



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

**„Die Bargeschäftsausnahme gemäß § 142 InsO und die
Vorsatzanfechtung“**

Dissertation vorgelegt von Stephan M. Schubert

Erstgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Zweitgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Hommelhoff

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

I. Einleitung

Das in § 142 InsO normierte, sog. Bargeschäft, bestimmt, dass ein – zeitlich – unmittelbarer Austausch gleichwertiger Leistungen zwischen dem (späteren) Insolvenzschuldner und einem potenziellen Anfechtungsgegner grundsätzlich anfechtungsfest sein soll. Zur Bargeschäftsausnahme besteht eine (Rück-)Ausnahme, wenn die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung vorliegen und der Anfechtungsgegner unlauteres Schuldnerhandeln erkannt hat. § 142 InsO ist damit für Gläubiger finanzschwacher Schuldner eine der wenigen Möglichkeiten zur Prophylaxe vor der Anfechtung erhaltener Leistungen und damit eine zentrale Vorschrift des Insolvenzanfechtungsrechts.

Anlass zur umfassenden Untersuchung der Bargeschäftsausnahme und der Vorsatzanfechtung gab das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz aus dem Jahr 2017. Es war die Reaktion darauf, dass die Rechtsprechung seit dem Jahr 2003 die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) immer großzügiger auf kongruente Deckungen anwendete: Die subjektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO wurden in aller Regel bejaht, wenn der Schuldner und der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bei Vornahme der Deckung kannten. Dies unterminierte auch § 142 InsO, der in seiner alten Fassung die Vorsatzanfechtung unberührt ließ. Zudem gab es Differenzen zwischen dem *BGH* und dem *BAG* über die Auslegung der bargeschäftlichen Unmittelbarkeit bei der Gewährung von Arbeitsentgelt.

Das Reformgesetz novellierte insbesondere die Bargeschäftsausnahme. Es erstreckte den Anwendungsbereich des § 142 InsO auf § 133 InsO, indem er die Vorsatzanfechtung von Bargeschäften nur noch bei vom Anfechtungsgegner erkanntem unlauterem Schuldnerhandeln zuließ. Dies erhöhte den Anfechtungsschutz von Bargeschäften. Zugleich senkte der Reformgesetzgeber die Hürden, um in den Genuss des Bargeschäftsschutzes zu kommen. Die großzügige Rechtsprechung des *BAG* zum zeitlich engen Zusammenhang des Leistungsaustauschs übernahm er in § 142 Abs. 2 S. 2 InsO. Zudem erklärte er in § 142 Abs. 2 S. 3 InsO inkongruente Drittzahlungen von Arbeitsentgelt für bargeschäftstauglich, obwohl der *BGH* inkongruente Deckungen aus dem Anwendungsbereich der Bargeschäftsausnahme ausgeschlossen hatte.

In Zukunft ist zu erwarten, dass rechtlich beratene Gläubiger versuchen werden, die Grenzen der Bargeschäftsausnahme auszuweiten, um bei Leistungsaustauschen mit krisenbefallenen Schuldnern möglichst umfassend vor einer Anfechtung geschützt zu sein. Umgekehrt werden anfechtende Insolvenzverwalter bestrebt sein, den Anwendungsbereich des § 142 InsO eng zu begrenzen. Die künftigen Konfliktlinien sind damit vorgezeichnet. Bei der Entscheidungsfindung muss das Telos der Bargeschäftsausnahme maßgeblich sein. Es geht um die Frage, ob es der Normzweck des § 142 InsO ist, potenziellen Anfechtungsgegnern Anfechtungsprophylaxe zu ermöglichen, oder ob es § 142 InsO bezweckt, den Schuldners zu begünstigen.

Diese Frage im Rahmen einer systematisch-teleologischen Untersuchung des § 142 InsO zu beantworten, verfolgt die Arbeit als ein wesentliches Ziel. Um zunächst Reichweite und Schutzniveau der Bargeschäftsausnahme zu bestimmen, wird als Erstes das mit dem Reformgesetz in § 142 Abs. 1 InsO eingefügte Unlauterkeitsmerkmal untersucht. Dazu ist nicht nur zu klären, wann kongruente (Bar-)Deckungen der Vorsatzanfechtung unterliegen, sondern welche Rechts-handlungen die Vorsatzanfechtung grundsätzlich erfassen will. Hierfür ergründet die Arbeit als weiteren Schwerpunkt das Telos der Vorsatzanfechtung. Berücksichtigt wird dabei die Neuausrichtung der Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen durch den *BGH* seit dem Mai 2021.

Danach wird das Telos des § 142 InsO herausgearbeitet, das seinen Charakter als Ausnahme zu den Anfechtungsvorschriften rechtfertigt. Miteinbezogen werden die bei einer Ausnahmeregelung zu berücksichtigenden Interessen aller Betroffenen und deren Abwägung, die in der Ausgestaltung der Bargeschäftsvoraussetzungen Ausdruck gefunden hat. In diesem Licht wird die Funktion der einzelnen Voraussetzungen analysiert, um Rückschlüsse auf künftige Auslegungsfragen zu ermöglichen.

Geprüft wird jeweils ferner, wie sich die gewonnenen Erkenntnis verhalten zu dem Anfechtungsschutz unmittelbarer und gleichwertiger Austauschgeschäfte, der in Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. a) des Richtlinienentwurfs COM(2022) 702 final zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts vorgesehen ist.

II. Anfechtungsrechtsreform 2017 und Rechtsprechungsänderung 2021

Das Reformgesetz führte bei § 133 InsO und insbesondere bei § 142 InsO zu gravierenden Änderungen. Die Anfechtungsfrist der Vorsatzanfechtung wurde für kongruente und – insofern fragwürdig – inkongruente Deckungen von zehn auf vier Jahre verkürzt (§ 133 Abs. 2 InsO). Diese Änderung hatte aber wenig praktische Relevanz, da Deckungen, die mehr als vier Jahre vor der Insolvenzantragstellung erfolgt waren, aufgrund von Beweisschwierigkeiten ohnehin selten angefochten wurden. Ebenso geringe Auswirkungen auf die Praxis hatte die Einfügung des § 133 Abs. 3 S. 1 InsO. Danach greift die Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO bei kongruenten Deckungen erst ein, wenn der Anfechtungsgegner neben der Gläubigerbenachteiligung die eingetretene – nicht die nur drohende – Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte. Anfechtende Insolvenzverwalter gingen aber vorher schon den Weg, den Anfechtungsgegnern Bösgläubigkeit hinsichtlich des Schuldnervorsatzes über die Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Zeitpunkt der Rechtshandlung (§ 140 InsO) nachzuweisen. Hintergrund ist, dass dafür der Nachweis der Kenntnis von Indizien für die Zahlungseinstellung des Schuldners genügt, wovon dann über die Vermutungsregel des § 17 Abs. 2 S. 2 InsO auf die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden kann. In § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wurde eine regelungstechnisch missglückte und inhaltlich verfehlte Vermutungsregel implementiert. Danach wird vermutet, dass der Anfechtungsgegner zur Zeit der Rechtshandlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte, wenn er diesem auf dessen Bitte hin eine Zahlungserleichterung gewährt hat. § 142 InsO wurde dahingehend geändert, dass die Vorsatzanfechtung von Bargeschäften in besagter Weise über das Erfordernis des vom Anfechtungsgegner erkannten unlauteren Schuldnerhandelns erschwert wurde. In § 142 Abs. 2 S. 1 InsO wurde eine an der bisherigen Rechtsprechung orientierte Legaldefinition der Unmittelbarkeit mit neuen unbestimmten Rechtsbegriffen, die Auslegungsspielraum eröffnen, eingefügt. § 142 Abs. 2 S. 2 und S. 3 InsO enthalten die erwähnten neuen Sonderregelungen zugunsten von Arbeitnehmern.

Die Anfechtungsrechtsreform 2017 verfehlte ihr Ziel, die Hürden für die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen generell zu erhöhen. Sie bekämpfte nur die Symptome des Problems der niedrighwelligen Anfechtbarkeit, nicht aber die Ursache, den hinsichtlich kongruenter Deckungen zu weiten Grundtatbestand des § 133 Abs. 1 InsO. Der Reformgesetzgeber hat mit der Unlauterkeit ein Tatbestandsmerkmal zur intendierten Beschränkung der Vorsatzanfechtung anstatt in § 133 Abs. 1 InsO systematisch verfehlt in § 142 Abs. 1 InsO normiert. Damit erhöhte er nur den Schutz von Bardeckungen vor der Vorsatzanfechtung, nicht aber den Schutz kongruenter Deckungen generell.

Mit einer Grundsatzentscheidung aus dem Mai 2021 richtete der *BGH* die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen neu aus. Allein daraus, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Deckungshandlung zahlungsunfähig war und dies wusste, dürfe nicht auf dessen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz geschlossen werden. Hinzukommen müsse, dass er wusste oder jedenfalls billigend in Kauf nahm, seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht vollständig befriedigen zu können. Diese Maßgaben erhöhen in den meisten Fällen nur den Aufwand beim Nachweis des subjektiven Tatbestands des § 133 InsO. Neue materielle Hürden bei der Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen sind damit nicht verbunden. Ob die bargeschäftliche Leistungsabwicklung mit erkannt insolvenzbedrohten Schuldner ein "sicherer Hafen" ist, hängt daher entscheidend von der Bestimmung des in § 142 Abs. 1 InsO eingefügten Unlauterkeitserfordernisses ab. Dieses legt Reichweite und Schutzniveau der Bargeschäftsausnahme fest.

III. Das Unlauterkeitsmerkmal des § 142 Abs. 1 InsO und die Vorsatzanfechtung

Um die Unlauterkeit im Sinne von § 142 Abs. 1 InsO bestimmen zu können, ist zu klären, wann (kongruente) Bardeckungen wertungsmäßig der Vorsatzanfechtung unterliegen sollen. Dazu ist der Zweck der Vorsatzanfechtung zu untersuchen.

§ 133 InsO dient – anders als die Deckungsanfechtung – nicht der Vorverlagerung der *par condicio creditorum*. Erforscht man das Telos der Vorsatzanfechtung unter Berücksichtigung ihrer historischen Wurzeln und ihrer systematischen Einbettung, insbesondere ihrer Existenz innerhalb (§ 133 InsO) und außerhalb (§ 3 AnfG) eines Insolvenzverfahrens, gelangt man zu folgender Erkenntnis: Die Vorsatzanfechtung schützt die grundsätzlich gleichen Befriedigungs- und Zugriffschancen aller Gläubiger vor Beeinträchtigungen des Schuldners. Diese grundsätzlich gleichen Befriedigungs- und Zugriffschancen sind das Korrelat für die dem Schuldner im Rahmen seiner Privatautonomie zustehende Verfügungsfreiheit über sein Vermögen und für das damit einhergehende Prioritätsprinzip. Die Vorsatzanfechtung hat daher Beeinträchtigungen im Blick, mit denen der Schuldner seine Privatautonomie missbraucht und das Prioritätsprinzip missachtet.

Alle Versuche, diese Wertungen entgegen der allgemeinen Vorsatzdogmatik in den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz zu implementieren, müssen als gescheitert gelten. Selbiges gilt für die Versuche, systematisch-teleologischen Erwägungen über das Beweisrecht zur Geltung zu verhelfen. Mit diesem Vorwurf sieht sich nicht nur die von der Rechtsprechung immer wieder postulierte Gesamtwürdigung aller für und gegen den Schuldnervorsatz sprechenden Indizien konfrontiert, sondern auch die Neuausrichtung der Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen. Stattdessen ist der objektive Bezugspunkt des Vorsatzes im Sinne der § 3 AnfG, § 133 InsO in den Blick zu nehmen. Die Arbeit löst sich von dem vorherrschenden Verständnis, das die Gläubigerbenachteiligung im Sinne der Vorsatzanfechtung mit demselben Verständnis zu unterlegen sei wie die Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 129 Abs. 1 InsO. Letztere wird im Lichte des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes ausgelegt. Damit werden in die Vorsatzanfechtung Wertungen inkorporiert, auf denen sie nicht beruht.

Eine Gläubigerbenachteiligung als Bezugspunkt des Vorsatzes der § 3 AnfG, § 133 InsO kann vielmehr nur angenommen werden, wenn der Schuldner mit seiner Rechtshandlung die gleichen Befriedigungs- und Zugriffschancen beeinträchtigt. Dies muss in einer Weise geschehen, die einen Missbrauch seiner Privatautonomie und eine Missachtung des Prioritätsgrundsatzes darstellt.

Anhaltspunkte dafür, wann dies der Fall ist, lassen sich anderen Normen des Zivil(prozess)rechts entnehmen, die ebenfalls eine Missachtung des Prioritätsprinzips durch einen seine Privatautonomie missbrauchenden Schuldner zu verhindern suchen: Die § 917 Abs. 1 ZPO, § 2287 BGB und § 242 BGB. Zudem sind die §§ 15a, 15b InsO zwecks Negativabgrenzung einzubeziehen.

Der nicht insolvenzreife Schuldner genießt unstreitig alle privatautonomen Freiheiten. Unbillige Eingriffe in die grundsätzlich gleichen Befriedigungs- und Zugriffschancen aller Gläubiger begründen hier nur Rechtshandlungen, die auch einen Arrestgrund nach § 917 Abs. 1 ZPO darstellen, wie etwa Vermögensverschiebungen, -verschleuderungen und verschleierungen. Verschlechtert sich die Vermögenslage des Schuldners und/oder droht die Konkurrenz anderer Gläubiger, begründet dies keinen Arrestgrund. Die *par condicio creditorum* suspendiert erst ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Prioritätsgrundsatz. Nicht die insolvenzunabhängige Vorsatzanfechtung, sondern nur die Deckungsanfechtung verschafft der *par condicio creditorum* anfechtungsrechtlich eine Vorwirkung. Dies gilt jedoch – anders als bei der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) und dem Zahlungsverbot (§ 15b InsO) – nur beschränkt für den Zeitraum bis drei Monate vor Insolvenzantragstellung.

In Anlehnung an die Beeinträchtigungsabsicht nach § 2287 BGB und die zum Rechtsmissbrauch als Ausprägung des § 242 BGB entwickelte Fallgruppe des fehlenden schutzwürdigen

Eigeninteresses lässt sich für das Unlauterkeitserfordernis Folgendes ableiten: Der Vorsatzanfechtung müssen kongruente Deckungen – unabhängig von den Bargeschäftsvoraussetzungen – dann unterliegen, wenn der Schuldner an der kongruenten Deckung kein schutzwürdiges Eigeninteresse hat. Solange jedoch die Privatautonomie des Schuldners nicht durch die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens suspendiert ist und das Prioritätsprinzip gilt, ist grundsätzlich von einem schutzwürdigen Eigeninteresse des Schuldners an einer kongruenten Deckung auszugehen. Ausnahmsweise fehlt es daran bei kongruenten Deckungen, die sich als nutzlose Rechtsausübung, als Rechtsausübung zur Verfolgung gesetzes- oder vertragsfremder oder unlauterer Zwecke oder als Rechtsausübung darstellen, die zumindest auch erfolgt, um andere zu schädigen. Hinzu kommen die genannten Verhaltensweisen des Schuldners, die einen Arrestgrund nach § 917 Abs. 1 ZPO darstellen.

Überträgt man diese Erkenntnisse auf die Unlauterkeit im Sinne von § 142 Abs. 1 InsO, fällt auf, dass sie sich mit den Ausführungen zu unlauterem Schuldnerverhalten in der Begründung des Reformgesetzes decken. Im Ergebnis ist damit zwar die Einfügung des Unlauterkeitserfordernisses grundsätzlich zu befürworten. Offen bleibt aber, warum der Reformgesetzgeber nur bei der Vorsatzanfechtung von Bardeckungen erkanntes unlauteres Schuldnerhandeln für erforderlich hält. Die aufgezeigten Wertungen gelten bei kongruenten Deckungen generell. Das Vorliegen der Bargeschäftsvoraussetzungen berührt den Schutzzweck der Vorsatzanfechtung nicht. Ein im Sinne der Vorsatzanfechtung anfechtungswürdiger Sachverhalt kann bei Bardeckungen genauso vorliegen wie bei kongruenten Deckungen. Dies belegt § 142 InsO a.F., der § 133 InsO a.F. ohne Einschränkung als Rückausnahme zuließ, und der Umstand, dass das Anfechtungsgesetz keine Regelung zur Bargeschäftsausnahme enthält. Letzteres hat dazu geführt, dass mit der Einfügung des Unlauterkeitserfordernisses in § 142 Abs. 1 InsO der Gleichklang zwischen § 133 InsO und § 3 AnfG durchbrochen wurde. Nach alledem ist das Erfordernis unlauteren Schuldnerhandelns auf die Vorsatzanfechtung generell zu erstrecken. Die Arbeit schlägt daher vor, *de lege ferenda* das Unlauterkeitserfordernis systematisch-teleologisch zutreffend von § 142 Abs. 1 InsO nach § 3 AnfG, § 133 InsO in Gestalt einer "unlauteren Gläubigerbenachteiligung" als objektivem Vorsatzbezugspunkt zu transferieren. Dies würde die Vorsatzanfechtung auf das Maß der Absichtsanfechtung nach § 31 Nr. 1 KO zurückschneiden. In der Folge könnten die § 3 Abs. 2, 3 AnfG und § 133 Abs. 2, 3 InsO ersatzlos gestrichen werden. Zugleich müsste die Suspektsperiode der besonderen Insolvenzanfechtung auf sechs Monate erweitert werden.

IV. Die Bargeschäftsausnahme in ihrer historischen Entwicklung

Nach der Betrachtung von Reichweite und Schutzniveau der Bargeschäftsausnahme werden deren historische Wurzeln näher untersucht, bevor der Blick auf das Telos des § 142 InsO und seinen Tatbestand gerichtet werden kann.

Zwar fehlte es an einer Normierung der Bargeschäftsausnahme in der Konkursordnung. Ihr Gesetzgeber hatte jedoch bereits angedeutet, dass ein Austausch gleichwertiger Leistungen wie auch ein Austausch von Leistungen in bestimmter zeitlicher Abfolge anfechtungsrechtlich zu privilegieren sei. Einerseits klang an, dass es an einer Gläubigerbenachteiligung fehle, wenn für die Bardeckung ein gleichwertiger Vermögenswert in die spätere Insolvenzmasse gelange. Andererseits könne die Deckungsanfechtung von Bargeschäften ausscheiden, weil die Forderung des Gläubigers aufgrund des unmittelbaren Leistungsaustauschs jedenfalls zeitgleich mit ihrer Entstehung erlösche, es also an der Konkursgläubigerstellung des Bargeschäftsgläubigers fehle. Die bereits dort erkennbare Begründung der Anfechtungsfestigkeit mit den zentralen Bargeschäftsmerkmalen der Gleichwertigkeit und der Unmittelbarkeit wurde in der Folge von der Rechtsprechung und der Literatur aufgegriffen und vertieft. Einzuwenden ist jedoch, dass trotz der Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen zumindest eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung eintreten kann und dass der Gedanke der fehlenden Insolvenzgläubigerstellung

aufgrund des geltenden Trennungs- und Abstraktionsprinzips dogmatisch nicht mehr haltbar ist. Zudem setzt die bargeschäftliche Unmittelbarkeit nicht mehr voraus, das Verfügungs- und Verpflichtungsgeschäft zeitlich zusammenfallen und auch nicht mehr, dass die Leistungen Zugum-Zug ausgetauscht werden. Der später hinzugetretene Begründungsansatz, nach § 30 Nr. 1 Alt. 1 KO, § 132 Abs. 1 InsO unanfechtbare Verträge müssten auch – anfechtungsfest – erfüllbar sein, hat nicht nur keinen Niederschlag im Wortlaut des § 142 InsO gefunden, sondern ist auch dogmatisch nicht zwingend. Er stellt vielmehr das Ergebnis einer Wertung dar. § 142 InsO ist daher nicht nur deklaratorischer Natur, hat nicht nur klarstellende Funktion.

V. Das Telos des § 142 InsO

Für die Untersuchung und Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 142 InsO ist das Telos der Bargeschäftsausnahme zu ergründen. Dieses ist nicht limitiert auf soziale Gesichtspunkte (Existenzsicherung) oder den Sanierungsgedanken. Zu betrachten ist der vom Gesetzgeber als regelungsbedürftig erkannte, mit dem Tatbestand beschriebene Lebenssachverhalt, für den der Gesetzgeber die involvierten Interessen bewertet, abgewägt und in einen Interessenausgleich gebracht hat. § 142 InsO regelt den Sachverhalt, dass krisenbefallene Schuldner aufgrund der drohenden Insolvenzanfechtung von alten wie neuen Geschäftspartnern gemieden und damit wirtschaftlich isoliert werden. Involviert sind die Interessen des Schuldners, des potenziellen Bargeschäftsgläubigers und der (späteren) Insolvenzgläubigersamtheit. Der insolvenzbedrohte Schuldner ist daran interessiert, von seiner ihm bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens zustehenden Privatautonomie in gewissem Umfang Gebrauch machen zu können, etwa um seinen Betrieb fortführen und letzte Sanierungschancen nutzen zu können. Zudem will er Geschäfte des täglichen Bedarfs sowie zur Existenzsicherung eingehen und abwickeln können. Dazu benötigt er andere Teilnehmer des Rechtsverkehrs, die zu ihm trotz Kenntnis seiner Krise in geschäftlichen Kontakt treten wollen. Potenzielle Bargeschäftsgläubiger wollen Leistungen des insolvenzbedrohten Schuldners anfechtungsfest erwerben können. Die (spätere) Insolvenzgläubigerschaft ist an einer möglichst weitgehenden Geltung der *par condicio creditorum* bereits im Insolvenzvorfeld und an einer möglichst umfangreichen Anreicherung der Insolvenzmasse interessiert.

Diese involvierten Interessen hat der Gesetzgeber durch die Tatbestandsvoraussetzungen und die Rechtsfolge des § 142 InsO in einen Ausgleich gebracht. Die Rechtsfolge der Bargeschäftsausnahme dient mittelbar der Verwirklichung des Schuldnerinteresses, trotz seiner nach außen erkennbaren Krise nicht wirtschaftlich isoliert zu werden. Indem den potenziellen Bargeschäftsgläubigern bargeschäftlicher Anfechtungsschutz zu teil wird, wird ihr Interesse an anfechtungsfestem Erwerb bedient und ihre Bereitschaft gefördert, mit dem insolvenzbedrohten Schuldner in geschäftlichen Kontakt zu treten. Der Gesetzgeber schützt mit dem in jeder Norm zum Ausdruck gekommenen Werturteil stets auch die zurückgesetzten Interessen, hier also die Interessen der Gläubigersamtheit. Dies geschieht durch die engen Bargeschäftsvoraussetzungen. Die Gleichwertigkeit zollt in erster Linie dem Interesse der (späteren) Insolvenzgläubigerschaft daran Tribut, dass das Schuldnervermögen und damit die spätere Insolvenzmasse im Insolvenzvorfeld möglichst umfassend erhalten bleibt. Auch die Voraussetzung der Unmittelbarkeit trägt dazu bei, den Eingriff der Bargeschäftsausnahme in die Interessen der Gläubigersamtheit zu kompensieren, indem sie verhindert, dass der Schuldner über einen längeren Zeitraum vorleistet, das Insolvenzrisiko des Vertragspartners trägt und unfreiwillig zum Waren- oder Geldkreditgeber wird. Umgekehrt, bei Gläubigervorleistung, schließt die Unmittelbarkeit im Sinne des Bargeschäftszwecks nicht schutzwürdige Altgläubiger von der Bargeschäftsausnahme aus. Zu beachten ist, dass die Interessen des Schuldners und seiner Gläubigerschaft gleichlaufen, solange die Bargeschäftsausnahme eine Sanierung fördert. Einen Missbrauch des § 142 InsO soll die Rückausnahme der Vorsatzanfechtung verhindern.

Im Ergebnis regelt § 142 InsO ein tripolares Spannungsverhältnis, verfolgt aber nur den schulderbegünstigenden Normzweck, zu verhindern, dass ein erkennbar insolvenzbedrohter Schuldner vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird. Der Anfechtungsschutz des Bargeschäftsgläubigers ist dabei nur Mittel zur Erreichung dieses Zwecks.

Der geäußerten Kritik am neuen Unlauterkeitsmerkmal des § 142 Abs. 1 InsO, durch die erschwerte Vorsatzanfechtung von Bargeschäften, die insolvenzreife, Verluste fortschreibende Schuldner vornehmen, würde der Insolvenverschleppung Vorschub geleistet, ist entgegenzutreten. Den bei Insolvenzureife einschlägigen Instituten der Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) und des Zahlungsverbots (§ 15b InsO) kommt im Rahmen der Insolvenzanfechtung keine Bedeutung zu. Zudem kann weder der Kongruenz- noch der Vorsatzanfechtung eine Lenkungswirkung dahingehend attestiert werden, den Schuldner zur frühzeitigen Eigen- oder dessen Gläubiger zur Fremdantragstellung zu incentivieren, die durch § 142 InsO gestört würde. Zwar hat die Deckungsanfechtung die mittelbar-faktische Reflexwirkung, dass sich aufgrund ihres drohenden Eingreifens Gläubiger von dem erkennbar krisenbefallenen Schuldner fernhalten. Daraus lässt sich aber nicht die Funktion der Deckungsanfechtung ableiten, den insolvenzreifen Schuldner zum frühzeitigen Insolvenzantrag anzuhalten. Der Gesetzgeber hat es abgelehnt, dass das Insolvenzverfahren *ipso iure* oder von Amts wegen eröffnet wird. Stattdessen hat er sich, flankiert durch § 15a InsO, für den Antragsgrundsatz entschieden, sodass ein Insolvenzverfahren nur aufgrund eines Akts privatautonomer Disposition eröffnet wird. Die damit einhergehende konstruktive Schwäche, dass die Wirkungen der formellen Insolvenz häufig erst deutlich nach Eintritt der materiellen Insolvenz zur Geltung kommen, soll die Deckungsanfechtung kompensieren – zur Verhinderung dieser Schwäche ist sie nicht konzipiert.

In einem Exkurs zeigt die Arbeit auf, dass der *BGH* in einem Urteil vom 14.02.2019 die Frage, ob der Anfechtung der (anfänglichen) Besicherung von Gesellschafterdarlehen nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Bargeschäftsausnahme entgegengehalten werden kann, aus teleologischen Gründen zu Recht verneint hat.

VI. Leistungsaustausch aufgrund einer verknüpfenden Parteivereinbarung

Hinsichtlich der Grundvoraussetzung eines Bargeschäfts, des Leistungsaustausch aufgrund einer Parteivereinbarung, die Leistung und Gegenleistung miteinander verknüpft, werden schwerpunktmäßig zwei Probleme thematisiert.

Zum einen wird die Bargeschäftstauglichkeit der Erfüllung gesetzlicher Pflichten, insbesondere der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und von Steuern durch den Arbeitgeber, verneint. Unabhängig davon, dass es in beiden Fällen an einer in das Vermögen des Arbeitgebers gelangenden Gegenleistung und regelmäßig an der bargeschäftlichen Unmittelbarkeit fehlt, gilt: Gibt es aufgrund von Zwangsgläubigerschaft unabhängig von einer Krise und einer deswegen drohenden Insolvenzanfechtung keine privatautonome Vertragsfreiheit und – damit einhergehend – keine freie Vertragspartnerwahl, kann das Bargeschäft seinen Zweck nicht erfüllen. Es *muss* und *darf* dann nicht eingreifen. Aus demselben Grund sind Gebührenzahlungen für individuell zurechenbare öffentliche Leistungen und Leistungen des Schuldners an Gläubiger, die einem gesetzlichen Kontrahierungszwang unterliegen, nicht bargeschäftstauglich.

Zum anderen wird die Herausnahme inkongruenter Deckungen aus dem Anwendungsbereich der Bargeschäftsausnahme durch den *BGH* in dessen sog. Kundenscheck-Urteil untersucht, dem der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers der Insolvenzordnung entgegensteht. Die Funktionen der die Leistungen verknüpfenden Parteivereinbarungen sind trotz Inkongruenz gewahrt: Leistung und Gegenleistung bleiben einander zuordenbar, um so Gleichwertigkeit und Unmittelbarkeit des Austauschs prüfen zu können. Die Parteivereinbarung beruht zudem auf der privatautonomen Entscheidung des Gläubigers, es liegt keine Zwangsgläubigerschaft vor, die teleologisch einer Anwendung des § 142 InsO entgegensteht. Die Bargeschäftsvoraussetzung der Unmittelbarkeit steht der Erfassung inkongruenter Deckungen nicht entgegen. Die

Gleichwertigkeit kann unter Umständen, etwa bei vorfälliger Leistung angesichts des Zinsvorteils, betroffen sein und wirkt insofern als Korrektiv. Grundsätzlich wäre es im Sinne des Normzwecks, die wirtschaftliche Isolation des insolvenzbedrohten Schuldners zu verhindern, wenn auch inkongruente Deckungen dem Bargeschäftsschutz unterfallen könnten. Dies gilt umso mehr, als einige Formen inkongruenter Deckungen seitens potenzieller (Bargeschäfts-)Gläubiger grundsätzlich nicht zurückgewiesen werden können (vgl. § 271 Abs. 2 BGB oder § 267 Abs. 2 BGB). Nach alledem liegt es nahe, das Urteil des *BGH* darauf zurückzuführen, dass die Inkongruenz einer Deckung bei finanziell beengten Verhältnissen des Schuldners seit jeher als wichtiges Indiz für die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatz-, ehemals Absichtsanfechtung gilt. Für den Anfechtungsgegner wäre wenig gewonnen, schützte der Bargeschäftseinwand ihn zwar vor der Inkongruenz-, nicht aber vor der ebenfalls durchgreifenden Vorsatzanfechtung. Zu beachten sind jedoch die unterschiedlichen Funktionen, die die Inkongruenz im Rahmen von § 131 InsO (Anknüpfungspunkt für die unwiderlegliche Vermutung der Krise und der Kenntnis davon) und von § 133 InsO (Indiz für den Schuldnervorsatz und die Kenntnis davon) erfüllt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass viele Formen inkongruenter Deckungen gesetzlich vorgehen sind, wie die vorfällige Leistung nach § 271 Abs. 2 BGB, die Leistung durch einen Dritten gemäß § 267 BGB oder die Leistung an Erfüllungs statt (§ 364 Abs. 1 BGB). Hier ist schon fragwürdig, ob diese eine unlautere Gläubigerbenachteiligung im Sinne der Vorsatzanfechtung nach hiesigem Verständnis begründen. Insofern verbietet sich ein Gleichlauf von Inkongruenz- und Vorsatzanfechtung. Im Ergebnis plädiert die Arbeit dafür, inkongruente Deckungen wieder unter den Anwendungsbereich der Bargeschäftsausnahme zu fassen.

VII. Die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung

Die Bargeschäftsvoraussetzung der Gleichwertigkeit zeigt das von § 142 InsO geregelte Spannungsverhältnis zwischen den involvierten Interessen besonders deutlich auf. Um den schulderbegünstigenden Normzweck des § 142 InsO zu verwirklichen, muss die Eliminierung des Anfechtungsrisikos so weit reichen, dass der geschäftliche Kontakt zum insolvenzbedrohten Schuldner wirtschaftlich attraktiv ist. Auf der anderen Seite ist das Interesse der (späteren) Insolvenzgläubigergesamtheit an möglichst umfassender Masseerhaltung im Insolvenzvorfeld und möglichst weitgehender Masseanreicherung nach Verfahrenseröffnung zu berücksichtigen, das § 142 InsO tangiert. Dieses Interesse lässt die Bargeschäftsausnahme nicht völlig zurückstehen. § 142 InsO entzieht über das Gleichwertigkeitserfordernis zumindest solche Geschäftsabwicklungen dem Anfechtungsschutz, bei denen ein Geschäftspartner die Notlage des Schuldners ausnutzt, um für ihn günstige Geschäfte zu tätigen: Geschäftspartner können weder selbst überhöhte Preise aufrufen noch dem Schuldner eine deutlich unter Marktwert liegende Gegenleistung anbieten, wenn sie in den Genuss der Bargeschäftsausnahme kommen wollen. Damit einher geht – als Kehrseite – zugleich der Schutz davor, dass der Schuldner sein Vermögen verschleudert.

Angesichts dessen *muss* die Bargeschäftsausnahme einerseits und *kann* andererseits *nur* die Abwicklung von zu marktgerechten Konditionen vereinbarten Geschäften, die einem Drittvergleich standhalten, erfassen. Der Anfechtungsschutz *muss* und *kann nur* den Austausch von Leistungen zum objektiven Marktwert schützen.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Gleichwertigkeit ist im Sinne eines Ausgleichs der involvierten Interessen der Beginn des Leistungsaustauschs.

Ist die Leistung des Schuldners geringerwertig als die Leistung des Anfechtungsgegners, ist aufgrund des Normzwecks, den Schuldner nicht gänzlich vom Geschäftsverkehr auszuschließen, der Bargeschäftstatbestand als erfüllt anzusehen. Für die (spätere) Insolvenzgläubigerschaft ist die Abwicklung solcher Geschäfte vorteilhaft.

Ist die Schuldnerleistung höherwertig als diejenige des Anfechtungsgegners, scheidet ein Bargeschäft aus, auch wenn es sich um teilbare Leistungen handelt. Entgegen dem *BGH* kommt

eine Zerlegung des Geschäfts in einen als Bargeschäft anfechtungsfesten und einen anfechtbaren Teil nicht in Betracht. Ansonsten besteht die Gefahr missbräuchlicher Vertragsgestaltungen durch Geschäftspartner insolvenzbedrohter Schuldner. Entscheidend muss aber in systematischer Hinsicht sein, dass § 142 InsO nicht als Einfallstor für die Beantwortung der Frage instrumentalisiert werden darf, inwieweit Gegenleistungen auf Leistungen des Schuldners im Rahmen von Austauschgeschäften – außerhalb der Bargeschäftsvoraussetzungen – anfechtungsrechtlich berücksichtigungsfähig sind. Dieses Grundsatzproblem ist im Rahmen der Rechtsfolgenregeln der §§ 143, 144 InsO zu adressieren.

Leistet der Schuldner vor und gelangt dafür eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen, schließt dies eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung aus. Ist die Gegenleistung noch bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung über den Anfechtungsanspruch im Schuldnervermögen verblieben, scheidet auch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung und damit eine Anfechtung insgesamt aus (§ 129 Abs. 1 InsO). Die Bargeschäftsausnahme schützt vor einer Anfechtung aber auch, wenn nicht der Schuldner, sondern der Gläubiger zuerst leistet. Zudem greift sie bestimmungsgemäß gerade auch dann ein, wenn eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung eingetreten ist. Vor diesem Hintergrund kann der Anfechtungsausschluss nach § 142 InsO nicht allein auf die Gleichwertigkeit gestützt werden. Maßgeblich tritt die zweite Bargeschäftsvoraussetzung hinzu, die zeitliche Unmittelbarkeit des Leistungsaustauschs.

VIII. Die bargeschäftliche Unmittelbarkeit

Die dogmatische Bedeutung der Unmittelbarkeit wird dadurch flankiert, dass diese in der Praxis häufig die kritischste Bargeschäftsvoraussetzung ist.

Dass die Unmittelbarkeit für die Rechtfertigung des ausnahmsweisen Anfechtungsschutzes nach § 142 InsO von zentraler Bedeutung ist, zeigt sich bereits an den Funktionen, die das Unmittelbarkeitserfordernis im Rahmen des Tatbestands der Bargeschäftsausnahme erfüllt. Die Unmittelbarkeit verhindert eine sachlich ungerechtfertigte Beschränkung oder gar Unterminierung der Deckungsanfechtung und ihrer Zwecke der Gläubigergleichbehandlung und der Masseerhaltung vor sowie der Massemehrung nach Insolvenzeröffnung. Bei Gläubigervorleistung erfüllt das Unmittelbarkeitserfordernis die Funktion, die Abgrenzung im Sinne des Bargeschäftszwecks schutzwürdiger Neugläubiger von nicht schutzwürdigen Altgläubigern zu ermöglichen. Zudem stellt die Voraussetzung, dass der Schuldner unmittelbar nach der Gläubigervorleistung seinerseits leisten muss, sicher, dass § 142 InsO nicht normzweckwidrig der Insolvenzverschleppung Vorschub leistet. Bei einer Vorleistung des Schuldners verhindert das Unmittelbarkeitserfordernis, dass der bereits wirtschaftlich angeschlagene Schuldner zinslos Kredit gewährt und für einen nicht nur unerheblichen Zeitraum das Insolvenzrisiko seines Geschäftspartners trägt. Zudem ersetzt das Unmittelbarkeitserfordernis in diesem Fall eine Bonitätskontrolle des Geschäftspartners, wie sich aus dem Vollwertigkeitsgebot der §§ 30 Abs. 1 S. 2 Alt. 2, 57 Abs. 1 S. 3 Alt. 2 AktG herleiten lässt. Ferner reduziert das Tatbestandsmerkmal der Unmittelbarkeit das Risiko einer für den Schuldner nachteiligen Entwicklung des Wertverhältnisses der Leistungen während des Austauschs.

Die nähere Bestimmung des Unmittelbarkeitsmerkmals im Lichte dieser Funktionen offenbart ein Spannungsverhältnis. Für eine enge Auslegung bei Vorleistung des Gläubigers spricht die Zug-um-Zug-Geschäftsabwicklung als historische Wurzel der Unmittelbarkeit. Selbiges resultiert insgesamt aus der im Rahmen des funktionellen Synallagmas durch die §§ 320 ff. BGB ermöglichten Insolvenzrisikoabsicherung, die sich bis in das Regime der §§ 103 ff. InsO fortsetzt. Zwar stellt die Bargeschäftsausnahme insofern einen Gleichklang zwischen Anfechtungsschutz und Insolvenzrisikoabsicherung her. Nicht klären lässt sich damit jedoch – nichts anderes folgt aus einem Blick auf das sog. Zug-um-Zug-Geschäft im österreichischen Anfechtungsrecht –, wie die Unmittelbarkeit auszulegen ist, wenn wegen der Vorleistung des Schuldners aus Gläubigersicht keine Insolvenzrisikoabsicherung erforderlich ist.

Für eine weniger strenge Auslegung sprechen die dem Unmittelbarkeitsmerkmal zugrundeliegenden Wertungen und eine teleologische Betrachtung. Angelehnt an *Häsemeyers* Theorie der Ausgleichshaftung lässt sich sagen: Wird ein Leistungsaustausch unter Berücksichtigung des für den jeweiligen Vertragsgegenstand üblichen Zeitraums zeitnah abgewickelt, sollte dies als bloße Vermögensumschichtung anfechtungsrechtlich zur Enthftung führen. Ein derart abgewickelter Austausch rechtfertigt auch – unabhängig davon, wer vorgeleistet hat – das Vertrauen des Gläubigers darauf, die Leistung des Schuldners behalten zu dürfen, wenn dieser später in Insolvenz fällt. Dieses Vertrauen muss § 142 InsO im Sinne seines Telos schützen, da sich andernfalls kein Geschäftspartner finden würde, der bereit wäre, in geschäftlichen Kontakt zu einem insolvenzbedrohten Schuldner zu treten. Selbiges folgt aus dem Vergleich von § 142 InsO mit § 270c Abs. 4 InsO: Die Möglichkeit des Schuldners, nach gerichtlicher Anordnung in der vorläufigen Eigenverwaltung Masseverbindlichkeiten zu begründen, setzt einen sechs Monate umfassenden Finanzplan des Schuldners voraus (§ 270a Abs. 1 Nr. 1 InsO). § 142 InsO gewährt Gläubigern für im Insolvenzvorfeld erhaltene Deckungen Anfechtungsschutz als wäre eine Masseverbindlichkeit bedient worden – allerdings ohne eine mehrmonatige, umfassende Finanzplanung vorauszusetzen. Jedoch konditioniert die Unmittelbarkeitsvoraussetzung, ohne deren Einhaltung der Anfechtungsschutz versagt bleibt, Schuldner und Gläubiger zu einer punktuellen, auf das konkrete Bargeschäft bezogenen Planung. Wenn der am wirtschaftlichen Abgrund operierende Schuldner vorleistet, plant er, kurzfristig die Gegenleistung zu erhalten und damit wirtschaften zu können. Leistet der Bargeschäftsgläubiger vor, muss der Schuldner mit seinen verbliebenen Mitteln so planen, dass er zeitnah die Gegenleistung erbringen kann. Zeitliche Obergrenze muss in beiden Konstellationen der Zeitrahmen sein, der für den jeweiligen Vertragsgegenstand üblich ist.

Unmittelbar ist ein Leistungsaustausch daher, wenn die Leistungen innerhalb desjenigen Zeitrahmens ausgetauscht werden, der für den jeweiligen Vertragsgegenstand unter solventen Vertragspartnern, die auf eine zügige Abwicklung bedacht sind, (verkehrs-)üblich ist. Einzurechnen sind auch abwicklungstechnisch oder logistisch bedingte Besonderheiten, solange die Vorleistung nicht über eine Zeitspanne hinweg andauert, die auf ein Finanzierungselement hinweist. Nicht einzukalkulieren sind daher erzwungene Waren- oder Geldkreditgewährungen, auch wenn sie im Wirtschaftsverkehr selbst unter solventen Vertragspartnern geduldet und teilweise üblich sein mögen. Vor diesem Hintergrund ist der mit der Anfechtungsrechtsreform 2017 eingefügte § 142 Abs. 2 S. 1 InsO, der für die Bestimmung der Unmittelbarkeit auf die Art der ausgetauschten Leistungen und die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs abstellt, gutzuheißen.

Es ist zu begrüßen, dass sich die von der Rechtsprechung als Maßstab herangezogene 30-Tage-Verzugsfrist des § 286 Abs. 3 BGB zu einer Faustformel für die Bestimmung der Unmittelbarkeit entwickelt hat. Eine solche Faustformel kann zuverlässig über eine Negativbestimmung gefunden werden. Zu beantworten ist die Frage, wann nicht mehr die Rede davon sein kann, dass die Leistungen innerhalb desjenigen Zeitrahmens ausgetauscht wurden, der für den jeweiligen Vertragsgegenstand unter solventen Vertragspartnern, die auf eine zügige Abwicklung bedacht sind, üblich ist. Vor diesem Hintergrund lässt sich § 286 Abs. 3 BGB die Wertung entnehmen, dass ein Leistungsaustausch innerhalb von 30 Tagen abgeschlossen sein kann, wenn die Parteien auf eine zügige Abwicklung bedacht sind. Gelingt dies den Parteien nicht, lässt sich holzschnittartig sagen, dass kein unmittelbarer Leistungsaustausch mehr vorliegt. Eine Orientierung an § 271a Abs. 1 BGB oder § 488 Abs. 3 S. 2 BGB scheidet aus Wertungsgründen aus.

§ 142 Abs. 2 S. 2 InsO ist mit den gewonnenen Erkenntnissen unvereinbar.

Verzögerungen der Bargeschäftsabwicklung durch neutrale Dritte bestimmen die Bemessung der Zeitspanne mit, die für den entsprechenden Leistungsaustausch unter solventen, auf eine zügige Abwicklung bedachten Vertragspartnern üblich ist. Selbiges gilt für unvorhergesehene und unbeeinflussbare Verzögerungen. Erfolgen die Leistungen des Schuldners oder des

Gläubigers verzögert, ist dies für die Unmittelbarkeit schädlich, da anderenfalls die vorgenannten Funktionen des Tatbestandsmerkmals nicht erfüllt würden.

IX. Der Richtlinienentwurf COM(2022) 702 final

Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. a) des Richtlinienvorschlags bestimmt die Vorgaben für den Anfechtungsschutz von unmittelbaren, ausgeglichenen Austauschgeschäften. § 142 InsO stimmt damit weitestgehend überein.

Auffällig ist indes, dass sich die Ausnahmeregelung Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. a) des Richtlinienvorschlags nur auf die Deckungsanfechtung bezieht, nicht aber auf die in Art. 8 des Richtlinienvorschlags geregelte Absichtsanfechtung. Aufgrund des in § 142 Abs. 1 InsO eingefügten Unlauterkeitsmerkmals erstreckt sich die Bargeschäftsausnahme nach deutschem Recht hingegen auf die Vorsatzanfechtung. Sollte sich die finale Richtlinie insofern mit dem Entwurf decken, würde der deutsche Gesetzgeber seiner Umsetzungspflicht nachkommen, wenn er – wie hier vorgeschlagen – das Unlauterkeitserfordernis von § 142 Abs. 1 InsO in die Vorsatzanfechtung transferieren würde. Dass dies die Vorsatzanfechtung auf das Maß der Absichtsanfechtung nach § 31 Nr. 1 KO zurückschneiden würde, stünde mit den Mindestvorgaben des Art. 8 des Richtlinienvorschlags in Einklang.

Nicht haltbar wäre die Sonderregelung für die Unmittelbarkeit bei der Arbeitsentgeltgewährung nach § 142 Abs. 2 S. 2 InsO. Ein Zeitraum von drei Monaten zwischen dem Beginn der Arbeitsleistung und der Entgeltgewährung dürfte nicht mehr als unmittelbar im Sinne von Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. a) des Richtlinienvorschlags gelten.

Beachtlich ist ferner, dass Art. 6 Abs. 3 Unterabs. 1 lit. a) des Richtlinienvorschlags sich nach Wortlaut und Systematik auf die Kongruenz- wie die Inkongruenzanfechtung bezieht. Dem steht zwar Erwägungsgrund (9) des Richtlinienvorschlags entgegen, nach dem nur kongruente Deckungen erfasst sein sollen. Dieser ist jedoch nicht rechtsverbindlich. Maßgeblich ist vielmehr der Wortlaut der Richtlinie. Hier ist die Ausgestaltung der finalen Richtlinie durch das am 09.06.2024 neu gewählte Europäische Parlament abzuwarten.