Insolvenzanfechtung

Fallgruppenkommentar

Bearbeitet von
RA Dr. Joachim Kummer, RA Werner Maier, RA Berthold Schäfer, Dr. Eberhard Wagner

3., neu bearbeitete Auflage 2017. Buch. 1232 S. Hardcover
ISBN 978 3 504 43011 5

Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Insolvenzrecht, Unternehmenssanierung

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Leseprobe zu

Kummer/Schäfer/Wagner

Insolvenzanfechtung

Fallgruppenkommentar

3. neu bearbeitete Auflage, 2017, 1232 Seiten, gebunden, Kommentar, 17 x 24cm

ISBN 978-3-504-43011-5

114,00 €

O. § 142 InsO – Bargeschäft

§ 142 Bargeschäft

(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

(2) [1]Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. [2]Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt. [3]Der Gewährung des Arbeitsentgelts durch den Schuldner steht die Gewährung dieses Arbeitsentgelts durch einen Dritten nach § 267 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gleich, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt hat.

§ 142 InsO a.F. (gilt weiterhin für vor dem 5.4.2017 eröffnete Insolvenzverfahren)

Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind.

§ 142 InsO-E *(i.d.F. des Gesetzentwurfs – RegE – vom 29.9.2015 = BR-Vorlage vom 16.10.2015, BR-Drucks. 495/15, unverändert als BT-Vorlage vom 16.12.2016, BT-Drucks. 18/7054, hier ergänzt um die vom BRat erfolglos vorgeschlagenen Änderungen)*

(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte. *(BRat: … und der andere Teil erkennen musste, dass die Gegenleistung weder zur Sicherung des Lebensbedarfs erforderlich ist noch der Fortführung oder Sanierung des Unternehmens dient)[4]*

(2) Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs[5] in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt *(BRat: oder führt er Teile des Arbeitsentgelts aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen an Dritte ab)[7]****, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang[6] gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts*** *(BRat: oder der Abführung von Teilen an Dritte)[7]* ***drei Monate nicht übersteigt.***

Anm. d. Verf.: Der Gesetzestext gibt die mit *Art. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz* vom Bundestag am 16.2.2017 beschlossene (BR-Drucks. 139/17), im BGBl. 2017 I S. 654 veröffentlichte und am 5.4.2017 in Kraft getretene Neufassung des § 142 InsO wieder. Diese stimmt wörtlich überein mit dem hier im Anschluss an § 142 InsO a.F. abgedruckten § 142 InsO-E des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 16.12.2015 (BT-Drucks. 18/7054 – *Bundestagsvorlage*), der dem Bundestag ergänzt um Abs. 2 Satz 3, der erst in der abschließenden Beratung im federführenden Rechtsausschuss des Bundestags am 15.2.2017 hinzugekommen ist, zur Annahme empfohlen wurde (BT-Drucks. 18/11199). – Die ***kursiv fett*** gesetzte Fassung gibt die von der Bundesregierung mit Art. 1 Nr. 4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29.9.2015 (BR-Drucks. 495/15 vom 16.10.2015 – Bundesratsvorlage) – im Folgenden: RegE – beschlossenen Änderungen des § 142 InsO a.F. wieder. Sie ist identisch mit der Bundestagsvorlage des § 142 InsO-E vom 16.12.2015 (BT-Drucks. 18/7054, S. 6). Die *kursiv mager* gesetzten und durch hochgestellte Zahlen markierten Passagen dokumentieren die in der Stellungnahme des Bundesrates gemäß Beschluss vom 27.11.2015 (BR-Drucks. 495/15(B) Nr. 4 bis 7 = Anlage 3 der BT-Drucks. 18/7054, S. 28 ff.) vorgeschlagenen Änderungen und Ergänzungen. *Keiner dieser Vorschläge* fand Eingang in die dem Bundestag vorgelegte Fassung des § 142 InsO-E des Gesetzentwurfs vom 16.12.2015 (Bundestagsvorlage). Die verlautbarten Gründe dafür sind der Gegenäußerung der Bundesregierung zu entnehmen (Anlage 4 der BT-Drucks. 18/7054, S. 31 f.). Darauf wird hier im Abschnitt Entstehung, Zweck und Systematik der Vorschrift (Rz. O1 ff.) sowie im jeweiligen Sachzusammenhang, insbesondere beim Unmittelbarkeitserfordernis (Rz. O78 ff.) sowie den Rechtsfolgen und Grenzen des Bargeschäftsprivilegs (Rz. O125 ff.), eingegangen, jeweils unter Berücksichtigung der Empfehlungen des am Gesetzgebungsverfahren federführend beteiligten Rechtsausschusses des Bundestages (BT-Drucks. 18/11199). Der Bundesrat erhob in seiner Sitzung am 10.3.2017 dennoch keine Einwendungen gegen die vom Bundestag beschlossene Neufassung (BR-Drucks. 139/17). Diese ist gemäß Art. 4 des Gesetzes am Tag nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt vom 4.4.2017, mithin am 5.4.2017 in Kraft getreten. Sie ist nach der Überleitungsregelung in Art. 103j Abs. 1 EGInsO gemäß Art. 2 des Gesetzes vom 29.3.2017 (BGBl. 2017 I S. 654) auf Insolvenzverfahren anwendbar, die ab dem 5.4.2017 eröffnet worden sind.

	Rz.
I. Entstehung, Zweck und Systematik der Vorschrift	1
1. Entstehungsgeschichte	1
2. Normzweck	4
3. Systematik	7
a) Verhältnis des § 142 InsO zu § 129 InsO	7
b) Verhältnis des § 142 InsO zu § 130 InsO	9
c) Verhältnis des § 142 InsO zu § 131 InsO	11
d) Verhältnis des § 142 InsO zu § 132 InsO	14
e) Verhältnis des § 142 InsO zu § 133 InsO	16
f) Verhältnis des § 142 InsO zu § 134 InsO	17
g) Verhältnis des § 142 InsO zu § 135 InsO	18
h) Verhältnis des § 142 InsO zu weiteren Vorschriften (§ 64 Satz 1 GmbHG u.a.)	18c
II. Leistung und Gegenleistung	19
1. Leistung des Schuldners	20
a) Geldleistungen (Bargeld und bargeldlose Zahlungen)	21
b) Wechsel- und Scheckzahlungen	23
c) Sachleistungen	24
d) Bestellung einer Sicherheit	26
e) Vertragsübernahme	28
2. Leistungen Dritter für den Schuldner (§ 142 Abs. 2 Satz 3 InsO)	29a
a) Entstehung, Zweck und Systematik der Vorschrift	29a
b) Drittleistungen i.S.v. § 267 BGB	29d
c) Grenze: Nichterkennbarkeit der Drittleistung als solche	29g

Rz.

d) Direktzahlungen im abgekürzten Leistungsweg? 29j
3. Gegenleistung 30
a) Allgemeines 30
b) Zuführung in das Aktivvermögen des Schuldners 32
c) Grenzfälle 35
aa) Leistung an den Schuldner 37
bb) Leistung an Dritte 40
cc) Aufrechnung 42
d) Keine erweiternde Auslegung des § 142 InsO 45
3. Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung 49
a) Tatbestandsmerkmal „für die" Leistung des Schuldners 49
aa) Rechtsgeschäftlicher Zusammenhang 50
bb) Wirtschaftlicher Zusammenhang 53
cc) Unentgeltliche Leistungen . . . 56
b) Anwendbarkeit bei inkongruenter Deckung? 57
aa) § 142 InsO erfasst nur kongruente Deckungen (heute h.M.) 58
bb) § 142 InsO erfasst auch inkongruente Deckungen (früher h.M.) 66
cc) Keine erweiternde Auslegung? 72
c) Nachträgliche Kongruenzvereinbarungen 77a
aa) Rechtlicher und tatsächlicher Hintergrund 77a
bb) Direktzahlungen als inkongruente Deckung 77d
cc) Voraussetzungen einer anfechtungsfesten Kongruenzvereinbarung 77f
dd) Unanfechtbarkeit der vereinbarten Direktzahlung 77p
ee) Rechtsdogmatische und rechtspolitische Bewertung . . . 77q

III. Unmittelbarkeit 78
1. Enger zeitlicher Zusammenhang 78
a) Grundsatz 78
aa) § 142 InsO a.F. 78
bb) Legaldefinition in § 142 Abs. 2 Satz 1 InsO (n.F.) 87a
cc) Ausnahme für Arbeitsentgelt in § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO (n.F.) 87d
b) Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung 88
2. Weiterungen und Grenzen 91
a) Fallbeispiele 92
b) Vorleistungen bei Dauerschuldverhältnissen 105
aa) Maßgeblicher Bezugspunkt . . . 106
bb) Zeitliche oder gegenständliche Teilbarkeit 108
cc) Zeitnahe Teilleistungen 109
c) Verzögerungen 113

IV. Gleichwertigkeit 115
1. Begriff 115
a) Objektiver Maßstab 115
b) Einzelfragen 116a
2. Bewertungszeitpunkt 121
a) Grundsatz 121
b) Nachträgliche Änderungen 122
3. Arbeitsentgelt (§ 142 Abs. 2 Satz 2 InsO) 123a
a) Begriff 123a
b) Bruttolohn oder Nettolohn? 123b

V. Rechtsfolgen des Bargeschäfts 124
1. Anfechtungsausschluss 124
2. Grenze: Unlautere Gläubigerbenachteiligung (§ 142 Abs. 1 InsO) . . . 125
a) Überblick – Verschärfte Form der Unredlichkeit 125
b) Benachteiligungsvorsatz des Schuldners 127
aa) Rechtslage nach § 142 InsO a.F. – § 133 Abs. 1 InsO 127
bb) Rechtslage nach § 142 Abs. 1 InsO (n.F.) – Unlauterkeit . . . 129c
c) Kenntnis des Anfechtungsgegners 130
aa) Rechtslage nach § 142 InsO a.F. – § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO 130
bb) Rechtslage nach § 142 Abs. 1 InsO (n.F.) – Kenntnis der Unlauterkeit 131c
3. Schicksal der Gegenleistung 132

VI. Darlegungs- und Beweislast 133
1. Grundsätze 133
2. Beispiele 135b

VII. Wichtige Fallgruppen und Einzelfälle 136
1. Bankgeschäfte I – Zahlungsverkehr . . 136
a) Verrechnungen im Kontokorrent . 136
b) Lastschriften 145
2. Bankgeschäfte II – Kreditsicherung . . 153
a) Mobiliarsicherheiten – Sicherungszession, insbesondere Globalzession 153
b) Immobiliarsicherheiten – Grundpfandrechte 156
c) Personalsicherheiten – Bürgschaft, Garantie, persönliche Haftungsübernahme 157

Rz.

3. Bankgeschäfte III – Diskontgeschäft, Finanzkommissionsgeschäft 159
   a) Diskontgeschäft 159
   b) Finanzkommissionsgeschäft 160
4. Finanzdienstleistungen – Factoring .. 161
   a) Echtes Factoring 161
   b) Unechtes Factoring 164
5. Dauerschuldverhältnisse 165
   a) Grundsätzliches 165
   b) Gebrauchsüberlassung (Miete, Pacht, Leasing) 167
   c) Energielieferung 170
6. Arbeits-, Dienst- und Werkleistungen, Geschäftsbesorgungen 171
   a) Sachleistung 171
   b) Vergütung 172
      aa) Grundsatz 172
      bb) Lohnzahlungen an Arbeitnehmer 174
      cc) Vergütung freiberuflicher Tätigkeiten (Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer u.a.) 182
      dd) Vergütung ärztlicher Leistungen 186
      ee) Vergütung von Werkleistungen (Bau, Transport u.a.) ... 188
      ff) Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters 191
   c) Vorschuss- und Abschlagszahlungen 193
7. Sanierungsleistungen 197
   a) Beraterhonorar 197
   b) Wertungsfragen und Wertungswidersprüche 205
8. Privatversicherungsbeiträge 206a
9. Öffentliche Abgaben I – Sozialversicherungsbeiträge 207
   a) Krankenkassenbeiträge – BGHZ 149, 100 207
   b) Arbeitnehmeranteile an den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen 209
      aa) Das Grundsatzurteil BGHZ 183, 86 209
      bb) Anfechtungsrechtliche Umsetzung der sozialgesetzlichen Vorgabe 212
      cc) Rechtspolitische Kontroverse („Bruttolohnfrage") im Zuge der Neuregelung des § 142 InsO 212b
10. Öffentliche Abgaben II – Lohnsteuer, Umsatzsteuer 213
   a) Gesetzliche Grundlagen der Abführung von Lohnsteuer 213
   b) Bundesfinanzhof: Bargeschäft 214
   c) Bundesgerichtshof: Kein Bargeschäft 215
   d) Kritische Stellungnahme 220
   e) Umsatzsteuer 221a

VIII. Wichtige Grundsatzentscheidungen im Überblick 222
1. BGH-Urteil vom 30.9.1993 – BGHZ 123, 320 – Kundenschecks 222
2. BGH-Urteil vom 7.3.2002 – BGHZ 150, 122 – Verrechnungen im Kontokorrent 225
3. BGH-Urteil vom 10.6.2008 – BGHZ 177, 69 – Widerspruch des Verwalters im Lastschriftverfahren 227
4. BGH-Urteil vom 20.7.2010 – BGHZ 186, 269 – Lastschrift in der Insolvenz 228
5. BGH-Urteil vom 29.11.2007 – BGHZ 174, 297 – Globalzessionen 230
6. BGH-Urteil vom 21.1.2010 – BGHZ 184, 101 – Sicherungszession im Eröffnungsverfahren 231
7. BGH-Urteil vom 19.3.1998 – BGHZ 138, 291 – Kreditbesicherung im Konzern 235
8. BGH-Urteil vom 13.4.2006 – BGH v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 – Anwaltshonorar (Vorschusszahlungen) 236
9. BAG-Urteil vom 6.10.2011 – BAGE 139, 235 – Lohnzahlungen 239
10. BAG-Urteil vom 29.1.2015 – BAGE 147, 172 – bargeschäftliche und bargeschäftsähnliche Lohnzahlungen 240a
11. BGH-Urteil vom 10.7.2014 – BGHZ 202, 59 – Lohnzahlungen 240c
12. BGH-Urteil vom 5.11.2009 – BGHZ 183, 86 – Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung 241
13. BGH-Urteil vom 23.9.2010 – IX ZR 212/09, NJW 2010, 3578 – Tankstelleneinnahmen 246
14. BGH-Urteil vom 17.7.2014 – BauR 2014, 1945 – Direktzahlungen 249a
15. BGH-Urteil vom 17.12.2015 – BGHZ 208, 243 – Kongruenzvereinbarungen 249c
16. BGH-Urteil vom 11.2.2010 – IX ZR 104/07, WM 2010, 711 – Aufrechnung 250

Schrifttum:

Bartels, Florian, Insolvenzanfechtung und Leistungen Dritter, 2015 (Diss. Bielefeld 2014/15); *Bork*, Die anfechtbare Kontokorrentverrechnung, FS G. *Fischer*, 2008, S. 37 ff.; *Bork*, Kontokorrentverrechnung und Bargeschäft, FS Kirchhof, 2003, S. 57 ff.; *Bräuer*, Ausschluss der Insolvenzanfechtung bei Bargeschäften nach Maßgabe des § 142 InsO, Diss. Kiel 2006; *Fölsing*, Sanierungsberatung und Bargeschäft, KSI 2008, 82 ff.; *Ganter*, Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037 ff.; *Huber*, M., Das anfechtungsrechtlich privilegierte, aber janusköpfige Bargeschäft nach § 142 InsO, ZInsO 2013, 1049 ff.; *Kayser*, Insolvenzrechtliche Bargeschäfte (§ 142 InsO) bei der Erfüllung gesetzlicher Ansprüche?, ZIP 2007, 49 ff.; *Kayser*, Der Rechtsgedanke des Bargeschäfts – Ein Beitrag zu den Grenzen des Anwendungsbereichs des § 142 InsO, FS G. *Fischer*, 2008, S. 267 ff.; *Knospe*, Insolvenzanfechtung versus Arbeitnehmerinteressen: Bringt der Koalitionsvertrag Veränderungen beim Bargeschäft?, ZInsO 2014, 748 ff.; *Lwowski/Wunderlich*, Aktuelle Probleme des insolvenzrechtlichen Bargeschäfts, WM 2004, 1511 ff.; *Lwowski/Wunderlich*, Neues zum Bargeschäft, FS Kirchhof, 2003, S. 301 ff.; *Marotzke*, Gläubigerbenachteiligung und Bargeschäftsprivileg bei Gesellschafterdarlehen und vergleichbaren Transaktionen, ZInsO 2013, 641 ff.; *Meyer*, Zur Anfechtbarkeit von Beraterhonoraren und der Reichweite der Barausnahme des § 142 InsO bei Geschäftsbesorgungen, DZWiR 2003, 6 ff.; *Raschke*, Funktion und Abgrenzung des Bargeschäftstatbestandes in § 142 InsO, Diss. Hamburg 1999; *Riggert*, Zur Bedeutung der bargeschäftsähnlichen Lage im Insolvenzanfechtungsrecht, FS *S. Beck*, 2016, S. 451 ff.; *ders.*, Zur dogmatischen Entwicklung des insolvenzrechtlichen Bargeschäfts, FS *Braun*, 2007, S. 139 ff.; *Schubmann*, Das Bargeschäftsprivileg nach § 142 InsO im Rahmen des Cash Pooling, GmbHR 2014, 519 ff.; *Windel*, Das Bargeschäftsprivileg für Lohnnachzahlungen, ZIP 2014, 2167 ff.; *Wroblewski*, Bargeschäftseinwand gegen Lohnanfechtung, NJW 2012, 894 ff. – Vgl. im Übrigen, auch zur Reform des Anfechtungsrechts durch das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29.3.2017, die Angaben im Literaturverzeichnis vor A.

I. Entstehung, Zweck und Systematik der Vorschrift

1. Entstehungsgeschichte

O 1 Die Konkursordnung enthielt keine dem § 142 InsO vergleichbare Bestimmung. Die Vorschrift entspricht aber, so die wörtliche Begründung des Regierungsentwurfs vom 15.4.1992, dem **Grundsatz des Konkursrechts**, dass Bargeschäfte nicht der Anfechtung wegen kongruenter oder inkongruenter Deckung unterliegen und dass auch eine unmittelbar nachteilige Rechtshandlung im Sinne des § 132 InsO nicht gegeben ist, wenn der Schuldner für seine Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhält.[1] Nach den zur sog. Bardeckung entwickelten Grundsätzen schied eine Konkursanfechtung mangels Benachteiligung der Konkursgläubiger aus, wenn – wie dies für Bargeschäfte typisch ist – dem Vermögen des Gemeinschuldners ein entsprechender Gegenwert zufließt. Auf eine vor oder bei der Begründung der Konkursforderung gewährte Sicherung oder Befriedigung war daher nach allgemeiner Meinung weder § 30 Nr. 1 Fall 2 KO (§ 130 InsO) noch § 30 Nr. 2 KO (§ 131 InsO) anwendbar.[2]

1 BT-Drucks. 12/2443 S. 167 zu § 161, wo ausdrücklich auf § 147 RegE 1992 (§ 132 InsO) betreffend unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen Bezug genommen wird.

2 Vgl. BGH v. 21.12.1977 – VIII ZR 255/76, BGHZ 70, 177, 184 f.; v. 21.5.1980 – VIII ZR 40/79, NJW 1980, 1961 unter III 1, jew. m.w.N.

In den Motiven zur Konkursordnung wird die zugrunde liegende Wertung wie folgt beschrieben: „Hinzuzufügen ist nur eine Beschränkung (scil. des zuvor begründeten „allgemeinsten Anfechtungsgrundes", des § 23 Nr. 1 KO-E, § 30 Nr. 1 KO, §§ 130 Abs. 1 Nr. 1, 132 Abs. 1 InsO). Ein Rechtsgeschäft, welches keinerlei Betrug und keinerlei Freigebigkeit enthält, verletzt den zu Tage getretenen Konkursanspruch der Gläubiger nicht schon dadurch, daß es nach Eintritt des letzteren vorgenommen ist, vielmehr nur dann, wenn es zugleich an sich den **Stand der Masse beeinträchtigt**. Der Kontrahent des Gemeinschuldners, welcher dessen Lage für sich ausbeutet, begeht eine Unredlichkeit gegen die Gläubiger; wer aber ein völlig angemessenes Entgelt giebt, wer mit dem an sich noch verfügungsfähigen Gemeinschuldner kontrahirt, ohne dessen Vermögen zu verringern, kann nicht verantwortlich dafür gemacht werden, daß der Erfolg vielleicht das Geschäft zu einem nachtheiligen stempelt. Hier können zufällige Verschlechterungen, Sinken der Preise, Fahrlässigkeiten, Böswilligkeiten des Gemeinschuldners u.s.w. nicht dem Kontrahenten zur Last fallen. Er würde sonst der Ausbeutung durch den Konkursverwalter ausgesetzt sein, und Niemand könnte bei vollster Uneigennützigkeit einem wankenden Geschäftsfreunde oder Verwandten helfen."[3] O2

Solche praktischen Konsequenzen einer Anfechtbarkeit sogenannter Bargeschäfte[4] des späteren Schuldners vor Augen haben die Väter der Konkursordnung den Gesichtspunkt eines notwendigen Schutzes redlicher Verkehrsteilnehmer mit ihrer Überzeugung verknüpft, dass es dem Gemeinschuldner möglich sein muss, aus einer (nur vorübergehenden) Krise auch wieder herauszukommen, so dass sich eine Gesamtvollstreckung und damit eine in der Regel existenz-, zumindest aber wertvernichtende Zerschlagung des schuldnerischen Vermögens erübrigt, und dies mit folgenden Worten zusammengefasst: „Würde jedes, selbst für die Gläubiger vortheilhafte Geschäft die Gefahr der Anfechtung laufen, so würde es dem redlichsten und gewandtesten Schuldner unmöglich gemacht werden, eine Zahlungseinstellung wieder zu beseitigen. Jede Zahlungseinstellung, jeder Konkursantrag führte zur Konkurseröffnung. Der Entwurf verlangt deshalb hier den Nachweis, daß das Rechtsgeschäft zur Zeit der Vornahme für die Gläubiger nachtheilig war, den *Werth* des Vermögens verringert hat, – gleichviel in welcher Weise, ob durch die Höhe oder durch die Art des Entgelts."[5] O3

Von Wirtschaftsverbänden und Gewerkschaften monierte, auch in der Wissenschaft diagnostizierte **Fehlentwicklungen des Insolvenzanfechtungsrechts** mit der Folge unverhältnismäßiger und unkalkulierbarer Risiken für den Wirtschaftsverkehr[6] motivierten den Gesetzgeber zu einer punktuellen, die Vor- O3a

3 *Hahn*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. IV, 1881, S. 127 zu § 23 (Mot. KO, S. 117).

4 Beiläufig, aber völlig zu Recht kritisiert *Karsten Schmidt*, JuS 1977, 475 zu BGH v. 26.1.1977 – VIII ZR 122/75, NJW 1977, 718 diesen Begriff als „wohl eher irreführend als klärend", zumal mit ihm z.B. auch die Kreditgewährung gegen Sicherheit erfasst werde.

5 *Hahn*, Bd. IV, S. 127 unten (Mot. KO, S. 117 f.).

6 So die Begründung des RegE v. 29.9.2015, S. 7 unter A I vor 1 = BT-Drucks. 18/7054, S. 10.

schriften der §§ 133, 142, 143 InsO (sowie der §§ 3, 11 AnfG) betreffenden Reform des Anfechtungsrechts, die mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29.3.2017 ihren Abschluss gefunden hat.[7] Erklärtes Ziel des zugrundeliegenden Regierungsentwurfs vom 29.9./16.12.2015 war es, den Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts, insbesondere von dessen Handhabung durch Insolvenzverwalter und Instanzgerichte, besonders im Zusammenhang mit der Vorsatzanfechtung und der Anwendung des Bargeschäftsprivilegs ausgingen, und dabei das Insolvenzanfechtungsrecht insbesondere durch eine Konkretisierung des § 142 InsO so auszugestalten, dass seine praktische Handhabung einen angemessenen Ausgleich zwischen Insolvenzgläubigern und potentiellen Anfechtungsadressaten gewährleistet.[8]

O 3b Angesichts eine überbordenden Komplexität vor allem der Vorsatzanfechtung[9] sollen für einige praktisch besonders wichtige Fallgruppen **gesetzliche Klarstellungen** erfolgen, um deren Behandlung für die Betroffenen und den Rechtsverkehr berechenbarer zu machen. Dies betrifft zum einen Zahlungserleichterungen im Rahmen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO, zum anderen verspätet gezahltes Arbeitsentgelt im Rahmen des anfechtungsausschließenden Bargeschäftsprivilegs nach § 142 InsO.[10] Profitieren sollen insbesondere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die von Insolvenzverwaltern auf Rückerstattung erhaltenen Arbeitsentgelts in Anspruch genommen werden. Zwar habe das **Bundesarbeitsgericht**, so die Begründung des Regierungsentwurfs, zwischenzeitlich weitgehende Rechtssicherheit in der Frage geschaffen, ob und unter welchen Voraussetzungen Arbeitsentgelt in insolvenzanfechtungsfester Weise vereinnahmt werden kann.[11] Darüber hinaus habe das Gericht Entgeltzah-

7 BGBl. I S. 654.

8 RegE v. 29.9.2015, S. 7 unter A I Abs. 2, 10 unter A II vor 1 = BT-Drucks. 18/7054, S. 10 oben, 12 unten. Dem ist zunächst ein Eckpunktepapier des BMJV vom 10.9.2014 vorausgegangen (s. dazu *Bork*, ZIP 2014, 1905 ff.), sodann ein Referentenentwurf (RefE) vom 16.3.2015 (ZInsO 2015, 624 = ZIP 2015, Beilage zu Heft 12), der im insolvenzrechtlichen Schrifttum eingehend diskutiert wurde, vgl. etwa *Blank/Blank*, ZInsO 2015, 1705 ff.; *Dahl/Linnenbrink/Schmitz*, NZI 2015, 441 ff.; *Frind*, ZInsO 2015, 1001 ff.; *Ganter*, WM 2015, 905 ff.; *Hölzle*, ZIP 2015, 662 ff.; *Jungclaus/Keller*, NZI 2015, 297 ff.; *Sämisch*, ZInsO 2015, 1658 ff.; *Würdinger*, KTS 2015, 315 ff.; und schließlich ein Regierungsentwurf (RegE) vom 27.9.2015 (BR-Drucks. 495/15 = ZInsO 2015, 2073 = ZIP 2015, Beilage 2 zu Heft 40) und vom 16.12.2015 (BT-Drucks. 18/7054), vgl. eingehend dazu etwa *Berner*, ZInsO 2015, 2457 ff.; *Dahl/Schmitz/Taras*, ZInsO 2016, 20 ff.; *Ganter*, WM 2015, 2117 ff.; *Huber*, ZInsO 2015, 2297 ff.; *Klinck*, DB 2016, 634 ff.; *Kayser/Heidenfelder*, ZIP 2016, 447 ff. sowie die schriftlichen Stellungnahmen der vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz (ARV) des Deutschen Bundestages (im Folgenden: Bundestag, abgekürzt BT) gehörten Sachverständigen, zusammengestellt im Protokoll der 92. Sitzung des ARV am 24.2.2016, BT-ARV, Prot. 18/92, S. 30–135, abrufbar auf der Internetseite des Bundestages unter der Adresse http://www.bundestag.de/ausschuesse/protokolle, auf die für das Ergebnis der Anhörung auch in der Beschlussempfehlung des ARV verwiesen wird, s. BT-Drucks. 18/11199, S. 10.

9 BT-Drucks. 18/7054, S. 10 unten.

10 RegE v. 29.9.2015, S. 10 unter A II vor 1 = BT-Drucks. 18/7054, S. 12 unten.

11 RegE v. 29.9.2015, S. 8 f. unter A I 2 = BT-Drucks. 18/7054, S. 11 unten mit BAG, Urteil vom 6.10.2011 – 6 AZR 262/10, BAGE 139, 235 Rn. 15 ff., wonach ein grundsätz-

lungen „in bargeschäftsähnlicher Lage" weitgehend auch der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO entzogen, indem es insoweit hohe Anforderungen an den Nachweis der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen festgelegt habe.[12] Schließlich habe es, gestützt auf das Sozialstaatsprinzip, sogar in Erwägung gezogen, den Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in den Fällen, in denen weitgehend pünktlich gezahltes Arbeitsentgelt noch einer Anfechtung unterliegen kann, um einen betragsmäßig auf das Existenzminimum begrenzten Anfechtungsausschluss zu erweitern.[13] Diese Rechtsprechung sei allerdings durch den **Bundesgerichtshof** unter anderem mit dem Argument in Zweifel gezogen worden, das Bundesarbeitsgericht habe die Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Rechtsfortbildung überschritten und setze seine rechtspolitischen Vorstellungen an die Stelle des Gesetzes.[14] Deshalb sei ein Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vor Insolvenzanfechtungen weiterhin erforderlich.[15]

In § 142 InsO (n.F.) wurde dies **gesetzestechnisch** durch eine Einschränkung der Vorsatzanfechtung von Bargeschäften auf Fälle erkannt unlauteren Handelns des späteren Schuldners, mithin auf der Ebene der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen, umgesetzt (§ 142 Abs. 1 InsO)[16] sowie durch eine Legaldefinition des Tatbestandsmerkmals der Unmittelbarkeit (§ 142 Abs. 2 Satz 1 InsO)[17] und dessen Konkretisierung für die Zahlung von Arbeitsentgelt (§ 142 Abs. 2 Satz 2 InsO),[18] auch soweit diese Zahlung – für den Arbeitnehmer nicht erkennbar – durch Dritte erfolgt (§ 142 Abs. 2 Satz 3 InsO).[19] Die Ergänzung durch Absatz 2 Satz 3 erfolgte erst im Zuge der Beratungen des Gesetzentwurfs im Bundestag auf Empfehlung des Rechtsausschusses. Damit soll die von Sachverständigen in der öffentlichen Anhörung geäußerte Kritik berücksichtigt werden, wonach für den Arbeitnehmer nicht erkennbare Drittzahlungen auf das Arbeitsentgelt in gleichem Umfang wie Zahlungen des Arbeitgebers von der Anfechtung auszunehmen seien.[20] O 3c

---

lich anfechtungsausschließendes Bargeschäft vorliegt, wenn der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen bezahlt.

12 RegE v. 29.9.2015, S. 8 f. unter A I 2 = BT-Drucks. 18/7054, S. 11 unten mit BAG, Urteil vom 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, BAGE 147, 172 Rn. 72 ff.

13 RegE v. 29.9.2015, S. 8 f. unter A I 2 = BT-Drucks. 18/7054, S. 11 unten mit BAG, Urteil vom 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, BAGE 147, 172 Rn. 15 ff.

14 RegE v. 29.9.2015, S. 8 f. unter A I 2 = BT-Drucks. 18/7054, S. 11 unten mit BGH, Urteil vom 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 20 ff.

15 RegE v. 29.9.2015, S. 8 f. unter A I 2 = BT-Drucks. 18/7054, S. 11 unten.

16 RegE v. 29.9.2015, S. 8 f. unter A II 2 = BT-Drucks. 18/7054, S. 11 unten. Siehe dazu Rz. O129c ff.

17 RegE v. 29.9.2015, S. 8 f. unter A II 2 = BT-Drucks. 18/7054, S. 11 a.E. Siehe dazu Rz. O87a ff.

18 BT-Drucks. 18/7054, S. 14 oben. Siehe dazu Rz. O87d ff., O174 ff.

19 BT-Drucks. 18/11199, S. 11 unter IV zu Art. 1 Nummer 3 (vormals 4). Siehe dazu Rz. O29d ff.

20 BT-Drucks. 18/11199, S. 11 unter IV zu Art. 1 Nummer 3 (vormals 4). Siehe dazu Rz. O29a ff.

2. Normzweck

O4 Die Vorschrift privilegiert den Austausch wirtschaftlich gleichwertiger Leistungen bis zur Grenze vorsätzlicher Benachteiligung i.S.d. § 133 InsO,[21] seit dem 5.4.2017 in der erschwerten Form der erkannten Unlauterkeit (§ 142 Abs. 1 InsO).[22] Ihr liegt die wirtschaftliche Überlegung zugrunde, dass ein Schuldner in der Krise „praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen." *(Teilhabefunktion)*[23] Wegen des ausgleichenden Vermögenswertes findet keine Vermögensverschiebung zulasten des Schuldners statt, sondern eine bloße *Vermögensumschichtung* (BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 323; *Karsten Schmidt*),[24] so dass es letztlich an einer Benachteiligung der Insolvenzgläubiger und damit an der notwendigen, ungeschriebenen Voraussetzung einer jeden Insolvenzanfechtung fehlt.[25] So gesehen, enthielte § 142 InsO nur eine Klarstellung jener allgemeinen Anfechtungsvoraussetzung (§ 129 Abs. 1 InsO), hätte also nur deklaratorische Bedeutung. Tatsächlich ist die Bestimmung jedoch als Ausnahmetatbestand konzipiert und über die anfechtbare Leistung des Schuldners hinaus auf die Gegenleistung fokussiert *(Schutzfunktion)*. § 142 InsO gibt dem Anfechtungsgegner im Prozess eine rechtshindernde Einwendung[26] mit der Folge einer abweichenden Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für deren Voraussetzungen.

O4a Wesentlich für eine an Sinn und Zweck des § 142 InsO orientierte teleologische Anwendung des Bargeschäftsprivilegs ist die Erkenntnis seiner **Multifunktionalität**. Dem allenthalben im Anschluss an die Gesetzesmaterialien als Normzweck wiedergegebenen Leitgedanken, der in Zahlungsschwierigkeiten geratene Schuldner solle nicht von der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ausgeschlossen werden, entspricht ein Schutz potentieller Vertragspartner. § 142 InsO verfolgt daher zumindest einen doppelten Schutzzweck, nämlich einen Schuldnerschutz und einen Gläubigerschutz, Letzteres nicht im Dienste der par condicio creditorum, sondern im Sinne eines generellen Erwartungs- und Vertrauensschut-

---

21 BT-Drucks. 12/2443 S. 167 zu § 161 RegE.

22 Mit Inkrafttreten der Neufassung gemäß Gesetz vom 29.3.2017. Siehe oben Rz. O3c.

23 BT-Drucks. 12/2443 S. 167 zu § 161 RegE; vgl. BGH v. 13.4.2006 – IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 (199) Rz. 30 = NJW 2006, 2701; BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 212/09, NJW 2010, 3578 = WM 2010, 1986 Tz. 24; BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rz. 9; HK-InsO/*Kreft* Rz. 2; *Kayser/Thole*, § 142 Rz. 2 m.w.N.

24 BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rz. 9 mit BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 212/09, WM 2010, 1986 Tz. 24 m.w.N. und bereits BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320 (323); *Karsten Schmidt*, JuS 1977, 475 zu BGH v. 26.1.1977 – VIII ZR 122/75, NJW 1977, 718; *Karsten Schmidt*, WM 1983, 490 (493). Kritisch dazu *Bräuer*, Diss. Kiel 2006, S. 27 ff., der diesem „Argument" oder „Lösungsansatz" aber zu Unrecht eine alles erklärende Funktion abverlangt.

25 Vgl. zum Zweck der Insolvenzanfechtung, im Interesse der Wiederherstellung des Schuldnervermögens bestimmte, als ungerechtfertigt angesehene Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen, BGH v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rz. 29; BGH v. 10.9.2015 – IX ZR 215/13, WM 2015, 1996 = ZInsO 2015, 2180 = ZIP 2015, 2083 Tz. 27 m.w.N.

26 H.M., vgl. *Raschke*, Diss. Hamburg 1999, S. 127 f.; *Bräuer*, Diss. Kiel 2006, S. 103 f. – Zum Verhältnis von § 142 InsO zu § 129 InsO s. unten Rz. O7 ff.

zes zugunsten aller Geschäfts- und Vertragspartner, die sich auf einen bargeschäftlichen Leistungsaustausch mit dem in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Schuldner einlassen. Einerseits schützt die Teilnahme- oder **Teilhabefunktion** der Norm den potentiellen Schuldner, indem sie ihm ermöglicht, einen vorübergehenden Zahlungsengpass zu überwinden. Zugleich wird damit sein Geschäftspartner geschützt, der die für sich genommen masseschmälernde, anfechtbare Leistung des Schuldners auf Verlangen des Insolvenzverwalters an die Masse herausgeben oder Wertersatz leisten müsste, obwohl er eine gleichwertige Gegenleistung erbracht hat. Damit wird auch der Rechts- und Wirtschaftsverkehr geschützt, der bei einer Anfechtbarkeit gleichwertiger Gegenleistungen erheblich gestört und im Vertrauen auf die Rechtsbeständigkeit bargeschäftlichen Leistungsaustauschs erheblich beeinträchtigt wäre (Sicherheits- oder **Bestandsfunktion**). Ob § 142 InsO darüber hinaus eine *Steuerungsfunktion* zukommt, ist zumindest zweifelhaft.[27]

O4b Diesem Verkehrsschutzzweck des § 142 InsO korreliert ein dem allgemeinen Schädigungsverbot zu entnehmendes **insolvenzanfechtungsrechtliches Schädigungs- und Bereicherungsverbot**. Die Insolvenzanfechtung soll Massekürzungen rückgängig machen, nicht aber einer ungerechtfertigten Bereicherung der Insolvenzmasse dienen.[28] Dem Ziel einer unbegrenzten Massemehrung widerstreitend steht dieser Gesichtspunkt einer restriktiven Auslegung des § 142 InsO ebenso entgegen wie einer dadurch begünstigten hypertrophen Praxis der Insolvenzanfechtung. Nicht gefolgt werden kann daher der stereotyp, auch im Rahmen der jüngsten Anfechtungsrechtsreform vorgebrachten Warnung, jede Ausweitung der Bargeschäftsausnahme befördere tendenziell eine Zunahme massearmer oder mangels Masse gar nicht erst eröffneter Verfahren, leiste der Verschiebung von verwertbaren Gegenständen des Schuldnervermögens Vorschub, führe zumindest zu einer Verzögerung der ohnehin unausweichlichen Insolvenzeröffnung und minimiere dadurch die Aussichten einer erfolgreichen Sanierung betroffener Unternehmen.[29] Kritik solcher Art übersieht stets, dass das Bargeschäftsprivileg eine zeitnahe gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen voraussetzt, auch dann, wenn es nach zutreffender Ansicht einer inkongruenten Deckung zuteil werden kann (vgl. Rz. O11 ff.).

O5 Nach *Kirchhof* stellt die Bargeschäftsausnahme einen Ausgleich dafür dar, dass die Deckungsanfechtung kongruenter Leistungen keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraussetzt, dass vielmehr auch eine mittelbare Benachtei-

27 Vgl. ablehnend dazu *F. Bartels*, S. 191 m.w.N.

28 Vgl. *F. Bartels*, S. 188 mit *C. G. Paulus* in FS Gero *Fischer* 2008, S. 445 (453). – Zur insoweit gleichgelagerten Problematik der Organhaftung für masseschmälernde Zahlungen (§§ 130a Abs. 1, 177a Abs. 1 HGB, §§ 92 Abs. 2, 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG, § 64 Satz 1 GmbHG) s. BGH, Urt. v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rz. 11 m.w.N. = GmbHR 2015, 137; dazu unten Rz. O18f.

29 Vgl. hierzu die Äußerungen im Rahmen der öffentlichen Expertenanhörung am 24.2.2016, BT-Drucks. 18/11199, S. 10 unter Bezugnahme auf die dem Wortprotokoll der 92. Sitzung des Rechtsausschusses vom 24.2.2016 beigefügten schriftlichen Stellungnahmen der Sachverständigen, BT-ARV-Prot. 18/92, S. 30 ff. passim (s. oben Fn. 7); ferner die zu Protokoll gegebenen Reden der MdB *Hirte, Hoffmann* und *Fechner* in den abschließenden Beratungen des Bundestags, BT-Plenarprotokoll 18/218, S. 21907 f., 21909, 21910, 21911 f.

ligung ausreicht.[30] Nichts anderes meint *Henckel*, wenn er die Funktion des § 142 InsO in einer Ergänzung des § 132 InsO sieht.[31] Dahinter steht die an sich zutreffende Erwägung, dass es dem Schuldner, der vor Beginn der Krise eine Leistung sich hat versprechen lassen, möglich sein muss, die Rückforderung des ihm geleisteten Gegenstandes abzuwehren, indem er die ihm obliegende Gegenleistung anfechtungsfrei erbringt, weshalb es auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht ankommen könne.[32] Dennoch trifft diese Erklärung nicht die *ratio legis*. Zum einen übersieht sie, dass es entscheidend auf die **Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen** und nicht auf den Zeitpunkt ihrer Vereinbarung ankommt; träfe sie zu, müssten auch nicht wertäquivalente Leistungen anfechtungsfrei sein, wenn sie zwar im kritischen Zeitraum erbracht, aber in „vorkritischer" Zeit versprochen worden sind. Zum anderen greift sie zu kurz, weil sie lediglich gegenseitige Verträge als Grundlage des Leistungsaustauschs in den Blick nimmt. Der den Motiven ohne weiteres zu entnehmende Zweck der Vorschrift[33] würde aber verfehlt, wenn die Leistung des anderen Teils eine andere Rechtsgrundlage hat als die des Schuldners, aber gleichwohl beide darüber einig sind, dass die eine durch die andere ausgeglichen werden soll. Hierauf ist bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „für die" im Sinne einer notwendigen rechtsgeschäftlichen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung zurückzukommen.

O6 *Thole* führt in seiner 2010 erschienenen Habilitationsschrift zum Thema „Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht" bestehende Unklarheiten über die normativen Grundlagen des § 142 InsO und die Reichweite der Bargeschäftsausnahme „zu einem Gutteil auf fehlende systematische Distinktion" zurück.[34] Diesem Befund ist mit der Einschränkung zuzustimmen, dass die teleologische Interpretation einer Norm sich stets der Gefahr bloßer Scheinbegründung bewusst sein muss.[35] Andererseits ist nicht zu verkennen, dass vorhandene **Deutungsspielräume**, insbesondere bei den Tatbestandsmerkmalen der *Unmittelbarkeit* und *Gleichwertigkeit* der Gegenleistung sowie deren Verknüpfung mit der korrespondierenden Leistung des Schuldners, zu unterschiedlichen, ja gegensätzlichen Auslegungsergebnissen führen, je nachdem, welcher Sinn der Vorschrift zugeschrieben wird.[36] Daher ist es im Interesse der Rechtsklarheit und Voraussehbarkeit der Rechtsanwendung unerlässlich, die dogmatischen Grundlagen der Vorschrift herauszuarbeiten und deren Zielrichtung und Reichweite offen zu legen. Die systematische Einordnung des § 142 InsO ist indes strittig.

---

30 *Kirchhof*, WM 1996, SBeil. Nr. 2, S. 24 zu § 30 Nr. 1 Fall 2 KO (§ 130 InsO) mit Nachw. zur älteren Rechtsprechung des BGH in Fn. 346.

31 *Jaeger/Henckel*, § 142 Rz. 2. Siehe dazu Rz. O14.

32 *Jaeger/Henckel*, § 142 Rz. 3.

33 Vgl. BGH v. 23.9.2010 – IX ZR 212/09, NJW 2010, 3578, 3580 = ZIP 2010, 2009, 2012 Tz. 24 m.w.N.

34 *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 372.

35 Vgl. zur Rechtfertigung der besonderen Insolvenzanfechtung *Klinck*, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung 2011, S. 33 ff. (im Folgenden zitiert: *Klinck*, Grundlagen; s. LitVerz. vor A).

36 Vgl. eingehend *F. Bartels*, S. 185 ff. m.z.N.

Mit der **Neuregelung des Anfechtungsrechts** durch Gesetz vom 29.3.2017 wurde § 142 InsO (a.F.) erheblich geändert mit dem Ziel, Rechtsunsicherheiten bei der Reichweite und Auslegung des Bargeschäftsprivilegs zu beseitigen.[37] Die Vorschrift wurde ergänzt um eine Beschränkung der Unanwendbarkeit des Bargeschäftseinwands bei vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung auf *vom Anfechtungsgegner erkannt unlautere Leistungen des Schuldners* zu **§ 142 Abs. 1 InsO**. Bargeschäfte unterliegen somit entgegen § 142 InsO a.F. nicht mehr generell der Vorsatzanfechtung, sondern nur noch insoweit, als der Schuldner unlauter handelte und der Leistungsempfänger dies erkannt hat.[38] Die Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 bis 3 InsO) von Bargeschäften soll damit im Vergleich zu der bis dahin ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Ausschluss der Vorsatzanfechtung bei bargeschäftlichem und bargeschäftsähnlichem Leistungsaustausch (s. Rz. O128 ff.) erklärtermaßen weiter eingeschränkt werden,[39] zumal die Anfechtung nach § 133 InsO (anders als bei der konkursrechtlichen Absichtsanfechtung) keinen dolus directus erfordert. Da es an einem unlauteren Handeln des Schuldners meist fehlen wird, dürfte die Vorsatzanfechtung bei bargeschäftlichem Leistungsaustausch nunmehr im praktischen Regelfall ausgeschlossen sein.[40] Diese Einschränkung entspricht dem gesetzgeberischen Regelungsziel, einen bargeschäftlichen Leistungsaustausch im Interesse der Sicherheit des Rechtsverkehrs grundsätzlich zu privilegieren[41] und Anfechtungsgegner vor einer übermäßigen Inanspruchnahme zu bewahren und die Belastungen des Geschäftsverkehrs sowie der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen auf ein verträgliches Maß zu reduzieren.[42] O 6a

Durch den neuen **§ 142 Abs. 2 InsO** soll darüber hinaus, wie es in der Begründung des Gesetzentwurfs heißt, die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Konkretisierung des nach § 142 InsO erforderlichen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung zusammengefasst werden.[43] Die Neuregelung des § 142 Abs. 2 InsO-E löse dabei die Divergenzen auf, die in der Frage der Anfechtbarkeit von Arbeitsentgeltzahlungen zwischen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestünden. § 142 Abs. 2 Satz 2 InsO-E stelle in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts klar, dass die für ein Bargeschäft notwendige Unmittelbarkeit des Austausches im Rahmen von Arbeitsverträgen dann zu bejahen ist, wenn der Zeitraum zwischen dem Beginn der Arbeitsleistung, deren Vergütung in Streit steht, und der Auszahlung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt. Bei Einhaltung dieser zeitlichen Grenzen sei eine Anfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen künftig im Regelfall nicht mehr möglich, da bei O 6b

37 RegE v. 29.9.2015, S. 11 unten (A II 2) = BT-Drucks. 18/7054, S. 13 unten zu § 142 InsO-E.
38 RegE v. 29.9.2015, S. 11 unten (A II 2) = BT-Drucks. 18/7054, S. 13 unten zu § 142 InsO-E.
39 BT-Drucks. 18/7054 S. 13 a.E. (unter A II 2).
40 BT-Drucks. 18/7054 S. 14 oben (vor 3.). Vgl. deshalb bereits zu § 142 InsO-E kritisch *Ganter*, WM 2015, 2117 (2120) mit *Brinkmann/Jacoby/Thole*, ZIP 2015, 2001 (2002).
41 BT-Drucks. 18/7054 S. 10 (unter A I Abs. 2), S. 13 (unter A II 2).
42 BT-Drucks. 18/7054, S. 10 a.E. (unter A I 1), 12 a.E. (unter A II vor 1).
43 BT-Drucks. 18/7054, S. 13 oben.

Vorliegen eines Bargeschäfts auch die Anforderungen an die Vorsatzanfechtung erhöht würden (§ 142 Absatz 1 InsO-E). Damit erübrige sich auch die vom Bundesarbeitsgericht in diesen Fällen erwogene Anfechtungssperre in Höhe des auf den Vergütungszeitraum entfallenden Existenzminimums.[44] Die Regelungssystematik des geltenden Rechts soll durch die auf punktuelle Korrekturen beschränkten Gesetzesänderungen erklärtermaßen unberührt bleiben.[45]

3. Systematik

a) Verhältnis des § 142 InsO zu § 129 InsO

O7 Die dogmatische Abgrenzung zwischen dem Erfordernis einer objektiven Gläubigerbenachteiligung als dem ungeschriebenen Tatbestandsmerkmal aller Anfechtungstatbestände und den Voraussetzungen eines Bargeschäfts als Einwendungstatbestand im Anfechtungsprozess ist schon deshalb wesentlich, weil damit gegensätzliche Beweislastregeln zur Anwendung kommen. Während der Insolvenzverwalter die Beweislast für die Gläubigerbenachteiligung als Voraussetzung des Anfechtungstatbestandes, insbesondere im Rahmen der Deckungsanfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO trägt, hat der Anfechtungsgegner die Einwendungsvoraussetzungen darzulegen und zu beweisen (s. Rz. O135).

O8 Daher ist die notwendige Bestimmung des Verhältnisses der Bargeschäftsausnahme zu § 129 InsO gleichsam der Dollpunkt für das systematische Verständnis der Insolvenzanfechtung, insbesondere der Deckungsanfechtung. Die gesetzlich bestimmte Aufspaltung in Anfechtungsgrund und Anfechtungsausschluss ermöglicht eine differenzierende Betrachtung der Leistung des Schuldners als Anfechtungsgegenstand i.S.d. §§ 130 ff. InsO einerseits und der kompensierenden Gegenleistung als Einwendungstatbestand andererseits. Sie erzwingt im Rahmen der Anspruchsprüfung zugleich eine bestimmte Reihenfolge der Prüfungsschritte, die den durch § 142 InsO vorgeschriebenen Wertvergleich von Leistung und Gegenleistung erst im zweiten Schritt, nämlich bei den Ausschlussvoraussetzungen erlaubt (s. Rz. O9, O56, O134). Unzutreffend, zumindest ungenau ist es *daher*, den Zweck der Vorschrift auf die Erkenntnis zurückzuführen, bei zeitnahem Austausch gleichwertiger Leistungen fehle es an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung.[46] Denn diese gleichsam saldierende Beschreibung mag zwar im Ergebnis (per saldo) stimmen, leistet aber dem Missverständnis Vorschub, es fehle gegebenenfalls bereits am Tatbestand einer objektiven Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 Abs. 1 InsO. Zutreffend ist vielmehr die Formulierung von *Kreft*, es gehe nicht an, das Bargeschäft allgemein durch das Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung zu charakterisieren.[47] Aus den (oben Rz. O5) bereits genannten Gründen nicht hinreichend ist dagegen seine weitere Beschreibung, die Besonderheit des Bargeschäfts liege allein in der zeitnahen

44 BT-Drucks. 18/7054, S. 11 unten (unter A I 2), 14 oben (unter A II 2).
45 BT-Drucks. 18/7055, S. 12 unten (unter A II vor 1).
46 So aber BAG v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, BAGE 147, 172 Rz. 47 unter Bezugnahme auf *Kayser* in FS Gero *Fischer*, S. 267 (269).
47 HK-InsO/*Kreft*, 6. Aufl. (2011), § 129 Rz. 50.

kongruenten Erfüllung eines nach § 132 Abs. 1 InsO unanfechtbaren Rechtsgeschäfts, sofern es an den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO fehlt.[48]

O 8a In jüngster Zeit hat sich *Bitter* eingehender mit dem Verhältnis der beiden Vorschriften zueinander beschäftigt und ein hier sog. **Teilmengen-Theorem** skizziert.[49] Danach bilden die Anwendungsbereiche der §§ 129, 142 InsO zwei sich überschneidende Kreise, in deren Schnittbereich ein Bargeschäft vorliegen und zugleich die Gläubigerbenachteiligung fehlen soll. Dabei wird jedoch schon im gedanklichen Ansatz verkannt, dass § 142 InsO erst zur Anwendung kommen kann, wenn die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestands erfüllt sind, mithin eine objektive Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 Abs. 1 InsO gegeben ist. Ob dies der Fall ist, richtet sich ausschließlich nach der anzufechtenden Rechtshandlung, deren masseschmälernde Folgen rückgängig gemacht werden sollen. Eine in die Masse gelangte Gegenleistung spielt dabei, anders als bei § 142 InsO, keine Rolle. Deshalb erscheint es wenig aussagekräftig, wenn der Bereich fehlender Gläubigerbenachteiligung dem Bereich gegebener Bargeschäfte gegenübergestellt wird. Verfehlt oder nichtssagend (zirkulär) erscheint daher auch die vermeintliche Erkenntnis, dass die Frage, ob und in welchem Umfang eine Gegenleistung die Gläubigerbenachteiligung ausschließt, „richtigerweise" in § 142 InsO gar nicht behandelt, sondern in § 129 InsO „adressiert" sei.[50]

O 8b Jene Ausführungen zur dogmatischen Abgrenzung scheinen von dem Bemühen und der Vorstellung getragen zu sein, das Abgrenzungsproblem gleichsam arithmetisch, mit logischen Mitteln lösen zu können. Demgegenüber gilt es, **gegenläufige Funktionen** der beiden Vorschriften und das ihnen zugrundeliegende Regel-Ausnahme-Verhältnis einschließlich der damit verbundenen gegensätzlichen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast (Rz. O7) unter teleologischen Gesichtspunkten in den Blick zu nehmen. Zweckmäßig erscheint dabei zunächst eine getrennte Betrachtung von Tatbestand und Rechtsfolge der jeweiligen Norm. Hiervon zu unterscheiden ist die anschließend zu klärende Frage, welche Wirkungen die beiden Vorschriften im Anfechtungsprozess, einem zivilprozessualen Erkenntnisverfahren, haben, insbesondere welche Anforderungen an jeweiligen Vortrag und Nachweis der normausfüllenden, rechtsbegründenden bzw. rechtshindernden Tatsachen und die hierfür erforderliche richterliche Überzeugung gestellt sind.

b) Verhältnis des § 142 InsO zu § 130 InsO

O 9 Die Anfechtung einer Leistung des Insolvenzschuldners in den Fällen des § 130 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO ist unter den Voraussetzungen des § 142 InsO ausgeschlossen. Nach herrschender Meinung stellt das sog. **Bargeschäftsprivileg** eine Ausnahme von der Anfechtbarkeit wegen kongruenter Deckung dar, also von Rechtshandlungen des Schuldners oder eines Dritten in kritischer Zeit, die einem Gläubiger, der die Lage des Schuldners (Zahlungsunfähigkeit oder Eröff-

48 HK-InsO/*Kreft*, 6. Aufl. (2011), § 129 Rz. 50.
49 *Bitter*, KTS 2016, 455, 485 f.
50 So aber *Bitter*, KTS 2016, 455, 485 unten.

nungsantrag) bei Vornahme der Handlung kennt oder kennen muss, eine ihm geschuldete Befriedigung oder Sicherung gewähren oder ermöglichen.

O 10 Für die Kongruenzbeurteilung spielt die Frage des Bargeschäfts allerdings keine Rolle. Der Bundesgerichtshof hat dies jüngst in seinem Urteil vom 7.7.2011 im Zusammenhang mit der Beurteilung der Inkongruenz von Verrechnungen im debitorischen Bankenkontokorrent erneut ausgesprochen und dabei klargestellt, dass das Bargeschäft erst zu prüfen ist, wenn es auf die Gläubigerbenachteiligung einer kongruenten Deckung ankommt.[51] Diese Feststellung impliziert das systematische Verständnis der Insolvenzanfechtung in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Danach beurteilt sich die Frage der Gläubigerbenachteiligung zunächst ausschließlich in Bezug auf die anzufechtende Rechtshandlung. Das bedeutet, dass Leistung und Gegenleistung zwar im Rahmen des § 142 InsO einer Gesamtbetrachtung bezüglich der Frage ihrer Verknüpfung, ihrer Unmittelbarkeit und Gleichwertigkeit unterliegen, die aber für die zunächst zu klärende Frage der Anfechtbarkeit der Leistung (Rechtshandlung) des Schuldners zu unterbleiben hat. Das ist auch gemeint, wenn *Kreft* formuliert, es gehe nicht an, das Bargeschäft allgemein durch das Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung zu charakterisieren.[52]

c) Verhältnis des § 142 InsO zu § 131 InsO

O 11 Ob § 142 InsO auch inkongruente Deckungshandlungen erfasst, ist umstritten.[53] Nach heute herrschender Meinung ist der Bargeschäftseinwand im Rahmen der Anfechtung wegen inkongruenter Deckung (§ 131 InsO), insbesondere in Fällen der Einzelzwangsvollstreckung innerhalb des Dreimonatszeitraums,[54] ausgeschlossen.[55] Eine Auseinandersetzung mit kritischen Stimmen, die sich immerhin auf eine gegenteilige Äußerung in der Begründung des Regierungsentwurfs vom 15.4.1992 zu § 161 RegE (s. oben Rz. O1) sowie auf die bis dahin gängige Formulierung des Bundesgerichtshofs zur Konkursordnung berufen können, findet meist nicht statt.[56] Der **Paradigmenwechsel** wurde mit dem *Kundenscheck-Urteil* des Bundesgerichtshofs vom 30.9.1993 (BGH v. 30.9.1993 – IX ZR

51 BGH v. 7.7.2011 – IX ZR 100/10, NZI 2011, 675 m. Anm. *Leithaus* = WM 2011, 1523 = ZIP 2011, 1576 (1577) Tz. 8. Für die umgekehrte Prüfungsreihenfolge *Wazlawik*, DZWIR 2009, 418 unter I. Vgl. dazu Rz. O56, O134.

52 HK-InsO/*Kreft*, § 129 Rz. 50.

53 Ausführlich zum Meinungsstand *Bräuer*, Diss. Kiel 2006, S. 50 ff.; *Klinck*, Grundlagen, S. 397 ff.; *F. Bartels*, S. 185 ff., jew. mit zahlr. Nachw. Vgl. auch BGH v. 7.5.2009 – IX ZR 140/08, ZInsO 2009, 1054 (1056) Tz. 13; v. 5.11.2009 – IX ZR 233/08, BGHZ 183, 86 (92) Rz. 14; s. Rz. O57 ff., O66 ff.

54 Vgl. zur Inkongruenz der Zwangsvollstreckung etwa BGH v. 9.9.1997 – IX ZR 14/97, BGHZ 136, 309 (311 ff.); 157, 350 (353); 162, 143 (149); 183, 86 (88 f.). Vgl. auch Rz. D65 f.

55 Vgl. BGH v. 7.5.2009 – IX ZR 140/08, ZInsO 2009, 1054 (1056) Tz. 13; v. 5.11.2009 – IX ZR 233/08, BGHZ 183, 86 (92) Rz. 14; v. 24.10.2011 – IX ZR 244/09, NZI 2011, 937 Tz. 15. Ebenso nunmehr BAG v. 24.10.2013 – 6 AZR 466/12, DB 2014, 129 = ZInsO 2014, 141 = ZIP 2014, 91 Tz. 37 ff., jew. m.w.N.

56 Ausnahmen bilden etwa die Dissertationen von *Bräuer*, a.a.O. und *F. Bartels*, a.a.O. sowie eingehend die Habilitationsschrift von *Klinck*, Grundlagen, S. 334 ff., 400 ff. (s. LitVerz. vor A).

227/92, BGHZ 123, 320) eingeläutet, demzufolge eine Anfechtung nach § 31 Nr. 1 KO (§ 133 InsO) auch in Betracht kommt, wenn eine Bardeckung vorliegt. Auf diese Entscheidung und die wesentlichen Argumente der widerstreitenden Ansichten ist im Zusammenhang mit der erforderlichen Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, mithin bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals „für die" zurückzukommen (s. Rz. O58 ff., O66 ff.). Vorweg sei erwähnt, dass die restriktive Auslegung des Bundesgerichtshofs sich an der *ratio legis* des § 142 InsO messen lassen muss, dem Schuldner weiterhin die verkehrsübliche Teilnahme am Rechts- und Geschäftsverkehr zu ermöglichen und damit die Chance zu geben, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen abzuwenden.[57]

O 11a In dem Bemühen um punktuelle Klarstellungen und Korrekturen hat der Reformgesetzgeber des Jahres 2015/2017 diese Frage nicht aufgegriffen, obwohl er die Problematik inkongruenter Deckungen im Zusammenhang mit dem vereinfachend sogenannten **Fiskusprivileg** eingehend beraten hat.[58] Anstelle der hier als erforderlich angesehenen Korrektur der heute herrschenden Auslegung resp. Rückkehr zur früher herrschenden Meinung, wonach § 142 InsO *grundsätzlich* auch auf inkongruente Leistungen anwendbar ist (Rz. O66), war der Gesetzentwurf der Bundesregierung insoweit auf eine Privilegierung von Rechtshandlungen beschränkt, durch die eine Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist (vgl. § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E). Indem er die durch Zwangsvollstreckung oder durch deren Androhung erreichte Befriedigung oder Sicherung einer Gläubigerforderung als kongruente Deckung definierte und damit der prinzipiellen Anwendbarkeit des Bargeschäftseinwands unterwarf, durchbrach der Gesetzentwurf die Systematik der besonderen Insolvenzanfechtung im herkömmlichen Verständnis der §§ 130, 131 InsO und sah zugleich eine auch im Rahmen des § 142 InsO schwer begründbare Privilegierung der Einzelvollstreckungsgläubiger gegenüber den auf Quote gesetzten Gesamtvollstreckungsgläubigern vor.[59] § 131 Abs. 1 Satz 2 InsO-E wurde jedoch vor den abschließenden Beratungen im Bundestag durch dessen Rechtsausschuss gestrichen, um eine Privilegierung hoheitlicher Rechtsträger (Finanzkassen und Sozialversicherungsträger) gegenüber privaten Gläubigern zu verhindern.[60]

O 12 Anfechtbar sind nach § 131 Abs. 1 InsO Rechtshandlungen in kritischer Zeit, die einem Insolvenzgläubiger Sicherung oder Befriedigung (Deckung) gewähren oder ermöglichen, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Zumindest bei der letzten Variante („nicht zu der Zeit") lässt sich ein Anwendungsbereich für § 142 InsO nicht von vornherein leugnen.

57 S. dazu Rz. O3, O12 f., O69 mit BGH v. 10.7.1997 – IX ZR 234/96, ZIP 1997, 1551 (1553); BGH v. 16.7.2009 – IX ZR 28/07, NZI 2009, 723 Tz. 2.

58 Aufschlussreich sind insoweit die zu Protokoll gegebenen Reden der Berichterstatter im Rahmen der 2. und 3. Lesung im Bundestag am 16.2.2017, BT-Plenarprotokoll 18/218, S. 21906 (unter 4. = ZInsO 2017, 427, 428), 21911 f., 21912 f.

59 Vgl. hierzu die (oben Fn. 7) genannten ganz überwiegend kritischen Stimmen zu RefE und RegE sowie BT-Drucks. 18/11199, S. 10; differenzierend dagegen *Jungclaus*, KTS 2016, 45 ff.

60 BT-Drucks. 18/11199, S. 11 unter IV zu Art. 1 Nummer 2.

Dagegen scheinen die beiden erstgenannten Fälle nicht mit § 142 InsO zu harmonieren, weil dem Leistungsaustausch eine rechtsgeschäftliche Verknüpfung zugrunde liegen muss. Eine Deckung, die der Anfechtungsgegner nicht oder nicht wie geleistet verlangen konnte, scheint dem zu widersprechen.[61] Das ist aber bei näherer Betrachtung nicht der Fall. Denn § 131 InsO betrifft ausschließlich die anfechtbare Deckungshandlung des Schuldners oder eines Dritten, wie in Fällen der Pfändung eines zum Vermögen des Schuldners gehörenden Gegenstandes. Dass der Anfechtungsgegner keinen Anspruch darauf hatte, spielt nur für § 131 InsO und dessen Abgrenzung von § 130 InsO eine Rolle, nicht dagegen für den Einwendungstatbestand des § 142 InsO (**Trennung von Anfechtungsgrund und Anfechtungsausschluss**). Die hierfür entscheidende Frage, ob die Gegenleistung des anderen Teils (Anfechtungsgegners) dem Schuldnervermögen einen gleichwertigen Ausgleich zugeführt hat,[62] so dass *deshalb* eine Benachteiligung der Gläubigergesamtheit ausgeschlossen ist, ist jedenfalls unabhängig von der Feststellung des konkreten Anfechtungsgrundes zu prüfen.[63]

O 13 Das von der inzwischen herrschenden Gegenansicht vorausgesetzte systematische Verständnis der §§ 130 ff., 142 InsO ist daher dogmatisch nicht haltbar. Es beruht der Sache nach auf der mit Inkrafttreten des § 142 InsO überholten Annahme einer **Einheit von Anfechtungsgrund und Anfechtungsausschluss**, die der zutreffenden höchstrichterlichen Erkenntnis von der Notwendigkeit einer strikten Trennung beider Aspekte des anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs widerspricht (s. Rz. O9). Darüber hinaus steht auch der *Wortlaut des § 142 InsO* einer Ausgrenzung der Fälle inkongruenter Deckung entgegen. Die besondere Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, die mit den Worten *„für die“* vorgegeben ist, zwingt nicht zu der Annahme, der Anfechtungsgegner müsse einen synallagmatisch oder ähnlich verbundenen Anspruch auf die Leistung des Schuldners haben, wie dies von der heute herrschenden Meinung vorausgesetzt wird.[64] Eine **berichtigende Auslegung** im restriktiven Sinne dieser Rechtsprechung und der ihr überwiegend folgenden Literatur scheidet daher meines Erachtens aus.[65] Soweit die Gegenansicht inkongruente Deckungen we-

61 BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 328 f.; *Riggert*, FS *Braun*, 2007, S. 139, 157.

62 Zutreffend *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. (2010), Kap. 33 Rz. 36. Vgl. Rz. O115.

63 Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs erst im Anschluss an die Feststellung der Voraussetzungen des § 130 InsO. Dagegen prüft das Bundesarbeitsgericht in BAGE 139, 235 zuerst den Bargeschäftseinwand. S. dazu Rz. O9, O56 f., O134, O176 ff., O239.

64 Siehe pars pro toto *K. Schmidt/Ganter/Weinland*, § 142 Rz. 9; *Braun/Riggert*, § 142 Rz. 14; *Kayser/Thole*, § 142 Rz. 10 m.w.N. Dagegen wie hier *F. Bartels*, S. 198 ff. m.w.N. und dem zutr. Hinweis, die Gegenansicht habe erst aus Massemehrungsgesichtspunkten Verbreitung gefunden; auch bereits *Klinck*, Grundlagen, S. 400 zutr. gegen die These, der BGH habe die Erwägung der Gesetzesverfasser „nur zu Ende gedacht“. Vgl. näher Rz. O49 ff., O57 ff.

65 Im Ergebnis ebenso *Eckardt*, ZIP 1999, 1417, 1421 ff. sowie die zu Rz. O67 bis O69 genannten kritischen Stimmen. A.A. *Kayser/Thole*, § 142 Rz. 10 m.z.N; ebenso bereits HK-InsO/*Kreft*, § 142 Rz. 9, der darin zu Unrecht eine *teleologische Extension* des § 142 InsO sieht; das Gegenteil ist jedoch der Fall, da mit der Anfechtbarkeit gleichwertiger Leistungen nach § 131 InsO der Anwendungsbereich des § 142 InsO restringiert wird. Wie hier *Klinck*, Grundlagen, S. 400.

gen ihrer „Verdächtigkeit" dem Anwendungsbereich des § 142 InsO entziehen will,[66] verkennt sie einerseits die ausdrücklich und eindeutig erst bei § 133 InsO gezogene Grenze des Bargeschäftsprivilegs und andererseits, dass § 131 InsO im Wesentlichen wie § 130 InsO an den Eintritt der materiellen Insolvenz mit einem kritischen Zeitraum von bis zu drei Monaten vor dem Insolvenzantrag anknüpft, mit anderen Worten: da § 142 InsO eine Anfechtung in Fällen ausschließt, in denen der Anfechtungsgegner die materielle Insolvenz kennt (§ 130 Abs. 1 InsO), ist nicht zu rechtfertigen, die Vorschrift nicht anzuwenden, wenn diese Kenntnis aufgrund besonderer Umstände (Inkongruenz der Deckung) vermutet wird (§ 131 Abs. 1 InsO).[67] Dabei ist zu beachten, dass § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO sich zu dem objektiven Tatbestand in Nr. 2 nicht kumulativ, sondern alternativ verhält und allein aus der Inkongruenz der Deckung nicht die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger gefolgert werden darf.[68] Darüber hinaus weist *Klinck* zutreffend darauf hin, dass ein Gläubiger nicht schon durch die Inkongruenz der erhaltenen Deckung einseitig begünstigt wird und deshalb weniger schutzwürdig wäre als der Empfänger einer kongruenten Deckung.[69] Eine Gleichstellung der Fälle des § 131 InsO mit jenen der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung (§ 133 InsO) im Rahmen des § 142 InsO scheidet deshalb grundsätzlich aus.[70] Für eine *teleologische Reduktion* des § 142 InsO fehlt es indes bereits an einer verdeckten Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes.[71] Eine methodisch korrekte Anwendung des § 142 InsO, wie hier vorgeschlagen, erübrigt dagegen notwendige Ausnahmen und Wertungswidersprüche, mithin eine inkonsistente Rechtsanwendung als Folge der gegenwärtig herrschenden Auslegung. Dies wird hier im jeweiligen Sachzusammenhang erläutert.[72]

d) Verhältnis des § 142 InsO zu § 132 InsO

Nach Ansicht von *Henckel* ist die Vorschrift bloße Ergänzung zu § 132 InsO.[73] O 14
Das entspricht der Sache nach dem im Kundenscheckurteil vom 30.9.1993 zur Konkursanfechtung formulierten systematischen Verständnis des Bundesgerichtshofs, der die Bedeutung der Bardeckung darin sah, die Anfechtung nach § 30

66 Vgl. etwa BGH v. 18.4.2002 – IX ZR 219/01, BGHZ 150, 326 (330) zu § 441 Abs. 1 HGB; v. 20.1.2011 – IX ZR 58/10, ZInsO 2011, 423 Tz. 17 (Direktzahlungen des Endmieters); HK-InsO/*Kreft*, § 142 Rz. 9; *Kayser/Thole*, § 142 Rz. 9 f. m.w.N.; *Ganter*, WM 2015, 2117 (2118): „Inkongruente Deckungen sind per se verdächtig …".

67 Vgl. *Schoppmeyer*, ZIP 2012, 1882 (1883) mit *Klinck*, Grundlagen, S. 400 ff.

68 Vgl. BGH v. 18.12.2003 – IX ZR 199/02, BGHZ 157, 242, 250; HK-InsO/*Kreft*, § 131 Rz. 26; s. auch *Annika Röttger*, Die insolvenzanfechtungsrechtliche Rückabwicklung von Anweisungsleistungen, 2013 (Diss. Münster 2012), S. 127 ff. m.w.N.

69 *Klinck*, Grundlagen, S. 334 ff., 400.

70 A.A. ausdrücklich BGH v. 30.3.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 323 f.; v. 7.3.2002 – IX ZR 223/01, BGHZ 150, 122, 130; v. 24.10.2011 – IX ZR 244/09, NZI 2011, 937 Tz. 15 m.w.N.

71 Vgl. allg. etwa BGH v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rz. 22 m.w.N.; BGH v. 21.2.2017 – XI ZR 185/16, z.V.b. in BGHZ = NJW 2017, 1378 (1385) Rz. 65.

72 Siehe im Einzelnen Rz. O57 ff., O66 ff., O72 ff., O77a ff. sowie bereits unten Rz. O15a, O15b, O29j ff. et passim.

73 *Jaeger/Henckel*, § 142 Rz. 2.

Nr. 1 Fall 2 KO (§ 130 InsO) in einem für erforderlich gehaltenen Maße einzuschränken und damit an § 30 Nr. 1 Fall 1 KO (§ 132 InsO) anzupassen. Dahinter steht die Erwägung, dass Rechtsgeschäfte, die unanfechtbar abgeschlossen werden, auch erfüllbar bleiben müssen.[74] Insbesondere sollte ihre kongruente Deckung nicht der Anfechtung nach § 30 Nr. 1 Fall 2 KO (§ 130 InsO) unterliegen.[75] Dieser Auffassung, die einen Kompromiss zwischen überkommener Dogmatik und positivem Recht sucht,[76] kann jedoch nicht gefolgt werden, weil sie die Funktion des § 142 InsO und damit den Spielraum teleologischer Interpretation unnötig verkürzt. Zwar ergibt sich aus dem Zweck des § 132 InsO eine Einschränkung der Deckungsanfechtung.[77] Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, § 142 InsO sei lediglich ein Annex dieser Vorschrift. Vielmehr liegt der Schluss auf einen abweichenden Regelungsgedanken nahe. Wenn in § 142 InsO ausdrücklich der dem § 132 InsO zugrunde liegende Rechtsgedanke normiert wäre, wie *Henckel* meint, bliebe unklar, warum dies erst in § 142 InsO und nicht bereits in § 132 InsO selbst hinreichend geschehen sein soll. Allein die gesonderte Regelung und die systematische Stellung des § 142 InsO sprechen vielmehr für einen weitergehenden Regelungszweck. Diesen sieht *Thole* in der Nähe zur Vorsatzanfechtung; bei § 132 Abs. 1 InsO gehe es nicht um Deckungen und Erfüllungshandlungen, die Vorschrift wolle vielmehr Verschleuderungen von haftendem Vermögen durch den Schuldner zu Lasten der Gläubigergesamtheit verhindern.[78]

O 15 Jedenfalls für § 142 InsO nicht überzeugend ist daher die *konkursanfechtungsrechtliche* Überlegung des Bundesgerichtshofs, die Erfüllbarkeit unanfechtbar geschlossener Verträge werde dadurch sichergestellt, dass „durch die Herausnahme von Bardeckungen aus dem Anwendungsbereich des § 30 Nr. 1 Fall 2 KO (§ 130 InsO) eine dem Erfordernis der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung in § 30 Nr. 1 Fall 1 KO (§ 132 InsO) vergleichbare Voraussetzung geschaffen wird."[79] Die höchstrichterliche Erwägung, unanfechtbar abgeschlossene Rechtsgeschäfte müssten erfüllbar bleiben,[80] ist ebenso zutreffend wie nichtssagend für das Verständnis der Bargeschäftsausnahme. Sie gibt lediglich eine Umschreibung des gefundenen Ergebnisses, nicht jedoch dessen Begründung. Zu klären bleibt, ob das einem Baraustausch gleichwertiger Leistungen zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft nach § 132 InsO überhaupt wirksam angefochten werden kann oder ob auch insoweit der Bargeschäftseinwand entgegensteht.[81] Letzteres

74 So auch BAG v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, BAGE 147, 172 Rz. 47.

75 BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 323.

76 Vgl. eingehend zur dogmengeschichtlichen Entwicklung *Raschke*, Diss. Hamburg 1999, S. 14 ff. (zur älteren) und *Bräuer*, Diss. Kiel 2006, S. 12 ff. (zur jüngeren); ferner *Eckardt*, ZIP 1999, 1417, 1421 ff.; *Riggert*, FS *Braun*, 2007, S. 139, 144 ff.; *Klinck*, Grundlagen, S. 369 ff.; *F. Bartels*, S. 189 ff., jew. m.z.N.

77 *Jaeger/Henckel*, § 142 Rz. 12. Ebenso BAG v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, BAGE 147, 172 Rz. 47 mit BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 323.

78 *Kayser/Thole*, § 131 Rz. 2.

79 BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 323.

80 BAG v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, BAGE 147, 172 Rz. 47 mit BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 323.

81 Für Anfechtbarkeit etwa *Bräuer*, Diss. Kiel 2006, S. 31 mit Fn. 146; *Jaeger/Henckel*, § 142 Rz. 19 a.E., jedoch ohne Begründung. Instruktiv im Zusammenhang mit Kongruenzvereinbarungen für spätere Direktzahlungen die jüngste Rechtsprechung des BGH, s. dazu unten Rz. O15a f., O77a ff.

ist zu bejahen, wenngleich § 142 InsO auf den Leistungsaustausch abstellt und nicht auf den Zeitpunkt oder auf den (Fort-)Bestand der zugrunde liegenden Schuldverhältnisse. Die Vorschrift impliziert, dass Verpflichtungsverträge im kritischen Zeitraum nicht nur erfüllt, sondern auch geschlossen werden können: Abschluss und Erfüllung eines Bargeschäfts sind gleichsam anfechtungsneutral.[82] Unabhängig vom Vorrang der spezielleren Anfechtungstatbestände ist ein Gleichlauf zwischen den beiderseitigen Leistungen und den ihnen zugrunde liegenden Ansprüchen geboten, weil andernfalls Sinn und Zweck der Bargeschäftsausnahme verfehlt würden.[83] Nach bislang herrschender Ansicht spielte § 142 InsO dagegen von vornherein weder für **§ 132 InsO** noch für **§ 133 Abs. 4 InsO (= § 133 Abs. 2 a.F.)** eine Rolle, weil diese Vorschriften eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung voraussetzen[84] und damit ein Bargeschäft begrifflich ausschließen.[85] Die jüngste Rechtsprechung zu (nachträglichen) Kongruenzvereinbarungen erzeugt auch insoweit Diskussionsbedarf.[86] Festzuhalten bleibt jedenfalls die zutreffende, in Anlehnung an die Begründung des Regierungsentwurfs vom 15.4.1992 formulierte Beschreibung des Anwendungsbereichs des § 142 InsO von *Pape* und *Uhlenbruck*: *„Nach dieser Vorschrift sind Rechtshandlungen, die dem Anfechtungsgegner eine kongruente oder inkongruente Deckung verschaffen oder auch eine unmittelbar benachteiligende Wirkung haben* (scil. in Fällen der §§ 130 bis 132 InsO), *nicht anfechtbar, wenn im Gegenzug eine* ***gleichwertige Leistung*** *in die Insolvenzmasse fließt."*[87]

Der somit aus Sinn und Zweck des § 142 InsO folgende Ausschluss der Anfechtbarkeit des dem bargeschäftlichen Leistungsaustausch zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts wird auch bei Direktzahlungen aufgrund nachträglicher Kongruenzvereinbarungen virulent.[88] In diesem Zusammenhang hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass eine in der kritischen Zeit geschlossene **Kongruenzvereinbarung**, die einen Baraustausch ermöglichen soll, als solche nicht Gegenstand der Deckungsanfechtung sein kann und dass eine Kongruenzvereinbarung bis zu dem Zeitpunkt anfechtungsfest getroffen werden kann, O 15a

82 Zutreffend *Jaeger/Henckel*, § 142 Rz. 5; *Uhlenbruck/Ede/Hirte*, § 142 Rz. 3.

83 Darüber besteht Einigkeit *Jaeger/Henckel*, § 142 Rz. 12. Ebenso BAG v. 29.1.2014 – 6 AZR 345/12, BAGE 147, 172 Rz. 47 mit BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 323.

84 Vgl. zu § 133 Abs. 4 InsO (= § 133 Abs. 2 a.F.), auch zur weiten Auslegung des Vertragsbegriffs: BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, WM 2016, 1455 = ZInsO 2016, 1578 = ZIP 2016, 1491 Tz. 13, 32 m.w.N.

85 MK-InsO/*Kirchhof*, § 142 Rz. 22; *Kupka* in *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*, § 142 Rz. 17; *Gottwald/Huber*, § 46 Rz. 80 a.E.; HK-InsO/*Kreft*, § 132 Rz. 6 a.E., anders aber § 142 Rz. 12 a.E. zu § 133 Abs. 4 InsO (= § 133 Abs. 2 a.F.). Näher dazu *Klinck*, Grundlagen, S. 33 ff.; *F. Bartels*, S. 189 ff. m.w.N.

86 Vgl. BGH v. 17.7.2014 – IX ZR 240/13, BauR 2014, 1945 = NJW 2014, 2956 = ZInsO 2014, 1655 = ZIP 2014, 1595 Rn. 23 f.; bestätigt durch BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 = BauR 2016, 818 = NJW 2016, 1012 = WM 2016, 282 = ZInsO 2016, 326 = ZIP 2016, 279; im Ergebnis verneinend, weil die Vereinbarung ihrerseits anfechtbar wäre BGH v. 20.11.2014 – IX ZR 13/14, WM 2015, 53 = ZIP 2015, 42 Tz. 24. Vgl. näher dazu unten Rz. O15a f., O77a ff.

87 *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht, 2. Aufl. (2010), Kap. 33 Rz. 35 (Hervorhebung im Original); BT-Drucks. 12/2443 S. 167 zu § 161, s. Rz. O1.

88 Siehe dazu Rz. O77a ff.