

Aspekte einer "Vorteilsanrechnung" im Anfechtungsrecht*

von Priv.-Doz. Dr. Diederich Eckardt, Universität Bonn

ZInsO 16/2004

Aufsätze Seite 888

Inhaltsübersicht

- I. Prinzipielle Unanwendbarkeit der schadensrechtlichen Grundsätze der Vorteilsausgleichung im Anfechtungsrecht
- II. Das "anfechtungsrechtliche Bereicherungsverbot": Zur Begrenzung der Anfechtungsrechtsfolgen durch die eingetretene Gläubigerbenachteiligung
- III. Zur Berücksichtigung einer haftungsrechtlich äquivalenten Gegenleistung des Anfechtungsgegners im geltenden Recht der Insolvenz- und Gläubigeranfechtung
 - 1. Das Schicksal der Gegenleistung bei der Anfechtung unmittelbar benachteiligender Schuldverträge (§ 144 Abs. 2 Satz 1 InsO, § 12 AnfG)
 - a) Insolvenzanfechtung
 - aa) Der Anwendungsbereich von § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO
 - bb) Die fortbestehende Bereicherung der Masse
 - b) Die Gegenleistung bei der Einzelgläubigeranfechtung (§ 12 AnfG)
 - 2. Die Bardeckung (§ 142 InsO)
 - a) Zum Erfordernis der "Gleichwertigkeit" der Gegenleistung
 - aa) "Gleichwertigkeit" trotz mangelnder haftungsrechtlicher Äquivalenz
 - bb) Kein partielles Bardeckungsprivileg trotz partieller haftungsrechtlicher Äquivalenz
 - cc) Unanwendbarkeit des Bardeckungsprivilegs trotz voller haftungsrechtlicher "Gleichwertigkeit"
 - b) Das Erfordernis der "Unmittelbarkeit" der Gegenleistung
 - 3. Die Gegenleistung bei der Anfechtung unmittelbar benachteiligender Rechtsgeschäfte (§ 132 Abs. 1 InsO)
 - a) Zur Berücksichtigung der haftungsrechtlich werthaltigen, aber nicht in voller Höhe gleichwertigen Gegenleistung
 - b) Das Verhältnis der Anfechtung des Vertrags (§ 132 Abs. 1 InsO) zur Deckungsanfechtung (§§ 130 f. InsO)
 - 4. Die Gegenleistung bei der "Schenkungsanfechtung" (§ 134 Abs. 1 InsO, § 4 AnfG)
- IV. Resümee
 - 1. Auswertung der Untersuchung zur Berücksichtigung einer haftungsrechtlich äquivalenten Gegenleistung
 - a) Ausschluss der Anfechtung im Umfang des haftungsrechtlich äquivalenten Vorteils
 - b) Gewährung eines Massebereicherungsanspruchs
 - c) Nichtberücksichtigung der Gegenleistung
 - 2. Konsequenzen für die Möglichkeit einer "Vorteilsanrechnung" anhand des Merkmals der objektiven Gläubigerbenachteiligung

I. Prinzipielle Unanwendbarkeit der schadensrechtlichen Grundsätze der Vorteilsausgleichung im Anfechtungsrecht

Eine Vorteilsausgleichung finde im Anfechtungsrecht nicht statt, auch nicht im Fall des Wertersatzanspruchs, schreibt der Jubilar als Kommentator;¹ so hat er es (vermutlich) schon als Mitglied "seines", des IX. Zivilsenats des BGH mitentschieden,² und so entspricht es einer jetzt³ wohl auch wieder weitgehend unangefochtenen Auffassung im Schrifttum.⁴ Die Aussage ist, jedenfalls cum grano salis verstanden, auch richtig.

Die *compensatio lucri cum damno* ist ursprünglich ein Kind der schadensersatzrechtlichen Differenzhypothese. Denn im Sinne der Differenzhypothese sind die durch ein Verletzungsereignis im ontologischen Sinne "verursachten" Vorteile - seien es zusätzliche positive Vermögensbestandteile, seien es ersparte Aufwendungen oder sonst unterbliebene Begleitnachteile - und Nachteile einander prinzipiell gleichwertig, und eben hieraus resultierte für die früher h.M. der Satz, dass Vorteile grds. anzurechnen seien: Es sei, hieß es, "das Natürliche und eigentlich ganz von selbst sich Verstehende (...), daß Beides (d.h. Vorteil und Schaden) zusammengerechnet wird"; denn anderenfalls "würde dem Beschädigten durch die Erstattung des Interesses eine Bereicherung zu Theil werden, während doch die Erstattung des Interesses nur den Zweck hat, einen Nachtheil von dem Beschädigten abzuwenden".⁵ Aber auch wenn man, wie dies heute überwiegend geschieht, die Differenzhypothese als Ansatzpunkt der Vorteilsausgleichung verwirft,⁶ so ist ihr Ausgangspunkt doch immer die Betrachtung des dem Geschädigten entstandenen Nachteils.⁷ Dies unterscheidet den Ansatz des Schadensersatzrechts von dem des Anfechtungsrechts, welches richtiger Ansicht nach (und entgegen einem üblich gewordenen Sprachgebrauch) eben nicht auf Wiederherstellung der durch die "anfechtbare Rechtshandlung" beeinträchtigten Vermögenslage abzielt, sondern bei den anfechtbar transferierten und dem Anfechtungsgegner zugeflossenen Vermögenswerten ansetzt, also bei der anfechtbar erlangten Rechtsposition in der Hand des Anfechtungsgegners und gerade nicht bei der Einbuße, die die Masse getroffen hat. Der Anfechtungsanspruch bemisst sich deshalb nicht, wie im Schadensersatzrecht, am beeinträchtigten Interesse der Gläubiger, dem entsprechend §§ 249 ff. BGB entweder durch Naturalrestitution oder durch Schadensersatz in Geld zu genügen ist, sondern - wie im Ansatz auch im Bereicherungsrecht - an der im Vermögen des Anfechtungsgegners eingetretenen Positionsverbesserung, die durch *actus contrarius* bzw. "haftungsrechtliche Neutralisierung" zugunsten des haftenden Vermögen wieder rückgängig zu machen ist. Auch der auf Ersatzleistung in Geld gerichtete Sekundäranspruch hat deshalb nicht eigentlich den Nachteil auszugleichen, der

ZInsO 16/2004

Aufsätze Seite 889

durch die "anfechtbare Rechtshandlung" im haftenden Vermögen entstanden ist, sondern nur denjenigen Nachteil, der auf der Unmöglichkeit beruht, die anfechtbar erworbene Rechtsposition "in Natur" zurück zu gewähren.⁸ Gefragt werden kann deshalb nur, ob der Masse infolge des Umstands, der die Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur ausgelöst hat, zugleich Vorteile erwachsen sind, die ihren nach § 989 BGB (i.V.m. § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO; §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 BGB) zu ersetzenden Schaden mindern. Für eine eigentliche Vorteilsausgleichung ist daher schon im Ansatz nur - aber zugleich immerhin, deshalb ist die eingangs formulierte Aussage eben nur *cum grano salis* richtig - insoweit Raum, als der anzurechnende Vorteil gerade auf denjenigen Umstand zurückzuführen ist, der auch die Unmöglichkeit der Rückgewähr in Natur verursacht hat, während die durch die "anfechtbare Rechtshandlung" verursachten Vorteile unter diesem Aspekt unberücksichtigt bleiben müssen.⁹ Diese Fälle sind recht selten, und sie sollen hier deshalb ganz außer Betracht bleiben.

II. Das "anfechtungsrechtliche Bereicherungsverbot": Zur Begrenzung der Anfechtungsrechtsfolgen durch die eingetretene Gläubigerbenachteiligung

Nimmt man die Unanwendbarkeit der schadensersatzrechtlichen Grundsätze zur Vorteilsausgleichung auf die Gläubiger- und Insolvenzanfechtung deshalb ohne weitere Problematisierung als Beschreibung des geltenden Rechtszustands einmal hin, so erscheint es gleichwohl voreilig, hiermit alle Überlegungen dazu abzubrechen, ob und inwieweit die den Fällen der Vorteilsausgleichung entsprechenden anfechtungsrechtlichen Konstellationen nicht auch eine vergleichbare Behandlung verdient hätten. Die schadensersatzrechtliche Vorteilsausgleichung verwirklicht den Gedanken des Bereicherungsverbots: Der Gläubiger soll beanspruchen können, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn die schadensursächliche Handlung unterblieben wäre, nicht schlechter, aber eben auch nicht besser. Die Schadensausgleichsfunktion hat insofern nicht nur ein anspruchsbegründendes, sondern zugleich ein anspruchslimitierendes Element.

Auch wenn eine unmittelbare Anwendung der schadensersatzrechtlichen Vorteilsausgleichung ausscheidet, so bleibt doch von Interesse, ob und unter welchem alternativen rechtlichen Ansatz die haftungsrechtlich werthaltigen Vorteile, die dem haftenden Vermögen im Zusammenhang mit dem anfechtbaren Vermögenstransfer zugeflossen sind und die den eingetretenen vermögenswerten Nachteil in haftungsrechtlicher Hinsicht ganz oder teilweise zu kompensieren geeignet sind, denn stattdessen Berücksichtigung finden können. Denn für das beschriebene anspruchslimitierende Element besteht unverkennbar auch im Anfechtungsrecht ein Bedarf: Mit Hilfe der Anfechtung ist äußerstenfalls der haftungsrechtliche Sollzustand herzustellen, nicht aber ist den Gläubigern ein ungerechtfertigter Vorteil zu verschaffen. Auch wenn sich die Frage, inwieweit die Haftungsrealisierungsmöglichkeit der Gläubiger durch die anfechtbare Rechtshandlung beeinträchtigt sei, nicht zur Begründung des Umfangs der anfechtungsrechtlichen Haftung stellt, so stellt sie sich doch zu seiner Begrenzung: Der Anfechtungsbegehren kann nur bis zur Höhe der Benachteiligung gegeben sein, die im hypothetischen Zeitpunkt des Gläubigerzugriffs bestanden hätte. Mit Recht findet sich in der Rechtsprechung des IX. Senats deshalb immer wieder der Hinweis auf den "Sinn der Insolvenzanfechtung", der es ausschließe, der Masse im Wege der Anfechtung Vorteile zu verschaffen, die sie ohne das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht hätte.¹⁰ Zweck der Anfechtung ist es, einer Vereitelung des Insolvenzzwecks - der Verwirklichung der Haftung des Schuldnervermögens - zu begegnen. Anfechtbarer Rechtserwerb ist deshalb "haftungsrechtlich unwirksam".¹¹ Wesensmerkmal einer "bloß" haftungsrechtlichen Unwirksamkeit ist die ihr immanente Beschränkung der Anfechtungsrechtsfolgen durch den Anfechtungszweck: Die haftungsvereitelnde Rechtsänderung ist nur insoweit zu neutralisieren, als dies zum Ausgleich der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger und damit zur Haftungsverwirklichung nötig ist.

Ansatzpunkt für Überlegungen zu einer dem zugeflossenen "Vorteil" entsprechenden Begrenzung des Anfechtungsanspruchs ist danach immer die (zumindest mittelbare) Benachteiligung der Insolvenzgläubiger, die nach § 129 Abs. 1 InsO, § 1 Abs. 1 AnfG die Grundvoraussetzung einer jeden Anfechtung darstellt. Zu argumentieren wäre, dass eine im Rechtssinne relevante Gläubigerbenachteiligung entfällt bzw. ihrem Umfang nach vermindert wird, wenn und soweit der (späteren) Insolvenzmasse im Zusammenhang mit der anfechtbaren Aufgabe eines Vermögenswerts ein kompensierender Vorteil zufließt. Es stellt sich deshalb die Frage, ob es unter diesem rechtlichen Aspekt durchaus einen "Grundsatz der anfechtungsrechtlichen Vorteilsanrechnung" gibt - zwar nicht in Analogie zur schadensrechtlichen Vorteilsausgleichung, aber eben doch mit dem Inhalt, dass haftungsrechtlich äquivalente Vorteile, die der haftenden Masse in Zusammenhang mit dem anfechtbaren Vermögenstransfer zugewachsen sind, grds. anspruchsmindernd zu berücksichtigen sind, es sei denn, die anfechtungsrechtliche Teleologie stünde dem entgegen. In diesem Sinne verstehe ich etwa *Häsemeyer*,¹² der analog zum Schadensersatzrecht für die Anwendung einer Differenzhypothese zur Ermittlung der Gläubigerbenachteiligung eintritt. Aber auch der BGH hält grds. für möglich, dass eine Gläubigerbenachteiligung durch einen haftungsrechtlich äquivalenten Vorteil ausgeglichen werden kann, d.h. wenn durch die anfechtbare Rechtshandlung im Vermögen des Schuldners unmittelbar ein Vorteil zugeflossen sei, der sich in der Masse erhalten habe, ohne den also den Gläubigern eine entsprechend geringere Vermögensmasse zur Verfügung gestanden hätte.¹³ Die Gegenposition wird etwa von *Kirchhof*¹⁴ markiert, dem zufolge die für die Insolvenzgläubiger eingetretene Benachteiligung nicht selbstständig den Umfang der Rückgewährpflicht begrenze: Ein einheitlicher Transfer einer Vermögensposition sei auch dann nur einheitlich und insgesamt anfechtbar, wenn er die Gläubiger nur in geringerem Umfang benachteilige. Es existiere kein Satz, wonach ein dem Gegenstand nach unteilbares, aber "wertmäßig" nur teilweise gläubigerbenachteiligendes Geschäft auch nur teilweise angefochten werden könne; § 129 InsO gestatte die Anfechtung vielmehr in vollem Umfang und nicht etwa nur, "soweit" eine Benachteiligung eintrete.¹⁵

Diese Frage verdient daher eine nähere Untersuchung. Soweit es um die anfechtungsrechtliche "Rückgewähr" geht, also den auf

eine bestimmte gegenständliche Leistung zur Insolvenzmasse gerichteten Primäranspruch, kommt eine Analogie zur Vorteilsausgleichung mit dem Ergebnis eines betragsmäßigen Abzugs vom eigenen Anspruch zwar in der Tat offensichtlich nicht in Betracht.¹⁶ Dieses Ergebnis eines betragsmäßigen Abzugs ist aber doch wohl mehr eine Frage der - hier durch die Natur der

Sache gebotenen - Regelungstechnik, sodass man im weiteren Sinne durchaus noch von einer Parallele zur Vorteilsausgleichung sprechen kann, wenn der Anspruchsinhaber die ihm zugewachsenen haftungsrechtlich äquivalenten Vorteile, wenn er sie von seinem nicht in Geld bestehenden Anspruch nicht einfach abziehen kann, dem anderen Teil doch finanziell entgelten muss; hier ist die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit des kompensierenden Vorteils das entscheidende und nicht die Regelungstechnik, d.h. die Frage, ob der Vorteil nun durch unmittelbaren Abzug von dem Anfechtungsanspruch oder in Gestalt eines einredeweise geltend zu machenden Gegenanspruchs in Ansatz zu bringen ist.

Die Untersuchung soll sich in dieser kurzen Abhandlung aus Raumgründen allerdings auf einen einzelnen Aspekt beschränken: Die Behandlung einer haftungsrechtlich äquivalenten Gegenleistung des Anfechtungsgegners. Hierbei handelt es sich zweifellos um einen adäquat durch die anfechtbare Handlung verursachten Vorteil, ja sogar den praktisch zweifellos weitaus häufigsten und wirtschaftlich bedeutsamsten. Aus der gesetzlich vergleichsweise weitgehend determinierten Behandlung dieses speziellen Vorteils lassen sich Rückschlüsse von Gewicht auf die gebotene Berücksichtigung anderer "Vorteile" ziehen: Denn die Behauptung, dass - um eine Fallgruppe anzuführen, in der der Einwand der Vorteilsanrechnung die anfechtungsrechtliche Gerichtspraxis häufiger beschäftigt hat - etwa diejenigen nachhaltigen Vorteile anzurechnen sind, die der Masse aus der mit Hilfe der Leistung des Schuldners mittelbar ermöglichten Fortführung des Betriebs zugeflossen sind,¹⁷ verliert als recht "entfernte" Folge der anfechtbaren Zuwendung des Schuldners an den Anfechtungsgegner deutlich an Plausibilität, wenn und soweit schon der denkbar "nächstliegende", unmittelbar durch die Zuwendung des Schuldners erkaufte Vorteil in Gestalt der Gegenleistung des Anfechtungsgegners nach dem Gesetz nicht berücksichtigt wird (oder doch nicht in der Weise einer unmittelbaren Reduzierung der Rückgewährverbindlichkeit des Anfechtungsgegners).

III. Zur Berücksichtigung einer haftungsrechtlich äquivalenten Gegenleistung des Anfechtungsgegners im geltenden Recht der Insolvenz- und Gläubigeranfechtung

Die Gegenleistung des Anfechtungsgegners hat im Gesetz an zwei Stellen eine besondere Regelung erfahren; diese beiden Bestimmungen - § 144 Abs. 2 Satz 1 (bzw. § 12 AnfG) und § 142 InsO - lassen daher auch zuvörderst Rückschlüsse auf die Anrechenbarkeit dieses paradigmatischen "Vorteils" zu. Die beiden Bestimmungen betreffen ganz unterschiedliche Konstellationen, sodass eine tatbestandsmäßige Überschneidung nicht eintritt: Während es bei § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO, § 12 AnfG um die Anfechtung unmittelbar nachteiliger Kausalgeschäfte geht (s. sub 1.), behandelt § 142 InsO die Konstellation der Deckungsanfechtung, also die Anfechtbarkeit des Erfüllungsgeschäfts (s. sub 2.). Darüber hinaus ist die Gegenleistung aber auch noch an zwei weiteren Stellen für die Anfechtung des Kausalgeschäfts von Bedeutung, nämlich bei der Anfechtung unmittelbar nachteiliger Verträge (§ 132 Abs. 1 InsO, s. sub 3.) und bei der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen (§ 134 InsO, s. sub 4.).

1. Das Schicksal der Gegenleistung bei der Anfechtung unmittelbar benachteiligender Schuldverträge (§ 144 Abs. 2 Satz 1 InsO, § 12 AnfG)

a) Insolvenzanfechtung

Der Umstand, dass die Anfechtung nicht zu einer ungerechtfertigten Bereicherung der Masse führen soll, kommt zunächst in § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO zum Ausdruck, wonach dem Anfechtungsgegner die von ihm erbrachte Gegenleistung aus der Insolvenzmasse zu erstatten ist, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist, m.a.W. wenn sie haftungsrechtlich äquivalent ist. Aus der Existenz des § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO folgt, dass die Gegenleistung in diesen Fällen offenbar nicht schon die Gläubigerbenachteiligung und mittelbar damit auch den Umfang des Rückgewähranspruchs vermindert; denn wenn dies so wäre, bestünde im Umfang der wertmäßig noch vorhandenen Gegenleistung überhaupt kein Rückgewähranspruch und demgemäß auch nicht die Notwendigkeit, dem Rückgewähranspruch einen einredeweise geltend zu machenden Gegenanspruch aus § 144 Abs. 2 InsO entgegenzustellen.

aa) Der Anwendungsbereich von § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO

Die Bestimmung des § 144 Abs. 2 Satz 1 (bisher: § 38 Satz 1 KO) ist nach h.M. nur anwendbar auf diejenigen Anfechtungstatbestände, die eine unmittelbare Benachteiligung der Insolvenzmasse auf Grund des Inhalts der beiderseitigen Verpflichtungen voraussetzen, d.h. vor allem¹⁸ in den Fällen der Anfechtung schuldrechtlicher gegenseitiger Rechtsgeschäfte, die bereits als solche die Insolvenzgläubiger benachteiligen (§§ 132, 133 InsO).¹⁹ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus Abs. 1 der Vorschrift (bisher: § 39 KO): Der Anfechtungsgegner darf in den von Abs. 1 erfassten Fällen der Deckungsanfechtung nicht zusätzlich zum Wiederaufleben seiner Forderung noch die Gegenleistung bekommen. Hieraus ergibt sich für die Systematik des Gesetzes zugleich: Soweit die Anfechtung des Verpflichtungsgeschäfts in Rede steht, kann die Gegenleistung (nur) nach § 144 Abs. 2 InsO Berücksichtigung finden; der Gedanke des Bargeschäfts (§ 142 InsO) ist, wie noch zu zeigen sein wird, auf Deckungsgeschäfte - Sicherungen und Befriedigungen - beschränkt. Umgekehrt ist es für Deckungsgeschäfte: Für sie kommt das Bargeschäftsprivileg und nur dieses in Betracht; liegen seine Voraussetzungen nicht vor, gilt § 144 Abs. 1 und nicht dessen Abs. 2.²⁰ Der in § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO bezeichnete Anspruch ist danach seiner Rechtsnatur nach ein bereicherungsrechtlicher.²¹ Die Bestimmung statet den aus der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit des Kausalverhältnisses entstehenden Rückabwicklungsanspruch unter bestimmten Voraussetzungen mit der Eigenschaft als Masseschuld aus. Der Begriff der Gegenleistung i.S.v. § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO erfasst demgemäß nicht nur die dem anderen Teil obliegende Leistung bei einem synallagmatischen Vertrag, sondern alles, was der Anfechtungsgegner auf Grund des angefochtenen Schuldverhältnisses als Ausgleich hingegeben hat.²²

Hatte der Anfechtungsgegner seine Gegenleistung allerdings als Vorleistung erbracht, so hatte er damit auf den durch das

funktionelle Synallagma vermittelten Schutz verzichtet und ist den übrigen Insolvenzgläubigern gleichzustellen; er kann die Gegenleistung in diesem Falle deshalb auch dann nicht noch mit der Qualität als Masseschuld gem. § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO heraus verlangen, wenn sie in der Masse noch vorhanden oder die Masse um ihren Wert bereichert ist.²³

bb) Die fortbestehende Bereicherung der Masse

Die Eigenschaft als Masseschuld erlangt der in § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO behandelte Rückabwicklungsanspruch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung einer fortbestehenden Bereicherung der Masse. Dieses Erfordernis wird heute vergleichsweise extensiv interpretiert. Bei der Gesetzeskonzeption hatte man noch die Vorstellung gehegt, eine zu einer Masseschuld führende "Bereicherung der Masse", liege im Hinblick auf die Gegenleistung nur dann vor, wenn diese noch im Stück vorhanden oder erst nach Verfahrenseröffnung zur Masse gelangt sei. So formulieren die Motive:²⁴

"Befindet sich eine Gegenleistung des Gegners unterscheidbar in der Konkursmasse, so würde nach den §§ 35 ff.²⁵ ein Anspruch auf Rückforderung der "fremden" Sache, und wenn die Sache verkauft sein sollte, nach § 38²⁶ ein Anspruch auf den ausstehenden Erlös oder auf Herausgabe des nach der Konkurseröffnung zur Masse eingezogenen Erlöses begründet, und ebenso würde ein Masseanspruch nach § 52 Nr. 3²⁷ begründet sein, wenn sonst die Gegenleistung erst nach der Konkurseröffnung zu Konkursmasse erfolgt sein sollte. ... befindet oder befand die Gegenleistung sich nicht in specie in der Konkursmasse, so kann von einer Erstattung ihres Werts aus derselben als Masseschuld nicht die Rede sein. ... Mag immerhin die Wirkungslosigkeit des Rechtsgeschäfts erst durch die Anfechtung festgestellt worden sein; der Rechtsgrund für die Entschädigung und die Vertretung des anderen Teils liegt vor der Konkurseröffnung in dem Abschluss des anfechtbaren Geschäfts. Was der andere geleistet, ist vor der Konkurseröffnung in das Vermögen des Gemeinschuldners gelangt; die Masse ist nicht bereichert; der Entschädigungsanspruch ist rechtlich eine Konkursforderung. Auch praktisch verlore, würde der Anspruch als Masseschuld behandelt, die Anfechtung jeden Wert; denn der Gegner erhielte, was ihm auf der einen Seite genommen würde, auf der anderen vollständig wieder zurück."²⁸

Die h.M. war jedoch sogleich nach In-Kraft-Treten der Reichs-Konkursordnung anderer Meinung,²⁹ und sie ist es noch heute: Der Anspruch auf die Gegenleistung begründet danach kein Aussonderungsrecht, sondern einen Massebereicherungsanspruch i.S.v. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO, und dies bereits dann, wenn die Masse z.Zt. der Rückgewähr des anfechtbar Zugewandten im Hinblick auf den Wert der Gegenleistung nicht i.S.v. § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist, unabhängig davon, ob der Erwerb der Masse vor oder nach Verfahrenseröffnung erfolgte.³⁰ Ersteres ist in der Tat gänzlich fraglos, Letzteres schon weniger, zumal unter Berücksichtigung der erst hierdurch entstandenen Diskrepanz zur Behandlung der Gegenleistung in der Einzelgläubigeranfechtung.³¹

Festzuhalten ist zunächst, dass für den Anwendungsbereich von § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO die Annahme ausgeschlossen ist, die Gegenleistung sei bereits bei der Bemessung der Gläubigerbenachteiligung bzw. folgeweise des Rückgewähranspruchs in Abzug zu bringen; denn dann liefe die Bestimmung leer, was nicht beabsichtigt sein kann. Festzuhalten ist aber jedenfalls auch, dass § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO in der Interpretation der heute h.M. den Anfechtungsgegner im wirtschaftlichen Ergebnis weitgehend ebenso stellt, wie wenn man die Anfechtungsrechtsfolgen sogleich an den Umfang der Gläubigerbenachteiligung angepasst hätte: Zwar muss er das Empfangene ungeachtet seiner Gegenleistung in vollem Umfang zurückgewähren. Er kann aber, wenn seine Leistung haftungsrechtlich äquivalent war, d.h. noch werterhöhend in der Masse vorhanden ist, die Rückgewähr des Empfangenen verweigern, bis er Zug um Zug wegen seiner Masseforderung auf Rückgewähr der Gegenleistung befriedigt worden ist. Dabei erfasst § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO mit der Voraussetzung der haftungsrechtlichen Äquivalenz ("werterhöhendes Vorhandensein in der Masse") genau diejenigen Fälle, in denen im Hinblick auf die Gegenleistung auch eine lediglich mittelbare Gläubigerbenachteiligung zu verneinen gewesen wäre. Fehlt es an dieser Voraussetzung, partizipiert der Anfechtungsgegner nach Satz 2 nur bzw. immerhin noch als Insolvenzgläubiger anteilig an seiner eigenen Gegenleistung.

b) Die Gegenleistung bei der Einzelgläubigeranfechtung (§ 12 AnfG)

Mit dieser großzügigen Interpretation von § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO wird freilich die Diskrepanz zur korrespondierenden Regelung für die Einzelgläubigeranfechtung umso deutlicher. Nach § 12 AnfG n.F. (§ 8 AnfG a.F.) kann sich der Anfechtungsgegner bei der Einzelgläubigeranfechtung "wegen der Erstattung einer Gegenleistung ... nur an den Schuldner halten". Denn, so die Motive zum AnfG, der anfechtende Gläubiger habe die Gegenleistung nicht und sei durch die Gegenleistung, welche etwa noch im Vermögen des Schuldners sich befinde, nicht bereichert; zudem habe der Anfechtungsgegner, wenn die Anfechtung erfolgreich sei, erwiesenermaßen unredlich gehandelt oder doch die gesetzliche Vermutung der Unredlichkeit nicht widerlegen können.³² Selbst wenn sich die Gegenleistung noch in corpore im Schuldnervermögen befindet und dort der Vollstreckung des anfechtenden Gläubigers unterliegt, soll also der Anfechtungsgegner, nimmt man die gesetzliche Regelung beim Wort, noch einmal in voller Höhe des von ihm Empfangenen haften. Dies bewirkt im Ergebnis, je nach dem (womöglich ja nur um ein Geringes hinter dem Wert des Empfangenen zurückbleibenden) Wert der Gegenleistung, eine Vermehrung der Haftungsmasse bis nahezu zum Doppelten ihres ursprünglichen Umfangs. In der Literatur hat schon früh die Ansicht Anhänger gefunden, dass dieses Ergebnis nicht nur eine "unbegreifliche Härte"³³ gegenüber dem Anfechtungsgegner darstelle, sondern auch mit dem Anfechtungszweck unvereinbar sei: Die Anfechtung, die dem Schutz des Befriedigungsrechts diene, dürfe nur zu einer Vermeidung von Nachteilen infolge Verringerung des Haftungsfonds führen, "nicht aber zu einer wundersamen Vermehrung des haftenden Vermögens

auf Kosten eines Dritten".³⁴ Die Lösung wird vielfach entsprechend dem hier untersuchten Ansatz im Tatbestandsmerkmal der Gläubigerbenachteiligung gesehen: Komme es auf die Benachteiligung für die Frage an, ob überhaupt eine Anfechtung zulässig sei, dann müsse sie auch darüber entscheiden, in welchem Ausmaß letztlich dem Anfechtenden der Zugriff zu gestatten sei. Es

wäre deshalb ohne erkennbaren Sinn, wenn es für die Anfechtung nur auf den denkbar geringsten Nachteil ankomme, für den Umfang des Anspruchs der Nachteil jedoch ohne jegliche Bedeutung sein sollte. Der anfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch müsse sich folglich inhaltlich auf den Ausgleich der durch die anfechtbare Handlung verursachten Benachteiligung des Gläubigerzugriffs beschränken, sodass jedenfalls der "greifbare Gegenwert" - d.h. derjenige Teil der Gegenleistung, den der Anfechtende beim Schuldner im Wege der Vollstreckung sich zunutze machen konnte - von seinem Haftungszugriff beim Anfechtungsgegner in Abzug gebracht werden müsse.³⁵ Diesen Gedanken fortspinnend wird die Anfechtbarkeit teilweise auch dann verneint, wenn und soweit die Gegenleistung zur Befriedigung einer vollwertigen Verbindlichkeiten gegenüber einem anderen Gläubiger verwendet worden ist.³⁶

Die wohl h.M. will allerdings die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Anfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens gänzlich verneinen: Der Anfechtungsgegner müsse sich, dem Gesetzeswortlaut entsprechend, an den Schuldner halten; dass er sich hierdurch i.d.R. schlechter stehe als bei der Insolvenzanfechtung, ist systembedingt und nicht zu ändern.³⁷ Damit wird der Anfechtungsgegner signifikant schlechter gestellt als bei der Insolvenzanfechtung, bei der der Anfechtungsgegner selbst dann, wenn ihm ein Masseanspruch wegen der Gegenleistung nicht zusteht, immerhin als Insolvenzgläubiger anteilig von seiner Gegenleistung profitiert. Während mithin die Insolvenzanfechtung insofern nur das rechtspolitische Ziel der Gleichbehandlung aller Gläubiger verwirklicht, führt die Einzelanfechtung zu einer deutlichen Diskriminierung gerade des Anfechtungsgegners, der im Regelfall überhaupt nichts behält, während der Anfechtende womöglich volle Befriedigung in dem Anfechtungsgut findet.

Geht man von dieser h.M. aus, so ergibt sich mithin für die Einzelgläubigeranfechtung ein noch deutlicheres Argument dafür, dass die Gegenleistung selbst für den Fall, dass sie haftungsrechtlich äquivalent sei, d.h. sich zum Zeitpunkt der Vollstreckung noch körperlich bzw. dem Wert nach im Schuldnervermögen befindet, die Gläubigerbenachteiligung nicht ausschließt. Der nahe liegende Einwand, wenn die Gegenleistung noch körperlich bzw. wertmäßig das Schuldnervermögen bereichere, scheidet die Anfechtung wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 2 AnfG gänzlich aus, geht fehl, da die Anfechtung natürlich möglich ist, wenn die dem Vollstreckungsversuch zugrunde liegende Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner höher ist als der im Schuldnervermögen noch vorhandene Wert der Gegenleistung.

2. Die Bardeckung (§ 142 InsO)

Gesetzlich besonders geregelt ist die Kompensation eines Vermögensabflusses durch einen korrespondierenden Vorteil im Falle der sog. Bardeckung (§ 142 InsO). Die Besonderheit der Bardeckung besteht darin, dass die Gegenleistung des Anfechtungsgegners nicht nur unter den beschriebenen engen Voraussetzungen des § 144 InsO - d.h. nur dann, wenn die Gegenleistung sich zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch werterhöhend in der Masse befindet - zu Gegenansprüchen führt, sondern unmittelbar die Anfechtung ausschließt. Eine Bardeckung mit der in § 142 InsO ausgesprochenen Wirkung kann es nur bei der Insolvenzanfechtung geben, da nur diese die (von dem Bardeckungsprivileg allein betroffene) spezifische Deckungsanfechtung kennt; insbesondere die Vorsatzanfechtung bleibt bekanntlich von dem Bardeckungsprivileg ohnehin unberührt.

Auch dieser Fall lässt wesentliche Rückschlüsse auf die Existenz eines allgemeinen Prinzips der anspruchsmindernden "Vorteilsanrechnung" zu. Denn einerseits lässt sich § 142 InsO natürlich gerade als gesetzlicher Ausdruck des angesprochenen Gedankens sehen, dass also die Gegenleistung die erforderliche Benachteiligung der Masse entfallen lässt; insofern wäre die Gegenleistung mithin von Gesetzes wegen als anzurechnender "Vorteil" anzusehen. Andererseits lassen die engen Grenzen, in denen das Bardeckungsprivileg gewährt wird, doch zweifelhaft erscheinen, ob mit § 142 InsO wirklich das "Prinzip" oder nicht doch gerade eine Ausnahme gesetzlich ausgesprochen wird, die das genaue Gegenteil als das wahre gesetzliche Prinzip erscheinen lässt. Dies soll im Folgenden anhand der wesentlichen gesetzlichen Einschränkungen des Bardeckungsprinzips ausgeführt werden.

a) Zum Erfordernis der "Gleichwertigkeit" der Gegenleistung

Der Ausschluss der Anfechtung unter dem Aspekt einer Bardeckung ist zunächst nur gerechtfertigt, wenn die Gegenleistung dem aus der Masse abgeflossenen Vermögenswert gleichwertig war, was in § 142 InsO dann auch konsequent zur Bedingung für den Ausschluss der Anfechtbarkeit erhoben wird.³⁸ Gesetzgeber wie h.M. gehen davon aus, dass das Erfordernis der Gleichwertigkeit der Gegenleistung in engem Zusammenhang mit dem der unmittelbaren Benachteiligung i.S.v. § 132 Abs. 1 InsO zu sehen ist: § 142 InsO soll nur dann anwendbar sein, wenn eine Anfechtung des dem Leistungsaustausch zugrunde liegenden Verpflichtungsgeschäfts nach § 132 Abs. 1 InsO mangels unmittelbarer Benachteiligung nicht in Betracht kommt; umgekehrt formuliert, Rechtsgeschäfte, die gem. § 132 Abs. 1 InsO unanfechtbar abgeschlossen werden dürften, müssten auch erfüllbar bleiben, insbesondere dürfe ihre kongruente Deckung nicht der Anfechtung nach § 130 InsO unterliegen.³⁹ Damit wird prima facie der Ausgleich der eingetretenen Gläubigerbenachteiligung durch einen haftungsrechtlich äquivalenten Vorteil in Gestalt der Gegenleistung einerseits vorausgesetzt, andererseits für ausreichend erklärt, um die Anfechtung im Ergebnis auszuschließen, und damit ein Hinweis von Gewicht für die Richtigkeit der zu untersuchenden These gegeben, dass die "Vorteilsanrechnung" das gesetzliche Grundprinzip bildet. Auf den zweiten Blick erheben sich indes Zweifel. Sie beruhen zum einen darauf, dass § 142 InsO jedenfalls in der Interpretation durch die h.M. teilweise weiter gefasst ist, als sich dies durch den Gedanken der Vorteilsanrechnung legitimieren lässt, nämlich insoweit volle haftungsrechtliche Äquivalenz des als Gegenleistung Erworbenen

nicht vorausgesetzt wird (s. sogleich aa). Zum anderen ist § 142 InsO aber auch enger gefasst als jener Gedanke, indem die (bloß) anteilige Kompensation nicht auch zu einem anteiligen Ausschluss der Anfechtung führt, sondern die Anfechtung überhaupt nicht einschränkt (s. sogleich sub bb).

aa) "Gleichwertigkeit" trotz mangelnder haftungsrechtlicher Äquivalenz

An der Gleichwertigkeit fehlt es nach h.M. nicht schon, wenn die Leistung an den Schuldner in barem Geld besteht und darum leichter verschleudert werden kann oder wenn die Gegenleistung an den Schuldner vorgeleistet wurde und daher zum Zeitpunkt der Leistungserbringung durch ihn nicht mehr vorhanden ist.⁴⁰ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Gleichwertigkeit ist der des Güterauswechsels;⁴¹ erleidet die Gegenleistung bis zur Verfahrenseröffnung einen Wertverfall oder führt ihre größere Flüchtigkeit dazu, dass sie sich zu diesem Zeitpunkt nicht mehr in der Masse befindet, so bleibt die Deckungsanfechtung gleichwohl ausgeschlossen.⁴² Schon hieraus folgt ein Anhaltspunkt von Gewicht dafür, dass § 142 InsO jedenfalls in dieser Interpretation der h.M. nicht als Ausdruck eines allgemeinen Prinzips der "Vorteilsanrechnung" verstanden werden kann: Ein solches Prinzip könnte nur haftungsrechtlich äquivalente Vorteile erfassen, d.h. Vorteile, die jedenfalls im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch in haftungsrechtlich gleichwertiger Weise die Masse vermehren.

bb) Kein partielles Bardeckungsprivileg trotz partieller haftungsrechtlicher Äquivalenz

(1) Der Zusammenhang zwischen dem Bardeckungsprivileg und dem Vorliegen eines haftungsrechtlich äquivalenten "Vorteils" in Gestalt der Gegenleistung fehlt aber zuweilen auch in umgekehrter Hinsicht, nämlich immer dann, wenn zwar eine Gegenleistung gewährt wird, diese auch bei Verfahrenseröffnung noch körperlich bzw. in Form einer fortbestehenden Bereicherung in der Masse vorhanden ist, sie aber wertmäßig nicht ganz an das Weggegebene heranreicht. Wird nämlich das Kriterium einer objektiv gleichwertigen Gegenleistung auch nur geringfügig verfehlt, so scheidet nach h.M. nicht nur das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO aus,⁴³ sondern mit diesem nach der Systematik des § 144 InsO - hiernach eröffnet allein die Anfechtung des Kausalgeschäfts den Weg zu § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO, während die Deckungsanfechtung, von der auch in § 142 InsO die Rede ist, nur zu § 144 Abs. 1 InsO führt⁴⁴ - auch jede andere Möglichkeit, die Gegenleistung anspruchsmindernd zu berücksichtigen, selbst wenn sie bei Verfahrenseröffnung noch werterhöhend in der Masse vorhanden ist. Die Gegenleistung müsste wegen des Normzwecks den Wert der Leistung des Schuldners in vollem Umfang kompensieren. Ein einheitliches Austauschverhältnis dürfe grds. nicht in ein teilweise ausgleichendes Bargeschäft und einen zu Gunsten des Gläubigers überschießenden und deshalb anfechtbaren Teil aufgespalten werden. Leiste ein Gläubiger eine von vornherein als geringerwertig einzuschätzende Gegenleistung, so liege auf Seiten des Schuldners keine bloße, zu begünstigende Vermögensumschichtung vor, sondern eine objektive Gläubigerbenachteiligung. Eine Teilanfechtung sei nur möglich, wenn sich das Rechtsgeschäft in selbstständige Teile zerlegen lasse.⁴⁵ Auf dieser Grundlage entspricht also § 142 InsO insofern zweifellos nicht dem Konzept einer anspruchsausschließenden Berücksichtigung haftungsrechtlich äquivalenter Vorteile, da dieses folgerichtig auch die anteilige Berücksichtigung der bloß teilweise haftungsrechtlich äquivalenten Gegenleistung verlangen müsste.

(2) Unter der Herrschaft der KOüberwog demgegenüber ein Konzept der Bardeckung, wonach bei gegenseitigen Verträgen allein eine Anfechtung wegen unmittelbarer Benachteiligung (§ 30 Nr. 1 Fall 1 KO, entsprechend § 132 Abs. 1 InsO) in Frage komme, dagegen grds. nie die Deckungsanfechtung (§ 30 Nr. 1 Fall 2 und Nr. 2 KO, entsprechend §§ 130 f. InsO).⁴⁶ Dem Ziel, zu gewährleisten, dass ein ausgewogener und deshalb nicht wegen unmittelbarer Benachteiligung (§ 30 Nr. 1 Fall 1 KO, entsprechend § 132 Abs. 1 InsO) anfechtbarer gegenseitigen Vertrags auch in der Krise noch Zug um Zug erfüllt werden kann, wird dadurch Rechnung getragen, dass die anfechtungsrechtliche "Kontrolle" eines solchen Austauschverhältnisses überhaupt nur unter dem Aspekt der Anfechtung wegen unmittelbarer Benachteiligung (§ 30 Nr. 1 Fall 1 KO, entsprechend § 132 Abs. 1 InsO) stattfindet, die Deckungsanfechtung wird also gewissermaßen unter Konkurrenzgesichtspunkten verdrängt.⁴⁷

Auf dieser Konzeption beruhte ersichtlich auch der Vorschlag der Insolvenzrechtsreformkommission, die in Leitsatz 5.2.4 ihres 1. Berichts vorgeschlagen hatte, die Deckungshandlung der Deckungsanfechtung nach den Leitsätzen 5.2.1 und 5.2.2 (entsprechend §§ 130 f. InsO) zu entziehen, wenn für sie unmittelbar eine Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt sei. Die Gleichwertigkeit wird in dem vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut nicht als Voraussetzung einer "Bardeckung" genannt, vielmehr soll die Geringwertigkeit der Gegenleistung nach der Entwurfsbegründung⁴⁸ nur die Anfechtbarkeit wegen unmittelbarer Benachteiligung⁴⁹ nach sich ziehen. Im folgenden Satz der Entwurfsbegründung heißt es dann, der entscheidende Grund für die vorgeschlagene Ausnahmeregelung für Bardeckungen liege darin, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befinde, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Deckungsanfechtung unterlägen. Dieser Satz ist keineswegs in dem Sinne zu verstehen, dass die Wertäquivalenz als zusätzliches Kriterium vorausgesetzt werden sollte (gemeint war nur - arg. "selbst" -, dass die Deckungsanfechtung bei wertäquivalenter Gegenleistung *erst recht* unangemessen sei), wurde aber von den Redakteuren der Folgeentwürfe aus dem BMJ offensichtlich in diesem Sinne interpretiert, enthielten diese Entwürfe doch bei sonst im Wesentlichen gleicher Begründung das Wertäquivalenzkriterium als explizites zusätzliches Tatbestandsmerkmal (vgl. § 151 DiskE/RefE, § 161 RegE).

Die mangelnde Wertäquivalenz der Gegenleistung führt bei dieser Betrachtungsweise ausschließlich zur Anfechtbarkeit wegen unmittelbarer Benachteiligung (§ 132 Abs. 1 InsO) und nicht auch

zusätzlich zum Eingreifen der Deckungsanfechtung. Dies macht zwar für den anfechtungsrechtlichen Anspruch auf Rückgewähr der an den Anfechtungsgegner erbrachten Leistung keinen Unterschied, wohl aber einen gravierenden Unterschied hinsichtlich der Gegenleistung:

Erfolgt die Anfechtung nach § 132 Abs. 1 InsO, so ist der Anwendungsbereich des § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO eröffnet und der Anfechtungsgegner kann jedenfalls im Umfang der haftungsrechtlichen Werthaltigkeit der Gegenleistung volle Kompensation in Gestalt des Massebereicherungsanspruchs erlangen. Nach dem jetzigen Gesetzeswortlaut dagegen gilt, wie gesehen, nicht § 144 Abs. 2, sondern § 144 Abs. 1 InsO, d.h. der Anfechtungsgegner bekommt nur die Quote auf seinen anfechtbar erfüllten Anspruch.

cc) Unanwendbarkeit des Bardeckungsprivilegs trotz voller haftungsrechtlicher "Gleichwertigkeit"

(1) Vollends unübersichtlich wird die Teleologie des Bardeckungsprivilegs an dieser Stelle dadurch, dass selbst das Vorliegen einer zum Zeitpunkt des Güterausstauschs "gleichwertigen" Gegenleistung die Anfechtung nicht hindert, wenn die Anfechtung unter dem rechtlichen Aspekt der Vorsatzanfechtung (sowie nach Ansicht des BGH auch im Fall der Anfechtung wegen inkongruenter Deckung)⁵⁰ geltend gemacht wird: Erlangt der Schuldner für die aufgegebene Rechtsposition unmittelbar eine objektiv wertäquivalente Gegenleistung, deren Wert jedoch im Moment der Verfahrenseröffnung nicht mehr in vollem Umfang in der Masse vorhanden ist, so liegt eine (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung vor und die Vorsatzanfechtung ist möglich, nach Ansicht des BGH auch die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung.

Dagegen scheitert die Anfechtung wegen kongruenter Deckung an § 142 InsO, und die Anfechtungstatbestände der §§ 132 Abs. 1 und 133 Abs. 2 InsO sind, da sie eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraussetzen, schon tatbestandlich nicht gegeben. Hinsichtlich der Gegenleistung gilt in diesem Falle nicht § 144 Abs. 2 InsO, sondern dessen Abs. 1, d.h. es muss der anfechtbar erfüllte Anspruch erneut und nunmehr als Insolvenzforderung geltend gemacht werden.

(2) Fraglich kann nur sein, ob dies auch gelten kann, wenn die Gleichwertigkeit nicht nur zum Zeitpunkt des Güterausstauschs gegeben ist, sondern die Gegenleistung noch zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung werterhöhend in der Masse vorhanden ist (haftungsrechtliche Äquivalenz der Gegenleistung).

Nach dem Wortlaut des § 142 InsO ändert sich in diesem Fall nichts an der Anwendbarkeit der Vorsatzanfechtung, und auch die neueren Entscheidungen des BGH, die die gesetzliche Einschränkung des Bardeckungsprivilegs auf die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung erweitern, erwähnen nicht die Möglichkeit einer Gegenleistung für den Fall, dass die Gegenleistung noch zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung werterhöhend in der Masse vorhanden ist. Gelangt man nicht auf andere Weise - etwa durch Annahme einer "anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willenrichtung" - zum Ausschluss, bleibt die Gegenleistung mithin auch in diesem Fall gänzlich unberücksichtigt und die Anfechtung ist grds. aus allen Anfechtungstatbeständen möglich; hinsichtlich der Gegenleistungen des Schuldners im weitesten Sinne gilt wiederum nicht § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO, sondern § 144 Abs. 1 InsO.

b) Das Erfordernis der "Unmittelbarkeit" der Gegenleistung

Schließlich verlangt § 142 InsO, dass Leistung und Gegenleistung "unmittelbar" miteinander zusammenhängen, was nach h.M. nicht nur voraussetzt, dass Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sein müssten,⁵¹ sondern auch und gerade einen engen zeitlichen Zusammenhang impliziert.⁵² Wenn also das zeitliche Auseinanderfallen von Leistung und Gegenleistung um eine Woche jedenfalls für den Fall die Annahme eines Bargeschäfts hindert, dass der Schuldner seine Leistung aus Mangel an Liquidität zunächst nicht bewirken konnte,⁵³ so soll die erbrachte Gegenleistung offenbar erst recht nicht die Anfechtbarkeit überhaupt ausschließen, und zwar auch dann nicht, wenn sie sich noch werterhöhend in der Masse befindet. Leistete der Schuldner "verspätet", umgekehrt gewendet: Gab der Anfechtungsgegner über Gebühr lange ungesicherten Kredit, so greift deshalb die Deckungsanfechtung durch und der Anfechtungsgegner ist wiederum unter Verlust seiner Gegenleistung auf die Quote für seinen zunächst anfechtbar erfüllten Anspruch verwiesen (§ 144 Abs. 1 InsO).

3. Die Gegenleistung bei der Anfechtung unmittelbar benachteiligender Rechtsgeschäfte (§ 132 Abs. 1 InsO)

a) Zur Berücksichtigung der haftungsrechtlich werthaltigen, aber nicht in voller Höhe gleichwertigen Gegenleistung

Im Fall der Anfechtung eines gegenseitigen Vertrags nach § 132 Abs. 1 InsO setzt die Anfechtbarkeit eine unmittelbare Benachteiligung durch den Vertrag voraus, d.h. die gegenwärtige (objektive) Ungleichwertigkeit der auszutauschenden Leistungen zuungunsten des Schuldners.⁵⁴ Lediglich mittelbare Nachteile - etwa durch bis zur Verfahrenseröffnung eintretenden Verlust oder Entwertung einer an sich adäquaten Gegenleistung - sind in diesem Fall nicht zu berücksichtigen.

Ein unmittelbar nachteiliges Rechtsgeschäft i.S.v. § 132 Abs. 1 InsO ist nach zutreffender h.M. nur insgesamt anfechtbar, nicht lediglich im Umfang der konkret verursachten Gläubigerbenachteiligung; die vom Anfechtungsgegner gewährte, nicht ausgleichende Gegenleistung wird ihrerseits in vollem Umfang nach Maßgabe des § 144 Abs. 2 InsO behandelt.⁵⁵

Allerdings hat der BGH⁵⁶ einmal die Teilanfechtung eines unausgewogenen und deshalb wegen unmittelbarer Benachteiligung (§ 30 Nr. 1 Fall 1 KO, § 132 Abs. 1 InsO) anfechtbaren Vertrags für den Fall zugelassen, dass die Gegenleistung in Geld bestand und deshalb teilbar war. Der BGH entschied, die Entlohnung anwaltlicher Tätigkeit im Rahmen von Sanierungsversuchen oder für die Einleitung eines Insolvenz- (bzw. Vergleichs-)Verfahrens sei kein Bargeschäft, wenn das Honorar unangemessen hoch sei; sei aber das Honorar nur teilweise unangemessen, so sei nur der nicht angemessene Teil zurückzugewähren. Hierfür argumentierte der BGH, Sinn der Anfechtung sei die Erhaltung der Insolvenzmasse; ande-

rerseits sollen ihr, wie der Rechtsgedanke des § 144 Abs. 2 InsO (§ 38 KO) zeige, durch die Anfechtung nicht unberechtigte Vorteile zufließen. Nur soweit die Gläubiger benachteiligt werden, sei deshalb eine Korrektur durch die Insolvenzanfechtung

geboten, denn nur insoweit seien ihre Befriedigungsmöglichkeiten vereitelt worden. Insbesondere beim Bargeschäft könne durch die äquivalente Leistung eine Gläubigerbenachteiligung nicht eintreten. Deshalb sei dem Anfechtungsgegner - soweit rechtlich möglich - zu belassen, was dem Wert seiner Leistung entspreche.

Dieser Argumentation kann, auch wenn sie durch die nachvollziehbare Erwägung motiviert ist, den Anfechtungsgegner nicht über das Maß der durch ihn hervorgerufenen Gläubigerbenachteiligung hinaus zu belasten, nicht gefolgt werden.⁵⁷

Für den Fall des wegen unmittelbarer Benachteiligung § 132 Abs. 1 InsO (§ 30 Nr. 1 Fall 1 KO) anfechtbaren Vertrags widerspricht sie ersichtlich dem Gesetz, das als Rechtsfolge eben gerade keinen Wertausgleich, sondern die Anfechtbarkeit vorsieht, und zwar nicht beschränkt auf das Maß der unmittelbaren Benachteiligung, sondern insgesamt.

Dies folgt auch aus § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO, der keinen Sinn ergäbe, wenn sich die Anfechtung darauf beschränkte, den Vertrag so anzupassen, dass die Gläubigerbenachteiligung entfällt.⁵⁸

b) Das Verhältnis der Anfechtung des Vertrags (§ 132 Abs. 1 InsO) zur Deckungsanfechtung (§§ 130 f. InsO)

Wird ein in der Krise unter den Voraussetzungen des § 132 Abs. 1 InsO geschlossener, für den Schuldner also unmittelbar nachteiliger Vertrag alsbald unter den Voraussetzungen des §§ 130 f. InsO durch den Schuldner erfüllt,⁵⁹ so stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der Anfechtung des Vertrags (§ 132 Abs. 1 InsO) zur Deckungsanfechtung (§§ 130 f. InsO). Im Hinblick auf das Abstraktionsprinzip ist die Anfechtbarkeit von Grund- und Erfüllungsgeschäften regelmäßig gesondert zu beurteilen.⁶⁰

Die Anfechtung nach § 132 Abs. 1 InsO ist zwar insoweit durch die spezielleren §§ 130, 131 InsO ausgeschlossen, als es um die Erfüllung von Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber Insolvenzgläubigern - die sich an sich ebenfalls als anfechtbares "Rechtsgeschäft" im Sinne dieses Anfechtungstatbestands erfassen ließe - geht.⁶¹ Wird aber eine in der kritischen Zeit des § 132 InsO begründete Verbindlichkeit noch vor der Verfahrenseröffnung erfüllt, liegen zwei getrennte Rechtshandlungen vor, die jeweils selbstständig - der Vertragsschluss nach § 132 Abs. 1 InsO, die Deckungshandlung nach § 130 oder § 131 InsO - anfechtbar sein können.⁶²

Das Problem dieser konkurrierenden Anfechtungsmöglichkeiten liegt in den unterschiedlichen Rechtsfolgen:

Wird allein das Grundgeschäft nach § 132 Abs. 1 InsO angefochten, so verliert es seine rechtfertigende Wirkung, sodass die Rückabwicklung der zu seiner Erfüllung erbrachten Leistungen nach allgemeinen Vorschriften erfolgt, also i.d.R. nach § 812 BGB,⁶³ dies eröffnet, die haftungsrechtliche Werthaltigkeit der Gegenleistung vorausgesetzt, den Weg zum Massebereicherungsanspruch nach § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO. Wird dagegen lediglich das Erfüllungsgeschäft - nach §§ 130 f. oder § 133 InsO - angefochten, bleibt die Masse gem. § 144 Abs. 1 InsO lediglich mit der Qualität einer Insolvenzforderung aus dem Kausalverhältnis verpflichtet; die Gegenleistung ist verloren. Der Insolvenzverwalter stünde sich also besser, wenn er in diesen Fällen entgegen dem ihm allgemein erteilten Rat, nach Möglichkeit beide Geschäfte gemeinsam anzufechten,⁶⁴ nur das Erfüllungsgeschäft anfechten würde - soll heißen: nur die Rechtsfolgen aus der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts geltend machen würde -; zugleich liefe die Regelung des § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO weitgehend leer, da die Vorschrift eine erbrachte Gegenleistung voraussetzt und diese in den Fällen des § 132 Abs. 1 InsO der vom Schuldner zu erbringenden Leistung gerade nicht gleichwertig ist.

4. Die Gegenleistung bei der "Schenkungsanfechtung" (§ 134 Abs. 1 InsO, § 4 AnfG)

Auch bei der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 Abs. 1 InsO, der schlagwortartig immer noch sog. Schenkungsanfechtung, stellt sich die Frage der Berücksichtigung einer Gegenleistung des Anfechtungsgegners. Die größten praktischen Probleme wirft die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gerade bei der Frage auf, wann die Leistung des Schuldners trotz einer Gegenleistung noch als "unentgeltliche" qualifiziert werden kann. Dem kann hier nicht weiter nachgegangen werden; nach der Rechtsprechung des IX. Senats kommt es hierfür bekanntlich darauf an, ob der Erwerb des Empfängers in seiner Endgültigkeit vereinbarungsgemäß von einer ausgleichenden Zuwendung abhängt oder nicht,⁶⁵ wobei die Frage der Angemessenheit der ausgleichenden Zuwendung zwar grds. objektiv zu beurteilen sein soll, jedoch unter - im Einzelnen unklarer - Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen der Beteiligten.⁶⁶ Der anzurechnende Vorteil kann dabei von jeglicher Art sein, es muss sich nicht um die im Synallagma stehende Gegenleistung i.S.d. §§ 320 ff. BGB handeln.⁶⁷

Soweit danach eine "Gegenleistung" des Anfechtungsgegners zwar gewollt ist, diese jedoch nach dem Willen der Beteiligten den Wert der an diesen erbrachten Leistung nur teilweise ausgleichen soll oder aber in ihrem Wert objektiv so weit hinter der Leistung des Schuldners zurückbleibt, dass aus Gründen der objektiven Ungleichwertigkeit die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten außer Betracht bleiben müssen, unterliegt die Leistung des Schuldners als "gemischte Schenkung" der Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO. Ist die Leistung des Schuldners teilbar, soll die Rückgewährpflicht des Anfechtungsgegners sich aber, soweit die Anfechtung auf § 134 Abs. 1 gestützt wird, auf den "überschießenden", d.h. von der Gegenleistung wertmäßig nicht mehr gedeckten Teil des Empfangenen beschränken; der Rest des Empfangenen sei nur unter den Voraussetzungen anderer Anfechtungstatbestände, insbesondere der Vorsatzanfechtung, zurückzugewähren.⁶⁸

Hier wird also von dem Grundsatz, dass ein einheitliches Geschäft stets insgesamt "angefochten" werden muss und eine "Teilanfechtung" ausscheidet, eine (weitere⁶⁹) Ausnahme gemacht, wobei her-

vorzuheben ist, dass die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung auf den Moment des Güterausstauschs bezogen wird; haftungsrechtliche Äquivalenz ist also für die Berücksichtigung der Gegenleistung nicht einmal erforderlich.

Ist die Leistung des Schuldners dagegen unteilbar, unterliegt sie als Ganze der Rückgewähr; jedoch soll zugunsten des Anfechtungsgegners hier § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO eingreifen, dieser zur Rückgewähr also unter den zusätzlichen Voraussetzungen dieser Bestimmung nur Zug um Zug gegen Erstattung seiner eigenen Leistung verpflichtet sein.⁷⁰ Bei der Einzelgläubigeranfechtung gilt dagegen auch hier wieder § 12 AnfG, d.h. die Gegenleistung bleibt unberücksichtigt (s.o. sub 1. b).

IV. Resümee

1. Auswertung der Untersuchung zur Berücksichtigung einer haftungsrechtlich äquivalenten Gegenleistung

Fasst man das zur Berücksichtigung einer haftungsrechtlich äquivalenten (d.h. zum für die Beurteilung der objektiven Gläubigerbenachteiligung maßgeblichen Zeitpunkt in corpore oder werterhöhend in der Masse befindlichen) Gegenleistung Erarbeitete zusammen, so lassen sich drei Gruppen von Tatbeständen unterscheiden:

a) Ausschluss der Anfechtung im Umfang des haftungsrechtlich äquivalenten Vorteils

(1) Wird ein Erfüllungsgeschäft angefochten und liegen die Voraussetzungen der Bardeckung nach § 142 InsO vor, so schließt das Vorhandensein der Gegenleistung die Anfechtung aus (und zwar selbst dann, wenn die Gegenleistung gar nicht haftungsrechtlich werthaltig oder gar äquivalent war, sondern nur bezogen auf den Zeitpunkt des Güterausstauschs gleichwertig).

(2) Das Gleiche gilt nach h.M., wenn sich der Anfechtungsanspruch bei der Anfechtung nach § 134 InsO auf die Differenz von Leistung und Gegenleistung beschränkt ("gemischte Schenkung"); auch hier ist der nachfolgende Verlust der haftungsrechtlichen Werthaltigkeit unerheblich.

(3) Das Gleiche gilt auf der Grundlage der Minderheitenauffassung im Fall der Anfechtung eines unmittelbar nachteiligen gegenseitigen Vertrags (§ 132 Abs. 1 InsO); hier ist der nachfolgende Verlust der haftungsrechtlichen Werthaltigkeit unerheblich.

b) Gewährung eines Massebereicherungsanspruchs

(1) Wird ein schuldrechtliches Kausalgeschäft angefochten, so kann eine haftungsrechtlich werthaltige (nicht notwendig äquivalente) Gegenleistung einen Massebereicherungsanspruch gem. § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO begründen, dessen vollständige Erfüllung auch durch Zurückbehaltung des zurückzugewährenden Anfechtungsguts erzwungen werden kann.

(2) Das Gleiche gilt, wenn bei der Anfechtung einer "gemischten Schenkung" eine Saldierung von (unteilbarer) Leistung und Gegenleistung nicht möglich ist.

(3) Das Gleiche gilt nach h.M. im Fall der Anfechtung eines unmittelbar nachteiligen gegenseitigen Vertrags (§ 132 Abs. 1 InsO).

c) Nichtberücksichtigung der Gegenleistung

In allen anderen Fällen bleibt selbst eine haftungsrechtlich ganz oder größtenteils äquivalente Gegenleistung gänzlich unberücksichtigt. Dies gilt insbesondere

(1) für alle Tatbestände der Einzelgläubigeranfechtung (§ 12 AnfG)

(2) für die Deckungsanfechtung, wenn die Voraussetzungen des § 142 InsO aus irgendeinem Grund nicht vorlagen, etwa

∩ weil die Anfechtung auf §§ 131, 133 InsO gestützt war,

∩ weil die Gegenleistung zwar haftungsrechtlich werthaltig war, aber nicht in gleicher Höhe wie die angefochtene Zuwendung,

∩ weil eine haftungsrechtlich äquivalente Gegenleistung mit zu großem zeitlichem Abstand vor der Leistung des Schuldners erbracht wurde.

Festzuhalten ist mithin, dass die Gegenleistung gerade in den Fällen, in denen sie zum Ausschluss führt, nicht einmal in vollem Umfang haftungsrechtlich äquivalent sein muss (sondern nur auf den Moment des Güterausstauschs bezogen "gleichwertig"). Andererseits wird selbst eine haftungsrechtlich ganz oder größtenteils äquivalente Gegenleistung oft nicht berücksichtigt.

Die eingangs gestellte Frage, ob die Anfechtung mangels (mittelbarer) Gläubigerbenachteiligung nicht womöglich ganz entfällt, wenn sich zum Zeitpunkt der Anfechtung einer wertäquivalenten Gegenleistung noch in der Masse befindet (bzw. ob sie teilweise entfällt, wenn die Gegenleistung wenigstens in gewissem Umfang haftungsrechtlich werthaltig ist, umgekehrt ausgedrückt: partiell haftungsrechtlich äquivalent ist), ist danach auf der Grundlage des geltenden und praktizierten Anfechtungsrechts klar zu verneinen.

Man prüft, jedenfalls was die Beachtlichkeit der Gegenleistung angeht, isoliert die Benachteiligung durch die aus der Masse abgeflossene Leistung und misst die Relevanz der Gegenleistung, also die Frage, ob im Ergebnis eine anfechtungsrechtlich neutrale "Vermögensumschichtung" vorliegt, an den sehr engen Voraussetzungen des § 142 InsO.

Ein Vorgehen, dessen wertungsmäßige Stimmigkeit jedenfalls durch die großzügige Handhabung des § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO doch sehr fraglich ist.

2. Konsequenzen für die Möglichkeit einer "Vorteilsanrechnung" anhand des Merkmals der objektiven Gläubigerbenachteiligung

Ein teleologisch haltbarer Grund dafür, eine haftungsrechtlich äquivalente Gegenleistung in der beschriebenen Weise verschieden zu behandeln, je nachdem, unter welchem Aspekt die Anfechtbarkeit erwogen wird, ist nicht überzeugend dargetan. Gesetzgeber, Rechtsprechung und Wissenschaft sollten sich m.E. Gedanken machen, wie die Rechtslage im Sinne größtmöglicher Kohärenz umgestaltet werden kann; vorzugswürdig erscheint dabei eine Umgestaltung in Richtung auf eine anspruchsausschließende Berücksichtigung der haftungsrechtlich äquivalenten Gegenleistung.

Solange Gesetzeslage und Praxis in Bezug auf die Gegenleistung des Anfechtungsgegners so sind, wie sie jetzt sind, hieße es die Wertungswidersprüche nur zu vergrößern, wollte man statt der Gegenleistung nun andere "Vorteile" über das Merkmal der objektiven Gläubigerbenachteiligung unmittelbar anspruchsausschließend oder -mindernd berücksichtigen.⁷¹

Dies kommt vielmehr allenfalls für solche Vorteile in Betracht, die sich gewissermaßen uno actu mit der anfechtbaren Vermögensweggabe im Vermögen des Schuldners ergeben, so vielleicht die entfallende Steuerpflicht im Hinblick auf das Wegegebene. "Entferntere" Vorteile, mögen sie auch adäquat durch die anfechtbare Transaktion hervorgerufen werden, können einstweilen jedenfalls keine Berücksichtigung finden.

* Herrn Vorsitzendem Richter am BGH Dr. Gerhart Kreft zum 65. Geburtstag am 31.8.2004 gewidmet.

¹ HK-InsO/Kreft, 3. Aufl. 2003, § 143 Rn. 23; *ders.*, in: Gerhardt/Kreft, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung, 8. Aufl. 2003, Rn. 490 f.

² Vgl. BGH, ZIP 1995, 297, 300 f.; ebenso zuvor schon RG, LZ 1918 Sp. 772; RGZ 100, 87, 90; BGH, LM § 30 KO Nr. 1; BGH, WM 1960, 377, 379; BGH, WM 1962, 1316, 1317; BGHZ 97, 87, 95 = NJW 1986, 1496; OLG Schleswig, ZIP 1985, 820, 822.

³ Vor kurzem schien die Frage noch das Potenzial zu einer aktuellen Kontroverse zu entwickeln: In der 2. Aufl. seines Standardwerks zum Insolvenzrecht (1998) hatte *Häsemeyer* die übliche Formulierung, jede Vorteilsausgleichung sei ausgeschlossen, als über das Ziel hinaus schießend verworfen; richtig sei vielmehr, dass eine an sich massemindernde Rechtshandlung unanfechtbar sei, wenn durch sie vollauf kompensierenden Vorteile in die Insolvenzmasse geflossen und in dieser zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch als haftungsrechtlich gleichwertig vorhanden seien (Rn. 21.21 mit Fn. 75); jedoch hat sich der beginnende Streit kurz vor Abfassung dieses Beitrags auch schon wieder erledigt. Nach der Kritik *Henckels* (FS Deutsch, 1999, S. 967, 979 ff.) erklärt *Häsemeyer* nunmehr nämlich die unverändert gebliebene sachliche Aussage nur noch mit der für die Ermittlung der Gläubigerbenachteiligung maßgeblichen Differenzhypothese; zur schadensersatzrechtlichen Vorteilsausgleichung bestünden jedoch keine Berührungspunkte (3. Aufl., 2003, Rn. 21.22 mit Fn. 95, unter Bezugnahme auf *Henckel*, a.a.O.).

⁴ Vgl. zur Rechtslage nach der KO bereits *Gerhardt*, Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung, 1969, S. 298 f.; *ders.*, ZIP 1984, 397, 399; *Henckel* (Fn. 3), S. 967, 979 ff.; *ders.*, in: Jaeger, KO, 9. Aufl. 1990, § 37 Rn. 135; *Jaeger*, KO, 6./7. Aufl. 1931, § 37 Anm. 17; *ders.*, Gläubigeranfechtung, 2. Aufl. 1938, § 7 Anm. 19; *Kilger/Karsten Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl. 1997, § 29 KO Anm. 13, § 37 KO Anm. 6, 9; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1995, § 29 Rn. 35, § 37 Rn. 23; zur Rechtslage nach der Insolvenzrechtsreform jetzt auch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 21. 22 mit Fn. 95; *Lange/Schiemann*, Schadensersatzrecht, 3. Aufl. 2003, S. 531; MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, 2002, § 143 Rn. 84; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, Stand 2004, § 142 Rn. 16, § 143 Rn. 4, § 1 AnfG Rn. 12; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, Stand 2004, § 143 Rn. 31; *Smid/Zeuner*, InsO, 2. Aufl. 2002, § 143 Rn. 18; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 2003, § 143 Rn. 23; *Wimmer/Dauernheim*, InsO, 3. Aufl. 2002, § 143 Rn. 22.

⁵ *Mommsen*, Zur Lehre von dem Interesse, 1855, S. 191 f. Zu diesem Ansatz auch *J. Larenz*, Compensatio lucri cum damno, 1896, S. 16; *Walsmann*, Compensatio lucri cum damno, 1900, S. 22 ff.; aus heutiger Sicht zuletzt die Habilitationsschriften von *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 59 ff., 68 ff., 133, und *Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, 2001, S. 2, 9 ff., 143 ff., jew. m.w.N.

⁶ MünchKomm-BGB/*Grunsky*, 4. Aufl., vor § 249 Rn. 96; *Lange/Schiemann* (Fn. 4), § 9 III 3; *Thiele*, AcP 167 (1967), 193, 196 f.; *Wendehorst* (Fn. 5), S. 80 f., 133.

⁷ Anders aber jetzt *Wendehorst*, die ein verallgemeinertes - nicht auf das Schadensersatzrecht beschränktes - auf den Ausgleich von "Reststörungen" gerichtetes "Statikprinzip" verichtet, vgl. (Fn. 5), S. 89 ff., 115 ff., 142 ff. und passim.

⁸ Vgl. zum Ganzen demnächst *Eckardt*, FS Gerhardt, 2004.

⁹ Ebenso insoweit z.B. auch *Jaeger/Henckel* (Fn. 4), S. 135; *Gerhardt* (Fn. 4), S. 298.

¹⁰ Üblich geworden ist die Formulierung, durch die Anfechtung auszugleichen sei (lediglich) "der Nachteil, der den Gläubigern durch die anfechtbare Handlung entstanden" sei, vgl. - unter Hinweis u.a. auf frühe Entscheidungen des Reichsgerichts (RGZ 16, 23, 26; RGZ 24, 141, 145; RGZ 27, 21, 22; RGZ 36, 161, 163; ebenso schon *Cosack*, Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses nach deutschem Reichsrecht, 1884, S. 269) - etwa BGH, NJW 1970, 44, 46 = WM 1969, 1346, 1347; BGH, WM 1971, 908, 909; BGHZ 77, 250, 255; BGHZ 97, 87, 96 = ZIP 1986, 448, 451; BGHZ 124, 76, 85 f. = ZIP 1994, 40, 41; BGH, ZIP 1995, 297, 299 f.; BGH, NJW 1999, 359 = LM § 29 KO Nr. 22 (*Eckardt*); aus der Lit. im gleichen Sinne etwa *Gerhardt* (Fn. 4), S. 248 ff.; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fn. 4), § 129 Rn. 26,

- 28, § 143 Rn. 57 f.; Münch-Komm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 102, § 143 Rn. 21; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 143 Rn. 19; G. Paulus, AcP 155 (1956), 277, 318.
- ¹¹ Vgl. Gerhardt (Fn. 4), S. 177 ff., 234, 262 ff., 274, 292 f.; Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 21. 11 - 21.16.; Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 37 Rn. 8 ff., 19 ff.; Münch-Komm-InsO/Kirchhof, vor § 129 Rn. 311 ff., § 143 Rn. 3; HK-InsO/Kreft, § 129 Rn. 65 ff., § 143 Rn. 4, 36; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 129 Rn. 48 ff., § 143 Rn. 9 ff.; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 129 Rn. 136 ff.; ebenso in der Rechtsprechung jetzt BGH, ZIP 1995, 1204, 1206, dazu Gerhardt, EWiR 1995, 795 f.; BGH, ZIP 1996, 1475, 1476, dazu Gerhardt, EWiR 1996, 915.
- ¹² Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 21.19, 21.22 m. Fn. 95; s. dazu bereits oben Fn. 3.
- ¹³ BGH, WM 1960, 377, 379; vgl. ferner OLG Schleswig, ZIP 1985, 820, 822.
- ¹⁴ Kirchhof, in: FS Uhlenbruck, 2000, S. 269, 278; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 102, § 143 Rn. 21.
- ¹⁵ Vgl. dazu auch BGH, NJW-RR 1993, 238, 240; Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 29 Rn. 183; Paulus, ZBB 1990, 200, 203.
- ¹⁶ Vgl. Henckel (Fn. 3), S. 967, 981.
- ¹⁷ Vgl. BGH, LM § 30 KO Nr. 1 = BB 1952, 868 m. Anm. Berges; BGHZ 97, 87, 95; OLG Schleswig, ZIP 1985, 820, 822: durch die Bezahlung der Zahlungsrückständen wurde jeweils die Verhängung einer angedrohten Stromsperre abgewendet und hierdurch die vorteilhafte Fortführung des Schuldnerunternehmens ermöglicht (s. dazu bereits Henckel [Fn. 3], S. 982); ferner OLG Braunschweig, MDR 1950, 356: die Bezahlung der Vergnügungssteuer habe sich letzten Endes für die Masse günstig ausgewirkt, da dadurch die Durchführung weiterer Aufführungen des Unternehmers und damit die Erzielung weiterer Einnahmen ermöglicht wurde; s. auch BGH, WM 1960, 377, 379; BGH, ZIP 1994, 40, 41 sub B.I.3.b.
- ¹⁸ Nach h.M. gilt das Gleiche bei der "gemischten Schenkung", soweit diese nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar ist, s. unten sub 4.
- ¹⁹ Vgl. FK-InsO/Dauernheim, § 144 Rn. 1; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 144 Rn. 13; HK-InsO/Kreft, § 144 Rn. 4; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 144 Rn. 5; Nerlich/Römermann/Nerlich (Fn. 4), § 144 Rn. 3; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 144 Rn. 9; Zeuner, Die Anfechtung in der Insolvenz, 1999, Rn. 332; zur KO RG, LZ 1910, Sp. 862; Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 38 Rn. 2 ff.; Häsemeyer, JuS 1986, 851, 855.
- ²⁰ Anders offenbar Marotzke, Gegenseitige Verträge in Konkurs und Vergleich, 2. Aufl. 1998, Rn. 7.125: jedenfalls auch § 144 Abs. 2 Satz 1 InsO.
- ²¹ Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 29 Rn. 73, § 37 Rn. 91; Baur/Stürmer, Insolvenzrecht, 12. Aufl. 1990, Rn. 18.25 f.
- ²² Vgl. FK-InsO/Dauernheim, § 144 Rn. 5; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 144 Rn. 14; Nerlich/Römermann/Nerlich (Fn. 4), § 144 Rn. 3; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 144 Rn. 10; Zeuner (Fn. 19), Rn. 339; zur KO RG, Gruchot 53 (1909), 1129, 1132; Häsemeyer, JuS 1985, 851, 855; Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 38 Rn. 7.
- ²³ RG, LZ 1910, Sp. 862; Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 21.65 (anders noch ders., JuS 1985, 851, 855); Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 38 Rn. 2.
- ²⁴ Motive zur KO, S. 149 = Hahn, Die gesammten Materialien zur Konkursordnung etc., 1881, S. 152 f.
- ²⁵ = §§ 43 ff. KO 1898, entsprechend §§ 47 ff. InsO, d. Verf.
- ²⁶ = § 46 KO 1898, entsprechend § 48 InsO.
- ²⁷ = § 59 Nr. 4 KO 1898, entsprechend § 55 Nr. 3 InsO.
- ²⁸ So auch noch RGZ 16, 23, 25 f. unter Hinweis auf Motive, a.a.O., und die Äußerung des Regierungsvertreters, Prot. S. 28; ebenso Fitting, Das Reichskonkursrecht und Konkursverfahren, 2. Aufl. 1883, S. 167; Petersen, Konkursordnung für das Deutsche Reich, 1878, S. 169.
- ²⁹ So schon Cosack (Fn. 10), S. 270 ff., 274; Dernburg, Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Bd. II, 3. Aufl. 1882, S. 330; Grützmann, Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger, 1882, S. 238; Mandry, Der zivilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 2. Aufl. 1882, S. 531; Otto, Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner nach reinem, sächsischem und deutschem Reichsrecht, 1881, S. 181.
- ³⁰ Vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 144 Rn. 17f.; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 144 Rn. 6; ebenso (zur KO) Cosack (Fn. 10), S. 273 f.; Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl. 1973, § 38 Rn. 3; Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 38 Rn. 6, 9. Streitig bleibt der für das Fortbestehen der Bereicherung maßgebliche Zeitpunkt, was vor allem dann erheblich wird, wenn die Gegenleistung zufällig untergeht, nachdem sie in die Masse gelangt ist; s. dazu Jaeger/Lent (Fn. 4), § 38 Rn. 3 einerseits (Fortbestehen der Bereicherung z.Zt. der Rückgewähr der anfechtbaren Zuwendung maßgeblich); Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 38 Rn. 9 andererseits (zufälliger Untergang geht zu Lasten der Masse).
- ³¹ S.u. sub III.1.b.
- ³² Motive zum AnfG S. 23 = Hahn (Fn. 24), S. 744.
- ³³ Cosack (Fn. 10), S. 271.
- ³⁴ So Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, 1991, S. 68; ähnlich Cosack (Fn. 10), S. 271 f.; Jaeger, AnfG, § 8 Anm. 2; Levin, Gutachten zum 32. Deutscher Juristentag, Bd. I, S. 36, 57 ff.; Riehl, Gruch-Beitr 53 (1909), 161, 193 ff., 195.
- ³⁵ So Jaeger, AnfG, § 8 Anm. 2; zust. Koziol (Fn. 34), S. 69; ähnlich schon Cosack (Fn. 10), S. 271 f.; Levin (Fn. 34), S. 58; Riehl, GruchBeitr 53 (1909), 161, 195.
- ³⁶ Koziol (Fn. 34), S. 69; anders insoweit Levin (Fn. 34), S. 58; Riehl, Gruch-Beitr 53 (1909), 161, 196.
- ³⁷ Vgl. Dauernheim, Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz, 1999, S. 212; Gaul, FS Schwab, 1990, S. 111, 127 f.; ders., in: Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl. 1997, § 35 VI 1a; Henckel, JZ 1995, 731, 732; Huber, AnfG, 9. Aufl. 2000, § 12 Rn. 7; Nerlich/Niehues, AnfG, 2000, § 12 Rn. 2; so auch RGZ 20, 157, 162; RGZ 20, 180, 181; Jaeger (Fn. 35), § 8 Anm. 2; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 12 AnfG Rn. 3, die die Anfechtbarkeit hier allenfalls rechtspolitisch in Frage stellen; noch anders Plander, KTS 1972, 158, 160: Befriedigung i.H.d. fiktiven Insolvenzquote analog § 144 Abs. 2 Satz 2 InsO (§ 38 Satz 2 KO).
- ³⁸ Vgl. etwa BGHZ 70, 177, 185; BGH, NJW 1977, 718; BGH, NJW 1980, 1961; BGH, WM 1984, 1194, 1195; BGH, ZIP 1993, 271, 274; BGHZ 128, 184, 187 = ZIP 1995, 134, 135; BGHZ 129, 236, 240 = ZIP 1995, 1021; BGH, ZIP 2001, 33; BGHZ 150, 122, 131 f. = ZIP 2002, 812, 815; Lwowski/Wunderlich, in: FS Kirchhof, 2003, S. 301, 306 f.; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 142 Rn. 9; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 142 Rn. 7.
- ³⁹ Vgl. BGHZ 123, 320, 323; Gerhardt, FS Brandner, S. 605, 611, v. Campe, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, 1995, S. 47 f.; Raschke, Funktion und Abgrenzung des Bargeschäftstatbestandes in § 142 InsO, Diss. 1999, S. 81; s. auch Kamlah, Die Anfechtung in der Insolvenz von Unternehmen, Diss. 1995, S. 46.

- ⁴⁰ BGH, NJW 1955, 709; BGH, NJW 1977, 718; BGH, ZIP 1980, 518; BGHZ 128, 184, 187 = ZIP 1995, 134, 135; BGHZ 129, 236, 240 = ZIP 1995, 1021.
- ⁴¹ Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 21.23 mit Fn. 102; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 142 Rn. 8; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 142 Rn. 7, 12.
- ⁴² Allerdings lässt § 142 InsO die Möglichkeit der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung (sowie nach der gesetzeskorrigierenden Interpretation des BGH auch wegen inkongruenter Deckung) ausdrücklich unberührt, vgl. dazu sogleich sub c.
- ⁴³ So BGHZ 70, 177, 185; BGH, NJW 1977, 718; BGH, NJW 1980, 1961; BGH, WM 1984, 1194, 1195; BGH, ZIP 1993, 271, 274; BGH, ZIP 2001, 33; BGHZ 150, 122, 131 f. = ZIP 2002, 812, 815; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 12; Lwowski/Wunderlich (Fn. 38), S. 301, 306 f.; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 142 Rn. 7; a.A. Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 142 Rn. 8, 12, der für eine "Teilanfechtung" plädiert: sei der Wert der Gegenleistung geringer als der Wert der Leistung des Schuldners, so sei die Rechtshandlung regelmäßig insoweit anfechtbar, als es um den Ausgleich des die Masse beeinträchtigenden Differenzbetrages gehe.
- ⁴⁴ S.o. sub III.1.a.
- ⁴⁵ MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 12.
- ⁴⁶ Gerhardt (Fn. 39), S. 605, 611.
- ⁴⁷ So etwa zur Rechtslage nach der KO Häsemeyer, JuS 1986, 851, 855; ders., Insolvenzrecht, 1. Aufl. 1992, S. 470 f. (und trotz des Wortlauts von § 142 InsO wohl auch noch in der 3. Aufl. 2002, Rn. 21.40); Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 132 Rn. 11. Auch Henckels Kommentierung (Jaeger/Henckel [Fn. 4], § 30 Rn. 110 ff., 113) ging offenbar noch davon aus, dass die Gleichwertigkeit für den Ausschluss der Deckungsanfechtung nicht erforderlich sein sollte; später (Henckel, in: Leipold [Hrsg.], Insolvenzrecht im Umbruch, 1990, S. 251; ders., in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2000, S. 834, Rn. 47) hat Henckel jedoch die Gleichwertigkeit als Merkmal der Bardeckung ausdrücklich akzeptiert.
- ⁴⁸ S. 410.
- ⁴⁹ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, LS 5.2.5, entsprechend § 132 Abs. 1 InsO.
- ⁵⁰ BGHZ 123, 320, 328 f. = NJW 1993, 3267, 3268 f.; BGH, NJW 1999, 645, 646; BGHZ 150, 122, 130 = ZIP 2002, 812, 815; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 7; Nerlich/Römermann/Nerlich (Fn. 4), § 142 Rn. 10; Raschke (Fn. 39), S. 103 f.; a.A. Eckardt, ZIP 1995, 1417, 1422 ff.; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 142 Rn. 1 a.E.; Lwowski/Wunderlich (Fn. 38), S. 301, 303 ff.; Marotzke/Kick, JR 1995, 106, 109; krit. auch Bork, FS Kirchhof, 2003, S. 57, 67.
- ⁵¹ So Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 142 Rn. 6
- ⁵² Vgl. Begr. zu § 161 RegE; ferner HK-InsO/Kreft, § 142 Rn. 4; Münch-Komm-InsO/Kirchhof, § 142 Rn. 15 ff.; Raschke (Fn. 39), S. 78 ff.
- ⁵³ BGH, ZIP 2003, 488, 494.
- ⁵⁴ Vgl. BGH, NJW 1980, 1961; Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 21.69; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 112 ff., § 132 Rn. 11 ff.
- ⁵⁵ MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 6, § 132 Rn. 29, § 143 Rn. 17; Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 29 Rn. 183, § 37 Rn. 26; anders Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 21.09, 21.06, 21.71 unter Hinweis auf Gerhardt (Fn. 39), S. 605, 616: § 132 Abs. 1 als Instrument der Vorteilsabschöpfung; so zumindest für einen Sonderfall auch Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 132 Rn. 15 a.E.
- ⁵⁶ BGHZ 77, 250, 255 f. = ZIP 1980, 618; vgl. auch BGH, NJW 1995, 1093, 1094 f.; zustimmend MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 164, § 132 Rn. 14, § 143 Rn. 18 mit Fn. 58; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 132 Rn. 15; a.A. Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 29 Rn. 184.
- ⁵⁷ Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 29 Rn. 183 f.
- ⁵⁸ Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 29 Rn. 183, § 38 Rn. 4.
- ⁵⁹ Ein Bargeschäft kann in diesem Fall schon mangels Gleichwertigkeit nie vorliegen.
- ⁶⁰ Vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 57 f.; HK-InsO/Kreft, § 129 Rn. 12; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 129 Rn. 14; Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 29 Rn. 72 ff., § 30 Rn. 110, 114; a.A. Nerlich/Römermann/Nerlich (Fn. 4), § 129 Rn. 52; zur KO auch noch RGZ 110, 134, 137; RGZ 116, 134, 136; BGH, WM 1955, 404, 405 f.; BGHZ 41, 298, 300; BGH, NJW 1979, 102, 103; Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 4), § 29 Rn. 8.
- ⁶¹ Vgl. die Begründung zu § 132 = § 147 RegE; ferner BGHZ 28, 344, 346; BGH, NJW 1999, 3636; Häsemeyer (Fn. 4), Rn. 21.67; Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 29 Rn. 198, § 30 Rn. 10; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 132 Rn. 5.
- ⁶² MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 132 Rn. 5.
- ⁶³ S.o. sub III.1.a.
- ⁶⁴ Vgl. z.B. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 64.
- ⁶⁵ Vgl. BGH, NJW-RR 1993, 1379, 1381; vgl. dazu m.w.N. HK-InsO/Kreft, § 143 Rn. 17; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 134 Rn. 12, 17 ff., 41.
- ⁶⁶ Vgl. BGHZ 113, 393, 396 f.; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 134 Rn. 40; HK-InsO/Kreft, § 134 Rn. 10.
- ⁶⁷ RG, JW 1905, 442 f.; RG, JW 1913, 608, 609; v. Campe (Fn. 39), S. 205; FK-InsO/Dauernheim, § 134 Rn. 9; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 134 Rn. 17.
- ⁶⁸ BGH, NJW 1992, 2421; BGH, NJW-RR 1998, 1057, 1061 f.; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 134 Rn. 42; HK-InsO/Kreft, § 134 Rn. 10; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 134 Rn. 8, § 143 Rn. 18.
- ⁶⁹ S. bereits oben sub III.3.a. zu § 132 Abs. 1 InsO.
- ⁷⁰ FK-InsO/Dauernheim, § 144 Rn. 5; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 144 Rn. 14; Zeuner (Fn. 19), Rn. 332; s. zur KO bereits Kilger/Karsten Schmidt (Fn. 4), § 38 KO Anm. 1; Kuhn/Uhlenbruck (Fn. 4), § 38 Rn. 4; anders aber Jaeger/Henckel (Fn. 4), § 32 Rn. 21, § 38 Rn. 7, 10, 12, 16.
- ⁷¹ Vgl. speziell unter dem Aspekt eines Wertungswiderspruchs zu § 142 InsO auch Bork (Fn. 50), S. 57, 68 f.; Kübler/Prütting/Paulus (Fn. 4), § 142 Rn. 16; Lwowski/Wunderlich (Fn. 38), S. 301, 302 f.; Rigol/Homann, ZIP 2003, 15, 17; Smid/Zeuner (Fn. 4), § 142 Rn. 5; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 4), § 142 Rn. 12.