

Robert Güther  
Die Insolvenzanfechtung der Deckung  
von Altverbindlichkeiten

Schriften zum deutschen,  
europäischen und internationalen  
Insolvenzrecht

S-INSO Band 3

# Schriften zum deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Professor Dr. Stefan Smid, Kiel  
Rechtsanwalt Dr. Mark Zeuner, Hamburg  
Rechtsanwalt Michael Schmidt, Berlin

S-INSO Band 3



De Gruyter Recht · Berlin

Robert Güther

# Die Insolvenzanfechtung der Deckung von Altverbindlichkeiten



De Gruyter Recht · Berlin

Dr. Robert Güther, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel

⊗ Gedruckt auf säurefreiem Papier,  
das die US-ANSI-Norm über Haltbarkeit erfüllt.

ISBN-13: 978-3-89949-320-7  
ISBN-10: 3-89949-320-6

*Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek*

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© Copyright 2006 by De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH, D-10785 Berlin

Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

Umschlaggestaltung: Christopher Schneider, Berlin

Datenkonvertierung/Satz: WERKSATZ Schmidt & Schulz GmbH, Gräfenhainichen

Druck und Bindung: Hubert & Co., Göttingen

## **Geleitwort der Herausgeber**

Das Insolvenzrecht gehört zu dem Kernbestand der Regelwerke, die das Vertrauen der Rechtsgenossen in eine Rechtsordnung sichern. Es regelt die Bedingungen allseitiger Haftung eines Schuldners und steckt damit zugleich den Rahmen ab, innerhalb dessen die Gläubiger erwarten können, dass ihre Rechte in einer und durch eine Reorganisation und Sanierung des schuldnerischen Unternehmens gewahrt werden.

Die faktische Wirkung des Insolvenzrechts endet nicht an nationalstaatlichen Grenzen. Das Insolvenzverfahren ist seinem Anspruch nach auf universelle Geltung angelegt. In fast allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union gilt heute als innerstaatliches Recht ein gemeinsames Recht grenzüberschreitender Insolvenzverfahren. Dieses gemeinsame europäische Recht strahlt auf die innerstaatlichen Reformbemühungen aus – es hat Einfluss auf die Insolvenzgesetzgebung. Die innerstaatlichen Gesetzgebungen werden zudem von UNCITRAL-Modellgesetzgebungen beeinflusst. Die wissenschaftliche Diskussion geht zusehends auf die damit ausgelösten Konvergenzbewegungen ein; die Praxis bedarf rechtsdogmatischer Aufklärung über die komplexer werdenden Regelungen des Insolvenzrechts und der Unterrichtung über die Strukturen und Problemstellungen ausländischer europäischer und außer-europäischer Insolvenzrechte, auch und gerade in ihrer Wechselwirkung mit dem deutschen Recht.

Die Schriftenreihe der DZWIR ist ein Forum dieser Diskussionen. Sie wird in loser Folge monographische Untersuchungen zu Grundsatzfragen des deutschen, europäischen und internationalen Insolvenzrechts veröffentlichen. Damit leistet diese Schriftenreihe einen Beitrag ebenso zur rechtsdogmatischen Klärung von Streitfragen wie nicht minder zur Unterstützung der europäischen Integration der nationalstaatlichen Insolvenzrechte.

Kiel, Hamburg und Berlin, im November 2005

*Stefan Smid/Mark Zeuner/Michael Schmidt*



## Vorwort

Das Buch befasst sich mit dem Verhältnis der vorläufigen Insolvenzverwaltung zur Insolvenzanfechtung im eröffneten Verfahren. Allgemein erfährt dieses Thema in Rechtsprechung und Literatur hohe Aufmerksamkeit. Die besprochenen Urteile des BGH, die zu § 132 InsO ergangen sind, leisten hierzu ihren Beitrag. Die besonderen Fragestellungen, denen sich die Arbeit widmet, sind dagegen bisher nicht in das Zentrum des wissenschaftlichen Diskurses gerückt. Dies, obgleich sie sowohl für den vorläufigen Insolvenzverwalter als auch die Gläubiger von großer praktischer Relevanz sind, was nicht zuletzt die zahlreichen Anmerkungen zu den besprochenen Entscheidungen belegen.

Tatsächlich besteht zwischen der Massesicherung und der Gläubigergleichbehandlung im vorläufigen Insolvenzverfahren eine *petitio principii*. Diese tritt deutlich hervor, wenn an der angefochtenen Rechtshandlung nicht nur der Schuldner, sondern auch der vorläufige Insolvenzverwalter beteiligt ist und sich der Anfechtungsgegner später auf sein Vertrauen in die Rechtsbeständigkeit der Rechtshandlung beruft. Die beiden Entscheidungen des BGH vom 13. März 2003, die im Fokus der Arbeit stehen, befassen sich mit dieser Konstellation. In die Literatur haben diese Entscheidungen unter dem Schlagwort „Erpressung durch marktstarke Gläubiger“ Eingang gefunden und finden, wenngleich nicht in der Begründung, so doch im Ergebnis, Zustimmung.

Anliegen der Arbeit ist es, die widerstreitenden Prinzipien der Insolvenzordnung vor diesem Hintergrund zum Ausgleich zu bringen. Die verschiedenen Formen der „schwachen“, „halbstarken“ und „starken“ vorläufigen Insolvenzverwaltung, die Bezüge zum Haftungsrecht der §§ 60, 61 InsO und Fragen der Versicherbarkeit des Haftungsrisikos werden berücksichtigt. Kritisch hinterfragt der Verfasser, ob die vom BGH in ständiger Rechtsprechung apostrophierte wirtschaftliche Betrachtungsweise zu § 129 InsO in praxi geübt wird.

Rechtsprechung und Literatur konnten bis August 2005 berücksichtigt werden.

Berlin, im Januar 2006

*Robert Güther*



## **Danksagung**

Ich danke allen Beteiligten, auch den nachfolgend nicht namentlich Genannten, für ihre Unterstützung und Hilfe bei der Fertigung dieser Arbeit.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Stefan Smid, der nicht nur die Betreuung der Arbeit übernahm, sondern mir auch stets für Fragen und Diskussionen zur Seite stand und das Erstgutachten verfasste. Dank schulde ich auch Herrn Prof. Dr. Alexander Trunk für die zügige Verfassung des Zweitgutachtens. Hervorheben möchte ich ferner die Unterstützung durch Frau Bettina Klein, die mir als Sekretärin des Erstgutachters in organisatorischen Angelegenheiten immer kompetent und kurzfristig half.

Schließlich bin ich für die Unterstützung, die mir in der Familie sowie im Freundes- und Bekanntenkreis zuteil wurde, dankbar. Ihr Verständnis und ihr Zuspruch waren mir stets Motivation; ihre kritischen Anmerkungen und Korrekturvorschläge haben am Erfolg der Arbeit teil.



„Liquidieren ist einfach, Sanieren kann die Hölle sein.“

Stefan Willeke, in: „Jobst Wellensiek – Der Herr der Pleiten“,  
unter [http://www.zeit.de/archiv/2002/06/200206\\_wellensiek.xml](http://www.zeit.de/archiv/2002/06/200206_wellensiek.xml)  
sowie unter  
<http://www.manager-magazin.de/koepfe/artikel/0,2828,217573,00.html>



# Inhaltsverzeichnis

<b>I. Einführung</b> . . . . .	1
1. Gläubigergleichbehandlung versus Massesicherung . . . . .	1
2. Ziel und Gang der Untersuchung . . . . .	5
<b>II. Geschäftsfortführung im Insolvenzantragsverfahren</b> . . . . .	7
1. Einführung . . . . .	7
2. Gläubigergleichbehandlung im eröffneten Verfahren . . . . .	8
a) Gläubigergleichbehandlung und Insolvenzzweckwidrigkeit . . . . .	8
b) Haftung wegen Gläubigerungleichbehandlung . . . . .	13
c) Besonderheiten des Insolvenzantragsverfahrens . . . . .	16
3. Ausgangssituation im Insolvenzantragsverfahren . . . . .	18
a) Überblick . . . . .	18
b) Ermittlungen . . . . .	20
aa) Schuldner . . . . .	20
bb) Gläubiger . . . . .	21
(1) Aussonderungsberechtigte . . . . .	22
(2) Absonderungsberechtigte . . . . .	23
(3) Insolvenzgläubiger . . . . .	24
c) Ursachenanalyse . . . . .	24
d) Liquiditätsanalyse . . . . .	25
aa) Eigenfinanzierung . . . . .	26
(1) Guthaben, Sachanlage- und Umlaufvermögen . . . . .	26
(2) Insolvenzgeldvorfinanzierung . . . . .	27
bb) Fremdfinanzierung . . . . .	28
(1) Kapitalkreditgeber . . . . .	29
(2) Warenkreditgeber . . . . .	31
4. Rechtlicher Rahmen des Insolvenzantragsverfahrens . . . . .	32
a) Überblick . . . . .	32
b) Sequestration . . . . .	35
aa) Rechtsstellung des Sequesters . . . . .	35
bb) Geschäftsfortführung in der Sequestration . . . . .	36
c) Vorläufige Insolvenzverwaltung . . . . .	37
aa) Geschäftsfortführung im Insolvenzantragsverfahren . . . . .	39
bb) Rechtsstellung des „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters . . . . .	40
(1) Allgemeines . . . . .	40
(2) Begründung von Masseverbindlichkeiten . . . . .	43
(3) Eignung zur Geschäftsfortführung . . . . .	43
(4) Pflicht zur Geschäftsfortführung . . . . .	44

## Inhaltsverzeichnis

cc) Rechtsstellung des „halbstarken“ vorläufigen Insolvenzverwalters . . . . .	45
(1) Allgemeines . . . . .	45
(2) Begründung von Masseverbindlichkeiten . . . . .	48
(3) Eignung zur Geschäftsfortführung . . . . .	49
(4) Pflicht zur Geschäftsfortführung . . . . .	50
dd) Rechtsstellung des „schwachen“ vorläufigen Insolvenzverwalters . . . . .	50
(1) Allgemeines . . . . .	50
(2) Begründung von Masseverbindlichkeiten . . . . .	51
(a) Pauschale Verfügungsbefugnis . . . . .	52
(b) Besondere Verpflichtungsermächtigung . . . . .	56
(3) Eignung zur Geschäftsfortführung . . . . .	59
(4) Pflicht zur Geschäftsfortführung . . . . .	61
(a) Aufgrund Gesetzes . . . . .	61
(b) Aufgrund richterlicher Anordnung . . . . .	63
ee) Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters . . . . .	65
(1) Haftung aus § 60 InsO . . . . .	66
(a) Insolvenzspezifische Pflichtverletzung . . . . .	67
(b) Verschulden . . . . .	69
(c) Schutzzweck der Norm . . . . .	72
(2) Haftung aus § 61 InsO . . . . .	73
(a) „Starke“ vorläufige Insolvenzverwaltung . . . . .	73
(b) „Halbstarke“ vorläufige Insolvenzverwaltung . . . . .	79
(3) Allgemeine Haftung . . . . .	81
(4) Haftungsfragen bei Auswahl und Entlassung . . . . .	81
(5) Versicherbarkeit des Haftungsrisikos . . . . .	82
5. Zwischenergebnis . . . . .	85
<b>III. Geschäftsfortführung und Insolvenzanfechtung . . . . .</b>	<b>89</b>
1. Einführung . . . . .	89
2. Ansicht des Bundesgerichtshofs . . . . .	90
a) BGH, Urteil vom 13.03.2003 - IX ZR 64/02 . . . . .	90
b) BGH, Urteil vom 13.03.2003 - IX ZR 56/02 . . . . .	93
3. Ansichten in der Literatur . . . . .	94
a) Gundlach / Schirrmeister . . . . .	94
b) Leithaus . . . . .	94
c) Huber und Schmitz . . . . .	95
d) Franke / Böhme . . . . .	95
e) De Bra . . . . .	96
4. Würdigung und Lösung . . . . .	97
a) Überblick . . . . .	97
aa) Ziel und Bedeutung der Insolvenzanfechtung . . . . .	97
bb) Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung . . . . .	99
(1) Besondere Voraussetzungen . . . . .	99

(a)	Besondere Insolvenzanfechtung . . . . .	99
(b)	Verschleuderungs- und Absichtsanfechtung . . . . .	100
(c)	Anfechtung gegenüber Gesellschaftern . . . . .	101
(2)	Allgemeine Voraussetzungen . . . . .	101
(a)	Rechtshandlung . . . . .	101
(b)	Gläubigerbenachteiligung . . . . .	103
(i)	Begriff . . . . .	103
(ii)	Unmittelbare Benachteiligung . . . . .	106
(iii)	Mittelbare Benachteiligung . . . . .	106
(iv)	Differenzhypothese und wirtschaftliche Betrachtungsweise . . . . .	107
(v)	Vorteilsausgleichung . . . . .	109
b)	Ausgangsfall . . . . .	110
aa)	Anfechtung gemäß § 130 InsO . . . . .	110
(1)	Normativer Ausgangspunkt . . . . .	110
(2)	Rechtshandlung . . . . .	111
(3)	Gläubigerbenachteiligung . . . . .	111
(a)	Gleichwertige Gegenleistung . . . . .	112
(b)	Berücksichtigung von Fernwirkungen . . . . .	112
(c)	Nachahmungseffekt . . . . .	113
(d)	Prognosegefahr . . . . .	113
(e)	Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz . . . . .	114
(i)	BGH BB 1952, 868 f. . . . .	115
(ii)	BGH WM 1960, 377 ff. . . . .	115
(iii)	BGH WM 1994, 449 ff. . . . .	117
(f)	Maßgeblichkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise . . . . .	118
(g)	Divergenz des Anfechtungsrechts zwischen KO und VgLO . . . . .	124
(h)	Systematik des vereinheitlichten Insolvenzverfahrens . . . . .	125
(i)	Neuausrichtung der Verfahrensziele . . . . .	126
(j)	Kongruenz von Haftung und Anfechtung . . . . .	126
(k)	Anfechtbarkeit als Unwerturteil . . . . .	127
(l)	Stärkung der Gläubigerautonomie . . . . .	130
(m)	Marktkonformität der Unternehmensinsolvenzen . . . . .	132
(n)	Vertrauen in Rechtsbeständigkeit . . . . .	132
(o)	Abgrenzung zur Vorteilsausgleichung . . . . .	134
(p)	Einschränkungen . . . . .	134
(q)	Folgen für die Prüfung der Gläubigerbenachteiligung . . . . .	136
(4)	Insolvenzzweckwidrigkeit . . . . .	138
(5)	Ausschluss wegen Treu und Glauben . . . . .	141
bb)	Anfechtung gemäß § 132 InsO . . . . .	144
(1)	Normativer Ausgangspunkt . . . . .	144
(2)	Rechtsgeschäft des Schuldners . . . . .	145
(3)	Insolvenzzweckwidrigkeit . . . . .	147

## Inhaltsverzeichnis

cc) Anfechtung gemäß § 133 InsO . . . . .	147
(1) Normativer Ausgangspunkt . . . . .	147
(2) Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und Kenntnis hiervon . . . . .	148
(3) Rechtshandlung des Schuldners und Gläubigerbenachteiligung . . . . .	151
dd) Teilanfechtung und Teilbarkeit der Anfechtungsfolgen . . . . .	151
(1) Aufrechnungsvereinbarung . . . . .	152
(2) Vorausabtretung . . . . .	152
(3) Honorarvereinbarung . . . . .	153
(4) Sanierungskredite . . . . .	154
(5) Insolvenzsichernde Vertragsklauseln . . . . .	156
(6) Würdigung . . . . .	158
ee) Zwischenergebnis . . . . .	160
c) Abwandlung 1 . . . . .	160
aa) Anfechtbarkeit der Zahlung . . . . .	160
(1) Normativer Ausgangspunkt . . . . .	160
(2) Gläubigerbenachteiligung . . . . .	161
(3) Bargeschäft . . . . .	161
(4) Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und Kenntnis hiervon . . . . .	163
bb) Anfechtbarkeit der Abrede . . . . .	164
(1) Gläubigerbenachteiligung . . . . .	164
(2) Bargeschäft . . . . .	164
(3) Insolvenzzweckwidrigkeit und Vertrauenstatbestand . . . . .	166
(4) Teilanfechtung . . . . .	167
d) Abwandlung 2 . . . . .	168
aa) Rechtshandlung und Insolvenzgläubigereigenschaft . . . . .	169
bb) Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters . . . . .	170
cc) Zustimmung als Vertrauenstatbestand . . . . .	170
dd) Gläubigerbenachteiligung . . . . .	172
e) Abwandlung 3 . . . . .	172
aa) Anfechtbarkeit der Zahlung . . . . .	172
(1) Rechtshandlung und „starker“ Verwalter . . . . .	172
(2) Gläubigerbenachteiligung . . . . .	175
bb) Anfechtbarkeit der Abrede . . . . .	175
(1) Rechtshandlung und Insolvenzgläubigereigenschaft . . . . .	175
(a) Erstarkung des schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters . . . . .	176
(b) Erfüllungswahl . . . . .	177
(2) Insolvenzzweckwidrigkeit . . . . .	178
5. Weitere Lösungsansätze . . . . .	179
a) Treuhandmodell . . . . .	179
b) Begründung eines Absonderungsrechts . . . . .	181
c) Zwischenergebnis . . . . .	182
<b>IV. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse . . . . .</b>	<b>182</b>

## I. Einführung

Insolvenzrecht ist Haftungsrecht<sup>1</sup>. Primärer Zweck<sup>2</sup> jeden Insolvenzverfahrens ist die Haftungsverwirklichung, d.h. die Befriedigung der Gläubiger aus dem schuldnerischen Vermögen. Um dem Haftungsinteresse der Gläubiger gerecht zu werden, bedarf es einer geordneten Abwicklung seiner Vermögenswerte. Deren rechtlichen Rahmen gibt die Insolvenzordnung vor.

### 1. Gläubigergleichbehandlung versus Massesicherung

Die Abwicklung des schuldnerischen Vermögens im Rahmen eines Insolvenzverfahrens ist anderen Prinzipien unterworfen als beispielsweise die Liquidation eines Unternehmens, das seine Gläubiger vollständig befriedigen kann, oder die Einzelzwangsvollstreckung. Allgemeines Prinzip des haftungsrechtlichen Ausgleichs im Insolvenzverfahren ist die Gläubigergleichbehandlung<sup>3</sup>. Alle Gläubiger haben durch die Begründung und Abwicklung ihrer Rechtsverhältnisse mit dem Schuldner Einfluss auf dessen Vermögen genommen. Von der Einflussnahme jedes einzelnen Gläubigers sind nun auch die übrigen Gläubiger betroffen, da das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung aller Verbindlichkeiten nicht ausreicht. Es bedarf daher eines Ausgleichs der Gläubigerinteressen. Die Insolvenzordnung verwirklicht diesen Ausgleich, indem sie alle Gläubiger grundsätzlich gleich behandelt. Ausnahmen bedürfen einer Rechtfertigung, da jede Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers zugleich bedeutet, dass dieser die Folgen seines Einflusses auf die übrigen Gläubiger abwälzen kann<sup>4</sup>.

Der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz ist in der Insolvenzordnung umfassend verwirklicht<sup>5</sup>. Er ist nicht auf den Zeitraum des eröffneten Insolvenzverfahrens beschränkt, sondern bezieht auch diejenigen Gläubiger ein, die im Zeitraum unmittelbar vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine bevorzugte Befriedigung erlangt haben. Die Insolvenzordnung trägt damit dem Umstand Rechnung, dass einerseits die eigenverantwortliche Stellung des Schuldners im Regelfall erst mit

---

<sup>1</sup> Begr. zum RegEInsO, Allg. 4 a cc, BT-Drucks. 12/2443, S. 83; vgl. auch BGHZ 150, 353 = NJW 2002, 2783, 2785; Häsemeyer, Rz. 1.11 ff.; MK-InsO/Ganter, § 1 Rz. 20, 51 f.; Rattunde, ZIP 2003, 2103, 2104; Smid, § 1 Rz. 6 ff., 33; Uhlenbruck, § 1 Rz. 7.

<sup>2</sup> Die Insolvenzordnung verfolgt weitere Zwecke, etwa ein geregeltes Ausscheiden nicht mehr funktionstüchtiger Unternehmen aus dem Markt, vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu § 1 InsO, BT-Drucks. 12/7302, S. 155.

<sup>3</sup> Lateinisch: par condicio (omnium) creditorum.

<sup>4</sup> Häsemeyer, Rz. 2.27.

<sup>5</sup> Vgl. nur die §§ 88, 129 ff. InsO.

## I. Einführung

der Eröffnung des Insolvenzverfahrens endet und Vermögensgegenstände, die zuvor weggegeben, veräußert oder aufgegeben worden sind, der Gläubigergemeinschaft nicht mehr haften. Blicke es andererseits bei dieser stichtagsbezogenen Regelung, wären Vermögensverschiebungen zum Nachteil der späteren Insolvenzmasse von Bestand. Um das zu verhindern, sind vor der Verfahrenseröffnung erfolgte, nachteilige Vermögensverschiebungen nicht von vornherein unwirksam, können aber rückgängig gemacht werden, sofern sie die Insolvenzgläubiger benachteiligt haben. Das hierzu von der Insolvenzordnung bereitgestellte Mittel ist die Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. InsO, die eine zeitliche Vorziehung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes bezweckt<sup>6</sup>.

Der Insolvenzanfechtung unterliegen nicht nur Rechtshandlungen des Schuldners. Die Möglichkeit, dass gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen vorgenommen werden, besteht auch dann, wenn das Gericht einen sog. vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt hat. Dessen Aufgabe ist es, die von ihm verwaltete Vermögensmasse gegen nachteilige Veränderungen zu schützen, mit anderen Worten: in ihrem Bestand zu erhalten. Auf den ersten Blick scheinen Rechtshandlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters der Insolvenzanfechtung entzogen, weil in der Erhaltung der verwalteten Vermögensmasse gerade keine Benachteiligung der Gläubiger zu sehen ist. Diese Annahme ist richtig, wenn man die Sicherung und Erhaltung der verwalteten Vermögensmasse als statische Aufgabe begreift, die sich auf die Feststellung und Wahrung des Vermögens beschränkt. Dabei würde jedoch übersehen, dass der Wert eines Unternehmens nicht nur aus der Summe seiner materiellen Güter besteht. Qualifiziertes Personal, die Betriebsorganisation, die bestehenden Kundenbeziehungen, die Rohmaterialien, die unfertigen Erzeugnisse und technischen Anlagen können ebenfalls erhebliche Vermögenswerte darstellen. Eigenart dieser Vermögenswerte ist es, dass ihr Wert gerade in der Einbindung in einen „lebenden“ Geschäftsbetrieb liegt. Mit dessen Einstellung erleiden diese Vermögenswerte nicht zwangsläufig, aber regelmäßig erhebliche Einbußen. Stellt der vorläufige Insolvenzverwalter fest, dass die Stilllegung des Geschäftsbetriebes Vermögenswerte vernichtet, ist es aus Sicht der Gläubiger zunächst sinnvoll, den Geschäftsbetrieb fortzuführen. Die Aufgabe des vorläufigen Insolvenzverwalters ist dann nicht mehr statisch, sondern dynamisch. So muss dieser – wie ein Unternehmer – neue Rechtsverhältnisse begründen und alte abwickeln. Die Möglichkeit, dass eine oder mehrere der zahlreichen zur Geschäftsführung notwendigen Rechtshandlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters zu einer Benachteiligung der Gläubiger führt, kann hier nicht ausgeschlossen werden.

Mitunter ist der vorläufige Insolvenzverwalter auf die weitere Zusammenarbeit mit Lieferanten und Dienstleistern angewiesen, die bereits Gläubiger des Schuldners sind. Sofern diese bereit sind, zu den bisherigen Konditionen weiterhin ihre Leistungen zu erbringen, ergeben sich kaum Probleme. Der Gläubiger leistet oder liefert weiterhin und erhält für die im Insolvenzantragsverfahren begründeten For-

---

6 BGHZ 136, 309, 312 f. zu § 30 Nr. 2 KO.

## 1. Gläubigergleichbehandlung versus Massesicherung

derungen (sog. Neuverbindlichkeiten<sup>7</sup>) Befriedigung. Allerdings ist die Versuchung für den Gläubiger groß, seine Leistungsbereitschaft davon abhängig zu machen, dass der vorläufige Insolvenzverwalter auch diejenigen Forderungen befriedigt, die bereits vor Antragstellung begründet wurden (sog. Altverbindlichkeiten). Der Unterschied zwischen den Alt- und Neuverbindlichkeiten besteht darin, dass die Befriedigung von Neuverbindlichkeiten in aller Regel ein Bargeschäft darstellt, bei dem gleichwertige Leistungen im engen zeitlichen Rahmen ausgetauscht werden, und diese von der Insolvenzanfechtung ausgenommen sind<sup>8</sup>. Befriedigt der vorläufige Insolvenzverwalter dagegen Altverbindlichkeiten, liegt weder ein enger zeitlicher Zusammenhang vor noch eine Gleichwertigkeit der Leistungen. Es stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter die Befriedigung der Altverbindlichkeit nach den §§ 129 ff. InsO anfechten kann. Diese Frage ist grundsätzlich zu bejahen, da in der bevorzugten Befriedigung eines einzelnen Gläubigers zugleich eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger zu sehen ist.

Anders liegt es, wenn die Leistung des begünstigten Gläubigers dazu führt, dass der verwalteten Vermögensmasse mittelbar Vorteile erwachsen, welche die Benachteiligung der übrigen Gläubiger kompensieren oder sogar zu einer Mehrung der verwalteten Vermögensmasse führen. Der folgende Fall verdeutlicht das:

### Ausgangsfall<sup>9</sup>

Unmittelbar nach Stellung des Antrages auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Geschäftsführer der Schuldnerin ordnete das Gericht verschiedene Sicherungsmaßnahmen an. Unter anderem bestellte es einen vorläufigen Insolvenzverwalter gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 Var. 2 InsO und ermächtigte diesen, mit rechtlicher Wirkung für die Schuldnerin zu handeln. Die Ermittlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters ergaben, dass die Schuldnerin im Ausland, unter anderem in Saudi-Arabien, mit Hilfe von Nachunternehmern Anlagen zur Oberflächenbehandlung baute. Der Betrieb der Schuldnerin war noch nicht eingestellt. Der vorläufige Insolvenzverwalter stellte weiterhin fest, dass die Fortführung des Geschäftsbetriebes wahrscheinlich zu einer Mehrung der verwalteten Vermögensmasse führen würde. Er entschloss sich daher, den Geschäftsbetrieb wenigstens bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fortzuführen und sicherte den Nachunternehmern die Bezahlung der durch ihn begründeten Verbindlichkeiten zu. Die Bezahlung von Verbindlichkeiten aus dem Zeitraum vor der Antragstellung lehnte er ab, da diese erst im Rahmen der Schlussverteilung zu befriedigen seien. Mit dieser Verfahrensweise erklärten sich fast alle Nachunternehmer einverstanden.

---

<sup>7</sup> Im Folgenden sollen unter Neu- bzw. Altverbindlichkeiten die gegen den Schuldner gerichteten Forderungen verstanden werden. Die Bezeichnung als Neu- bzw. Altforderung ist ebenfalls üblich, soll hier aber nicht gebraucht werden, da es sich aus der Sicht des Schuldners um Verbindlichkeiten handelt.

<sup>8</sup> Vgl. § 142 InsO.

<sup>9</sup> Fall nach BGH, Urteil vom 13.03.2003 – IX ZR 64/02, in: ZIP 2003, 810 ff. = WM 2003, 893 ff. = ZInsO 2003, 417 ff. = DZWIR 2003, 291 ff. = NJW 2003, 1865 ff. = MDR 2003, 775 ff. = DB 2003, 1436 ff. = BB 2003, 979 ff. = NZI 2003, 315 ff. = InVo 2003, 270 ff. ; Vorinstanz OLG Hamm in ZIP 2002, 676 ff. = NZI 2002, 259 ff. = DZWIR 2002, 345 ff. mit Anm. Tetzlaff, EWIR 2003, 437 f.

## I. Einführung

Ein Nachunternehmer, der mit der Zusammensetzung der einzelnen Bauteile zu einer komplexen Einheit, der Inbetriebnahme der Anlage vor Ort sowie der Einweisung des Personals beauftragt war, bestand dagegen auf Befriedigung seiner Altverbindlichkeiten, bevor er weitere Leistungen erbringen würde. Der vorläufige Insolvenzverwalter bemühte sich zunächst erfolglos um einen geeigneten Ersatz. Um die Geschäftsfortführung nicht zu gefährden, zahlte er schließlich unter dem Vorbehalt der späteren Rückforderung ca. DM 70.000,00 an den Nachunternehmer. Hiervon entfielen rund DM 30.000,00 auf Neuverbindlichkeiten, die restlichen DM 40.000,00 befriedigten den Nachunternehmer für Altverbindlichkeiten. Dieser erfüllte daraufhin den Auftrag. Die Geschäftsfortführung verlief ohne weitere Probleme, wodurch DM 300.000,00 zugunsten der verwalteten Vermögensmasse erwirtschaftet wurden.

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens focht der Insolvenzverwalter die von ihm als vorläufigem Insolvenzverwalter vorgenommene Zahlung an, soweit sie dazu diente, den Nachunternehmer für die Altverbindlichkeiten der Schuldnerin zu befriedigen. Er trug vor, dass er sich zur Bezahlung der Altverbindlichkeit gezwungen gesehen habe, weil die Angelegenheit eilbedürftig gewesen sei. Zum einen habe der Abnehmer der Anlage bereits mit Schadensersatzforderungen gedroht, zum anderen habe – wegen der Komplexität der Anlage – der Auftrag des Nachunternehmers nur durch diesen mit vertretbarem Aufwand für die Schuldnerin geleistet werden können.

Der Gläubiger hatte sein Ziel, Befriedigung für seine Altverbindlichkeiten zu erlangen, besonders rücksichtslos verfolgt und schließlich erreicht. Da das zunächst auch zu einem Nachteil für die übrigen Gläubiger führte, scheint ein Fall der Anfechtbarkeit vorzuliegen. Dennoch drängen sich Zweifel an der Richtigkeit dieses Ergebnisses auf. Denn der zunächst in der Befriedigung der Altverbindlichkeit liegende Nachteil ist infolge der Geschäftsfortführung mehr als kompensiert worden, so dass eine Gläubigerbenachteiligung nicht mehr vorliegt. An diesem Erfolg hatte der bevorzugte Gläubiger auch erheblichen Anteil, da eine Fertigstellung des Bauvorhabens ohne seine Mitwirkung ausgeschlossen war.

Der Grundsatz der Gläubigerbenachteiligung steht hier in einem Zielkonflikt mit dem Prinzip der Massesicherung: Denn während die Prüfung der Gläubigerbenachteiligung sich auf die unmittelbaren Vorteile der anfechtungsrelevanten Rechtshandlung beschränkt, zielt die Massesicherung darauf, die verwaltete Vermögensmasse bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu erhalten. Dies führt zu einem Konflikt, wenn der verwalteten Vermögensmasse zunächst ein Nachteil, im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens jedoch ein Vorteil aus der anfechtungsrelevanten Rechtshandlung verblieben ist. Denn der verwalteten Vermögensmasse ist im Zeitpunkt der Zahlung von DM 40.000,00 auf die Altverbindlichkeit ein Nachteil entstanden. Stellt man dagegen auf den Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung ab, stehen der Zahlung von (insgesamt) DM 70.000,00 Umsatzerlöse von rund DM 300.000,00 gegenüber; der verwalteten Vermögensmasse verbleibt ein rechnerischer Vorteil von DM 230.000,00. Diese Rechnung ist natürlich stark vereinfacht. Sie wird komplizierter, wenn man berücksichtigt, dass mit der Geschäftsfortführung auch Aufwendungen verbunden sind. Möglicherweise müssen auch die behaupteten Schadensersatzforderungen des Abnehmers berücksichtigt werden sowie der Wertverlust des

## 2. Ziel und Gang der Untersuchung

Betriebsvermögens, der durch eine Stilllegung entstanden wäre. Dennoch bleibt die Frage: Können bei der Feststellung, ob die Befriedigung eines Gläubigers die übrigen Gläubiger benachteiligt, auch solche Vorteile berücksichtigt werden, die nicht in einem *unmittelbaren* Zusammenhang mit der anfechtungsrelevanten Rechtshandlung stehen? Dieser Frage nimmt sich der Verfasser an.

### 2. Ziel und Gang der Untersuchung

Es soll untersucht werden, unter welchen Rahmenbedingungen der Zielkonflikt zwischen der Geschäftsfortführung im Insolvenzantragsverfahren zur Sicherung der verwalteten Vermögensmasse und dem Gleichbehandlungsgrundsatz zugunsten der Gläubigergemeinschaft aufzulösen ist und wann die bevorzugte Befriedigung eines einzelnen Gläubigers Bestand haben muss.

Der Bundesgerichtshof<sup>10</sup> lehnt die Berücksichtigung mittelbarer Vorteile – sog. Fernwirkungen – im Rahmen der Insolvenzanfechtung ab und bestätigt in zwei neueren Urteilen seine Rechtsprechung. Diese Auffassung hat den Vorteil, dass die Prüfung der Gläubigerbenachteiligung nicht mit den bereits angedeuteten Schwierigkeiten belastet wird und eine klare Abgrenzung zum Bargeschäft erfolgt. Zugleich ermöglicht sie den Beteiligten eine sichere Prognose der Rechtsbeständigkeit ihrer Handlungen. In der Literatur ist die Rechtsprechung des BGH im Ergebnis weitgehend auf Zustimmung gestoßen<sup>11</sup>.

Dennoch haben die Entscheidungen die Praxis der Insolvenzverwaltung erheblich verunsichert<sup>12</sup>. Zum Ersten ist fraglich, ob der Gewinn an Rechtssicherheit auch den Besonderheiten einer Geschäftsfortführung hinreichend Rechnung trägt oder die Prüfung der Gläubigerbenachteiligung hier eigenen Regeln unterworfen ist. Insofern werfen die Entscheidungen spezifisch insolvenzanfechtungsrechtliche Fragen auf. Zum Zweiten ist in diesem Zusammenhang zu klären, wer überhaupt Adressat des Gläubigergleichbehandlungsgebots ist und welche Auswirkungen die unterschiedlichen Ausgestaltungen der vorläufigen Insolvenzverwaltung hierauf haben. Zum Dritten sind die Entscheidungen des BGH auch deshalb von Bedeutung, weil die ihnen zugrunde liegenden Sachverhalte der Entscheidung des BGH vom 18.07.2002<sup>13</sup> hinsichtlich der Anordnungen des Insolvenzgerichts ähnlich sind. In seiner Entscheidung vom 18.07.2002 hatte der BGH festgestellt, dass die umfassende Ermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters ohne Verfügungsbefugnis, im Namen des Schuldners zu handeln, gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot

---

**10** Siehe Fn. 9 sowie BGH, Urteil vom 13.03.2003 – IX ZR 56/02, in: ZIP 2003, 855 f. = ZInSO 2003, 420 f. = BGHReport 2003, 836 f. = DStZ 2003, 400.

**11** de Bra, LMK 2003, 135; Huber, EWiR 2003, 719 f.; Leithaus, NZI 2003, 317 f.; Schirrmeister, DZWIR 2003, 293 ff.; Schmitz, IBR 2003, 304; Tetzlaff, WuB VI C § 55 2.03.

**12** Haarmeyer/Pape, ZInSO 2002, 845 ff.; vgl. auch KS-Prütting, S. 221 und Smid, DZWIR 2004, 1, 7.

**13** BGHZ 151, 353 ff. = NJW 2002, 3326 ff. = NZI 2002, 543 ff.

## I. Einführung

verstoße und deshalb unzulässig sei. Nunmehr wurden dem BGH gleichwohl noch einmal zwei solcher Anordnungen vorgelegt, wobei die Schwierigkeit darin bestand, welche Folgerungen daraus zu ziehen sind, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter, der vom Insolvenzgericht mit einer unzulässigen Ermächtigung ausgestattet wurde, im Rahmen der Geschäftsführung Rechtshandlungen vornimmt, die masseschädlich sein können.

Bedingung für die Beantwortung dieser Fragen ist das Verständnis für die wirtschaftliche und rechtliche Situation im Insolvenzantragsverfahren. Um sich gewissermaßen einen festen Ausgangspunkt zu schaffen, soll im ersten Teil der Arbeit die wirtschaftliche Situation, wie sie der vorläufige Insolvenzverwalter regelmäßig nach seiner Bestellung vorfindet, und der rechtliche Rahmen des Insolvenzantragsverfahrens dargestellt werden. Dabei werden die Unterschiede der einzelnen Sicherungsmaßnahmen, die das Gericht anordnen kann, herausgearbeitet und – mit einem Rückblick auf die Vorgängerregelungen der Insolvenzordnung – ihre Bedeutung für die Entscheidung des vorläufigen Insolvenzverwalters aufgezeigt. Im zweiten Teil der Arbeit werden die Vorschriften der Insolvenzanfechtung kurz dargestellt und sodann auf ihre Anwendbarkeit auf Maßnahmen der Geschäftsführung untersucht. In diesem Zusammenhang sind Ziel und Gegenstand der Insolvenzanfechtung herauszuarbeiten, ebenso der Zusammenhang zwischen Insolvenzzweckwidrigkeit und Insolvenzanfechtung sowie die Teilbarkeit von Rechtshandlungen. Die Rechtsprechung des BGH zu diesen Fragen wird dargestellt und kritisch gewürdigt. Schließlich werden Rechtsfolgebetrachtungen in die Überlegungen einbezogen und eine eigene Lösung erarbeitet. Im dritten Teil der Arbeit werden die wichtigsten Ergebnisse noch einmal zusammengefasst.

Klarstellend sei noch angemerkt, dass die Deckung<sup>14</sup> von Altverbindlichkeiten einen Ausnahmefall der vorläufigen Insolvenzverwaltung darstellt<sup>15</sup>. Unter Hinweis auf die Rechtsstellung als Insolvenzgläubiger und die spätere Anfechtbarkeit wird es dem vorläufigen Insolvenzverwalter in aller Regel gelingen, dass der Gläubiger von seinem Verlangen nach bevorzugter Befriedigung Abstand nimmt. Die beschriebene Problematik wird also nur dann relevant, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter feststellt, dass durch eine zumindest zeitweilige Geschäftsführung die verwaltete Vermögensmasse erhalten wird, einzelne Gläubiger für diese unverzichtbar sind und trotz Darstellung der Rechtslage auf einer bevorzugten Befriedigung bestehen. Gelingt es dem vorläufigen Insolvenzverwalter nicht, einen geeigneten Ersatz für den Gläubiger zu finden, bleibt ihm nichts anderes übrig, als die Altverbindlichkeiten zu decken und ggf. später anzufechten, wenn er nicht die Geschäftsführung insgesamt verwerfen will.

---

**14** Unter Deckung ist sowohl die Besicherung als auch die Befriedigung von Forderungen zu verstehen.

**15** A.A. Leithaus, NZI 2003, 317, der den Fall als in der Praxis „sehr häufig“ vorkommend bezeichnet.