	55
cc.	Erwiderung des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung	55
b.	Ernsthafter Sanierungsversuch	56
IV.	Konkrete Kritik an der Vorsatzanfechtung durch Literatur und Wirtschaft	57
1.	Kettenvermutung	58
2.	Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit	59
a.	Legitimität des Beweisanzeichens	59
b.	Handhabung der Beweisanzeichen	60
3.	Fehlender Beweiswert der Beweisanzeichen	61
4.	Kaum möglicher Gegenbeweis	63
5.	Folgen für die Wirtschaft	64
6.	Kritik an den „Negativ-Indizien“	66
V.	Resümee	67
E.	Die Reform	69
I.	Reforminhalte in Bezug auf die §§ 133; 142 Abs. 1 InsO	69
II.	Kritik an der Reform der §§ 133; 142 Abs. 1 InsO	70
1.	Kein Reformbedürfnis	70
2.	Schlechte Umsetzung der Reformbegehren	71
a.	Rechtsunsicherheit	72
b.	Schwere Einschnitte in das Anfechtungsrecht	73
c.	Kritik in Bezug auf die Neuregelung des § 142 Abs. 1 InsO	74

d. Verfehlen der Zielsetzung der Reform	76
aa. Ziel der erhöhten Rechtssicherheit	76
bb. Ziel der Einschränkung der Vorsatzanfechtung	77
III. Resümee	79
F. Begriffsbestimmung der Unlauterkeit	81
I. Notwendigkeit der Begriffsklarheit	81
II. Begriffsbestimmung und Auslegung anhand der Gesetzesbegründung	82
1. Inhalt der Gesetzesbegründung	82
2. Analyse und erste Auslegungsversuche	83
a. Mehr als Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit	83
b. Hinreichend gewichtige Umstände für den besonderen Unwert	84
c. Zu den weiteren Ausführungen des Gesetzgebers	85
aa. Vorsatzgrad als Kriterium	85
bb. Objektive Verwerflichkeit als Kriterium	86
d. Eckpunkte der Unlauterkeit	88
III. Auslegung entgegen der Gesetzesbegründung	90
1. Kollision mit § 15a InsO und § 64 GmbHG	91
a. Bedenken in Bezug auf die Gesetzesbegründung	91
b. Stellungnahme	91
aa. Geringer Raum für Überschneidungen	92
bb. Kein Widerspruch zu § 15a InsO und § 64 S. 1 GmbHG	92
cc. Unabhängigkeit der Vorschriften	94
2. Kritik in Bezug auf § 133 InsO	96
3. Widerspruchsfreiheit in Bezug auf § 133 Abs. 3 S. 1 InsO	97
4. Sanktionierungsfunktion	97
5. UWG	98
6. Missachtung der Gesetzesbegründung	99
7. Zwischenergebnis	100
IV. Anlehnung an andere Normen und Gesetze	101
1. Unlauterkeit in der InsO	101
2. Unlauterkeit in anderen Gesetzen	102
V. Rückgriff auf den Unlauterkeitsbegriff der Rechtsprechung zur KO	103
1. Der Unlauterkeitsbegriff der Rechtsprechung	104

2. Übertragbarkeit	105
a. Grund für das Unlauterkeitserfordernis in der KO	105
b. Vergleichbarkeit mit der Unlauterkeit in § 142 Abs. 1 InsO	106
c. Wille des Gesetzgebers und zusammenfassende Bewertung	107
3. Zwischenergebnis	108
VI. Anlehnung an die bargeschäftsähnliche Lage	109
1. Bargeschäft versus bargeschäftsähnliche Lage	110
a. Genese und Voraussetzungen der Institute	110
b. Synopse	111
aa. Leistung und Gegenleistung	111
bb. Zeitaspekt	111
cc. Ökonomischer Aspekt	112
dd. Wirkung	113
ee. Zwischenergebnis	114
2. Bedeutung für den Unlauterkeitsbegriff	114
a. Vorliegen einer bargeschäftsähnlichen Lage	115
b. Fehlen einer bargeschäftsähnlichen Lage	116
3. Schlussfolgerung	116
4. Fortbestehen der bargeschäftsähnlichen Lage im Gläubigerbenachteiligungsvorsatz	117
a. Skepsis in der Literatur	117
b. Problematik	119
aa. Indiz oder Privilegierung	119
bb. Charakter der bargeschäftsähnlichen Lage	119
cc. Bedeutung der gewonnenen Erkenntnis	121
c. Folgeproblematik	121
d. Ergebnis	124
VII. Anlehnung an den ernsthaften Sanierungsversuch	124
1. Ernsthafte Sanierungsversuche	125
2. „Einfache“ Sanierungsversuche	126
VIII. Anlehnung an den Telos der Vorsatzanfechtung	127
1. Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung	128
a. Prävention	128
b. Schutz der Gläubigergleichbehandlung	130
aa. Notwendige Differenzierung zwischen den einzelnen Anfechtungsgründen	131

bb.	Masseanreicherung als Reflex	132
cc.	Vergleich mit dem Anfechtungsgesetz	133
dd.	Schwere des Eingriffs	134
ee.	Actio pauliana	134
ff.	Zusammenfassung	135
c.	Sanktionierung sozialer Inadäquanz	135
d.	Beeinträchtigung der Chancengleichheit	137
e.	Schutz vor Haftungsverteilung	139
f.	Resümee	139
2.	Auslegung anhand der gewonnenen Erkenntnisse	140
IX.	Anlehnung an den Sinn und Zweck der Gesetzesänderung	141
1.	Berücksichtigung des Entstehungsgrundes der InsO	141
2.	Bedeutung der Motive der Gesetzesänderung	143
a.	Einschränkung des § 133 InsO	143
aa.	Nicht zu beanspruchende Leistung	145
bb.	Nicht in der Art zu beanspruchende Leistung	145
cc.	Nicht zu der Zeit zu beanspruchende Leistung	146
dd.	Generelle Einschränkung der Indizienbeweise	146
b.	Wiederherstellung des Schutzes der Handlungsfähigkeit	147
X.	Betrachtung des Insolvenzanfechtungsrechts als Interessenausgleich	148
1.	Das Insolvenzanfechtungsrecht als Interessenabwägung	148
2.	Anlehnung an Sinn und Zweck des Bargeschäftsprivilegs	150
3.	Interessenlage bei der Vorsatzanfechtung	151
4.	Bestimmung des Unlauterkeitsbegriffs	152
5.	Einklang mit der Gesetzesbegründung	153
XI.	Auslegungsergebnis	154
G.	Zusammenfassung und Fazit	157
I.	Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse in Thesen	157
II.	Fazit	158

Abkürzungsverzeichnis

Begr.	Begründer
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselben
Diss.	Dissertation
Ebda.	Ebenda
Forderungspapier	Forderungspapier des Mittelstandsverbands – ZGV e.V., zum Problem der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.mittelstandsverbund.de/media/056748dd-0fo8-4457-bd7b-99f97fec9714/J9-t2A/Download/Stellungnahmen,%20Positionen,%20Empfehlungen/MITTELSTANDSVERBUND%20Stellungnahmen,%20etc./Download/2013-12-12-forderungspapier-insolvenzanfechtung.pdf?download=true
Gemeinsame Erklärung	Gemeinsame Erklärung der Verbände zur Insolvenzanfechtung: „Notwendige gesetzgeberische Korrekturen im Recht der Insolvenzanfechtung nach §§ 133, 142 InsO“, vom 08.07.2014 Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.franchiseverband.com/fileadmin/user_upload/Gemeinsame_Erklaerung_der_Verbaende_11_Logos__08_07_2014_.pdf
Gemeinsame Stellungnahme	Gemeinsame Stellungnahme zum Referententwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz, vom 08.06.2015 Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.franchiseverband.com/blog/wp-content/uploads/2015/11/gemeinsame-stellungnahme-insolvenzanfechtung.pdf
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JurisPR-InsR	juris PraxisReport Insolvenzrecht
mVa	Mit Verweis auf
mwN	Mit weiteren Nachweisen
OJZ	Österreichische Juristen-Zeitung

Positionspapier	Positionspapier des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) und des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH), Ausufernder Anwendungsbereich der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung lähmt Unternehmenspraxis, vom 14.10.2013 Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.biv-kaelte.de/fileadmin/user_upload/mitglieder/Rechtsberatung/BDI_ZDH_Positionspapier_Insolvenzanfechtung.pdf
Schneidewind, Positionspapier	Gemeinsames Positionspapier zur Thematik „Notwendige gesetzgeberische Korrekturen im Recht der Insolvenzanfechtung nach §§ 133; 142 InsO (Vorsatzanfechtung)“ von Bundesverband Großhandel, Außenhandel, Dienstleistungen e. V. (BGA), Bundesverband Deutscher Baustoff-Fachhandel e. V. (BDB), Bundesverband der Energie- und Wasserwirtschaft (BDEW), Bundesverband Deutscher Stahlhandel (BDS AG), Bundesverband Credit Management e. V. (BvCM), Bundesverband Druck und Medien e. V. (bvdm), Verband Deutscher Gas- und Stromhändler e. V. (EFET Deutschland), Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e. V. (t+m), Bundesverband Deutscher Leasing-Unternehmen e. V. (BDL), Deutscher Franchise Verband e. V. (DFV) Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.franchiseverband.com/blog/wp-content/uploads/2015/11/gemeinsame-position-insolvenzanfechtung-10-verbaende-11-6-2014.pdf
Stellungnahme DAV	Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch den Ausschuss Insolvenzrecht zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz In: ZInsO 2015, 1258–1260 Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://anwaltverein.de/de/newsroom/nr-30-15-referentenentwurf-eine-s-gesetzes-zur-verbesserung-der-rechtssicherheit-bei-anfechtungen-nach-der-insolvenzordnung-und-n?newsategories=&category=&startDate=13.03.2020&endDate=&searchKeywords=Anfechtungsgesetz
Rede auf dem 12. Deutschen Insolvenzrechtstag	Rede von Heiko Maas am 19.03.2015 auf dem 12. Deutschen Insolvenzrechtstag Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.beck.de/cms/?toc=NZI.09&docid=368399
RegE	Regierungsentwurf
s. o.	Siehe oben
s. u.	Siehe unten
Vor.	Vorbemerkungen

Im Übrigen wird verwiesen auf:

Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 9. Auflage, Berlin/ Boston, 2018