

RALPH ZENGER

Die Insolvenzanfechtung
aus zivilrechtlicher
Perspektive

Studien zum Privatrecht

52

Mohr Siebeck

Studien zum Privatrecht

Band 52



Ralph Zenger

Die Insolvenzanfechtung aus zivilrechtlicher Perspektive

Mohr Siebeck

Ralph Zenger, geboren 1986; Studium der Rechtswissenschaft an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht, Insolvenzrecht und Freiwillige Gerichtsbarkeit an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg; derzeit Rechtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Bamberg.

Zugl.: Dissertation, Universität Erlangen-Nürnberg, 2015.

e-ISBN PDF 978-3-16-154677-8

ISBN 978-3-16-154676-1

ISSN 1867-4275 (Studien zum Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2016 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2015/2016 vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg als Dissertation angenommen.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Jürgen Stamm, für die hervorragende Betreuung der Arbeit. Stets stand er mir mit Rat und ertragreichen Anregungen hilfreich zur Seite. Dass er mir gleichzeitig nahezu grenzenlosen kreativen Freiraum beließ, gleicht fast schon einem Kunststück. Seine Betreuung hat maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Herzlich danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Robert Freitag für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

In Dankbarkeit gewidmet ist dieses Buch meiner Verlobten Sarah sowie meiner Familie, die mir jederzeit zur Seite standen. Insbesondere meinen lieben Eltern, deren liebevolle Förderung und stetes Vertrauen den Grundstein dieser Arbeit bilden, sei an dieser Stelle von Herzen gedankt.

Erlangen, März 2016

Ralph Zenger

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Zielsetzung: Rückbesinnung auf zivilrechtliche Prinzipien	4
I. <i>Materielles Insolvenzrecht und Insolvenzverfahrensrecht</i>	4
II. <i>Der dienende Charakter des Verfahrensrechts</i>	6
§ 3 Zum Einfluss der Insolvenzanfechtung auf die Wirksamkeit anfechtbarer Rechtshandlungen	11
I. <i>Begriff der „Rechtshandlung“ im Sinne von § 129 Abs. 1 InsO</i>	12
II. <i>Auffassungen der klassischen Anfechtungstheorien</i>	14
III. <i>Bewertung im Wege der Gesetzesauslegung</i>	21
§ 4 Untersuchung vergleichbarer zivilrechtlicher Rückgewähr-, Rückgabe- und Herausgabeansprüche	41
I. <i>Primäre Rückgewähr-, Rückgabe und Herausgabeansprüche als Untersuchungsgegenstände</i>	41
II. <i>Potentieller Einwand gegen einen Vergleich aufgrund der Möglichkeit der Anfechtung bloßer Schuldbegründungen</i>	43
III. <i>Einzelne Rückgewähr-, Rückgabe- und Herausgabeansprüche</i>	44
IV. <i>Zusammenfassung</i>	79
V. <i>Auswirkungen auf die Insolvenzanfechtung</i>	80
§ 5 Vergleich der Insolvenzanfechtung mit wirksamkeits- beeinflussenden zivilrechtlichen Regelungen	82

I. Die Vergleichsnormen im Überblick	83
II. Die Vergleichsnormen im Einzelnen	84
III. Die Anfechtungstatbestände unter dem Blickwinkel der guten Sitten	140
IV. Folgen der Wesensverwandtschaft für die Wirkungen der Insolvenzanfechtung	162
§ 6 Die Nichtigkeitsfolge der Insolvenzanfechtung	168
I. Bezugspunkt der Nichtigkeit	168
II. Auswirkung der Anfechtung auf vollstreckbare Titel	178
III. Zeitpunkt des Eintritts der Nichtigkeit	184
§ 7 Die Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge im Einzelnen	188
I. Auswirkungen der Nichtigkeit einzelner Rechtshandlungen	188
II. Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge auf Kollisionfälle	217
§ 8 Vereinbarkeit der Nichtigkeitsfolge mit den Normen bezüglich der übrigen Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung	241
I. Die sekundäre Wertersatzpflicht gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO	241
II. Die Ansprüche des Anfechtungsgegners	246
III. Die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger gemäß § 145 InsO	252
IV. Die Verjährung des Anfechtungsanspruchs gemäß § 146 Abs. 1 InsO	259
V. Zusammenfassung	266
§ 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	267
Literaturverzeichnis	273
Sachregister	289

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1 Einleitung	1
§ 2 Zielsetzung: Rückbesinnung auf zivilrechtliche Prinzipien	4
I. <i>Materielles Insolvenzrecht und Insolvenzverfahrensrecht</i>	4
II. <i>Der dienende Charakter des Verfahrensrechts</i>	6
§ 3 Zum Einfluss der Insolvenzanfechtung auf die Wirksamkeit anfechtbarer Rechtshandlungen	11
I. <i>Begriff der „Rechtshandlung“ im Sinne von § 129 Abs. 1 InsO</i>	12
II. <i>Auffassungen der klassischen Anfechtungstheorien</i>	14
1. Dingliche Theorien	14
a) Rechtsgestaltungstheorie	15
b) Theorie der relativen Unwirksamkeit kraft Gesetzes	15
c) Theorie der sachlich-relativen Unwirksamkeit	16
2. Schuldrechtliche Theorie	17
3. Haftungsrechtliche Theorie	19
4. Zwischenergebnis	21
III. <i>Bewertung im Wege der Gesetzesauslegung</i>	21
1. Gesetzeswortlaut von § 129 Abs. 1 InsO und § 143 Abs. 1 S. 1 InsO	22
2. Rechtsgeschichtliche Entwicklung der Insolvenzanfechtung und Bewertung von § 29 KO	23
a) Der Wortlaut der Regelung des § 29 KO	23
b) Gesetzesmaterialien zur Konkursordnung	26

aa) Konkursordnung vom 10.02.1877	26
(1) Hinweise für eine dingliche Unwirksamkeit	26
(2) Hinweise für einen obligatorischen Anspruch	27
(3) Eigene Bewertung	28
bb) Konkursrechtsnovelle vom 17.05.1898	29
(1) Hinweise für eine dingliche Unwirksamkeit	30
(2) Gegenargumente	31
(3) Eigene Bewertung	32
c) Zwischenergebnis	34
3. Änderungen durch die Insolvenzrechtsreform vom 01.01.1999	34
a) Geänderter Wortlaut von § 129 Abs. 1 InsO	34
b) Gesetzesmaterialien zu § 129 InsO	35
c) Die Einführung einer Verjährungsregelung in § 146 Abs. 1 InsO	36
4. Eigene Stellungnahme	36
§ 4 Untersuchung vergleichbarer zivilrechtlicher Rückgewähr-, Rückgabe- und Herausgabeansprüche	41
I. <i>Primäre Rückgewähr-, Rückgabe und Herausgabeansprüche als Untersuchungsgegenstände</i>	41
1. Rückgängigmachung einer Vermögensverschiebung als gemeinsame Zielsetzung	41
2. Eingrenzung der Untersuchung auf Primäransprüche	42
3. Zwischenergebnis	43
II. <i>Potentieller Einwand gegen einen Vergleich aufgrund der Möglichkeit der Anfechtung bloßer Schuldbegründungen</i>	43
III. <i>Einzelne Rückgewähr-, Rückgabe- und Herausgabeansprüche</i>	44
1. Vertragliche Rückgewähr- und Rückgabeansprüche	45
a) Rückgabe nach Beendigung von Dauerschuldverhältnissen	45
b) Rückabwicklung aufgrund von Rücktritt und Widerruf	47
2. Herausgabeansprüche aus Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag und Geschäftsbesorgung	49
a) Vorbemerkung: § 667, 1. Fall BGB als alleinige Vergleichsnorm	50
b) Rechtliche Beschaffenheit des Auftrages/der Geschäfts- besorgung im Zeitpunkt der Entstehung der Herausgabepflicht	51
3. Bereicherungsrechtliche Herausgabeansprüche	52
a) Vorbemerkung zur Terminologie „Rechtshandlung“ im Rahmen des Bereicherungsrechts	52
b) Fehlen des rechtlichen Grundes als Rechtfertigung der Herausgabe	53

aa) Situation bei der <i>condictio indebiti</i> und der <i>condictio ob causam finitam</i>	54
bb) Situation bei der Nichtleistungskondiktion, § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB	55
cc) Situation bei der <i>condictio ob rem</i>	57
dd) Situation bei § 816 BGB	60
(1) § 816 Abs. 1 S. 1 BGB	61
(2) § 816 Abs. 1 S. 2 BGB	62
(3) § 816 Abs. 2 BGB	65
ee) Situation bei der <i>condictio ob turpem vel iniustam causam</i>	66
ff) Situation bei § 822 BGB	68
c) Zusammenfassung	70
4. Dingliche Herausgabeansprüche	71
a) Herausgabeanspruch des Eigentümers aus § 985 BGB	72
b) Herausgabeanspruch des Pfandgläubigers aus §§ 1227, 985 BGB	73
c) Herausgabeanspruch des Besitzers aus § 861 Abs. 1 BGB	75
d) Herausgabeansprüche des früheren Besitzers aus § 1007 Abs. 1, 2 BGB	75
5. Herausgabeanspruch des Erben gegen den Erbschaftsbesitzer aus § 2018 BGB	77
 IV. Zusammenfassung	 79
 V. Auswirkungen auf die Insolvenzanfechtung	 80
 § 5 Vergleich der Insolvenzanfechtung mit wirksamkeitsbeeinflussenden zivilrechtlichen Regelungen	 82
I. Die Vergleichsnormen im Überblick	83
II. Die Vergleichsnormen im Einzelnen	84
1. Die Geschäftsunfähigkeit	84
a) Umkehrschluss aus § 80 Abs. 1 InsO	85
b) Schutzzwecke	85
c) Tatbestandliche Reichweite	87
d) Maßgeblicher Zeitpunkt der Geschäftsunfähigkeit	88
e) Reichweite in personeller Hinsicht	88
f) Ergebnis	89
2. Die zivilrechtliche Anfechtung	89
a) Die Begriffsbezeichnung	90
b) Die zivilrechtliche Anfechtung als Gestaltungsrecht	91

aa) Verjährungsregelung in § 146 Abs. 1 InsO	91
bb) Fehlende Normierung einer Ausschlussfrist	92
cc) Insolvenzanfechtung: Wertungen gegen Gestaltungsrecht	93
(1) Vertrauensschutz des Anfechtungsgegners	93
(2) Selbstbestimmungsrecht	94
(a) Selbstbestimmungsrecht des Insolvenzschuldners	94
(b) Selbstbestimmungsrecht des Insolvenzverwalters	95
(i) Kein Selbstbestimmungsrecht des Insolvenzverwalters unter Zugrundelegung der Amtstheorie	95
(ii) Gestaltungsrecht auch bei Anerkennung eines Selbstbestimmungsrechts unnötig	96
(c) Zwischenergebnis	97
dd) Zwischenergebnis	97
c) Schutz- und Zielrichtung der zivilrechtlichen Anfechtung	97
aa) Normzweck der Irrtumsanfechtung gemäß § 119 BGB	97
(1) § 119 Abs. 1 BGB	98
(2) § 119 Abs. 2 BGB	99
bb) Normzweck der Täuschungs- und Drohungsanfechtung gemäß § 123 BGB	99
cc) Normzweck der erbrechtlichen Anfechtungstatbestände	101
dd) Zusammenfassung und Vergleich mit dem Normzweck der Insolvenzanfechtung	102
d) Die Existenz von § 122 BGB und § 144 BGB als Ausdruck divergierender Normzwecke	103
aa) § 122 BGB	103
bb) § 144 BGB	104
e) Ergebnis	104
3. Die zivilrechtlichen Rücktrittsregeln	105
a) Der Rücktritt vom Vertrag als Gestaltungsrecht	106
b) Die Normzwecke der Rücktrittsregeln	108
aa) §§ 323, 324 BGB	108
bb) Widerrufsvorschriften	109
cc) Vergleich hinsichtlich des Normzwecks der Insolvenzanfechtung	110
dd) Möglichkeit eines Rückgewährschuldverhältnisses trotz fehlender Vergleichbarkeit mit dem Rücktritt	111
4. Die zivilrechtliche Sittenwidrigkeit	113
a) Die ipso iure eintretende Wirkung des § 138 Abs. 1 BGB	114
b) Vergleich der Normzwecke	115
aa) Normzweck von § 138 Abs. 1 BGB und geschützter Personenkreis	115
(1) Das „Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“	116

(a) Die Sittenordnung	117
(b) Die Wertentscheidungen der Gesamtrechtsordnung	118
(c) Zwischenergebnis	119
(2) Der Kreis der geschützten Personen	119
(a) Die unterlegene Vertragspartei	120
(b) Dritte und die Allgemeinheit	120
(c) Zwischenergebnis	121
(3) Zusammenfassung	121
bb) Normzweck der Insolvenzanfechtung	122
(1) Die <i>par conditio creditorum</i>	122
(a) Die verfahrensgeleitete gemeinschaftliche Gläubigerbefriedigung unter Zurückdrängung des Prioritätsprinzips	122
(b) Die Tatbestände der besonderen Insolvenz- anfechtung	124
(i) §§ 130, 131 InsO	125
(ii) § 132 InsO	126
(2) Die <i>par conditio creditorum</i> unter dem Blickwinkel von Art 3 Abs. 1 GG und Art 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG	126
(a) Die Risikogemeinschaft der Gläubiger	126
(b) Notwendigkeit der Zurückdrängung des Prioritäts- prinzips	127
(c) Fehlender Vertrauensschutz beim Anfechtungs- gegner und Notwendigkeit einer rückwirkenden Gläubigergleichbehandlung	129
(i) Fehlender Vertrauensschutz beim Anfechtungs- gegner	129
(ii) Notwendigkeit einer rückwirkenden Gläubiger- gleichbehandlung	133
(d) Zwischenergebnis	134
(3) Mögliche weitere Normzwecke der Insolvenzanfechtung neben der Sicherstellung der <i>par conditio creditorum</i>	134
(a) Kein abweichender Normzweck in § 133 Abs. 1 InsO	134
(b) Sanierungsgedanke kein eigenständiger Normzweck	136
(c) Zwischenergebnis	137
cc) Die <i>par conditio creditorum</i> als Ausformung der guten Sitten	138
5. Zusammenfassung	139
III. Die Anfechtungstatbestände unter dem Blickwinkel der guten Sitten	140
1. Tatbestand der sittenwidrigen Gläubigerbenachteiligung	140

a) Tatbestandsvoraussetzungen der Sittenwidrigkeit in Fällen der Gläubigerbenachteiligung	141
aa) Sittenwidrige Sicherungsabtretungen	141
(1) Objektive Voraussetzung Gläubigerbenachteiligung	141
(2) Subjektive Voraussetzungen	141
(a) Vorbemerkung zum Terminus „Täuschung“	142
(b) Gläubigerbenachteiligendes Zusammenwirken	142
(3) Zusammenfassung	144
bb) Gesellschaftsvertragliche Abfindungsbeschränkungen	145
(1) Objektive Voraussetzung Gläubigerbenachteiligung	145
(2) Subjektive Voraussetzungen	145
cc) Planmäßige Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit	146
(1) Objektive Voraussetzung Gläubigerbenachteiligung	146
(2) Subjektive Voraussetzungen	146
b) Zusammenfassung	147
2. Anfechtungstatbestände	147
a) Grundvoraussetzung Gläubigerbenachteiligung	147
b) Weitere Voraussetzungen der einzelnen Anfechtungs- tatbestände	148
aa) Vorsätzliche Benachteiligung, § 133 Abs. 1 InsO	148
bb) Deckungsanfechtung, §§ 130, 131 InsO	150
(1) Kongruente Deckung, § 130 InsO	151
(a) § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO	151
(i) Zahlungsunfähigkeit	151
(ii) Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit	152
(b) § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO	153
(i) Eröffnungsantrag	153
(ii) Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags	153
(c) Zusammenfassung	153
(2) Inkongruente Deckung, § 131 InsO	154
(a) § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO	154
(b) § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO	155
(c) § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO	157
(d) Zusammenfassung	157
cc) Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen, § 132 InsO	158
dd) Unentgeltliche Leistungen, § 134 InsO	158
3. Gemeinsames Prinzip	159
a) Tatsächliches Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung	159
b) Kenntnis und Billigung der Gläubigerbenachteiligung	161
c) Zusammenfassung	162

<i>IV. Folgen der Wesensverwandtschaft für die Wirkungen der Insolvenzanfechtung</i>	162
1. Divergierende Rechtsfolgen von §§ 129 ff. InsO und § 138 Abs. 1 BGB	162
2. Eigener Lösungsansatz	164
§ 6 Die Nichtigkeitsfolge der Insolvenzanfechtung	168
I. <i>Bezugspunkt der Nichtigkeit</i>	168
1. Vorüberlegung: Dogmatische Überforderung des Insolvenzanfechtungsrechts durch den Begriff „Rechtshandlung“	169
a) Wortlaut und Begriffsdefinition	169
b) Fehlende Differenzierung als Grund dogmatischer Überforderung	170
c) Überlegungen de lege ferenda	172
2. Rechtsgeschäfte	173
a) Bezugspunkt der Nichtigkeit	173
b) Getrennte Betrachtung von Verpflichtungsgeschäft und Verfügungsgeschäft	173
3. Prozesshandlungen	174
4. Akte der Zwangsvollstreckung	175
5. Realakte	177
6. Zusammenfassung	178
II. <i>Auswirkung der Anfechtung auf vollstreckbare Titel</i>	178
1. Unwirksamkeit des vollstreckbaren Titels	178
2. Vereinbarkeit mit zivilprozessualen Grundsätzen	180
a) Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung und Wirkung des Eröffnungsbeschlusses	181
b) § 141 InsO	182
aa) § 141 InsO als Wertentscheidung	182
bb) Unwirksamkeit als Umsetzung der Wertentscheidung	183
III. <i>Zeitpunkt des Eintritts der Nichtigkeit</i>	184
1. Schwebende Unwirksamkeit bis Verfahrenseröffnung	185
2. Vertrauensschutz und Verkehrsschutz	186
§ 7 Die Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge im Einzelnen	188
I. <i>Auswirkungen der Nichtigkeit einzelner Rechtshandlungen</i>	188

1. Anfechtbare Übertragung von Sachen und Rechten	189
a) Übereignung beweglicher Sachen	189
aa) Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge	189
bb) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	191
cc) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	192
b) Übereignung unbeweglicher Sachen	192
aa) Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge	193
bb) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	193
cc) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	194
c) Die Forderungsabtretung	194
aa) Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge	194
bb) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	195
cc) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	196
d) Exkurs: Die Möglichkeit einer Haftungsklage	197
aa) Rückgewähr in Natur als Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung	198
bb) Keine Differenzierung hinsichtlich Beweglichkeit/Unbeweglichkeit der Sache möglich	199
cc) §§ 883 ff. ZPO als einschlägige vollstreckungsrechtliche Normen	199
dd) Ergebnis	201
2. Anfechtbare schuldrechtliche Rechtsgeschäfte	201
a) Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge	202
b) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	203
c) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	204
3. Anfechtbare Aufhebung von Rechten	206
a) Der Schuldverlass gemäß § 397 BGB	206
aa) Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge	206
bb) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	207
cc) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	208
b) Verzicht auf dingliche Rechte und deren Aufhebung	210
aa) Verzicht auf eine Hypothek gemäß § 1168 Abs. 1 BGB	211
(1) Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge	211
(2) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	212
(3) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	213
bb) Aufhebung der Hypothek gemäß § 1183 BGB	213
(1) Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge	214
(2) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	215
(3) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	216
4. Ergebnis: § 143 Abs. 1 S. 1 InsO als Verweisungsnorm	216
II. <i>Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge auf Kollisionfälle</i>	217
1. Insolvenz des Anfechtungsgegners	218
a) Auswirkungen der Nichtigkeitsfolge	219

aa) Aussonderungsrecht des Insolvenzverwalters	219
bb) Bestätigung durch Wertungsgesichtspunkte	220
b) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	222
c) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	224
aa) Vergleich mit der Situation der Insolvenz des Treuhänders	226
bb) Vergleich mit schuldrechtlichen Herausgabeansprüchen	228
cc) Vergleich mit § 25 Abs. 5 S. 1 DMBilG	229
dd) Wertungen des § 145 Abs. 1 InsO	230
ee) Aussonderungsrecht aufgrund der Interessenlagen	231
d) Zusammenfassung	232
2. Zwangsvollstreckungszugriff von Eigengläubigern des Anfechtungsgegners auf den Anfechtungsgegenstand	232
a) Auswirkungen der Nichtigkeitfolge	234
b) Auswirkungen der haftungsrechtlichen Theorie	235
c) Auswirkungen der schuldrechtlichen Theorie	236
d) Exkurs: Besondere Problematik des § 145 Abs. 2 InsO	237
3. Zusammenfassung	239
§ 8 Vereinbarkeit der Nichtigkeitfolge mit den Normen bezüglich der übrigen Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung	241
I. <i>Die sekundäre Wertersatzpflicht gemäß § 143 Abs. 1 S. 2 InsO</i>	241
1. Sekundäranspruch als Schadensersatzanspruch	241
2. § 143 Abs. 1 S. 2 InsO als einzelfallunabhängiger Anwendungs- garant für §§ 989, 990 BGB	243
a) Direkte Anwendbarkeit von §§ 989, 990 BGB als vermeintlicher Widerspruch zu § 143 Abs. 1 S. 2 InsO	243
b) Praktisches Bedürfnis nach einzelfallunabhängiger Anwend- barkeit von §§ 989, 990 BGB	244
c) Möglichkeit der Anwendung von §§ 989, 990 BGB bei fehlender Rechtshändigkeit oder Bösgläubigkeit	245
3. Gesetzestechisch missglückte Umsetzung	245
II. <i>Die Ansprüche des Anfechtungsgegners</i>	246
1. Das „Wiederaufleben“ der Forderung des Anfechtungsgegners gemäß § 144 Abs. 1 InsO	246
a) Scheinbarer Widerspruch zwischen „Wiederaufleben“ der Forderung und deren Fortbestehen aufgrund mangelnder Erfüllungswirkung	247
b) § 144 Abs. 1 InsO als dilatorische Einrede des Verwalters und Ausschluss des Zurückbehaltungsrechts des Anfechtungs- gegners	248

2. Erstattung der Gegenleistung gemäß § 144 Abs. 2 InsO	249
<i>III. Die Anfechtung gegenüber dem Rechtsnachfolger</i>	
<i>gemäß § 145 InsO</i>	252
1. Anfechtung gegenüber dem Erben oder einem anderen Gesamtrechtsnachfolger gemäß § 145 Abs. 1 InsO	252
2. Anfechtung gegenüber dem Sonderrechtsnachfolger gemäß § 145 Abs. 2 InsO	254
a) Grundlegender Regelungsgehalt von § 145 Abs. 2 InsO	254
b) § 145 Abs. 2 InsO als Erweiterung der Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs	255
c) Vereinbarkeit mit zivilrechtlichen Prinzipien	256
aa) § 145 Abs. 2 Nr. 1 und 2 InsO	256
bb) § 145 Abs. 1 Nr. 3 InsO	257
(1) Durchbrechung des zivilrechtlichen Prinzips der Möglichkeit des unentgeltlichen gutgläubigen Erwerbs	257
(2) Rechtfertigung der Durchbrechung	258
<i>IV. Die Verjährung des Anfechtungsanspruchs</i>	
<i>gemäß § 146 Abs. 1 InsO</i>	259
1. Keine Verjährung bezüglich der Nichtigkeitsfolge	260
a) Anfechtungsanspruch als Bezugspunkt der Verjährung gemäß § 146 Abs. 1 InsO	260
b) Keine abweichende Beurteilung durch Einführung einer Verjährungsfrist in § 146 Abs. 1 InsO	261
c) Parallele im Zivilrecht zur Unverjährbarkeit der Nichtigkeit	261
2. Verjährungsfrist	262
a) Regelmäßige Verjährungsfrist als Widerspruch zur Nichtigkeitsfolge	262
b) Normierung der regelmäßigen Verjährungsfrist als gesetzgeberischer Fehlgriff	264
<i>V. Zusammenfassung</i>	266
 § 9 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	 267
 Literaturverzeichnis	 273
Sachregister	289

Abkürzungsverzeichnis

Hinsichtlich der verwendeten Abkürzungen wird auf folgende Werke Bezug genommen:

Kirchner, Hildebert:

- Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage, Berlin/Boston 2013

Scholze-Stubenrecht, Werner:

- Duden, die deutsche Rechtschreibung, 26. Auflage, Berlin 2013

§ 1 Einleitung

Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit ist das Recht der Insolvenzanfechtung, das in §§ 129 bis 147 InsO normiert ist. Im Gegensatz zu den Regelungen der §§ 80 ff. InsO, die eine gläubigerbenachteiligende Verkürzung der Insolvenzmasse durch den Schuldner nach Verfahrenseröffnung vermeiden sollen, knüpft die Insolvenzanfechtung an gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen an, die bereits vor Verfahrenseröffnung vorgenommen worden sind.¹

Durch Rechtshandlungen, die vor Verfahrenseröffnung vorgenommen werden und durch die in negativer Weise auf das Vermögen des späteren Insolvenzschuldners eingewirkt wird, können Insolvenzgläubiger mindestens ebenso benachteiligt werden wie durch Eingriffe in die Masse nach Verfahrenseröffnung. Langjährige Erfahrungen zeigen, dass es gerade in der Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu Handlungen kommt, durch die einzelne Gläubiger des späteren Insolvenzschuldners hinsichtlich ihrer Forderungen befriedigt werden, wohingegen andere Gläubiger aufgrund der im Verfahren erreichten niedrigen Quote das Nachsehen haben.²

Das Recht der Insolvenzanfechtung verfolgt den Zweck, Vermögensverschiebungen, die aufgrund solcher Handlungen zustande gekommen sind, rückgängig zu machen.³ Hierdurch soll das den Gläubigern haftende Schuldnervermögen, die Insolvenzmasse, wieder in den Zustand zurückgeführt werden, den es ohne diese Handlung aufgewiesen hätte.⁴ Zugleich soll die Insolvenzmasse von Verbindlichkeiten befreit werden, die vor Verfahrenseröffnung in missbilligenswerter Weise begründet wurden.⁵ Durch die Einwirkungsmöglichkeit auf bestimmte Rechtshandlungen, deren Voraussetzungen in den einzelnen Anfechtungstatbeständen der §§ 130 ff. InsO näher bestimmt werden, soll die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger, die sogenannte *par conditio creditorum*, sichergestellt werden.⁶

¹ *Hirte/Ede* in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 1; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann, InsO, § 129 Rn. 5.

² *Bork* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Vor § 129 Rn. 1; *Kirchhof* in: MüKo-InsO, Vor §§ 129–147 Rn. 2; *Zeuner* in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, § 129 Rn. 1.

³ BT-Drucks. 12/2443, S. 156, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 335; *Kirchhof* in: MüKo-InsO, Vor §§ 129–147 Rn. 2; *Kreft* in: HK-InsO, § 129 Rn. 1.

⁴ *Kirchhof* in: MüKo-InsO, Vor §§ 129–147 Rn. 2.

⁵ *Kirchhof* in: MüKo-InsO, Vor §§ 129–147 Rn. 2.

⁶ *Bork* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Vor § 129 Rn. 1; *Dauernheim* in: FK-InsO, § 129 Rn. 1;

Das Recht der Insolvenzanfechtung weist zahlreiche Detailprobleme auf, die zu juristischen Streitigkeiten geführt haben und auch in Zukunft führen werden und die dazu in der Lage sind, ganze juristische Bibliotheken zu füllen. Die hier durchgeführte Untersuchung widmet sich indes nicht solchen Detailproblemen, sondern befasst sich mit dem juristischen „Urproblem“ der Insolvenzanfechtung, deren Wirkungsweise.

Seit jeher ist die konkrete Wirkung der Insolvenzanfechtung, also deren systematische⁷ beziehungsweise dogmatische⁸ Einordnung respektive Rechtsnatur,⁹ umstritten.¹⁰ Es geht dabei um die Frage, welchen Einfluss die Insolvenzanfechtung auf die Wirksamkeit einer anfechtbaren Rechtshandlung hat und daraus resultierend, welche rechtliche Qualität dem primären Rechtsfolgenanspruch aus § 143 Abs. 1 S. 1 InsO zuzugestehen ist. Je nachdem, wie man die Rechtswirkung der Insolvenzanfechtung bestimmt, resultieren daraus weitreichende Folgen für bestimmte Fallkonstellationen. Die weitreichendsten Folgen ergeben sich in den sogenannten „Kollisionsfällen“,¹¹ in denen es darum geht, dass das Anfechtungsrecht des Insolvenzverwalters mit möglichen Ansprüchen von Eigengläubigern des Anfechtungsgegners konkurriert.

Zur Beantwortung der Frage nach der Rechtsnatur der Insolvenzanfechtung haben sich im Laufe der Zeit verschiedene Theorien entwickelt, die sich in die drei Kategorien der dinglichen, schuldrechtlichen und haftungsrechtlichen Theorien einordnen lassen. Dabei stehen sich die dingliche Theorie und die schuldrechtliche Theorie bei der Bestimmung der Wirkung der Insolvenzanfechtung konträr gegenüber, während die haftungsrechtliche Theorie eine Art Mittelposition einnimmt.

Bei der Auseinandersetzung mit diesen Theorien fällt auf, dass oftmals rein insolvenzrechtsspezifische Erwägungen zur Begründung angestellt werden. Diese Arbeit verfolgt demgegenüber einen anderen Ansatz. Es wird versucht, die Wirkung der Insolvenzanfechtung stärker an zivilrechtliche Grundprinzipien anzuknüpfen. Es soll dadurch ein nachvollziehbares Lösungsmodell entwickelt werden, das sich so weit wie möglich in Einklang mit Grundwertungen des Zivilrechts befindet.

Ehricke in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 1; *Hirte/Ede* in: Uhlenbruck, InsO, § 129 Rn. 1; *Kirchhof* in: MüKo-InsO, Vor § 129–147 Rn. 1 f.

⁷ So lautet der Titel der Habilitationsschrift von *Gerhardt* „Die systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung“.

⁸ So die Bezeichnung unter anderem von *Dauernheim* in: FK-InsO, § 129 Rn. 3; *Henckel* in: Jaeger, InsO, § 129 Rn. 9; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann, InsO, § 143 Rn. 3.

⁹ So die Bezeichnung unter anderem von *Bork/Gehrlein*, Aktuelle Probleme, Rn. 845; *Bork* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Vor § 129 Rn. 5; *Dauernheim* in: FK-InsO, § 129 Rn. 3; *Hess* in: Hess, InsO, § 143 Rn. 11; *Kirchhof* in: MüKo-InsO, Vor §§ 129–147 Rn. 11; *Nerlich* in: Nerlich/Römermann, InsO, § 143 Rn. 3; *Rogge/Leptien* in: Hamburger Kommentar, InsO, Vorbem. zu §§ 129 ff. Rn. 1; *Zeuner* in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, § 129 Rn. 4.

¹⁰ *Allgayer*, Rechtsfolgen und Wirkungen, Rn. 8.

¹¹ So die treffende Bezeichnung von *Sieber*, Rechtsnatur der Gläubigeranfechtung, S. 157.

Der Gang der Untersuchung stellt sich wie folgt dar: Zunächst wird geklärt, inwiefern eine Anknüpfung des Insolvenzanfechtungsrechts an zivilrechtliche Prinzipien überhaupt nötig und möglich ist.¹² Daran anschließend werden grundlegende Betrachtungen hinsichtlich des Einflusses der Insolvenzanfechtung auf die Wirksamkeit einer anfechtbaren Rechtshandlung angestellt.¹³ Im Rahmen dieses Untersuchungspunkts wird zunächst der Frage nachgegangen, wie sich die verschiedenen Anfechtungstheorien zu dem Grundproblem der Wirkungen der Insolvenzanfechtung verhalten. Weiterhin ist zu untersuchen, inwiefern der Wortlaut von § 129 Abs. 1 InsO und § 143 Abs. 1 S. 1 InsO als Zentralnormen des Insolvenzanfechtungsrechts Rückschlüsse auf die Wirkungsweise zulässt. Auch die rechtsgeschichtliche Entwicklung des Insolvenzanfechtungsrechts sowie die einschlägigen Gesetzesbegründungen werden auf ihren möglichen Einfluss hin untersucht.

Um dem Ziel dieser Arbeit, zivilrechtlichen Prinzipien größeren Raum bei der Bestimmung der Wirkungsweise der Insolvenzanfechtung einzuräumen, Rechnung zu tragen, werden in einem weiteren Schritt Rückgewähr-, Rückgabe-, und Herausgabeansprüche aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch auf eine mögliche gemeinsame Grundstruktur hin untersucht, da auch § 143 Abs. 1 S. 1 InsO eine auf Rückgewähr gerichtete Rechtsfolge bereithält.¹⁴ Anschließend wird die Insolvenzanfechtung einem Vergleich mit zivilrechtlichen Normen unterzogen, die Auswirkungen auf die Wirksamkeit von Rechtshandlungen haben.¹⁵

Das infolge dieser Untersuchung entwickelte Modell¹⁶ wird anschließend im Einzelnen hinsichtlich seines Einflusses auf ausgewählte anfechtbare Rechtshandlungen sowie den Auswirkungen auf problematische Kollisionsfälle untersucht.¹⁷ Dabei soll herausgefunden werden, ob praxistaugliche Ergebnisse erzielt werden können. In einem letzten Schritt muss das gefundene Modell zeigen, ob es sich mit dem Inhalt derjenigen Vorschriften vereinbaren lässt, welche die übrigen Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung regeln.¹⁸

¹² Siehe § 2, S. 4 ff.

¹³ Siehe § 3, S. 11 ff.

¹⁴ Siehe § 4, S. 41 ff.

¹⁵ Siehe § 5, S. 82 ff.

¹⁶ Siehe § 6, S. 168 ff.

¹⁷ Siehe § 7, S. 188 ff.

¹⁸ Siehe § 8, S. 241 ff.

§ 2 Zielsetzung: Rückbesinnung auf zivilrechtliche Prinzipien

I. Materielles Insolvenzrecht und Insolvenzverfahrensrecht

In § 1 S. 1 InsO heißt es:

„Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen, indem das Vermögen des Schuldners verwertet und der Erlös verteilt oder in einem Insolvenzplan eine abweichende Regelung insbesondere zum Erhalt des Unternehmens getroffen wird.“

Das Insolvenzverfahren ist ein Zivilverfahren.¹ Es handelt sich nach allgemeiner Meinung nicht um ein Erkenntnisverfahren,² sondern vielmehr um ein Gesamtvollstreckungsverfahren.³ Auch wenn der Bundesgerichtshof die Insolvenzverfahrensöffnung aufgrund des Ziels und Zwecks des Insolvenzverfahrens in die Nähe der Entscheidungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerückt sieht,⁴ hat der Gesetzgeber durch die Regelung des § 4 InsO hinsichtlich der Anwendbarkeit der Vorschriften der Zivilprozessordnung entschieden, dass das Insolvenzverfahren kein Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist.⁵

Das Insolvenzrecht enthält „[...] die Summe aller Rechtsvorschriften, die den existenzbedrohenden Zustand eines Schuldners oder Schuldnerunternehmens regeln.“⁶ Die Vorschriften setzen sich aus verfahrensrechtlichen sowie materiell-rechtlichen Regelungen zusammen,⁷ deren Trennung im Bereich des Insolvenzrechts

¹ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 3.03.

² *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, § 38 Rn. 3; *Pape* in: Uhlenbruck, InsO, § 1 Rn. 2.

³ *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1.9; *Jauernig/Berger*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, § 38 Rn. 3; *Pape* in: Uhlenbruck, InsO, § 1 Rn. 2; im Ergebnis auch *Schmerbach* in: FK-InsO, § 1 Rn. 2, auch wenn dieser unter anderem mit Verweis auf das Antragsrecht des Schuldners sowie die Verteilung der Masse, die nicht durch staatliche Organe erfolgt sondern durch einen eigenverantwortlich handelnden Insolvenzverwalter, einer Einordnung des Insolvenzrechts als reinem Vollstreckungsrecht widerspricht, siehe § 1 Rn. 3.

⁴ BGHZ 95, 256 (265); ähnlich *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 3.05.

⁵ BayObLG NJW 1989, 44 (44); *Bork*, Einführung, Rn. 55; *Pape* in: Uhlenbruck, InsO, § 1 Rn. 2.

⁶ *Pape* in: Uhlenbruck, InsO, § 1 Rn. 2.

⁷ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.05, 3.01 ff.; *Henckel* in: Jaeger, InsO, Einleitung Rn. 69; *Pape* in: Uhlenbruck, InsO, § 1 Rn. 2; *Schmerbach* in: FK-InsO, § 1 Rn. 15.

bisweilen als „unausführbar erscheinen“ mag.⁸ Die ersten beiden Teile der Insolvenzordnung beinhalten verfahrensrechtliche Vorschriften, die sich mit den allgemeinen Bestimmungen über das Insolvenzverfahren (§§ 1–10 InsO), dem Eröffnungsverfahren und den Eröffnungsgründen (§§ 11–34 InsO), der Definition der Insolvenzmasse (§§ 35–37 InsO), der Klassifizierung der verschiedenen Gläubigergruppen (§§ 38–55 InsO), der Stellung des Insolvenzverwalters (§§ 56–66 InsO) und den Organen der Gläubigerselbstverwaltung (§§ 67–79 InsO) beschäftigen. Erst der dritte Teil der Insolvenzordnung, in dem die hier behandelte Insolvenzanfechtung geregelt ist, enthält unter der amtlichen Überschrift „Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens“ materielles Insolvenzrecht.⁹

Durch die Insolvenzanfechtung sollen Vermögensverschiebungen, die aufgrund ihrer zeitlichen Nähe zur Verfahrenseröffnung oder unter Bedingungen, die eine Rückgewähr zur Insolvenzmasse rechtfertigen, vorgenommen worden sind, rückgängig gemacht werden.¹⁰ Hierdurch wird auf die durch bestimmte rechtliche Handlungen wie Übereignungen, Forderungsabtretungen oder Vertragsschlüsse herbeigeführte Vermögenszuordnung eingewirkt, um den status quo ante wiederherzustellen. Es geht also darum, auf die Insolvenzmasse Einfluss zu nehmen, indem vorrangig¹¹ materiell-rechtliches Handeln seiner Wirkungen beraubt wird.

Es stellt sich dabei die Frage, ob die Regelungen über die Insolvenzanfechtung formelles Recht darstellen oder materiell-rechtlichen Gehalt besitzen. Die Abgrenzung hinsichtlich der Zugehörigkeit einer Norm zum Verfahrensrecht oder zum materiellen Privatrecht erfolgt funktional.¹² Sollten die Regelungen bezüglich der Insolvenzanfechtung solche mit materiell-rechtlichem Gehalt sein, können sie auf zivilrechtliche Grundprinzipien zurückgeführt werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt die zentrale Rechtsquelle hinsichtlich des materiellen Zivilrechts dar,¹³ weshalb seine Prinzipien und Grundstrukturen sämtliche Normen mit materiell-rechtlichem Gehalt durchdringen.

Das Zivilverfahrensrecht ist dazu geschaffen, ein „[...] geregelte[s] Verfahren, das der Erkenntnis und Durchsetzung privater Rechte durch gerichtliche Entscheidung dient“,¹⁴ bereitzustellen,¹⁵ etwa durch Regelungen hinsichtlich des Verfahrensgangs oder der Verfahrensbeteiligten. Diese Normen sind jedoch grundsätzlich

⁸ So schon der Gesetzgeber der Konkursordnung von 1877 in der Entwurfsbegründung, *Hahn/Mugdan*, Band 4, S. 37; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 3.01.

⁹ *Pape* in: Uhlenbruck, InsO, § 1 Rn. 2.

¹⁰ *Dauernheim* in: FK-InsO, § 129 Rn. 1.

¹¹ Zur Anfechtung von Prozesshandlungen und Akten der Zwangsvollstreckung siehe S. 174 ff.

¹² *Brehm* in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 1 Rn. 33; *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 26.

¹³ MüKo-BGB, Vorwort.

¹⁴ *Säcker* in: MüKo-BGB, Einl. Rn. 6.

¹⁵ Ebenso BGHZ 161, 138 (143); *Brehm* in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 1 Rn. 5; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 3; *Musielak* in: Musielak/Voit, ZPO, Einl. Rn. 5; *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 8; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 7; *Saenger* in: Saenger, ZPO, Einführung Rn. 3; *Stamm*, KTS 2011, 421 (422); *Volkommer* in: Zöller, ZPO, Einleitung Rn. 39.

nicht dazu geeignet, materiell-rechtliche Folgen herbeizuführen. Folgen für das materielle Recht werden alleine durch Normen mit materiell-rechtlichem Inhalt herbeigeführt. Dies zeigt ein Blick auf die Vorschriften der §§ 103 ff. InsO, die das Wahlrecht des Insolvenzverwalters und die Erfüllung von vor Verfahrenseröffnung begründeten Rechtsgeschäften behandeln. Auch hier wird nicht nur rein verfahrenstechnisch, sondern in materiell-rechtlicher Weise auf Rechtsverhältnisse eingewirkt, sei dies durch Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters oder automatisch durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Als Beispiele seien hier nur das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 Abs. 1 InsO, die Sonderkündigungsrechte nach §§ 109 Abs. 1, 113 InsO sowie das Erlöschen von Aufträgen und Geschäftsbesorgungsverträgen gemäß §§ 115, 116 InsO genannt.

Nur Regelungen mit ihrerseits eigenem materiell-rechtlichem Gehalt vermögen es, einen derartigen Einfluss auf die durch materiell-rechtliches Handeln gestaltete Vermögenszuordnung auszuüben. Es erscheint rechtstechnisch kaum vorstellbar, materiell-rechtliche Vorgänge und die durch sie geschaffenen Zustände lediglich durch rein verfahrensrechtliche Vorschriften ohne zumindest materiellen Kern derart stark zu beeinflussen.

Die von der Insolvenzanfechtung bezweckten Folgen können deshalb aus funktionaler Sicht ausschließlich durch materiell-rechtliche Regelungen herbeigeführt werden. Aus diesem Grund beinhalten die §§ 129–147 InsO Regelungen, die sich mit den Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung, ihren Rechtsfolgen und Wirkungen auseinandersetzen, mithin Vorschriften mit materiell-rechtlichem Inhalt.¹⁶ Rein verfahrensrechtliche Vorschriften gibt es in diesem Bereich der Insolvenzordnung hingegen nicht.

Auch wenn damit festgestellt ist, dass die Regeln über die Insolvenzanfechtung solche mit materiell-rechtlichem Gehalt sind, gehören sie systematisch doch zum Insolvenzverfahren. Sie sind mit dem Gesamtvollstreckungsverfahren untrennbar verbunden. Zwischen den materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften der Insolvenzordnung bestehen „enge Wechselwirkungen“.¹⁷ Das ist folgerichtig, da eine Insolvenzanfechtung naturgemäß nur im eröffneten Insolvenzverfahren möglich ist, die Insolvenzanfechtung also von dem nach den Regeln der Insolvenzordnung eröffneten Verfahren abhängig ist.

II. Der dienende Charakter des Verfahrensrechts

Aufgrund des materiell-rechtlichen Gehalts der Regelungen der Insolvenzanfechtung und deren Einbettung in das Insolvenzverfahren gilt es, das Verhältnis von materiellem Zivilrecht und Verfahrensrecht zu bestimmen. Möglicherweise können

¹⁶ *Ganter/Lohmann* in: MüKo-InsO, Vor §§ 2 bis 10 Rn. 2 a.

¹⁷ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 3.02.

zivilrechtliche Prinzipien für das Recht der Insolvenzanfechtung fruchtbar gemacht werden, wodurch für die dogmatische Einordnung hinsichtlich der Wirkungen der Insolvenzanfechtung eine Richtungsentscheidung vorgezeichnet sein kann. Es ist deshalb eine Untersuchung des Verhältnisses von materiellem Zivilrecht und Verfahrensrecht angezeigt.

Das materielle Zivilrecht beinhaltet „Regelungen für die in Selbstbestimmung und Selbstverantwortung getroffenen Entscheidungen gleichberechtigter Bürger“.¹⁸ Es hat die Entstehung und den Inhalt von Rechtsverhältnissen und den Erwerb von subjektiven Rechten zum Gegenstand.¹⁹ Die Verwirklichung dieser Rechte hat das Zivilrecht jedoch grundsätzlich – zu beachten ist die Selbsthilfe (§§ 229, 859 BGB) – nicht zum Ziel.²⁰ Die Normen des materiellen Zivilrechts beinhalten folglich diejenigen Grundlagen, zusammengesetzt aus Anspruchsgrundlagen und Gegennormen, die im Streitfall letztlich den Richter zu einem Urteil führen.²¹

Demgegenüber hat das Verfahrensrecht den Zweck, das aus dem Zivilrecht fließende Recht des Einzelnen festzustellen und notfalls auch durchzusetzen.²² Da dies notwendigerweise unter Mitwirkung hoheitlich handelnder Staatsorgane geschieht, stellt das Verfahrensrecht anders als das materielle Zivilrecht ein Teilgebiet des öffentlichen Rechts dar.²³

Es lässt sich somit eine gewisse Zweigliedrigkeit zwischen materiellem Zivilrecht einerseits und Verfahrensrecht andererseits konstatieren. Das materielle Zivilrecht, aus dem der Einzelne seine Ansprüche ableitet, wird mit Hilfe des Verfahrensrechts verwirklicht.²⁴ Aus diesen Überlegungen wird weithin der sogenannte dienende Charakter des Verfahrensrechts abgeleitet.²⁵ Gemeint ist damit jedoch

¹⁸ So *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.05; ähnlich *Köhler*, BGB AT, § 2 Rn. 2; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 1 Rn. 1.

¹⁹ *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 12; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 21.

²⁰ *Säcker* in MüKo-BGB, Einl. Rn. 5.

²¹ *Schellhammer*, Zivilprozess, Einleitung Rn. 3.

²² BGHZ 161, 138 (143); *Brehm* in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 1 Rn. 5; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 3; *Musielak* in: Musielak/Voit, ZPO, Einl. Rn. 5; *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 8; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 7; *Säcker* in: MüKo-BGB, Einl. Rn. 6; *Saenger* in: Saenger, ZPO, Einführung Rn. 3; *Stamm*, KTS 2011, 421 (422); *Volkommer* in: Zöllner, ZPO, Einleitung Rn. 39.

²³ *Brehm* in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 1 Rn. 118; *Brox/Walker*, BGB AT, § 1 Rn. 12; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 13; *Köhler*, BGB AT, § 2 Rn. 12, 15; *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 23; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 23; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, § 1 Rn. 34f., sehen das Prozessrecht zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht angesiedelt.

²⁴ *Brehm* in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 1 Rn. 5; *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 25.

²⁵ *Brehm* in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 1 Rn. 5, 92; *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, S. 10; *Krüger*, NJW 1990, 1208 (1208); *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 25; *Säcker* in: MüKo-BGB, Einl. Rn. 7; *Stamm*, KTS 2011, 421 (422); a. A. *Zöllner*, AcP 190 (1990), 471 (486); ebenso wohl *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140 (152), der einen substantiellen Unterschied zwischen materiellem Privatrecht und Verfahrensrecht sieht, der es verbiete, die Materien mit

nicht, dass das Verfahrensrecht nur eine Art unselbstständiges Anhängsel des materiellen Rechts ist.

Dies kann deshalb nicht der Fall sein, da das Verfahrensrecht einer eigenen Dogmatik folgt und insofern gegenüber dem Zivilrecht eigenständig ist.²⁶ So kennt das Zivilverfahrensrecht eigene Begrifflichkeiten, die zwar dem Namen nach auch im materiellen Zivilrecht vorkommen wie Einrede, Anerkenntnis und Verzicht, die allerdings im Verfahrensrecht aufgrund von dessen Besonderheiten einen anderen Inhalt haben.²⁷ Auch der Begriff „Anspruch“ wird sowohl in der Zivilprozessordnung (§ 322 ZPO) als auch im Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 194 BGB) scheinbar synonym verwendet, ist jedoch in seiner Bedeutung jeweils unterschiedlich zu beurteilen.²⁸ Ein Grund hierfür ist die mangelhafte gesetzgeberische Abstimmung bei der Kodifizierung der Zivilprozessordnung von 1877 und des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1896 und die sich daran anschließende wesentlich stärkere Ausdifferenzierung der zivilrechtlichen Dogmatik.²⁹ Zudem stellt sich das Problem der Willensmängel im materiellen Zivilrecht anders als im Prozessrecht,³⁰ um nur einige Beispiele für die Eigenständigkeit des Verfahrensrechts zu nennen.

Der dienende Charakter des Verfahrensrechts muss folglich etwas anderes bedeuten. Schon der geistige Vater der österreichischen Zivilprozessordnung, *Franz Klein* (1854–1926), stellte im Zusammenhang mit der dienenden Funktion des Prozessrechts fest: „Der Proceß [sic!] ist ein Mittel zur Feststellung des materiellen Rechts und muß es bleiben.“³¹ Aus der Überlegung, dass das Verfahrensrecht nicht reines Zweckmäßigkeitserecht für ein geordnetes Verfahren ist³² und auch kein „l'art pour l'art“ darstellt,³³ sondern letztlich materiell-rechtliche Ansprüche feststellen soll beziehungsweise im Falle des Insolvenzverfahrens ein Verfahren zur „bestmögliche[n] Befriedigung der Gläubiger“³⁴ bereitstellen soll, folgt etwas Anderes:

Das Insolvenzverfahrensrecht wird wie jedes andere Verfahrensrecht auch durch das materielle Recht geprägt und strukturiert, da es dessen Schutz und Verwirklichung sicherstellen soll.³⁵ Gleichzeitig betrifft das Insolvenzrecht seinerseits das

Regelungszwecken aus dem jeweils anderen Bereich zu betrauen und formelle und materielle Rechtssätze auszutauschen.

²⁶ *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 26 f.

²⁷ *Brehm* in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 1 Rn. 68; *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 27; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 23.

²⁸ *Brehm* in: Stein/Jonas, ZPO, vor § 1 Rn. 68; *Jauernig/Hess*, Zivilprozessrecht, § 2 Rn. 12; *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 27; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 23.

²⁹ *Säcker* in: MüKo-BGB, Einl. Rn. 6; ähnlich *Brehm* in: Stein/Jonas, vor § 1 Rn. 67.

³⁰ *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 23.

³¹ *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, S. 11.

³² *Rauscher* in: MüKo-ZPO, Einleitung Rn. 28.

³³ *Säcker* in: MüKo-BGB, Einl. Rn. 7; in diese Richtung auch *Klein*, Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses, S. 11.

³⁴ BT-Drucks. 12/2443 S. 108, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, S. 153.

³⁵ *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rn. 1.05.

materielle Zivilrecht, da es dieses prägt und formt, teilweise sogar gegenüber den herkömmlichen Regeln „deformiert“.³⁶ Diese „Wechselwirkungen“³⁷ respektive „Wechselbeziehungen“³⁸ werden deutlich bei der Aussonderungsmöglichkeit gemäß § 47 S. 1 InsO hinsichtlich einzelner materiell-rechtlicher Rechtspositionen. Hier wird durch § 47 S. 2 InsO auf die außerhalb des Insolvenzverfahrens geltenden Gesetze verwiesen, vornehmlich also auf das Bürgerliche Gesetzbuch, welches die Hauptregelungsquelle für Aussonderungsrechte wie das Eigentum ist. Im Gegensatz zur Dogmatik des Bürgerlichen Gesetzbuchs wird jedoch das Sicherungseigentum anders behandelt als das reguläre Eigentum, indem dieses nicht der Aussonderung, sondern der abgesonderten Befriedigung unterstellt wird, § 51 Nr. 1 InsO.³⁹ Ebenso können die Regelungen der §§ 103 ff. InsO in diesem Zusammenhang genannt werden. Hierdurch wird der dem Zivilrecht grundlegende Satz *pacta sunt servanda* durchbrochen.⁴⁰ Auch das Insolvenzanfechtungsrecht beinhaltet Sonderregelungen hinsichtlich der Verfügungsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Anforderungen an deren Wirksamkeit.⁴¹ All diese insolvenzrechtlichen Regelungen mit materiell-rechtlichem Gehalt knüpfen an zivilrechtliche Regelungen und den diesen zugrunde liegenden Strukturen und Prinzipien an.⁴²

Folglich wird das Insolvenzrecht von zivilrechtlichen Strukturen beherrscht.⁴³ Die vom Bürgerlichen Gesetzbuch ausgehenden Impulse prägen das Insolvenzrecht.⁴⁴ In Fällen, in denen das Verfahrensrecht nicht nur rein verfahrensmäßig dem materiellen Zivilrecht zur Geltung verhelfen soll, etwa indem es Regelungen hinsichtlich des Prozessganges bereit hält, sondern in materiell-rechtlicher Weise auf rechtliche Vorgänge einwirkt, wie dies die Insolvenzanfechtung tut, ist es daher angebracht, diese Wirkungen an zivilrechtliche Normen und Wertungen rückanzuknüpfen, soweit dies möglich ist.⁴⁵ Nur so kann verhindert werden, dass das Verfahrensrecht tatsächlich zu einem *l'art pour l'art* wird und dabei das materielle Zivilrecht, um dessen Feststellung und Durchsetzung es letztlich im Verfahrensrecht geht, zusehends aus dem Blick gerät. Die Gebote der Rechtseinheit und Rechtssicherheit verlangen, dass das Verfahrensrecht sich nicht soweit verselbstständigt, dass dabei die Basis des Zivilrechts verlassen wird.⁴⁶ So hat schon der Gesetzgeber der Konkursordnung von 1877 das Verhältnis von materiellem und formellem Recht auf dem Gebiet des Konkursrechts wie folgt beschrieben:

³⁶ Gerhardt, AcP 200 (2000), 426 (427); ähnlich Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.06.

³⁷ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 3.02.

³⁸ Gerhardt, AcP 200 (2000), 426 (427).

³⁹ Gerhardt, AcP 200 (2000), 426 (427, 431); Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.06.

⁴⁰ Gerhardt, AcP 200 (2000), 426 (430); Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.06.

⁴¹ Gerhardt, AcP 200 (2000), 426 (431).

⁴² Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.06.

⁴³ Häsemeyer, Insolvenzrecht, Rn. 1.05.

⁴⁴ Gerhardt, AcP 200 (2000), 426 (427).

⁴⁵ a. A.: Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Rn. 18.7.

⁴⁶ Stamm, KTS 2011, 421 (422).