

# Funktion und Abgrenzung des Bargeschäftstatbestandes in § 142 InsO

Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der  
Rechtswissenschaft des Fachbereichs Rechtswissenschaft der  
Universität Hamburg

vorgelegt von  
Thorsten Raschke  
Hamburg

Erstgutachter: Prof. Dr. Karsten Schmidt, Universität Bonn

Zweitgutachter: Prof. Dr. Reinhard Bork, Universität Hamburg

Tag der mündlichen Prüfung: 2. Juli 1999

Für Hasil „Haze“ Adkins

## Vorwort

Zu den Charakteristika der Insolvenzordnung gehört die Neuordnung des Anfechtungsrechts (§§ 129 ff. InsO). Erstmals ist auch die tradierte Sonderbehandlung sogenannter Bargeschäfte, das heißt die teilweise Freistellung dieser Geschäfte von den Anfechtungsfolgen, ausdrücklich im Gesetz geregelt (§ 142 InsO). Aus einer traditionsreichen, jedoch nicht immer geradlinigen Rechtsprechung ist damit ein gesetzlicher Tatbestand geworden. Diese Arbeit hat die Aufgabe, den § 142 InsO im Lichte der ratio legis und der bisherigen Rechtsprechung zu untersuchen und zu präzisieren.

Die Arbeit lag im Wintersemester 1998/1999 dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Hamburg vor. Zur Veröffentlichung wurde sie auf den Stand Ende Juli 1999 gebracht. Ganz herzlich danke ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Karsten Schmidt, der diese Arbeit angeregt und mit konstruktiver Kritik begleitet hat. Herrn Prof. Dr. Reinhard Bork danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Mein Dank gilt weiterhin dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft, der mir ein Promotionsstipendium gewährt hat.

Hamburg, im August 1999

Thorsten Raschke

<b>I. EINLEITUNG</b>	<b>1</b>
<b>1. Zum Thema der Arbeit</b>	<b>1</b>
<b>2. Die Verschärfung des Anfechtungsrechts als eines der Ziele der Insolvenzrechtsreform</b>	<b>2</b>
<b>3. §§ 129 ff InsO, Überblick</b>	<b>3</b>
a) Erweiterter Anwendungsbereich	3
b) Änderungen im einzelnen	3
c) § 142 InsO, Bargeschäft	4
<b>4. Ziel und Aufbau der Untersuchung</b>	<b>5</b>
<b>5. Begriffsbestimmung: Bargeschäfte/ Zug um Zug-Geschäfte/ Bardeckungen</b>	<b>6</b>
a) Bargeschäft	6
aa) Herkömmliches (zivilrechtliches) Verständnis	6
bb) Insolvenzrechtliches Verständnis, Grundzüge	7
b) Zug um Zug- Geschäfte/ - Leistungen	8
c) Bardeckung	8
<b>II. ENTWICKLUNG DER BARGESCHÄFTSLEHRE IN RECHTSPRECHUNG UND LEHRE</b>	<b>9</b>
<b>1. Römisches Recht/ Gemeines Recht</b>	<b>9</b>
a) Römisches Recht	9
b) Gemeines Recht	10
<b>2. Die Reichs-Konkursordnung von 1877</b>	<b>11</b>
a) Materialien zur Reichs KO von 1877	11
b) Die einschlägige Rechtsprechung zur Reichskonkursordnung von 1877	13
aa) RGZ 9, 44 (Urteil vom 17. März 1833) - Begriff des "Konkursgläubigers"	13
bb) RGZ 29, 77 ( Urteil vom 20. Mai 1892) - Begriff des "Konkursgläubigers"	14
cc) RG, JW 1894, 546 Nr. 14 (Urteil vom 12. Oktober 1894)-Vermögensumschichtung	16
dd) KG, LZ 1913, S. 746 f. (Urteil vom 08. Oktober 1912) - Vermögensumschichtung	18
ee) RG, LZ 1915, 767, Nr. 18 (Urteil vom 26. Februar 1915) - Begriff des "Konkursgläubigers"	19
ff) KG (Urteil vom 3.Juli 1915,zitiert bei Jaeger, JW 1915, 1254)-Begriff des "Konkursgläubigers"	20
gg) LG Leipzig (Urteil vom 4.Oktober 1915, zitiert bei Jaeger, JW 1915, 1254 f.)-par condicio creditorum	22
hh) RGZ 136, 152 (Urteil vom 26. April 1932) -Begriff des "Konkursgläubigers"	23
c) Die Literatur zur Reichskonkursordnung von 1877	25
aa) Begründungen zur Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen	26

## II

bb) Bargeschäftsbegriff	28
<b>3. Die Konkursordnung 1877 in der bundesdeutschen Rechtsprechung und Lehre</b>	<b>29</b>
a) Die Rechtsprechung zur KO	29
aa) BGH, WM 1955, 404 = LM Nr. 2 zu § 30 KO (Urteil vom 9. Februar 1955) - Begriff des "Konkursgläubigers"	29
bb) BGHZ 28, 344 = WM 1959, 28 (Urteil vom 17. November 1958) - fehlende Benachteiligung der Gläubiger	32
cc) BGH, NJW 1977, 718 = WM 1977, 254 (Urteil vom 26. Januar 1977) - fehlende Benachteiligung der Gläubiger	33
dd) BGH, NJW 1980, 1961 = WM 1980, 779 (Urteil vom 21. Mai 1981) - fehlende Benachteiligung der Gläubiger	36
ee) BGHZ 123, 320 = ZIP 1993, 1653 = WM 1993, 2099 (Urteil vom 30. September 1993) - Umkehrschluß aus §30Nr.1,1.Alt.KO,§132InsO,Vermögensumschichtung, Ausschluß vom Vermögensrechtlichen Verkehr	38
b) Die Literatur zur KO	41
aa) Begründungen zur Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen	41
bb) Bargeschäftsbegriff	43
<b>4. § 142 InsO</b>	<b>45</b>
a) Entstehungsgeschichte	45
b) Die Literatur zu § 142 InsO	47
<b>5. Anwendungsbereich des Bargeschäftsinstituts innerhalb der Anfechtungstatbestände (§§30-32a KO,§237 HGB,§§130-136 InsO)</b>	<b>49</b>
a) Bisheriger Anwendungsbereich des Bargeschäftsinstituts	49
b) Künftiger Anwendungsbereich des §142 InsO	51
aa) Verhältnis des §142 InsO zu §§131,132,133,136 InsO	52
bb) Verhältnis des §142 InsO zu §135 InsO (kapitalersetzendes Darlehn)	53
<b>6. Ergebnis</b>	<b>54</b>
a) Zusammenfassung der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Begründungen zur Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen	54
b)Anwendungsbereich des §142 InsO innerhalb der Anfechtungstatbestände (§§130-136 InsO)	55
<b>III. GRÜNDE FÜR DIE UNANFECHTBARKEIT SOGENANNTER BARDECKUNGEN IM SINNE VON § 142 INSO</b>	<b>55</b>
<b>1. Würdigung der unter II. vorgestellten Begründungen</b>	<b>55</b>
a) Fehlende Konkurs- bzw. Insolvenzgläubigereigenschaft des Empfängers der Bardeckung	55
b) Fehlende Gläubigerbenachteiligung	58

### III

c) Umkehrschluß aus § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO, § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen)	60
d) Kein Ausschluß vom vermögensrechtlichen Verkehr	61
e) Keine Verletzung der par condicio creditorum	63
f) Keine Kreditierung	65
g) Vermögensumschichtung	67
aa) Befriedigungstaugliche Gegenleistung	67
bb) Befriedigungsuntaugliche Gegenleistung	68
<b>2. Ergebnis</b>	<b>71</b>
<b>IV. DIE TATBESTANDSVORAUSSETZUNGEN DES §142 INSO</b>	<b>72</b>
<b>1. "Eine Leistung des Schuldners"</b>	<b>72</b>
<b>2. " für die"</b>	<b>73</b>
a) inkongruente Deckungen	73
b) gesetzliche Sicherheiten	74
c) Überweisungsaufträge des Schuldners nach Gutschrift	74
<b>3. "unmittelbar"</b>	<b>75</b>
a) Vorleistung durch den Gemeinschuldner	75
b) Zeitpunkt der Bewirkung von Leistung und Gegenleistung	76
c) Zeitraum zwischen Leistung und Gegenleistung	78
<b>4. "eine gleichwertige Gegenleistung"</b>	<b>81</b>
a) Verhältnis des §142 InsO zu §132 InsO	81
b) Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Gleichwertigkeit	82
c) Befriedigungsuntaugliche Gegenleistungen	82
d) Sicherheitenbemessung	83
<b>5. "in sein Vermögen gelangt"</b>	<b>84</b>
a) Vermögensbegriff	84
b) Erfordernis der Direktzuwendung an den Gemeinschuldner	84
aa) Grundsatz	84
bb) Ausnahme bei Konzernfinanzierung ?	85
c) Verwertbarkeit der Gegenleistung	86
aa) Im Sinne des Gesellschaftsrechts einlagefähige Gegenleistungen	87
bb) sonstige werterhöhende Gegenleistungen	87
cc) Ersparnis von Aufwendungen	88
dd) Sonstige Gegenleistungen	89
<b>6. Beweislast</b>	<b>90</b>

<b>V. PRAXISRELEVANTE FALLGRUPPEN</b>	<b>92</b>
<b>1. Vorausabtretungen, verlängerter Eigentumsvorbehalt , verlängerte Sicherungsübereignung</b>	<b>92</b>
<b>2. Anwartschaftsrechte</b>	<b>93</b>
<b>3. Factoring</b>	<b>93</b>
<b>4. Vergütung für fehlgeschlagene Sanierungsversuche</b>	<b>94</b>
<b>5. Inkongruente Deckungen, gesetzliche Sicherheiten</b>	<b>94</b>
<b>6. Die Besicherung von Sanierungskrediten nach Eintritt der materiellen Insolvenz</b>	<b>95</b>
a) Meinungsstand	95
b) Stellungnahme	97
aa) Entscheidungskompetenz über Sanierung oder Liquidation	97
bb) Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung als absolute Grenzen für freie Sanierungen mittels zu besichernder Sanierungskredite	99
c) Anfechtbarkeit der Zug um Zug gewährten Sicherung/des Verpflichtungsgeschäfts	101
aa) Privilegierung gem. § 142 InsO ?	101
bb) Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts nach § 132 Abs. 1 InsO	102
cc) Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO	102
<b>ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE IN THESEN</b>	<b>104</b>

## I. Einleitung

”Die bundesdeutsche Lehre vom ”Bargeschäft” habe ich nie recht verstanden. Gleich geht es mir mit § 151 RefE [§ 142 InsO]”

Prof. Dr. Bernhard König, Innsbruck, in: Insolvenzrecht im Umbruch, S. 259

### 1. Zum Thema der Arbeit

Die 1994 verabschiedete, zum 1.1.1999 in Kraft tretende InsO<sup>1</sup> regelt nunmehr in § 142 erstmals ausdrücklich, daß sogenannte Bargeschäfte grundsätzlich der Insolvenzanfechtung entzogen sind. In § 142 InsO heißt es: Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 I [vorsätzliche Benachteiligung] gegeben sind.

Der Gesetzgeber der InsO wollte mit dieser Vorschrift kein neues, das Anfechtungsrecht beschränkendes Institut schaffen. Vielmehr sollte nur nachvollzogen werden, was infolge einer über hundertjährigen Rechtsprechung bereits bisher als ”Grundsatz des geltenden Konkursrechts”<sup>2</sup> angesehen wurde. Und dennoch, offene Fragen insbesondere zur ratio legis sowie zum Anwendungsbereich sind auch nach dieser gesetzgeberischen ”Klarstellung” geblieben bzw. durch andere ersetzt worden.

Aufgabe dieser Arbeit ist es, anhand der Entwicklung in der Rechtsprechung und Lehre die verschiedenen Begründungsansätze aufzuzeigen, sie kritisch zu würdigen und schließlich ein eigenes Konzept vorzustellen, um mit dessen Hilfe die noch existierenden Unsicherheiten zu beseitigen.

Bevor unter II die Entwicklung der Bargeschäftslehre dargestellt werden soll, die schließlich den Reformgesetzgeber zur Schaffung des § 142 InsO veranlaßte, seien im folgenden unter 2., 3. zunächst die Ziele des Reformgesetzgebers der InsO dargestellt, soweit es um die Reformierung des Anfechtungsrechts (§§ 129 - 147 InsO) insgesamt geht. Wie sich später<sup>3</sup> zeigen wird, liefern die Materialien zu den §§ 129 ff InsO zum Teil wertvolle Argumentationshilfen, um den genauen Anwendungsbereich des § 142 InsO im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers bestimmen zu können.

---

<sup>1</sup> Dazu sogleich unter 2, 3.

<sup>2</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.)Bd. 1, S. 358.

<sup>3</sup> III., IV., V.

## 2. Die Verschärfung des Anfechtungsrechts als eines der Ziele der Insolvenzrechtsreform<sup>4</sup>

Erklärtes Ziel des Gesetzgebers der Insolvenzordnung (InsO) war es, in einem weit größeren Teil der Insolvenzen als bisher die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu ermöglichen<sup>5</sup>. Nur so sei die rechtsstaatlich korrekte gleichmäßige Gläubigerbefriedigung und der Einfluß der Gläubigergemeinschaft auf die Insolvenzabwicklung gesichert. Vermögensverschiebungen könnten rückgängig gemacht und gläubigerschädigende Manipulationen aufgedeckt werden<sup>6</sup>. Durch die Schaffung eines einheitlichen Insolvenzverfahrensrechts anstelle der Zweispurigkeit von Konkurs und Vergleich würden unterschiedliche Regeln je nach dem Verfahrensziel (Liquidation oder Sanierung) vermieden<sup>7</sup>. Die Entscheidung über Liquidation, Sanierung des Schuldners oder übertragende Sanierung sei künftig alleinige Angelegenheit der Gläubigergemeinschaft<sup>8</sup>.

Durch die Einbindung der dinglich gesicherten Gläubiger in das Verfahren (§§ 165 ff InsO, §§ 30d ff ZVG, Art. 20 Nr. 4 ff EGInsO) werde wirksam der dem bisherigen Recht eigenen Zerschlagungstendenz entgegengewirkt, so daß Sanierungen nicht schon am sofortigen Zugriff der absonderungsberechtigten Gläubiger auf ihr Sicherungsgut scheiterten.

Eine beträchtliche Anreicherung der Insolvenzmassen und damit eine Erleichterung der Verfahrenseröffnung würde insbesondere durch die Verschärfung des Anfechtungsrechts ( §§ 129 ff InsO ) erreicht<sup>9</sup>. Eine solche Verschärfung sei erforderlich, da das bisherige Recht der Konkursanfechtung nach allgemeiner Auffassung die ihm vom Gesetzgeber zugedachte Aufgabe, die Bekämpfung gläuberschädigender Vermögensverschiebungen , nur unvollkommen erfüllt habe<sup>10</sup>.

Gemeinsames Ziel der nun vorgenommenen Änderungen im Recht der Insolvenzanfechtung (dazu sogleich unter 3.) sei daher, das Anfechtungsrecht wirksamer auszugestalten<sup>11</sup>, um auf diese Weise schon im Vorfeld des Konkurses vor allem die materielle Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger zu gewährleisten ( §§ 130-132 InsO im Vergleich zu § 30 KO).

---

<sup>4</sup> Siehe dazu auch den Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, unter 5.; Balz, in: Neuordnung des Insolvenzrechts, S. 1ff.

<sup>5</sup> Allg BegrRegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S.101.

<sup>6</sup> Allg BegrRegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 101.

<sup>7</sup> Allg BegrRegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 104f.

<sup>8</sup> Allg BegrRegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 97, 100, 105,141.

<sup>9</sup> Allg BegrRegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S 108, 141.

<sup>10</sup> Allg BegrRegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S.141, BegrRegE zu § 129 InsO, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 335.

<sup>11</sup> BegrRegE zu § 129, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S. 335.

### 3. §§ 129 ff InsO, Überblick

#### a) Erweiterter Anwendungsbereich

Vor dem Inkrafttreten der InsO war eine Anfechtung gläubigerbenachteiligender Vermögensverschiebungen nur im Konkurs- und im Gesamtvollstreckungsverfahren, nicht dagegen im Vergleichsverfahren möglich, da der Gesetzgeber der Vergleichsordnung eine Verzögerung des Vergleichsverfahrens durch Anfechtungsprozesse vermeiden wollte<sup>12</sup>. Zwar müsse "auch im Interesse der am Verfahren beteiligten Gläubiger... verhütet werden, daß sich ein Gläubiger im letzten Augenblick ungerechtfertigte Vorzugsrechte vor den übrigen verschafft"<sup>13</sup>. Unter Verweis auf die Möglichkeit der Gläubiger, den Vergleichsvorschlag abzulehnen, um im Anschlußkonkursverfahren durch Anfechtung eine höhere Quote zu erzielen, beließ es der Gesetzgeber indes bei der sogenannten Rückschlagsperre ( §§ 28, 87 VergleichsO, künftig § 88 InsO ), die lediglich die Unwirksamkeit von Vollstreckungsmaßnahmen aus den letzten 30 Tagen vor Antragsstellung bewirkte.

Mit der Schaffung eines einheitlichen Insolvenzverfahrens, das die Funktion von Konkurs und Vergleich in sich vereint ( siehe oben unter 1.), erweitert die InsO insoweit den Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts. Die neuen Vorschriften gehen davon aus, daß das Anfechtungsrecht ein Institut des einheitlichen Insolvenzverfahrens ist und zwar unabhängig davon, ob das Verfahren der Liquidation des Schuldnervermögens nach den gesetzlichen Vorschriften dient oder auf der Grundlage eines Planes abgewickelt wird<sup>14</sup>.

#### b) Änderungen im einzelnen<sup>15</sup>

Die Anfechtungstatbestände haben sich vom Grundsatz her nicht geändert. § 130 InsO (kongruente Deckung), § 131 InsO (inkongruente Deckung) und § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen) entsprechen dem bisherigen § 30 KO (bzw. § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO). § 133 InsO (vorsätzliche Benachteiligung) ersetzt die Vorschrift des § 31 KO ( bzw. § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GesO), § 134 InsO (unentgeltliche Leistung) die des § 32 KO (bzw. § 10 Abs. 1 Nr. 3 GesO) und § 135 InsO (kapitalersetzende Darlehen) die des § 32a KO. Aus dem HGB übernommen wurde die Regelung in § 136 InsO (stille Gesellschaft, ehemals § 237 HGB).

Im Unterschied zur Konkursordnung reicht nunmehr bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen bereits eine Benachteiligung nur der nachrangigen Insolvenzgläubiger (§ 39

---

<sup>12</sup> Vgl. Begr zum Entwurf eines Gesetzes über den Vergleich zur Abwendung des Konkurses (VergleichsO 1927), in: Reichstag-Drucksache 2340/1924/26 vom 11.06.1925, S. 26 zu § 28; sowie die Bezugnahme in der Begr des Entwurfs zur VergleichsO 1935, veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, 1933, S. 41.

<sup>13</sup> Ebenda.

<sup>14</sup> BegrRegE zu § 129, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1 S. 335.

<sup>15</sup> Ausführlich dazu Henckel, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 645 ff.; Gerhardt, in: FS Brandner, S. 605 ff.

InsO) aus, da der Begriff "Insolvenzgläubiger" (§ 38 InsO) im Gegensatz zu § 63 KO auch diese mitumfaßt<sup>16</sup>. Demzufolge genießen nach den §§129ff InsO auch solche (Insolvenz-)Gläubiger Schutz, die bisher wegen §63 KO vom Konkursverfahren gänzlich ausgeschlossen waren. Desweiteren werden Rechtshandlungen mit einbezogen, die eine Sicherung oder Befriedigung zwar nicht gewähren, diese aber ermöglichen, vgl. §§130 Abs.1, 131 Abs.1 InsO. Neu ist auch, daß nicht wie bisher auf die Zahlungseinstellung, sondern auf die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) abgestellt wird und daß künftig der Zeitraum vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, innerhalb dessen vorgenommene Rechtshandlungen der Anfechtung unterliegen, einheitlich von dem ersten zulässigen und begründeten Antrag zurückgerechnet (§§ 130 ff, 139 InsO) und vor allem im Vergleich zum bisherigen Recht - zumindest im Regelfall<sup>17</sup> - deutlich verlängert wird. An dieser Stelle sei auch erwähnt, daß der Schuldner bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit berechtigt ist, Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. §§130-136 Inso) zu stellen, vgl. § 18 InsO<sup>18</sup>. Anders als nach bisherigem Recht, das gem. § 41 Abs. 1 KO eine Anfechtung grundsätzlich nach Ablauf eines Jahres von der Eröffnung des Verfahrens an gerechnet ausschloß, bestimmt § 146 Abs. 1 InsO nunmehr, daß der Anfechtungsanspruch erst nach Ablauf von zwei Jahren seit Eröffnung verjährt<sup>19</sup>. Als am bedeutsamsten erweisen sich indes die Änderungen in den subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen. Zum Teil wird ganz auf sie verzichtet (so in § 131 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO). Im übrigen wird ihr Nachweis erleichtert durch die Gleichstellung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, des Eröffnungsantrags oder der Benachteiligung mit der Kenntnis von Umständen, die zwingend auf diese Tatsachen schließen lassen (so in §§ 130 Abs. 2, 131 Abs. 2, 132 Abs. 3 InsO) oder durch eine Umkehr der Beweislast vor allem zu Ungunsten sogenannter nahestehender Personen im Sinne von § 138 InsO (so in §§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 S.2, 132 Abs. 3, 133 Abs. 2 InsO). Ebenfalls neu sind die Vermutungen zu Lasten des Anfechtungsgegners in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO und in §134 Abs. 1 InsO.

#### c) § 142 InsO, Bargeschäft

Neben den eben genannten, auf eine Verschärfung des Anfechtungsrechts abzielenden Änderungen findet sich aber auch erstmals in § 142 InsO eine gesetzliche Einschränkung der Anfechtbarkeit gewisser, an sich anfechtbarer Leistungen des späteren Gemeinschuldners. Nach § 142 InsO ist eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO (vorsätzliche Benachteiligung) gegeben sind.

---

<sup>16</sup> BegrRegE zu § 130 InsO, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.)Bd.1, S. 338.

<sup>17</sup> Zu den möglichen Ausnahmen vgl. Henckel, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 653 f, 661, 663, 669.

<sup>18</sup> Kritisch wegen der anfechtungsrechtlichen Relevanz Gerhardt, in: FS Brandner S. 617; zu §18 InsO s. auch K.Schmidt, in: Kölner Schrift zur InsO, S.915.

<sup>19</sup> Siehe dazu Henckel, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 678 f. Rn. 80; Gerhardt, in: FS Brandner, S. 608.

Nach Auffassung des Gesetzgebers der InsO muß in diesem Fall die Benachteiligung der Gläubiger, die in der Leistung des Schuldners liegt, außer Betracht bleiben, da sie durch die gleichwertige Gegenleistung wieder ausgeglichen wird<sup>20</sup>. Der entscheidende Grund für diese Ausnahmeregelung sei der wirtschaftliche Gesichtspunkt, daß ein Schuldner, der sich in der Krise befinde, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen<sup>21</sup>.

#### 4. Ziel und Aufbau der Untersuchung

Das eben skizzierte, einer Anfechtung grundsätzlich entzogene sogenannte Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO bildet den Gegenstand dieser Untersuchung.

Ziel der Arbeit ist es, den genauen Anwendungsbereich dieser Vorschrift zu bestimmen. Dabei wird zu zeigen sein, daß sich der bisherige, zum Teil sehr großzügige Umgang mit diesem Institut jedenfalls künftig nicht mehr rechtfertigen läßt. Zur Stützung dieser These soll im Folgenden - nach einer vorläufigen Begriffsbestimmung<sup>22</sup> - zunächst die Entwicklung, die dieser Ausnahmetatbestand in Rechtsprechung und Lehre erfahren hat, anhand der dazu ergangenen Rechtsprechung nachgezeichnet werden<sup>23</sup>.

Im Anschluß daran wird die Frage nach der Berechtigung dieses Instituts gestellt<sup>24</sup>. In diesem Zusammenhang werden die zuvor dargestellten verschiedenen Erklärungsversuche aus Rechtsprechung und Literatur kritisch gewürdigt. Vor diesem Hintergrund und in Anbetracht der mit der Insolvenzreform verfolgten Ziele gilt es dann, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 142 InsO zu präzisieren<sup>25</sup>, um endlich die von der Praxis bisher unter dem Begriff Bargeschäft subsumierten Fallgruppen auf ihre künftige anfechtungsrechtliche Beurteilung zu untersuchen<sup>26</sup>. Vor allem in dem wichtigen Bereich der Zug um Zug-Besicherung von Sanierungskrediten nach Eintritt der Krise wird sich herausstellen, daß § 142 InsO einer Anfechtung der Sicherheitenbestellung - anders als nach bisherigem Verständnis - grundsätzlich nicht entgegensteht<sup>27</sup>.

---

<sup>20</sup> BegrRegE zu § 142 InsO, Text bei Kübler/Prütting, Bd. 1, S. 358.

<sup>21</sup> Ebenda.

<sup>22</sup> unter 5.

<sup>23</sup> unter II.

<sup>24</sup> unter III.

<sup>25</sup> unter IV.

<sup>26</sup> unter V.

<sup>27</sup> unter VI 6.

## 5. Begriffsbestimmung: Bargeschäfte/ Zug um Zug-Geschäfte/ Bardeckungen

Die im Zusammenhang mit sog. Bargeschäften in der insolvenzrechtlichen Rechtsprechung und Literatur verwendete Terminologie ist uneinheitlich. Vielfach, vor allem in jüngerer Zeit, ist auch von Bardeckungen oder von Zug um Zug-Geschäften<sup>28</sup> die Rede, wenn es darum geht, den Anwendungsbereich des § 30 KO bzw. der §§ 130ff InsO in einem für erforderlich gehaltenen Maß einzuschränken. Gemeint ist im Regelfall dasselbe, wenngleich mit dem Begriff Bardeckung die Problematik zutreffender umschrieben sein dürfte (dazu sogleich unter b).

### a) Bargeschäft

#### aa) Herkömmliches (zivilrechtliches) Verständnis

In den Lehrbüchern zum BGB werden Bargeschäfte als Rechtsgeschäfte definiert, bei denen das Kausalgeschäft zugleich mit seinem Abschluß erfüllt wird (Bsp: Barkauf, Handschenkung, etc.)<sup>29</sup>. Im Unterschied zum „gewöhnlichen“ Schuldvertrag ist die Vereinbarung des Kausalgeschäfts beim Bargeschäft nicht auf die Begründung von Forderungen gerichtet<sup>30</sup>. Vielmehr handelt es sich um einen einheitlichen rechtsgeschäftlichen Akt, bei dem die Parteien anlässlich des im Vordergrund stehenden Leistungsaustauschs ( bzw der Leistung bei der Handschenkung) eine bloße „Rechtsgrundabrede“ (kaufeshalber, schenkungshalber...) treffen<sup>31</sup>. Diese Rechtsgrundabrede erzeugt aber - im Gegensatz zum gewöhnlichen Schuldvertrag - keine Erfüllungsansprüche (Erfüllung und Verpflichtung fallen zeitlich zusammen), sondern bildet lediglich den Rechtsgrund für das Behaltendürfen, bzw., bei Erfüllungsmängeln, für Gewährleistungsansprüche<sup>32</sup>. „Die Trennung der Vereinbarung über den Rechtsgrund von der Erbringung der Leistung ist bei einem Bargeschäft nur eine solche der juristischen Technik, die sich daraus ergibt, daß nach unserer Rechtsordnung die Verfügungsgeschäfte - und zwar auch im Falle des Bargeschäftes - als abstrakte Geschäfte behandelt werden“<sup>33</sup>. Die bloße Rechtsgrundabrede beim Bargeschäft ist daher dem auf die Begründung von Forderungen gerichteten schuldrechtlichen Kausalvertrag gleichzuachten<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Vgl. RG, LZ 1915, S. 767f.; BGHZ 123, 320; Jäger/Henckel, §30 Rdnrn. 110ff.

<sup>29</sup> Flume, AT Bd. II § 12 II4b; Medicus, BR, Rdnr. 38.

<sup>30</sup> Ebenda.

<sup>31</sup> Flume aaO.

<sup>32</sup> Flume, Medicus, jeweils aaO.

<sup>33</sup> Flume aaO.

<sup>34</sup> So Flume, aaO.; siehe auch Medicus, aaO.

## bb) Insolvenzzrechtliches Verständnis, Grundzüge

Auch in der insolvenzzrechtlichen Literatur herrschte lange Zeit die Ansicht vor, daß nur dann von "wirklichen"<sup>35</sup>, die Anfechtbarkeit grdstl.ausschließenden Bargeschäften die Rede sein könne, wenn das Verpflichtungsgeschäft mit dem Leistungsaustausch zeitlich zusammentreffe<sup>36</sup>. Im Unterschied zum herkömmlichen Verständnis<sup>37</sup> war allerdings seit jeher anerkannt, daß nicht nur die eigentlichen Erfüllungs- bzw. Befriedigungshandlungen als Leistung bzw. Gegenleistung anzuerkennen seien, sondern auch die - in der insolvenzzrechtlichen Praxis ungleich wichtigeren - Sicherungshandlungen (Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, und vor allem Bestellung einer Hypothek, Grundschuld, etc.). Von einem grdstl. anfechtungsfesten Bargeschäft war demzufolge auch auszugehen, wenn beispielsweise dem darlehnsgebährenden Gläubiger sogleich eine Sicherung in Gestalt einer Hypothek oder einer Sicherungsabtretung eingeräumt wurde<sup>38</sup>.

Allmählich setzte sich die Auffassung durch, daß ein Rechtsgeschäft den Charakter eines Bargeschäftes nicht verliere, wenn zwischen schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft und der Leistung des späteren Gemeinschuldners eine kurze Zeitspanne liege<sup>39</sup>. Ob von einem Bargeschäft auszugehen sei, beurteile sich demgemäß nach dem Willen der vertragsschließenden Teile und nach der Verkehrsauffassung<sup>40</sup>. Je nach der Art des Geschäftes und nach den Umständen des Einzelfalles würden selbst Zeiträume von beispielsweise zweieinhalb Monaten zwischen einer Kreditgewährung<sup>41</sup> und der Eintragung der den Rückzahlungsanspruch sichernden Hypothek im Grundbuch der Annahme eines Bargeschäftes nicht entgegenstehen<sup>42</sup>.

Inzwischen hat sich die insolvenzzrechtliche Definition des Begriffs "Bargeschäft" noch weiter von der herkömmlichen zivilrechtlichen Sichtweise entfernt. Nach heutigem Verständnis kommt es lediglich darauf an, daß zwischen Leistung und Gegenleistung vereinbarungsgemäß ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht. Nicht entscheidend ist dagegen der Zeitpunkt der Vornahme des Verpflichtungsgeschäftes<sup>43</sup>. Anders ausgedrückt liegt ein Bargeschäft immer

---

<sup>35</sup> Vgl. RGZ 100, 62, 64.

<sup>36</sup> RGZ 9, 44,50; RG, Bolze X, Nr. 257;RGZ 100, 62. 64aE; RG, LZ 1915, 767f., mit Anm. Jaeger; Jaeger/Lent, 8. Auflage, Anm. 37; KG, Urt. v. 03.07.1915, zit. Bei Jaeger, JW, 1915, 1254; Jaeger, ebenda. S. 1253.

<sup>37</sup> siehe oben aa.

<sup>38</sup> RG, JW 1890, 192; vgl. nur RG, Recht 1929 Nr. 619; BGH LM Nr. 2 zu § 30 KO = WM 1955, 404, 406f; LG Kassel, MDR 1954, 494.

<sup>39</sup> RGZ 136, 152,158; BGHZ 28,344,347; 70, 177,185.

<sup>40</sup> RG aaO.; BGH, LM Nr. 2 zu § 30 KO, aE = WM 1955, 404, 406f.

<sup>41</sup> Nach der von der Rspr. vertretenen Realvertragstheorie ist diese für das Zustandekommen des Darlehnsvertrages maßgeblich, siehe nur H.P. Westermann in: MüKo BGB, vor § 607 Rdnr. 7.

<sup>42</sup> Vgl. BGH, NJW 1977, 718; weitere Beispiele aus der Rspr. in: Jaeger/Henckel § 30 Rdnr. 110 ff.

<sup>43</sup> Vgl. nur BGHZ 123, 320, 323; BGH, WM 1984, 1439, 1431; Wortlaut des § 142 InsO, sowie dessen

(schon) dann vor, wenn der Vertragspartner des späteren Gemeinschuldners diesem - unter Berücksichtigung der üblichen Zahlungsbräuche - keinen Kredit<sup>44</sup> gewährt hat<sup>45</sup>. Dieser Umstand - fehlende Kreditierung - ist zwar begriffsnotwendig auch den "herkömmlichen Bargeschäften" zu eigen, jedoch allenfalls als logische Folgeerscheinung zu werten, während er hier zum alleinigen<sup>46</sup> Abgrenzungskriterium erhoben wird.

#### b) Zug um Zug- Geschäfte/ - Leistungen

Vor allem in der österreichischen insolvenzrechtlichen Rechtsprechung und Literatur<sup>47</sup>, aber auch hierzulande<sup>48</sup> wird die hier zu untersuchende Rechtsfigur als Zug um Zug-Geschäft/-Leistung bezeichnet. Gemeint ist damit dasselbe wie oben unter a,bb ausgeführt. Denn bei vereinbarungsgemäßer Abwicklung eines Verpflichtungsgeschäftes Zug um Zug fehlt es ebenso wie bei "Bargeschäften im insolvenzrechtlichen Sinne" an einer Kreditierung seitens des Vertragspartners des späteren Gemeinschuldners, mag das Verpflichtungsgeschäft auch geraume Zeit vor den Erfüllungshandlungen abgeschlossen sein (das Gleichzeitigkeitserfordernis im Rahmen der Leistung Zug um Zug bezieht sich nur auf den Austausch von Leistung und Gegenleistung<sup>49</sup>).

#### c) Bardeckung

In der jüngeren insolvenzrechtlichen Rechtsprechung und Literatur wird die hier zu untersuchende Problematik auch unter dem Begriff der Unanfechtbarkeit von sogenannten "Bardeckungen" diskutiert<sup>50</sup>. Ebenso lautete noch die Überschrift des Leitsatzes 5.2.4 im

Begründung im RegE, bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S. 358; Jaeger/Henckel, § 29 Rdn. 72, § 30 Rdnr. 110, 115 aE; Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 23, 23a.

<sup>44</sup> Auch derjenige Gläubiger, der zwar vorleistet ( Bsp.: Darlehn ), dies aber nur gegen sofortige Besicherung seiner Ansprüche gegen den späteren Gemeinschuldner (im Bsp.: Besicherung des Rückzahlungsanspruchs), gewährt keinen Kredit im hier gemeinten Sinne. Kredit gewährt nur derjenige, der ungesichert vorleistet.

<sup>45</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 InsO bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S. 358; Henckel, in: Insolvenrecht im Umbruch S. 251; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 8; Kirchhof, WM 1996, Sonderbeilage 2, S. 24.

<sup>46</sup> Die für § 142 InsO erforderliche Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ist kein Wesensmerkmal des Bargeschäftsbegriffs, sondern weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift, vgl. BegrRegE zu § 142 InsO, bei Kübler/Prütting(Hrsg.) Bd.1, S. 358.

<sup>47</sup> Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, S. 86 ff. mwN; ders., JBl 1982, S. 66, 68; König, in: Insolvenrecht im Umbruch, S. 259; ders., Anfechtung, Rdnr. 225; ders., ÖBA 1989, S. 18, 20.

<sup>48</sup> Siehe nur Kilger/K. Schmidt § 30 Anm. 8; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 8, 110; Baur/Stürner, § 18, 2c, cc ( S. 249 f. ); Gerhardt/Kreft, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, S. 11; Grützmann, Das Anfechtungsrecht..., S. 170 f.

<sup>49</sup> Oesterle, Die Leistung Zug um Zug, S. 31 f.

<sup>50</sup> Siehe nur BGH, NJW 1977, 718; BGHZ 70, 177, 186; 123, 320, 323 ff.; Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 23 ff.; Kilger/K. Schmidt, § 30 Anm. 14; Jaeger/Henckel, § 30 Rn 110 ff.; Brandes, Höchststrichterliche

Ersten Bericht der Kommission für Insolvenzrecht von 1985, dem "Vorläufer" des § 142 InsO<sup>51</sup>. Diese Bezeichnung ist - wie auch die der Zug um Zug Leistung (siehe oben b) ) - dem Bargeschäfts-Begriff insoweit überlegen, als sie deutlicher zum Ausdruck bringt, für welche Arten von "Rechtshandlungen" (vgl. § 129 InsO) die Anwendung des § 142 InsO überhaupt nur in Betracht kommt: Nur *Deckungshandlungen* (Sicherung oder Befriedigung) des späteren Gemeinschuldners zugunsten eines Gläubigers genießen - wie noch zu zeigen sein wird - als "Leistungen des Schuldners" i.S.d. § 142 InsO unter dessen weiteren Voraussetzungen (insbesondere Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung) das Privileg der grundsätzlichen Unanfechtbarkeit<sup>52</sup>. Ist hingegen das dem Leistungsaustausch zugrundeliegende *Verpflichtungsgeschäft* (bzw. die Rechtsgrundabrede, siehe oben a, aa) auf den Austausch gleichwertiger Leistungen gerichtet, scheidet dessen Anfechtbarkeit nicht an § 142 InsO, sondern am Fehlen der "unmittelbaren Benachteiligung" im Sinne von § 132 Abs. 1 InsO<sup>53</sup>.

Nur am Rande sei bemerkt, daß sich das insolvenzrechtliche Verständnis des Begriffs der Bardeckung ebenso wie das des "Bargeschäftes im insolvenzrechtlichen Sinne" im Laufe der Zeit gewandelt hat: Sprach man früher nur dann von einer Bardeckung, wenn diese zeitgleich mit oder vor dem Abschluß des Kausalgeschäftes erfolgte<sup>54</sup>, so genügt heute der vereinbarungsgemäße enge zeitliche Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung, mag auch das Kausalgeschäft geraume Zeit vor diesem Austausch abgeschlossen worden sein<sup>55</sup>.

## II. Entwicklung der Bargeschäftslehre in Rechtsprechung und Lehre

### 1. Römisches Recht/ Gemeines Recht

#### a) Römisches Recht

Sowohl im klassischen als auch im nachklassischen Römischen Recht setzte die erfolgreiche Anfechtung gläubigerbenachteiligender Vermögensentäußerungen ("actio pauliana") eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners sowie deren Kenntnis seitens des Empfängers voraus. Letztere war nur ausnahmsweise, insbesondere bei Schenkungen oder anderen Fällen

---

Rechtssprechung, S. 56 ff.; Kirchhof, WM 1996, Sonderbeilage Nr. 2, S. 24; Gerhardt/Kreft, Aktuelle Probleme zur Insolvenzanfechtung, S. 11 ff.; Canaris, in: FS-KO, S. 82 ff.; Eichberger, Die besondere Konkursanfechtung, S. 38; Henckel, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 663.

<sup>51</sup> Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 410.

<sup>52</sup> Vgl. BGHZ 123, 320, 328.

<sup>53</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S. 358; sowie Henckel, in: Kölner Schrift zur Insolvenzanfechtung S. 661 ff. (=Rdnrn. 32 ff., insbesondere Rdn. 36); Brandes, Höchstrichterliche Rechtssprechung, S. 56; vgl. unten, II 5.

<sup>54</sup> Jaeger/Lent, 8. Auflage, § 30 Anm. 37.

<sup>55</sup> Siehe nur BGHZ 123, 320, 328; Kirchhof, WM 1996, Sonderbeilage Nr. 2, S. 24.

lukrativen Erwerbs, entbehrlich<sup>56</sup>. Ihrem Wesen nach beruhte die actio pauliana auf einem Deliktstatbestand, da sie in allen Fällen eine "fraus" des Gemeinschuldners und regelmäßig "conscientia fraudis" auf seiten des Anfechtungsgegners voraussetzte<sup>57</sup>. Eine dem § 30 KO bzw. den §§ 130-132 InsO entsprechende Regelung des Inhalts, den Grundsatz der par condicio creditorum unabhängig vom Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht bereits vom tatsächlichen Eintritt der Krise an durchzusetzen<sup>58</sup>, kannte das römische Recht nicht<sup>59</sup>. Aus diesem Grunde ergab sich die hier zu untersuchende Problematik der Unanfechtbarkeit von Bargeschäften als *Einschränkung der "besonderen Konkursanfechtung"* (§ 30 KO, §§ 130-132 InsO) erst gar nicht. Leistete also der nachmalige Gemeinschuldner in Benachteiligungsabsicht und wußte der Gläubiger davon, dann war die Leistung anfechtbar, ohne daß eine Ausnahme wegen der gleichzeitig erfolgten Gegenleistung überhaupt nur diskutiert wurde. Der Bargeschäftscharakter der Leistung des Gemeinschuldners spielte damals wie heute<sup>60</sup> innerhalb der Deliktstatbestände des Anfechtungsrechts keine Rolle. So ist denn auch nach geltendem Recht allgemein anerkannt, daß einer Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 31 KO, § 133 InsO) der Bargeschäftscharakter der betreffenden Rechtshandlung nicht entgegensteht<sup>61</sup>. Veräußert beispielsweise der spätere Gemeinschuldner sein letztes Hab und Gut gegen angemessene Barzahlung an einen Dritten, um mit dem Erlös zu flüchten, und weiß der Dritte davon, dann sind diese Verfügungen des Gemeinschuldners ohne weiteres nach § 31 KO bzw. § 133 InsO anfechtbar<sup>62</sup>.

#### b) Gemeines Recht

Auch nach gemeinem Recht war eine Anfechtung ohne eine Absicht oder ein Bewußtsein des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen und, soweit nicht eine Schenkung vorlag, ohne gleichzeitige Teilnahme des Anfechtungsgegners an diesem Betrage nicht möglich<sup>63</sup>. Zwar finden sich im Vergleich zum römischen Recht Erleichterungen hinsichtlich

---

<sup>56</sup> Zum klassischen Recht: Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung S. 46 ff., insbesondere S. 56 ff.; Bruski, Die Voraussetzungen der Konkursanfechtung, S. 5 ff., insbesondere S. 13 ff.; Lenel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen römischen Recht; zum nachklassischen Recht: Gerhardt, aaO., S. 59 ff., insbesondere S. 60; Bruski, aaO., S. 18 f.; siehe auch Motive zur KO S. 95 f., bei Hahn S. 110.

<sup>57</sup> Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger..., S. 4 f.

<sup>58</sup> Motive zur KO S. 119, bei Hahn, S. 128 f.; BGHZ 58, 240, 242. f.; Häsemeyer, Insolvenzrecht 1. Aufl. S. 445f.

<sup>59</sup> Motive zur KO S. 96, bei Hahn, S. 110; Bruski, aaO., S. 21 f.

<sup>60</sup> vgl. nur BGHZ 123, 320.

<sup>61</sup> BGHZ 123, 320, 324; BGH, NJW 1998, 1561, 1564; vgl. auch den Text von § 142 InsO, der eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO ausdrücklich zuläßt, sowie die BegrRegE zu § 142, bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 358.

<sup>62</sup> Vgl. Motive zur KO S. 114, bei Hahn, S. 124 f.; BGHZ 123, 320, 324; BGH, NJW 1998, 1561, 1564.

<sup>63</sup> RGZ 10, 325, 328; Motive zur KO, S. 96, bei Hahn, S. 110; Gerhardt, Die systematische Einordnung der

des Nachweises von Benachteiligungsabsicht und deren Kenntnis auf seiten des Anfechtungsgegners<sup>64</sup>. An der rein deliktischen Natur der actio pauliana wurde aber weiterhin festgehalten<sup>65</sup>, so daß die Frage nach der Anfechtbarkeit von Bargeschäften auch im gemeinen Recht aus den oben genannten Gründen (siehe oben a) keine Rolle spielte.

## 2. Die Reichs-Konkursordnung von 1877

### a) Materialien zur Reichs KO von 1877

Im Unterschied zum römischen und gemeinen Recht und in Anlehnung vor allem an die Preußische Concursordnung trat neben die zuvor erörterten Anfechtungsgründe eine dritte Anfechtungsmöglichkeit speziell für den Fall des Konkurses: Die sogenannte "besondere Konkursanfechtung" gem. § 23 KO 1877 bzw. § 30 KO in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (künftig §§ 130-132 InsO)<sup>66</sup>. Zweck dieses Anfechtungstatbestandes war nicht der Schutz gegen gezielte, beiderseits betrügerische Beeinträchtigungen der Haftungsmasse<sup>67</sup>. Es sollte vielmehr die Gläubigergleichbehandlung - unabhängig von der formellen Voraussetzung der Konkurseröffnung und unabhängig vom Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht des Schuldners - bereits vom *tatsächlichen* Eintritt des Konkursgrundes / der Krise an geschützt werden<sup>68</sup>. Es galt daher, bestimmte *objektiv begünstigende* Rechtshandlungen zugunsten einzelner rückgängig zu machen. Anfechtbar waren demzufolge insbesondere während der Krise vorgenommene *Verpflichtungsgeschäfte*, bei denen das Äquivalenzverhältnis zwischen vereinbarter Leistung und Gegenleistung zum Nachteil des Gemeinschuldners gestört war (vgl. § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO, künftig §132 InsO, Hauptbeispiel: Verschleuderungsverkäufe des Gemeinschuldners nach Eintritt der materiellen Krise)<sup>69</sup>. Aber vor allem *Deckungshandlungen* im Vorfeld der Konkurseröffnung, also Maßnahmen der Befriedigung oder Sicherstellung einzelner "Gläubiger", begünstigten diese

---

Gläubigeranfechtung, S. 79 f.; Bruski, aaO., S. 20 f.; Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen ... S. 97 ff.; Franke, AcP Bd. 16 (1833), S. 125 ff., 251 ff.; Grützmann, aaO. S. 34 ff., 57 ff., 65 ff.; Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Auflage, § 463 = S. 1003 ff.

<sup>64</sup> Vgl. Windscheid/Kipp, aaO., S. 1007; v. Schey, Zur Geschichte der actio pauliana und des interdictum fraudatorium, ZRechtsG XIII (1878) S. 131 f.; Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, S. 199 f.; Gerhardt, aaO. S. 80; Bruski, aaO., S. 20 f.

<sup>65</sup> Siehe nur RGZ 10, 325, 328.

<sup>66</sup> Motive zur KO, S. 96 ff., 117 ff., bei Hahn, S. 110 ff., 127 f.; RGZ 21, 420, 432 ff.; Gerhardt, aaO., S. 95.

<sup>67</sup> insoweit blieb es bei der Absichtsanfechtung, vgl. §31 KO, §131 InsO.

<sup>68</sup> Vgl. Motive zur KO, S. 102, 119, bei Hahn, S. 115, 129; RGZ 21, 420, 427; BGHZ 58, 240, 242 f.; 123, 240, 243.

<sup>69</sup> Siehe dazu auch Häsemeyer, Insolvenzrecht 1. Aufl., S. 445 f., 465.

vor den übrigen, da sie auf diese Weise ihre Forderungen zu 100% und nicht nur zur Konkursquote realisieren konnten<sup>70</sup>.

Anfechtungsgrund in diesen Fällen ist § 30 Nr. 1, 2. Alt bzw. Nr. 2 KO bzw. §§ 130,131 InsO.

Im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs verlangte man allerdings zusätzlich ein subjektives Element auf seiten des Anfechtungsgegners, nämlich dessen Kenntnis von Zahlungseinstellung oder Eröffnungsantrag zum Zeitpunkt der Eingehung des für den Gemeinschuldner nachteiligen Rechtsgeschäftes (§ 30 Nr. 1, 1. Alt KO, künftig § 132 InsO) bzw. zum Zeitpunkt der Deckungshandlung (§ 30 Nr. 1, 2. Alt, Nr. 2 KO, künftig § 130 InsO, anders aber § 131 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO, wo auf subjektive Merkmale bewußt verzichtet wurde)<sup>71</sup>.

So sehr dieses Konzept im Hinblick auf die konsequente Durchsetzung der *par condicio* auch zu überzeugen vermochte, barg es doch erstmals die hier zu untersuchende Problematik des Umgangs mit sogenannten Bargeschäften. Verkaufte und übereignete etwa der spätere Gemeinschuldner nach Eintritt der materiellen Krise Waren zum angemessenen Preis gegen Barzahlung an den die Krise kennenden Käufer, so war zwar der Kaufvertrag mangels Äquivalenzstörung unanfechtbar. Wie aber war die Übereignung der Waren anfechtungsrechtlich zu bewerten? Handelte es sich dabei nicht um eine "Rechtshandlung, welche einem Konkursgläubiger Befriedigung gewährte" (vgl. § 30 Nr.1, 2. Alt KO, § 130 InsO)?

Die Materialien zur KO von 1877 folgen insoweit dem Gedanken des § 101 Nr. 1 der Preußischen Concursordnung<sup>72</sup> und verneinen diese Frage:

Nur die Sicherstellung oder Befriedigung eines "*Konkursgläubigers*" sei von der Deckungsanfechtung im Rahmen der besonderen Konkursanfechtung erfaßt.

---

<sup>70</sup> Motive zur KO, S. 119, bei Hahn, S. 128 f.

<sup>71</sup> RGZ 21, 420, 427; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1. Aufl., S. 469ff; Gerhardt, in: FS-KO, S. 130 f.; Eichberger, Die besondere Konkursanfechtung, S. 17; zum umstrittenen Zweck des § 30 Nr. 2 KO soweit dieser auch Deckungen vor Ausbruch der materiellen Krise für anfechtbar erklärt, vgl. RGZ, 420, 429 ff.; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 190; Eichberger, aaO., S. 141 f.

<sup>72</sup> §101 Nr. 1 lautete: "Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche seit dem Tage der Zahlungseinstellung oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit oder des Antrags auf Konkurseröffnung (§ 100) oder innerhalb der nächst vorhergegangenen zehn Tage vorgenommen worden sind, unterliegen der Anfechtung, wenn sie eines der nachfolgenden Rechtsgeschäfte zum Gegenstand haben:

1. Die Bestellung von Pfand oder Hypothek zur Sicherung von Verbindlichkeiten, die bereits vor der Einräumung des dinglichen Rechts entstanden sind, sofern die Pfand- oder Hypothekenbestellung nicht sogleich bei Entstehung der Verbindlichkeit oder doch vor den oben erwähnten zehn Tagen ausbedungen worden ist. (abgedruckt bei Jaeger, 6./7. Auflage, § 30 Anm. 37 Fn. 1), Siehe dazu auch ROHG, Urt. vom 17. September 1874 = ROHGE 14, 72.

Konkursgläubiger im Sinne dieser Vorschrift sei aber nur derjenige, dessen Forderung bereits *vor der Deckungshandlung* zur Existenz gelangt, nicht dagegen derjenige, dessen Forderung gleichzeitig mit ihrer Entstehung erfüllt bzw. sichergestellt worden sei<sup>73</sup>.

Ohne zwar den Begriff "Bargeschäft" bzw. "Bardeckung" ausdrücklich zu verwenden, gingen die Verfasser der KO 1877 demzufolge davon aus, daß Bardeckungen im Rahmen von "Bargeschäften im herkömmlichen Sinne" (vgl. oben, I, 4a, aa), also solchen, bei denen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte tatsächlich zeitlich zusammenfielen, nicht der Deckungsanfechtung ausgesetzt seien.

Wie sogleich zu zeigen sein wird (b, aa), schieden wegen dieses Verständnisses des Begriffs der "Konkursgläubiger" aber nicht nur Bardeckungen aus dem Anwendungsbereich der Deckungsanfechtung aus.

#### b) Die einschlägige Rechtsprechung zur Reichskonkursordnung von 1877

Um die Entwicklung der Rechtsprechung zur Problematik der anfechtungsrechtlichen Privilegierung von Bargeschäften besser nachvollziehen zu können, werden im folgenden Abschnitt die wichtigsten Entscheidungen zu diesem Themenkreis berichtet. Diese Darstellung der Rechtsprechung ist erforderlich, weil sie die spätere Entwicklung sowohl der Rechtsprechung als auch der Literatur geprägt hat. Die in den einzelnen Überschriften verwendeten Begriffe (Konkursgläubiger, Vermögensumschichtung, *par conditio creditorum*) sollen dabei schlagwortartig verdeutlichen, warum in dem jeweils zu entscheidenden Fall von der Unanfechtbarkeit sog. Bargeschäfte ausgegangen wurde.

##### aa) RGZ 9, 44 (Urteil vom 17. März 1833) - Begriff des "Konkursgläubigers"

Die beklagte Bank hatte dem späteren Gemeinschuldner gegen Verpfändung gewisser Wertobjekte ein Darlehn gewährt. Trotz Darlehnsrückzahlung verweigerte die Bank die Herausgabe der Pfandsachen wegen eines von ihr behaupteten kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts

(§ 369 HGB) aufgrund von Wechseln, welche der Gemeinschuldner akzeptiert bzw. ausgestellt hatte, die aber die Bank nicht von diesem selbst, sondern aus dritter Hand - nach Behauptung des Klägers in der 10-Tagesfrist des § 30 Nr. 2 KO - erhalten hatte.

Das RG wies die Klage des Konkursverwalters auf Herausgabe der Pfänder ab. Die Beklagte habe trotz des Wechselerwerbs von dritter Seite ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht ( und damit ein Absonderungsrecht gem. § 49 Abs. 1 Nr. 4 KO ) an den Wertobjekten des Gemeinschuldners erlangt<sup>74</sup>. Eine Anfechtung dieser Sicherung gem. § 30 Nr. 2 KO scheidet

---

<sup>73</sup> Motive zur KO, S. 129, 130, bei Hahn, S. 136, 137, betreffend die Sicherstellung eines "Konkursgläubigers" im Sinne von § 30 KO (damals noch § 23 KO).

<sup>74</sup> RGZ 9, 44, 46 ff.; siehe dazu auch Baumbach/Hopt, HGB, § 369 Rdnr. 6.

aus. ” Denn § 23 Nr. 2 KO [= § 30 Nr. 2 KO in der Fassung der Bekanntmachung vom 29. Mai 1898] hat zu seiner Voraussetzung, daß jemand, der zur Zeit der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung Gläubiger des nachmaligen Gemeinschuldners war, für seine Forderung durch die Rechtshandlung eine Sicherung oder Befriedigung erhält. Diese Bestimmung ist nicht anwendbar auf den ganz anderen Fall, daß jemand, der zur kritischen Zeit Sachschuldner des Gemeinschuldners war, zu gedachter Zeit eine Forderung gegen ihn erwarb, die ihm einen Titel zur Behandlung der Sachen als Deckung gewährte. Der Beklagten gegenüber erscheine also § 23 Nr. 2 KO unanwendbar.”

Hier mit Baur/Stürner von einem Bargeschäft der beklagten Bank und dem nachmaligen Gemeinschuldner zu sprechen, erscheint wenig überzeugend<sup>75</sup>. Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht der Bank an den ehemals als Pfand dienenden Gegenständen entstand durch den Erwerb der Wechsel von Dritten ohne Beteiligung des Gemeinschuldners. Zwar mag dieser Umstand (Dritterwerb) im Rahmen des § 369 HGB ausnahmsweise dem Direkterwerb der Wechsel vom Gemeinschuldner gleich zu achten sein<sup>76</sup>. Von einem Bargeschäft kann nach dem oben unter I.4 a Ausgeführten aber nur schwerlich gesprochen werden, es sei denn, man fingiert auch hier wegen der wertpapierrechtlichen Besonderheiten einen Papiererwerb der beklagten Bank unmittelbar vom späteren Gemeinschuldner.

So vermeidet auch das RG in dieser Entscheidung den Begriff des Bargeschäfts, was aber nichts daran ändert, daß die beklagte Bank sogleich mit der Wechselforderung eine Sicherheit erlangte, sie also nach damaligem Verständnis niemals ” Konkursgläubigerin ” im Sinne von § 30 KO geworden war<sup>77</sup>.

bb) RGZ 29, 77 ( Urteil vom 20. Mai 1892) - Begriff des ”Konkursgläubigers”

Die Klägerin hatte dem nachmaligen Gemeinschuldner in Kenntnis von dessen Zahlungseinstellung ein Darlehn Zug um Zug gegen Sicherungsübereignung von Mobilien gewährt, deren objektiver Wert dem des Darlehnsbetrags entsprach. Der beklagte Konkursverwalter machte einredeweise die Anfechtbarkeit des ” der Klage zugrundeliegende[n] Vertrag[s] nach § 23 Nr. 1 KO” (= § 30 Nr. 1 KO, siehe oben) geltend.

Das Reichsgericht gab der Klage statt. Eine Anfechtung der Sicherungsübereignung nach § 30 Nr. 1, 2. Alt KO scheidet aus, ” weil das Darlehn gleichzeitig mit der im Verträge eingeräumten Sicherheit, bzw. gegen diese Sicherheit gegeben worden ist, während die eben gedachte Gesetzesbestimmung voraussetzt, daß schon vor der anzufechtenden

---

<sup>75</sup> Baur/Stürner, Rdnr. 18.46= S. 250: ” Bargeschäft im weiteren Sinne ” unter Bezugnahme auf RGZ 136, 152, 158, dazu unten hh.

<sup>76</sup> So RGZ 9, 44, 47.

<sup>77</sup> Vgl. Motive zur KO, S. 129, 130, bei Hahn, S. 136,137, sowie oben a); siehe auch RG, LZ 1910, 476,477; RG, Recht 1929, Nr. 619.

Sicherungshandlung die Forderung des Gläubigers existierte“<sup>78</sup>. Auch § 30 Nr. 1, 1. Alt KO greife nicht Platz. Zwar habe der Gemeinschuldner die empfangene Darlehnsvaluta vor Konkurseröffnung nach seinem Belieben für einzelne Gläubiger verwendet. Gem. § 30 Nr. 1, 1. Alt KO seien aber nur solche Rechtsgeschäfte für anfechtbar erklärt, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt würden. Eine solche - unmittelbare - Benachteiligung könne indes nicht eingetreten sein, wenn der Gemeinschuldner für die Hingabe eines Vermögensgegenstandes ein ” in jeglicher Hinsicht gleichwertiges Entgelt” erhalten habe (dazu sogleich unter cc) und sich auch aus den dem Darlehnsvertrage beigefügten Nebenbestimmungen eine Schädigung der Konkursgläubiger nicht ergebe.

” Nur diese durch den Vertrag als solche geschaffene Sachlage ist für die Anwendung des § 23 Nr. 1 KO [= § 30 Nr. 1 KO] entscheidend, wogegen spätere nachteilige Veränderungen, mögen sie durch Zufall oder durch die Verfügungen des Gemeinschuldners hervorgerufen sein, außer Betracht bleiben müssen<sup>79</sup>. Deshalb ist auch in der erleichterten Möglichkeit von Verschleuderungen seitens des Kridars, welche durch den Umsatz von Vermögensobjekten in bares Geld geboten wird, an und für sich noch keine Benachteiligung der Gläubigerschaft im Sinne der vorhin genannten Gesetzesvorschrift zu erblicken...”

Auch in dieser Entscheidung sucht man noch vergebens nach der Bezeichnung der hier in Rede stehenden Verträge (Darlehnsvertrag, Darlehnsgewöhnung, Sicherungsübereignung) als Bargeschäft, obwohl Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte zeitlich zusammenfielen. Stattdessen wiederum der Hinweis auf die fehlende Konkursgläubigereigenschaft der Klägerin und im Anschluß an diese Feststellung die für § 30 Nr. 1, 1. Alt KO erforderliche Prüfung, ob der Darlehnsvertrag mit der in ihm enthaltenen Verpflichtung des Gemeinschuldners zur Sicherungsübereignung die Konkursgläubiger (unmittelbar) benachteiligte. Bemerkenswert ist insoweit die Abkehr von der noch in RGZ 18, 122, 123 vertretenen Auffassung zur unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung, wie sie im § 30 Nr. 1, 1. Alt und § 31 Nr. 2 KO bzw. in §§ 132, 133 Abs. 2 InsO vorausgesetzt wird.

War nach RGZ 18, 122, 123 ein zwischen dem Gemeinschuldner und dem Anfechtungsgegner geschlossener Vertrag schon dann für die Konkursgläubiger *unmittelbar* nachteilig, wenn die dem Gemeinschuldner gewährte Gegenleistung nicht in die *Konkursmasse* gelangt war, so kommt es seit RGZ 29, 77, 78 f.<sup>80</sup> ausschließlich darauf an, ob die Parteien das Leistungsverhältnis zu Lasten des gemeinschuldnerischen Vermögens festgelegt haben. Dabei ist in erster Linie auf die Angemessenheit der Gegenleistung zu achten. Aber auch die ” Art des stipulierten Entgeltes” oder die ” dem Vertrage beigefügten

---

<sup>78</sup> RG, aaO., S. 78; ebenso RG, JW 1890, 192; OLG Stettin, LZ 1909, S. 84 f.; RG, LZ 1910, 476, 477; RGZ 100, 62, 64.

<sup>79</sup> RG, aaO., S. 79, in soweit anders noch RGZ 18, 122, 123.

<sup>80</sup> im Anschluß an RGZ 29, 77, 78f.

Nebenbestimmungen ”<sup>81</sup> sind auf eine ” Schädigung der Konkursgläubiger”<sup>82</sup> hin zu untersuchen<sup>83</sup> .

cc) RG, JW 1894, 546 Nr. 14 (Urteil vom 12. Oktober 1894)<sup>84</sup>-Vermögensumschichtung

Der Gemeinschuldner trat nach Zahlungseinstellung eine ihm zustehende Hypothekenforderung von 13 000 Mark an den Beklagten ab, wogegen dieser die einige Tage nachher erfüllte Verpflichtung übernahm, in gleicher Höhe zwei Gläubiger des Gemeinschuldners zu befriedigen. Der Beklagte wußte zur Zeit der Eingehung des Verpflichtungsgeschäftes (Forderungskauf) von der Zahlungseinstellung.

Der Senat prüfte und bejahte die Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäftes gem. § 23 Nr. 1, 1. Alt. KO (= § 30 Nr.1, 1. Alt KO i.d.F. der Bekanntmachung von 1898 ):

Zwar fehle es nach RGZ 29,77<sup>85</sup> regelmäßig an einer unmittelbaren Benachteiligung der übrigen Konkursgläubiger, wenn für die veräußerten Gegenstände eine gleichwertige Gegenleistung an den Gemeinschuldner gelangt sei. In RGZ 29,77<sup>86</sup> sei aber ausdrücklich hervorgehoben, ”daß ”ein in jeglicher Hinsicht gleichwerthiges Entgelt” gegeben sein müsse, und hinzugefügt, daß dann spätere nachtheilige Änderungen, mögen sie durch Zufall oder durch Verfügungen des Gemeinschuldners hervorgerufen sein, außer Betracht bleiben. Der Revisionskläger irrt in seiner Ausführung, daß der vorliegende Fall ganz gleichliege, weil auch hier der Bestand des Vermögens des Gemeinschuldners durch die Eingehung des angefochtenen Rechtsgeschäfts nicht verändert sei. Das Gesetz schließt die Anfechtung nicht schon dann aus, wenn trotz der Eingehung des Vertrags das Gesamtvermögen des Schuldners gleichwerthig bleibt, sondern nur dann, wenn durch die Eingehung die Gläubiger nicht benachteiligt werden. Dies trifft zwar dann zu, wenn der Schuldner einen angemessenen Preis in baarem Gelde erhält, da dann die Gläubiger, wenn sofort Konkurs eröffnet wird, eine ebenso große Aktivmasse vorfinden wie vorher, nicht aber dann, wenn als Gegenleistung einzelne Gläubiger befriedigt werden, da hierdurch bei sonst unveränderter Vermögenslage die Aktivmasse vermindert wird, also die Befriedigungsmittel allen anderen Gläubigern entzogen, diese in hohem Grade geschädigt werden. Daß durch spätere Verwendungen einer in baarem Gelde bestehenden Gegenleistung zur Befriedigung von Gläubigern ein ebenso ungünstiges Resultat hätte erreicht werden können, ist zwar richtig; dann sind aber die

---

<sup>81</sup> RGZ 29, 77, 78.

<sup>82</sup> RGZ ,aaO.

<sup>83</sup> vgl. zu dieser Problematik auch die Ausführungen unter IV 4 zum Tatbestandsmerkmal ”gleichwertige Gegenleistung” i.S.v. §142.

<sup>84</sup> Bestätigt durch RGZ 53, 234, 236.

<sup>85</sup> s.o. bb.

<sup>86</sup> s.o. bb.

Gläubiger nicht durch die vorhergegangene, sondern erst durch die spätere neuere Rechtshandlung benachteiligt, welche dann beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen wird angefochten werden können.”

Zwar fehlen in diesem Urteil Ausführungen zur Anfechtbarkeit der Hypothekenforderungsabtretung nach § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO bzw. § 130 InsO. Dies mag seinen Grund darin haben, daß der Beklagte nach damaligem Verständnis offensichtlich die Bardeckung nicht als ”Konkursgläubiger” in Empfang genommen hatte<sup>87</sup>.

Auch aus heutiger Sicht wichtig erscheinen indes die Bemerkungen des RG, mit denen die in RGZ 29, 77<sup>88</sup> noch relativ allgemein gehaltenen Überlegungen zur unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung präzisiert werden: Jedenfalls dann, wenn die - der Höhe nach angemessene - Gegenleistung in die *Aktivmasse des Gemeinschuldners* gelangen soll (im Ergebnis: Aktivtausch) fehlt es an einer unmittelbaren Benachteiligung im Sinne von § 30 Nr. 1, 1. Alt KO (§ 132 InsO). Soll dagegen die Gegenleistung direkt an Gläubiger des Gemeinschuldners ausgehändigt werden<sup>89</sup>, reduzieren sich zwar die Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners um eben diesen Wert. Im Ergebnis werden dabei aber abredegemäß Befriedigungsmittel (Aktiva) dem Zugriff der übrigen Gläubiger entzogen, ohne daß dafür ein vertraglicher Ausgleich vorgesehen ist<sup>90</sup>. Im Rahmen des § 142 InsO, der seinem Wortlaut nach voraussetzt, daß eine gleichwertige Gegenleistung *in das Vermögen des Schuldners gelangt*, wird zu zeigen sein, daß auch hier regelmäßig<sup>91</sup> ein Aktivtausch, also eine - aktivierbare - Direktzuwendung in das schuldnerische Vermögen vorausgesetzt wird, mag auch nach allgemeinem zivilrechtlichen Verständnis eine ”Leistung an den Schuldner” vorliegen, wenn dessen Vertragspartner abredegemäß den versprochenen Gegenstand Dritten zuwendet<sup>92</sup> (siehe dazu unten IV,4).

---

<sup>87</sup> s.o. 2a,b,aa,bb.

<sup>88</sup> s.o. bb.

<sup>89</sup> Zur Anfechtbarkeit des Erwerbs des tatsächlichen Leistungsempfängers siehe RGZ 81, 144 (Anfechtbarkeit gem §30 KO wird bejaht).

<sup>90</sup> Insoweit unzutreffend daher OLG Stettin, LZ 1909, S. 84, 85 aE hinsichtlich der von der Anfechtungsgegnerin gegen Übertragung einer Grundschuld übernommenen und von ihr zu tilgenden Schuld des Gemeinschuldners bei einer Stadtparkasse (Anfechtbarkeit der Grundschuldübertragung wird verneint).

<sup>91</sup> Zum Problem der nichtaktivierungsfähigen Gegenleistung des Anfechtungsgegners, insbesondere bei bestimmten Dienstleistungen oder anderen, für den Gemeinschuldner als Aufwand zu qualifizierenden Leistungen sogleich unter dd, ee; sowie unten III. 1g,bb, IV 5.

<sup>92</sup> Vgl. nur Palandt/Thomas, BGB, § 812 Rdnr. 49 ff.

dd) KG, LZ 1913, S. 746 f. (Urteil vom 08. Oktober 1912) - Vermögensumschichtung

Der beklagte Rechtsanwalt hatte von dem späteren Gemeinschuldner nach dessen, ihm bekannter Zahlungseinstellung gegen eine Vergütung von 1000 Mark den Auftrag angenommen, ein Moratorium zu versuchen. Der Versuch hatte aber keinen Erfolg, der Konkurs wurde eröffnet. Der Konkursverwalter verlangte im Wege der Anfechtung Rückzahlung der Vergütung.

Das KG gab der Klage des Konkursverwalters mit folgender Begründung statt: ” Die Mandatsübertragung war iSd. § 30 Nr. 1 S. 1 KO für die Gläubiger ein nachteiliges Geschäft. Durch Abschluß dieses Vertrages war der Gemeinschuldner genötigt, aus seinem Vermögen bares Geld fortzugeben, während der Beklagte dafür persönliche Dienste zu leisten hatte. Das bare Geld war für die Gläubiger des Gemeinschuldners das Befriedigungsobjekt, nicht so die Dienste des Beklagten. Der Beklagte kann dagegen nicht einwenden, daß, wenn seine Bemühungen von Erfolg gewesen wären, sie den Gläubigern großen Vorteil gebracht hätten. Der etwaige Erfolg hätte an der Natur des Vertrages als eines nachteiligen Rechtsgeschäftes für die Gläubiger zur Zeit seines Abschlusses nichts geändert...”.

Auf den ersten Blick scheint diese Entscheidung die in RG JW 1894, 546<sup>93</sup> entwickelten Grundsätze zur unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 30 Nr. 1, 1. Alt KO (künftig § 132 InsO) konsequent umzusetzen. Die hier vom Beklagten zu erbringende Dienstleistung mag zwar ”ihr Geld wert gewesen sein”, als Befriedigungsmittel zugunsten der übrigen Gläubiger taugte sie aber - ebenso wie viele andere Tätigkeiten, Geschäftsbesorgungen und dergleichen - in der Tat nicht. Wäre andererseits die Entscheidung richtig, dann wären grundsätzlich sämtliche, den Anfechtungsgegner zu einer Dienstleistung oder ähnlichem verpflichtende *Verträge* trotz angemessener Vergütungspflicht gem. § 30 Nr.1, 1. Alt. KO bzw. §132 InsO anfechtbar, auch wenn sie Teil eines Bargeschäftes bildeten<sup>94</sup>. Eine derartige Einschränkung des Begriffs der *unmittelbaren* Benachteiligung hatte aber das RG mit seiner Entscheidung vom 12. Oktober 1894<sup>95</sup>, wo es um Zahlungen an Dritte ging, nicht beabsichtigt. So ist denn auch spätestens seit RGZ 162, 292, 295 f.<sup>96</sup> anerkannt, daß es für die Feststellung einer Gläubigerbenachteiligung bei Dienst - oder Geschäftsbesorgungsverträgen darauf ankommt, ob die Leistungen des Dienstverpflichteten oder Geschäftsbesorgers ” nach Lage der Dinge sachlich veranlaßt waren und von irgend jemandem bewirkt werden mußten” und deshalb von Wert gewesen sind<sup>97</sup>. Auf die

---

<sup>93</sup> s.o. cc.

<sup>94</sup> Vgl. auch Jaeger, LZ 1914, S. 1609.

<sup>95</sup> s.o. cc.

<sup>96</sup> ebenso bereits RGZ 136,152 (obiter dictum),s.u. hh.

<sup>97</sup> RGZ 162, 292, 295 ff. (296); siehe auch BGHZ 28, 344, 347 (siehe unten 3 a, bb; Kritik am KG bei Wolff, LZ

Aktivierbarkeit bzw. Befriedigungstauglichkeit der zu erbringenden Dienst - oder Geschäftsbesorgungsleistung kommt es demzufolge entgegen RG, JW 1894, 546<sup>98</sup> *jedenfalls im Rahmen des § 30 Nr. 1, 1. Alt KO* bzw.

§ 132 InsO bei der Prüfung der *unmittelbaren* Benachteiligung nicht an<sup>99</sup>.

ee) RG, LZ 1915, 767, Nr. 18 (Urteil vom 26. Februar 1915) - Begriff des "Konkursgläubigers"

In den letzten Tagen vor dem 24. Oktober 1912, dem Tag ihrer Zahlungseinstellung, hatte die Gemeinschuldnerin der beklagten Treuhandgesellschaft die "Herstellung eines Statuts ihres Vermögens" übertragen. Am 25. Oktober 1912 begann die Beklagte in Kenntnis der Zahlungseinstellung mit der Bücherrevisionsarbeit. Die Arbeiten dauerten mehrere Wochen. Ebenfalls am 25. sowie am 29. Oktober zahlte die Gemeinschuldnerin je 5000 Mark "vorschussweise" an die Beklagte auf die Vergütung für deren Tätigkeit. Am 23. November 1912 wurde Konkurs eröffnet. Der Konkursverwalter focht mit seiner auf § 30 KO gestützten Klage die beiden Zahlungen an.

Das RG prüfte und bejahte die Voraussetzungen des § 30 Nr. 1, 2. Alt KO (kongruente Deckung) und gab der Klage statt.

Die erste Voraussetzung jedes konkursrechtlichen Anfechtungsanspruchs, nämlich eine in Folge der angefochtenen Rechtshandlung eingetretene (mittelbare) Benachteiligung der Konkursgläubiger (vgl. § 129 Abs. 1 InsO), sei hier "zweifello" gegeben, da für die angefochtenen Zahlungen kein "für die Gläubigerbefriedigung in Betracht kommendes Entgelt in das Vermögen der Gemeinschuldnerin gelangt" sei. Die Lage der Konkursgläubiger sei verschlechtert, "weil an die Stelle der 10 000 Mark keine Vermögenswerte getreten seien, die sie mit Beschlag belegen und zu ihrer Befriedigung hätten verwenden können" (siehe dazu bereits oben cc, dd, sowie unten III. 1 g, bb, IV 5).

Zur Konkursgläubigereigenschaft der Beklagten führt das RG dann weiter aus: "Sodann ist nachgewiesen, daß die Beklagte schon vor den Zeitpunkten, in denen die Zahlungen erfolgten, eine Geldforderung an die Gemeinschuldnerin hatte, die sie im Falle eines Konkurses ihrer Schuldnerin als Konkursgläubigerin hätte anmelden können, daß sie also die Zahlungen als Konkursgläubigerin im Sinne der angewendeten Vorschrift erhalten hat. Das Berufungsurteil

---

1913, 747; Herz, JW 1913, 248 f.; Jaeger, LZ 1914, 1609 f.; ders., JW 1915, 1253 ff.

<sup>98</sup> s.o. cc.

<sup>99</sup> Im Ergebnis ebenso - wenn auch nicht ausdrücklich - bereits RG, LZ 1915, 767, 768; zutreffend Jaeger, JW 1915, 1255 (unter III.); dazu sogleich unter ee; siehe auch RGZ 136, 152, 156, u. hh; zur Frage, ob bei derartigen Konstellationen „eine gleichwertige Gegenleistung *in sein* [ des Gemeinschuldners ] *Vermögen* gelangt (vgl. § 142 InsO), mithin auch § 130 InsO als Anfechtungsgrund ausscheidet, sogleich unter ee, sowie unter III 1g, bb, IV5.

geht zutreffend davon aus, durch die am 22. oder 23. Oktober 1912 erfolgte Annahme des Auftrags zur Herstellung eines Vermögensstatuts sei zwischen der späteren Gemeinschuldnerin und der Beklagten ein Werkvertrag zustande gekommen, und schon durch den Abschluß dieses Vertrages sei die Forderung der Beklagten auf Vergütung in der vereinbarten oder nach § 632 Abs.2 BGB zur berechnenden Höhe begründet und entstanden. Daraus war zu folgern, daß durch die später als Vorschüsse geleisteten Zahlungen der Beklagten als Gläubigerin volle oder teilweise Befriedigung ihrer Forderung gewährt ist... Nach Vorstehendem liegt ein Zug um Zuggeschäft ,das die Revision für gegeben hält, nicht vor.”

Mit Bezug auf diese Feststellung (kein Zug um Zug-Geschäft) folgt dann noch der Hinweis, die Beklagte habe es - abgesehen von §§ 31, 32 KO (Absichts-bzw.Schenkungsanfechtung) - selbst ”in der Hand, schon bei Abschluß ihrer Verträge die Rechtsbeziehungen derart zu regeln, daß im Falle eines Konkurses ihrer Vertragsgegner nur der verhältnismäßig enge begrenzte Rahmen des Anfechtungstatbestandes des § 30 Nr. 1 S. 1 KO in Frage kommen kann”.

Dieser Satz wäre sinnlos, würde das RG der Argumentation des KG in LZ 1913, 746 (siehe oben dd) folgen, wonach aus der fehlenden Befriedigungstauglichkeit der vom Anfechtungsgegner zu erbringenden Tätigkeit die *unmittelbare* Nachteiligkeit im Sinne von § 30 Nr.1, 1. Alt. KO (bzw.§132 InsO) folge. ”In Wahrheit hat also das RG jenen Standpunkt verworfen”<sup>100</sup>.

Die vom Reichsgericht vorgenommene Würdigung dieses Sachverhalts und der sich anschließende Hinweis an die Beklagte lassen erkennen, wann nach damaligem Verständnis von einem anfechtungsfesten Bargeschäft (hier als Zug um Zug-Geschäft bezeichnet) ausgegangen wurde: Nur dann, wenn Verpflichtungsgeschäft und Deckungshandlung tatsächlich zeitlich zusammentrafen (Bargeschäft im herkömmlichen Sinne, vgl. oben I 4a,aa) war der Empfänger kein ”Konkursgläubiger” im Sinne von § 30 Nr. 1, 2. Alt KO<sup>101</sup>. Auch kurze Zeitspannen - hier zwei Tage - zwischen Vertragsschluß und ”Vorschußzahlungen” nahmen letzteren den Bardeckungscharakter selbst dann, wenn - wie hier - der Anfechtungsgegner seinerseits nicht vorgeleistet hatte, sondern erst gegen ”Vorschußleistung” bereit war, seine Tätigkeit aufzunehmen (siehe dazu unten IV3).

ff) KG (Urteil vom 3.Juli 1915,zitiert bei Jaeger, JW 1915, 1254)-Begriff des ”Konkursgläubigers”

---

<sup>100</sup> Jaeger, JW 1915, 1255 (unter III.);s.auch oben dd sowie unten hh,IV4c.

<sup>101</sup> Jaeger, JW 1915, 1253 f.

Welch enge Auslegung der Bargeschäftsbegriff damals erfuhr, zeigt besonders deutlich auch die folgende - von Jaeger aaO heftig kritisierte - Entscheidung des KG.

Der beklagte Anwalt wurde von der späteren Gemeinschuldnerin , einer notleidenden Bank, am 25. November 1913 mit deren Sanierung betraut. Sein Honorar sollte 3000 Mark betragen. Dem Beklagten wurde "bei oder unmittelbar nach dem Vertragsschluß eine Quittung der Gemeinschuldnerin über eine von der Kommerz- und Diskontbank an die Gemeinschuldnerin geleistete Zahlung von 3000 Mark ausgehändigt, und er ist ermächtigt worden, aufgrund derselben sich die 3000 Mark an der genannten Bank zahlen zu lassen". Zur Tagesstunde des Vertragsschlusses hatte die Kommerz- und Diskontbank bereits geschlossen, so daß der Beklagte seinen "Vorschuß" erst am nächsten Tag, dem 26. November 1913, bei der besagten Bank erheben konnte. Die Sanierungsbemühungen scheiterten. Es wurde Konkurs eröffnet. Der klagende Konkursverwalter focht die Zahlung an den Beklagten an und verlangte Rückzahlung der 3000 Mark.

Das KG gab der Klage aufgrund des § 30 Nr. 1, 2. Alt KO mit folgender Begründung statt:

"Voraussetzung der Anfechtung nach § 30 Nr.1 S. 2 KO ist, daß einem Konkursgläubiger eine Befriedigung gewährt wird. Diese Voraussetzung fehlt bei Bargeschäften, d.h. bei solchen , bei denen die Forderung schon im Zeitpunkt ihrer Entstehung getilgt wird. Tritt die Befriedigung bereits mit der Entstehung der Forderung ein, dann läßt sich nicht sagen, daß zur Zeit der Befriedigung eine Geldforderung bestanden hätte, die im Falle eines Konkurses als Konkursforderung hätte angemeldet werden können. So liegt die Sache hier aber nicht. Die Forderung des Beklagten von 3000 Mark war durch den am 25. November 1913 erfolgten Vertragsschluß entstanden. Getilgt wurde diese Forderung erst dadurch, daß am 26. November 1913 die Kommerz- und Diskontbank für die Gemeinschuldnerin 3000 Mark an den Beklagten gezahlt hat. Wäre vor dieser Zahlung der Konkurs eröffnet worden und hätte deshalb die Kommerz- und Diskontbank die Zahlung geweigert, dann hätte der Beklagte unzweifelhaft seine Forderung von 3000 Mark als Konkursgläubiger im Konkursverfahren geltend machen müssen. Dies ist das Ausschlaggebende. Darauf, wie lange der Zeitraum ist, der zwischen der Entstehung der Forderung und der Tilgung derselben durch Zahlung liegt, ob es sich dabei um Tage, Wochen, Monate handelt, und darauf, ob die Beteiligten Barberichtigung, Bezahlung des Entgelts im voraus wollten, kommt es nicht an...". Offen bleiben könne, ob die "Grundsätze von dem Bargeschäfte" auch dann gelten, wenn das Entgelt in einer Form gewährt sei, die nach der Verkehrsauffassung als eine Barberichtigung angesehen werden würde, da die Übergabe der Quittung keine solche Barberichtigung darstelle.<sup>102</sup>

---

<sup>102</sup> Zur Frage, ob bei derartigen Konstellationen "eine gleichwertige Gegenleistung in sein [des Schuldners] Vermögen gelangt", vgl. § 142 InsO, siehe unten III. 1 g, bb, IV 5c.

gg) LG Leipzig (Urteil vom 4. Oktober 1915, zitiert bei Jaeger, JW 1915, 1254 f.)-par condicio creditorum

Bemerkenswert modern und in bewußter Abkehr, zu RG LZ 1915, 767 (siehe oben, ee) nehmen sich hingegen die Ausführungen des LG Leipzig zu folgendem Fall aus.

Die Gemeinschuldnerin hatte am 13. August 1913 ihre Zahlungen eingestellt. Unter Mitteilung dieser Zahlungseinstellung beauftragte sie den beklagten Anwalt am 16. August 1913 mit der Einleitung von Sanierungsverhandlungen. Dieser wurde vom 18. August 1913 an bis zu der am 4. Oktober 1913 erfolgten Konkursöffnung auftragsgemäß für die Gemeinschuldnerin tätig. Gleich zu Beginn dieser Tätigkeit am 18. August 1913 erklärte der Beklagte der Gemeinschuldnerin, daß er auf Vorschußzahlungen bestehe. Mit Schreiben vom 28. August erbat er sich dann einen "Kostenvorschuß" von 600 Mark, den ihm die Gemeinschuldnerin tagsdrauf gewährte. Diese Zahlungen focht der klagende Konkursverwalter gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt KO an und verlangte Rückzahlung.

Das LG wies die Klage mit folgender Begründung ab:

" Zweck der Vorschrift in § 30 Nr. 1, 2. Fall KO ist, zu verhüten, daß der Gemeinschuldner die Zeit zwischen Zahlungseinstellung und Konkursöffnung dazu benütze, unter den zur Zeit der Zahlungseinstellung vorhandenen Gläubigern mit fälligen oder bis zur Konkursöffnung fällig werdenden Forderungen einzelne durch die Befriedigung zu bevorzugen und dadurch die anderen durch die Schmälerung der zur gleichmäßigen anteiligen Befriedigung aller Gläubiger noch zur Verfügung stehenden Masse zu schädigen. Soweit dagegen der Gemeinschuldner erst nach der Zahlungseinstellung Rechtsgeschäfte eingeht und die ihm daraus erwachsenden Verpflichtungen alsbald erfüllt, liegt der zweite Fall des § 30 Nr. 1 KO nicht vor, d.h. es kann dann die Zahlung nicht für sich, sie kann nur zusammen mit dem Rechtsgeschäfte selbst angefochten werden, vorausgesetzt, daß für dessen Anfechtung die Voraussetzungen des ersten Falles der angezogenen Bestimmung gegeben sind (was hier nicht zutrifft). Daß Bargeschäfte in dem angegebenen Sinne der Anfechtung aus § 30 Nr. 1, 2. Fall KO entzogen sind, ist denn auch anerkannten Rechts, wird insbesondere auch durch die vom Kläger angezogene Reichsgerichtsentscheidung vom 26. Februar 1915 (LZ S. 767) nicht in Frage gezogen. Wie in der bisher erörterten Frage muß die Berufungskammer dem Amtsrichter aber auch darin beistimmen, daß im vorliegenden Falle in der Tat ein Bargeschäft in Frage steht. Unstreitig hat der Beklagte alsbald bei Aufnahme seiner Tätigkeit für die Gemeinschuldnerin Vorschuß verlangt, hat er dieses Verlangen nach zehn Tagen wiederholt und nunmehr alsbald die jetzt angefochtene Vorschußzahlung erhalten. Dem Beklagten ist

---

darin beizustimmen, daß dieser Zwischenraum zwischen dem Tätigkeitsbeginn und der Zahlung an dem Charakter des Geschäftes als eines Bargeschäftes nichts ändert. Es wäre schon zweifelhaft, ob selbst bei einem Warengeschäft eine so kurze Verzögerung der Zahlung der Annahme eines Bargeschäftes entgegenstehen würde, vorausgesetzt natürlich, daß der Verkäufer ernstlich Barzahlungen vereinbart und auf diese dringt, und nur Umstände, die von seinem Willen unabhängig sind, die Zahlung um einen kurzen Zeitraum verzögern, daß also nicht etwa von Anfang an ein verstecktes Kreditgeschäft vorliegt, oder daß das Verhalten des Gläubigers als nachträgliche Kreditierung aufgefaßt werden muß.”

Entgegen RG, LZ 1915, 767 (siehe oben ee), das nur wenige Monate zuvor in einem durchaus vergleichbaren Fall bei einem Zeitraum von lediglich zwei Tagen zwischen Verpflichtungsgeschäft und ”Vorschußzahlungen ” das Vorliegen eines Bargeschäftes verneinte, hält das LG Leipzig selbst eine Zeitspanne von 13 bzw. 11 (dazu sogleich) Tagen für unschädlich. Vermag auch die zunächst gegebene Begründung, § 30 Nr. 1, 2. Alt KO betreffe nur die ”zur Zeit der Zahlungseinstellung vorhandenen Gläubiger”, nicht zu überzeugen<sup>103</sup>, so gilt dies nicht für die sich daran anschließenden Ausführungen, denen im Grundsätzlichen zu folgen ist: Zum einen wird im Rahmen der Prüfung, ob ein Bargeschäft vorliegt, nicht mehr auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes abgestellt, sondern auf den Tätigkeitsbeginn des Beklagten und die Zahlung durch den Gemeinschuldner. Zum anderen soll selbst ein Zeitraum von 11 Tagen zwischen Leistung und Gegenleistung (18. August bis 29. August) der Annahme eines Bargeschäftes nicht entgegenstehen, wenn nur Barzahlung ernstlich vereinbart war und die tatsächlich eingetretene Verzögerung dem Geschäft nicht den Charakter eines Kreditgeschäftes gegeben hat<sup>104</sup>.

hh) RGZ 136, 152 (Urteil vom 26. April 1932) -Begriff des ”Konkursgläubigers”

Die Gemeinschuldnerin befand sich im Frühjahr 1929 in Zahlungsschwierigkeiten. Da sie ihren fälligen Verpflichtungen nicht voll nachkommen konnte, beauftragte sie durch Vertrag vom 2. Juli 1929 die verklagte Aktiengesellschaft, einen außergerichtlichen Vergleich mit den Gläubigern abzuschließen und gegebenenfalls die Übernahme der Firma durch eine andere zu bewirken. Nachdem der Beklagten ein Versuch in letzter Richtung mißlungen und sodann ein ”Status” für den 30. Juni 1929 aufgestellt worden war, der die Überschuldung der Gemeinschuldnerin ergab, rief sie die Hauptgläubiger zu einer Versammlung am 16. Juli 1929 zusammen. In dieser wurden die Verhältnisse der inzwischen zahlungsunfähigen

---

<sup>103</sup> Vgl. nur BGH LM Nr. 2 zu § 30 KO = WM 1955, 404, 406;s.u. 3a,aa.

<sup>104</sup> Vgl. oben I 4a,bb; zur Frage,ob bei derartigen Fallgestaltungen ”eine gleichwertige Gegenleistungen in sein Vermögen gelangt”,s.u.III 1g,bb,IV 5.

Gemeinschuldnerin dargelegt und ein Vergleich zu 65% angeboten; es wurde ein "Gläubigerausschuß" gebildet, und man beschloß, das gesamte Vermögen der Gemeinschuldnerin auf die Beklagte als Treuhänderin zu übertragen. Sie bekam sämtliche Außenstände abgetreten und erhielt weitgehende Vollmacht, besonders auch zur Verfügung über den Grundbesitz und über Geld und Bankguthaben. Die umfangreiche Tätigkeit der Beklagten führte jedoch nicht zum Erfolg, so daß ihr Auftrag am 30. Oktober 1929 beendet wurde. Für ihre Tätigkeit erhielt sie insgesamt 11 000 Reichsmark, von denen sie 5000 Reichsmark als vom "Gläubigerausschuß" bewilligte Abschlagsszahlung am 31. August 1929 aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin entnommen hatte, während sie weitere 6000 Reichsmark bei der Rückgabe des ihr übertragenen Vermögens Ende Oktober 1929 einbehielt. Am 12. Februar 1930 wurde schließlich das Konkursverfahren eingeleitet. Der Konkursverwalter focht sowohl den Vertrag vom 2. Juli 1929 als auch die beiden Zahlungen aufgrund des § 30 Nr. 1 KO an und verlangte Zahlung von 11 000 Reichsmark.

Beide Vorinstanzen gaben seiner Klage statt. Die Revision der Beklagten führte zur Aufhebung und Zurückverweisung: Eine Anfechtung des Vertrags vom 2. Juli 1929 gem. § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO scheidet jedenfalls wegen § 33 KO aus, ganz abgesehen davon, daß bereits eine *unmittelbare* Benachteiligung durch die Eingehung dieses "Dienstvertrages auf Geschäftsbesorgung" verneint werden müßte<sup>105</sup>. Zum Einwand der Beklagten, bei den beiden Zahlungen habe es sich um unanfechtbare Bardeckungen gehandelt, führt das RG dann weiter aus<sup>106</sup>:

"Der andere von der Beklagten gegen die Anfechtbarkeit der beiden Zahlungen aus § 30 Nr. 1 HS 2 KO geltend gemachte Gesichtspunkt ist auch nicht gerechtfertigt. Zwar entsprechen die Ausführungen an sich dem allgemein anerkannten Rechtsgundsatz..., daß dann, wenn es sich nicht um die Befriedigung einer bereits zuvor entstanden Forderung handelt, sondern um eine vor oder gleichzeitig mit dem Erwerb des Gläubigerrechts eingetretene Befriedigung ("Bargeschäft" im weiteren Sinne), mithin keine Konkursgläubigereigenschaft entstanden ist, der 2. Halbsatz des § 30 Nr. 1 keine Anwendung finden kann. Aber die tatsächliche Gestaltung des vorliegenden Falles ist nicht so, daß ein Bargeschäft angenommen werden könnte." Maßgebend sei hier der Abschluß vom 2. Juli 1929. Aufgrund dieser Vereinbarung habe aber die Beklagte bereits die Stellung eines Konkursgläubigers erlangt. Dann seien aber auch die Zahlungen keine Vorschuß- sondern Teilzahlungen auf die Gesamtforderung der Beklagten gewesen. "Es mag zwar sein, daß nach dem Willen der Vertragsschließenden Teile und nach der Verkehrsauffassung ein Rechtsgeschäft den Charakter eines Bargeschäftes nicht verliert, wenn zwischen Vertragsschluß und Zahlung nur

---

<sup>105</sup> RG, aaO, S. 156; siehe dazu auch oben dd sowie unten IV 4a.

<sup>106</sup> RG aaO, S. 158 ff.

eine kurze Zeitspanne liegt ...; aber die hier inliegenden Zeiträume von rund zwei und rund vier Monaten schließen eine solche Annahme aus.”

Dennoch sei der Rechtsstreit nicht entscheidungsreif, da das Berufungsgericht unter anderem nicht geprüft habe, ob mit der möglicherweise ziemlich bald nach dem Vertragsschluß bewirkten fiduziarischen Übertragung des Vermögens der Gemeinschuldnerin auf die Beklagte - über den genauen Zeitpunkt hatte das Berufungsurteil noch nichts näheres festgestellt - zugleich eine Sicherung der Beklagten wegen ihrer Ansprüche auf Vergütung gewollt war. Denn war dies der Fall, so wäre der Beklagten im Umfang der wirksamen Sicherungsübereignung für den Konkursfall ein anfechtungsfestes Absonderungsrecht (vgl. §33 KO) nach Höhe ihrer berechtigten Ansprüche entstanden. In diesem Fall ”würden auch die beiden Zahlungen nicht der Anfechtung unterliegen, da die Beklagte dann eine gleich hohe Zahlung auch im Konkurs aufgrund ihres Absonderungsrechts hätte verlangen können, so daß die Konkursgläubiger durch die Zahlungen nicht beeinträchtigt worden wären ...”<sup>107</sup>

Anders als noch das KG in seiner Entscheidung vom 8. Oktober 1912<sup>108</sup> und im Einklang mit RG,LZ 1915,767<sup>109</sup> stellt das RG in dieser Entscheidung, wenn auch nur in einem obiter dictum, klar, daß allein aus der fehlenden Befriedigungstauglichkeit der Gegenleistung des Gläubigers noch keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung i.S.v.§30 Nr.1 KO bzw. §132 InsO folgt<sup>110</sup>.

Auch lassen die Ausführungen zu der Frage, wann noch von einem anfechtungsfesten Bargeschäft auszugehen sei, erkennen, daß entgegen RG,LZ 1915,767<sup>111</sup> ein zeitlicher Abstand von wenigen Tagen zwischen Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts und Zahlung durch den nachmaligen Gemeinschuldner der Annahme eines Bargeschäfts nicht entgegensteht.

### c) Die Literatur zur Reichskonkursordnung von 1877

Ebenso wie in der Rechtsprechung herrschte auch in der Literatur von Anfang an darüber Einigkeit, daß Sicherungen und Befriedigungen, die ein Gläubiger des nachmaligen Gemeinschuldners im Rahmen eines Bargeschäftes erlangt hatte, einer Anfechtung gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt KO entzogen seien.

---

<sup>107</sup> RG, aaO, S. 160.

<sup>108</sup> S.o. dd.

<sup>109</sup> S.o. ee.

<sup>110</sup> S. dazu die Ausführungen zum Tatbestandsmerkmal ”gleichwertige Gegenleistung” unter IV 4c.

<sup>111</sup> S.o. ee.

aa) Begründungen zur Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen

Zur Begründung wird regelmäßig auf den Wortlaut, die Materialien sowie Sinn und Zweck der Besonderen Konkursanfechtung (§30 KO) verwiesen.

(1) "Konkursgläubiger" im Sinne von §30 Nr.1, 2. Alt. KO (jetzt § 130 InsO) sei eben nur derjenige Gläubiger, der seine Befriedigung im Konkursverfahren hätte suchen müssen, falls der Konkurs bereits zur Zeit der Vornahme des angefochtenen Rechtsaktes (Sicherung oder Befriedigung) eröffnet gewesen wäre<sup>112</sup>. Folglich sei derjenige nicht "Konkursgläubiger", dessen Forderung gleichzeitig mit ihrer Begründung oder gar vorher besichert bzw. erfüllt worden sei<sup>113</sup>.

(2) Ein weiterer Grund für die Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen sei in § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO (jetzt § 130 InsO) zu finden:

"Wollte man auch die Erfüllung solcher Geschäfte [gemeint: wertäquivalente Bargeschäfte] seitens des Schuldners aufgrund der zweiten Hälfte des § 23 Nr. 1 [entspricht dem § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO in der Fassung von 1898, bzw. nunmehr § 130 InsO] der Anfechtung unterwerfen, so wäre die Klausel "durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachteiligt werden" ohne jeden Wert, denn sie schützte dann allein Schenkungen an den Gemeinschuldner... Es würde sicher Niemand mit dem Gemeinschuldner kontrahieren, wenn zwar die Geschäfte an sich unanfechtbar, die aufgrund derselben von jenem Zug um Zug gemachten Leistungen aber anfechtbar wären."<sup>114</sup>

(3) Jaeger<sup>115</sup> weist darüber hinaus auf Sinn und Zweck des § 30 KO hin. Diese Vorschrift wolle verhüten, daß unter den vorhandenen und auf Anteilsbefriedigung verwiesenen Gläubigern einer dem anderen noch während der Krise den Rang ablaufe (*par condicio creditorum*). Daraus folge aber, daß nur dann, wenn ein "Konkursgläubiger" im oben beschriebenen Sinn Deckung erhalte, von der durch § 30 Nr. 1, 2. Alt, Nr. 2 KO mißbilligten

---

<sup>112</sup> Siehe nur Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, S. 168.

<sup>113</sup> Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung, 5. Auflage, § 23 Anm. 5; von Sarwey/Boßert, KO, 4. Auflage, § 30 Anm. 3.2; Otto, Die Anfechtung von Rechthandlungen, S. 83; Jaeger, KO, 5. Auflage, § 30 Anm. 37; ders., Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Auflage, § 22 I 1; kritisch Grützmann, Das Anfechtungsrecht, S. 166 Fn. 122.

<sup>114</sup> Grützmann, Das Anfechtungsrecht, S. 170 f.; ähnlich Cosack, aaO, S. 172 f.: "sonst wäre auch die besondere Anfechtbarkeit der Rechtsgeschäfte aus dem ersten Satze unseres Paragraphen ( § 30 Nr.1, 1. Alt KO) zu gut wie überflüssig, weil fast eine jede Leistung des Kridars sich als Erfüllung einer Verbindlichkeit auffassen läßt und also anfechtbar wäre, ob das Geschäft den Gläubigern nachteilig ist oder nicht".

<sup>115</sup> KO, 5. Auflage, § 30 Anm. 37; ders., Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Auflage, § 22 I 1.

Begünstigung die Rede sein könne<sup>116</sup>. Den Barverkehr treffe diese Regelung daher nicht. Andernfalls wäre der Gemeinschuldner *vom vermögensrechtlichen Verkehr ausgeschlossen* und vielleicht der größten Not preisgegeben.

(4) Nach H.Emmerich<sup>117</sup>, der sich speziell mit der Frage der Anfechtbarkeit von Vergütungen für fehlgeschlagene Sanierungsversuche beschäftigt (siehe oben 2 b dd-hh), stellt weder der Abschluß des Geschäftsbesorgungsvertrags noch die Zahlung der Vergütung eine *Benachteiligung der übrigen Gläubiger* dar, vorausgesetzt, die Beauftragung war sachgemäß, die Höhe des Honorars angemessen und die Zahlung erfolgte als Bardeckung. Wertäquivalente Bargeschäfte seien nämlich niemals gläubigerbenachteiligend.

(5) Grützmann<sup>118</sup> erklärt die Privilegierung von Bargeschäften innerhalb der besonderen Konkursanfechtung mit der fehlenden Vermögensumschichtung zu Lasten des Gemeinschuldners: Bei Zug um Zug abgewickelten Geschäften scheide die Anfechtbarkeit gem. § 30 Nr. 1, 1. und 2. Alt. KO (nur) dann aus, wenn der Gemeinschuldner gegen ein entsprechendes Äquivalent veräußert habe, "welches seiner Beschaffenheit nach geeignet ist, dereinst Bestandtheil der Theilungsmasse zu werden"<sup>119</sup>. Die Leistung (Deckung) des Gemeinschuldners sei in diesen Fällen unanfechtbar, weil sich wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung der Wert der Aktivmasse des gemeinschuldnerischen Vermögens nicht vermindert habe<sup>120</sup> (*Vermögensumschichtung*). In den Fällen, in denen die Gegenleistung des Gläubigers kein für die Gläubigerbefriedigung in Betracht kommendes Entgelt darstellt (Beispiele: Tätigkeiten aus Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträgen und dergleichen), bleibt demzufolge für eine Privilegierung des Gläubigers kein Raum<sup>121</sup>.

(6) Cosack<sup>122</sup> nennt als weiteren Grund für die Einschränkung des § 30 Nr. 1, 2. Alt KO die Regelung des § 17 KO (vgl. jetzt § 103 InsO, Wahlrecht des Verwalters bei zweiseitigen nichterfüllten Rechtsgeschäften): Die *par codicio creditorum*, auf deren Schutz § 30 Nr. 1, 2. Alt KO beruhe, treffe nicht den Forderungsberechtigten als solchen, sondern nur denjenigen, der Kredit gegeben habe. "Sonst wäre die Behandlung der zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht erfüllten Geschäfte eine unerklärliche Anomalie, und es müßte vielmehr der

---

<sup>116</sup> ebenso schon Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen, S. 83; Cosack, aaO, S. 172.

<sup>117</sup> Die Sanierung, Erster Teil, S. 130 f.

<sup>118</sup> aaO, S. 166 ff.

<sup>119</sup> aaO, S. 166.

<sup>120</sup> aaO, S. 166, 170 Fn. 522.

<sup>121</sup> ebenso Levy, KTS 1928, S. 48; vgl. zu diesem Problem bereits oben b dd-hh sowie unten III 1g, IV 5.

<sup>122</sup> Das Anfechtungsrecht der Gläubiger, S. 152 f.

Mitkontrahent des Gemeinschuldners die ihm obliegende Leistung vollständig gewähren und sich mit der konkursmäßigen Quote der Gegenleistung des Kridars begnügen... In der That wäre aber auch die Anfechtbarkeit einer Leistung des Kridars, deren Entgelt noch aussteht, nach allen Seiten hin sehr gefährlich. Denn jeder Gläubiger würde, sobald etwas von der Insolvenz des Schuldners verlautete, seine Lieferungen an ihn einstellen, mag ihm auch der Schuldner baare Zahlungen offerieren; denn er wird die Gefahr, daß er Verzugszinsen zahlen muß, falls das Gerücht der Insolvenz sich nicht bewahrheitet, weit eher riskieren wollen, als die andere Gefahr, die erhaltene Zahlung des Kridars bis auf eine kleine Konkursdividende zurückgeben zu müssen, ohne seine eigene Lieferung zurückzuerhalten; er wird also mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit solange hinhalten, bis der Konkurs formell eröffnet und ihm das Privilig des noch nicht erfüllten Geschäfts erworben ist. Die Ausdehnung der Anfechtung auf Zahlungen dieser Art würde mithin den Kredit des Schuldners auf das empfindlichste erschüttern und damit die Interessen seiner Gläubiger indirekt gleichfalls schädigen. Man wird sich also zweifellos gegen solche Ausdehnung der Anfechtung entscheiden.”

#### bb) Bargeschäftsbegriff

Bestand zwar vom Grundsatz her Einigkeit über die anfechtungsrechtliche Behandlung sogenannter Bargeschäfte - Anfechtbarkeit nur des Verpflichtungsgeschäfts gem.

§ 30 Nr. 1, 1. Alt KO (Voraussetzung dafür: unmittelbare Benachteiligung)<sup>123</sup> - , so gingen doch die Meinungen darüber, wann überhaupt von einem solchen auszugehen war, auseinander.

(1) Diejenigen Autoren die die Unanwendbarkeit des § 30 Nr. 1, 2. Alt KO in erster Linie mit der fehlenden Konkursgläubigereigenschaft des Vertragspartners des Gemeinschuldners erklärten, verlangten - insoweit in Übereinstimmung mit der h.M. - , daß die fragliche Sicherung bzw. Befriedigung *vor oder bei Begründung der entsprechenden Forderung* gewährt worden war<sup>124</sup>.

(2) Nach Jaeger sollte es für die Frage, ob ein Vorgang als Bardeckung zu gelten habe, auf den *Willen der Beteiligten und die Verkehrsauffassung* ankommen<sup>125</sup>. Demzufolge konnte

---

<sup>123</sup> Siehe nur Jaeger, KO, 5. Auflage, § 30 Anm. 37; ders., 6./7. Auflage, § 30 Anm 37.

<sup>124</sup> Otto, die Anfechtung, S. 83 f; Wilmowski, Deutsche Reichskonkursordnung, 5. Auflage, § 23 Anm. 5; von Sarwey/Boßert, KO, 4. Auflage, § 30 Anm. 3.2.

<sup>125</sup> Jaeger, KO, 6./7. Auflage, § 30 Anm 37; ders., Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, 8. Auflage, § 22 I 1 b; ders, LZ 1915, S. 768; ders, JW 1915, S. 1254.

auch dann noch eine gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO unanfechtbare Bardeckung vorliegen, wenn die Deckung *”alsbald”* nach der Forderungsbegründung erfolgte<sup>126</sup>.

(3) Nach Cosack waren Leistungen des Gemeinschuldners an den Gläubiger einer Anfechtung gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO entzogen, wenn *” der Gläubiger die von ihm geschuldete Gegenleistung dem Kridar gegenüber zur Zeit der angefochtenen Zahlung noch nicht vollzogen hatte”*<sup>127</sup>, also *bei Vorleistungen des nachmaligen Gemeinschuldners* sowie *bei Leistungen Zug um Zug*. Nicht entscheidend war demnach der Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts. Auch komme es nicht darauf an, *”ob der Gläubiger berechtigt war, seine Gegenleistung zurückzuhalten”*, oder ob Leistung Zug um Zug verabredet war<sup>128</sup>. Sogar dann, *”wenn der Kridar Vorleistungen seitens des Mitkontrahenten verlangen durfte”*, scheidet die Anfechtung der gemeinschuldnerischen Leistung aus, wenn nur *tatsächlich* *”der Gläubiger Befriedigung nicht später erhalten hat, als er seinerseits erfüllte”*<sup>129</sup>. § 30 Nr.1, 2. Alt. KO treffe eben nur denjenigen Gläubiger, der tatsächlich Kredit gegeben habe, nicht dagegen denjenigen, der - ob berechtigt oder unberechtigt - seine Gegenleistung bis zur Leistung des Gemeinschuldners zurückgehalten habe.

### 3. Die Konkursordnung 1877 in der bundesdeutschen Rechtsprechung und Lehre

#### a) Die Rechtsprechung zur KO

Im Anschluß an die soeben dargestellte Rechtsprechung und Literatur schloß auch der BGH die Anfechtung von sog. Bargeschäften innerhalb der besonderen Konkursanfechtung von Anfang an aus. Er begründete die Privilegierung der Empfänger von Bardeckungen unterschiedlich (vgl. die Schlagworte in den folgenden Überschriften) und entfernte sich, soweit es um die Definition des Bargeschäftsbegriffs ging, immer mehr von dem zuvor dargestellten Verständnis dieses Instituts. Im folgendem Teil seien daher die wichtigsten Entscheidungen näher dargestellt.

aa) BGH, WM 1955, 404 = LM Nr. 2 zu § 30 KO (Urteil vom 9. Februar 1955) - Begriff des *”Konkursgläubigers”*

Kaufmann R geriet etwa zu Beginn des Jahres 1952 in Zahlungsschwierigkeiten. Am 13. Juni 1952 gewährte ihm die Beklagte ein Darlehn in Höhe von DM 20.000,- gegen die Verpflichtung des R, der Beklagten eine Sicherungshypothek in gleicher Höhe an einem dem R und dessen Ehefrau gehörenden Hausgrundstück einzuräumen. R erhielt das Darlehn. Die

---

<sup>126</sup> Jaeger, KO, 5. Auflage, § 30 Anm. 37.

<sup>127</sup> aaO, S. 172.

<sup>128</sup> aaO, S. 173.

<sup>129</sup> aaO, S. 173; ebenso bereits Grützmann, aaO, S. 171.

Eintragungsbewilligung für die Hypothek wurde am 23. Juni 1952 erteilt und ohne Mitwirkung der Beklagten am 3. Juli 1952 beim Grundbuchamt eingereicht, das die Eintragung am 17. Juli 1952 vornahm. Eine Woche später starb R. Über den Nachlaß wurde Anfang September 1952 das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter erkannte die Darlehnsforderung als einfache Konkursforderung an, bestritt jedoch, daß die Beklagte aufgrund der Hypothek absonderungsberechtigt sei und focht die Bestellung der Hypothek im Wege der Klage an. R habe bereits seit Anfang 1952 seine Zahlungen eingestellt und dies sei der Beklagten jedenfalls zur Zeit der Darlehnshingabe bekannt gewesen. Außerdem habe R sich das Darlehn von der Beklagten geben lassen, um einen Gläubiger zu befriedigen, dessen Gelder er veruntreut habe, und der deswegen mit einer Strafanzeige gedroht habe. Auch darüber sei die Beklagte unterrichtet gewesen.

Beide Vorinstanzen hatten die Klage des Konkursverwalters abgewiesen. Auch seine Revision hatte keinen Erfolg. Der BGH ließ dabei offen, ob R zum Zeitpunkt des Darlehnsvertrages tatsächlich seine Zahlungen eingestellt hatte und ob die Beklagte davon wußte, da auch in diesem Fall eine Anfechtung ausgeschlossen sei. Mangels *unmittelbarer* Benachteiligung im Sinne von § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO komme eine Anfechtung des Darlehnsvertrages, der die Verpflichtung der Hypothekeneinräumung mit zum Gegenstand gehabt habe, nicht in Betracht: Zwar würden die Gläubiger durch die Eingehung des Vertrages benachteiligt, wenn der Vertragspartner sich verpflichtet, unmittelbar einzelne Gläubiger des Gemeinschuldners zu befriedigen, oder wenn der Gemeinschuldner das Erlangte kraft der mit dem Vertragspartner getroffenen Abmachung zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers verwenden müsse. Da hier aber eine Vereinbarung darüber, welchem Zweck die Darlehnsvaluta dienen solle, nicht behauptet war, habe das Berufungsgericht auch insofern zu Recht eine unmittelbare Benachteiligung der Konkursgläubiger verneint<sup>130</sup>.

Ebenso scheide eine Anfechtung der Hypothekenbestellung gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt KO aus. Zwar sei § 30 Nr. 1, 2. Alt und Nr. 2 KO grundsätzlich auch auf Deckungen von erst nach Zahlungseinstellung begründeten Forderungen anwendbar<sup>131</sup>. Dies gelte aber nicht für sogenannte Bardeckungen, also für "vor oder gleichzeitig mit der Entstehung des Konkursgläubigervorrechts gewährte Deckungen", weil diese nicht in den Bereich dieser Vorschrift fielen. Es komme also darauf an, "ob die Bestellung der Hypothek, obwohl sie erst später als einen Monat nach der Darlehnsgewährung wirksam wurde, unter den gegebenen Umständen noch eine Bardeckung für diese darstellte. Dabei sind die im Zusammenhang mit dem Begriff des Bargeschäfts entwickelten Grundsätze anzuwenden, wenn auch dieser Begriff unmittelbar mehr den Fall der völligen alsbaldigen Erfüllung der beiderseits übernommenen Verpflichtungen trifft als denjenigen der Sicherung eines gegebenen Darlehns. Wann ein

---

<sup>130</sup> BGH, aaO, S. 405 f.

<sup>131</sup> BGH, aaO, S. 406; siehe dazu auch oben, 2b,gg.

Bargeschäft vorliegt, entscheidet sich nach der Verkehrsauffassung; kurzfristige Nachleistung des einen Teiles braucht nicht notwendig dagegen zu sprechen und den Sachverhalt anfechtbar zu machen (RGZ 136, 152[159]; Jaeger § 30 Anm. 37)... Nach den getroffenen Feststellungen steht im vorliegenden Fall die Bestellung der Hypothek, die die Voraussetzung für die Gewährung des Darlehns war, in unmittelbarem Zusammenhang mit dieser. Zwar gab der Inhaber der Beklagten dem Gemeinschuldner den von ihm dringend benötigten Darlehnsbetrag, bevor das Grundpfandrecht, durch das die Rückzahlungsforderung gesichert werden sollte, zur Entstehung gelangt war, aber er tat das, wie dem Berufungsurteil entnommen werden kann, doch nur in der Erwartung, daß die Bestellung der Hypothek unverzüglich in die Wege geleitet werden würde. Auch der Gemeinschuldner war, wie sein späteres Verhalten zeigt, entschlossen, daß dafür Erforderliche alsbald zu tun, und er führte diese Absicht ohne wesentliche Verzögerung aus. Es war kein unangemessen langer Zeitraum, wenn bis zur Entstehung des dinglichen Rechts alles in allem etwas mehr als ein Monat verging, da es dazu der Mitwirkung des Notars und des Grundbuchamts bedurfte. Die Willensrichtung der Beteiligten und die tatsächliche Entwicklung der Verhältnisse rechtfertigt hier die Annahme, daß die Gewährung des Darlehns und die Einräumung der Sicherung dafür als einheitliches Ganzes anzusehen sind, auch soweit der Sachverhalt nach § 30 Nr. 1 Halbs. 2 und Nr. 2 KO zu beurteilen ist, und daß die Bestellung der Hypothek noch unter den Begriff der Bardeckung fällt. Eine Anfechtung nach § 30 Nr. 1 Halbs. 2 und Nr. 2 KO kommt deshalb nicht in Betracht.”<sup>132</sup>

Im Einklang mit der Reichsgerichtsrechtsprechung und unter Hinweis auf Jaeger und Mentzel<sup>133</sup> geht demnach auch der BGH von der Unanwendbarkeit des § 30 Nr. 1, 2. Alt KO auf sogenannte Bardeckungen aus, ohne dies jedoch näher zu begründen. Zugleich rückt er von der bisherigen, sehr engen Auslegung dieses Ausnahmetatbestands ab und erklärt selbst solche Sicherheitenbestellungen für Bardeckungen, die erst einen Monat nach Gewährung des Darlehns erfolgt sind, wenn nach dem Willen der Parteien und der ” tatsächlichen Entwicklung der Verhältnisse” die Darlehnsgewährung und die Einräumung der Sicherheit ”als einheitliches Ganzes anzusehen sind”.

Die Besonderheit dieses Falls lag nun aber darin, daß die vom später verstorbenen R zu erbringende Gegenleistung in der Bestellung eines Grundpfandrechts bestand, wozu es der Mitwirkung des Grundbuchamts bedurfte. Auf dessen Bearbeitungszeit hatte keine der Parteien Einfluß, so daß sich die recht großzügige Annahme eines Bargeschäfts vor allem wegen dieses Umstands rechtfertigen ließ<sup>134</sup>. Bedenklich erscheint hingegen die Feststellung

---

<sup>132</sup> BGH, aaO, S. 406 f.

<sup>133</sup> BGH, aaO, S.406.

<sup>134</sup> Mit gleicher Begründung hielt das OLG Hamburg sogar einen Zeitraum von vier Monaten zwischen dem Eintragungsantrag einer wenige Tage zuvor bewilligten Grundschuldbestellung und deren Eintragung für

des BGH, der Gemeinschuldner habe seine Absicht, der Beklagten unverzüglich die Hypothek zu verschaffen, " ohne wesentliche Verzögerung" ausgeführt. Immerhin hatte sich der Gemeinschuldner insgesamt fast drei Wochen Zeit gelassen, um die Eintragungsvoraussetzungen zu schaffen. Nicht angesprochen wurde schließlich, daß es der Beklagte selbst in den Händen gehabt hätte, sich durch ein entsprechendes Anwartschaftsrecht zu sichern, was ohne Mitwirkung des Grundbuchamts und daher in kürzerer Zeit möglich gewesen wäre<sup>135</sup>.

bb) BGHZ 28, 344 = WM 1959, 28 (Urteil vom 17. November 1958) - fehlende Benachteiligung der Gläubiger

Die nachmalige Gemeinschuldnerin erstrebte ein gerichtliches Vergleichsverfahren und beauftragte Ende März 1956 den Beklagten, einen Wirtschaftsprüfer und Diplomkaufmann, mit den vorbereitenden Arbeiten, insbesondere mit der Anfertigung des Antrags auf Eröffnung des Verfahrens einschließlich der nötigen Anlagen und den Verhandlungen mit den Gläubigern wegen ihrer Zustimmung zu einen Vergleichsvorschlag. Die Gemeinschuldnerin stellte am 3. April 1956 ihre Zahlungen ein. Am 16. April 1956 trat die Gemeinschuldnerin dem Beklagten "zur Sicherung der Honoraransprüche" eine Forderung in Höhe von DM 2.000,- ab. Am 17. April 1956 wurde der Vergleichsantrag beim Amtsgericht eingereicht. Dieses lehnte den Antrag ab und eröffnete das Anschlußkonkursverfahren. Der klagende Konkursverwalter focht die Abtretung gem. § 30 KO an und verlangte Rückabtretung. Der Beklagte machte geltend, daß er bei der Auftragserteilung betont habe, daß seine Kosten spätestens bis zur Stellung des Vergleichsantrags bezahlt sein müßten und daß er den Antrag nicht ohne Bezahlung einreichen werde.

Das OLG hatte die Klage abgewiesen, da es sich bei der Abtretung nur um die Gegenleistung eines " Bargeschäfts im weiteren Sinne" gehandelt habe. Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision blieb erfolglos.

Eine Anfechtung der Verpflichtungsgeschäfts gem. § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO komme nicht in Betracht, da der Auftrag vor der Zahlungseinstellung erteilt und angenommen worden sei. Ebensowenig könne die Abtretung nach § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO angefochten werden, weil Deckungshandlungen nicht unter diese Vorschrift sondern unter § 30 Nr. 1, 2. Alt und Nr. 2 KO fielen. Auch nach diesen Bestimmungen sei die Abtretung nicht anfechtbar. Offen bleiben könne dabei die Frage, ob es sich tatsächlich um eine Bardeckung gehandelt habe. Der zeitliche Abstand von etwa drei Wochen zwischen dem Auftrag und der Abtretung brauche

---

unschädlich, vgl. OLG Hamburg, WM 1984, 1616, 1617=DB 1984, 2684.

<sup>135</sup> S.dazu auch unten IV 3 b,c.

einem Bargeschäft jedenfalls nicht entgegenzustehen<sup>136</sup>. Aber selbst, wenn ein Bargeschäft verneint werden müßte, habe das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend die Abtretung auch nach § 30 Nr. 1 2. Alt. KO für nicht anfechtbar gehalten. Überlasse nämlich der Gemeinschuldner die Vergleichsvorarbeiten einer geeigneten Persönlichkeit, etwa einem Rechtsanwalt oder Wirtschaftsprüfer, gegen eine angemessene, insbesondere die in Gebührenordnungen vorgesehene oder die übliche Vergütung, so könne der Auftrag und die Bezahlung oder Sicherstellung des Entgelts nicht als Benachteiligung der Gläubiger im Sinne des § 30 KO angesehen werden<sup>137</sup>, weil die sachgemäße Vorbereitung des Versuches, den Konkurs durch ein gerichtliches Vergleichsverfahren abzuwenden, im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger liege. Eine andere Beurteilung wäre allerdings dann geboten, wenn der Antrag auf Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens von vornherein als aussichtslos hätte erkannt werden müssen. Dafür fehle hier aber jeder Anhalt.

Vermag diese Entscheidung hinsichtlich der Ausführungen zu § 30 Nr.1, 1. Alt. KO zu überzeugen, so gilt dies nicht für die Begründung, mit der der BGH das Vorliegen einer Benachteiligung verneint<sup>138</sup>. Denn für § 30 Nr. 1, 2. Alt und Nr. 2 KO genügt eine *mittelbare* Benachteiligung, die hier vorlag, weil die Masse um die abgetretene Forderung verkürzt war<sup>139</sup>. Daher hätte der BGH die Frage, ob es sich bei der Abtretung um eine Bardeckung gehandelt habe, nicht offen lassen dürfen<sup>140</sup>. Liegt nämlich ein Bargeschäft vor, scheidet die Anfechtung *trotz mittelbarer Benachteiligung* jedenfalls nach § 30 Nr. 1, 2. Alt KO aus<sup>141</sup>.

cc) BGH, NJW 1977, 718 = WM 1977, 254 (Urteil vom 26. Januar 1977) - fehlende Benachteiligung der Gläubiger

Der Gemeinschuldner M und seine Ehefrau hatten der X- Bank im Oktober 1971 zur Sicherung eines Kredits von DM 33.000,- eine brieflose Grundschuld über DM 50.000,- bewilligt. Im Zusammenhang mit der Umschuldung dieses Kredits trat die X-Bank am 12. November 1971 auf Veranlassung der Eheleute M nach Eingang des Kreditbetrags die Grundschuld an die beklagte Bank ab, die diese entsprechend einer dem Gemeinschuldner gegebenen Kreditzusage voll valutierte. Kurz vor Weihnachten 1971 stellte der Gemeinschuldner seine Zahlungen ein. Der Antrag auf Eintragung der Grundschuld wurde vom Grundbuchamt zunächst mit Beschluß vom 24. November 1971 zurückgewiesen, weil die Eheleute M zu dieser Zeit in Folge der verspäteten Zahlung der Grunderwerbssteuer noch

---

<sup>136</sup> vgl. BGH, WM 1955, 404, siehe oben unter aa).

<sup>137</sup> bestätigt durch BGHZ 77, 250, 253=NJW 1980, 1962, 1963, BGH, WM 1988, 472, 474=ZIP 1988, 324, 326.

<sup>138</sup> ebenso Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 116.

<sup>139</sup> zum Begriff der mittelbaren Benachteiligung vgl. Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 80 ff.

<sup>140</sup> ebenso Jaeger/Henckel, §30 Rdnr.116.

<sup>141</sup> siehe dazu III 1b; zur künftigen anfechtungsrechtlichen Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte insbesondere bei Leistung erfüllungshalber, vgl. unten IV 2,5c.

nicht als Miteigentümer des Grundstücks eingetragen waren. Eine Eintragung der Eheleute M als Miteigentümer je zur Hälfte erfolgte erst nach Zahlung der Grunderwerbssteuer aufgrund eines Antrags vom 23. Dezember 1971. Der daraufhin am 27. Dezember 1971 von der Beklagten wiederholte Eintragungsantrag führte Ende Januar 1972 zur Eintragung der Grundschuld für die X-Bank unter gleichzeitiger Eintragung der Abtretung an die Beklagte. Im Juni 1972 wurde über das Vermögen des M Konkurs eröffnet. Bei der 1973 durchgeführten Zwangsversteigerung des Grundstücks entfiel auf die der Beklagten abgetretenen Grundschuld ein Betrag von knapp DM 60.000,--. Der klagende Konkursverwalter hat die Grundschuldbestellung, soweit sie das Miteigentum des Gemeinschuldners berührte, angefochten und Zahlung von c.a. DM 30.000,-- verlangt.

Das Berufungsgericht verneinte im Gegensatz zur Vorinstanz das Vorliegen eines Bargeschäfts, weil der Gemeinschuldner nicht unverzüglich alles getan habe, um der Beklagten die für ihre Darlehnsgewährung vereinbarte grundpfandrechtliche Sicherung zu verschaffen, und gab der Klage des Konkursverwalters statt. Die Revision der Beklagten führte zur Wiederherstellung des klagabweisenden landgerichtlichen Urteils:

Der Gemeinschuldner habe zusammen mit seiner Ehefrau zur Sicherung des Darlehns der X-Bank eine Grundschuld bestellt und bei der Umschuldung die Übertragung auf die Beklagte veranlaßt. Mit dem dazu gestellten Eintragungsantrag beim Grundbuchamt seien von seiten des Gemeinschuldners die Voraussetzungen für das Entstehen der Grundschuld durch Eintragung geschaffen worden (§§ 1192, 1116, 873 Abs. 2 BGB). Der Gemeinschuldner wie seine Ehefrau seien an ihre Einigung über die Grundschuldbestellung und deren Übertragung auf die Beklagte gebunden gewesen (§§ 1192, 1154 Abs. 3, 873 Abs. 2 BGB). Außerdem hätten sie der Beklagten eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Eintragungsbewilligung ausgehändigt. "Damit hatte die Übertragung des Rechts auf die erst in Zukunft entstehende Grundschuld auf die Beklagte gegen die Hergabe eines Darlehns an den Gemeinschuldner alle Merkmale eines Bargeschäfts, auch wenn die Grundschuld ohne Brief erst mit der Eintragung im Grundbuch zur Entstehung kam. Durch Bargeschäfte, bei denen gleichwertige Leistungen Zug um Zug ausgetauscht werden, würden aber "die Konkursgläubiger nicht benachteiligt, weil dem Vermögen des Gemeinschuldners sofort ein entsprechender Gegenwert durch sein Handeln zufließt"<sup>142</sup>. Daß bis zur Eintragung der Grundschuld noch eine Zeitspanne vergehen mußte, zerstöre den Charakter einer Bardeckung hier nicht, nachdem der Gemeinschuldner und seine Ehefrau entsprechend der Vereinbarung mit der Beklagten zunächst die für die Grundschuldbestellung notwendigen Maßnahmen in die Wege geleitet hätten. Weiter heißt es dort: "Eine feste Zeitspanne, innerhalb derer die

---

<sup>142</sup> Ebenso BGHZ 70,177,185=WM 1978,133,135;BGH,NJW 1980,1961(dazu sogleich);BGHZ 77,250,255=NJW 1980,1962,1963;BGHZ 97,87,94;OLG Düsseldorf,WM 1982,1142=BB 1983,533;OLG Hamburg,WM 1984,1616=DB 1984,2684.

Abwicklung eines Rechtsgeschäfts den Charakter desselben als Bargeschäft nicht beeinträchtigt, läßt sich vor allem dann nicht bestimmen, wenn die vom Gemeinschuldner zu erbringende Leistung in der Bestellung eines Grundpfandrechts besteht. Hier hatten der Gemeinschuldner und seine Ehefrau der Beklagten vereinbarungsgemäß die unwiderrufliche Eintragungsbewilligung für die Grundschuld als Gegenleistung für deren Darlehensgewährung verschafft. Daß der entsprechende Eintragungsantrag beim Grundbuchamt zunächst daran scheiterte, daß die Voreintragung der das Grundpfandrecht Bestellenden als Eigentümer des Grundstücks noch nicht erfolgt war, wurde dadurch behoben, daß dieses Eintragungshindernis nach einem Monat beseitigt und sodann unverzüglich die Eintragung der Grundschuld erneut beantragt und vorgenommen wurde. Insgesamt war hier zweienhalb Monate nach der Vereinbarung der Beklagten mit dem Gemeinschuldner die Grundschuld eingetragen. Von dieser Zeitspanne brauchte das Grundbuchamt alleine einen Monat für den Vollzug des Eintragungsantrags (27. Dezember bis 27. Januar 1972). Die im vorliegenden Falle bis zur Abwicklung des Geschäfts verflossene Zeit ist nicht geeignet, den von den Parteien gewollten und durch ihr Verhalten angestrebten Zusammenhang zwischen der Kreditgewährung und der Grundschuldbestellung zu beseitigen. Es wurden tatsächlich gleichwertige Leistungen, nämlich die Kreditgewährung der Beklagten gegen die Grundschuldbewilligung, Zug um Zug ausgetauscht. Eine Benachteiligung der Gläubiger des Gemeinschuldners trat damit nicht ein, so daß die Anfechtungsklage keinen Erfolg haben kann.”

Problematisch erscheint zunächst die eingangs wiedergegebene Begründung, mit der der BGH die Anfechtbarkeit von Bardeckungen gem. § 30 KO verneint. Zwar fehlte es hier an der für § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO notwendigen *unmittelbaren* Gläubigerbenachteiligung, weil der zwischen dem Gemeinschuldner und der Beklagten geschlossene Darlehensvertrag nebst Sicherheitenabrede auf den Austausch gleichwertiger Leistungen (Geld gegen Grundschuld) gerichtet war<sup>143</sup>. Dennoch benachteiligte der Grundschulderwerb zugunsten der Beklagten die Konkursgläubiger *mittelbar*, weil die Beklagte damit ein Absonderungsrecht erhalten hatte, um dessen Wert sich der des Grundstücks - genauer: des Miteigentumsanteils am Grundstück - verminderte<sup>144</sup> (dazu ausführlich unten, unter III 1 b). Auch ist zweifelhaft, ob hier wirklich Leistungen Zug um Zug ausgetauscht wurden. Zwar ” hatten der Gemeinschuldner und seine Ehefrau der Beklagten vereinbarungsgemäß die unwiderrufliche Eintragungsbewilligung für die Grundschuld als Gegenleistung für deren Darlehensgewährung verschafft”. Diese Bewilligung war aber wertlos solange die Eheleute M nicht selbst (Mit-) Eigentum am besagten Grundstück erworben hatten<sup>145</sup>. Auch wenn man die Zeit, die das

---

<sup>143</sup> vgl. zum Begriff der unmittelbaren Benachteiligung Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 65.

<sup>144</sup> vgl. zum Begriff der mittelbaren Benachteiligung Jaeger/Henckel, § 29 Rdnrn. 80 f.; wie hier jetzt auch BGH, WM 1997, 1681, 1682 = NJW 1997, 3028,3029.

<sup>145</sup> insoweit unterscheidet sich dieser Fall von dem, den das OLG Hamburg, WM 1984, 1616 = DB 1984, 2684, zu

Grundbuchamt für den Vollzug des Eintragungsantrags vom 23.12.1971 benötigte, außer acht läßt, blieben immer noch sechs Wochen (12.11.1971 bis 23.12.1971) ab der Darlehensgewährung, in denen die Eheleute M es unterlassen hatten, die notwendigen Maßnahmen für die Grundschuldbestellung in die Wege zu leiten<sup>146</sup>.

dd) BGH, NJW 1980, 1961 = WM 1980, 779 (Urteil vom 21. Mai 1981) - fehlende Benachteiligung der Gläubiger

Die Beklagte belieferte Niederlassungen der nachmaligen Gemeinschuldnerin in der Zeit vom 14. bis 22. Juli 1976 mit Waren. Hierfür erteilte sie der Gemeinschuldnerin unter dem 27. bis 30. Juli 1976 Einzelrechnungen.

Am 6. August erhielt die Beklagte zum Ausgleich der Rechnungen von der Gemeinschuldnerin einen Scheck über ca. DM 104.000,-- , der auf die Landesbank X gezogen war. Am selben Tag stellte die Gemeinschuldnerin Konkursantrag. Das Konto der Gemeinschuldnerin bei der oben genannten Bank wurde am 9. August 1976 mit dem Scheckbetrag belastet. Am 13. September 1976 wurde das Konkursverfahren eröffnet. Der Konkursverwalter nahm die Beklagte unter anderem infolge Konkursanfechtung auf Zahlung der DM 104.000,-- in Anspruch.

Landgericht und OLG wiesen die Klage ab.

Die Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, da zwar die Anfechtung ins Leere gegangen sei, möglicherweise aber bereicherungsrechtliche Ansprüche bestünden<sup>147</sup>.

Eine Anfechtung nach § 30 KO sei hier wegen des Bardeckungscharakters der Scheckbegebung ausgeschlossen, weil *Bargeschäfte*, bei denen gleichwertige Leistungen ausgetauscht würden, *die Konkursgläubiger nicht benachteiligten*. Zwar seien die Leistungen nicht Zug um Zug ausgetauscht worden. Aber schon das RG habe ausgesprochen, daß ein Rechtsgeschäft den Charakter eines Bargeschäfts nicht verliere, wenn *zwischen Vertragsschluß und Zahlung eine kurze Zeitspanne liege*<sup>148</sup>. Ob ein Bargeschäft vorliege, entscheide sich nach der Verkehrsauffassung<sup>149</sup>. Der Revision sei zwar insoweit zuzustimmen,

---

entscheiden hatte. Dort wurde der Umschreibungsantrag nur vier Tage nach der Zug um Zug gegen die Gewährung eines Darlehns erfolgten Grundschuldbestellung beim Grundbuchamt eingereicht. Letzteres benötigte allerdings fast vier Monate für die Eintragung, was das OLG Hamburg indes für unschädlich hielt, aaO S. 1617.

<sup>146</sup> Zur künftigen anfechtungsrechtlichen Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte s.unten IV 3b,c.

<sup>147</sup> Im Originalsachverhalt hatte der Kläger geltend gemacht,daß eine der Gemeinschuldnerin angeschlossene Einkaufsgesellschaft und nicht die Beklagte Vertragspartnerin und Gläubigerin der Gemeinschuldnerin gewesen sei.

<sup>148</sup> RGZ 136,152,158/159,s.o. II 2b,hh.

<sup>149</sup> BGH, Urteile vom 09. Februar 1955, siehe oben unter aa); vom 17. November 1958, siehe oben unter bb) und

daß sich die eben aufgeführte Rechtsprechung nicht ohne weiteres auf einen Kaufvertrag über bewegliche Sachen übertragen lasse und daß bei derartigen Verträgen engere Grenzen gezogen werden müßten. Dennoch sei auch im vorliegenden Fall nach der Verkehrsauffassung ein Bargeschäft anzunehmen. Weiter heißt es dort: "Entgegen der Ansicht der Revision ist der Zeitraum zwischen den Lieferungen der Beklagten und der Scheckbegebung durch die Gemeinschuldnerin - auf sie und nicht auf die Scheckgutschrift kommt es an, weil auf diese der Scheckgeber keinen Einfluß hat - nicht zu lang, um ein Bargeschäft annehmen zu könne. Im normalen Geschäftsverkehr werden nämlich derartige Geschäfte, zumal dann, wenn es sich um Großbetriebe handelt, nicht in wenigen Tagen abgewickelt. In Großbetrieben wie demjenigen der Beklagten werden die Rechnungen im allgemeinen nicht mit oder sofort nach der Lieferung erteilt, weil mit der Lieferung und der Rechnungsstellung verschiedene Abteilungen befaßt sind. Die Bezahlung einer Lieferung erfolgt im kaufmännischen Verkehr erst nach Rechnungserteilung. Bei Großbetrieben wie der Gemeinschuldnerin liegen im allgemeinen zwischen dem Eingang der Rechnungen und der Bezahlung derselben etliche Tage, weil für die Bezahlung eine andere Abteilung zuständig ist, als diejenige, die die Lieferung entgegennahm. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn die Lieferung wie hier an Filialen des Betriebs erfolgte, die Zahlung aber von der Zentrale vorgenommen wird. Eine sofortige Zahlung der Lieferung der Beklagten war somit schon aus organisatorischen Gründen, wie sie bei Großbetrieben einmal gegeben sind, nicht möglich. Obgleich auch bei Kaufverträgen über bewegliche Sachen der Zeitraum, innerhalb dessen die Abwicklung des Geschäfts der Annahme eines Bargeschäfts nicht entgegensteht, nicht generell bestimmt werden kann, ist jedenfalls unter den gegebenen Umständen eine Zeitspanne von je rd. einer Woche zwischen Lieferung und Rechnungsstellung und zwischen Rechnungsstellung und Scheckbegebung nicht zu lang, um ein Bargeschäft anzunehmen."

Auch diese Entscheidung des BGH vermag nicht recht zu überzeugen. Zum einen, weil die Scheckeinklösung sehr wohl die übrigen Gläubiger - mittelbar - benachteiligte<sup>150</sup>. Zum anderen, weil nicht ganz klar wird, welche Zeitspanne überhaupt auf ihre Unerheblichkeit zu untersuchen ist; die zwischen Kaufvertrag und Scheckbegebung, vgl. den Hinweis auf die RG- Rechtsprechung, oder die zwischen Lieferung und Scheckbegebung. Nicht berücksichtigt wurde ferner die Möglichkeit der Beklagten, sich bereits im Zeitpunkt der Lieferung durch einfachen oder verlängerten Eigentumsvorbehalt sogleich zu sichern. Darüber hinaus lagen zwischen den Lieferungen und der Scheckbegebung nicht "rund" zwei, sondern über drei Wochen<sup>151</sup>.

---

vom 26. Januar 1977, siehe oben unter cc).

<sup>150</sup> wie hier jetzt auch BGH 1997, 1681, 1682 = NJW 1997, 3028, 3029; siehe dazu bereits oben, cc) sowie ausführlich unten III 1b.

<sup>151</sup> Zur künftigen anfechtungsrechtlichen Behandlung gleichgelagerter Sachverhalte vgl. unten IV 3c.

ee) BGHZ 123, 320 = ZIP 1993, 1653 = WM 1993, 2099 (Urteil vom 30. September 1993) - Umkehrschluß aus §30Nr.1,1.Alt.KO,§132InsO,Vermögensumschichtung, Ausschluß vom Vermögensrechtlichen Verkehr

Die Beklagte lieferte der Gemeinschuldnerin Anfang 1988 Waren. Zur Tilgung der Kaufpreisforderungen übersandte die Gemeinschuldnerin in der Zeit vom 1. bis 9. Dezember 1988 acht bei dieser eingegangenen Kundenschecks über insgesamt DM 74.000,- an die Beklagte. Diese löste die Schecks ein. Am 19. Dezember 1988 wurde gegen die Gemeinschuldnerin Konkursantrag gestellt. Das Konkursverfahren wurde am 23. März 1989 eröffnet. Mit der Klage verlangte der Konkursverwalter im Wege der Konkursanfechtung Erstattung des Betrags von DM 74.000,-.

Das Berufungsgericht hatte die Klage, die in erster Instanz insoweit Erfolg gehabt hatte, abgewiesen, weil die Scheckhingabe als Bardeckung anzusehen sei. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung und Zurückverweisung, da das BerGer unter anderem den § 31 Nr. 1 KO übersehen habe, obwohl dessen Voraussetzungen vom Kläger schlüssig dargetan worden seien. Für den Tatbestand des § 31 Nr. 1 KO komme es nicht auf die Feststellungen des BerGer zum Vorliegen eines Bargeschäfts an<sup>152</sup>.

Die Bedeutung der Bardeckung liege vielmehr darin, "die Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 2. Fall KO - für die an sich ebenfalls eine bloß mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausreicht - in einem für erforderlich gehaltenen Maß einzuschränken und damit an § 30 Nr. 1, 1. Fall KO anzupassen: Rechtsgeschäfte, die gem. § 30 Nr. 1, 1. Fall KO unanfechtbar abgeschlossen werden dürfen, müssen auch erfüllbar bleiben. Insbesondere darf ihre kongruente Deckung nicht der Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 2. Fall KO unterliegen. Das wird dadurch sichergestellt, daß durch die Herausnahme von Bardeckungen aus dem Anwendungsbereich dieser Norm eine dem Erfordernis der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung in § 30 Nr. 1, 1. Fall KO vergleichbare Voraussetzung geschaffen wird. Der Rechtsgrund für die anfechtungsrechtliche Begünstigung von Bargeschäften wird darin gesehen, daß wegen des ausgleichenden Gegenwerts keine Vermögensverschiebung zu Lasten der Gemeinschuldnerin, sondern eine bloße Vermögensumschichtung vorliege (BGH, Urt. v. 26. Januar 1977 = WM 1977, 254,255; Urt. v. 21. Mai 1980 = WM 1980, 779 = NJW 1980, 1961). Ohne die Begünstigung würde ein Schuldner in der wirtschaftlichen Krise praktisch von allen - auch verkehrüblichen - Umsatzgeschäften ausgeschlossen (Senatsbeschl. v. 27. September 1984 = WM 1984, 1430; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 30 Rdn. 110). § 30 Nr. 1 KO, der allein an den Eintritt der wirtschaftlichen Krise anknüpft und den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger schon für diesen Zeitpunkt durchsetzen soll (BGHZ 58, 240, 242 f. =WM 1972, 471; 59, 230,232 = WM 1972, 1187; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Aufl., § 30 Rdn. 1; Jaeger/Henckel, aaO, § 30 Rdn. 1, 2 und 190), verdient bei wertender Betrachtungsweise keinen Vorang vor dem Sicherungs-oder Befriedigungsinteresse des einzelnen Gläubigers, der seinerseits in

---

<sup>152</sup> S.o. 1a.

unmittelbare zeitlichen Zusammenhang mit der empfangenen Leistung dem Gemeinschuldner eine gleichwertige Gegenleistung vereinbarungsgemäß erbracht hat.”<sup>153</sup>

Da in der Gewährung von Kundenschecks - im Gegensatz zu eigenen Schecks - außerdem regelmäßig eine inkongruente Erfüllungshandlung im Sinne von § 30 Nr. 2 KO zu sehen sei, könne dem Berufungsgericht auch insoweit nicht gefolgt werden, als dieses von der Unanwendbarkeit des § 30 Nr. 2 KO auf sogenannte Bardeckungen ausgegangen sei. Eine Bardeckung sei eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelange. Durch die Worte ”für die” werde ausgedrückt, daß eine Bardeckung nur vorliege, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft seien<sup>154</sup>. Eine Leistung, die nicht der Parteivereinbarung entspreche, stelle keine Bardeckung dar<sup>155</sup>, weil weder rechtlich noch wirtschaftlich ein Anlaß bestehe, Umsatzgeschäfte des Schuldners in der Krise zu begünstigen, soweit sie anders abgewickelt würden als vereinbart.

Auch der Gesichtspunkt der Vermögensumschichtung betreffe nur das zugrundeliegende Rechtsgeschäft, nicht die davon abweichende Art der Erfüllung oder Sicherung: Im Hinblick auf den Zweck des § 30 KO, die Gleichbehandlung aller Gläubiger während der wirtschaftlichen Krise des Gemeinschuldners zu verwirklichen, sei es nicht gleichgültig, ob eine Deckung vereinbarungsgemäß gewährt werde. Im Gegenteil stelle der Erwerb desjenigen Gläubigers, der etwas anderes erhalte als vereinbart, anfechtungsrechtlich auch dann eine einseitige Begünstigung dar, wenn der Gläubiger seinerseits eine Gegenleistung von gleichem Wert erbracht habe. Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen einer Bardeckung in diesem Sinne sei derjenige, in dem die zeitlich erste Leistung eines Vertragsteils erbracht werde. Bis dahin könnten die Beteiligten den Inhalt ihrer Vereinbarung noch abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden. Habe hingegen eine Seite schon vorgeleistet, dann erscheine jede nachträgliche Änderung allein mit Bezug auf die Art der Gegenleistung im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller Gläubiger insoweit als verdächtig. Dies treffe unabhängig davon zu, ob der Gläubiger oder der Gemeinschuldner vorgeleistet habe<sup>156</sup>. Nur eine solche Wertung entspreche der Systematik des

§ 30 KO im Hinblick auf die Bardeckung. Mit Bezug auf diese schränke § 30 Nr. 1 Fall 1 KO die Anfechtung von Deckungsgeschäften ein<sup>157</sup>. Das vermöge die Vorschrift aber nur, soweit die Deckungshandlung vereinbarungsgemäß erfolge. Die - durch die Annahme einer Bardeckung gegebenenfalls auszuschließende - objektive Gläubigerbenachteiligung müsse

---

<sup>153</sup> BGHZ 123, 320, 323.

<sup>154</sup> Vgl. amtliche Begründung der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung, BT-DS 12/2443, S. 167 zu § 161.

<sup>155</sup> Vgl. Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 110 auf S. 945; ferner BGHZ 118, 171, 173 = WM 1992, 1083.

<sup>156</sup> A.A. Kilger, KO, 15. Aufl., § 30 Anm. 8.

<sup>157</sup> Jaeger/Henckel, § 30, Rdnr. 8.

also in dem Rechtsgeschäft als solchem liegen, nicht erst in der Zahlung<sup>158</sup>. Werde hingegen die Vereinbarung geändert, nachdem ein Partner schon vorgeleistet habe, so beziehe sich der Abänderungsvertrag im Ergebnis nur noch auf die Art, wie die (vom Umfang her unveränderte) Gegenleistung zu erbringen sei. Eine solche Nachtragsvereinbarung betreffe gerade nicht das - von § 30 Nr. 1 Fall 1 KO erfaßte - Verpflichtungsgeschäft, sondern isoliert die (abweichende) Art der Deckungshandlung, die selbständig unter § 30 Nr. 2 KO falle. "Diese Einschränkung auf vereinbarungsgemäß erfolgende Leistungen hat allerdings praktisch zur Folge, daß eine der Art nach inkongruente Deckungshandlung in aller Regel keine Bardeckung darstellt. Dieses Ergebnis widerspricht der herrschenden Lehre, die davon ausgeht, daß Bargeschäfte allgemein nicht der Anfechtung als inkongruente Deckungen unterlägen (Kilger, aaO, § 30 Anm. 20 a.E.; Hess/Kropshofer, aaO, § 30 Rdn. 26; vgl. auch Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht S. 410 zu Leitsatz 5.2.4). Soweit das auch in der Rechtsprechung vereinzelt pauschal ausgesprochen worden ist (BGHZ 70, 177, 187 f. = WM 1978, 133; 118, 171, 173 = WM 1992, 1083), hatte dies jeweils nur beiläufige Bedeutung. Keine jener Entscheidungen beruht auf einer solchen Ansicht. Nach Prüfung der Tragweite der Rechtsfrage gibt der Senat - dem nunmehr die Rechtsstreitigkeiten über Konkurse allein zur Entscheidung zugewiesen sind - die frühere gegenteilige Auffassung für andersartige als die vereinbarten Leistungen auf."<sup>159</sup>

Anders als zuvor begründet der BGH in seiner wohl wichtigsten Entscheidung zu diesem Themenkreis die Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen nun nicht mehr mit der - angeblich - fehlenden Gläubigerbenachteiligung, sondern mit teleologischen Erwägungen vor allem im Hinblick auf § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO ( nunmehr § 132 InsO )<sup>160</sup> sowie damit, daß es sich bei Bargeschäften um bloße "Vermögensumschichtungen" handle<sup>161</sup>. Darüber hinaus definiert er in Anlehnung an § 142 InsO den Begriff der Bardeckung als " eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt". Zu Recht wird dabei ausschließlich auf den engen zeitlichen Zusammenhang *der Leistungen* abgestellt, nicht aber auf die Zeitspanne zwischen Verpflichtungsgeschäft und Erfüllungshandlung (der Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses wurde nicht einmal mitgeteilt). Das Verpflichtungsgeschäft soll sogar bis zum Zeitpunkt der ersten Leistung eines Vertragsteils hinsichtlich der "Art" der Leistungen abänderbar sein, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden<sup>162</sup>. Zu überzeugen vermögen schließlich auch die Ausführungen, mit

---

<sup>158</sup> Kuhn/Uhlenbruck, § 30, Rdnr. 23a.

<sup>159</sup> BGHZ 123, 320, 328 f.

<sup>160</sup> Dazu unten III 1c.

<sup>161</sup> Zum Problem der zwar angemessenen aber nicht aktivierbaren Gegenleistung des Gläubigers, insbesondere bei Geschäftsbesorgungsverträgen oder anderen Tätigkeiten, siehe oben 2 b cc), dd), ee) sowie unten IV 5c.

<sup>162</sup> S. dazu IV 2.

denen erstmals der Bardeckungscharakter von inkongruenten Leistungen des Schuldners verneint wird, obwohl gerade in der vom Gericht zitierten amtlichen Begründung der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung nachzulesen ist, "daß Bargeschäfte nicht der Anfechtung konkruenter und inkongruenter Deckungen ... unterliegen..."<sup>163</sup>.

## b) Die Literatur zur KO

In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und der älteren Literatur<sup>164</sup> geht auch die heute herrschende Lehre von der grundsätzlichen Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen aus<sup>165</sup>, wengleich vereinzelt Kritik am als zu großzügig empfundenen Umgang mit diesem Institut geübt wird<sup>166</sup>.

Andere wiederum wollen ganz auf das Erfordernis der Zug um Zug-Leistung verzichten und es jedenfalls bei Kreditbesicherungen für deren Unanfechtbarkeit ausreichen lassen, daß die Vereinbarung über die Sicherheitsbestellung zeitgleich mit der Kreditzusage erfolgt<sup>167</sup>.

### aa) Begründungen zur Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen

Zur Begründung der Unanfechtbarkeit von Bardeckungen wird im Anschluß an die Rechtsprechung und die ältere Literatur auf Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der besonderen Konkursanfechtung ( § 30 KO bzw. §§ 130 bis 132 InsO) verwiesen.

(1) So sei derjenige, der vor bzw. bei Entstehung seiner Gläubigerforderung sofort eine Deckung erhalten habe, kein "Konkursgläubiger" im Sinne von § 30 KO (siehe oben 2 c, aa)<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> BegrRegE. zu § 142, bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 358; s.dazu unten 5.

<sup>164</sup> S.o. 2c.

<sup>165</sup> S. dazu sogleich.

<sup>166</sup> vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1.Aufl., S. 467 Fn. 128; ders, KTS 1982, 507, 561; ders, JuS 1986, 851, 855, der sich vor Verabschiedung der InsO dafür ausgesprochen hatte, den Bestandsschutz künftig auf Bedarfsdeckungsgeschäfte des täglichen Lebens zu beschränken, siehe dazu sogleich unter bb).

<sup>167</sup> Canaris, in FS- KO, S. 73, 83; H.P. Westermann, KTS 1982, 165, 168; K. Schmidt, WM 1983, 490, 494, siehe dazu sogleich unter bb).

<sup>168</sup> Jaeger/Lent, KO, 8. Auflage 1958, § 30 Rdnr. 37; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 14. Auflage, § 30 Anm. 14; Kilger/K. Schmidt, 17. Auflage, § 30 Anm. 14; Baur/Stürner, Bd. II, Rdnr. 19.39 und 19.42; Häsemeyer, Insolvenzrecht 1.Aufl., S. 471; Canaris, in :FS- KO, S. 82; König, die Anfechtung, 2. Auflage, Rdnr. 225; ders., in: Insolvenzrecht im Umbruch Bd. I, S. 259; ders., ÖBA 1989, S. 18 ff; Koziol, JBl 1982, S. 57, 66,68.

(2) Andere Autoren leugnen, teils unter Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung<sup>169</sup>, die für § 30 KO erforderliche *gläubigerbenachteiligende* Wirkung von Bargeschäften, weil dem Vermögen des Gemeinschuldners alsbald ein entsprechender Gegenwert zufließe, das den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsvermögen daher nicht geschmälert werde<sup>170</sup>.

(3) In gleicher Richtung argumentieren diejenigen, die die Unanfechtbarkeit damit begründen, daß es sich bei Bargeschäften um bloße, für § 30 KO unbeachtliche, *Vermögensumschichtungen* handle<sup>171</sup>.

(4) Überdies wird auf die für unerträglich erachteten Konsequenzen verwiesen, die die Anfechtbarkeit von Bardeckungen nach sich zöge: Wären die vom Gemeinschuldner zur Zeit der Krise abgeschlossenen Bargeschäfte einer Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 2. Alt KO unterworfen, würde er in dieser Zeit *vom vermögensrechtlichen Verkehr ausgeschlossen* und vielleicht der größten Not preisgegeben sein. Es sei aber nicht der Sinn dieser Vorschrift, dem Gemeinschuldner die Fortführung seiner Geschäfte völlig zu unterbinden.<sup>172</sup> Sinn und Zweck des § 30 KO sei vielmehr, den Grundsatz der *par condicio creditorum* vom Eintritt der materiellen Krise an durchzusetzen und insbesondere gleichheitswidrige Begünstigungen einzelner Gläubiger vor den übrigen zu bekämpfen. Von einer solchen den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzenden Bevorteilung des Gläubigers könne indes keine Rede sein, wenn diesem in Erfüllung eines nach § 30 Nr. 1, 1. Alt KO unanfechtbaren, da wertäquivalenten Verpflichtungsgeschäfts Zug um Zug gegen Erbringung der Gegenleistung

---

<sup>169</sup> S.o. unter a.

<sup>170</sup> Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdn. 23; Uhlenbruck, WuB VI. B. § 30 Nr. 1 KO 1.94, S. 213; Hess, § 30 Rdnr. 25; Kilger/K. Schmidt, § 29 Anm. 17; Obermüller/Hess, InsO, Eine systematische Darstellung..., Rdnr. 242; Huber, in: Insolvenzrechtshandbuch, § 48 Rdn. 44; Brandes, Insolvenzrecht 1996, S. 11; Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch der Insolvenzverwaltung VII. 103; Eichberger, Die Besondere Konkursanfechtung, S. 37; Lauer, Die Bank in der Kundeninsolvenz, S. 121; H.P. Westermann, KTS 1982, 168; Obermüller, Die Bank im Konkurs und Vergleich ihrer Kunden, S. 262; Göpfert, Anfechtbare Aufrechnungslagen, S. 12; Martinek, Moderne Vertragstypen Bd. 3, S. 164.

<sup>171</sup> K. Schmidt, WM 1983, 493; Huber, in: Insolvenzrechtshandbuch § 48 Rdnr. 44; Uhlenbruck, WuB, VI. B. § 30 Nr. 1 KO 1. 94, S. 213; Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, S. 89.

<sup>172</sup> Jaeger/Lent, KO, 8. Auflage 1958, § 30 Rdn. 37; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnrn. 8, 110; Kilger/K. Schmidt, § 30 Anm. 14; Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdn. 23; Uhlenbruck, WuB VI. B. § 30 Nr. 1 KO 1. 94, S. 213; Jauernig, § 51 IV 1; Brandes, Insolvenzrecht 1996, S. 11; Marotzke/Kick, JR 1995, 107; Bruski, Die Voraussetzungen der Konkursanfechtung, S. 51; Kamlah, Die Anfechtung in der Insolvenz von Unternehmen, S. 46; von Campe, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, S. 48; Göpfert, Anfechtbare Aufrechnungslagen..., S. 12; ähnlich Häsemeyer, Insolvenzrecht 1.Aufl, S. 467 Fn. 128, der jedoch dafür eintritt, nur Bedarfsdeckungsgeschäfte des täglichen Lebens von der Anfechtung auszunehmen.

die geschuldete Leistung zugewendet werde<sup>173</sup>. Demzufolge müßten die Deckungsanfechtungstatbestände bei Bardeckungen eingeschränkt und dem § 30 Nr. 1, 1. Alt KO angepaßt werden. Nach dieser Vorschrift unanfechtbar geschlossene Rechtsgeschäfte müßten erfüllbar bleiben, vorausgesetzt, der Leistungsaustausch erfolge Zug um Zug<sup>174</sup>.

(5) Einige Autoren rechtfertigen die Privilegierung der Gläubiger aus wertäquivalenten Bargeschäften noch mit folgender Überlegung: Im Unterschied zu anderen Gläubigern hätten diese dem Gemeinschuldner keinen *Kredit* gewährt und daher auch nicht dessen Insolvenzrisiko übernommen. Die Deckungsanfechtung habe aber nach ihrem Sinn und Zweck nur zum Ziel, den Gleichbehandlungsgrundsatz unter den ungesicherten (kreditierenden) Gläubigern durchzusetzen<sup>175</sup>.

#### bb) Bargeschäftsbegriff

Ebenso wie in der älteren Literatur<sup>176</sup> gehen auch heute noch die Meinungen darüber, wann von einem, der Anfechtbarkeit nach § 30 KO (bzw. §130 InsO) entzogenen (wertäquivalentem) Bargeschäft auszugehen ist, auseinander.

(1) So verlangen diejenigen Autoren, die auf die fehlende Konkursgläubigereigenschaft des die Bardeckung Empfangenden abstellen, ein zeitliches *Zusammentreffen von Verpflichtungsgeschäft und Leistungsaustausch*, wobei kurze Zeitspannen zwischen diesen Vorgängen bzw. zwischen den einzelnen Leistungshandlungen der Annahme eines Bargeschäfts nicht entgegen ständen<sup>177</sup>.

(2) Diejenigen, die die Unanfechtbarkeit sogenannter Bargeschäfte in erster Linie mit der - angeblich - fehlenden Gläubigerbenachteiligung, bzw. mit Sinn und Zweck des § 30 KO rechtfertigen, verlangen lediglich, daß *Leistung und Gegenleistung im engen zeitlichen*

---

<sup>173</sup> Jaeger/Lent, KO, 8. Auflage 1958, § 30 Rdnr. 37; Canaris, in: FS- KO, S. 83; Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 41; Kamlah, aaO, S. 46.

<sup>174</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnrn. 110; Kilger/K. Schmidt, § 30 Anm. 14; Gerhardt/Kreft, S 15; Kamlah, aaO, S. 45 f.

<sup>175</sup> Henckel, in: Insolvenzrecht im Umbruch, Bd. 1, S. 251; Gerhardt, in: FS Brandner, S. 611; Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, S. 87; ders., JBl 1982, S. 57, 66; v. Campe, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, S. 49, 161.

<sup>176</sup> S.dazu oben 2c bb.

<sup>177</sup> Jaeger/Lent, KO, 8. Auflage 1958, § 30 Rdnr. 37; Huber, in: Insolvenzrechtshandbuch, § 48 Rdn. 45; Baur/Stürner, Rdnr. 19.39; Obermüller, die Bank im Konkurs und Vergleich ihres Kunden, S. 262; ders., WM 1994, S. 1870 (zu § 142 InsO); Marotzke/Kick, JR 1995, 107 (linke Spalte); König, ÖBA 1989, S. 18, 21; ders., die Anfechtung, 2. Auflage, S. 136 Rdnr.225; Koziol, JBl 1982, S. 57, 62.

*Zusammenhang* erbracht werden, ohne zusätzlich dem Zeitraum zwischen Vornahme des Verpflichtungsgeschäfts und Leistungsaustausch Bedeutung beizumessen<sup>178</sup>.

(3) Nach Häsemeyer scheidet die Annahme eines Bargeschäfts dann aus, wenn der Gläubiger seine Leistung vor dem anfechtungsrechtlich relevanten Zeitraum erbracht und erst in diesem Zeitraum die Sicherung oder Befriedigung erhalten hat, mag der zeitliche Abstand zwischen Leistung und Gegenleistung auch noch so gering gewesen sein<sup>179</sup>. Dagegen sei die Deckungsanfechtung ausgeschlossen, wenn zuvor ohne Kreditgewährung eingegangene Verpflichtungen sämtlich (und wechselseitig) in dem anfechtungsrelevanten Zeitraum abgewickelt würden<sup>180</sup>. Gleiches gelte für in der Krise geschlossene Verträge. Diese dürften *in beliebiger Leistungsreihenfolge* erfüllt werden, ohne daß der Vertragspartner eine Deckungsanfechtung befürchten müsse. Damit werde gewährleistet, daß der spätere Gemeinschuldner noch laufende Geschäfte eingehen und abwickeln könne. Deshalb komme bei gleichwertigen Leistungen eine Anfechtung nicht in Frage. Wenn die Zahlungen eingestellt oder Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens gestellt sei, blieben Abschluß und Abwicklung korrekter Verträge zulässig, schon damit der Gemeinschuldner (auch für seine Familie) den täglichen Lebensbedarf decken könne. Auf diese Bedarfsdeckungsgeschäfte des täglichen Lebens sollte künftig der Bestandschutz beschränkt werden, da nur bei diesen der Einfluß des betreffenden Gläubigers auf die Vermögensverhältnisse regelmäßig gering sei<sup>181</sup>.

(4) Canaris schließlich will - jedenfalls bei Kreditbesicherungen - ganz auf das Erfordernis der Zug um Zug Leistung verzichten. Entscheidend sei vielmehr, ob die *Vereinbarung der Sicherheit im zeitlichen Zusammenhang mit der Zusage des Kredits* getroffen wurde. Denn an einer den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzenden Bevorteilung des Kreditgebers fehle es

---

<sup>178</sup> so ausdrücklich Jaeger/Henckel, § 29 Rdn. 72, § 30 Rdnr. 110, 115 a.E.; siehe auch Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 23, 23a; Hess, § 30 Rdnr. 25 ff; vgl. auch Böhle-Stamschräder/Kilger, 14. Auflage, § 30 Anm. 14 ;sowie Kilger/K. Schmidt, § 30 Anm. 14, die zwar einen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Leistung des Gemeinschuldners und dem Entstehen der Gläubigerforderung verlangen, letzteres aber mit der Leistung des Gläubigers gleichsetzen, so daß es auch nach dieser Auffassung nur auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung ankommt; vgl. ferner Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditbesicherung, Rdnr. 813; Obermüller/Hess, InsO, S. 52 Rdnrn. 242,244; Gerhardt/Kreft, Aktuelle Probleme, S. 15; Henckel in: Kölner Schrift zur InsO, S. 663, Rdn. 36; Kirchhof, WM 1996, Sonderbeilage Nr. 2, S. 24; Lauer, Die Bank in der Kundeninsolvenz, S. 121; Bruski, Die Voraussetzungen der besonderen Konkursanfechtung; v. Campe, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, S. 47 ff.

<sup>179</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1. Auflage, S. 471; ders., JuS 1986, S. 851, 855 (linke Spalte).

<sup>180</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1. Auflage, S. 471.

<sup>181</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1. Auflage, S. 471, 467 mit Fn. 128; ders., KTS 1982, 561; ders., JuS, 1986, 855.

nicht nur dann, wenn die Sicherheit Zug um Zug gegen die Gewährung des Kredits bestellt werde, sondern ebenso auch dann, wenn die Sicherheitsbestellung erst längere Zeit später erfolge.“ Wenn der Kreditgeber sich darauf einläßt, so ist dies seine Sache; die Interessen der übrigen Gläubiger werden durch die Hinausschiebung der Sicherheitsbestellung in keiner Weise berührt“. Erforderlich sei allerdings, daß die Vereinbarung über die Sicherheitsbestellung zugleich mit der Kreditzusage erfolge. Denn würde erst der Kredit versprochen und dann die Sicherheitsbestellung vereinbart, läge darin in der Tat ein ungerechtfertigter Vorteil für den Kreditgeber, weil dieser dann ursprünglich zur Kreditgewährung ohne Sicherheitsbestellung verpflichtet war und folglich mit seiner Rückzahlungsforderung bloßer Konkursgläubiger im Sinne von § 30 KO geworden wäre<sup>182</sup> (dazu unten III 1 e).

#### 4. § 142 InsO

##### a) Entstehungsgeschichte

Im Jahre 1978 setzte der Bundesjustizminister eine Kommission für Insolvenzrecht ein mit dem Auftrag, Vorschläge für die Reform des Insolvenzrechts zu erarbeiten. Diese Kommission, bestehend aus Wissenschaftlern, Praktikern sowie Sachverständigen aus Gewerkschaften und Verbänden, legte die Ergebnisse ihrer Arbeit 1985 und 1986 in zwei Berichten vor. Im Ersten Bericht von 1985<sup>183</sup>, der unter anderem das Anfechtungsrecht zum Gegenstand hatte, fanden sich in den Leitsätzen 5.2.1 - 5.2.6 Regelungen zur besonderen Insolvenzanfechtung. Im Anschluß daran folgten unter 5.3 ff die übrigen Anfechtungstatbestände (vorsätzliche Benachteiligung, Schenkungsanfechtung, kapitalesetzende Darlehen) sowie weitere anfechtungsrechtliche Regelungen. Innerhalb der besonderen Insolvenzanfechtung, also vor den anderen Anfechtungsgründen, hieß es im Leitsatz 5.2.4 unter der Überschrift "Bardeckung": "Ist für eine Sicherung oder Befriedigung eines Insolvenzgläubigers unmittelbar eine Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, so ist die sichernde oder befriedigende Rechtshandlung nicht nach den Leitsätzen 5.2.1 [kongruente Deckung] und 5.2.2 [inkongruente Deckung] anfechtbar."

Die Begründung zu dieser Vorschrift lautete wie folgt: "Der Leitsatz entspricht dem Grundsatz des geltenden Rechts, daß Bardeckungen nicht der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen unterliegen. Sie sind nur nach Leitsatz 5.2.5 [unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen, vgl. § 132 InsO] anfechtbar, wenn der Schuldner keine

---

<sup>182</sup> Canaris, in: FS- KO, S. 83; ebenso auch H.P. Westermann, KTS 1982, 168, der zusätzlich darauf hinweist, daß in diesen Fällen eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger jedenfalls "nicht gewollt" sei; zustimmend auch K. Schmidt, WM 1983, 494, weil auch dann, wenn die Besicherung der Kreditgewährung geraume Zeit nachfolge, von einer bloßen, das Schuldnervermögen nicht verkürzenden Vermögensumschichtung auszugehen sei.

<sup>183</sup> Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht.

gleichwertige Gegenleistung erhalten hat. Der entscheidende Grund für die Ausnahmeregelung des Leitsatzes 5.2.4 ist der wirtschaftliche Gesichtspunkt, daß ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Deckungsanfechtung unterlägen.

Der Leitsatz umschreibt den Begriff der Bardeckung als sichernde oder befriedigende Rechtshandlung, für die unmittelbar eine Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt ist. Das Wort "unmittelbar" soll Bardeckungen von Kreditgeschäften abgrenzen. Es besagt, daß zwischen dem Leistungsaustausch ein zeitlicher Zusammenhang bestehen muß. Wie schon nach geltendem Recht anerkannt ist, steht der Annahme einer Bardeckung nicht entgegen, daß zwischen der Leistung des Vertragspartners und der Gegenleistung des Schuldners eine gewisse Zeitspanne liegt. Sie darf jedoch nicht so lang sein, daß das Rechtsgeschäft den Charakter eines Kreditgeschäfts annimmt."

Nachdem die beiden Kommissionsberichte eingehend in Wissenschaft und Praxis diskutiert worden waren, veröffentlichte das Bundesministerium der Justiz im Jahre 1988 den Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Insolvenzrechts<sup>184</sup>. Das Anfechtungsrecht wurde in den §§ 134 ff geregelt. Die hier einschlägige Vorschrift des § 151 des Diskussionsentwurfs war nunmehr hinter sämtlichen Anfechtungsgründen zu finden und entsprach in ihrer Überschrift (Bargeschäft) sowie Wortlaut und systematischer Stellung ganz dem heutigen § 142 InsO. Auch die Begründung zu § 151 ist mit derjenigen zu § 142 InsO identisch (dazu sogleich).

Dem Diskussionsentwurf folgten im Jahre 1989 dann noch ein Referentenentwurf<sup>185</sup> sowie 1992 ein Regierungsentwurf<sup>186</sup>. § 151 des Diskussionsentwurfs sowie dessen Begründung wurden dabei unverändert übernommen<sup>187</sup>. Der Regierungsentwurf wurde dann im Jahre 1994 in den Beratungen des Rechtsausschusses<sup>188</sup> noch wesentlich vereinfacht und schließlich - nach einer Einigung über den Zeitpunkt des Inkrafttretens - als Gesetz vom 5.10.1994 im Bundesgesetzblatt verkündet<sup>189</sup>. Der heutige § 142 InsO entspricht dabei, wie bereits erwähnt, vom Wortlaut und von seiner Begründung her völlig dem § 151 Diskussionsentwurf (= § 151

---

<sup>184</sup> Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Entwurf einer Insolvenzordnung (EInsO) und anderer Reformvorschriften mit Begründung und Anhang, Herausgeber BMJ, Köln, 1988.

<sup>185</sup> Referentenentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts.

<sup>186</sup> Regierungsentwurf vom 15.04.1992, BT-DS 12/2443 (Entwurf InsO), BT-DS 12/3803 (Entwurf EInsO).

<sup>187</sup> siehe § 151 des Referentenentwurfs bzw. § 161 des Regierungsentwurfs.

<sup>188</sup> BT-Drucksache 12/7302, 12/7303 vom 19.04.1994.

<sup>189</sup> BGBl I 1994, S. 2866.

Referentenentwurf = § 161 Regierungsentwurf). Seine Begründung<sup>190</sup> lautet: " Die Vorschrift entspricht dem Grundsatz des geltenden Konkursrechts, daß Bargeschäfte nicht der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen (§§ 145, 146 des Entwurfs) unterliegen und daß auch eine unmittelbar nachteilige Rechtshandlung (§ 147 des Entwurfs) nicht vorliegt, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhält. Die Benachteiligung der Gläubiger, die in der Leistung des Schuldners liegt, bleibt außer Betracht, da sie durch die Gegenleistung wieder ausgeglichen wird. Eine Anfechtung ist in diesen Fällen nur möglich, wenn die Voraussetzungen der Absichtsanfechtung (§ 148 Abs. 1 des Entwurfs) vorliegen, da diese auch mittelbare Benachteiligungen der Insolvenzgläubiger erfaßt.

Der entscheidende Grund für die Ausnahmeregelung dieser Vorschrift ist der wirtschaftliche Gesichtspunkt, daß ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen.

Die Vorschrift kommt nur zur Anwendung, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sind. Das wird durch die Worte "für die" zum Ausdruck gebracht.

Die Frage der Gleichwertigkeit ist nach objektiven Maßstäben zu beurteilen, weil die Benachteiligung ein objektives Erfordernis ist. An der Gleichwertigkeit fehlt es nicht schon deshalb, weil die Leistung an den Schuldner in Bargeld erfolgt, das leicht dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden kann.

Das Wort "unmittelbar" besagt, daß zwischen Leistung und Gegenleistung ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muß. Wie schon nach geltendem Recht steht der Annahme eines Bargeschäfts aber nicht entgegen, daß zwischen der Leistung des Vertragspartners und der Gegenleistung des Schuldners eine gewisse Zeitspanne liegt. Sie darf jedoch nicht so lang sein, daß das Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung der üblichen Zahlungsbräuche den Charakter eines Kreditgeschäfts annimmt."

#### b) Die Literatur zu § 142 InsO

Diejenigen Autoren, die sich bisher explizit zu § 142 InsO geäußert haben, legen dieser Vorschrift offensichtlich ein unterschiedliches Verständnis sowohl hinsichtlich des Anwendungsbereichs als auch der inneren Rechtfertigung zugrunde:

aa) So verlangt Obermüller trotz des insoweit eindeutigen Wortlauts des § 142 InsO verlangt Obermüller für dessen Anwendung nach wie vor einen engen zeitlichen Zusammenhang

---

<sup>190</sup> vgl. BT-Drucksache 12/2443 zu § 161, S. 167.

zwischen Verpflichtungsgeschäft und der Leistung des Gemeinschuldners<sup>191</sup>, obwohl sowohl § 142 InsO als auch dessen Begründung (siehe oben) lediglich auf den engen zeitlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung abstellen.

bb) Hess/Weis<sup>192</sup> behandeln Bargeschäfte und Bardeckungen nicht im Zusammenhang mit den an sich einschlägigen Vorschriften der §§ 130 und 131 InsO (kongruente bzw. inkongruente Deckung), sondern unter § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen), obwohl § 132 InsO ohnehin nicht auf Rechtshandlungen anwendbar ist, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren oder ermöglichen<sup>193</sup> und eine Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts wegen der von § 142 InsO vorausgesetzten Gleichwertigkeit der versprochenen Leistungen mangels unmittelbarer Benachteiligungen ebenso ausscheidet<sup>194</sup>. Bargeschäfte werden dort unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung als "Geschäfte, bei denen gleichwertige Leistungen Zug um Zug ausgetauscht werden", umschrieben. Als Grund für deren Unanfechtbarkeit wird die - angeblich - fehlende Gläubigerbenachteiligung genannt<sup>195</sup>.

cc) Gerhardt<sup>196</sup> kritisiert an § 142 InsO das Tatbestandsmerkmal der "Gleichwertigkeit" der Gegenleistung. Auch für den Fall, daß die Gegenleistung im Wert hinter der des Gemeinschuldners zurückbleibe, müsse die Deckungsanfechtung ausgeschlossen bleiben, wie es zuvor Leitsatz 5.2.4 des Ersten Berichts<sup>197</sup> zutreffend vorgesehen habe. Ebenso werde mit dem Kriterium der "Unmittelbarkeit" (des zeitlichen Zusammenhangs von Leistung und Gegenleistung) das sachlich Entscheidende nicht präzise getroffen. Dieses liege darin, daß nur der vorleistende Vertragspartner des Gemeinschuldners als "Insolvenzgläubiger" unter das Gebot der *par condicio* falle. Dies müsse bei der praktischen Handhabung der Vorschrift beachtet werden: Habe der Gemeinschuldner vorgeleistet, so könne deshalb auch ein größerer zeitlicher Abstand bis zur Erfüllung des Vertragspartners nicht schaden, habe dagegen der Vertragspartner zuerst erfüllt, müsse das genannte Kriterium eher restriktiv gehandhabt werden.

---

<sup>191</sup> Obermüller, WM 1994, 1870 unter II = Obermüller/Hess, InsO, Rdnr. 747: "Voraussetzung ist allerdings unverändert ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Kreditvertrag und der Sicherheitenbestellung".

<sup>192</sup> Das neue Anfechtungsrecht, Rdnrn. 171ff.

<sup>193</sup> Vgl. BegrRegE zu § 132 InsO, abgedruckt bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S. 344; Henckel, in: Kölner Schrift, S. 662 f Rdnr. 36.

<sup>194</sup> Von Campe, S. 47f.

<sup>195</sup> Hess/Weis, aaO, Rdnrn. 371, 377, siehe dazu auch unten III 1b.

<sup>196</sup> In: FS-Brandner, S. 611 f.

<sup>197</sup> Siehe oben 4a.

dd) Von Campe<sup>198</sup> weist unter Bezugnahme auf die Begründung des Regierungsentwurfs<sup>199</sup> zu Recht darauf hin, daß der eigentliche Regelungsgehalt des § 142 InsO darin bestehe, die Anfechtbarkeit nach §§ 130 , 131 InsO auszuschließen. § 132 InsO sei wegen der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ohnehin nicht anwendbar. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 142 InsO sei neben einem "sachlichen Zusammenhang" der Leistungen deren objektive Gleichwertigkeit sowie "ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen den beiden Leistungshandlungen".

ee) König<sup>200</sup> schließlich hält eine eigene Norm für das Bargeschäft schlicht für überflüssig, da es bei Zug um Zug- Geschäften keinen Gläubiger im Sinne der Deckungsanfechtung gebe und daher allenfalls - bei Ungleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zum Nachteil des Gemeinschuldners - eine Anfechtung nach § 132 InsO in Betracht komme.

## **5. Anwendungsbereich des Bargeschäftsinstituts innerhalb der Anfechtungstatbestände (§§30-32a KO,§237 HGB,§§130-136 InsO)**

Die Darstellung der Rechtsprechung hat ergeben, daß der Bardeckungscharakter einer schuldnerischen Leistung bisher nur im Rahmen der besonderen Konkursanfechtung (§ 30 KO, §§ 130- 132 InsO) von Bedeutung gewesen ist<sup>201</sup> und dort nur der Anfechtung gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO ( nunmehr § 130 InsO ) entgegenstand<sup>202</sup>. Ebenso wird auch künftig § 142 InsO lediglich den Anwendungsbereich des § 130 InsO einschränken und demzufolge innerhalb der übrigen Anfechtungstatbestände keine Rolle spielen<sup>203</sup>.

### a) Bisheriger Anwendungsbereich des Bargeschäftsinstituts

Sämtliche Entscheidungen, die sich mit dem hier zu untersuchenden Rechtsinstitut befaßten und im Ergebnis die Anfechtung am Bardeckungscharakter der schuldnerischen Leistung scheitern ließen, betrafen *ausschließlich kongruente Deckungen*, die an sich gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO ( nunmehr § 130 InsO ) anfechtbar gewesen wären<sup>204</sup>.

Zwar liest man in den Entscheidungsgründen und in den Kommentierungen regelmäßig, daß der Bardeckungscharakter sowohl die Anfechtung gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO *als auch die*

---

<sup>198</sup> Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, S. 47 f.

<sup>199</sup> Siehe oben a).

<sup>200</sup> In: Insolvenzrecht im Umbruch, S. 259.

<sup>201</sup> Vgl. Henckel, EWiR 1994 S. 373.

<sup>202</sup> Dazu sogleich unter aa),

<sup>203</sup> Dazu unter bb).

<sup>204</sup> Siehe oben die unter 2 b, 3 a, behandelten Entscheidungen, weitere Beispiele bei Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 110; RGZ 9, 44 betraf zwar § 30 Nr. 2 KO, jedoch handelte es sich in diesem Fall - entgegen Baur/Stürner - nicht um ein Bargeschäft, siehe oben 2 b, aa.

gem. § 30 Nr. 2 KO hindere<sup>205</sup>. Keine dieser Entscheidungen beruht indes auf der Behauptung, daß Bardeckungen auch der Anfechtung gem. § 30 Nr. 2 KO (nunmehr § 131 InsO, inkongruente Deckung<sup>206</sup>) entzogen seien<sup>207</sup>.

Als der BGH im Jahre 1993 erstmals diese Frage zu entscheiden hatte, verneinte er mit überzeugender Begründung das Vorliegen einer Bardeckung. Denn diese setze voraus, daß Leistung und Gegenleistung durch Vereinbarung miteinander verknüpft seien<sup>208</sup>.

Demzufolge kann eine inkongruente Deckung nach § 30 Nr. 2 KO auch dann angefochten werden, wenn sie in einem der Vereinbarung entsprechenden unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Gegenleistung des Gläubigers erbracht worden ist und mit dieser gleichwertig sei<sup>209</sup>.

Marotzke/Kick<sup>210</sup> lehnen dagegen die Unterscheidung zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen im Rahmen des § 142 InsO ab<sup>211</sup>. Zum einen, weil in der Begründung RegE zu § 142 InsO<sup>212</sup> nicht nur - worauf sich aber der BGH ausschließlich berufe - davon die Rede sei, daß Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sein müßten, sondern gleich zu Beginn darauf hingewiesen werde, daß "Bargeschäfte nicht der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen... unterliegen".

Darüber hinaus sollte dem Gemeinschuldner gerade im Hinblick auf die bestehende Krise ein Mindestmaß an Flexibilität bei der Geschäftsführung zugestanden werden. Schließlich könne nicht jede denkbare Unkorrektheit des späteren Gemeinschuldners für den Geschäftspartner das Risiko der Anfechtbarkeit des Geschäfts bergen. Ebenso wie das Schicksal der gleichwertigen Gegenleistung im Falle der Verschleuderung durch den Gemeinschuldner keine Benachteiligung im Sinne von § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO ( nunmehr § 130 InsO )begründen könne, dürfe auch " eine leichter zu mißbrauchende Leistung als die ursprünglich vereinbarte" nicht von vornherein für unzulässig erachtet werden.

---

<sup>205</sup> Siehe nur BGH, WM 1955, 404, 407 (siehe oben 3 a, aa); BGHZ 70, 177, 184 f; BGHZ 118, 171, 173;

Kilger/K. Schmidt, § 30 Anm. 20 aE; Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 23; Jaeger/Lent, 8. Auflage, § 30 Rdnr. 37; Hess, § 30 Rdnr. 27; siehe auch Huber, in: Insolvenzrechtshandbuch, § 48 Rdn. 44.

<sup>206</sup> Zum Begriff siehe nur Jaeger/Henckel, § 30 Rdnrn.199 ff.

<sup>207</sup> BGHZ 123, 320, 329.

<sup>208</sup> BGHZ, 123, 320, 329, siehe oben unter 3 a, ee.

<sup>209</sup> Zustimmend Henckel, EWiR 1994, S. 373 f; Uhlenbruck, WuW VI. B. § 30 Nr. 1 KO 1. 94.

<sup>210</sup> JR 1995, S. 107 f.

<sup>211</sup> Ebenso, aber ohne Begründung, Häsemeyer, ZIP 1994, S. 418, 419. Fn. 10.

<sup>212</sup> Siehe oben unter 4 a.

Dem ist entgegenzuhalten, daß der Gesetzgeber der InsO ausweislich der oben wiedergegebenen Begründung<sup>213</sup> mit § 142 InsO kein neues Institut schaffen, sondern lediglich einen - bislang ungeschriebenen - "Grundsatz des geltenden Konkursrechts" in die InsO übernehmen wollte. Zu diesem Zweck verwendete er in der Begründung zu § 142 InsO die bis dahin in Rechtsprechung und Literatur geläufige Formulierung, wonach Bargdeckungen auch nicht nach § 30 Nr. 2 KO (bzw. § 131 InsO) angefochten werden könnten. Daß diese Aussage in Wahrheit bis zu BGHZ 123, 320 in keiner Entscheidung eine Rolle gespielt hatte, wurde dabei vom InsO-Gesetzgeber schlicht übersehen und kann daher nicht als Argument gegen BGHZ 123, 320 dienen. Ebensowenig vermögen die übrigen Einwände zu überzeugen. Mit Recht weist Henckel in diesem Zusammenhang darauf hin, daß inkongruente Leistungen des Gemeinschuldners nicht dem "normalen ordentlichen Geschäftsgang" entsprechen und daher keine Privilegierung verdienen<sup>214</sup>.

Zu der von Marotzke/Kick gezogenen Parallele zur nachträglichen Verschleuderung der gleichwertigen Gegenleistung durch den Gemeinschuldner ist zu sagen, daß der Gläubiger an dieser im Gegensatz zur inkongruenten Deckung nicht mitgewirkt hat. Hätte er dagegen auch bei der Verschleuderung, insbesondere als Empfänger, mitgewirkt, wäre dieser Erwerb - natürlich - anfechtbar (vgl. §§ 30, 31, 32 KO bzw. §§ 130 - 134 InsO).

Im Ergebnis ist daher daran festzuhalten, daß nur kongruente Deckungen im Sinne von § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO bzw. § 130 InsO bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen<sup>215</sup> Bardeckungen darstellen können. Inkongruente Deckungen sind dagegen niemals Bardeckungen, auch wenn sie im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Gegenleistung des Gläubigers erbracht wurden und mit dieser gleichwertig sind. Denn in diesem Fall sind Leistung und Gegenleistung nicht durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft<sup>216</sup>.

#### b) Künftiger Anwendungsbereich des §142 InsO

Da der Gesetzgeber der InsO, wie bereits erwähnt<sup>217</sup>, mit § 142 InsO kein neues Institut schaffen wollte<sup>218</sup>, spricht zunächst alles dafür, die eben unter a) dargestellten Grundsätze zum bisherigen Anwendungsbereich auf § 142 InsO zu übertragen. § 142 InsO wäre dann ausschließlich bei Prüfung des § 130 InsO von Relevanz.

---

<sup>213</sup> Siehe oben unter 4 a.

<sup>214</sup> EWIR 1994, 373, 374.

<sup>215</sup> Siehe dazu unten IV.

<sup>216</sup> Vgl. BGHZ 123, 320, 328 f; siehe oben, 3 a, ee; zu den weiteren Einschränkungen des Bardeckungsbegriffs (auch im Falle einer kongruenten Deckung), die sich aus den Ausführungen des BGH zum maßgebenden Zeitpunkt für das Vorliegen einer Bardeckung ergeben, siehe unten unter IV 2.

<sup>217</sup> S.o. unter a.

<sup>218</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S.358, siehe oben unter 4 a.

Der Wortlaut von § 142 InsO (Anfechtbarkeit nur unter den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO) sowie die systematische Stellung, die diese Regelung im Gegensatz zu ihrem Vorläufer, dem Leitsatz 5.2.4<sup>219</sup>, hinter sämtlichen Anfechtungstatbeständen eingenommen hat, scheinen indes dieser Auslegung entgegenzustehen. Dennoch wird auch künftig der Bardeckungscharakter einer schuldnerischen Leistung lediglich die Anfechtbarkeit gem. § 130 InsO hindern:

aa) Verhältnis des §142 InsO zu §§131,132,133,136 InsO

Handelte es sich bei der Leistung des Gemeinschuldners um eine inkongruente Deckung im Sinne von § 131 InsO, dann fehlt es an der für § 142 InsO erforderlichen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung ("für die")<sup>220</sup>.

Auch § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlung) erfährt durch § 142 InsO keine Einschränkung, weil § 132 InsO ohnehin grundsätzlich nicht auf Deckungshandlungen des Gemeinschuldners Anwendung findet<sup>221</sup> und es außerdem bei Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung an der für § 132 InsO erforderlichen unmittelbaren Benachteiligung der Gläubiger fehlt<sup>222</sup>.

Auf Rechtshandlungen des Schuldners, die die Tatbestandsvoraussetzungen des § 133 InsO (vorsätzliche Benachteiligung) erfüllen, ist § 142 InsO schon nach seinem Wortlaut unanwendbar<sup>223</sup>. Gleiches gilt für § 134 InsO (Unentgeltliche Leistung) und § 136 InsO (Stille Gesellschaft) mangels unmittelbarer gleichwertiger Gegenleistung im Sinne von § 142 InsO.

---

<sup>219</sup> S.o. unter 4a.

<sup>220</sup> S.o. unter a; in diesem Zusammenhang sei auch auf §88 InsO - sog. Rückschlagsperre - hingewiesen, nach dem Sicherungen, die im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung erlangt worden sind (inkongruente Deckung), ipso iure unwirksam sind, ohne daß es einer Anfechtung bedarf; vgl. BegrRegE zu § 131 InsO, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.), Bd.1, S. 342.

<sup>221</sup> Vgl. BegrRegE zu § 132 InsO, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.), Bd.1, S. 344 : "Nicht zu den Rechtsgeschäften im Sinne dieser Vorschrift gehören Rechtshandlungen, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren oder ermöglichen; für sie gelten die besonderen Vorschriften der §§ 145, 146 des Entwurfs (= §§ 13, 131 InsO)"; ebenso zu § 30 KO bereits Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 103 mwN.

<sup>222</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 InsO, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.), Bd.1, S. 358: sowie unten unter IV 4.

<sup>223</sup> S.auch BGHZ 123,320 (Leitsatz b); BGH, ZIP 1998,793,798=NJW 1998,2592,2597.

bb) Verhältnis des §142 InsO zu §135 InsO (kapitalersetzendes Darlehn)

Als problematisch erweist sich dagegen das Verhältnis zu § 135 InsO (kapitalersetzende Darlehn). Nach dessen Nr. 1 sind Sicherheiten, die einem Gesellschafter des Gemeinschuldners für eigenkapitalersetzende Darlehen gewährt wurden, anfechtbar, wenn die Sicherheitenbestellung in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag erfolgte. Gewährt nun ein Gesellschafter seiner Gesellschaft (der späteren Gemeinschuldnerin) ” in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, stattdessen ein Darlehn”, § 32 a Abs. 1 GmbHG<sup>224</sup> ,und läßt er sich dafür Zug um Zug eine gleichwertige Sicherheit bestellen, so scheint § 142 InsO der Anfechtung dieser Sicherung gem. § 135 Nr. 1 InsO entgegenzustehen.

Dem ist indes entgegenzuhalten, daß nach bislang geltendem Konkursrecht der Bargeschäftscharakter einer Leistung einzig der besonderen Konkursanfechtung entgegenstand<sup>225</sup>. So finden sich denn auch in der Rechtsprechung zu § 32 a KO in Fällen der Zug um Zug-Besicherung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehn keinerlei Ausführungen zum Bargeschäftscharakter und damit zur möglichen Anfechtungsfestigkeit derartiger Sicherungen<sup>226</sup>.

Gegen die Anwendbarkeit des § 142 InsO auf § 135 Nr. 1 InsO spricht auch der gleichlautende § 6 AnfG 1999<sup>227</sup>, denn es ist nicht einzusehen, warum solche Zug um Zug Besicherungen außerhalb des Konkurses ohne weiteres nach § 6 AnfG 1999 anfechtbar sein sollen, im Konkurs dagegen nicht<sup>228</sup>. Im übrigen wäre der Gesellschafter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohnehin an der Verwertung der Sicherheit gehindert, weil er nach § 32 a GmbHG i.d.F. des Art. 48 Nr. 2 a EGIInsO, § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 2, Abs. 3 InsO die Forderung auf Rückgewähr des kapitalersetzenden Darlehns nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen dürfte, so daß seine Forderung bereits aus diesem Grund nicht Grundlage einer Sicherheitsverwertung sein kann<sup>229</sup>. Auch aus diesem Grund wäre es

---

<sup>224</sup> Kapitalersetzend sind insbesondere konkursabwendende Sanierungskredite, vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 IV 2 a; Jaeger/Henckel, § 32 a, Rdnrn. 25, 40 f; BGHZ 31, 258, 272; 109, 55, 59 f = NJW 1990, 516, 517; BGH, NJW 1996, 720.

<sup>225</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 InsO, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.), Bd.1, S. 358, siehe oben unter 4 a.

<sup>226</sup> Vgl. BGHZ 105, 168, 186; 133, 298 = BGH, NJW 1996, 3203 = DB 1996, 2271.

<sup>227</sup> Bisher - mit einigen Abweichungen - §3b AnfG.

<sup>228</sup> Das AnfG kennt keine dem § 142 InsO entsprechende Einschränkung, wodurch ein weiteres Mal bestätigt wird, daß diese Vorschrift ausschließlich bei der besonderen Konkursanfechtung von Bedeutung ist.

<sup>229</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 37 IV 4 c, S. 1164; zum alten Recht sinngemäß Jaeger/Henckel, § 32 a

daher nur schwer nachvollziehbar, dem Insolvenzverwalter einerseits die Möglichkeit der Anfechtung zu nehmen, um ihn andererseits auf die Arglist- bzw, Bereicherungseinrede zu verweisen<sup>230</sup>.

Trotz seines Wortlauts und seiner systematischen Stellung ist § 142 InsO innerhalb der Anfechtungstatbestände demnach ausschließlich als Einschränkung von § 130 InsO zu verstehen<sup>231</sup>.

## 6. Ergebnis

a) Zusammenfassung der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Begründungen zur Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen

Bevor im folgenden Teil III dieser Arbeit die bisher vertretenen und zuvor dargestellten Gründe für die Ausnahmeregelung des § 142 InsO einer kritischen Würdigung unterzogen werden, seien diese hier zunächst noch einmal zusammengefaßt wiedergegeben.

Wie bereits erwähnt, stützen sich die verschiedenen Begründungen auf Wortlaut, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der besonderen Konkurs - bzw. Insolvenzanfechtung (§ 30 KO bzw. §§ 130-132 InsO).

(1) So sei der Empfänger einer Bardeckung *kein Konkurs bzw. Insolvenzgläubiger* im Sinne der Deckungsanfechtungstatbestände.

(2) Andere weisen auf die *fehlende Gläubigerbenachteiligung* bei Bargeschäften hin.

(3) Weiter wird geltend gemacht, daß die Deckungsanfechtungstatbestände bei Bardeckungen eingeschränkt und dem § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO bzw. dem § 132 InsO angepaßt werden müßten, denn die nach diesen Vorschriften unanfechtbaren Verpflichtungsgeschäfte müßten erfüllbar bleiben (*Umkehrschluß aus § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO bzw § 132 InsO*).

---

Rdnrn. 8 mwN, 85; Baumbach/Hueck, GmbHG, § 32 a Rdn. 59; Rowedder, GmbHG, § 32 a Rdnr. 74; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, §§ 32 a, 32, Rdnr. 56.

<sup>230</sup> Siehe nur Rowedder, aaO, mwN.

<sup>231</sup> Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang Häsemeyer, der § 32 a KO (§ 135 InsO) als einen typisierten Unterfall der Absichtsanfechtung im Sinne von § 31 KO bzw. § 133 InsO deutet, vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht 1. Aufl., S. 743 f.

Bei § 32 KO bzw. 135 InsO geht es nicht um ein Verbot fraudulöser Gläubigernachteiligung, was schon daran deutlich wird, daß kein besonderer subjektiver Tatbestand vorausgesetzt wird; vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, §§ 32 a, 32 b, Rdnrn. 8, 40.

(4) Entscheide man sich gegen die anfechtungsrechtliche Privilegierung von Bardeckungen, würde dies praktisch zu einem *Ausschluß* des Gemeinschuldners vom *vermögensrechtlichen Verkehr* führen, denn niemand würde mit ihm kontrahieren, wenn zwar die Geschäfte an sich unanfechtbar, die aufgrund derselben gemachten Leistungen des Schuldners aber anfechtbar wären.

(5) Auch werde der *Grundsatz der par condicio creditorum* durch Bargeschäfte *nicht verletzt*, weil der Empfänger einer Bardeckung nicht (ungesichert) vorgeleistet und damit nicht das Insolvenzrisiko des anderen Teils übernommen habe (*keine Kreditierung*). Andernfalls wäre auch die Behandlung der zur Zeit der Konkursöffnung noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträge (§ 17 KO, § 103 InsO) eine unerklärliche Anomalie.

(6) Schließlich wird auf den der Höhe nach unveränderten Aktivenbestand des schuldnerischen Vermögens hingewiesen, bzw. auf den Gesichtspunkt der fehlenden Vermögensverschiebung zu Lasten des Gemeinschuldners abgestellt (*bloße Vermögensumschichtung*), der die Privilegierung von Bardeckungen rechtfertigte.

b) Anwendungsbereich des § 142 InsO innerhalb der Anfechtungstatbestände (§§ 130-136 InsO)

Wie oben unter 5) ausgeführt, hat § 142 InsO zur Folge, daß an sich *nach § 130 InsO* (kongruente Deckung) anfechtbare Bardeckungen dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift entzogen werden. Im Rahmen der anderen Anfechtungstatbestände (§§ 131-136 InsO) spielt § 142 InsO keine Rolle. Insbesondere hindert diese Regelung nicht die Anfechtung nach § 131 InsO (inkongruente Deckung) sowie nach § 135 InsO (kapitalersetzendes Darlehn).

### **III. Gründe für die Unanfechtbarkeit sogenannter Bardeckungen im Sinne von § 142 InsO**

#### **1. Würdigung der unter II. vorgestellten Begründungen**

a) Fehlende Konkurs- bzw. Insolvenzgläubigereigenschaft des Empfängers der Bardeckung

Die vor allem noch vom RG und der älteren Literatur vertretene Auffassung der fehlenden Konkursgläubigereigenschaft des Bardeckungsempfängers<sup>232</sup> erscheint allenfalls bei

---

<sup>232</sup> Siehe oben unter II 2 b, c, aa; aber auch II. 3 b, aa (1), II 6a(1).

”Bargeschäften im herkömmlichen Sinn”<sup>233</sup> diskutabel, nicht hingegen bei solchen im Sinne des § 142 InsO. Nur dann, wenn Verpflichtungsgeschäft und Leistungsaustausch (bzw. Leistung des Gemeinschuldners) tatsächlich zeitlich zusammentreffen, erzeugt die ”Rechtsgrundabrede”<sup>234</sup> - streng genommen - keine Erfüllungsansprüche, sondern bildet lediglich den Rechtsgrund für das Behaltendürfen<sup>235</sup>, so daß in der Tat von einer Gläubigerstellung *hinsichtlich des Erfüllungsanspruchs* nur schwerlich die Rede sein kann<sup>236</sup>. § 142 InsO stellt indes - insoweit in Übereinstimmung mit der jüngeren BGH-Rechtsprechung<sup>237</sup> - weder vom Wortlaut noch von seiner Begründung her auf ein solches Verständnis des Bargeschäftsbegriffs ab, sondern verlangt lediglich einen engen zeitlichen Zusammenhang von Leistung und Gegenleistung, unabhängig vom Zeitpunkt des Verpflichtungsvertragsschlusses<sup>238</sup>.

Schließen der Gemeinschuldner und der Gläubiger erst den Schuldvertrag und erfolgt die Zug um Zug-Abwicklung vereinbarungsgemäß später, kann die - angeblich - fehlende Gläubigerstellung höchstens mit rein (handels-) bilanzrechtlichen Überlegungen begründet werden<sup>239</sup>, vorausgesetzt, das gleich näher zu erörternde Aktivierungsverbot kann als Ausdruck eines auch hier verwertbaren Gedankens angesehen werden:

Aus § 252 Abs. 1 Nr. 4, 2. HS HGB folgt nach h.L. und ständiger Rspr. ein Aktivierungsverbot von Forderungen aus schwebenden Geschäften<sup>240</sup>. Das sind solche gegenseitigen Verträge, die auf Leistungsaustausch gerichtet sind, und bei denen der zur

---

<sup>233</sup> Siehe oben unter I 4 a, aa.

<sup>234</sup> Ebenda.

<sup>235</sup> Ebenda.

<sup>236</sup> A.A. Jaeger, 6./7. Auflage, § 30 Anm. 37; ders., JW 1915, 1254, wonach die Schuldbegründung auch bei Bargeschäften im herkömmlichen Sinne begriffsnotwendig der Erfüllung vorausgehe, ebenso Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 8; sowie Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 23; kritisch bereits Grützmann, S. 166 Fn. 522: ”dieser Grund ist schwach”; kritisch auch Bruski, S. 51.

<sup>237</sup> Siehe oben unter II 3 a.

<sup>238</sup> Siehe dazu oben, unter I. 4 a, bb; ebenso bereits Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 110: ”damit sind auch die Fälle erfaßt, daß die beiderseits zu erbringenden Leistungen erst später, aber in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang miteinander erbracht werden sollen und erbracht werden... Denn dem Schuldner soll auch nicht die Möglichkeit genommen werden, vorausschauende Rechtsgeschäfte abzuschließen.”, siehe auch § 30 Rdnr. 115 aE sowie § 29, Rdnr. 72.

<sup>239</sup> Siehe dazu auch unten, unter g.

<sup>240</sup> Knobbe-Keuk, § 4 VII 1, S. 141.

Leistung oder Lieferung Verpflichtete noch nicht erfüllt hat<sup>241</sup>. Erst wenn ein solches schwebendes Geschäft von einer Seite erfüllt ist, ist die eingetretene Vermögensumschichtung in der Bilanz auszuweisen<sup>242</sup>. Der Leistende bucht den Abgang von Wirtschaftsgütern bzw. der Zahlung aus und aktiviert (*erst jetzt*) den Anspruch auf die Gegenleistung, obwohl dieser Anspruch zivilrechtlich bereits mit Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts entstanden war<sup>243</sup>. Der Grund für diese bilanzielle Behandlung ist das (handels)-bilanzrechtliche Realisationsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4, 2. HS. HGB) als Ausfluß des (handels)-bilanzrechtlichen Vorsichtsprinzips, welches besagt, daß der Kaufmann sein Vermögen und seinen Gewinn in der Bilanz im Zweifel eher zu niedrig als zu hoch ausweisen darf<sup>244</sup> und daß ein Gewinn erst dann ausgewiesen werden darf, wenn er durch Umsatz (Veräußerung oder sonstiger Vermögensaustausch) verwirklicht ist<sup>245</sup>. Daraus aber Rückschlüsse für den insolvenzrechtlichen Begriff des Konkurs- bzw. Insolvenzgläubigers herzuleiten, verbietet sich - ganz abgesehen von der unterschiedlichen Zielsetzung, der die handelsrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften dienen<sup>246</sup> - schon deshalb, weil §§ 3, 30 KO bzw. §§ 38, 130, 131 InsO bei vertraglichen Ansprüchen allein darauf abstellen, daß der Schuldvertrag vor Konkurseröffnung unbedingt abgeschlossen wurde<sup>247</sup>.

Gegen die - angeblich - fehlende Insolvenzgläubigerstellung spricht noch eine weitere Überlegung: Geht man davon aus, daß der Empfänger einer Leistung i.S.v.§142 InsO niemals Insolvenzgläubiger war, wäre diese Vorschrift obsolet, weil sich die Unanfechtbarkeit sowohl nach § 130 als auch nach § 131 InsO bereits aus der fehlenden Insolvenzgläubigerstellung des Empfängers ergäbe<sup>248</sup>.

---

<sup>241</sup> Baumbach/Hopt, HGB, § 252 Rdnr. 16 m.w.N.

<sup>242</sup> Knobbe-Keuk, § 4 VII 3, S. 145.

<sup>243</sup> Vgl. §§ 433 Abs. 1, 631 Abs. 1 BGB, etc.

<sup>244</sup> Baumbach/Hopt, HGB, §252 Rdnrn. 13,10; Knobbe-Keuk, § 3 III 4 a, b, S. 47f.

<sup>245</sup> Knobbe-Keuk, § 3 III 4 c, S. 49.

<sup>246</sup> Vor allem Selbstinformation, Gesellschafterschutz, Gläubigerschutz, vgl. Baumbach/Hopt, HGB, Einleitung vor § 238 Rdnrn. 14 f; Canaris, Handelsrecht, S. 190 f; K. Schmidt, Handelsrecht, § 15 I 2 und II 1 b; Küting/Weber (Hrsg.), Handbuch der Rechnungslegung, Bd. 1 a, I Rdnrn. 180 ff.

<sup>247</sup> Jaeger/Henckel, § 3 Rdn. 31; Kilger/K. Schmidt, § 3 KO Anm. 4.

<sup>248</sup> So in der Tat König, in: Insolvenzrecht im Umbruch, S. 259: "Eine eigene Norm für das Bargeschäft ist überflüssig".

Da der BGH außerdem mit überzeugender Begründung die Privilegierung des Empfängers einer Zug um Zug erlangten inkongruenten Deckung (§ 131 InsO) abgelehnt hat<sup>249</sup>, vermag die - angeblich - fehlende Gläubigerstellung des Empfängers die Unanfechtbarkeit nicht zu rechtfertigen. Demnach ist mit Jaeger, Henckel,

Kuhn/Uhlenbruck,Grützmann und Bruski<sup>250</sup> im Gegenteil davon auszugehen, daß auch der Empfänger einer "Bardeckung im herkömmlichen Sinn"<sup>251</sup> trotz der oben dargestellten Besonderheiten als "Insolvenzgläubiger" im Sinne von § 130 und insbesondere § 131 InsO anzusehen ist und eine Anfechtung aus § 130 InsO nur unter den Voraussetzungen des § 142 InsO ausgeschlossen ist, während eine inkongruente Deckung auch dann nach § 131 InsO angefochten werden kann, wenn sie in einem der Vereinbarung entsprechenden unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit dieser und der gleichwertigen Gegenleistung des Gläubigers erbracht worden ist.

#### b) Fehlende Gläubigerbenachteiligung

Bis zu seiner Entscheidung vom 30. September 1993<sup>252</sup> begründete der BGH und mit ihm der größte Teil der Literatur die Unanfechtbarkeit von Bardeckungen regelmäßig mit der - angeblich - fehlenden gläubigerbenachteiligenden Wirkung derartiger Leistungen des Gemeinschuldners<sup>253</sup>.

Die durch die Leistung des Gemeinschuldners bedingte Vermögensverkürzung werde nämlich durch die gleichwertige Gegenleistung des Kontrahenten sofort wieder ausgeglichen<sup>254</sup>.

Richtig daran ist, daß ein auf den Austausch gleichwertiger Leistungen gerichtetes Verpflichtungsgeschäft zwischen Gemeinschuldner und Gläubiger die Insolvenzgläubiger nicht *unmittelbar* benachteiligt<sup>255</sup>, eine Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO, § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen) ausscheidet<sup>256</sup>.

---

<sup>249</sup> BGHZ 123, 320, 328 f., siehe oben unter II 3 a, ee, 5 a.

<sup>250</sup> S.o. Fn 236.

<sup>251</sup> S.o. I 4a,aa.

<sup>252</sup> BGHZ 123, 320, siehe oben unter II 3 a, ee.

<sup>253</sup> S.o. 6a(2).

<sup>254</sup> Siehe oben II 3 a, cc mit zahlreichen Nachweisen, dd, b, aa (2).

<sup>255</sup> Von Campe, S. 47; Kamlah, S. 46.

<sup>256</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 InsO, siehe oben II 4 a; zum Begriff der unmittelbaren Benachteiligung siehe nur: Jaeger/Henckel § 29 Rdnr. 65.

Bei § 142 InsO geht es indes nicht um dieses Verpflichtungsgeschäft, sondern um dessen Erfüllung bzw. um die Sicherung der sich aus dem Verpflichtungsgeschäft ergebenden Ansprüchen des Gläubigers<sup>257</sup>.

Die Anfechtbarkeit solcher Leistungen im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung (§ 30 KO, §§ 130- 132 InsO) richtet sich nicht nach § 132 InsO, sondern nach §§ 130, 131 InsO<sup>258</sup>.

Für §§ 130, 131 InsO reicht aber eine nur *mittelbare* Benachteiligung der Gläubiger aus<sup>259</sup>. Eine solche mittelbare Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn zwar zur Zeit der Veräußerung bzw. Belastung des schuldnerischen Gegenstands eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt ist, dieser Gegenwert aber später (maßgeblicher Zeitpunkt ist in diesem Fall der der Eröffnung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens<sup>260</sup>) nicht mehr vorhanden ist, sei es, daß er "irgendwie in Verlust geraten ist, sei es, daß ihn der Gemeinschuldner zur Befriedigung einzelner Gläubiger oder für sich verwendet oder beiseite geschafft hat..."<sup>261</sup>.

Demzufolge können Bardeckungen im Sinne von § 142 InsO die Insolvenzgläubiger sehr wohl - *mittelbar* - benachteiligen<sup>262</sup>, wovon im übrigen auch die BegrRegE zu § 142 InsO ausgeht<sup>263</sup>. Denn dort heißt es: "Die Benachteiligung der Gläubiger, die in der Leistung des Schuldners liegt, bleibt außer Betracht....".

Gegen die - angeblich - fehlende Gläubigerbenachteiligung spricht darüber hinaus wiederum § 142 InsO: Diese Vorschrift wäre überflüssig, wenn es bereits an der gem. § 129 InsO für jede Anfechtung notwendigen Benachteiligung der Insolvenzgläubiger fehlte. Ebenso wenig

---

<sup>257</sup> Vgl. § 142 InsO: "Eine *Leistung* des Schuldners... ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind".

<sup>258</sup> Vgl. BegrRegE zu § 132, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.)Bd.1, S. 344.

<sup>259</sup> BegrRegE zu § 129, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.)Bd.1, S. 336; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 122 iVm § 29 Rdnr. 80 ff.

<sup>260</sup> Vgl. Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 99.

<sup>261</sup> Kuhn/Uhlenbruck, § 29, Rdnr. 24; Kilger/K. Schmidt, § 29 KO Anm. 13, 19 a; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1. Aufl., S. 456 f; von Campe, S. 46; Gerhardt/Merz, S. 1 ff, jeweils mwN.

<sup>262</sup> Ebenso jetzt BGHZ 123, 320, 322, 323; BGH, NJW 1997, 3028,3029 = WM 1997, 1681, 1682; zuvor bereits Baur/Stürner, Rdnr. 18.47: "Jedenfalls ist mittelbare Benachteiligung beim Bargeschäft nicht zwingend ausgeschlossen."; ebenso jetzt Kilger/K. Schmidt, § 30 KO Anm. 8; Gerhardt/Merz, S. 14; Ernestus, in: Handbuch der Insolvenzverwaltung, Rdnr. VII 104 (siehe aber auch VII 103).

<sup>263</sup> S.o. II 4a

vermag diese Ansicht zu erklären, warum § 142 InsO ausdrücklich die Anfechtbarkeit von Bargeschäften wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 133 Abs. 1 InsO) zuläßt.

Außerdem ließe sich nicht die Anfechtbarkeit inkongruenter Deckungen erklären, die in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der gleichwertigen Gegenleistung des Gläubigers erbracht worden sind<sup>264</sup>, wenn bereits die benachteiligende Wirkung solcher Deckungen in Abrede gestellt würde.

c) Umkehrschluß aus § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO, § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen)

Die Begründung, daß Verträge, die in der Krise mit dem die Krise kennenden Gläubiger gem. § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO, § 132 InsO wegen Äquivalenz der zu erbringenden Leistungen unanfechtbar abgeschlossen werden dürfen, auch erfüllbar bleiben müssen<sup>265</sup>, leuchtet zunächst ohne weiteres ein. Sie vermag aber nicht zu erklären, warum § 142 InsO im Einklang mit der herrschenden Meinung lediglich Zug um Zug-Leistungen des Gemeinschuldners der (kongruenten) Deckungsanfechtung entzieht, nicht dagegen solche Leistungen des Gemeinschuldners, die dieser erst nach (ungesicherter) Vorleistung (Kreditierung) des anderen Teils erbracht hat<sup>266</sup>.

Da im Rahmen des § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO bzw. § 132 InsO bei der Prüfung der *unmittelbaren* Nachteiligkeit des Verpflichtungsgeschäfts die Vereinbarung über die Vertragsabwicklung -

---

<sup>264</sup> Siehe dazu BGHZ 123, 320, 328 f, siehe oben unter II. 3 a, ee, 5 a, aa.

<sup>265</sup> S.o. II 6a(3); vgl. BGHZ 123, 320, 323 (s.o. II 3a, ee), wonach die Bedeutung der Bardeckung darin liegt, die Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO (= § 130 InsO) in einem für erforderlich gehaltenem Maße einzuschränken und damit an § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO (= § 132 InsO) anzupassen; zuvor bereits Cosack, Grützmann, siehe oben unter II 2 c, aa(2); zur jüngeren Literatur siehe oben unter II 3 b, aa (4).

<sup>266</sup> Für Unanfechtbarkeit auch bei Vorleistung des Gläubigers dagegen Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1. Aufl., S. 467: "Sollte schließlich der Gemeinschuldner nach Vorleistung seines Vertragspartners seinerseits noch geleistet haben, konkurriert zumeist die Vorteilsabschöpfung nicht mit der Deckungsanfechtung: In der Krise geschlossene Verträge dürfen in beliebiger Leistungsreihenfolge erfüllt werden, ohne daß der Vertragspartner eine Deckungsanfechtung befürchten muß. Damit wird gewährleistet, daß der spätere Gemeinschuldner noch laufende Geschäfte eingehen und abwickeln darf. Deshalb kommt bei gleichwertigen Leistungen eine Anfechtung nicht in Frage.."; ähnlich auch Canaris, in: FS KO, S. 83, siehe oben unter II 3 b, bb (4) sowie sogleich unter e), der es für die Unanfechtbarkeit von Sicherheitsbestellungen ausreichen lassen will, daß die "Vereinbarung über die Sicherheitsbestellung zugleich mit der Kreditzusage erfolgt". In diesem Fall schade Vorleistung durch den Gläubiger ebensowenig wie die Abwicklung Zug um Zug; zustimmend H.P. Westermann, KTS 1982, 168; K. Schmidt, WM 1983, 494.

Zug um Zug bzw. Vorleistung durch den Gläubiger - regelmäßig keine Rolle spielt<sup>267</sup>, müßte - bei Gleichwertigkeit der Leistungen - an sich in beiden der eben genannten Fälle (Zug um Zug-Abwicklung sowie Vorleistung durch den Gläubiger) die Anfechtbarkeit der Deckung gem. § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO, § 130 InsO ausgeschlossen sein. (Gleichwertige) Kongruente Deckungen unterlägen somit überhaupt nur dann der Anfechtung, wenn das Verpflichtungsgeschäft vor dem nach § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO bzw. § 132 InsO anfechtungsrelevanten Zeitraum getätigt wurde. Nur für diese vor der Krise abgeschlossenen und nach Eintritt der Krise abgewickelten Verträge käme dann § 142 InsO zum Zuge. Für nach der Krise abgeschlossene und erfüllte wertäquivalente Verträge würde die Anfechtbarkeit hingegen ohne weiteres entfallen, unabhängig davon, ob der Gläubiger vorgeleistet hat oder nicht.

Eine solche Interpretation entspricht weder dem Wortlaut des § 142 InsO (keine zeitliche Einschränkung auf Leistungen, die der Erfüllung von vor der Krise herrührenden Geschäften dienen bzw. keine Privilegierung des vorleistenden Gläubigers) noch dessen Entstehungsgeschichte (siehe oben unter II 4 a)<sup>268</sup>. Sie ist aus diesem Grunde abzulehnen.

#### d) Kein Ausschluß vom vermögensrechtlichen Verkehr

Der in der BegrRegE zu § 142<sup>269</sup> InsO als "entscheidender Grund für die Ausnahmeregelung" des § 142 InsO bezeichnete Gesichtspunkt, daß ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, andernfalls praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde<sup>270</sup>, geht in die gleiche Richtung wie der zuvor unter c) behandelte Versuch, die Privilegierung von Bargeschäften mit einem Umkehrschluß aus § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO, § 132 InsO zu erklären.

Ebensowenig vermag denn auch diese Begründung zu erklären, warum nach § 142 InsO gerade Zug um Zug- Leistungen unanfechtbar, Nachleistungen des Gemeinschuldners dagegen anfechtbar sein sollen (siehe oben unter c).

---

<sup>267</sup> Beispiele für unmittelbare Nachteileiligkeit bei Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 106.

<sup>268</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.)Bd.1, S. 358: "Der entscheidende Grund für die Ausnahmeregelung dieser Vorschrift ist der wirtschaftliche Gesichtspunkt, daß *ein Schuldner, der sich in der Krise befindet*, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wäre, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen"(Hervorhebung durch Verf).

<sup>269</sup> siehe oben unter II 4a.

<sup>270</sup> Ebenso bereits vor allen Jaeger, 6./7. Auflage, § 30 Anm. 37, siehe oben unter II 2c, aa(3); ders., JW 1915, 1253; sowie die in II 3b, aa (4) Genannten; ebenso auch der BGH, siehe nur BGHZ 123, 320, 323 mwN.

Auch die vor allem von Jaeger<sup>271</sup> in diesem Zusammenhang geäußerte Befürchtung, der Schuldner und dessen Familie würden im Falle der Anfechtbarkeit von Bedarfsdeckungsgeschäften des täglichen Lebens (Einkauf von Lebensmitteln und anderer für den täglichen Bedarf notwendigen Güter, die Ratserholung bei Ärzten und Anwälten etc. "vielleicht der größten Not preisgegeben sein", erweist sich bei näherer Betrachtung als unbegründet. Zum einen ließe sich mit dieser Begründung allenfalls eine Privilegierung von Rechtsgeschäften mit insolventen natürlichen Personen herleiten. Zum andern folgt die Unanfechtbarkeit derartiger Bedarfsdeckungsgeschäfte bereits aus einer anderen Überlegung, die mit der Bargeschäftslehre nichts zu tun hat:

Zweck der besonderen Insolvenzanfechtung ist es - vereinfacht gesagt -, die Konkurs- bzw. Insolvenzgläubiger so zu stellen, als wäre mit Eintritt der materiellen Krise bereits das Konkurs- bzw. das Insolvenzverfahren eröffnet worden<sup>272</sup>. Demzufolge muß ein zahlungsunfähiger Schuldner so leben, "wie er leben müßte, wenn über sein Vermögen bereits das Konkursverfahren eröffnet worden wäre. Wer die Zahlungseinstellung des Schuldners kennt, darf mit ihm nur solchen Geschäfte machen, die den Lebensnotwendigkeiten des Schuldners entsprechen. Der Schuldner braucht nicht zu verhungern. Er darf in der kritischen Zeit der Zahlungseinstellung ohne Gefahr solche Gegenstände erwerben, die nach §§ 811, 812 ZPO nicht pfändbar sind. Er darf in Krankheitsfällen einen Arzt hinzuziehen und bezahlen...Will ein Zahlungsunfähiger eine Klage erheben, so muß er sich das Armenrecht bewilligen und einen Anwalt beordnen lassen"<sup>273</sup>.

Gläubiger, die den Gemeinschuldner in Kenntnis der Krise mit notwendigen Gütern bzw. sonstigen Leistungen des täglichen Bedarfs beliefern, müssen daher keine Anfechtung fürchten, denn die vom Gemeinschuldner "dafür aufgewendeten Beträge hätten ja - auch wenn der Konkurs früher eröffnet worden wäre - auf jeden Fall für den Lebensunterhalt des Gemeinschuldners verwendet werden müssen"<sup>274</sup>.

---

<sup>271</sup> Ebenda.

<sup>272</sup> Vgl. Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 2, § 30 Rdnr. 1; Henckel, in: FS Nagel, S. 98; Häsemeyer, Insolvenzrecht 1. Aufl., S. 445 f.; ders., Insolvenzrecht 2. Auflage, S. 413 f; Kilger/K. Schmidt § 30 KO Anm. 1; Kamlah, S. 31; Koziol, Grundlagen, S. 36.

<sup>273</sup> Levy, KTS 1928, S. 48; vgl. auch § 1 KO, §§ 35, 36 InsO, s. auch § 129 KO, § 100 InsO.

<sup>274</sup> Gamerith, JBl 1986, 339; ebenso bereits König, Die Anfechtung Rdnr. 286; vgl. auch Wolff, LZ 1913, 747 f. sowie Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 97.

Überdies fehlt es in diesen Fällen regelmäßig an der für die Anfechtbarkeit erforderlichen Konkursunterworfenheit des Objektes der Anfechtung, vgl. § 1 KO, §§ 35, 36 InsO<sup>275</sup>.

Rechtshandlungen, die im Zeitpunkt ihrer Vornahme die unter Pfändungsschutz (§ 811 Nr. 8 ZPO) stehenden Bezüge betroffen haben, sind von vornherein der Anfechtung entzogen<sup>276</sup>.

König<sup>277</sup> weist darüber hinaus zutreffend darauf hin, daß die Gefahr der Anfechtbarkeit der schuldnerischen Leistung ein "erwünschtes Druckmittel für eine frühzeitige Insolvenzverfahrenseröffnung" darstellt. "Ein Schuldner, der sich einer Kontrahierungsverweigerung gegenüber sieht, ist gezwungen, die Eröffnung des seinem Vermögenszustand entsprechenden Insolvenzverfahrens zu betreiben"<sup>278</sup>.

Dieses Argument wiegt gerade vor dem Hintergrund der mit der Insolvenzrechtsreform verfolgten Ziele<sup>279</sup> um so schwerer, weil dort die "erleichterte und rechtzeitige Eröffnung des Insolvenzverfahrens" als "bedeutsames Reformziel" ausgewiesen wird<sup>280</sup>.

#### e) Keine Verletzung der par condicio creditorum

Denjenigen, die bei Bargeschäften eine den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzende Bevorteilung des Gläubigers leugnen<sup>281</sup>, ist zwar zuzugeben, daß § 30 KO bzw. §§ 130 - 132 InsO auf dem Gedanken beruhen, daß vom Offenbarwerden der Krise an das Vermögen des Schuldners der Allgemeinheit seiner persönlichen Gläubiger verfangen ist und daß es Zweck dieser Vorschriften ist zu verhindern, daß noch nach Offenbarwerden der Krise einzelne Gläubiger sich Deckung verschaffen und dadurch das Prinzip der gleichen Behandlung aller Konkursgläubiger durchlöchert wird<sup>282</sup>.

---

<sup>275</sup> König, Die Anfechtung, Rdnr. 44.

<sup>276</sup> Ebenda.

<sup>277</sup> Die Anfechtung, S. 182.

<sup>278</sup> König, aaO.

<sup>279</sup> Siehe oben I 2.

<sup>280</sup> Vgl. die Allgemeine BegrRegE, unter 1.1.3 b, Text bei Kübler/Prütting, (Hrsg.) Bd. 1, S. 101 f: "Aus wirtschaftlichen, sozialen und rechtsstaatlichen Gründen ist es bedeutsames Reformziel, in einem weit größeren Teil der Insolvenzen als heute die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu ermöglichen. Nur wenn es zur Verfahrenseröffnung kommt, können die Effizienzvorteile des neuen marktkonformen Verfahrens genutzt werden... Es wird allgemein als wünschenswert angesehen, daß insolvente Schuldner früher als heute in das Insolvenzverfahren gelangen. Hiervor kann eine wesentliche Verbesserung der Sanierungschancen erwartet werden...".

<sup>281</sup> Siehe oben, unter II 2c, aa(3),(6), 3b, aa (4),(5).

<sup>282</sup> Siehe oben, unter II 2a; vgl. BGHZ 58, 240, 242 f.

Nicht zu überzeugen vermag jedoch die hieraus gezogene Schlußfolgerung, wonach bei Bardeckungen im Sinne von § 142 InsO von der eben beschriebenen mißbilligten Begünstigung keine Rede sein könne. § 142 InsO verlangt nämlich nicht, daß das Verpflichtungsgeschäft, dessen Erfüllung bzw. Sicherung die schuldnerische Leistung diene, erst nach Eintritt der Krise oder gar gleichzeitig mit der schuldnerischen Leistung vorgenommen wurde<sup>283</sup>.

Demnach kann bei Bardeckungen i.S.v. § 142 InsO der Gleichbehandlungsgrundsatz sehr wohl - wenn auch nur in eingeschränkter Weise<sup>284</sup> - verletzt und dennoch die Anfechtbarkeit wegen § 142 InsO ausgeschlossen sein<sup>285</sup>.

Canaris<sup>286</sup> hingegen sieht den Grundsatz der *par condicio* selbst dann nicht als verletzt an, wenn ein Kreditgeber dem Gemeinschuldner nach Ausbruch der Krise zunächst ungesichert Kredit gewährt, die Kreditbesicherung zugleich mit der Kreditzusage vereinbart wurde, aber erst längere Zeit später erfolgt. ” Wenn der Kreditgeber sich darauf einläßt, so ist das seine Sache; die Interessen der übrigen Gläubiger werden durch die Hinausschiebung der Sicherheitenbestellung in keiner Weise berührt.” Andererseits soll der Gleichbehandlungsgrundsatz dann verletzt sein, wenn - nach Ausbruch der Krise<sup>287</sup> - erst der Kredit versprochen und danach die Sicherheitenbestellung vereinbart werde. Daher sei auch von seinem Standpunkt aus § 30 Nr. 1, 2. Alt., Nr. 2 KO bzw. §§ 130, 131 InsO nicht etwa auf die Deckung von Forderungen zu beschränken, die bereits vor Ausbruch der Krise entstanden sind<sup>288</sup>.

Dem ist entgegenzuhalten, daß in beiden eben genannten Fallkonstellationen der Kreditgeber *tatsächlich* ungesichert vorgeleistet und erst danach vom insolventen Gemeinschuldner

<sup>283</sup> Siehe oben unter a; wie hier Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 110, § 29 Rdnr. 72; a.A z.B. Canaris, in: FS KO, S. 82, siehe oben II 3b, bb (4).

<sup>284</sup> Häsemeyer, KTS 1982, 519.

<sup>285</sup> So auch BGHZ 123, 320, 323: ”§ 30 Nr. 1 KO, der allein an den Eintritt der wirtschaftlichen Krise anknüpft und den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger schon für diesen Zeitpunkt durchsetzen soll (BGHZ 58, 240, 242 f.; 59, 230, 232; Kuhn/Uhlenbruck, KO, 10. Auflage § 30 Rdnr. 1; Jaeger/Henckel, aaO. § 30 Rdnrn. 1, 2 und 190), verdient bei wertender Betrachtungsweise keinen Vorang vor dem Sicherungs- oder Befriedigungsinteresse des einzelnen Gläubigers, der seinerseits in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der empfangenen Leistung dem Gemeinschuldner eine gleichwertige Gegenleistung vereinbarungsgemäß erbracht hat”; siehe auch Häsemeyer, KTS 1982, 517 ff.

<sup>286</sup> In: FS KO, S. 83, siehe oben II 3b, bb (4).

<sup>287</sup> aaO, S. 82.

Deckung in voller Höhe erhalten hat. Daß die Interessen der übrigen Konkurs- bzw. Insolvenzgläubiger durch die Hinausschiebung der Sicherheitsbestellung in keiner Weise berührt sein sollen, trifft nicht zu, denn ohne diese Bestellung hätte der Kreditgeber lediglich einen schuldrechtlichen Anspruch auf die Sicherheit, der Konkursforderung ist<sup>289</sup>.

Koziol weist zudem mit Recht darauf hin, daß das von Canaris zur Sicherheitsbestellung Angeführte wohl gleichermaßen für alle entgeltlichen Geschäfte (insbesondere Warenaustausch-Geschäfte) gelten müßte. "Damit wäre die beiderseits erfolgte Erfüllung jedes entgeltlichen Geschäfts der Anfechtung entzogen, weil bei diesem stets mit der Zusage der Leistung auch die Erbringung der Gegenleistung vereinbart wird"<sup>290</sup>.

Schließlich spricht - neben dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 142 InsO<sup>291</sup> - noch folgende Überlegung gegen die Ansicht Canaris`: Nach Canaris sind Leistungen des Schuldners, die der Erfüllung/Sicherung von Forderungen dienen, *die nach der Krise entstanden* sind, nur dann wegen Verletzung des

Gleichbehandlungsgrundsatzes anfechtbar, wenn der *die Krise kennende* Gläubiger<sup>292</sup> *vereinbarungsgemäß ungesichert vorleistet*. Da dies niemand tun wird (wer gewährt schon einem bekanntermaßen insolvenzreifen Schuldner ungesicherten Kredit?), würde sich der Anwendungsbereich der Deckungsanfechtungstatbestände inklusive § 142 InsO entgegen Canaris` Behauptung<sup>293</sup> praktisch auf Forderungen, die vor Ausbruch der Krise entstanden sind, beschränken. Ein solches Ergebnis entspricht aber weder dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte sowohl des § 142 InsO als auch der § 30 KO bzw. §§ 130, 131 InsO<sup>294</sup>.

#### f) Keine Kreditierung

Diejenigen Autoren, die - zum Teil unter Hinweis auf § 17 KO (§ 103 InsO, Wahlrecht des Insolvenzverwalters)<sup>295</sup>, zum Teil unter Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>296</sup> - die

<sup>288</sup> aaO, S. 83, Fn. 30.

<sup>289</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 117; ebenso v. Campe, S. 161; Kamlah, S. 52.

<sup>290</sup> Koziol, Grundlagen und Streitfragen S. 86 f.

<sup>291</sup> "Eine Leistung des Schuldners für die *unmittelbar* eine gleichwertige *Gegenleistung* in sein Vermögen *gelangt..*".

<sup>292</sup> Vgl. § 30 KO bzw. § 130 InsO.

<sup>293</sup> Canaris, in: FS KO, S. 83 Fn. 30, siehe oben.

<sup>294</sup> Siehe oben unter e.

<sup>295</sup> Cosack, aaO, S. 172 f.; siehe oben unter II 2c, cc.

<sup>296</sup> Vgl. Koziol, Grundlagen und Streitfragen, S. 87; Gerhardt, in: FS-Brandner, S. 611.

Privilegierung der Empfänger von Bardeckungen im Sinne des § 142 InsO mit der fehlenden Kreditierung rechtfertigen<sup>297</sup>, weisen zwar zutreffend darauf hin, daß diese im Unterschied zu den ungesichert vorleistenden Gläubigern gerade nicht das Insolvenzrisiko des Gemeinschuldners auf sich genommen haben, weil sie die im Zug um Zug-Prinzip liegende Sicherheit wahrgenommen haben.

Aus diesem Unterschied die Unanfechtbarkeit abzuleiten<sup>298</sup>, erscheint indes jedenfalls dann zweifelhaft, wenn der Kontrahent des Gemeinschuldners bereits *bei Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts von der Krise* (Zahlungsunfähigkeit bzw. Insolvenzeröffnungsantrag) *seines Gegenübers Kenntnis hatte*<sup>299</sup>. Unter diesen Voraussetzungen wird sich nämlich kein vernünftiger Gläubiger darauf einlassen, zunächst ungesichert vorzuleisten und darauf zu hoffen, daß der andere Teil trotz Zahlungsunfähigkeit bzw. trotz Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. § 132 InsO) die geschuldete Leistung erbringen werde.

Veranlaßt beispielsweise ein Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft die Ausstellung eines Wechsels, für ein bekanntermaßen notleidend gewordenes Unternehmen, ohne dafür Sicherheiten zu verlangen, so liegt darin nach BGH, NJW 1980, 1629 eine die Haftung nach §§ 116, 93 AktG begründende schuldhaftes Sorgfaltspflichtverletzung des Aufsichtsratsmitglieds gegenüber seiner Aktiengesellschaft<sup>300</sup>.

Besteht der Vertragspartner wegen der Insolvenzreife seines Gegenübers bei Abschluß des Vertrages (selbstverständlich) auf Zug um Zug-Abwicklung, so vermag das "fehlende Vertrauen" in die Solvenz des nachmaligen Gemeinschuldners als Grund für die "Wohltat" des § 142 InsO nicht zu überzeugen.

Denn derjenige, der im Gegensatz zu anderen Gläubigern bei Abschluß des Vertrags von der Insolvenz seines Vertragspartners weiß, kann den anderen Gläubigern gegenüber nicht allein deshalb privilegiert sein, weil er nicht auf die Solvenz des Gemeinschuldners vertraut hat<sup>301</sup>.

Die fehlende Kreditierung vermag daher den auch in diesen Fällen anwendbaren § 142 InsO nicht zu rechtfertigen.

---

<sup>297</sup> Siehe oben II 3b, aa (4).

<sup>298</sup> Vgl. Henckel, in: Insolvenzrecht im Umbruch, S. 251: "Der entscheidende Gedanke des § 151 RefE (= § 142 InsO) ist, daß die Deckungsanfechtung nur gegenüber Gläubigern in Betracht kommen soll, die dem Schuldner Kredit gewährt haben. Wer dagegen Zug um Zug oder später als der Schuldner leistet, gewährt keinen Kredit und übernimmt damit kein Insolvenzrisiko".

<sup>299</sup> Beispiele aus der Rspr. oben unter II 2b, bb, gg; 3a, aa, bb.

<sup>300</sup> Weitere Beispiele - zu § 43 GmbHG - bei Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43 Rdnr. 85.

<sup>301</sup> So wohl auch Levy, KTS 1928, 428, 2. Spalte.

## g) Vermögensumschichtung

## aa) Befriedigungstaugliche Gegenleistung

Die Überlegung, wertäquivalente Bardeckungen von der Deckungsanfechtung auszunehmen, weil *wegen des ausgleichenden Gegenwerts* keine Vermögensverschiebung zu Lasten des Gemeinschuldners, sondern eine bloße Vermögensumschichtung vorliege<sup>302</sup>, leuchtet ohne weiteres in den Fällen ein, in denen die Gegenleistung ihrer Beschaffenheit nach geeignet ist, dereinst Bestandteil der Teilungsmasse zu werden.

Verkauft und übereignet beispielsweise der Gemeinschuldner Waren zum angemessenen Preis gegen Barzahlung, wird dadurch die Aktivmasse des gemeinschuldnerischen Vermögens zwar in ihrer Zusammensetzung, nicht dagegen in ihrer wertmäßigen Höhe verändert (Vermögensumschichtung<sup>303</sup>). Gleiches gilt für den umgekehrten Fall des Warenkaufs durch den Gemeinschuldner sowie bei Darlehnsaufnahme gegen Sicherheitsbestellung bzw. Darlehnsgewährung gegen Erhalt einer Sicherheit.

Bezahlt der Gemeinschuldner dagegen "alte" ungesicherte Schulden bei einem seiner Gläubiger, verringern sich zwar seine Verbindlichkeiten um eben diesen Betrag. Gleichzeitig erleidet aber sein Aktivenbestand wegen des Geldabflusses einen Verlust, so daß den übrigen Gläubigern nach der Zahlung des Schuldners im Ergebnis weniger Haftungsmasse zur Verfügung steht als ohne diese Zahlung<sup>304</sup>. Gleiches gilt auch dann, wenn zwar Zug um Zug-Leistung vereinbart war, der Gläubiger aber dennoch tatsächlich ungesichert vorgeleistet und der Gemeinschuldner seine Leistung erst später erbracht hat<sup>305</sup>.

Zwar wird auch in diesen Fällen *im Ergebnis* nur ein Vermögensgegenstand gegen einen anderen ausgetauscht<sup>306</sup>. Im Gegensatz zur Zug um Zug-Abwicklung verschlechtert sich aber die Position der übrigen Gläubiger durch die (Nach-) Leistung des Gemeinschuldners: Betrachtet man die Haftungsmasse vor der Leistung des Gemeinschuldners und vergleicht sie

---

<sup>302</sup> Nach BGHZ 123, 320, 323, siehe oben II 3a, ee, ist dies der Rechtsgrund für die anfechtungsrechtliche Begünstigung von Bargeschäften; siehe auch BegrRegE zu § 142 InsO siehe oben II 4a: "Die Benachteiligung der Gläubiger, die in der Leistung des Schuldners liegt, bleibt außer Betracht, da sie durch die Gegenleistung wieder ausgeglichen wird..."; ebenso bereits Grützmann, S. 166 Fn. 522, 170, siehe oben II 2c, aa ; sowie die unter II 3b, aa (3) Genannten.

<sup>303</sup> Siehe oben II 3b, aa (3).

<sup>304</sup> Ebenso bereits RG, JW 1894, 546 Nr. 14, siehe oben II 2b, cc.

<sup>305</sup> A.A. Canaris, in: FS-KO, S. 83, siehe oben unter e) sowie II 3b, bb (4); K. Schmidt, WM 1983, 494; H.P. Westermann, KTS 1982, 168.

<sup>306</sup> K. Schmidt, aaO.

mit dem Zustand, den sie nach dieser Leistung erreicht hat, dann hat sich die Situation der übrigen Gläubiger - anders als bei Zug um Zug-Abwicklung - verschlechtert, weil ihnen Befriedigungsmittel entzogen wurden<sup>307</sup>.

Die Vermögensumschichtung im hier verstandenen Sinne bezieht sich daher einzig auf das Aktivvermögen des Gemeinschuldners, nicht dagegen auf das Gesamtvermögen unter Einbeziehung der Verbindlichkeiten und liegt aus den eben genannten Gründen nur vor, wenn der Gemeinschuldner seine Leistung nicht zeitlich nach der Gegenleistung des Gläubigers erbracht hat<sup>308</sup>.

Ebenso läßt sich mit dieser Begründung (bloße Vermögensumschichtung) unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck der besonderen Insolvenzanfechtung erklären, warum nur kongruente Deckungen Bardeckungen im Sinne des § 142 InsO darstellen<sup>309</sup>. Denn " der Gesichtspunkt der Vermögensumschichtung betrifft nur das zugrundeliegende Rechtsgeschäft, nicht die davon abweichende Art der Erfüllung oder Sicherung: Im Hinblick auf den Zweck des § 30 KO, die Gleichbehandlung aller Gläubiger während der wirtschaftlichen Krise des Gemeinschuldners zu verwirklichen, ist es nicht gleichgültig, ob eine Deckung vereinbarungsgemäß gewährt wird oder nicht. Im Gegenteil stellt der Erwerb desjenigen Gläubigers, der etwas anderes erhält als vereinbart, anfechtungsrechtlich auch dann eine einseitige Begünstigung dar, wenn der Gläubiger seinerseits eine Gegenleistung von gleichem Wert erbracht hat."<sup>310</sup>

#### bb) Befriedigungsuntaugliche Gegenleistung

Nicht zu erklären vermag diese Begründung allerdings die Privilegierung derjenigen Gläubiger, die eine zwar gleichwertige Gegenleistung Zug um Zug erbracht haben, diese Gegenleistung ihrer Beschaffenheit nach jedoch nicht geeignet ist (und sei es auch nur mittelbar), dereinst Bestandteil der Teilungsmasse zu werden.

Beauftragt beispielsweise der insolvente Gemeinschuldner gegen Gewährung einer Sicherheit bzw. gegen Vorschußzahlung seinen Vertragspartner mit der Einleitung von

---

<sup>307</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 117.

<sup>308</sup> A.A K. Schmidt, aaO.

<sup>309</sup> Siehe oben II 5a, aa.

<sup>310</sup> BGHZ 123, 320, 328, siehe oben II 3a, ee.

außergerichtlichen Sanierungsverhandlungen<sup>311</sup>, so verringert sich trotz der Zug um Zug-Abwicklung sein Aktivvermögen um jene Deckungsleistung, weil kein für die Gläubigerbefriedigung in Betracht kommendes Entgelt in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt ist<sup>312</sup>.

Von einer bloßen Vermögensumschichtung kann in diesen Fällen mithin keine Rede sein, so daß - unterstellt, § 142 InsO beruhte auf diesem Gedanken - die Leistung des Schuldners nach § 130 InsO anfechtbar wäre.

Aus diesem Umstand (keine Privilegierung nach § 142 InsO von Gläubigern, deren Zug um Zug gewährte Gegenleistung keine Vermögensumschichtung herbeiführt) die Ungeeignetheit dieses Erklärungsversuchs für § 142 InsO herzuleiten, ist indes nur dann möglich, wenn § 142 InsO nicht zwischen befriedigungstauglichen und befriedigungsuntauglichen Gegenleistungen des Gläubigers differenziert und in beiden Fällen unter seinen weiteren Voraussetzungen zur Unanfechtbarkeit der schuldnerischen Leistung führt.

Zu klären ist daher, welche Anforderungen § 142 InsO an die Gegenleistung des Gläubigers stellt:

Zum einen muß diese Gegenleistung mit der schuldnerischen Leistung "gleichwertig" sein<sup>313</sup>. Diese Gleichwertigkeit, die nach objektiven Maßstäben zu beurteilen ist<sup>314</sup> und im Zusammenhang mit § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtsgeschäfte) steht<sup>315</sup>, liegt vor, wenn die auszutauschenden Leistungen in einem objektiv angemessenem Preis-Leistungs-Verhältnis zueinander stehen, der Schuldner also nicht mehr als marktüblich bezahlt, bzw. nicht weniger als marktüblich erhält<sup>316</sup>. Darauf, ob die Gegenleistung des Gläubigers als Befriedigungsmittel für die übrigen Gläubiger taugt, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an<sup>317</sup>.

§ 142 InsO verlangt jedoch nicht nur, daß die Gegenleistung mit der des Schuldners gleichwertig zu sein hat; vielmehr muß diese "gleichwertige Gegenleistung *in sein* (des Gemeinschuldners) *Vermögen gelangt*" sein.

---

<sup>311</sup> Vgl. die Beispiele oben II 3 b, ee.

<sup>312</sup> Vgl. Levy, KTS 1928, 48.

<sup>313</sup> zu diesem Tatbestandsmerkmal ausführlich unten IV 4.

<sup>314</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 InsO, siehe oben II 4a.

<sup>315</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142, siehe oben II 4a, sowie unten IV 4.

<sup>316</sup> Siehe dazu oben II 2 b, dd; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 116 sowie unten IV 4.

<sup>317</sup> Ebenda.

In das schuldnerische Vermögen kann die Gegenleistung des Gläubigers aber nur dann im Sinne von § 142 InsO gelangen, wenn sie - isoliert betrachtet - geeignet ist, das Vermögen des Gemeinschuldners zu mehren (Vermögenszuwachs). Nur so läßt sich denn auch der Hinweis in der BegrRegE zu

§ 142 InsO<sup>318</sup> deuten, wenn es dort heißt, daß die Benachteiligung der Gläubiger, die in der Leistung des Schuldners liege, außer Betracht bleibe, "da sie durch die Gegenleistung wieder ausgeglichen wird"<sup>319</sup>.

Verlangt demnach § 142 InsO von der Gegenleistung, daß diese im Zeitpunkt ihrer Gewährung die Haftungsmasse vergrößert, um so die durch die Leistung des Gemeinschuldners erfolgte Vermögensminderung auszugleichen, dann bedeutet dies, daß die Gegenleistung befriedigungstauglich sein muß, weil nur befriedigungstaugliche Gegenleistungen den eben beschriebenen Ausgleich herbeiführen können.

Unter welchen Voraussetzungen eine Leistung als befriedigungstauglich (verwertbar) anzusehen ist, dazu später unter IV 5. An dieser Stelle sei nur kurz erwähnt, daß keinesfalls nur gegenständliche Leistungen (Geld, Waren, dingliche Sicherheiten, Forderungen, sonstige Rechte,...) dieses Erfordernis erfüllen. Auch nicht- gegenständliche Leistungen gelangen in das Vermögen des Gemeinschuldners, sofern sie zu einer *tatsächlichen Wertsteigerung* der schuldnerischen Haftungsmasse führen, beispielsweise Reparaturarbeiten am Betriebsgebäude, auch wenn diese (Erhaltungs-) Aufwendungen in der Handelsbilanz nicht aktiviert werden dürfen<sup>320</sup>.

Ein solches Verständnis des § 142 InsO scheint mit der Rechtsprechung zur Anfechtbarkeit von Honorarzahlungen für gescheiterte Sanierungsbemühungen nicht im Einklang zu stehen<sup>321</sup>, wonach solche Zahlungen nur dann anfechtbar sein sollen, wenn der

---

<sup>318</sup> S.o. II 4a.

<sup>319</sup> Ebenso BGHZ 123, 320, 323 mwN; vgl in diesem Zusammenhang auch die Allgemeine Begründung des Regierungsentwurfs unter 4a, cc (Grundzüge der Neuregelung, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S. 104 ff): "Der einheitliche Hauptzweck des Insolvenzverfahrens ist die gemeinschaftliche Verwirklichung der Vermögenshaftung. Gegenstand der Haftung ist das Vermögen des Schuldners, nicht seine gesellschafts-oder verbandsrechtliche Organisation...".

<sup>320</sup> Vgl. Knobbe-Keuck, § 4 IV. 4a; zum Problem der Ersparnis von Aufwendungen für die Masse s.u. IV 5.

<sup>321</sup> Vgl. oben II 2b, dd, ee, ff,gg, II 3 a, bb; siehe auch RGZ 162, 292, 296 f; BGHZ 77, 250, 253; BGH, WM 1988, 472, 474 = ZIP 1988, 324, 326.

Sanierungsversuch von vornherein erkennbar aussichtslos war. Diese Entscheidungen beruhen indes - soweit sie von der hier vertretenen Auffassung (kein Fall des § 142 InsO) abweichen - auf der oben abgelehnten, da mit § 142 InsO nicht zu vereinbarenden Annahme, der Bardeckungsempfänger sei kein Konkurs-bzw. Insolvenzgläubiger im Sinne der Deckungsanfechtungstatbestände<sup>322</sup>. Oder aber sie leugnen eine Gläubigerbenachteiligung schlechthin, ohne daß es darauf ankäme, ob es sich bei den fraglichen Zahlungen um Bardeckungen gehandelt habe<sup>323</sup>.

## 2. Ergebnis

Zusammenfassend bleibt festzustellen, daß nur der eben erörterte Gesichtspunkt der fehlenden Vermögensverschiebung zu Lasten des Gemeinschuldners (bloße Vermögensumschichtung) den § 142 InsO zufriedenstellend zu erklären vermag.

Bestätigt wird dieses Ergebnis durch den Wortlaut des § 142 InsO ( die gleichwertige Gegenleistung muß *in das Vermögen* des Gemeinschuldners gelangen), seine amtliche Begründung ("Die Benachteiligung der Gläubiger, die in der Leistung des Schuldners liegt, bleibt außer Betracht, *da sie durch die Gegenleistung wieder ausgeglichen wird*"<sup>324</sup>) sowie durch die fehlende Schutzbedürftigkeit der übrigen Insolvenzgläubiger, weil diesen vor und nach der Leistung des Schuldners eine der Höhe nach unveränderte Haftungsmasse zur Verfügung steht.

---

<sup>322</sup> Siehe oben a; LG Leipzig, zit. bei Jaeger, JW 1915, 1254 f, siehe oben II 2b, gg; RGZ 136, 152, siehe oben II 2 b, hh.

<sup>323</sup> BGHZ 28, 344, 346 f, siehe oben II 3a, bb; ebenso bereits RGZ 162, 292, 296 f; siehe auch BGHZ 77, 250, 253; BGH, WM 1988, 472, 474 = ZIP 1988, 324, 326; zustimmend Böhle/Stamschräder, 6. Auflage, § 30 Anm. 2 g; Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 26; Hess, § 30 Rdnr. 32; Kilger/K. Schmidt, § 30 Anm. 8; nach Pohle, MDR 1959 189, sind derartige Zahlungen zwar gläubigerbenachteiligend, dennoch sei in diesen Fällen eine Anfechtung aus Billigkeitsgründen abzulehnen; a.A. Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 116, wonach eine Anfechtung nur bei Zug um Zug-Abwicklungen ausscheide. Diese Auffassung beruht aber auf der unzutreffenden Annahme, der Zweck der Privilegierung von Bargeschäften bestünde darin, den Gemeinschuldner nicht vom Geschäftsverkehr auszuschließen, aaO, Rdnr. 8, siehe oben d, im übrigen Widerspruch zu § 29 Rdn. 65, § 30 Rdnr. 104, wo ausdrücklich auf die Notwendigkeit der Befriedigungstauglichkeit der Gegenleistung abgestellt wird, siehe dazu unter IV 5c; zur künftigen anfechtungsrechtlichen Behandlung dieser Fälle s.u. IV 5..

<sup>324</sup> Siehe oben II 4a.

#### IV. Die Tatbestandsvoraussetzungen des §142 InsO

Entsprechend dem Anliegen dieser Untersuchung<sup>325</sup> gilt es nunmehr, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 142 InsO unter Berücksichtigung der mit der Insolvenzrechtsreform verfolgten Ziele<sup>326</sup> sowie der unter III gewonnenen Erkenntnisse zu präzisieren.

##### 1. "Eine Leistung des Schuldners"

Nach dem oben unter II 5 Ausgeführten besteht die Funktion des § 142 InsO darin, die Deckungsanfechtung nach § 130 InsO (kongruente Deckung) einzuschränken. Leistungen des Schuldners im Sinne des § 142 InsO sind demnach alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht haben<sup>327</sup>.

Zu diesen Rechtshandlungen zählen nicht nur Verfügungen im rechtstechnischen Sinn, sondern auch andere verfügungsähnliche Einwirkungen auf ein subjektives Recht zu Lasten des haftenden Vermögens des Gemeinschuldners, etwa Handlungen, die dem Gläubiger kraft Gesetzes Eigentum verschaffen, zum Beispiel nach §§ 946 ff BGB<sup>328</sup>.

Ebenso stellen Dienstleistungen oder andere nicht befriedigungstaugliche Tätigkeiten Leistungen im Sinne des § 142 InsO dar, sofern diese - was regelmäßig der Fall sein wird - für den Gemeinschuldner mit Kosten (Aufwand) verbunden sind. Andernfalls entfällt die Anfechtbarkeit bereits wegen der fehlenden Gläubigerbenachteiligung, weil § 129 InsO als Grundvoraussetzung jeder Anfechtung fordert, daß die Befriedigung der Gläubiger infolge der Leistung (Rechtshandlung i.S.v. § 129 InsO) verkürzt (vermindert), vereitelt, erschwert oder verzögert wird<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup> Siehe oben I 1,4.

<sup>326</sup> Siehe oben I 2,3.

<sup>327</sup> Siehe dazu Henckel, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 650 ff.

<sup>328</sup> Henckel, aaO.

<sup>329</sup> Vgl. BegrRegE zu § 129 InsO, Text bei Kübler/Prütting, (Hrsg.) Bd. 1, S. 336, sowie zu § 142 InsO, siehe oben II 4a: "Die Benachteiligung der Gläubiger, die in der Leistung des Schuldners liegt..."; vgl. ferner § 143 Abs. 1 S. 1 InsO (Rechtsfolgen): "Was durch die anfechtbare Handlung *aus dem Vermögen* des Schuldners veräußert, weggeben oder aufgegeben ist, muß zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden."

## 2. " für die"

§ 142 InsO kommt nur zur Anwendung, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sind. Das wird durch die Worte " für die" zum Ausdruck gebracht<sup>330</sup>.

Eine Leistung, die nicht der Parteivereinbarung entspricht, stellt keine Bardeckung i.S.d. § 142 InsO dar<sup>331</sup>.

### a) inkongruente Deckungen

Aus diesem Grund kann eine inkongruente Deckung nach § 131 InsO auch dann angefochten werden, wenn sie in einem der Vereinbarung entsprechenden unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Gegenleistung des Gläubigers erbracht worden ist und mit dieser gleichwertig ist, weil nur kongruente Leistungen Bardeckungen i.S.v.

§ 142 InsO sein können<sup>332</sup>.

Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen einer Bardeckung in diesem Sinne ist derjenige, in dem die zeitlich erste Leistung eines Vertragsteils erbracht wird. Bis dahin können die Beteiligten den Inhalt ihrer schuldrechtlichen Vereinbarung noch abändern ohne den Charakter der (kongruenten) Bardeckung zu gefährden<sup>333</sup>. Hat hingegen eine Seite schon vorgeleistet, dann erscheint jede nachträgliche Änderung allein mit Bezug auf die Art der Gegenleistung im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller Gläubiger insoweit als verdächtig. Dies trifft unabhängig davon zu, ob der Gemeinschuldner oder der Gläubiger vorgeleistet hat<sup>334</sup>.

---

<sup>330</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 InsO, siehe oben II 4a; BGHZ, 123, 320, 328; siehe oben II 3 a, ee.

<sup>331</sup> BGHZ 123,320,328.

<sup>332</sup> BGHZ 123,320,328; sowie ausführlich oben unter II 5a, aa; hingewiesen sei an dieser Stelle darauf, daß dann wenn sich der Schuldner durch eine andere Leistung als die geschuldete von seiner Schuld befreien darf (Ersetzungsbefugnis, facultas alternativa), eine inkongruente Deckung nicht vorliegt, BGHZ 77, 177, 183 mwN.

<sup>333</sup> Wurde die - rechtzeitige - Vereinbarung, die eine inkongruente Deckung zu einer kongruenten macht, mit dem Vorsatz getroffen, andere Gläubiger zu benachteiligen, und kannte der Gläubiger diesen Vorsatz des Schuldners, so kann diese Vereinbarung zusammen mit der Deckungshandlung nach § 133 Abs. 1 InsO (vgl. § 142 InsO) angefochten werden, vgl. Jaeger/Henckel, § 31 Rdnr. 4.

<sup>334</sup> BGHZ 123, 320, 328 f.

Sicherheiten, die aufgrund der *Nummer 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken*<sup>335</sup> gewährt werden, stellen nach h.M. inkongruente Deckungen (§ 131 InsO) dar, weil Nr. 13 keine konkreten Sicherheiten benennt<sup>336</sup>. Eine Privilegierung solcher Sicherheitsbestellungen gem. § 142 InsO kommt demnach nicht in Betracht.

#### b) gesetzliche Sicherheiten

Mangels Verknüpfung durch Parteivereinbarung handelt es sich bei Sicherheiten, die kraft Gesetzes entstehen<sup>337</sup>, ohne daß sie zusätzlich bei Abschluß des Vertrages vereinbart worden sind, nicht um Bardeckungen i.S.v. § 142 InsO.

Keine Rolle spielt daher die Frage, ob es sich dabei um kongruente oder inkongruente Deckungen handelt<sup>338</sup>.

#### c) Überweisungsaufträge des Schuldners nach Gutschrift

Erteilt eine Bank ihrem insolventen Kunden Gutschriften auf dessen debitorischem Konto und führt sie in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang Überweisungsaufträge dieses Kunden aus, die nicht durch ein Habensaldo gedeckt sind, kann in der Deckung, die durch Verrechnung im Kontokorrentverhältnis erlangt wurde<sup>339</sup> keine Bardeckung im Sinne von § 142 InsO gesehen werden, weil es auch hier an der für § 142 InsO erforderlichen Verknüpfung durch Parteivereinbarung fehlt<sup>340</sup>.

---

<sup>335</sup> Vgl. Baumbach/Hopt, HGB, (8) AGB-Banken 13, Rdn. 1ff.

<sup>336</sup> BGHZ 33, 389, 392 ff; BGH LM Nr. 23 zu § 30 KO; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 220 mwN.

<sup>337</sup> Insbesondere §§ 559, 581 Abs. 2 BGB (Vermieter/Verpächterpfandrecht), § 583 BGB (Pächterpfandrecht), § 647 BGB (Unternehmerpfandrecht), § 704 BGB (Pfandrecht des Gastwirts) §§ 369 ff HGB (kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht) §§ 397 f, 404 HGB (Pfandrecht des Kommissionärs), § 410 HGB (Pfandrecht des Spediteurs), § 421 HGB (Pfandrecht des Lagerhalters) §§ 440 f, 457 HGB (Pfandrecht des Frachtführers einschließlich der Eisenbahn); werden Ansprüche aus §§ 648, 648a BGB auf Sicherheitenbestellungen Zug um Zug gegen Erbringung der Werkleistung durchgesetzt, reicht dies ebenfalls nicht für die Anwendung des § 142 InsO, weil dieser voraussetzt, daß bereits der Werkvertrag selbst eine entsprechende Verpflichtung enthält.

<sup>338</sup> Siehe dazu Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 224.

<sup>339</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 272; vgl. auch Göpfert, *Anfechtbare Aufrechnungslagen*, S. 13 f; zum Verhältnis von Aufrechnung und Insolvenzanfechtung siehe Paulus, ZIP 1997, 575 ff; zum maßgeblichen Zeitpunkt vgl. BGHZ 118, 171.

<sup>340</sup> Von Usslar, DB 1980, 919; a.A. Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 278, der zwar ebenfalls das Fehlen einer solchen Vereinbarung feststellt, diese aber für entbehrlich hält.

### 3. "unmittelbar"

Nach der BegrRegE zu § 142 InsO<sup>341</sup> besagt das Wort "unmittelbar", daß zwischen Leistung und Gegenleistung ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muß<sup>342</sup>.

Wie schon nach bisher geltendem Recht steht der Annahme eines Bargeschäfts aber nicht entgegen, daß zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Gläubigers eine gewisse Zeitspanne liegt<sup>343</sup>. Sie darf jedoch nicht so lang sein, daß das Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung der üblichen Zahlungsbräuche den Charakter eines Kreditgeschäfts annimmt.

Wann hingegen das dem Leistungsaustausch zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft getätigt wurde, sei es geraume Zeit vor dem Leistungsaustausch, sei es zeitgleich mit diesem, ist nach Wortlaut, Begründung sowie Sinn und Zweck<sup>344</sup> des § 142 InsO unerheblich<sup>345</sup>.

#### a) Vorleistung durch den Gemeinschuldner

Henckel<sup>346</sup> hält das Unmittelbarkeitserfordernis im Rahmen des § 142 InsO für verfehlt. Entscheidend sei nicht, daß die Leistung des Schuldners in unmittelbarem Zusammenhang mit der gleichwertigen Gegenleistung erbracht worden sei, sondern daß der andere Teil keinen Kredit gewährt habe<sup>347</sup>. § 142 InsO müsse deshalb - erst recht - auch dann anwendbar sein, wenn der Schuldner vorgeleistet habe.

Diese Ansicht beruht auf der Annahme, der entscheidende Gedanke des § 142 InsO sei darin zu sehen, daß die Deckungsanfechtung nur gegenüber Gläubigern in Betracht kommen solle, die dem Schuldner Kredit gewährt haben. Wie unter III 1 f ausgeführt, vermag dieser Gedanke den § 142 InsO jedoch nicht zu rechtfertigen.

---

<sup>341</sup> S.o. II 4a.

<sup>342</sup> Ebenso BGHZ 123, 320, 323, siehe oben II. 3 a, ee.

<sup>343</sup> Siehe dazu oben unter II 3a, aa, cc, dd.

<sup>344</sup> Siehe dazu oben III 1g, 2.

<sup>345</sup> Siehe dazu oben I 4a, bb; weitere Nachweise oben Fn 177; Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 72, § 30 Rdnr. 110 mwN aus der Rechtsprechung, siehe auch § 30 Rdnr. 115 aE.

<sup>346</sup> In: Insolvenzrecht im Umbruch, S. 251; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 110; ihm folgend Gerhardt, in: FS Brandner, S. 611; ebenso Häsemeyer, Insolvenzrecht 2. Auflage, S. 438 Fn. 132.

<sup>347</sup> Siehe dazu bereits oben II 3b, aa (5).

Von einer Vermögensumschichtung im oben beschriebenen Sinn<sup>348</sup> kann bei - ungesicherter - Vorleistung (Kreditierung) durch den Gemeinschuldner allenfalls dann gesprochen werden, wenn man - wie im Handelsbilanzrecht<sup>349</sup> - davon ausgeht, daß durch die Vorleistung der Anspruch auf die Gegenleistung "verdient" und damit zu aktivieren sei. Die Gegenleistung im Sinne des § 142 InsO bestünde dann in der Erlangung der einredefreien (§ 320 BGB) Forderung gegen den Gläubiger. "Gleichwertig" im Sinne des § 142 InsO<sup>350</sup> wäre diese Forderung aber nur dann, wenn sie -Angemessenheit zwischen Leistung und Gegeneleistung vorausgesetzt - "so gut wie die geschuldete Gegenleistung selbst wäre".

Angesichts der mit der Realisierung von Forderungen verbundenen Risiken (Insolvenzrisiko, gegebenenfalls Prozeßrisiko) kann eine solche Gleichwertigkeit im Zeitpunkt der (Vor-)Leistung des Schuldners nicht angenommen werden.

Auch der Wortlaut des § 142 InsO ist insoweit eindeutig: Verlangt wird ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang zwischen der Bewirkung der Leistung des Schuldners und der Bewirkung der Gegenleistung durch den Gläubiger.

Berücksichtigt man darüber hinaus, daß der Gesetzgeber der InsO unter anderem das Anfechtungsrecht verschärfen wollte<sup>351</sup>, so gebietet dieser Umstand eine restriktive Handhabung des § 142 InsO, so daß auch unter diesem Gesichtspunkt eine Anwendbarkeit des § 142 InsO bei Vorleistung durch den Gemeinschuldner nicht in Betracht kommt.

#### b) Zeitpunkt der Bewirkung von Leistung und Gegenleistung

Um beurteilen zu können, ob "zwischen Leistung und Gegenleistung ein enger zeitlicher Zusammenhang"<sup>352</sup> besteht, muß zunächst geklärt werden, zu welchem Zeitpunkt die Leistung des Gemeinschuldners bzw. die Gegenleistung des Gläubigers als bewirkt anzusehen sind.

aa) Wird die Verschaffung eines Gegenstands geschuldet (z.B. Sachen, Forderungen, Immaterialgüter/-rechte, sonstige Vermögensrechte, z.B. Pfandrechte e.t.c.), so ist grundsätzlich auf den *Zeitpunkt des Vollrechtserwerbs* abzustellen (vgl. auch § 140 Abs. 1 InsO).

---

<sup>348</sup> S.o. III 1g.

<sup>349</sup> Vgl. oben II 1a "Bilanzierung schwebender Geschäfte".

<sup>350</sup> Dazu sogleich unter 4.

<sup>351</sup> Siehe oben I 2,3.

<sup>352</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142, siehe oben II 4a.

Verkauft beispielsweise der Gemeinschuldner Waren, dann ist seine Leistung in dem Moment bewirkt in dem der Käufer Eigentum erlangt. Umgekehrt ist die Gegenleistung (Kaufpreiszahlung) dann bewirkt, wenn der Gemeinschuldner den Kaufpreis, sei es - entsprechend der Vereinbarung - bar oder unbar, erhält.

bb) Im Fall der Abtretung einer künftigen Forderung (*Vorausabtretung*) ist der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung maßgeblich<sup>353</sup> (zur Vorausabtretung im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehaltes bzw. einer verlängerten Sicherungsübereignung s.u. V 1).

cc) Liegt hingegen zwischen der Einleitung und der Vollendung des Vollrechtserwerbs eine gewisse Zeitspanne (so vor allem beim Erwerb von Liegenschaftsrechten), ist derjenige Zeitpunkt maßgeblich, von dem an der Veräußerer die Rechtsposition des Erwerbers nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann (sogenanntes *Anwartschaftsrecht*)<sup>354</sup>.

Dieser auch dem § 140 Abs. 2 InsO zugrundeliegende Gedanke<sup>355</sup> findet seine Rechtfertigung darin, daß der Veräußerer alles seinerseits an Leistungshandlungen Geschuldete getan hat und die Verzögerung des Vollrechtserwerbs regelmäßig - so vor allem bei Beteiligung des Grundbuchamtes - weder in der Sphäre des Veräußerers noch in der des Erwerbers liegt. Darüber hinaus hat der Erwerber des Anwartschaftsrechts eine dem Vollrechtsinhaber gegenüber rechtlich wie wirtschaftlich durchaus vergleichbare Position erlangt<sup>356</sup>; insbesondere kann er sein Anwartschaftsrecht übertragen oder verpfänden, was beweist, daß er ebenso wie der Vollrechtserwerber einen wirtschaftlichen (Vermögens-) Wert erlangt hat<sup>357</sup>. Schuldete demnach ein Teil beispielsweise die Bestellung einer Grundschuld, so ist seine Leistung in dem Zeitpunkt als bewirkt im Sinne des § 142 InsO anzusehen, in dem bis auf die Eintragung ins Grundbuch alle übrigen Entstehungsvoraussetzungen erfüllt sind<sup>358</sup> und vom Erwerber der Eintragungsantrag gestellt worden ist. Gleiches gilt entsprechend § 140 Abs. 2 InsO für den Fall, daß vom Erwerber der Antrag auf Eintragung einer entsprechenden

---

<sup>353</sup> Vgl. BegrRegE zu § 140, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 356; vgl. auch Gerhardt, in: GS Knobbe-Keuck, S. 178 f mwN; BGHZ 30, 238,240; 64,312,313; BGH, WM 1995, 995, 999; BGH ZIP 1997, 513,514; OLG Düsseldorf, WM 1997, 278, 282; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 110 aE; zur Vorausverpfändung einer künftigen Forderung s. BGH, ZIP 1998, 793, 798=NJW 1998, 2592, 2597.

<sup>354</sup> Wie hier bereits Henckel, in: Insolvenzrecht im Umbruch, S. 251; Baur/Stürner, Rdnr. 18. 34; Gerhardt, in: FS Brandner S. 611 f; Obermüller, WM 1994, 1870; zum Begriff und Wesen des Anwartschaftsrechts vgl. BGH NJW 1955, 544; Medicus, BR, Rdnr. 456 ff.

<sup>355</sup> Zu § 140 InsO siehe Henckel, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 674 f.

<sup>356</sup> Siehe dazu nur Medicus, BR, Rdnrn. 456 ff.

<sup>357</sup> Vgl. BGHZ 128,184,187f.;RGZ 67, 425, 430; Baur/Stürner, aaO.

<sup>358</sup> Bindende Einigung, vgl. § 873 Abs. 2 BGB, Erteilung der Eintragungsbewilligung, in der Regel

Vormerkung gestellt wurde und die übrigen Voraussetzungen für das Wirksamwerden erfüllt sind.

dd) Werden *Tätigkeiten, Gebrauchsüberlassung oder andere, nicht auf Verschaffung eines Gegenstandes gerichtete Leistungen/Gegenleistungen* geschuldet, so ist der Beginn der Tätigkeit, die Gewährung des Gebrauchs (bei Dauerschuldverhältnissen: der Beginn des jeweiligen Nutzungszeitraumes<sup>359</sup>) e.t.c. maßgeblich.

Nicht zu überzeugen vermag in diesem Zusammenhang die Ansicht Henckels, wonach bei Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträgen wegen der gesetzlichen Regel des § 614 BGB (Vorleistungspflicht des Dienstverpflichteten) von einem Bargeschäft auch dann auszugehen sei, wenn das Honorar erst bei oder unmittelbar nach Fälligkeit (§ 614 BGB), das heißt nach vollständiger Erbringung der Dienste, gezahlt werde<sup>360</sup>.

Zum einen ist es nicht richtig, wenn Henckel behauptet, daß hier nicht freiwillig Kredit gewährt werde, weil § 614 BGB ebenso wie §§ 531, 640 BGB dispositiver Natur sind und selbst bei ihrer Geltung den Dienstverpflichteten ebenso wie auch den Darlehnsgeber nicht daran hindern, den Vertragsschluß von einer sofort zu erbringenden Sicherheitsleistung abhängig zu machen<sup>361</sup>.

Zum andern taugt Henckels` Hinweis auf § 61 Abs. 1 Nr. 4 und 5 KO (Vor-)Rang der Konkursforderungen der Arbeitnehmer, Ärzte e.t.c.) nicht, da ein solcher Vorrang in der InsO nicht mehr vorgesehen ist, vgl. § 38 InsO<sup>362</sup>.

### c) Zeitraum zwischen Leistung und Gegenleistung

Die BegrRegE zu § 142 InsO verlangt einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung. Dieses Erfordernis ist immer dann erfüllt, wenn der Leistungsaustausch - wie vereinbart<sup>363</sup> - tatsächlich Zug um Zug erfolgt. Allerdings soll nach der BegrRegE zu § 142 InsO "wie schon nach geltendem Recht" der Annahme eines Bargeschäfts nicht entgegenstehen, daß zwischen Leistung und Gegenleistung "eine gewisse Zeitspanne liegt", sofern das Rechtsgeschäft unter der Berücksichtigung der üblichen

Briefübergabe, vgl. § 1117 BGB.

<sup>359</sup> Vgl. BGH, ZIP 1997, 513, 514.

<sup>360</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 116.

<sup>361</sup> Siehe oben II 2b, aa, bb, ee, ff, gg, 3a, aa, cc.

<sup>362</sup> Siehe dazu die Allgemeine BegrRegE unter 4d, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1 S. 113 f; vgl. i.ü. auch unten unter 5, sowie oben III 1 g zum Problem der Befriedigungstauglichkeit von Dienstleistungen.

<sup>363</sup> Siehe oben 2.

Zahlungsbräuche nicht ” den Charakter eines Kreditgeschäfts annimmt“<sup>364</sup>. Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 142 InsO trägt der Überlegung Rechnung, daß heute im geschäftlichen Bereich grundsätzlich weder sofort noch bar bezahlt wird. Demzufolge ließ es die Rechtsprechung und mit ihr die Literatur schon bisher für die Annahme eines Bargeschäfts ausreichen, daß nach *Lieferung von Waren* zwar nicht sogleich, aber doch mittels im normalen Geschäftsablauf vorgenommener Überweisung oder Scheckbegebung bezahlt wurde<sup>365</sup>. Berücksichtigt wurde dabei, daß je nach Größe und Organisation eines Unternehmens innerbetriebliche Zahlungsanweisungen üblicherweise eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen können.

Entscheidend für die Annahme eines Bargeschäfts i.S.v. §142 InsO ist daher neben dem im Verpflichtungsgeschäft zum Ausdruck gekommenen Willen der Parteien zur Zug um Zug-Abwicklung die Verkehrsanschauung.

Eine Zeitgrenze fest zu bestimmen, ist nicht möglich<sup>366</sup>. Wollen beispielsweise die Beteiligten, daß für die erfolgte Lieferung von Waren sogleich bezahlt wird, und wird die Zahlung sogleich im normalen Geschäftsgang angewiesen, dann steht der Umstand, daß der Zahlungsbetrag dem Verkäufer erst *einige Tage* später gutgeschrieben wird, der Anwendbarkeit des § 142 InsO nicht entgegen<sup>367</sup>.

Angesichts der mit der Insolvenzrechtsreform beabsichtigten Verschärfung des Anfechtungsrechts<sup>368</sup> sollte indes künftig ein strengerer Maßstab als bisher angelegt werden, wenn es darum geht, ob nach der Verkehrsanschauung noch von einem Bargeschäft gesprochen werden kann. So kann etwa bei einem zeitlichen Abstand von mehr als drei Wochen zwischen Lieferung und Scheckbegebung entgegen BGH,NJW 1980,1961<sup>369</sup>, wohl

---

<sup>364</sup> Nach BGH, ZIP 1998, 793, 801 = NJW 1998, 2592, 2599 kann der Beitritt des nachmaligen Gemeinschuldners zu einem Poolvertrag auch dann anfechtungsrechtlich ein Bargeschäft darstellen, wenn er erst erfolgte, nachdem einem anderen Poolmitglied der Kredit, der durch den Poolvertrag gesichert werden sollte, bereits ausgereicht war, wenn der nachmalige Gemeinschuldner keine Wahl hatte, ob er dem Pool beitritt, weil er vom Kreditnehmer beherrscht wurde und der Poolvertrag den Beitritt voraussetzte (Zeitpunkt der Kreditauszahlung: 14. Juli 1993, Zeitpunkt des Beitritts des Schuldners: August 1993), s. dazu auch unter 5b, bb.

<sup>365</sup> Vgl. BGH, NJW 1980, 1961 = WM 1980, 779, siehe oben II 3a, dd.

<sup>366</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 111.

<sup>367</sup> Vgl. auch Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 111 mwN.

<sup>368</sup> Siehe oben I 1, 2.

<sup>369</sup> Siehe oben II 3a, dd.

kaum noch von einer Bardeckung ausgegangen werden, mag es sich bei den Vertragsparteien auch um Großbetriebe gehandelt haben<sup>370</sup>.

Noch großzügiger als bei Warenaustauschgeschäften verfährt die Rechtsprechung in den Fällen, in denen die fragliche Leistung des Gemeinschuldners in der *Übertragung von Grundstücksrechten* bestand.

Selbst Zeiträume von zweieinhalb Monaten zwischen Kreditgewährung und Eintragung der Hypothek im Grundbuch<sup>371</sup> stünden dem Bardeckungscharakter der schuldnerischen Leistung nicht ohne weiteres entgegen<sup>372</sup>.

Diese Rechtsprechung ist nur vor dem Hintergrund zu verstehen, daß unter Geltung der KO auch bei eintragungsbedürftigen Rechtsgeschäften, insbesondere also bei Übertragungen von Grundstücksrechten, auf den Zeitpunkt des Vollrechtserwerbs, in der Regel also auf den der Eintragung im Grundbuch, abgestellt wurde<sup>373</sup>.

Stellt man indes richtigerweise<sup>374</sup> auf den Zeitpunkt ab, in dem der Gläubiger ein Anwartschaftsrecht an der ihm geschuldeten Leistung erlangt hat<sup>375</sup>, so lassen sich die oben genannten Grundsätze zum Warenaustauschgeschäft auf die Übertragung von Grundstücksrechten ohne weiteres übertragen. Demnach steht eine Zeitspanne von einigen (wenigen) Tagen zwischen Kreditgewährung und Erlangung eines Anwartschaftsrechts an der geschuldeten Leistung (Hypotheken-, Grundschuldbestellung, e.t.c.) der Anwendbarkeit des § 142 InsO nicht entgegen, wenn sofortige Besicherung vereinbart war und auch nach der Verkehrsanschauung kein (ungesichertes) Kreditgeschäft vorliegt, weil die Vertragsparteien alles getan haben, um eine möglichst zügige Eintragung ins Grundbuch zu erreichen.

---

<sup>370</sup> Kritisch Gerhardt/Kreft, S. 14.

<sup>371</sup> BGH, NJW 1977, 718 = WM 1977, 254 = LM Nr. 31 zu § 30KO, siehe oben II 3a, cc; nach OLG Hamburg, WM 1984, 1616 = ZIP 1984, 1373 schaden selbst vier Monate nicht.

<sup>372</sup> BGH, aaO.

<sup>373</sup> Kritik dazu bereits bei Jaeger/Henckel, § 30 Rdnrn. 112, 94 ff.

<sup>374</sup> Siehe oben b,cc.

<sup>375</sup> Vgl. § 140 Abs. 2 InsO, sowie oben unter b.

#### 4. "eine gleichwertige Gegenleistung"

a) Verhältnis des §142 InsO zu §132 InsO

§ 142 InsO kommt nur zum Zuge, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhält. Nach der BegrRegE zu § 142 InsO<sup>376</sup> scheidet in diesem Fall eine Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts nach § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlung) mangels unmittelbarer Nachteiligkeit desselben aus. Die Frage der Gleichwertigkeit sei dabei nach objektiven Maßstäben zu beurteilen, weil auch die Benachteiligung ein objektives Erfordernis sei.

In Fortführung der Rechtsprechung von Reichsgericht und BGH<sup>377</sup> zu § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO (=§ 132 InsO) heißt es dort weiter, daß es an der Gleichwertigkeit im Sinne von § 142 InsO nicht schon deshalb fehle, weil die Leistung an den Schuldner in Bargeld erfolge, das leichter dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden könne.

Nach BGHZ 123, 320, 323<sup>378</sup> liegt die Bedeutung der Bardeckung darin, die Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO (=§ 130 InsO) in einem für erforderlich gehaltenen Maße einzuschränken und damit an § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO (= § 132 InsO) anzupassen: Rechtsgeschäfte, die gem. § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO unanfechtbar abgeschlossen werden dürften, müßten auch erfüllbar bleiben. Insbesondere dürfe ihre kongruente Deckung nicht der Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 2. Alt. KO unterliegen. Das werde dadurch sichergestellt, daß durch die Herausnahme von Bardeckungen aus dem Anwendungsbereich dieser Norm eine dem Erfordernis der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung in § 30 Nr. 1, 1. Alt. KO vergleichbare Voraussetzung geschaffen werde.

Gesetzgeber wie Rechtsprechung gehen demnach davon aus, daß das Erfordernis der Gleichwertigkeit der Gegenleistung in engem Zusammenhang mit dem der unmittelbaren Benachteiligung im Sinne von § 132 InsO zu sehen ist: § 142 InsO soll nur dann anwendbar sein, wenn eine Anfechtung des dem Leistungsaustausch zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts nach § 132 InsO mangels unmittelbarer Benachteiligung nicht in Betracht kommt<sup>379</sup>. So fehlt es an einer "gleichwertigen Gegenleistung" im Sinne von § 142

---

<sup>376</sup> S.o. II 4a.

<sup>377</sup> Siehe nur BGH, WM 1955, 404, 405 mit zahlreichen Nachweisen, siehe oben II 3a, aa; vgl. auch Eichberger, Die besondere Konkursanfechtung, S. 39 f.

<sup>378</sup> Siehe oben II 3a, ee; III 1c.

<sup>379</sup> Ebenso Gerhardt, in: FS Brandner, S. 611, v. Campe, S. 47 f; vgl auch Kamlah, S. 46.

InsO insbesondere beim Kauf zu überhöhtem Preis, Verkauf unter Wert, Aufnahme eines Darlehns zu unangemessen hohem Zins, wenn die Zug um Zug gewährte Sicherheit - wie im Regelfall - auch den Zinsanspruch mit absichern soll. Dagegen ist die Gleichwertigkeit der Gegenleistung des Gläubigers zu bejahen, wenn diese objektiv als angemessener Preis für die Leistung des Schuldners anzusehen ist.

Ob ein Preis angemessen ist, richtet sich nach den Marktverhältnissen. Henckel zu recht darauf hin, daß der vom Gläubiger gezahlte Preis nicht schon deshalb unangemessen ist, weil der Gemeinschuldner Waren als "Sonderangebot", verkauft wenn dies im marktüblichen Rahmen geschieht, da auch der in die Krise geratene Schuldner sich marktüblich verhalten darf. Nicht marktüblich und damit nicht gleichwertig im Sinne des § 142 InsO sind dagegen Verkäufe zu "Sonderpreisen wegen Geschäftsaufgabe"<sup>380</sup>.

#### b) Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Gleichwertigkeit

*Maßgebender Zeitpunkt* für die objektiv vorzunehmende Beurteilung der Gleichwertigkeit ist derjenige des Leistungsaustauschs. Vereinbaren Gläubiger und Gemeinschuldner, das Leistung und Gegenleistung in einem späteren Zeitpunkt Zug um Zug oder jedenfalls in engem zeitlichem Zusammenhang ausgetauscht werden sollen, so kommt es demnach auf die Wertrelation im Zeitpunkt des Vollzugs des Austauschs an<sup>381</sup>.

#### c) Befriedigungsuntaugliche Gegenleistungen<sup>382</sup>

Für die Frage der Gleichwertigkeit der Gegenleistung spielt deren Befriedigungstauglichkeit<sup>383</sup> ebensowenig eine Rolle wie bei § 132 InsO<sup>384</sup>.

---

<sup>380</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 104.

<sup>381</sup> Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 72.

<sup>382</sup> Zur Frage, ob solche Gegenleistungen in das Vermögen des Schuldners gelangen s.u.5.

<sup>383</sup> Siehe oben III 1g, bb, sowie sogleich unter 5.

<sup>384</sup> Vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht 2. Auflage, S. 454 Rdnr. 21.69: "Ob ein entgeltlicher Vertrag nachteilig ist, muß durch einen (objektiven) Wertvergleich der Leistung ermittelt werden.."; vgl. auch Böhle-Stamschräder, 6. Auflage, § 30 Anm. 2g (außergerichtliche Sanierungsversuche); Kuhn/Uhlenbruk, § 30 Rdnrn. 26 a, b; siehe oben II 2b, dd; sowie Eichberger, die besondere Konkursanfechtung, S. 39: "Entscheidend ist allein der objektive wirtschaftliche Wert, wie er sich durch Marktpreis und Verkehrsauffassung manifestiert"; ebenso bereits RG, LZ 1915, 767, s.o. II 2b, ee; RGZ 136, 152, 158ff, s.o. II 2b, hh; Herz, JW 1913, 249; Jaeger, LZ 1914, 1609 f; ders, JW 1915, 1253; insoweit widersprüchlich Jaeger/Henckel, § 29 Rdnr. 65: "denn es kommt nicht allein darauf an, was dem Schuldner als Gegenleistung versprochen oder geleistet ist, sondern auch darauf, *ob die Gegenleistung für die Gläubiger verwertet werden kann.*", § 30 Rdnr. 104: "Eine für den Zweck der Gläubigerbefriedigung

Besteht die Gegenleistung des Gläubigers etwa in der Erbringung von Tätigkeiten aus Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträgen, so ist deren Gleichwertigkeit in bezug auf die vom Schuldner erbrachte Honorarzahung anzunehmen, wenn das Honorar nicht unangemessen hoch war, sondern sich im Rahmen des Üblichen (vgl. §§ 612, 632 BGB) bewegte<sup>385</sup>.

Bei Vergütungen für fehlgeschlagene Sanierungsversuche<sup>386</sup> verlangen Rechtsprechung und Literatur darüber hinaus, daß die Leistungen des Sanierers einer zweckmäßigen Sacherledigung dienen, ein Sanierungsversuch oder Vergleichsbemühungen also nicht von vornherein aussichtslos waren<sup>387</sup> (zur Gleichwertigkeit der Gegenleistung eines Factors im Rahmen von Factoringverträgen s.u. V 3).

#### d) Sicherheitenbemessung

Bestellt der Gemeinschuldner dem Gläubiger zur Sicherung von dessen Forderung (zum Beispiel auf Rückzahlung eines Darlehns oder auf Zahlung des Kaufpreises wegen Lieferung von Waren) eine Sicherheit, dann liegt Gleichwertigkeit der Gegenleistung (Kreditgewährung, Lieferung von Waren, e.t.c.) jedenfalls dann vor, wenn die Sicherheit nur in Höhe dieser Gegenleistung ggf. unter Einschluß der marktüblichen Zinsen haften soll<sup>388</sup>.

Soll die Sicherheit darüber hinaus auch die Kostenpflicht aus §§ 170, 171 InsO<sup>389</sup> absichern<sup>390</sup>, führt dies zwar nicht zu einer nach § 138 BGB, § 9 AGBG unwirksamen Übersicherung<sup>391</sup>.

---

*gleichwertige Gegenleistung*, die dem Gemeinschuldner versprochen oder in sein Vermögen gelangt ist, schließt deshalb die Anfechtung nach § 30 Nr. 1 Fall 1 aus...“, andererseits heißt es dort unter § 30 Rdnr. 116: ”Bei Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträgen ist die vom späteren Gemeinschuldner versprochene oder gezahlte Gegenleistung noch nicht deshalb unangemessen, weil der Erfolg der Dienstleistung oder Geschäftsbesorgung ausgeblieben ist. Für die Feststellung einer unmittelbaren Benachteiligung kommt es vielmehr darauf an, ob die Leistungen des Geschäftsbesorgers im Rahmen einer zweckmäßigen Sacherledigung zu erbringen waren und deshalb von Wert gewesen sind.”

<sup>385</sup> Vgl. Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 116; Kilger/K. Schmidt, § 30 Anm. 8; Hess, § 30 Rdnr. 32.

<sup>386</sup> Siehe dazu oben II. 2b, dd-hh, 3a, bb, III 1g,bb,sowie unten IV 4.

<sup>387</sup> RGZ 162, 292, 295 f; siehe oben II 2b, dd; BGHZ 28, 344, 347; 77, 250, 252 f, jeweils mwN; BGH, ZIP1988, 324, 326; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 116 mwN; Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 26; Kilger/K. Schmidt, § 30 Anm. 8.

<sup>388</sup> Zum Problem der Besicherung von Sanierungskrediten nach Ausbruch der Krise siehe unten V6.

<sup>389</sup> Dazu Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Rdnr. 256; Burger/Schellenberg, AG 1995, 59 f.

<sup>390</sup> Vgl. dazu die Allgemeine BegrRegE, BT-DS 12/2443, S. 89: ”Nicht anders als den Grundpfandgläubigern soll es auch den Mobiliarsicherungsgläubigern unbenommen bleiben, ihre Sicherheit so zu bemessen, daß der im Insolvenzverfahren anfallende Kostenbeitrag von der Sicherheit umfaßt wird.“; siehe dazu Bork, aaO, Rdnr. 257;

Von einer gleichwertigen Gegenleistung des Gläubigers kann hier aber keine Rede sein, da der Schuldner mehr aus seinem Vermögen weggegeben als erlangt hat<sup>392</sup>.

## 5. "in sein Vermögen gelangt"

### a) Vermögensbegriff

Wie oben unter II 1g dargelegt, beruht die Regelung des § 142 InsO auf der Überlegung, wertäquivalente Bardeckungen der Deckungsanfechtung zu entziehen, weil wegen der unmittelbar erbrachten Gegenleistung keine Vermögensverschiebung zu Lasten des gemeinschuldnerischen Vermögens eintritt, letzteres vielmehr nur umgeschichtet wird<sup>393</sup>.

"Vermögen" im Sinne des § 142 InsO ist daher das Aktivvermögen des Gemeinschuldners, die "Haftungsmasse" die den übrigen Insolvenzgläubigern zur anteiligen Befriedigung ihrer Forderung zur Verfügung steht, vgl. § 35 InsO. Da § 142 InsO voraussetzt, daß die Gegenleistung selbst in dieses Aktivvermögen gelangt sein muß, reicht es für § 142 InsO nicht aus, wenn nur der *Anspruch auf die Gegenleistung* als Forderung gegen den Gläubiger in die Haftungsmasse des Schuldners gelangt ist.

### b) Erfordernis der Direktzuwendung an den Gemeinschuldner

#### aa) Grundsatz

Da die Gegenleistung "in" dieses (Aktiv-) Vermögen gelangen muß, kommen solche Gegenleistungen von vornherein nicht in Betracht, die der Gläubiger absprachegemäß Dritten - in der Regel, aber nicht notwendig anderen Gläubigern des Gemeinschuldners - zuwendet. Beispiel: Der spätere Gemeinschuldner verkauft Waren zum angemessenen Preis. Der Kaufpreis soll abredgemäß nicht an den Gemeinschuldner direkt bezahlt werden, sondern an einen seiner übrigen Gläubiger<sup>394</sup>. Zwar verringert sich bei Begleichung von Drittverbindlichkeiten des Gemeinschuldners dessen Gesamtvermögen (unter Einschluß der Passiva) nicht, weil dem leistungsbedingten (Aktiv-) Vermögensabfluß eine durch die Gegenleistung bedingte Verringerung der Passiva in gleicher Höhe gegenübersteht.

---

Burger/Schellenberg, AG 1995, 60.

<sup>391</sup> Bork, aaO, Rdnr. 257.

<sup>392</sup> Ebenso: Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 117, wonach Ungleichwertigkeit unter anderem dann anzunehmen ist, wenn die Sicherheit einen höheren Wert hatte als der Nominalwert des Kredits.

<sup>393</sup> Vgl. BegrRegE zu § 142 InsO siehe oben II 4a; BGHZ 123, 320, 323, siehe oben II 3a, ee.

<sup>394</sup> Weiteres Beispiel: RG, JW 1894, 546 Nr. 14, siehe oben II 2b, cc.

Von einer Vermögensumschichtung im oben beschriebenen Sinn kann indes keine Rede sein, da den verbliebenen Gläubigern nach diesem Leistungsaustausch weniger zur anteiligen Befriedigung ihrer Forderungen zur Verfügung steht<sup>395</sup>.

bb) Ausnahme bei Konzernfinanzierung ?

Eine Ausnahme vom Erfordernis der Direktzuwendung soll nach BGHZ 138, 291, 311<sup>396</sup> regelmäßig in den Fällen gelten, in denen die nachmalige Gemeinschuldnerin dem Gläubiger im Rahmen eines Sicherheitenpoolvertrages eine Sicherheit für einen Kredit bestellt, der der *Konzernmutter* der Gemeinschuldnerin gewährt wurde. Dem ist indes nicht zu folgen. Zwar ist dem BGH zuzugeben, daß bei der Finanzierung eines Konzerns der Kreditgeber regelmäßig ein berechtigtes Interesse an der Einbindung sämtlicher Konzerngesellschaften hat. So werden in Fällen der Konzernfinanzierung häufig und sogar typischerweise die von einer Konzerngesellschaft - insbesondere einer konzernintern für das "Cash-Management" zuständigen Gesellschaft - aufgenommene Kreditmittel an andere Konzerngesellschaften, die das Geld benötigen, weitergereicht. Ob und inwieweit die aufgenommenen Gelder der sicherungsgebenden Gesellschaft zugute kommen, ist in aller Regel für den Kreditgeber nicht erkennbar. Gerade jene "Durchlässigkeit" in Konzernlagen begründet das Interesse des Kreditgebers, nach Möglichkeit alle Konzerngesellschaften in die Haftung für den Kredit einzubinden<sup>397</sup>. Schön<sup>398</sup> weist darüber hinaus zutreffend darauf hin, daß die in der Praxis immer häufiger anzutreffenden Holding-Konstruktionen oftmals Obergesellschaften hervorgebracht haben, denen es an der Kreditwürdigkeit aus eigener Kraft schlicht fehlt. "Hat sich eine solche Leitungsgesellschaft das Cash-Management der Unternehmensgruppe vorbehalten, so wird sie versuchen, den Fremdkapitalbedarf des Konzerns durch eigene Kreditaufnahme abzudecken und den Sicherungsbedarf der Kreditoren durch Zugriff auf das Vermögen der operativen Gesellschaften zu befriedigen"<sup>399</sup>.

Ein solches berechtigtes Interesse an einer Erstreckung der von einzelnen Konzerngesellschaften im anfechtungsrelevanten Zeitraum des § 130 InsO<sup>400</sup> gestellten Sicherheiten auf alle Forderungen gegen Konzerngesellschaften vermag jedoch nichts daran

---

<sup>395</sup> Der auf diese Weise voll befriedigte Drittgläubiger hätte seine Forderung nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ebenfalls nur anteilig in Höhe der Quote realisieren können.

<sup>396</sup> =NJW 1998, 2592, 2599=ZIP 1998, 793, 801

<sup>397</sup> BGHZ 138, 291, 301=NJW 1998, 2592, 2595=ZIP 1998, 793, 796.

<sup>398</sup> ZHR 1995, 353 f.

<sup>399</sup> Schön, aaO.

<sup>400</sup> Siehe oben 1 5b.

zu ändern, daß den Gläubigern der sicherungsgebenden nachmaligen Gemeinschuldnerin nach der Sicherheitenbestellung weniger Haftungsmasse zur Verfügung steht als zuvor<sup>401</sup>. Zwar erwirbt die Konzerntochter mit der Sicherheitengewährung Ansprüche gegen ihre Konzernmutter auf Ablösung bzw. "Rück-" Zahlung des den Wert der Sicherheit entsprechenden Betrages aus §§ 670 (675), 775 BGB, 30, 31 GmbHG, 57, 62, 302, 311 ff AktG<sup>402</sup>. Doch sind diese Ansprüche lediglich schuldrechtlicher Natur und daher "dann nichts wert, wenn die Kreditnehmerin selbst und damit, wie es dann meistens der Fall ist, der gesamte Konzern notleidend wird"<sup>403</sup>. Und ob die Muttergesellschaft die aufgenommenen Kreditmittel in Höhe des Werts der Sicherheit tatsächlich an die Sicherungsgeberin weiterreichen wird, steht ganz und gar im Ermessen der Muttergesellschaft<sup>404</sup>. Wirtschaftlich betrachtet übernimmt die Tochtergesellschaft mit der Bestellung der Sicherheit daher das Insolvenzrisiko ihrer Muttergesellschaft in derselben Weise wie durch Hingabe eines ungesicherten Darlehns an diese<sup>405</sup>. Die oben genannten schuldrechtlichen Ablöse- bzw. Rückzahlungsansprüche können die Vermögensverschiebung zwar im Verhältnis zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft bilanziell ausgleichen, "nicht aber sachenrechtlich und damit vollstreckungs- und konkursrechtlich in der Konkurrenz zwischen den Gläubigern der Ober- und Untergesellschaft"<sup>406</sup>. Von einer bloßen Vermögensumschichtung im oben genannten Sinne<sup>407</sup> kann mithin keine Rede sein. Entgegen der Ansicht des BGH<sup>408</sup> ist daher daran festzuhalten, daß auch in Fällen der Konzernfinanzierung von einem Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO nur dann die Rede sein kann, wenn der Gläubiger den von der Konzerntochter im anfechtungsrelevanten Zeitraum ( § 130 InsO) besicherten Kredit dieser selbst ausgezahlt hat<sup>409</sup>.

### c) Verwertbarkeit der Gegenleistung

Wie zuvor unter III 1g, bb ausgeführt, muß die Gegenleistung des Gläubigers geeignet sein, das (Aktiv-) Vermögen des Gemeinschuldners zu mehren, da sie nur in diesem Fall die durch

---

<sup>401</sup> Ebenso Schön, ZHR 1995, S. 362.

<sup>402</sup> Siehe dazu Schön, ZHR 1995, 354 ff.

<sup>403</sup> BGHZ 138, 291, 301 = NJW 1998, 2592, 2595 = ZIP 1998, 798, 796 vgl. auch Schön, ZHR 1995, 359, ebenso zum Vertragskonzern, § 302 AktG, K. Schmidt, ZGR 1983, 526 f.

<sup>404</sup> Siehe dazu auch Schön ZHR 1995, 368.

<sup>405</sup> Schön ZHR 1995, 360.

<sup>406</sup> Schön, ZHR, 1995, 361; siehe auch BGH, NJW 1976, 751 ff; BGHZ 81, 311 ff, 320 f.

<sup>407</sup> Siehe oben III 1 g.

<sup>408</sup> BGHZ 138, 291 = NJW 1998, 2592 = ZIP 1998, 793

die Leistung des Gemeinschuldners bewirkte (Aktiv-) Vermögensminderung auszugleichen imstande ist.

aa) Im Sinne des Gesellschaftsrechts einlagefähige Gegenleistungen

Unproblematisch erfüllen diejenigen Gegenleistungen dieses Kriterium, deren Gegenstand ein für die Zwecke des Insolvenzverfahrens verwertbarer Vermögensgegenstand oder - steuerrechtlich gesprochen - ein Wirtschaftsgut darstellt. Exemplarisch seien hier genannt: (Buch- oder Bar-) Geld, bewegliche oder unbewegliche Sachen, (Grund-)Pfandrechte, Forderungen, Wertpapiere, sowie alle sonstigen Rechte, die durch Verfügungsgeschäft in das Vermögen des Gemeinschuldners übertragen und im Insolvenzfall verwertet werden können. Weitere Beispiele für das Vermögen des Gemeinschuldners mehrende Gegenleistungen bilden die Gegenstände, die - ebenso wie die zuvor aufgeführten - im Sinne des Gesellschaftsrechts als *einlagefähig* angesehen werden, da auch Einlageleistungen zur Mehrung der Haftungsmasse führen müssen<sup>410</sup>.

In Betracht kommen daher etwa<sup>411</sup> ein vom Urheber eingeräumtes einfaches Nutzungsrecht, eine nur schuldrechtlich vereinbarte Lizenz, die Überlassung einer Geschäftsbezeichnung, eines Fabrikationsgeheimnisses oder Know How<sup>412</sup>, eines Aufführungsrechts oder eines Kundestamms, sowie jeder Gegenstand, der einen faßbaren Vermögenswert darstellt.

bb) sonstige werterhöhende Gegenleistungen

Ist dagegen die vom Gläubiger erbrachte Gegenleistung selbst nicht befriedigungstauglich im eben beschriebenen Sinn, so kommt es darauf an, ob sie dennoch zu einer Wertsteigerung des Haftungsvermögens im Zeitpunkt ihrer Vornahme geführt hat. Ist dies der Fall (zum Beispiel Reparaturarbeiten am Geschäfts- oder Fabrikgebäude sowie andere als Verwendung im Sinne der §§ 994, 996 BGB zu qualifizierende Gegenleistungen), muß die auf diese Weise bewirkte Wertsteigerung als ausreichend für § 142 InsO angesehen werden, weil auch hier lediglich eine Vermögensumschichtung eingetreten ist.

---

<sup>409</sup> Zum Problem der Besicherung von Sanierungskrediten siehe unten V 6.

<sup>410</sup> Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, § 20 II 3; ders., ZHR 1990, S. 240 ff; Hüffer, AktG, § 27 Rdnrn. 20 ff.

<sup>411</sup> Vgl. K. Schmidt, aaO, § 20 II 3a, dd; weitere Beispiele bei Döllerer, in: FS Fleck, S.35.

<sup>412</sup> Siehe dazu auch Frey, Einlagen in Kapitalgesellschaften, S. 94.

### cc) Ersparnis von Aufwendungen

Fehlt es dagegen an einer solchen - mittelbaren - werterhöhenden Wirkung in bezug auf das schuldnerische Vermögen<sup>413</sup>, läßt sich eine Privilegierung des Gläubigers<sup>414</sup> allenfalls unter dem Gesichtspunkt der *Ersparnis von Aufwendungen* begründen.

Beispiel<sup>415</sup>: Der spätere Gemeinschuldner beauftragt nach Ausbruch der Krise und gegen angemessene Bezahlung eine geeignete Persönlichkeit zu noch geeigneter Zeit mit der aussichtsvoll erscheinenden Rettung einer Forderung gegen einen im Ausland wohnenden Schuldner. Der Versuch scheitert an Umständen, die der Abgesandte ohne sein Verschulden nicht hat beseitigen können.

Die Tätigkeit des Geschäftsbesorgers kann hier nur schwerlich als Mehrung des Haftungsvermögens angesehen werden. Zwar ist im Bereicherungsrecht nach derzeit wohl h.L. bei Unwirksamkeit des Vertrags die Tätigkeit selbst als "erlangt" im Sinne des § 812 Abs. 1 BGB anzusehen<sup>416</sup>, doch handelt es sich bei solchen Leistungen aus Sicht der übrigen Insolvenzgläubiger um bloßen Aufwand, der lediglich eine Verkürzung der Haftungsmasse herbeiführt, diese aber nicht auszugleichen imstande ist.

Von einer Vermögensumschichtung kann daher streng genommen keine Rede sein<sup>417</sup> (gleiches gilt für die unter V 3 dargestellte Factoringgebühr, bei der es sich um ein Entgelt für Dienstleistungen handelt, die vor allem in der Führung der Debitorenbuchhaltung einschließlich des Mahn- und Inkassowesen bestehen).

Hätte dagegen der Schuldner im Ausgangsfall sofort nach Ausbruch der Krise die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt, so hätte der (vorläufige<sup>418</sup>) Insolvenzverwalter denselben Versuch durch einen geeigneten Vermittler machen müssen; er würde sich einer Pflichtwidrigkeit schuldig gemacht haben, wenn er diesen geeigneten und aussichtsvoll

---

<sup>413</sup> Möglich insbesondere bei Tätigkeiten aufgrund Dienst-, Geschäftsbesorgungs- oder Werkverträgen.

<sup>414</sup> Dienst-, Geschäftsbesorgungsverpflichteter, Unternehmer, e.t.c.

<sup>415</sup> Nach Wolff, LZ 1913, 747.

<sup>416</sup> Vgl. nur Larenz/Canaris, § 71 I 2a; Staudinger/Lorenz, § 812 Rdnr. 72; Lieb, in: MünchKomm BGB, § 812 Rdn. 299 ff, jeweils mit zahlreichen Nachweisen; a.A. dagegen BGHZ 94, 160, 165: "Sein [des Bereicherungsschuldners] Vermögensvorteil besteht dann in den ersparten Aufwendungen..."

<sup>417</sup> Vgl. Frey, aaO, S. 92: "Aufwendungen aber sind Verkürzungen der Vollstreckungsgrundlage...".

<sup>418</sup> Vgl. dazu, §§ 21 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, 2, § 22 Abs. 1 Nr. 1, § 55 Abs. 2 S. 1 InsO.

erscheinenden Schritt unterlassen hätte. Der Gemeinschuldner hat dem Vermittler also nur dasselbe gezahlt, was der Insolvenzverwalter demselben gezahlt haben würde<sup>419</sup>.

Aus diesem Grund erscheint es trotz der zuvor geschilderten Bedenken angemessen, eine Vermögensmehrung in den Fällen der Ersparnis von Aufwendungen der Insolvenzmasse zu bejahen und als Vermögensvorteil eben diese Aufwandsersparnis anzusehen<sup>420</sup> (unbedenklich daher auch die Factoringgebühr<sup>421</sup>, weil dadurch der Haftungsmasse entsprechender Aufwand für die Führung der Debitorenbuchhaltung einschließlich des Mahn- und Inkassowesens e.t.c. erspart wurde).

#### dd) Sonstige Gegenleistungen

Gegenleistungen, die - isoliert betrachtet - weder unmittelbar (aa) noch mittelbar (bb) das schuldnerische (Aktiv-)Vermögen im Zeitpunkt ihrer Vornahme erhöhen, und die auch keine Ersparnis von Aufwendungen für die Insolvenzmasse darstellen (cc), gelangen nicht *in das Vermögen* des Gemeinschuldners, können daher keine Vermögensumschichtungen bewirken und scheiden als taugliche Gegenleistung im Sinne des § 142 InsO aus.

Insbesondere (kongruente) Honorarzahungen für fehlgeschlagene Sanierungsversuche<sup>422</sup> stellen demnach keine Bardeckungen im Sinne des § 142 InsO dar<sup>423</sup> und sind gem. § 130 InsO anfechtbar.

---

<sup>419</sup> Wolff, LZ 1913, 747 f.

<sup>420</sup> Auch nach § 144 Abs. 2 S. 1, 2. Alt. InsO ist dem Gläubiger bei Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts nur derjenige Wert zu ersetzen, um den die Masse bereichert ist, das heißt, bei Dienstleistungen nur in Höhe der der Masse ersparten Aufwendungen; vgl. auch Larenz/Canaris, § 73 I 3a (Die Bereicherungsrechtliche Sekundärhaftung) "Auch wenn das Erlangte als solches im Vermögen des Bereicherungsschuldners nicht mehr enthalten ist, ist dieser nicht notwendigerweise im Sinne von § 818 Abs. 3 BGB entreichert, da er stattdessen einen anderen Vermögensvorteil erlangt haben kann. In Betracht kommen dabei in erster Linie die Ersparnis von Aufwendungen..."; sowie Lieb, in: MünchKomm BGB, § 818 Rdnr. 73; vgl. auch sinngemäß Frey, aaO, S. 97, siehe auch S. 105 zur Frage, was tauglicher Gegenstand einer Sacheinlage (siehe oben aa) im Kapitalgesellschaftsrecht sein kann: "Gegenstand einer Sacheinlage darf jede Leistung sein, die geeignet ist, der Gesellschaft Aufwendungen zu ersparen und dem Unternehmenszweck zu dienen".

<sup>421</sup> Siehe unten V 3.

<sup>422</sup> Vgl. dazu oben II 2b, dd-hh, 3a, bb, III 1g, bb, IV 4c.

<sup>423</sup> Weitere Beispiele: der Schuldner läßt durch ein Gebäudereinigungsunternehmen gegen angemessene Barzahlungen das Fabrikgebäude reinigen; der Schuldner mietet gegen angemessenes Entgelt geeignete Räumlichkeiten zur Durchführung einer Jubiläumsfeier.

Ein solches Verständnis des § 142 InsO wird auch den mit der Insolvenzrechtsreform verfolgten Zielen<sup>424</sup> gerecht:

Die Entscheidung, ob und wie das Unternehmen des insolventen Schuldners im Hinblick auf eine möglicherweise erfolgsversprechende Sanierung weiterbetrieben werden soll, obliegt nach Insolvenzreife der Gläubigergemeinschaft<sup>425</sup>, denn "in der Insolvenz, bei Vermögensunzulänglichkeit, kann nur ein Rechtsverfahren sicherstellen, daß das Schuldnervermögen bestmöglich für die Befriedigung der Gläubiger verwendet wird"<sup>426</sup>.

Zweck der Insolvenzrechtsreform ist daher vor allem, insolvente Schuldner weit früher als bisher in das Insolvenzverfahren zu treiben, weil hiervon eine wesentliche Verbesserung der Sanierungschancen erwartet wird<sup>427</sup>.

Außergerichtliche Sanierungsbemühungen stellen zwar keine weniger erwünschte Form der Rettung von Betrieben oder Betriebsstätten dar, doch sollen derartige Versuche nur bis zur Insolvenzreife zulässig sein<sup>428</sup>.

§ 142 InsO gestattet daher dem Schuldner und dessen Vertragspartnern nur solche Rechtsgeschäfte, die das (Aktiv-) Vermögen des Gemeinschuldners dem Werte nach unangetastet lassen (Vermögensumschichtung). Dagegen genießen solche Rechtsgeschäfte, die für den Gemeinschuldner reinen Aufwand/Kosten für die Fortführung seines Betriebes oder dergleichen darstellen, grdstl.<sup>429</sup> keinen Schutz nach § 142 InsO.

Abschluß und Abwicklung derartiger Geschäfte sollen künftig vielmehr allein dem (vorläufigen) Insolvenzverwalter vorbehalten bleiben, der sie je nach Verfahrensziel (Zerschlagung oder Sanierung) tätigen oder unterlassen wird.

## 6. Beweislast

Wie oben unter II 5 näher ausgeführt, hat § 142 InsO zur Folge, daß an sich nach § 130 InsO anfechtbare (kongruente) Bardeckungen dem Anwendungsbereich dieser Vorschrift entzogen werden, der Gläubiger die schuldnerische Leistung entgegen §§ 130, 143 Abs. 1 InsO vielmehr behalten darf.

---

<sup>424</sup> Siehe oben I 2,3.

<sup>425</sup> Allgemeine BegrRegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 97, 100, 105, 141.

<sup>426</sup> Ebenda, S. 91.

<sup>427</sup> Ebenda, S. 101 f, 104; Smid/Rattunde, Der Insolvenzplan, S. 15 ff Rdnrn. 47 ff, 50.

<sup>428</sup> Allg. BegrRegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 91, 97, 119 f; sowie unten V 6b,bb.

<sup>429</sup> Siehe oben cc.

Prozessual bewirkt § 142 InsO, daß die auf Rückgewährung bzw. Wertersatz gerichtete Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters aus §§ 130, 143 Abs. 1 InsO abgewiesen wird, obwohl die angefochtene Bardeckung die Tatbestandsvoraussetzungen des § 130 InsO unstreitig erfüllt.

§142 InsO läßt sich daher als rechtshindernde Einwendung bzw. - in der Terminologie des Prozeßrechts - als rechtshindernde Einrede charakterisieren, weil er von Anfang an den § 130 InsO in der Entfaltung seiner Wirksamkeit hindert<sup>430</sup>.

Demnach trägt der Gläubiger (Anfechtungsgegner) die Beweislast für die Tatbestandsmerkmale des Bargeschäftsbegriffs i.S.v. § 142 InsO. Er muß bei Bestreiten des Insolvenzverwalters beweisen, daß es sich bei der Leistung des Gemeinschuldners um eine Bardeckung gehandelt hat, weil für sie unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das schuldenrische Vermögen gelangt ist<sup>431</sup>. Gelingt ihm dies, scheidet eine Anfechtung aufgrund § 130 InsO aus.

Gleiches gilt<sup>432</sup> dann - wenn auch aus anderen Gründen - für § 131 InsO<sup>433</sup>, § 132 InsO<sup>434</sup>, § 134 InsO<sup>435</sup> sowie für § 136 InsO<sup>436</sup>.

Dagegen bleibt eine Anfechtung nach § 133 InsO (siehe Text des § 142 InsO) und nach § 135 InsO<sup>437</sup> möglich. Für deren Voraussetzungen trägt der Insolvenzverwalter die Beweislast, soweit sich nicht aus diesen Anfechtungsgründen selbst ein anderes ergibt<sup>438</sup>.

---

<sup>430</sup> Vgl. dazu Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR, § 104 I, II.

<sup>431</sup> Vgl. zur Beweislast bei rechtshindernden Normen Rosenberg/Schwab/Gottwald, aaO, § 117 II 2.

<sup>432</sup> S.o. II 5b.

<sup>433</sup> Bei Bardeckungen iSv §142 InsO handelt es sich niemals um inkongruente Deckungen,s.o. 2.

<sup>434</sup> (Bar-)Deckungen werden von §132 InsO grdstzl. nicht erfaßt;siehe oben unter 4. sowie II 5b.

<sup>435</sup> Mangels Unentgeltlichkeit;siehe oben II 5b.

<sup>436</sup> Mangels Gegenleistung;siehe oben II 5b.

<sup>437</sup> Siehe oben II 5b.

<sup>438</sup> Vgl. zu §133 InsO Henckel, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 662 f, Rdnr. 26, der zu Recht darauf hinweist, daß die Verweisung des § 142 InsO auf § 133 Abs. 1 InsO die Beweislastregel des zweiten Absatzes dieser Vorschrift mit einschließt, weil unter "entgeltliche Verträge" im Sinne von § 133 Abs. 2 InsO auch Verfügungen subsumiert werden können, bei denen die unmittelbare Benachteiligung schon in der vermögensmindernden Leistung des Schuldners liegt, vgl. Jaeger/Henckel, §31 Rdnrn. 25, 43, jeweils mit Nachweisen; vgl. auch BegrRegE zu § 133, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd. 1, S. 346ff.

## V. Praxisrelevante Fallgruppen

Im letzten Teil dieser Arbeit sollen die in der Praxis besonders relevanten Fallgruppen mit Hilfe der zuvor erarbeiteten Ergebnisse auf ihre Unanfechtbarkeit gemäß §142 InsO untersucht werden.

### 1. Vorausabtretungen, verlängerter Eigentumsvorbehalt , verlängerte Sicherungsübereignung

Besteht die Leistung des Gemeinschuldners in der Vorausabtretung bestimmbarer, noch nicht existenter Forderungen, kann diese nur dann als gemäß § 142 InsO unanfechtbare Bardeckung angesehen werden, wenn der Gläubiger die von ihm geschuldete gleichwertige Gegenleistung vereinbarungsgemäß erst unmittelbar vor, bei oder unmittelbar nach Entstehung der fraglichen Forderungen erbracht hat<sup>439</sup>.

Erbringt der Gläubiger seine Gegenleistung dagegen - wie im Regelfall - schon im Zeitpunkt der Vorausabtretung, also vor Entstehung der Forderung, so fehlt es an dem für §142 InsO erforderlichen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung, so daß diese Vorschrift einer Anfechtung des späteren Forderungserwerbs nicht entgegensteht.

Erfolgte die Vorausabtretung dagegen im Rahmen eines *verlängerten Eigentumsvorbehalts* und veräußerte der spätere Gemeinschuldner (Vorbehaltskäufer) in der kritischen Zeit das Vorbehaltsgut, so scheidet die Anfechtung des Forderungsübergangs an den Vorbehaltsverkäufer in der Regel aus, soweit sich die Vorausabtretung auf die Forderung beschränkt, die der Gemeinschuldner durch die Veräußerung des Vorbehaltsguts - zunächst - erworben hat<sup>440</sup>. Denn hätte der Insolvenzverwalter das Vorbehaltsgut veräußert, wäre die Forderung aus dem Weiterverkauf ebenso auf den Vorbehaltsverkäufer übergegangen, weil diesem der Erlös aus dem ihm gehörenden Vorbehaltsgut gebührt<sup>441</sup>.

Der Forderungsübergang vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens benachteiligt demnach die Insolvenzgläubiger nicht<sup>442</sup>, so daß bereits aus diesem Grunde eine Anfechtung dieser Abtretung gem. § 129 InsO nicht in Betracht kommt.

---

<sup>439</sup> s.o. IV 3b.

<sup>440</sup> BGHZ 64, 312.

<sup>441</sup> Jaeger/Henckel, § 15 Rdnr. 47, § 29 Rdnr. 157, § 30 Rdnr. 92.

<sup>442</sup> BGHZ 64, 312, 315; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. 5, § 62 V 2, S. 372 ff.

Entsprechendes gilt für den Fall der *verlängerten Sicherungsübereignung*.

## 2. Anwartschaftsrechte

Führt die in unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der gleichwertigen Gegenleistung des Gläubigers bewirkte Leistung des Gemeinschuldners noch nicht zum Vollrechtserwerb, erwirbt der Gläubiger durch sie aber schon eine Rechtsposition, die der Gemeinschuldner nicht mehr durch einseitige Erklärung zerstören kann (sog. Anwartschaftsrecht<sup>443</sup>), liegt ebenfalls eine nach § 142 InsO grundsätzlich unanfechtbare Bardeckung vor, ohne daß es darauf ankommt, wann letztendlich das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarkt<sup>444</sup>.

## 3. Factoring

Tritt der spätere Gemeinschuldner aufgrund eines echten oder unechten *Factoring* - Vertrags<sup>445</sup> betagte Kundenforderungen gegen sofortige Gutschrift des Nennwerts abzüglich Gebühren, Zinsen und Sicherheitseinbehalt an den Factor ab, ist die für §142 InsO erforderliche Gleichwertigkeit der Gegenleistung des Factors zu bejahen, wenn die Factoringsgebühr<sup>446</sup>, bei der es sich um ein Entgelt für Dienstleistungen des Factors handelt<sup>447</sup>, nicht unangemessen hoch berechnet wurde, die ggf. erhobene Delkrederegebühr sich im üblichen Rahmen bewegt und der Factor keinen höheren als den marktüblichen Vergleichszins verlangt<sup>448</sup>.

Der Sicherheitseinbehalt in Höhe von meist 10%<sup>449</sup> bewirkt in der Regel keine Ungleichwertigkeit der Gegenleistung des Factors. Zu berücksichtigen ist dabei nämlich, daß dem Gemeinschuldner auch ohne Factoring der entsprechende Betrag erst bei Fälligkeit der (abgetretenen) Forderung zur Verfügung gestanden hätte. Zahlt der Debitor (Schuldner der abgetretenen Forderung), wird der Sicherheitseinbehalt frei und sofort auf das Abrechnungskonto umbucht. Wurden - wie im Regelfall - die Beträge auf dem Sperrkonto

---

<sup>443</sup> s.o. IV 3b mwN.

<sup>444</sup> ebenda.

<sup>445</sup> Zum Begriff und der wirtschaftlichen Bedeutung des Factorings siehe K. Schmidt, Handelsrecht § 35 III 4; Sinz, Factoring in der Insolvenz, Rdnrn. 4 ff.

<sup>446</sup> Siehe dazu auch oben IV 5c, cc.

<sup>447</sup> Vor allem Führung der Debitorenbuchhaltung einschließlich des Mahn- und Inkassowesens, vgl. Sinz aaO, Rdnrn. 11, 35.

<sup>448</sup> Heidland, KTS, 1970, 174; Sinz, aaO, Rdnrn. 87 ff; Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 23c; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 110.

<sup>449</sup> Sinz, aaO, Rdnr. 94.

in der Zwischenzeit banküblich verzinst, bleibt die Wertäquivalenz der ausgetauschten Leistungen (Abtretung der Forderung gegen Gutschrift) erhalten<sup>450</sup>.

Weil es sich bei der Factoringsgebühr um ein Entgelt für Dienstleistungen (Führung der Debitorenbuchhaltung unter Einschluß des Mahn- und Inkassowesens) handelt, die in jedem Fall auf Kosten der Haftungsmasse hätten erbracht werden müssen, steht deren Einbehalt in angemessener Höhe der Anwendung des § 142 InsO nicht entgegen, weil der Masse Aufwendungen in gleicher Höhe erspart wurden<sup>451</sup>.

Abtretungen aufgrund eines (echten oder unechten) Factoring-Vertrages stellen daher Bardeckungen dar, wenn der Factor dem Gemeinschuldner im Gegenzug sogleich den Nennwert abzüglich angemessener Gebühren, Zinsen und eines Sicherungseinbehalts gutschreibt.

#### **4. Vergütung für fehlgeschlagene Sanierungsversuche**

Honorarzahlungen des Schuldners für fehlgeschlagene Sanierungsversuche stellen nach dem oben unter IV 5c, dd<sup>452</sup> Gesagten niemals Bardeckungen dar, weil die Gegenleistung des Gläubigers nicht, wie von § 142 InsO verlangt, in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt ist und auch von einer Ersparnis von Aufwendungen für die Insolvenzmasse keine Rede sein kann.

#### **5. Inkongruente Deckungen, gesetzliche Sicherheiten**

Leistungen an Erfüllung statt oder erfüllungshalber, Sicherheitenbestellungen aufgrund Nr. 13 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken<sup>453</sup>, (idR) die Gewährung von Kundenschecks<sup>454</sup> sowie andere inkongruente Deckungen iSv § 132 InsO<sup>455</sup> sind ebenfalls keine Bardeckungen iSv § 142 InsO, weil diese Vorschrift verlangt, daß Leistung und

---

<sup>450</sup> Kuhn/Uhlenbruck, § 30 Rdnr. 23c; Sinz, aaO, Rdnr. 4; a.A. Canaris, Bankvertragsrecht 2. Auflage, Rdnr. 1676; Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 110.

<sup>451</sup> S.o. IV 5c, cc.

<sup>452</sup> vgl. auch II 2b, dd-hh, 3a, bb, III 1g, bb, IV 4.

<sup>453</sup> s.o. IV 2, II 5a, aa.

<sup>454</sup> BGH, ZIP 1993, 1654; LG Heilbronn, ZIP 1996, 601.

<sup>455</sup> weitere Beispiele bei Jaeger/Henckel, § 30 Rdnrn. 204 ff.

Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sein müssen<sup>456</sup>. Eine Leistung, die - wie bei inkongruenten Deckungen immer der Fall - nicht exakt dieser Parteivereinbarung entspricht, kann demnach angefochten werden, ohne daß §142 InsO dieser Anfechtung im Wege steht.

Zum maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Kongruenz/Inkongruenz einer Leistung s.o. IV 2.

Mangels Parteivereinbarung fallen auch solche Sicherheiten aus dem Anwendungsbereich des § 142 InsO heraus, die kraft Gesetzes entstehen<sup>457</sup>, wenn sie nicht zusätzlich vereinbart worden sind.

## **6. Die Besicherung von Sanierungskrediten nach Eintritt der materiellen Insolvenz**

Am Ende dieser Untersuchung soll noch der für die Praxis wichtigen Frage nach der Anfechtbarkeit der Bestellung von Sicherheiten nachgegangen werden, die der Schuldner dem Gläubiger gegen Gewährung eines Sanierungskredits<sup>458</sup> eingeräumt hat, der Sanierungserfolg aber ausgeblieben ist.

### a) Meinungsstand

War der Schuldner im Zeitpunkt der Kreditgewährung bereits zahlungsunfähig und wußte dies der Gläubiger, so ist die Besicherung nach hM gemäß § 30 Nr.1, 2.Alt. KO bzw. nach § 130 InsO anfechtbar, es sei denn, sie stellte eine Bardeckung dar. Erfolgte also der Leistungsaustausch (Darlehn gegen Sicherheit) abredgemäß in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang und entsprach der Wert der Sicherheit dem des Darlehns, liegen nach der hM die Voraussetzungen des § 142 InsO idR vor.

---

<sup>456</sup> vgl. oben IV 2 mwN.

<sup>457</sup> s.o. IV 2.

<sup>458</sup> Zum Begriff s. Hopt/Mülbert, § 607 Rdnr.208; Drukarczyk, Unternehmen in der Insolvenz, S.272; Gawaz, Bankenhaftung für Sanierungskredite, S.15 ff Rdnrn. 31 ff; danach handelt es sich bei Sanierungskrediten um solche Kredite, die einem in der Krise befindlichen Unternehmen von einem Kreditinstitut (wenn das Unternehmen eine Hausbank hat, von dieser), einer Gruppe von Kreditinstituten (idR den Gläubigerbanken) oder Dritten (verbundene Unternehmen, Lieferanten oder andere Gläubigerunternehmen) zum Zwecke der Sanierung, entweder durch die Bewilligung neuer Kredite oder durch Umschuldung alter Kredite, gewährt werden.

Eine Anfechtung nach § 30 Nr.1, 2.Alt. KO bzw. § 130 InsO scheidet in diesem Fall grundsätzlich aus<sup>459</sup>.

Eine Ausnahme hiervon wird nur dann gemacht, wenn der Sanierungsversuch von vornherein aussichtslos oder vorhersehbar war, daß die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens nur zu weiteren Verlusten führt. In diesem Fall habe der Kredit keinen wirtschaftlichen Wert oder jedenfalls einen geringeren als die Sicherheit, so daß es an der für § 142 InsO erforderlichen Gleichwertigkeit<sup>460</sup> der Gegenleistung (Kreditgewährung) fehle<sup>461</sup>.

War dagegen im Zeitpunkt der Kreditgewährung zu erwarten oder bestand die begründete Aussicht, daß mit dem Sanierungskredit das Unternehmen des Schuldners gerettet werden könnte oder wenigstens eine werterhaltende Fortführung des Unternehmens bis zur Insolvenzverfahrenseröffnung ermöglicht wird, ist die Gewährung des Sanierungsdarlehns nach hM als objektiv gleichwertige Gegenleistung iSv § 142 InsO anzusehen<sup>462</sup> (Folge: unanfechtbar gemäß § 30 KO bzw § 130 InsO). Zwar bleibe in diesem Fall eine Anfechtung nach § 31 KO bzw. § 133 I InsO möglich (s.auch § 142 InsO a.E.). Doch setzt eine solche Anfechtung bei Rechtsgeschäften, die zum Zwecke der Sanierung eines Unternehmens getätigt wurden, nach ganz überwiegender Ansicht voraus, daß der Schuldner damit rechnen mußte, daß die Sanierung fehlschlagen werde und daß ihm für diesen Fall die (mittelbare) Benachteiligung (Verlust der Sicherheit) der übrigen Gläubiger bewußt gewesen war und er diese Benachteiligung in seinen Willen aufgenommen hatte<sup>463</sup>. Nach Ansicht des BGH haben ernsthafte Sanierungsbemühungen die Bedeutung eines Beweisanzeichens gegen eine Benachteiligungsabsicht iSv § 31 Nr.1 KO und eine entsprechende Kenntnis des Gläubigers<sup>464</sup>.

---

<sup>459</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr.117; Obermüller, Die Bank im Konkurs im Vergleich ihres Kunden, S. 262; ders., WM 1994, 1870; ders. ZIP 1980, 1061.

<sup>460</sup> s.o.IV 4.

<sup>461</sup> Jaeger/Henckel § 30 Rdnr. 117; Canaris, in: FS - KO, S.84 f; H.P. Westermann KTS 1982, S.167 f.

<sup>462</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr.117.

<sup>463</sup> Kilger/K. Schmidt, KO,§ 31 Anm.4; Kuhn/Uhlenbruck, § 31 Rdnr.7d; Hess, § 31 Rdnr.9 a.E.; Gawaz aaO, S.211 f Rdnr.581 ff; Häsemeyer, Insolvenzrecht 2. Aufl., S.459 f Rdnr.21. 78 ff; H.P. Westermann, KTS 1982, 170; vgl auch BGH, NJW 1998, 1561, 1563 f = WM 1998, 248, 250 f = ZIP 1998, 248, 251 f; s. auch OLG Koblenz, WM 1997, 1682.

<sup>464</sup> BGH, NJW 1998, 1561 = WM 1998, 248 = ZIP 1998, 248; vgl. auch BGH, ZIP 1996, 1475; strenger noch BGH, ZIP 1984, 572, 579 f unter Hinweis auf die ältere Rspr. ("BuM/West-LB"- Fall, insoweit nicht in BGHZ 90, 382 abgedruckt), wonach die Anfechtung nach § 31 KO voraussetzt, daß dem Schuldner nachgewiesen werden kann, daß es ihm weniger auf die Sanierung als auf die Benachteiligung anderer Gläubiger angekommen ist; ebenso Jaeger/Henckel; § 31 Rdnr.12; ähnlich H.P. Westermann KTS 1982, 170; vgl. auch RGZ 33, 120, 124

## b) Stellungnahme

Zumindest für die im folgenden dargestellte Konstellation vermag ein solches Verständnis des § 142 InsO bzw. des §133 InsO in Anbetracht der mit der Insolvenzrechtsreform verfolgten Ziele nicht zu überzeugen :

Handelte es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft i.S.v. §19 III InsO (v.a. GmbH&Co.KG) und war dieser Schuldner im Zeitpunkt des Zug um Zug erfolgenden Leistungsaustauschs (Kredit gegen Sicherheit) zahlungsunfähig<sup>465</sup> und zugleich iSv § 19 II S.2 InsO<sup>466</sup> überschuldet<sup>467</sup>, dann muß der Gläubiger (Sanierungskreditgeber) aus den folgenden Gründen im Falle des Scheiterns der Sanierungsbemühungen die Sicherheit zurückgewähren, wenn ihm die Zahlungsunfähigkeit im Zeitpunkt der Sicherstellung bekannt war<sup>468</sup>.

## aa) Entscheidungskompetenz über Sanierung oder Liquidation

Nur ein solches Ergebnis wird dem Willen des Reformgesetzgebers gerecht. Wie oben bereits ausgeführt<sup>469</sup>, obliegt bei eingetretener Insovenz nach dem Willen des Gesetzgebers die Entscheidung darüber, ob das in Not geratene Unternehmen saniert oder zerschlagen werden soll, allen Beteiligten, deren Interessen unmittelbar berührt sind. In der Allgemeinen

f; RG, JW 1901, S.9 Nr.13; RG WarnRspr. 1929, 302, 305; RG, KuT 1929, 151 f = HRR 1930, Nr.168; RG, HRR 1937, Nr.834; nach OLG München, WM 1972, 760, 763 soll eine Benachteiligungsabsicht sogar ganz ausscheiden, wenn der Schuldner für das von ihm übereignete Sicherungsgut eine vollwertige Gegenleistung erhalten hat, ebenso Plander, BB 1972, 1482, anders aber § 142 InsO a.E.

<sup>465</sup> vgl. §17 InsO (drohende Zahlungsunfähigkeit, §18 InsO, reicht nicht).

<sup>466</sup> zum "neuen" Überschuldungsbegriff iSv § 19 II InsO s. Uhlenbruck, KTS 1994, 173; Häsemeyer, Insolvenzrecht 2. Aufl., S.121 f Rdnrn.7.23 ff; Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, S.41 ff Rdnrn. 90 ff.

<sup>467</sup> Dem steht es gleich, wenn vor der Kreditgewährung die Fortführung des Unternehmens nicht überwiegend wahrscheinlich war, vgl. § 19 II S.1 InsO, die durch die Kreditgewährung eingetretene überwiegende Wahrscheinlichkeit aber dennoch nicht die Überschuldung iSv § 19 II 2 InsO zu beheben vermochte.

<sup>468</sup> Vgl. K. Schmidt, Gutachten zum 54. Deutschen Juristentag, D 106: "Anderes wird für die Anfechtung von Sicherungsgewährungen im Rahmen einer später mißglückten Sanierung gelten. Da mit einer Neuordnung des Insolvenzrechts auch eine Neuordnung des gesamten Anfechtungsrechts einhergehen wird, die hier nicht diskutiert werden kann, muß es hier bei der Aufforderung an den Gesetzgeber bleiben, das Problem der Deckung von Sanierungskrediten im Zusammenhang mit dem Anfechtungsrecht zu berücksichtigen."

<sup>469</sup> s.o. I 2,3.

BegrRegE zur InsO<sup>470</sup> heißt es dazu: "In der Marktwirtschaft muß grundsätzlich das Urteil derjenigen Personen maßgeblich sein, deren Vermögen auf dem Spiel stehen und die deshalb die Folgen von Fehlern zu tragen haben ..." <sup>471</sup>. Im Bericht des Rechtsausschusses<sup>472</sup> wird in diesem Zusammenhang als "wesentliche Zielsetzungen und Grundentscheidungen" unter anderem besonders hervorgehoben: "Die Bestimmung des Ablaufs des Insolvenzverfahrens durch die Autonomie der Gläubiger, insbesondere die Entscheidung der Gläubigerversammlung über Liquidation, Sanierung des Schuldners oder übertragende Sanierung".

Diese - an sich selbstverständliche - Wertentscheidung würde konterkariert, wenn Sicherheiten für Sanierungskredite auch nach Insolvenzureife aber vor Insolvenzverfahrenseröffnung anfechtungsfest im Wege der Bardeckung erworben werden könnten, mag auch die (gescheiterte) Sanierung nicht im Bereich des Unmöglichen gelegen haben.

Wäre ein anfechtungsfester Erwerb in diesem Stadium noch möglich, könnten der Schuldner und der Sanierungskreditgeber gefahrlos und unter Ausschluß der übrigen Gläubiger die Sanierungsentscheidung treffen, weil das Risiko des Scheiterns allein von diesen unbeteiligten Gläubigern zu tragen wäre<sup>473</sup>. Gerade solchen gläubigerschädigenden Vermögensverschiebungen im unmittelbaren Vorfeld der Verfahrenseröffnung soll aber die Verschärfung des Anfechtungsrechts<sup>474</sup> entgegenwirken<sup>475</sup>, um jedenfalls künftig "in einem weit größeren Teil der Insolvenzen als heute die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens zu ermöglichen"<sup>476</sup>. "Nur im Insolvenzverfahren schließlich sind die rechtsstaatlich korrekte gleichmäßige Gläubigerbefriedigung und der Einfluß der Gläubigergemeinschaft auf die Insolvenzabwicklung gesichert"<sup>477</sup>.

---

<sup>470</sup> Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1,S.100.

<sup>471</sup> Vgl. auch aaO, S.105: "Zur Entscheidung über Verwertungsart und -form sind allein diejenigen berufen, deren Vermögenswerte auf dem Spiel stehen ..."

<sup>472</sup> BT- Drucks. 12/7302 vom 19.4.1994, S.149 ff, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S.141.

<sup>473</sup> Vgl. auch K. Schmidt Gutachten, aaO, D 107: "Die Insolvenztatbestände bezeichnen den Zeitpunkt, von dem an das Finanzierungsgebaren des Unternehmens im Interesse der vorhandenen und der künftigen Gläubiger nicht mehr von der Schuldnerstrategie und von Abreden mit einzelnen Gläubigern abhängig gemacht werden darf."

<sup>474</sup> s.o. I 2.

<sup>475</sup> Allgemeine Begründung RegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S.108; Bericht des Rechtsausschusses, aaO, S. 141.

<sup>476</sup> Allgemeine Begründung RegE, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.) Bd.1, S.104, 106.

<sup>477</sup> aaO, S.101.

bb) Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung als absolute Grenzen für freie Sanierungen mittels zu besichernder Sanierungskredite

Zwar soll durch die Reform der Spielraum für die außergerichtliche Insolvenzabwicklung etwa durch freie Sanierung<sup>478</sup> von Unternehmen gerade nicht eingeengt, sondern vielmehr durch Aufhebung des §419 BGB und Einführung einer vereinfachten Kapitalherabsetzung bei der GmbH<sup>479</sup> erweitert werden<sup>480</sup>. Doch setzt die Pflicht zur Stellung des Insolvenzantrags nach §§ 64 Abs. 1 GmbHG<sup>481</sup>, § 92 Abs. 2 AktG<sup>482</sup>, § 99 Abs. 1 GenG<sup>483</sup>, § 42 Abs. 2 BGB<sup>484</sup>, §§ 130 a, 177 a HGB<sup>485</sup> der freien Sanierung eine absolute Grenze<sup>486</sup>.

Vgl. dazu auch die AllgBegrRegE<sup>487</sup>: ”Der Schuldner hat demnach beim Vorliegen nur voraussichtlicher Zahlungsunfähigkeit bis zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung bzw. bis zum Ablauf einer ihm eingeräumten Antragsfrist die Wahl, entweder eine freie Sanierung zu versuchen oder ein gerichtliches Verfahren zu beantragen. Der Spielraum für freie Sanierungsbemühungen wird nicht eingeengt.”<sup>488</sup>.

Zwar scheint der Gesetzgeber insoweit über die hier vertretene Auffassung hinauszugehen, als freie Sanierungen noch während der 3-wöchigen Antragsfrist<sup>489</sup> zulässig sein sollen. Doch sind damit beispielsweise freie Sanierungen durch sanierende Kapitalschnitte oder durch

---

<sup>478</sup> Zum Begriff s. K. Schmidt, Gutachten , aaO, D 103 ff.

<sup>479</sup> Vgl. Artt. 33 Nr. 16, 48 Nr. 4 EGInsO; zur Streichung des §419 BGB und ihre Konsequenzen s.

K.Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, S.214ff.

<sup>480</sup> AllgBegrRegE, aaO, S. 91, 97, 104, 106 f, 120.

<sup>481</sup> In der Fassung des Art. 48 Nr. 7 EGInsO.

<sup>482</sup> In der Fassung des Art. 47 Nr. 4 EGInsO.

<sup>483</sup> In der Fassung des Art. 49 Nr. 16 a EGInsO.

<sup>484</sup> In der Fassung des Art. 33 Nr. 1 EGInsO.

<sup>485</sup> In der Fassung des Art. 40 Nr. 4 a EGInsO.

<sup>486</sup> BGHZ 75, 96, 111 f (Herstatt Bank) = NJW 1979, 1823, 1827; NJW 1979, 1829, 1830 f; K. Schmidt, aaO, D 104, 107.

<sup>487</sup> Text bei Kübler/Prütting, aaO, S. 106 f.

<sup>488</sup> S. auch die BegrRegE zu Artt. 40 Nr. 4 a, 47 Nr. 4, 48 Nr. 7, 49 Nr. 16 a, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.), Bd. 2, S. 172, 186, 199: ”Eine freie Sanierung im Vorfeld einer Insolvenz soll nicht erschwert werden ... Dadurch wird zugleich klargestellt, daß Sanierungsbemühungen nicht dazu berechtigen, die in Abs. 1 Satz 3 niedergelegte Drei-Wochen-Frist für den Eröffnungsantrag zu überschreiten.”

<sup>489</sup> Vgl. § 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, § 99 Abs. 1 GenG, §§ 130 a, 177 a HGB.

Forderungserlasse von Großgläubigern gemeint<sup>490</sup>. Nicht zulässig sind ab Eintritt der Insolvenzzureife die hier zu untersuchenden Sicherungsgewährungen für Sanierungsdarlehen, wenn letztere - wie hier vorausgesetzt<sup>491</sup> - die Überschuldung nicht zu beseitigen vermögen<sup>492</sup>. Eben wegen dieser Ungeeignetheit, die Überschuldung abzuwenden, stellen die hier in Rede stehenden Besicherungen aus Gesellschaftsvermögen auch keine nach § 64 Abs. 2 GmbHG, § 92 Abs. 3 Satz 2 AktG, § 99 Abs. 2 Satz 2 GenG, §§ 130 a Abs. 2 Satz 2, 177 a HGB erlaubten "Zahlungen" dar, weil der "ordentliche" Geschäftsleiter in dieser Situation keine ungeeigneten und mit Masseverkürzung einhergehenden Sanierungsmaßnahmen durchführen darf<sup>493</sup>.

Der von manchen<sup>494</sup> in diesem Zusammenhang geforderten Privilegierung von Sanierungskrediten bzw. deren Besicherungen ist demnach eine klare Absage zu erteilen. Kredite, "die außerhalb des Insolvenzverfahrens im Wege der freien Sanierung zur Verfügung gestellt werden, genießen nach geltendem Recht kein Privileg und verdienen es auch nach kommandem Recht nicht. Legitimationsgrundlage der freien Sanierung ist die privatautonome Entscheidung der Beteiligten. Kreditsicherheit und Kreditrisiko als Grundlagen dieser Entscheidung unterliegen ihrer freien Gestaltung und ihrer freien Beurteilung, folglich auch ihrer eigenen Verantwortung. Wer von den Gestaltungsmöglichkeiten der freien Sanierung Gebrauch macht, muß auch den Preis solcher Freiheit - das Risiko - hinnehmen. Für eine Sonderbehandlung des Kreditgebers im Fall der nachfolgenden Insolvenz ist nicht schon deshalb Raum, weil der Sanierungskredit als Beitrag zu einer guten Sache dienen sollte ..."495.

---

<sup>490</sup> Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 740 ff; Götz/Hegerl, DB 1997, 2366.

<sup>491</sup> S. oben b vor aa.

<sup>492</sup> Lutter/Hommelhoff/Timm, BB 1980, 738; K. Schmidt, ZIP 1980, 331.

<sup>493</sup> Zum Verhältnis der Haftung des Geschäftsführers aus § 64 Abs. 2 GmbHG gegenüber den Anfechtungsrechten aus §§ 29 ff KO, künftig §§ 129 ff InsO, s. BGH, GmbHR 1996, S. 211: Konkursverschleppungshaftung auch bei Unterlassung einer aussichtsreichen Konkurs-/Insolvenzanfechtung innerhalb der Ausschluß-, bzw. künftig, Verjährungsfrist; ebenso OLG Celle, GmbHR 1997, 901, 903; s.dazu auch Gerd Müller, ZIP 1996, 1153ff.

<sup>494</sup> Uhlenbruck, KTS 1981, 572; ders., GmbHR 1982, 141 ff.

<sup>495</sup> K. Schmidt, WM 1983, 494; ähnlich schon Levy, KTS 1928, 48 zum außergerichtlichen Vergleichsvermittler: "Er (der Gläubiger) steht nicht für den Erfolg (der freien Sanierung) ein, aber er hat die Folgen zu tragen, wenn der Erfolg ausbleibt (Anfechtbarkeit der Zahlung) ... Es war für ihn ein gewagtes Geschäft; er hat gewagt und - verloren"; vgl. auch Häsemeyer, ZIP 1997, 420: "... Andererseits stellen Sanierungsbemühungen keinen Freibrief für die Benachteiligung anderer Gläubiger aus: Wer nicht bereit ist, einen klaren Strich zwischen bisherigen und künftigen Kreditrisiken zu ziehen, sollte sich nicht auf Sanierungen einlassen; er darf sein Kreditrisiko nicht auf Dritte abwälzen."

Scheitert also der Sanierungsversuch, so hat der Kreditgeber die Sicherheit zurückzugewähren (dazu sogleich) und seine Forderungen gegen den Schuldner als Insolvenzgläubiger i.S.v. § 38 InsO zu verfolgen. Nur auf diese Weise läßt sich die Abwälzung des Sanierungskreditrisikos auf die übrigen Gläubiger verhindern.

c) Anfechtbarkeit der Zug um Zug gewährten Sicherung/des Verpflichtungsgeschäfts

aa) Priviligierung gem. § 142 InsO ?

Ohne § 142 InsO wäre die Sicherheitenbestellung im hier zu beurteilenden Ausgangsfall<sup>496</sup> ohne weiteres nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar. Fraglich ist daher, ob die Sicherung als Bardeckung i.S. von § 142 InsO anzusehen ist.

Zweifel am Vorliegen von dessen Tatbestandsvoraussetzungen bestehen nur hinsichtlich des Erfordernisses der "Gleichwertigkeit" der Gegenleistung (Kreditgewährung). Alle anderen Tatbestandsmerkmale (Leistung des Schuldners, Verknüpfung durch Parteivereinbarung, enger zeitlicher Zusammenhang, Befriedigungstauglichkeit der Gegenleistung)<sup>497</sup> sind erfüllt. Gleichwertigkeit i.S. von § 142 InsO<sup>498</sup> kann hier nicht allein damit begründet werden, daß der objektive Wert der Sicherheit dem nominellen Wert des Darlehnsbetrages entspricht. Schon nach bisheriger Ansicht<sup>499</sup> wird ausnahmsweise auf den - geringeren - wirtschaftlichen Wert des Kredits abgestellt, wenn der Sanierungsversuch von vornherein aussichtslos oder vorhersehbar war, daß die Fortführung des Unternehmens nur zu weiteren Verlusten führt, die durch eine Unternehmensveräußerung im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht auszugleichen sind<sup>500</sup>. Ist aber der Gemeinschuldner - wie hier vorausgesetzt - im Zeitpunkt der Gewährung des Sanierungskredits bzw. der Sicherheitenbestellung bereits zahlungsunfähig und überschuldet, "wird eine Sanierung kaum noch möglich sein"<sup>501</sup>, so daß die Einleitung von Sanierungsmaßnahmen "in der Regel zu spät sein (dürfte)"<sup>502</sup>. Und dies gilt erst recht, wenn - wie hier - schon die konkrete Sanierungsmaßnahme selbst ungeeignet ist, die Überschuldung abzuwenden<sup>503</sup>. Wirtschaftlich betrachtet hat also die Gegenleistung des

---

<sup>496</sup> S. oben b vor aa.

<sup>497</sup> S. dazu oben IV.

<sup>498</sup> S. dazu oben IV 4.

<sup>499</sup> S. oben a.

<sup>500</sup> Jaeger/Henckel, § 30 Rdnr. 117; Canaris, in: FS-KO, S. 84; vgl. auch die Rechtsprechung und Literatur zur Anfechtbarkeit von Vergütungen für fehlgeschlagene Sanierungsversuche, s. oben V4.

<sup>501</sup> Brombach/Olfert, Ehreiser, Sonderbilanzen, 2. Aufl., S. 144; ebenso Uhlenbruck, ZIP 1980, 77 m.w.N.

<sup>502</sup> Wellensiek/Oberle, in: MünchHandB des Gesellschaftsrechts, § 68 Rdnr. 4 (S. 1106).

<sup>503</sup> S. oben b, bb.

Gläubigers (der Sanierungskredit) keinen oder jedenfalls einen geringeren Wert als die Sicherheit. Infolgedessen fehlt es an der für § 142 InsO erforderlichen Gleichwertigkeit. Die Sicherheitenbestellung ist daher nach § 130 Abs. 1 InsO anfechtbar, wenn dem Gläubiger - wie hier vorausgesetzt - die Zahlungsunfähigkeit bekannt war<sup>504</sup>.

bb) Anfechtbarkeit des Verpflichtungsgeschäfts nach § 132 Abs. 1 InsO

Wie oben unter IV 4 ausgeführt, folgt aus dem Umstand, daß die vom Gläubiger versprochene (und gewährte) Gegenleistung im Wert hinter der Leistung des Schuldners zurückbleibt, die unmittelbare Benachteiligung der übrigen Gläubiger durch das Verpflichtungsgeschäft (hier Darlehnsvertrag mit der Verpflichtung des Schuldners, Sicherheiten zu gewähren) selbst. Demnach kann auch dieses Verpflichtungsgeschäft nach § 132 Abs. 1 InsO angefochten werden<sup>505</sup>, wenn - wie hier - der Gläubiger Kenntnis von der Zahlungseinstellung hatte.

Die Ansprüche des Gläubigers richten sich in diesem Fall nicht nach § 144 Abs. 1 InsO, weil diese Vorschrift nur die Deckungsanfechtung betrifft, sondern nach § 144 Abs. 2 InsO<sup>506</sup>.

cc) Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO

Nach § 133 Abs. 1 InsO sind alle Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz<sup>507</sup>, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil (Kreditgeber) zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß diese Handlungen die Gläubiger (jedenfalls mittelbar) benachteiligte, vgl. § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO.

Sowohl die zum Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts (Sanierungskreditgeschäft mit der Verpflichtung des Schuldners zur Sicherheitenbestellung) führende Willenserklärung des Schuldners als auch dessen Leistung an den Gläubiger (Sicherheitenbestellung) wären demnach nach dieser Vorschrift anfechtbar<sup>508</sup>, wenn dem Schuldner zunächst ein

---

<sup>504</sup> § 130 Abs. 3 InsO ist hier nicht anwendbar, da § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO insbes. Hausbanken oder Großlieferanten nicht erfaßt, vgl. Begründungstext zu § 155 RegE = § 138 InsO, bei Hess/Weis, Das neue Anfechtungsrecht, Rdnr. 676.

<sup>505</sup> Zu § 132 Abs. 3 in Verbindung mit § 130 Abs. 3 InsO, vgl. Fn. 504.

<sup>506</sup> S. dazu Häsemeyer, Insolvenzrecht 2. Aufl., Rdnrn. 21.65, 21.71 m.w.N.; sowie Jaeger/Henckel, § 38 Rdnrn. 2 ff, § 39 Rdnr. 2, § 41 Rdnr. 45.

<sup>507</sup> Dolus eventualis reicht aus, vgl. RegEBegr zu § 133, Text bei Kübler/Prütting (Hrsg.), Bd. 1, S. 347.

<sup>508</sup> Zu den Ansprüchen des Anfechtungsgegners im Falle der Anfechtbarkeit sowohl der Leistung als auch des

Benachteiligungsvorsatz nachgewiesen werden könnte. Der Maßstab dieses Benachteiligungsvorsatzes läßt sich, jedenfalls mit zunehmender Nähe zur Insolvenz, "letztlich nur mit Hilfe typischer Fallgruppen"<sup>509</sup> konkretisieren, "weil sonst haftungsvereitelnden Manipulationen nicht wirksam gesteuert werden kann"<sup>510</sup>. Da im hier zu untersuchenden Ausgangsfall<sup>511</sup> der Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts bzw. die Sicherheitenbestellung zeitlich nach Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung des Schuldners erfolgten und diese Maßnahmen überdies an der Insolvenzreife nichts änderten<sup>512</sup>, muß von einem Sanierungsversuch "mit hohem Insolvenz- und Gläubigerbenachteiligungsrisiko"<sup>513</sup> ausgegangen werden. Wegen der Ungeeignetheit dieses risikoreichen Versuchs, die Überschuldung abzuwenden, und dem Verbot, das Kreditrisiko auf Dritte abzuwälzen<sup>514</sup>, erscheint es angemessen, in einem solchen Fall die für § 133 Abs. 1 InsO erforderlichen subjektiven Voraussetzungen auf seiten des Schuldners als indiziert anzusehen, zumal "der vorkonkursliche Sanierungsversuch eine schwerwiegende Einflußnahme auf das Verhältnis zwischen späterem Gemeinschuldner und den übrigen Gläubigern darstellt, deren Rechtsdurchsetzungsaussichten beim Fehlschlagen der Sanierung oftmals nachdrücklich geschmälert werden, in aller Regel ohne daß sie Möglichkeiten haben, auf den Gang des Sanierungsversuchs einzuwirken"<sup>515</sup>. Die für § 133 Abs. 1 InsO weiter erforderliche Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes auf seiten des Kreditgebers wird nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet, wenn er wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Willenserklärung des Schuldners, die zum Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts führte,

---

Verpflichtungsgeschäfts vgl. Jaeger/Henckel, § 38 Rdnr. 2 ff, § 39 Rdnr. 2, § 41 Rdnr. 45, wobei § 38 KO dem § 144 Abs. 2 InsO und § 39 KO dem § 141 Abs. 1 InsO entsprechen, vgl. Henckel, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 677 f, Rdnr. 74 f.

<sup>509</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Rdnr. 21.79.

<sup>510</sup> Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1. Aufl., S. 487: "Andererseits müssen mit zunehmender Nähe zur Insolvenz die Anforderungen an die subjektiven Voraussetzungen zugunsten einer objektiv typisierenden Beurteilung abgeschwächt werden, weil sonst haftungsvereitelnden Manipulationen nicht wirksam gesteuert werden kann"; s. auch BGH, ZIP 1998,793,799=NJW 1998,2592,2597 (insoweit nicht in BGHZ 138,291 abgedruckt): "Je näher dieser Zeitraum (gemeint: sukzessive Besicherung des Kreditgebers im Rahmen einer Vorausverpfändung) an den Zeitpunkt der Zahlungseinstellung heranreicht, desto mehr verdichtet sich die Möglichkeit, daß bei der Schuldnerin eine Benachteiligungsabsicht vorgelegen und die Beklagte (Kreditgeber) dies gewußt hat."

<sup>511</sup> S. oben b vor aa.

<sup>512</sup> S. oben b, bb.

<sup>513</sup> Vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2. Aufl., Rdnr. 21.81.

<sup>514</sup> S. oben b, aa, bb.

<sup>515</sup> Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzrechts, 2. Aufl., S. 198 f.

bzw. die Bestellung der Sicherheit die Gläubiger benachteiligte. Erstere Voraussetzung - Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit - ist im Ausgangsfall<sup>516</sup> ohne weiteres gegeben, weil der Kreditgeber (sogar) positive Kenntnis von der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit hatte. Kenntnis der gläubigerbenachteiligenden Wirkung, die im Verlust der Sicherheit für die Insolvenzmasse besteht, liegt dagegen nicht schon dann vor, wenn der Kreditgeber nur um die Zahlungsunfähigkeit, nicht aber um die Überschuldung seines Kontrahenten weiß, denn zur Beseitigung der Zahlungsunfähigkeit war der Kredit geeignet. Sie ist aber dann zu bejahen, wenn der Kreditgeber wußte, daß der nachmalige Gemeinschuldner i.S. von § 19 Abs. 2 InsO überschuldet war, als das Kreditgeschäft abgeschlossen bzw. die Sicherheit bestellt wurde. In diesem Fall war nämlich offensichtlich, daß ein solcher Sanierungsversuch mit hohem Insolvenzrisiko verbunden war und daß bei Scheitern dieses Versuchs die übrigen Gläubiger zumindest um die dem Kreditgeber eingeräumte Sicherheit verkürzt sein würden. Weist der Insolvenzverwalter demnach Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung, die zum Abschluß des Verpflichtungsgeschäfts führte, bzw. der Sicherheitenbestellung nach und gelingt ihm darüber hinaus der Nachweis, daß der Kreditgeber das Vorliegen beider Eröffnungsgründe (§§ 17, 19 InsO) kannte, ist seine Anfechtungsklage begründet, es sei denn, dem Kreditgeber gelingt der Beweis, daß er den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht erkannt hat. Dies wird ihm nicht leicht fallen, da innere Tatsachen schwer und innere negative Tatsachen noch schwerer zu beweisen sind<sup>517</sup>.

## **Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen**

1. (ratio legis) § 142 InsO beruht auf der Vorstellung des Gesetzgebers, daß Bargeschäfte im Sinne dieser Vorschrift die Haftungsmasse der Höhe nach unangetastet lassen und lediglich deren Zusammensetzung in einer für die übrigen Gläubiger unschädlichen Weise verändern (bloße Vermögensumschichtung).
2. (Anwendungsbereich) Nur kongruente Deckungen im Sinne von § 130 InsO stellen unter den weiteren Voraussetzungen von § 142 InsO Leistungen des Schuldners im Sinne dieser Vorschrift dar. § 142 InsO schränkt demnach ausschließlich die Anfechtbarkeit nach § 130

---

<sup>516</sup> S. oben b, vor aa.

<sup>517</sup> Henckel, in: Kölner Schrift zur InsO, S. 666, Rdnr. 41; zur (Un-) Anwendbarkeit des § 133 Abs. 2 InsO vgl.

InsO ein. Innerhalb der übrigen Anfechtungsgründe (§§ 131 - 136 InsO) spielt der Bargeschäftscharakter der schuldnerischen Leistung keine Rolle.

3. (Rechtsnatur) Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen von § 142 InsO vor, entfällt die Anfechtbarkeit der schuldnerischen Leistung nach § 130 InsO, auch wenn dessen Voraussetzungen allesamt erfüllt sind. § 142 InsO läßt sich demnach als rechtshindernde Einwendung bzw. - in der Terminologie des Prozeßrechts - als rechtshindernde Einrede charakterisieren, weil er von Anfang an den § 130 InsO in der Entfaltung seiner Wirksamkeit hindert.

4. (Anforderungen an die Gegenleistung des Gläubigers) Gegenleistungen des Gläubigers, die - isoliert betrachtet - weder unmittelbar noch mittelbar das schuldnerische Aktivvermögen im Zeitpunkt ihrer Bewirkung erhöhen, und die auch keine Ersparnis von Aufwendungen für die Insolvenzmasse darstellen, gelangen nicht in das Vermögen des Schuldners. Eine Privilegierung nach § 142 InsO kommt in diesen Fällen nicht in Betracht.

5. (Besicherung von Sanierungskrediten) Handelt es sich bei dem Schuldner um eine juristische Person oder um eine Gesellschaft im Sinne von § 19 III InsO und war dieser Schuldner im Zeitpunkt des Zug um Zug erfolgenden Leistungsaustauschs (Kredit gegen Sicherheit) zahlungsunfähig und zugleich im Sinne von § 19 II S. 2 InsO überschuldet, dann fehlt es an der für § 142 InsO erforderlichen Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung. (Gleiches gilt, wenn vor der Kreditgewährung die Fortführung des Unternehmens nicht überwiegend wahrscheinlich war, vgl. § 19 I S. 1 InsO, die durch die Kreditgewährung eingetretene überwiegende Wahrscheinlichkeit der Fortführung des Unternehmens aber dennoch nicht die Überschuldung im Sinne von § 19 II S. 2 InsO zu beseitigen vermochte).

6. (Beweislast) Aus dem Einwendungs- bzw. Einredecharakter des § 142 InsO folgt, daß der Gläubiger im Anfechtungsprozeß die Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale der ihm günstigen Vorschrift des §142 InsO trägt.

## Literatur

- Baumbach/Hopt, HGB Adolf Baumbach, Klaus Hopt, HGB, 29.Aufage, München, 1995
- Baur/Stürner Fritz Baur, Rolf Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Band II, 12.Auflage, Heidelberg, 1990
- Böhle-Stamschräder, 6.Auflage A.Böhle-Stamschräder, Konkursordnung, 6.Auflage, München Berlin, 1961
- Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 14.Aufl. A.Böhle-Stamschräder, Joachim Kilger, KO, 14.Auflage, München, 1983
- Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht Reinhard Bork, Einführung in das neue Insolvenzrecht, Tübingen, 1995
- Brandes, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht Helmut Brandes, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht, Köln 1993
- Brandes, in: Insolvenzrecht 1996 Helmut Brandes, BGH-Rechtsprechung zum Konkursrecht, in: Insolvenzrecht 1996, herausgegeben von Hanns Prütting, Köln, 1997, 1ff.
- Brombach/Olfert/Ehreiser, Sonderbilanzen Klaus Brombach, Klaus Olfert, Hans Jörg Ehreiser, Sonderbilanzen, 2.Auflage, 1981
- Bruski Johannes Bruski, Die Voraussetzungen der Konkursanfechtung, Diss.Bonn, 1990
- Burger/Schellberg, AG 1995, 57ff. Anton Burger, Bernhard Schellberg, Kreditsicherheiten im neuen Insolvenzrecht, AG 1995, 57ff.
- v. Campe, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich Moritz von Campe, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, Köln Berlin Bonn München, 1996
- Canaris, Bankvertragsrecht Claus-Wilhelm Canaris, Bankvertragsrecht, 2.Auflage, Berlin, 1981
- Canaris, in: FS KO Claus-Wilhelm Canaris, Aktuelle insolvenzrechtliche Probleme des Zahlungsverkehrs und des Effektenwesens, in: Einhundert Jahre Konkursordnung 1877-1977, Festschrift des Arbeitskreises für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln zum einhundertjährigen Bestehen der Konkursordnung vom 10. Februar 1877, herausgegeben von Wilhelm Uhlenbruck, Bernd Klasmeyer, Bruno M. Kübler, Köln Berlin Bonn München, 1977
- Cosack, Das Anfechtungsrecht Konrad Cosack, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, Stuttgart, 1884
- Diskussionsentwurf Diskussionsentwurf Bundesministerium der Justiz, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, Entwurf einer Insolvenzordnung (EInsO) und anderer Reformvorschriften mit Begründung und Anhang, Herausgeber BMJ, Köln, 1988
- Döllerer, in: FS Fleck, 35ff. Georg Döllerer, Das Kapitalnutzungsrecht als Gegenstand der Sacheinlage bei Kapitalgesellschaften, in: Festschrift für Hans-Joachim Fleck, herausgegeben von Reinhard Goerdeler, Marcus Lutter, Walter Odersky, Herbert Wiedemann, Berlin New York, 1988
- Drukarczyk, Unternehmen in der Insolvenz Jochen Drukarczyk, Unternehmen in der Insolvenz. Zur effizienteren Gestaltung des Kreditsicherungs- und Insolvenzrechts, 1987
- Eckardt, ZIP 1997, 957ff. Diederich Eckhardt, Voraussetzungen und Sequestration, ZIP 1997, 957ff.
- Eichberger, Die besondere Konkursanfechtung Christian Eichberger, Die besondere Konkursanfechtung, Diss. Regensburg 1990
- Emmerich, Die Sanierung Hugo Emmerich, Die Sanierung, 1. Teil, Der Begriff der Sanierung, Der außergerichtliche Vergleich, Die Sanierungstreuhand, Mannheim Berlin Leipzig, 1930

- Ernestus, in: Handbuch der Insolvenzverwaltung  
Handbuch der Insolvenzverwaltung, herausgegeben von Harro Mohrbutter, 7.Auflage, Köln, 1997
- Erster Bericht  
Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln, 1985
- Fischer, ZIP 1997,717ff.  
Gero Fischer, Anfechtung von Gläubigerhandlungen nach der Gesamtvollstreckungsordnung? ZIP 1997, 717ff.
- Flume, AT Bd.II  
Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 3.Auflage, Berlin Heidelberg New York, 1979
- Franke, AcP Bd.16(1833), 125ff., 251ff.  
Franke, Ueber die Zulässigkeit der actio Pauliana bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungs-Statt, AcP Bd.16(1833), 125ff., 251ff.
- Frey, Einlagen in Kapitalgesellschaften  
Kaspar Frey, Einlagen in Kapitalgesellschaften, Gläubigerschutz und Gestaltungsfreiheit, Köln Berlin Bonn München, 1990
- Gamerith, JBl 1986, 338f.  
Helmut Gamerith, Buchbespechung: Die Anfechtung nach der Konkursordnung, von Bernhard König, JBl 1986, 338f.
- Gawaz, Bankenhaftung für Sanierungskredite  
Klaus-Dieter Gawaz, Bankenhaftung für Sanierungskredite, Köln, 1997
- Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung  
Walter Gerhardt, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, Göttingen, 1969
- Gerhardt, in: FS Brandner, 605ff.  
Walter Gerhardt, Gereimtes und Ungereimtes im Anfechtungsrecht der neuen Insolvenzordnung - Eine kritische Betrachtung, in: Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70.Geburtstag, herausgegeben von Gerd Pfeiffer, Joachim Kummer, Silke Scheuch, Köln, 1996
- Gerhardt, in: GS Knobbe-Keuk, 169ff.  
Walter Gerhardt, Vorausabtretung und Konkurseröffnung, in: Gedächtnisschrift Für Brigitte Knobbe-Keuk, herausgegeben von Wolfgang Schön, Köln, 1997
- Gerhardt, in: Insolvenzrecht im Umbruch, 1ff.  
Walter Gerhardt, Zielbestimmung und Einheitlichkeit des Insolvenzverfahrens,in: Insolvenzrecht im Umbruch, herausgegeben von Dieter Leipold, Köln Berlin Bonn München, 1991
- Gerhardt/Kreft, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung  
Walter Gerhardt, Gerhart Kreft, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung - KO, GesO, AnfG - 6.Auflage, Köln, 1995
- Gerhardt/Merz, Aktuelle Probleme der Gläubigeranfechtung im Konkurs  
Walter Gerhardt, Franz Merz, Aktuelle Probleme der Gläubigeranfechtung, 5. Auflage, Köln, 1990
- Göpfert,Anfechtbare Aufrechnungslagen  
Burkard Jörg Göpfert, Anfechtbare Aufrechnungslagen im deutsch-amerikanischen Insolvenzrechtsverkehr, München, 1996
- Götz/Hegerl, DB 1997, 2365ff.  
Alexander Götz, Hans-Jörg Hegerl, Die Sanierungsfeindlichkeit des Eigenkapitalersatzrechts und die Sanierungsobjektgesellschaft als Ausweg, DB 1997, 2365ff.
- Grützmann, Das Anfechtungsrecht  
Paul Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger nach gemeinem Recht und nach der Reichs-Konkurs-Ordnung, Leipzig, 1882
- Hahn  
Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, herausgegeben von Hahn, Berlin, 1881
- Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2.Auflage  
Ludwig Häsemeyer, Insolvenzrecht, 2.Auflage, Köln Berlin Bonn München, 1998
- Häsemeyer, Insolvenzrecht, 1.Auflage  
Ludwig Häsemeyer, Insolvenrecht, 1.Auflage, Köln Berlin Bonn München, 1992
- Häsemeyer, JuS 1986, 851ff.  
Ludwig Häsemeyer, Vertragsabwicklung, Aufrechnung und Anfechtung im Konkurs - BGHZ 89, 189

- Häsemeyer, KTS 1982, 507ff. Ludwig Häsemeyer, Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger, KTS 1982, 507ff.
- Häsemeyer, ZIP 1994, 418ff. Ludwig Häsemeyer, Aktuelle Tendenzen in der Rechtsprechung zur Konkurs- und Einzelanfechtung, ZIP 1994, 418ff.
- Hasselbach, ZIP 1997, 1491ff. Kai Hasselbach, Insolvenzprivilegien für Kreditinstitute bei Zahlungssystemen, ZIP 1997, 1491ff.
- Heidland, KTS 1970, 165ff. Herbert Heidland, Insolvenzzrechtliche Probleme beim Factoring, KTS 1970, 165ff.
- Heilmann/Smid, Grundzüge des Insolvenzzrechts Hans Heilmann, Stefan Smid, Grundzüge des Insolvenzzrechts. Eine Einführung in Grundfragen des Insolvenzzrechts und die Probleme seiner Reform, 2. Auflage. 1994
- Henckel, in: Insolvenzzrecht im Umbruch, 239ff. Wolfram Henckel, Insolvenzanfechtung, in: Insolvenzzrecht im Umbruch, herausgegeben von Dieter Leipold, Köln Berlin Bonn München, 1991
- Henckel, in: Kölner Schrift zur InsO, 645ff. Wolfram Henckel, Insolvenzanfechtung, in: Kölner Schrift zur Insolvenzzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenzz- und Schiedsgerichtswesen e.V. Köln, Herne Berlin, 1997
- Henckel, ZIP 1982, 391ff. Wolfram Henckel, Die Gläubigeranfechtung - ein taugliches Mittel zur Beseitigung von Verkürzungen der Konkursmasse? ZIP 1982, 391ff.
- Herz, JW 1913, 248ff. Felix Herz, Ist die Annahme eines Anwaltes zur Herbeiführung eines außergerichtlichen Akkordes, wenn später Konkurs ausbricht, als ein die Gläubiger benachteiligendes Geschäft anzufechten? JW 1913, 248ff.
- Hess, KO Harald Hess, Kommentar zur Konkursordnung, 6. Auflage, Neuwied Kriftel, 1995
- Hess/Weis, Das neue Anfechtungsrecht Harald Hess, Michaela Weis, Das neue Anfechtungsrecht, Heidelberg, 1996
- Hopt/Mülbert Klaus Hopt, Peter O. Mülbert, Kreditrecht, Bankkredit und Darlehen im deutschen Recht, 1989
- Huber, in: Insolvenzzrechthandbuch Insolvenzzrechthandbuch, herausgegeben von Peter Gottwald, München, 1990
- Hüffer, AktG Uwe Hüffer, Aktiengesetz, 3. Auflage, München, 1997
- Jaeger, JW 1915, 1253ff. Ernst Jaeger, Wie sichert der Anwalt seine Ausgleichsvergütung? JW 1915, 1253ff.
- Jaeger, KO, 5. Auflage Ernst Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Erster Band, 5. Auflage, Berlin, 1916
- Jaeger, KO, 6./7. Auflage Ernst Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung und den Einführungsgesetzen, Erster Band, 6. und 7. Auflage, Berlin Leipzig, 1931
- Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts Ernst Jaeger, Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts, 8. Auflage, Berlin Leipzig, 1932
- Jaeger, LZ 1914, 1609f. Ernst Jaeger, Vergütung mißglückter Vergleichsversuche, LZ 1914, 1609f.
- Jaeger, LZ 1915, 768 Ernst Jaeger, Zusatz zu RG, Urt. v. 24.2.1915, VII, 449/14 (LZ 1915, 767), LZ 1915, 768
- Jaeger/Henckel Ernst Jaeger, Wolfram Henckel, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Großkommentar, 9. Auflage, Berlin / New York, 1977ff.
- Jaeger/Lent, KO, 8. Auflage Ernst Jaeger, Friedrich Lent, Konkursordnung mit Einführungsgesetzen, Erster Band, 8. Auflage, Berlin, 1958
- Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzzrecht Othmar Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzzrecht, 20. Auflage, München, 1996

- Jauernig,  
Zwangsvollstreckungs- und  
Konkursrecht Othmar Jauernig, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 19.Auflage,  
München, 1990
- Kaehler, Bereicherungsrecht  
und Vindikation Christian-Michael Kaehler, Bereicherungsrecht und Vindikation, Allgemeine  
Prinzipien der Restitution, dargestellt am deutschen und englischen Recht,  
Bielefeld, 1972
- Kamlah, Die Anfechtung in der  
Insolvenz von Unternehmen Klaus Kamlah, Die Anfechtung in der Insolvenz von Unternehmen, Diss.  
Göttingen, 1995
- Kilger/K.Schmidt Joachim Kilger, Karsten Schmidt, Insolvenzgesetze, 17.Auflage, München, 1997
- Kilger/K.Schmidt, KO,  
16.Auflage Joachim Kilger, Karsten Schmidt, Konkursordnung und  
Gesamtvollstreckungsordnung, 16. Auflage, München, 1993
- Kirchhof, WM 1996,  
Sonderbeilage Nr.2, 3ff. Hans-Peter Kirchhof, Die Rechtsprechung des BGH zum Insolvenzrecht  
(Fortsetzung zu WM 1983,106ff.), WM, 1996 Sonderbeilage 2/1996 zu Nr.28
- Knobbe-Keuk Brigitte Knobbe-Keuk, Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 9.Auflage, Köln,  
1993
- König, Die Anfechtung,  
2.Auflage Bernhard König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung, 2.Auflage, Wien,  
1993
- König, in: Insolvenzrecht im  
Umbruch, 255ff. Bernhard König, Bemerkungen zu den anfechtungsrechtlichen Normen aus  
österreichischer Sicht, in: Insolvenzrecht im Umbruch, herausgegeben von Dieter  
Leipold, Köln Berlin Bonn München, 1991
- König, ÖBA 1989, 18ff. Bernhard König, Ist die Zahlung der Kreditzinsen eine Zug-um-Zug-Leistung?  
ÖBÄ 1989, 18ff.
- Koziol, Grundlagen und  
Steitfragen der  
Gläubigeranfechtung Helmut Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, Wien New  
York, 1991
- Koziol, JBl 1982, 57ff. Helmut Koziol, Der Begriff des "nachteiligen Rechtsgeschäfts" in §31 Abs.1, Z.2  
KO, JBl 1982, 57ff.
- Koziol, JBl 1983, 517ff. Helmut Koziol, Kreditsicherheiten und Anfechtung der Erfüllung, JBl 1983, 517ff.
- Koziol, ÖBA 1988, 1079ff. Helmut Koziol, Gedanken zum "nachteiligen Rechtsgeschäft" im Sinne des  
§31KO und zu den Ansprüchen des Anfechtungsgegners gem.§41KO, ÖBA 1988,  
1079ff.
- Kübler/Prütting(Hrsg.) Bruno Kübler, Hanns Prütting (Herausgeber), Das neue Insolvenzrecht, Band 1:  
InsO, Band 2: EGInsO
- Kuhn/Uhlenbruck Georg Kuhn, Wilhelm Uhlenbruck, Kommentar zur KO, 11.Auflage, München,  
1994
- Küting/Weber, Handbuch der  
Rechnungslegung Karlheinz Küting, Claus-Peter Weber (Herausgeber), Handbuch der  
Rechnungslegung, Kommentar zur Bilanzierung und Prüfung, Band 1a, 4.Auflage,  
1995
- Larenz/Canaris, Lehrbuch des  
Schuldrechts Karl Larenz, Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band,  
Besonderer Teil, 2.Halbband, 13.Auflage, München, 1994
- Lauer Jörg Lauer, Die Bank in der Kundeninsolvenz, Köln, 1990
- Lenel, Die Anfechtung von  
Rechtshandlungen des  
Schuldners im klassischen  
römischen Recht Otto Lenel, Die Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners im klassischen  
römischen Recht, Leipzig, 1903
- Levy, KTS 1928, 48f. Leopold Levy, Ist die Vereinbarung und Zahlung einer Vergütung an den  
Vergleichsvermittler im Konkurse des Auftraggebers anfechtbar? KTS 1928, 48f.
- Lieb, in: MünchKomm BGB Münchener Kommentar BGB, Band 5, Schuldrecht Teil III, 3.Auflage, München,  
1997, §§812-822 bearbeitet von Manfred Lieb

- Lutter/ Hommelhoff/ Timm, BB 1980, 737ff. Marcus Lutter, Peter Hommelhoff, Wolfram Timm, Finanzierungsmaßnahmen zur Krisenabwehr in der Aktiengesellschaft, BB 1980, 737ff.
- Marotzke, JZ 1995,803ff. Wolfgang Marotzke, Der Eigentumsvorbehalt im neuen Insolvenzrecht, JZ 1995, 803ff.
- Marotzke, ZFG 1989, 139 Wolfgang Marotzke, Insolvenzrechtsreform und Anfechtungsrecht, ZFG 1989, 139
- Marotzke/Kick, JR 1995, 106ff. Wolfgang Marotzke, Sabine Kick, Anmerkung zu BGHZ, 123, 320(=BGH, JR 1995, 106ff.), JR 1995, 106ff.
- Martinek Michael Martinek, Moderne Vertragstypen, Band III, München, 1993
- Medicus, BR Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 17.Auflage, Köln Berlin Bonn München, 1996
- Merz, WM 1983, 106ff. Franz Merz, Die Rechtspechung des BGH zum Insolvenzrecht (Fortsetzung zu WM 1976,230), WM 1983, 106ff.
- Müller, ZIP1996, 1153ff. Gerd Müller, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers aus §64 GmbH bei unterlassener Konkursanfechtung, ZIP 1996, 1153ff.
- Nielsen, WM 1994, 2221ff., 2261ff. Jens Nielsen, Sicherungsverträge der Import- und Exportfinanzierung im Lichte der aktuellen Rechtsprechung zur Deckungsgrenze und zur Sicherheitenfreigabe, Teil 1, in: WM 1994, 2221ff.,Teil 2, in: WM 1994, 2261ff.
- Obermüller, Die Bank im Konkurs und Vergleich ihres Kunden Manfred Obermüller, Die Bank im Konkurs und Vergleich ihres Kunden, 3.Auflage, 1985
- Obermüller, WM 1994, 1829ff., 1869ff. Manfred Obermüller, Auswirkungen der Insolvenzrechtsreform auf Kreditgeschäft und Kreditsicherheiten, Teil 1, in: WM 1994, 1829ff., Teil 2, in: WM 1994, 1869ff.
- Obermüller, ZIP 1980, 1059ff. Manfred Obermüller, Die Gewährung neuer Kredite in der Krise, ZIP 1980, 1059ff.
- Obermüller/Hess, InsO Manfred Obermüller, Harald Hess, InsO, Eine systematische Darstellung der Insolvenzordnung unter Berücksichtigung kreditwirtschaftlicher und arbeitsrechtlicher Aspekte, Heidelberg, 1995
- Oesterle, Die Leistung Zug um Zug Fritz Oesterle, Die Leistung Zug um Zug, Berlin, 1980
- Otto, Die Anfechtung Victor Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachtheile seiner Gläubiger vornimmt nach gemeinem, sächsischem und deutschem Recht, Leipzig, 1881
- Palandt/(Bearbeiter) Otto Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 57.Auflage, München, 1998
- Paulus, ZIP 1996, 2141ff. Christoph G. Paulus, Konzernrecht und Konkursanfechtung, ZIP 1996, 2141ff.
- Paulus, ZIP 1997, 569ff. Christoph G. Paulus, Zum Verhältnis von Aufrechnung und Insolvenzanfechtung, ZIP 1997, 569ff.
- Plander, BB 1972, 1480ff. Harro Plander, Die Gewähr kongruenter Deckungen und ihre Anfechtung wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung, BB 1972, 1480ff.
- Pohle, MDR 1959, 189f. R. Pohle,Anmerkung zu BGH, Urt.v. 17.11.1958-II ZR 224/57(MDR 1959, 106), MDR 1959, 189f.
- Referentenentwurf Referentenentwurf Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, herausgegeben vom BJM, Köln, 1989
- Rosenberg/Schwab/Gottwald, ZPR Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab, Peter Gottwald, Zivilprozeßrecht, 15.Auflage, München, 1993
- Rowedder/(Bearbeiter), GmbHG Heinz Rowedder, GmbHG, Kommentar, 3.Auflage, München, 1997

- v.Sarwey/Boßert, KO O.v.Sarwey, G.Boßert, KO, 4.Auflage, Berlin, 1901
- v.Schey, ZRechtsG XIII(1878), 131ff. v.Schey, Zur Geschichte der actio pauliana und des interdictum fraudatorium, ZRechtsG XIII(1878), 131ff.
- K. Schmidt, Handelsrecht Karsten Schmidt, Handelsrecht, 4.Auflage, Köln Berlin Bonn München, 1994
- K.Schmidt, Gesellschaftsrecht Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3.Auflage, Köln Berlin Bonn München, 1997
- K.Schmidt, Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag Karsten Schmidt, Möglichkeiten der Sanierung von Unternehmen durch Maßnahmen im Unternehmens-,  
Arbeits-, Sozial- und Insolvenzrecht - unternehmens- und insolvenzrechtlicher Teil - Gutachten für den 54. Deutschen Juristentag - Verhandlungen des 54. Deutschen Juristentags, Nürnberg 1982, herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags, Band 1(Gutachten) Teil D, München, 1982
- K.Schmidt, in:Insolvenzrecht im Umbruch, 67ff. Karsten Schmidt, Die übertragende Sanierung, in: Insolvenzrecht im Umbruch, herausgegeben von Dieter Leipold, Köln Berlin Bonn München, 1991
- K.Schmidt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 911ff. Karsten Schmidt, Insolvenzordnung und Unternehmensrecht - Was bringt die Reform? in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, herausgegeben vom Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V.Köln, Herne Berlin, 1997
- K.Schmidt, JZ 1990, 619ff. Karsten Schmidt, Konkursanfechtung und Drittwiderspruchsklage, JZ 1990, 619ff.
- K.Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen Karsten Schmidt, Wege zum Insolvenzrecht der Unternehmen, Köln, 1990
- K.Schmidt, WM 1983, 490ff. Karsten Schmidt, Das Insolvenzrisiko der Banken zwischen ökonomischer Vernunft und Rechtssicherheit, WM 1983, 490ff.
- K.Schmidt, ZGR 1983, 513ff. Karsten Schmidt, Die konzernrechtliche Verlustübernahmepflicht als gesetzliches Dauerschuldverhältnis, ZGR 1983, 513ff.
- K.Schmidt, ZIP 1980, 328ff. Karsten Schmidt, Organverantwortlichkeit und Sanierung im Insolvenzrecht der Unternehmen, ZIP 1980, 328ff.
- Scholz (Bearbeiter), GmbHG Franz Scholz, Kommentar zum GmbHG, Kommentar 3. Auflage, München 1997
- Scholz/Lwowski, Das Recht der Kreditsicherung Hellmut Scholz, Hans Jürgen Lwowski, das Recht der Kreditsicherung, 6. Auflage, Berlin 1986
- Schön, ZHR 159 (1995), 351ff. Wolfgang Schön, Kreditbesicherung durch abhängige Kapitalgesellschaften, ZHR 159 (1995), 351ff.
- Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht Lothar Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig, 1899
- Sinz, Factoring in der Insolvenz RalfSinz, Factoring in der Insolvenz, Köln, 1997
- Smid/Rattunde, der Insolvenzplan Stefan Smid, Rolf Rattunde, Der Insolvenzplan, Handbuch für das Sanierungsverfahren nach dem neuen Insolvenzrecht mit praktischen Beispielen und Musterverfügungen, Stuttgart Berlin Köln, 1998
- Staudinger/Lorenz, BGB J.v. Staudingers Kommentar zum BGB, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 812-822, 13. Bearbeitung 1994, von Werner Lorenz, Berlin 1994
- Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung Rolf Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band V, Verlängerungs- und Erweiterungsformen des Eigentumsvorbehaltes und der Sicherungsübertragung,  
Zweiter Teil: Erweiterungsformen,  
Dritter Teil: Sonstiges, Heidelberg, 1982

- Uhlenbruck, KTS 1994, 169ff. Wilhelm Uhlenbruck, Probleme des Eröffnungsverfahrens nach dem Insolvenzrechts-Reformgesetz 1994, KTS 1994, 169ff.
- Wellensiek/Oberle, Harm Peter Westermann, Zur Rückführung eines Überziehungskredits in der in:MünchHandbuch des Unternehmenskrise, Besprechung des Urteils des Landgerichts Düsseldorf vom Gesellschaftsrechts 27.5.1981, KTS 1982, 165ff.
- H.P.Westermann, KTS 1982, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, GmbH, Herausgegeben 165ff. von Hans-Joachim Priester, Dieter Mayer, München, 1996
- Wilmowski, Deutsche Reichs- G.v. Wilmowski, Deutsche Reichs-Konkursordnung, 5.Auflage, Berlin, 1896 Konkursordnung
- Windscheid/Kipp, Lehrbuch Bernhard Windscheid, Theodor Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9.Auflage, des Pandektenrechts Band 2, Neudruck der Ausgabe Frankfurt am Main, Aalen, 1963
- Wolff, LZ 1913, 746ff. Th.Wolff, Zum Begriff der Benachteiligung der Konkursgläubiger, LZ 1913, 746ff.