

Max Justus Mahlmann

# Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften

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

Max Justus Mahlmann  
Die insolvenzrechtliche Anfechtung  
von Bargeschäften



**Max Justus Mahlmann**

# **Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften**

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

**Tectum Verlag**

Max Justus Mahlmann

Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften

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

Zugl. Diss. Universität Hamburg 2020

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

eBook 978-3-8288-7567-8

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

im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

[www.tectum-verlag.de](http://www.tectum-verlag.de)

**Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek**

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

*Meinen Eltern*



## **Vorwort**

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

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

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

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

Hamburg, im Juni 2020

Max Mahlmann





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



# Inhaltsübersicht

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



# Inhaltsverzeichnis

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

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

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



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

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

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

# Abkürzungsverzeichnis

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

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

Im Übrigen wird verwiesen auf:

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