Max Justus Mahlmann

Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften

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

Tectum

Max Justus Mahlmann

Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften

Max Justus Mahlmann

Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften

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

Tectum Verlag

Max Justus Mahlmann
Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften
Untersuchung zum neuen Erfordernis der Unlauterkeit im Rahmen des § 142 InsO
Zugl. Diss. Universität Hamburg 2020

© Tectum – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020
eBook 978-3-8288-7567-8
(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN 978-3-8288-4524-4
im Tectum Verlag erschienen.)

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet
www.tectum-verlag.de

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

Meinen Eltern

Vorwort

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

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

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

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

Hamburg, im Juni 2020 Max Mahlmann

„Veränderungen am Anfechtungsrecht sind wie eine Operation am Nervengewebe“

– Heiko Maas am 19.03.2015 in seiner Rede auf dem 12. Deutschen Insolvenzrechtstag

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 1

B. Der Sinn und Zweck des Bargeschäftsprivilegs 9

C. Tatbestand und Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 InsO 31

D. Der Grund für die Reform des Anfechtungsrechts 41

E. Die Reform 69

F. Begriffsbestimmung der Unlauterkeit 81

G. Zusammenfassung und Fazit 157

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis XIX

Literaturverzeichnis XXI

A. Einleitung 1

I. Inhalt und Ziel des Insolvenzverfahrens 1

II. Masseschutz durch Insolvenzanfechtung 3

III. Die Einschränkung durch § 142 InsO 4

IV. Problemaufriss 5

V. Untersuchungsgegenstand 6

B. Der Sinn und Zweck des Bargeschäftsprivilegs 9

I. Einführende Bemerkungen zum Bargeschäftsprivileg 9

II. Die einzelnen Ansätze 10

1. Erhalt der Handlungsfähigkeit 10

a. Darstellung 10

b. Anknüpfende und weiterführende Ansätze 13

c. Diskussion des Begründungsansatzes 15

aa. Erklärbarkeit aller Tatbestandsvoraussetzungen 15

bb. Sicherung der Existenz durch Pfändungsfreigrenzen 16

cc. Begriffsweite des Bargeschäfts 18

dd. Druckmittel 19

d. Zusammenfassung 20

2. Fehlende Gläubigerbenachteiligung 20

a. Das Anfechtungserfordernis der Gläubigerbenachteiligung 21

b. Gesetzesbegründung 21

c. Literatur und Rechtsprechung 22

d. Würdigung 23
aa. Unrichtigkeit der Prämisse 24
bb. Systematik der §§ 129 ff. InsO 24
cc. Verweis auf § 133 InsO 25
e. Zusammenfassung 25
3. Weitere Begründungsansätze 26
a. Fehlende Insolvenzgläubigereigenschaft 26
b. Umkehrschluss aus § 30 Nr. 1 Var. 1 KO 28
c. Gläubigergleichbehandlung 28

III. Resümee 29

C. Tatbestand und Rechtsfolge des § 142 Abs. 1 InsO 31

I. Leistungsaustausch 31
1. Erfordernis einer Zugriffsmöglichkeit auf die Gegenleistung 32
2. Zwischenergebnis 35

II. Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung 35

III. Gleichwertigkeit 37

IV. Unmittelbarkeit 38

V. Rechtsfolge 40

D. Der Grund für die Reform des Anfechtungsrechts 41

I. Kritik an der Anfechtungspraxis 41
1. Vorwürfe in Bezug auf die Vorsatzanfechtung 42
2. Reaktion des Gesetzgebers 43

II. Die Vorsatzanfechtung 43
1. Tatbestand 43
2. Gesetzliche Beweislastverteilung 44

III. Die Handhabung der subjektiven Voraussetzungen durch die Rechtsprechung 45
1. Anfechtungsfreundliche Vermutungen und Indizien im subjektiven Tatbestand 46
a. Grund für die Vermutungen 46

b. Indizien für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners 47
aa. Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit 48
bb. Gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit und deren Ausfüllung 48
cc. Inkongruenz 49
dd. Abwendung von Insolvenzanträgen und Zwangsvollstreckung 50
c. Indizien für die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz 50
aa. Inkongruenz 51
bb. Ausfüllung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO durch Beweisanzeichen 51
2. Indizien gegen den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz 53
a. Bargeschäftsähnliche Lage 54
aa. Grund für die Entwicklung der bargeschäftsähnlichen Lage 54
bb. Indizwirkung der bargeschäftsähnlichen Lage 55
cc. Erwiderung des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung 55
b. Ernsthafter Sanierungsversuch 56

IV. Konkrete Kritik an der Vorsatzanfechtung durch Literatur und Wirtschaft 57
1. Kettenvermutung 58
2. Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit 59
a. Legitimität des Beweisanzeichens 59
b. Handhabung der Beweisanzeichen 60
3. Fehlender Beweiswert der Beweisanzeichen 61
4. Kaum möglicher Gegenbeweis 63
5. Folgen für die Wirtschaft 64
6. Kritik an den „Negativ-Indizien" 66

V. Resümee 67

E. Die Reform 69

I. Reforminhalte in Bezug auf die §§ 133; 142 Abs. 1 InsO 69

II. Kritik an der Reform der §§ 133; 142 Abs. 1 InsO 70
1. Kein Reformbedürfnis 70
2. Schlechte Umsetzung der Reformbegehren 71
a. Rechtsunsicherheit 72
b. Schwere Einschnitte in das Anfechtungsrecht 73
c. Kritik in Bezug auf die Neuregelung des § 142 Abs. 1 InsO 74

d. Verfehlen der Zielsetzung der Reform 76
aa. Ziel der erhöhten Rechtssicherheit 76
bb. Ziel der Einschränkung der Vorsatzanfechtung 77

III. Resümee 79

F. Begriffsbestimmung der Unlauterkeit 81

I. Notwendigkeit der Begriffsklarheit 81

II. Begriffsbestimmung und Auslegung anhand der Gesetzesbegründung 82
1. Inhalt der Gesetzesbegründung 82
2. Analyse und erste Auslegungsversuche 83
a. Mehr als Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit 83
b. Hinreichend gewichtige Umstände für den besonderen Unwert 84
c. Zu den weiteren Ausführungen des Gesetzgebers 85
aa. Vorsatzgrad als Kriterium 85
bb. Objektive Verwerflichkeit als Kriterium 86
d. Eckpunkte der Unlauterkeit 88

III. Auslegung entgegen der Gesetzesbegründung 90
1. Kollision mit § 15a InsO und § 64 GmbHG 91
a. Bedenken in Bezug auf die Gesetzesbegründung 91
b. Stellungnahme 91
aa. Geringer Raum für Überschneidungen 92
bb. Kein Widerspruch zu § 15a InsO und § 64 S. 1 GmbHG 92
cc. Unabhängigkeit der Vorschriften 94
2. Kritik in Bezug auf § 133 InsO 96
3. Widerspruchsfreiheit in Bezug auf § 133 Abs. 3 S. 1 InsO 97
4. Sanktionierungsfunktion 97
5. UWG 98
6. Missachtung der Gesetzesbegründung 99
7. Zwischenergebnis 100

IV. Anlehnung an andere Normen und Gesetze 101
1. Unlauterkeit in der InsO 101
2. Unlauterkeit in anderen Gesetzen 102

V. Rückgriff auf den Unlauterkeitsbegriff der Rechtsprechung zur KO 103
1. Der Unlauterkeitsbegriff der Rechtsprechung 104

2. Übertragbarkeit 105
a. Grund für das Unlauterkeitserfordernis in der KO 105
b. Vergleichbarkeit mit der Unlauterkeit in § 142 Abs. 1 InsO 106
c. Wille des Gesetzgebers und zusammenfassende Bewertung 107
3. Zwischenergebnis 108

VI. Anlehnung an die bargeschäftsähnliche Lage 109
1. Bargeschäft versus bargeschäftsähnliche Lage 110
a. Genese und Voraussetzungen der Institute 110
b. Synopse 111
aa. Leistung und Gegenleistung 111
bb. Zeitaspekt 111
cc. Ökonomischer Aspekt 112
dd. Wirkung 113
ee. Zwischenergebnis 114
2. Bedeutung für den Unlauterkeitsbegriff 114
a. Vorliegen einer bargeschäftsähnlichen Lage 115
b. Fehlen einer bargeschäftsähnlichen Lage 116
3. Schlussfolgerung 116
4. Fortbestehen der bargeschäftsähnlichen Lage im Gläubigerbenachteiligungsvorsatz 117
a. Skepsis in der Literatur 117
b. Problematik 119
aa. Indiz oder Privilegierung 119
bb. Charakter der bargeschäftsähnlichen Lage 119
cc. Bedeutung der gewonnenen Erkenntnis 121
c. Folgeproblematik 121
d. Ergebnis 124

VII. Anlehnung an den ernsthaften Sanierungsversuch 124
1. Ernsthafte Sanierungsversuche 125
2. „Einfache“ Sanierungsversuche 126

VIII. Anlehnung an den Telos der Vorsatzanfechtung 127
1. Sinn und Zweck der Vorsatzanfechtung 128
a. Prävention 128
b. Schutz der Gläubigergleichbehandlung 130
aa. Notwendige Differenzierung zwischen den einzelnen Anfechtungsgründen 131

bb. Masseanreicherung als Reflex 132
cc. Vergleich mit dem Anfechtungsgesetz 133
dd. Schwere des Eingriffs 134
ee. Actio pauliana 134
ff. Zusammenfassung 135
c. Sanktionierung sozialer Inadäquanz 135
d. Beeinträchtigung der Chancengleichheit 137
e. Schutz vor Haftungsvereitelung 139
f. Resümee 139
2. Auslegung anhand der gewonnenen Erkenntnisse 140

IX. Anlehnung an den Sinn und Zweck der Gesetzesänderung 141
1. Berücksichtigung des Entstehungsgrundes der InsO 141
2. Bedeutung der Motive der Gesetzesänderung 143
a. Einschränkung des § 133 InsO 143
aa. Nicht zu beanspruchende Leistung 145
bb. Nicht in der Art zu beanspruchende Leistung 145
cc. Nicht zu der Zeit zu beanspruchende Leistung 146
dd. Generelle Einschränkung der Indizienbeweise 146
b. Wiederherstellung des Schutzes der Handlungsfähigkeit 147

X. Betrachtung des Insolvenzanfechtungsrechts als Interessenausgleich 148
1. Das Insolvenzanfechtungsrecht als Interessenabwägung 148
2. Anlehnung an Sinn und Zweck des Bargeschäftsprivilegs 150
3. Interessenlage bei der Vorsatzanfechtung 151
4. Bestimmung des Unlauterkeitsbegriffs 152
5. Einklang mit der Gesetzesbegründung 153

XI. Auslegungsergebnis 154

G. Zusammenfassung und Fazit 157

I. Zusammenfassung der wichtigsten Erkenntnisse in Thesen 157

II. Fazit 158

Abkürzungsverzeichnis

Begr.	Begründer
BR-Drucks.	Drucksachen des Bundesrates
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Ders.	Derselbe
Dies.	Dieselben
Diss.	Dissertation
Ebda.	Ebenda
Forderungspapier	Forderungspapier des Mittelstandsverbunds – ZGV e.V., zum Problem der Insolvenzanfechtung nach § 133 InsO Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.mittelstandsverbund.de/media/056748dd-0f08-4457-bd7b-99f97fec9714/J9-t2A/Download/Stellungnahmen,%20Positionen,%20Empfehlungen/MITTELSTANDSVERBUND%20Stellungnahmen,%20etc./Download/2013-12-12-forderungspapier-insolvenzanfechtung.pdf?download=true
Gemeinsame Erklärung	Gemeinsame Erklärung der Verbände zur Insolvenzanfechtung: „Notwendige gesetzgeberische Korrekturen im Recht der Insolvenzanfechtung nach §§ 133, 142 InsO“, vom 08.07.2014 Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.franchiseverband.com/fileadmin/user_upload/Gemeinsame_Erklaerung_der_Verbaende_11_Logos__08_07_2014_.pdf
Gemeinsame Stellungnahme	Gemeinsame Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz, vom 08.06.2015 Zuletzt aufgerufen am 07.04.2020 unter: https://www.franchiseverband.com/blog/wp-content/uploads/2015/11/gemeinsame-stellungnahme-insolvenzanfechtung.pdf
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JurisPR-InsR	juris PraxisReport Insolvenzrecht
mVa	Mit Verweis auf
mwN	Mit weiteren Nachweisen
OJZ	Österreichische Juristen-Zeitung