

## Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz

[www.NZI.Beck.de](http://www.NZI.Beck.de)

In Zusammenarbeit mit der  
Neuen Juristischen Wochenschrift  
herausgegeben von

Prof. Dr. M. Ahrens  
VorsRiLAG Dr. W. Berkowsky  
RA/WP Dr. E. Braun  
Prof. Dr. G. Crezelius  
RA M. Drasdo  
VorsRiBGH a. D. Dr. G. Fischer  
VorsRiBGH Dr. H. G. Ganter  
RiBGH Prof. Dr. M. Gehrlein  
Prof. Dr. Dr. h. c. P. Gottwald  
Prof. Dr. U. Haas  
Dipl.-Rpfl. Prof. U. Keller  
RA Dr. R. Leithaus  
RA Prof. Dr. H.-J. Lwowski  
RA Dr. J. Nerlich  
VorsRiLG I. Pape  
RiOLG W. Sternal  
Prof. Dr. R. Stürner  
Prof. Dr. W. Uhlenbruck  
RiAG Prof. Dr. H. Vallender  
Dr. A. Weber  
RA Dr. J. Wellensiek

### Im Aktuellteil:

Gastkommentar von Gundlach  
zum Begriff der  
„wesentlichen Gläubiger“

T. Wazlawik	Dreiecksverhältnis und Doppelinsolvenz – Jeder gegen jeden?	881
N. Urban	Insolvenzanfechtung von Steuern – Die beabsichtigte Wiedereinführung des Fiskusvorrechts	888
BGH	Gläubigerbenachteiligung bei erschwertem Vollstreckungszugriff – Ausschluss eines Bargeschäfts	897
BGH	Aussonderungsrecht – Abgrenzung zwischen Herausgabe und Räumung einer Mietsache	901
BGH	Zulässiger Abschlag bei der Vergütung eines vorläufigen Insolvenzverwalters	902
BGH	Zulässigkeit der Aufrechnung – Gläubigerbenachteiligung	903
BGH	Strafhaft und Versagung der Restschuldbefreiung	911
BGH	Überwachungspflicht des fakultativen Aufsichtsrats einer GmbH – DOBERLUG (mit Anmerkung <b>Poertzgen</b> )	913
BFH	Anfechtbarkeit der Bestellung von Dienstbarkeiten am eigenen Grundstück	918

Mit Beilage: Verbraucherinsolvenz aktuell (November 2010)

Verlag C. H. Beck

München · Frankfurt am Main

# 22/2010

Seiten 881 bis 920 · 13. Jahrgang · 9. November 2010



## Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

NZI 22/2010

9. November · 13. Jahrgang 2010 · Seiten 881–920

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von Prof. Dr. Martin Ahrens, Göttingen; Vors. Richter am LAG Dr. Wilfried Berkowsky, Halle; Rechtsanwalt/Wirtschaftsprüfer Dr. Eberhard Braun, Achern; Prof. Dr. Georg Crezelius, Bamberg; Rechtsanwalt Michael Drasdo, Neuss; Vors. Richter am BGH a. D. Dr. Gero Fischer, Freiburg; Vors. Richter am BGH Dr. Hans Gerhard Ganter, Karlsruhe; Richter am BGH Prof. Dr. Markus Gehrlein, Karlsruhe; Prof. Dr. Dr. h. c. Peter Gottwald, Regensburg; Prof. Dr. Ulrich Haas, Zürich; Dipl.-Rpfl. Prof. Ulrich Keller, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, Köln; Rechtsanwalt Prof. Dr. Hans-Jürgen Lwowski, Hamburg; Rechtsanwalt Dr. Jörg Nerlich, Köln; Vors. Richterin am LG Irmtraut Pape, Göttingen; Richter am OLG Werner Sternal, Köln; Prof. Dr. Rolf Stürner, Freiburg i. Br.; Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck, Köln; Richter am AG Prof. Dr. Heinz Vallender, Köln; Dr. Ahrend Weber, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Jobst Wellensiek, Heidelberg

Schriftleitung Köln: Rechtsanwalt Dr. Rolf Leithaus, CMS Hasche Sigle, Kranhaus 1, Im Zollhafen 18, 50678 Köln  
Redaktion Frankfurt a. M.: Camilla Ille, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

### Beiträge

Rechtsanwalt Dr. Thomas Wazlawik, LL. M.\*

#### Dreiecksverhältnis und Doppelinsolvenz – Jeder gegen jeden?

In seinem Grundsatzurteil vom 16. 11. 2007 hat der IX. Zivilsenat des BGH Grundsätzliches zum Rangverhältnis konkurrierender Insolvenzanfechtungsansprüche bei Doppelinsolvenz im Dreiecksverhältnis ausgeführt. Dass es zu konkurrierenden Anfechtungsansprüchen kommt, ist allein auf die unterschiedliche Beurteilung der Unentgeltlichkeit im Zwei- und im Drei-Personenverhältnis zurückzuführen. Diese vom Senat vertretene Rechtsprechung soll im folgenden Beitrag kritisch hinterfragt werden.

##### I. Einleitung

Während zur Insolvenzanfechtung im Dreiecksverhältnis auch etliche Entscheidungen älteren Datums existieren, hatte der BGH erstmals in seinem Urteil vom 16. 11. 2007<sup>1</sup> Gelegenheit, die Frage nach dem Verhältnis konkurrierender Anfechtungsansprüche bei gleichzeitiger Insolvenzenz sowohl des mittelbar als auch des unmittelbar Leistenden zu beantworten. Die insoweit zentrale Aussage des BGH lautet, dass die Deckungsanfechtung im Valutaverhältnis der Schenkungsanfechtung im Zuwendungsverhältnis vorgeht<sup>2</sup>. Huber zufolge ist diese Rechtsfrage damit abschließend beantwortet<sup>3</sup>. Diese Auffassung hat im Schrifttum sowohl Zustimmung<sup>4</sup> als auch Kritik<sup>5</sup> erfahren. Auch das OLG Dresden ist ihr in seinem Urteil vom 23. 12. 2008<sup>6</sup> entgegengetreten, gegen das trotz entsprechender Zulassung keine Revision eingelegt wurde. Dies soll Anlass sein, nochmals einen Blick auf diese Konstellation zu werfen und die dazu vom BGH ver-

tretenen Postulate auf ihre Richtigkeit zu überprüfen. Der Verfasser kommt zu dem Ergebnis, dass die Rechtsprechung des BGH zur Insolvenzanfechtung im Dreiecksverhältnis zu einer insolvenzrechtlich unzulässigen Bereicherung der Insolvenzmasse des Anfechtenden führt.

##### II. Ausgangssituation

Die Dreieckskonstellation ist von drei Rechtsverhältnissen gekennzeichnet:

– dem Valutaverhältnis zwischen dem Forderungsschuldner/dem mittelbar Leistenden/dem Anweisenden (im Folgenden: Forderungsschuld-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht sowie Gesellschafter der Sozietät KÜBLER, Passau.

1 BGHZ 174, 228 = NZI 2008, 163; dazu Huber, NZI 2008, 149.

2 Vgl. BGHZ 174, 228 (239 ff.) = NZI 2008, 163 (165) Rdnrn. 33 ff.; dazu Huber, NZI 2008, 149.

3 NZI 2008, 149 (150): „Roma locuta, causa finita.“ Es kommt aber auch vor, dass bereits geklärte Grundsatzfragen nach kurzer Zeit wieder anders beantwortet werden, vgl. BGHZ 170, 276 = NZI 2007, 225 m. Anm. Spliedt, und BGHZ 182, 317 = NZI 2009, 764; dazu Thole, NZI 2009, 800, und Achsnick/Opp, NZI 2010, 633 zur Kontoüberziehung; BGH, NZI 2007, 98; dazu Wazlawik, NZI 2007, 320, und BGHZ 182, 264 (271 f.) = NZI 2010, 58 (61) Rdnr. 18 zur Sicherungszession von Miet-/Pachtforderungen; BGH, NZI 2005, 164 m. Anm. Gundlach/Schmidt, und BGHZ 182, 264 (268 f.) = NZI 2010, 58 (60) Rdnr. 13 zu § 140 III InsO.

4 Vgl. Keller, EWiR 2008, 211; Blum, WuB VI A. § 134 InsO 2.08 (467); Huber, NZI 2008, 149.

5 Vgl. v. Mettenheim, ZInsO 2008, 110.

6 NZI 2009, 392.

- ner) und dem Forderungsgläubiger/dem Leistungs- bzw. Zuwendungsempfänger (im Folgenden: Leistungsempfänger);
- dem Deckungsverhältnis zwischen dem Forderungsschuldner und dem unmittelbar Leistenden/dem Leistungsmittler/dem Zuwendenden/dem Verfügenden/dem Angewiesenen (im Folgenden: Leistungsmittler); und
  - dem Zuwendungsverhältnis zwischen dem Leistungsmittler und dem Leistungsempfänger.

Der Leistungsmittler zahlt (leistet) dann als (Dritt-)Schuldner des Forderungsschuldners an den Leistungsempfänger und erfüllt damit gleichzeitig sowohl die Schuld des Forderungsschuldners gegenüber dem Leistungsempfänger als auch seine eigene gegenüber dem Forderungsschuldner<sup>7</sup>.

Sowohl in der Insolvenz des Forderungsschuldners als auch in der des Leistungsmittlers sind Anfechtungsansprüche gegenüber den jeweils anderen zwei Beteiligten möglich:

## 1. Dreiecksverhältnis und Einfachinsolvenz

### a) Insolvenz des Forderungsschuldners.

#### aa) Anfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger (Valutaverhältnis).

(1) *Tatbestände.* In der Insolvenz des Forderungsschuldners richtet sich die Anfechtung typischerweise gegen den Leistungsempfänger. Erfolgte die Leistung (durch den Leistungsmittler) im Drei-Monatszeitraum vor Insolvenzantragstellung (oder danach)<sup>8</sup>, kann sich der Insolvenzverwalter auf § 131 InsO stützen, denn die Leistung durch einen Dritten, den Leistungsmittler, stellt regelmäßig keine verkehrsbübliche Zahlungsweise dar und führt beim Leistungsempfänger, für den die (unmittelbare) Leistung des Leistungsmittlers als eine mittelbare des Forderungsschuldners erkennbar sein muss<sup>9</sup>, daher nur zu einer inkongruenten Deckung<sup>10</sup>, die zugleich ein Bargeschäft verhindert<sup>11</sup>. Bei Leistung des Leistungsmittlers außerhalb der Drei-Monatsfrist kann die Anfechtung nur auf § 133 I InsO gestützt werden. Eine Schenkungsanfechtung gem. § 134 I InsO ist auch möglich<sup>12</sup>, aber eher die Ausnahme.

(2) *Rechtshandlung.* Bei Anfechtung gem. § 131 InsO ist Rechtshandlung die Leistung des Leistungsmittlers. Bei Anfechtung gem. § 133 I InsO stellt sich die Frage nach der dafür erforderlichen Rechtshandlung des Forderungsschuldners, auf die es bei §§ 130, 131 InsO nicht ankommt<sup>13</sup>. Diese kann dann nur in der dem Leistungsmittler erteilten Anweisung gesehen werden<sup>14</sup>. Auch die Anweisung dürfte – wie bereits die Leistung des Leistungsmittlers – nur zu einer inkongruenten Befriedigung des Leistungsempfängers führen mit der Folge einer entsprechenden Indizwirkung für Benachteiligungsvorsatz des Forderungsschuldners und Kenntnis des Leistungsempfängers.

(3) *Gläubigerbenachteiligung.* Eine Anfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger scheidet mangels Gläubigerbenachteiligung aus, wenn die Leistung des Leistungsmittlers an den Leistungsempfänger im Deckungsverhältnis zum Forderungsschuldner keine schuldbefreiende Wirkung, der Forderungsschuldner also seine Forderung gegenüber dem Leistungsmittler nicht verloren hat<sup>15</sup>; Gleiches gilt, wenn der Leistungsmittler mit seiner Leistung an den Leistungsempfänger zugleich eine Forderung (z. B. Ausgleichsanspruch) gegen den Forderungsschuldner erwirbt, weil es dann aus dessen Sicht nur zu einem Gläubigertausch kommt (es sei denn, der Leistungsmittler ist besser gesichert, als es der Leistungsempfänger war)<sup>16</sup>. Eine Gläubigerbenachteiligung ist auch dann zu verneinen, wenn das vom Forderungsschuldner dem Leistungsempfänger mittels des Leistungsmittlers mittelbar Zugewendete wertlos<sup>17</sup> oder unpfändbar war<sup>18</sup> oder wenn die vom Leistungsmittler erbrachte Leistung nicht mit letztlich (wirtschaftlich betrachtet) vom Forderungsschuldner stammenden Mitteln erfolgte<sup>19</sup>.

(4) *Rückgewähranspruch.* Der Insolvenzverwalter des Forderungsschuldners soll das, was der Leistungsempfänger vom Leistungsmittler erhalten hat, dann (primär) verlangen können (§ 143 I 1 InsO), wenn der Forderungsschuldner zuvor bereits gegenüber dem Leistungsmittler einen Anspruch auf eben diese Leistung (diesen Gegenstand) hatte; anderenfalls, bei fehlendem Rechtsanspruch auf diesen Gegenstand, kann der Insolvenzverwalter vom Leistungsempfänger nur (sekundären) Wertersatz der (Gegen-) Leistung erstattet verlangen<sup>20</sup>, die der Forderungsschuldner zuvor<sup>21</sup> dem Leistungsmittler erbracht hat<sup>22</sup>.

#### bb) Anfechtung gegenüber dem Leistungsmittler (Deckungsverhältnis).

(1) *Tatbestände.* Eine Deckungsanfechtung gem. §§ 130, 131 InsO gegenüber dem Leistungsmittler ist nicht möglich, da der Leistungsmittler kein Insolvenzgläubiger des Forderungsschuldners, sondern dessen (Dritt-) Schuldner ist<sup>23</sup>. Eine auf § 132 InsO gestützte Anfechtung ist zwar denkbar<sup>24</sup>, wird aber von einer im Valutaverhältnis gegenüber dem Leistungsempfänger möglichen Anfechtung verdrängt bzw. ausgeschlossen<sup>25</sup> wegen der Gefahr einer kompensationslosen Doppelbelastung des Leistungsmittlers (Leistung an den Leistungsempfänger und Erstattung an Insolvenzverwalter des Forderungsschuldners)<sup>26</sup>. Eine An-

7 Instrukтив BGHZ 183, 86 = NZI 2009, 886, wo dem insolventen Arbeitgeber einerseits die Rolle des Forderungsschuldners (Rdnr. 13) und andererseits die Rolle des Leistungsmittlers zugewiesen wird (Rdnr. 16).

8 Zur Frage, ob auch die zuvor erfolgte Leistung des Forderungsschuldners an den Leistungsmittler innerhalb des Drei-Monatszeitraums erfolgt sein muss vgl. *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, InsO, 13. Aufl. (2010), § 129 Rdnr. 86.

9 Vgl. BGHZ 174, 228 (239) = NZI 2008, 163 (166) Rdnr. 35; dazu *Huber*, NZI 2008, 149; BGHZ 174, 314 (316) = NZI 2008, 167 (168) Rdnr. 14; BGH, NZI 2008, 302 (303) Rdnr. 17; NZI 2008, 733 (734) Rdnr. 21; NZI 2009, 381 (382) Rdnr. 7; NZI 2009, 379 Rdnr. 8; BGHZ 182, 317 (323) = NZI 2009, 764 (765) Rdnr. 14.

10 Vgl. BGH, NZI 1999, 268 (269); NZI 2003, 197 (198); NZI 2005, 389 (390); NZI 2006, 159 (160) m. Anm. *Huber*, Rdnr. 9; NZI 2007, 456 Rdnr. 8; ZInsO 2002, 766; NZI 2009, 55 f. Rdnr. 13. Verkehrsbüchlich ist dagegen die bargeldlose Überweisung (vgl. *BGH*, NZI 2003, 197 [198]).

11 Vgl. *Huber*, EWiR 2009, 151 (152); BGHZ 183, 86 (92) = NZI 2009, 886 (887) Rdnr. 14.

12 Vgl. BGH, NZI 2001, 539 (540) zu § 10 I Nr. 3 GesO; NZI 2004, 253; NZI 2007, 403 (404) Rdnr. 15 f.

13 Vgl. OLG Brandenburg, NZI 2009, 518 (521); BGH, NZI 2010, 184 (186) Rdnr. 24.

14 Vgl. BAG, Urt. v. 21. 2. 1984 – 3 AZR 451/81, KTS 1985, 57 L. Zur Bedeutung der Anweisung für die mittelbare Zuwendung s. *BGH*, NZI 2009, 381 (382) Rdnr. 9 bis 11.

15 Vgl. BGH, NZI 1999, 313 (314), nicht in BGHZ 142, 72.

16 Vgl. BGH, NZI 2002, 255 (256); NZI 2009, 56 Rdnr. 9 (Anweisung auf Kredit).

17 Vgl. BGH, NZI 2004, 253 (254).

18 Vgl. BGH, NZI 2001, 539.

19 Vgl. BGHZ 174, 228 (236 f.) = NZI 2008, 163 (165) Rdnr. 25; dazu *Huber*, NZI 2008, 149; BGH, Beschl. v. 10. 1. 2008 – IX ZR 229/06, Rdnr. 2, BeckRS 2008, 02111 (zum Sachverhalt s. *BGH*, NZI 2008, 426). Zur Abgrenzung vgl. BGHZ 38, 44 (46 f.) = NJW 1962, 2297 (2298).

20 Der Leistungsempfänger erstattet in diesem Fall gerade nicht das, was er vom Leistungsmittler erhalten hat, vgl. *BGH*, WM 1955, 407 (408).

21 Die Leistung des Leistungsmittlers muss wirtschaftlich vom Forderungsschuldner stammen, s. o. Fußn. 19.

22 Vgl. BGH, WM 1955, 407 (408); BGHZ 72, 39 (41 f.) = NJW 1978, 1921 (1922). Das Bestehen eines Rechtsanspruchs des Forderungsschuldners gegenüber dem Leistungsmittler auf das dem Leistungsempfänger Zugewendete als Voraussetzung für den Primäranspruch findet sich in BGHZ 156, 350 (355) = NZI 2004, 78 (79) m. Anm. *Huber* allerdings nicht wieder, wo „grundsätzlich“ die vom Versicherer (Leistungsmittler) an den Dritten (Leistungsempfänger) gezahlte Versicherungssumme und nicht die vom Versicherungsnehmer (Forderungsschuldner) an den Versicherer gezahlten Prämien zu erstatten sind.

23 Vgl. BGHZ 174, 314 (316) = NZI 2008, 167 (168) Rdnr. 14; BGH, NZI 2009, 381 (382) Rdnr. 8.

24 Vgl. BGHZ 142, 284 (287) = NZI 1999, 448 (449).

25 Vgl. BGHZ 142, 284 (286 f.) = NZI 1999, 448 (449).

26 Vgl. BGHZ 142, 284 (289 f.) = NZI 1999, 448 (449).

fechtung auf Grundlage von § 133 I InsO<sup>27</sup> oder § 134 I InsO<sup>28</sup> ist möglich und zwar zusätzlich zu derjenigen im Valutaverhältnis gegenüber dem Leistungsempfänger, was zu einer Gesamtschuldnerschaft von Leistungsempfänger und Leistungsmittler führt<sup>29</sup>; die Anfechtung gegenüber dem Leistungsmittler wird nicht durch die Möglichkeit der Anfechtung (auch) gegenüber dem Leistungsempfänger verdrängt<sup>30</sup>; die Gefahr einer Doppelbelastung ist möglich und nicht unbillig<sup>31</sup>. Der im Valutaverhältnis bestehenden Inkongruenz kommt hier im Deckungsverhältnis zum Leistungsmittler allerdings keine Indizwirkung zu; Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Forderungsschuldners und Kenntnis des Leistungsmittlers von diesem Vorsatz sind vielmehr gesondert festzustellen<sup>32</sup>. Unklar ist, ob der Leistungsmittler im Deckungsverhältnis den Bargeschäftseinwand geltend machen kann<sup>33</sup>.

(2) *Rechtshandlung*. Bei Vorsatz- und Schenkungsanfechtung bedarf es einer Rechtshandlung bzw. Leistung des Forderungsschuldners. In Betracht kommt hier, wie bereits bei der Anfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger<sup>34</sup>, die dem Leistungsmittler erteilte Anweisung<sup>35</sup>, die mit der dem Leistungsempfänger erteilten Empfangsberechtigung einhergehende Verrechnungsabrede<sup>36</sup> oder die Übertragung der Mittel, die (bzw. die dafür geschuldete Gegenleistung) der Leistungsmittler anschließend an den Leistungsempfänger weiterleitet<sup>37</sup>.

#### b) Insolvenz des Leistungsmittlers.

##### aa) Anfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger (Zuwendungsverhältnis).

(1) *Tatbestände*. Eine Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO) gegenüber dem Leistungsempfänger scheidet – wie bereits die Deckungsanfechtung des Forderungsschuldners gegenüber dem Leistungsmittler – aus, da dieser nicht Insolvenzgläubiger des Leistungsmittlers ist<sup>38</sup>. Ob eine Anfechtung gem. § 132 InsO möglich ist, hat der BGH offen gelassen<sup>39</sup>. Eine Vorsatzanfechtung (§ 133 I InsO) ist grundsätzlich möglich<sup>40</sup>; der im Deckungsverhältnis möglicherweise bestehenden Inkongruenz der Leistung kommt im Zuwendungsverhältnis jedoch nicht die ihr sonst innewohnende Indizwirkung zu<sup>41</sup>. Im Übrigen kann es an der erforderlichen Gläubigerbenachteiligung fehlen, wenn der Leistungsmittler einen (werthaltigen) Ausgleichsanspruch gegenüber dem Forderungsschuldner hat<sup>42</sup>.

Relevant ist meist die auf § 134 I InsO gestützte Schenkungsanfechtung. In Abweichung zum Zwei-Personenverhältnis, wo es auf eine dem Leistenden zugegangene Gegenleistung ankommt, stellt der BGH im Drei-Personenverhältnis allein darauf ab, ob der Leistungsempfänger eine ausgleichende Gegenleistung erbracht hat<sup>43</sup>. Diese besteht normalerweise in dem Verlust seiner gegenüber dem Forderungsschuldner bestehenden und vom Leistungsmittler erfüllten werthaltigen Forderung; eine Schenkungsanfechtung im Zuwendungsverhältnis ist dann nicht möglich<sup>44</sup>. War diese Forderung zum Zeitpunkt der Leistung des Leistungsmittlers jedoch nicht (mehr) werthaltig – Wertlosigkeit besteht bei Insolvenzureife des Forderungsschuldners<sup>45</sup> (auf eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht kommt es nicht an<sup>46</sup>) unabhängig davon, ob der Leistungsempfänger auch im Wege der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Forderungsschuldner noch Befriedigung hätte erlangen können<sup>47</sup>, es sei denn, der Forderungsschuldner hat einen werthaltigen Anspruch gerade gegen den Leistungsmittler<sup>48</sup> –, hat der Leistungsempfänger auch keine Gegenleistung erbracht und war die Leistung des Leistungsmittlers unentgeltlich<sup>49</sup>. Unerheblich ist, ob der Leistungsmittler gegenüber dem Forderungsschuldner zur Leistung an den Leistungsempfänger verpflichtet war oder nicht<sup>50</sup>, dass der Leistungsempfänger seine dem Forderungsschuldner geschuldete Leistung vor<sup>51</sup> der Leistung des Leistungsmittlers bereits erbracht hat<sup>52</sup>, dass der Leistungsempfänger keine Kenntnis von der Wertlosigkeit seiner Forderung gegenüber dem Forderungsschuldner hatte<sup>53</sup> oder dass der Forderungsschuldner in der Lage war, für einen Ausgleich der gegen ihn

gerichteten Forderung des Leistungsempfängers zu sorgen<sup>54</sup>. Die Unentgeltlichkeit der Leistung soll nur dann entfallen, wenn der Leistungsmittler gegenüber dem Leistungsempfänger zur Leistung verpflichtet war, dieser einen eigenen Anspruch gegenüber dem Leistungsmittler hatte<sup>55</sup>. Erwirbt der

- 27 Vgl. BGHZ 174, 314 (317) = NZI 2008, 167 (168) Rdnr. 15. BGH, NJW 1998, 2592 (2599), – nicht in BGHZ 138, 291, betrifft keine Anfechtung gegenüber dem Leistungsmittler (so aber *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, (o. Fußn. 8), § 129 Rdnr. 87A), sondern eine gegenüber dem Leistungsempfänger; die Überweisung durch die insolvente Tochtergesellschaft auf ein Konto der Muttergesellschaft war eine mittelbare Leistung an die verklagte Bank (vgl. *Wittig*, NZI 2005, 606 [609]; zum Eigenkonto vgl. BGH, NZI 2009, 381 [382] Rdnrn. 9 bis 11).
- 28 Vgl. BGH, NZI 2008, 302 (303) Rdnr. 17.
- 29 Vgl. BGH, NZI 1999, 268 (269); BGHZ 174, 314 (319) = NZI 2008, 167 (169) Rdnr. 25; BGH, NZI 2008, 302 (303) Rdnr. 17. Zur möglichen Gläubigervorsatzanfechtung vgl. RGZ 117, 86 (88); *Brinkmann*, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, Stand: November 2008, Anh. I § 145 Rdnr. 44, ordnet diese Entscheidung fälschlicherweise der Anfechtung im Zuwendungsverhältnis zu; richtig dagegen *Hirte*, in: *Uhlenbruck* (o. Fußn. 8), § 129 Rdnr. 87 a).
- 30 S. aber BGH, NZI 1999, 268 (269), und BGHZ 150, 122 (132) = NZI 2002, 311 (313) zum Vorrang der Anfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger.
- 31 Vgl. BGHZ 174, 314 (319) = NZI 2008, 167 (168) Rdnr. 24.
- 32 Vgl. BGHZ 174, 314 (322, 323 f.) = NZI 2008, 167 (169 f.) Rdnrn. 35, 38.
- 33 Bejahend BGHZ 183, 86 (92) = NZI 2009, 886 (887) Rdnr. 14.
- 34 S. o. Fußn. 14.
- 35 Vgl. *Brinkmann* (o. Fußn. 29), Anh. I § 145 Rdnrn. 23, 33.
- 36 Vgl. BGHZ 174, 314 (320) = NZI 2008, 167 (169) Rdnr. 28.
- 37 Vgl. BGHZ 174, 228 (242) = NZI 2008, 163 (166) Rdnr. 44, dazu *Huber*, NZI 2008, 149; RGZ 92, 227.
- 38 Vgl. BGH, NZI 2004, 374 m. Anm. *Huber*; BGHZ 162, 276 (279) = NZI 2005, 323 m. Anm. *Gundlach/Frenzel*.
- 39 Vgl. BGH, NZI 2004, 374 (375) m. Anm. *Huber*; der BFH hält sie offenbar für möglich, ZIP 2009, 2455 (2456) = BeckRS 2009 24003853 Rdnr. 19.
- 40 Vgl. BGH, NZI 2009, 165 (166) Rdnr. 15. BGH, NJW 1998, 2592 (2599), – nicht in BGHZ 138, 291, betrifft keine Anfechtung im Zuwendungsverhältnis (so aber *Henckel*, ZIP 2004, 1671 [1672]), sondern eine im Valutaverhältnis (s. o. Fußn. 27).
- 41 Vgl. BGH, NZI 2009, 165 (166) Rdnrn. 16 f.
- 42 Vgl. *Henckel*, ZIP 2004, 1671 (1673 f.); *Brinkmann* (o. Fußn. 29), Anh. I § 145 Rdnr. 49.
- 43 Vgl. BGHZ 162, 276 (279) = NZI 2005, 323 m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; BGH, NZI 2006, 399 (400) Rdnr. 10; BGHZ 174, 228 (231) = NZI 2008, 163 Rdnr. 8; dazu *Huber*, NZI 2008, 149; BGH, NZI 2009, 165 (166) Rdnr. 14; NZI 2010, 61 (62) Rdnr. 8.
- 44 Vgl. BGH, NZI 2004, 374 m. Anm. *Huber*; BGHZ 162, 276 (279) = NZI 2005, 323 m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; BGH, NZI 2006, 399 (400) Rdnr. 10; BGHZ 174, 228 (231) = NZI 2008, 163 Rdnr. 8; dazu *Huber*, NZI 2008, 149; BFH, ZIP 2009, 2455 (2456) = BeckRS 2009 24003853 Rdnrn. 17 f.; BGH, NZI 2010, 61 (62) Rdnr. 8.
- 45 Vgl. BGH, NZI 2009, 891 Rdnr. 8; NZI 2010, 61 (62) Rdnr. 14; NZI 2010, 678 Rdnr. 7.
- 46 Vgl. BGH, NZI 2010, 678 (679) Rdnr. 10.
- 47 Vgl. BGH, NZI 2010, 678 Rdnr. 8.
- 48 Vgl. BGH, NZI 2010, 61 (62) Rdnr. 11; NZI 2010, 678 (679) Rdnr. 9.
- 49 Vgl. BGH, NZI 2004, 374 (375) m. Anm. *Huber*; BGHZ 162, 276 (280) = NZI 2005, 323 (324) m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; BGH, NZI 2006, 399 (400) Rdnr. 11; BGHZ 174, 228 (231) = NZI 2008, 163 Rdnr. 8; *Huber*, NZI 2008, 149; BGH, NZI 2008, 173 (174) Rdnr. 14; NZI 2010, 61 (62) Rdnr. 8; NZI 2010, 678 Rdnr. 7.
- 50 Vgl. BGHZ 141, 96 (101 f.) = NZI 1999, 188 (189); BGHZ 162, 276 (282) = NZI 2005, 323 (324) m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; BGH, NZI 2006, 399 (400) Rdnr. 14; BGHZ 174, 228 (232) = NZI 2008, 163 Rdnrn. 11 f.; dazu *Huber*, NZI 2008, 149; BGH, NZI 2008, 173 (174) Rdnr. 16; NZI 2009, 435 Rdnr. 6; dazu *Grell/Schormair*, NZI 2009, 625.
- 51 Leistet der Leistungsempfänger an den Forderungsschuldner erst im Anschluss an die Leistung des Leistungsmittlers, ist seine Leistung entgeltlich, vgl. BGH, NZI 2008, 556 (557) Rdnr. 15; dazu *Jungclaus*, NZI 2008, 535; BGH, NZI 2010, 605 (606) Rdnr. 8.
- 52 Vgl. BGHZ 162, 276 (281) = NZI 2005, 323 (324) m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; BGH, NZI 2008, 149.
- 53 Vgl. BGHZ 162, 276 = NZI 2005, 323 m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; BGH, NZI 2006, 399 (400) Rdnr. 12.
- 54 Vgl. BGH, ZInsO 2010, 1091 (1092) Rdnr. 6.
- 55 Vgl. BGHZ 162, 276 (282) = NZI 2005, 323 (324) m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; BGH, NZI 2006, 399 (400) Rdnr. 14; BGHZ 174, 228 (232 f.) = NZI 2008, 163 (164) Rdnrn. 14 bis 16; dazu *Huber*, NZI 2008, 149.

Leistungsmittler auf Grund seiner Leistung einen (werthaltigen) Ausgleichsanspruch gegen den Forderungsschuldner (z. B. die Forderung des Leistungsempfängers gegen den Forderungsschuldner), was regelmäßig bei einer Leistung außerhalb einer im Deckungsverhältnis bestehenden Leistungspflicht in Betracht kommt, kann eine Unentgeltlichkeit der Leistung ebenfalls nicht angenommen werden<sup>56</sup>.

(2) *Rechtshandlung*. Rechtshandlung ist die Leistung an den Leistungsempfänger.

bb) *Anfechtung gegenüber dem Forderungsschuldner (Deckungsverhältnis)*.

(1) *Tatbestände*. Soweit der Leistungsmittler mit seiner Leistung an den Leistungsempfänger zugleich (s)eine gegenüber dem Forderungsschuldner bestehende Schuld erfüllt, ist auch eine Deckungsanfechtung möglich (§§ 130, 131 InsO)<sup>57</sup>. Die Deckung wäre zumindest nicht deshalb inkongruent, nur weil der Leistungsmittler an einen Dritten (Leistungsempfänger) geleistet hat (im Gegensatz zur Anfechtung im Valutaverhältnis, wo der Forderungsschuldner durch einen Dritten, den Leistungsmittler, geleistet hat). Bei Leistung außerhalb der Drei-Monatsfrist wäre nur eine Vorsatzanfechtung (§ 133 I InsO) möglich<sup>58</sup>. Eine Schenkungsanfechtung (§ 134 I InsO) kommt in Betracht, falls der Leistungsmittler im Deckungsverhältnis nicht zur Leistung an den Leistungsempfänger verpflichtet war und der Forderungsschuldner dadurch ohne Gegenleistung an den Leistungsmittler von seiner Schuld gegenüber dem Leistungsempfänger frei wird<sup>59</sup>. Die Gegenleistung für den Leistungsmittler kann z. B. in einem Befreiungsanspruch gem. § 415 III BGB gegenüber dem Forderungsschuldner<sup>60</sup> oder in einer gem. § 426 II BGB auf ihn übergegangenen Forderung<sup>61</sup> bestehen, wodurch die Unentgeltlichkeit entfällt. Ebenso entfällt die Unentgeltlichkeit, wenn der Leistungsmittler im Zuwendungsverhältnis gegenüber dem Leistungsempfänger zu der Leistung an diesen verpflichtet war<sup>62</sup>. Unklar ist, ob eine Schenkungsanfechtung voraussetzt, dass die Forderung des Leistungsempfängers gegenüber dem Forderungsschuldner werthaltig war, der Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers also gegenüber dem Leistungsempfänger nicht anfechten konnte, oder ob parallel auch eine Schenkungsanfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger in Betracht kommt.

Eine Schenkungsanfechtung bei fehlender Leistungspflicht im Deckungsverhältnis müsste nach hiesiger Auffassung eigentlich an der fehlenden Gläubigerbenachteiligung scheitern, da der Leistungsmittler in diesen Fällen regelmäßig einen Ausgleichsanspruch gegenüber dem Forderungsschuldner hat<sup>63</sup>. Auch die Wertlosigkeit eines solchen Ausgleichsanspruchs, die die Unentgeltlichkeit der Leistung begründen soll<sup>64</sup>, würde dem Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers nichts nützen, weil der insolvenzrechtliche Erstattungsanspruch hier nur *Sekundäranspruch* sein kann und in der Insolvenz des Forderungsschuldners nur Insolvenzforderung wäre<sup>65</sup>. Eine Schenkungsanfechtung kann letztlich nur bei schenkungsvertraglicher Verpflichtung des Leistungsmittlers gegenüber dem Forderungsschuldner zur Leistung in Betracht kommen.

(2) *Rechtshandlung*. Rechtshandlung wäre die Leistung an den Leistungsempfänger.

## 2. Dreiecksverhältnis und Doppelinsolvenz

Bereits im Fall der Einfachinsolvenz können parallele Anfechtungsansprüche bestehen. Geraten sowohl der Forderungsschuldner als auch der Leistungsmittler in Insolvenz, kann es zu weiteren Überschneidungen kommen. Ausweislich der vorstehend dargestellten Rechtsprechung ist dann eine Insolvenzanfechtung grundsätzlich in allen drei Verhältnissen denkbar und es kann in allen drei Verhältnissen gleichzeitig zu entsprechenden Erstattungsansprüchen kommen.

a) *Valuta- und Deckungsverhältnis (Einfachinsolvenz)*. Entschieden ist, dass der Insolvenzverwalter des Forderungsschuldners Anfechtungsansprüche gleichzeitig sowohl im Valuta- als auch im Deckungsverhältnis haben kann.

b) *Deckungs- und Zuwendungsverhältnis (Einfachinsolvenz)*. Soweit ein Anfechtungsanspruch des Insolvenzverwalters des Leistungsmittlers gegenüber dem Forderungsschuldner im Deckungsverhältnis nicht voraussetzen sollte, dass eine Schenkungsanfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger im Zuwendungsverhältnis wegen Werthaltigkeit der Forderung des Leistungsempfängers gegenüber dem Forderungsschuldner nicht möglich ist, wären entsprechende Ansprüche des Insolvenzverwalters des Leistungsmittlers sowohl im Deckungs- als auch im Zuwendungsverhältnis möglich. Zivilgerichtliche Entscheidungen dazu gibt es bislang nicht; der *BFH* geht hierbei – allerdings im Rahmen der Prüfung einer Kongruenzanfechtung im Zuwendungsverhältnis – davon aus, dass bei Leistungsfähigkeit des Forderungsschuldners (eine Schenkungsanfechtung im Zuwendungsverhältnis wäre damit nicht möglich) der Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers vorrangig gegenüber dem Forderungsschuldner im Deckungsverhältnis anzufechten habe<sup>66</sup>.

c) *Valuta- und Zuwendungsverhältnis (Doppelinsolvenz)*. Den Fall, dass sowohl der Insolvenzverwalter des Forderungsschuldners als auch der des Leistungsmittlers Ansprüche jeweils gegenüber dem Leistungsempfänger geltend machen – Anfechtung sowohl im Valuta- als auch im Zuwendungsverhältnis –, hat der *BGH* entschieden.

d) *Deckungsverhältnis (Doppelinsolvenz)*. Unentschieden ist, ob es gleichzeitig wechselseitige Anfechtungsansprüche im Deckungsverhältnis geben kann. Da der *BGH* sowohl eine Vorsatzanfechtung gegenüber dem Leistungsmittler<sup>67</sup> als auch eine Schenkungsanfechtung gegenüber dem Forderungsschuldner<sup>68</sup> für möglich erachtet, erscheint es ebenso möglich, dass diese Ansprüche im Falle einer Doppelinsolvenz von Forderungsschuldner und Leistungsmittler gleichzeitig bestehen. Ob und gegebenenfalls wie diese dann geltend zu machen sind, soll hier unerörtert bleiben; die Anfechtung gegenüber dem Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers dürfte zumindest kein Ersatzaussonderungsrecht gewähren<sup>69</sup>.

## 3. Stellungnahme

Die zuvor genannte Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung im Dreiecksverhältnis beruht darauf, dass die Frage der Unentgeltlichkeit einer Leistung im Drei-Personenverhältnis anders beantwortet wird als im Zwei-Personenverhältnis. Wäh-

56 Vgl. *RGZ* 50, 134 (135 f.); nach *Bork*, in: *Kübler/Prütting/Bork* (o. Fußn. 29), § 134 Rdnr. 60, fehlt es an der Gläubigerbenachteiligung; s. auch Fußn. 42.

57 Vgl. *BFH*, *ZIP* 2009, 2455 (2457) = BeckRS 2009, 24003853 Rdnr. 30.

58 Vgl. *Brinkmann* (o. Fußn. 29), Anh. I § 145 Rdnr. 43.

59 Vgl. *BGH*, *NZI* 2004, 374 (375) m. Anm. *Huber*; *BGHZ* 162, 276 (280) = *NZI* 2005, 323 m. Anm. *Gundlach/Frenzel*; *BGH*, *NZI* 2006, 399 (400) Rdnr. 10; *NZI* 2008, 556 (557) Rdnr. 20; dazu *Jungclaus*, *NZI* 2008, 535.

60 Vgl. *BGH*, *ZIP* 1980, 21 (22) = BeckRS 1979; ebenso *ZIP* 1982, 76 (77).

61 Vgl. *BGHZ* 41, 298 (300 f.), wobei diese Entscheidung eine Anfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger im Zuwendungsverhältnis betraf.

62 Vgl. *BGH*, *ZIP* 1980, 21 (22) = BeckRS 1979.

63 Vgl. *BGH*, *NZI* 2004, 374 (375) m. Anm. *Huber*; *BFH*, *ZIP* 2009, 2455 (2457) = BeckRS 2009 24003853 Rdnr. 24 (Bereicherung); *RGZ* 50, 134 (135 f.); *BGHZ* 41, 298 (300 f.) (Forderungsübergang); *BGH*, *ZIP* 1980, 21 (22) = BeckRS 1979 (§ 415 III BGB).

64 Vgl. *Brinkmann* (o. Fußn. 29), Anh. I § 145 Rdnr. 42.

65 Vgl. *BGHZ* 174, 228 (242 f.) = *NZI* 2008, 163 (166) Rdnr. 44, dazu *Huber*, *NZI* 2008, 149.

66 Vgl. *BFH*, *ZIP* 2009, 2455 (2458) = BeckRS 2009 24003853 Rdnr. 32 bis 35.

67 S. o. Fußn. 27.

68 S. o. Fußn. 59.

69 *BGHZ* 174, 228 (242) = *NZI* 2008, 163 (166) Rdnr. 44; dazu *Huber*, *NZI* 2008, 149; *Brinkmann*, in: *Kübler/Prütting/Bork* (o. Fußn. 29), Anh. I § 145 Rdnr. 59 bejaht Aussonderungsrecht bei Anfechtung gegenüber Insolvenzverwalter des Forderungsschuldners.

rend im Zwei-Personenverhältnis die Unentgeltlichkeit entfällt, wenn der Leistende eine Gegenleistung erhält (von wem auch immer), soll es im Drei-Personenverhältnis darauf ankommen, ob der Leistungsempfänger eine Gegenleistung erbringt (an wen auch immer). Allein wegen dieser unterschiedlichen Beantwortung ergeben sich die im Drei-Personenverhältnis bei gleichzeitiger Insolvenz von Forderungsschuldner und Leistungsmittler dargestellten Besonderheiten und, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, falsche Ergebnisse.

a) *BGHZ 41, 298*. Soweit ersichtlich, geht die Rechtsprechung des *BGH* zur differenzierten Betrachtung der Unentgeltlichkeit einer Leistung in Zwei- und in Drei-Personenverhältnissen auf *BGHZ 41, 298*, zurück<sup>70</sup>. Nach Lektüre dieser Entscheidung kann man die später vom *BGH* gezogene Schlussfolgerung nur als Missverständnis dieser Entscheidung betrachten. Keineswegs wird in dem Urteil das Deckungsverhältnis zwischen Forderungsschuldner und Leistungsmittler für unmaßgeblich erachtet<sup>71</sup>. Vielmehr wird genau dort mit der Prüfung der Frage nach der Unentgeltlichkeit der Leistung des Schuldners (Leistungsmittler) an den Leistungsempfänger begonnen<sup>72</sup>. So wird unter 2 a der Gründe die Unentgeltlichkeit der Leistung des Leistungsmittlers verneint, wenn dieser „dazu (dem Schuldner, dem Gläubiger oder einem anderen gegenüber) verpflichtet ist. Denn dann tilgt er mit der fremden Schuld zugleich seine eigene. In dem Freiwerden von der eigenen Schuld liegt der Ausgleich, den er für die Tilgung der fremden Schuld erhält.“<sup>73</sup> Da die dortige Schuldnerin einer derartigen Verpflichtung nicht unterlag, wurde unter 2 b der Gründe sodann nach einem anderweitigen Ausgleich für ihre Leistung an die von ihrem Konkursverwalter verklagte Leistungsempfängerin gefragt (§ 426 II BGB), was jedoch ebenfalls verneint wurde<sup>74</sup>. Erst danach wandte sich der *BGH* unter 3 der Gründe der Frage zu, ob denn die Beklagte (Leistungsempfängerin) ihrerseits eine ausgleichende Gegenleistung (an wen auch immer) erbracht hat („Damit steht aber ... noch nicht fest, ...“). Der Unterschied zwischen Zwei- und Drei-Personenverhältnis bestand somit nicht darin, dass es im Drei-Personenverhältnis statt einer vom leistenden Leistungsmittler eventuell erhaltenen Gegenleistung nur auf die vom Leistungsempfänger erbrachte Gegenleistung ankommt<sup>75</sup>, sondern vielmehr darin, dass, wenn schon der Leistungsmittler keine Gegenleistung erhalten haben sollte, zusätzlich zu prüfen ist, ob denn nicht der Leistungsempfänger eine Gegenleistung wenigstens an einen Dritten erbracht hat. Die Unentgeltlichkeitsfrage wurde also nicht auf den Leistungsempfänger beschränkt, sondern erweitert. Diese Erweiterung ergibt sich auch aus dem zweiten Urteil, auf das sich der *BGH* in *BGHZ 141, 96 (99)*, bezog und wo es heißt, dass im Drei-Personenverhältnis die Unentgeltlichkeit auch entfällt, wenn der Leistungsempfänger eine Gegenleistung erbringt<sup>76</sup>. Demnach kommt es, wie auch schon verschiedentlich geltend gemacht wurde<sup>77</sup>, eben auch im Drei-Personenverhältnis auf das Kausalverhältnis zwischen Forderungsschuldner und Leistungsempfänger, also auf das Valutaverhältnis an.

b) *Leistungsketten und Leistungspflichten*. In der Insolvenz des Forderungsschuldners ordnet der *BGH* die Leistung des Leistungsmittlers dem Vermögen des Forderungsschuldners zu und meint, es spiele keine Rolle, ob der Leistungsempfänger die Leistung unmittelbar von seinem Schuldner (Zwei-Personenverhältnis) oder mittelbar vom Leistungsmittler erhalte; auch im letzteren Fall (Drei-Personenverhältnis) wird – wirtschaftlich betrachtet – nur über den Forderungsschuldner (als quasi Durchgangsstation) geleistet. Die „Gegenleistungskette“ unterliegt jedoch anderen Kriterien. Obwohl der Lei-

tungsempfänger seine Forderung gegenüber dem Forderungsschuldner verliert und dieser die seinige gegenüber dem Leistungsmittler, fragt der *BGH* nur danach, ob der Leistungsempfänger unmittelbar etwas an den Leistungsmittler (oder an einen Dritten) erbracht hat. Im Valutaverhältnis wird die Leistungskette also anders bewertet als die (Gegen-) Leistungskette im Zuwendungsverhältnis. Die der Anfechtung im Valutaverhältnis zu Grunde liegende zutreffende Fiktion, dass der Leistungsempfänger – wirtschaftlich betrachtet – letztlich vom Forderungsschuldner erworben hat, hat im Zuwendungsverhältnis, wo der Leistungsmittler ja auch nur mit letztlich vom Forderungsschuldner stammenden Mitteln an den Leistungsempfänger geleistet hat, kein Pendant.

Der *BGH* hält eine im Deckungsverhältnis gegenüber dem Forderungsschuldner bestehende Verpflichtung des Leistungsmittlers zur Leistung an den Leistungsempfänger für unmaßgeblich<sup>78</sup> und verneint die Unentgeltlichkeit der Leistung des Leistungsmittlers im Zuwendungsverhältnis nur, wenn der Leistungsmittler gegenüber dem Leistungsempfänger zur Leistung verpflichtet war<sup>79</sup>. Diese Sichtweise ist unverständlich bzw. falsch, da es im Falle einer solchen Verpflichtung nicht mehr um eine Leistung im Drei-Personenverhältnis, sondern um eine solche im Zwei-Personenverhältnis geht<sup>80</sup>. Auch hinsichtlich der ausgleichenden Gegenleistung des Leistungsempfängers – diese würde die Unentgeltlichkeit der Leistung des Leistungsmittlers entfallen lassen – überträgt der *BGH* Aussagen zum Zwei-Personenverhältnis auf das Drei-Personenverhältnis, wenn er davon spricht, dass der Leistungsempfänger zu dieser Gegenleistung gegenüber dem Leistungsmittler verpflichtet war<sup>81</sup>. Wechselseitige Verpflichtungen im Zuwendungsverhältnis heben das „klassische“ Dreiecksverhältnis auf<sup>82</sup>.

c) *Benachteiligung des Leistungsempfängers*. Der Leistungsempfänger erwirbt in beiden Insolvenzfällen vom Leistungsmittler und betrachtet die Leistung in beiden Fällen als eine solche seines Schuldners, des Forderungsschuldners. In dem

70 Vgl. *BGHZ 141, 96 (99)* = NZI 1999, 188; *BGH*, NZI 2006, 399 (400) Rdnr. 10; NZI 2006, 583 Rdnr. 7; *BGHZ 174, 228 (231)* = NZI 2008, 163 Rdnr. 8, dazu *Huber*, NZI 2008, 149.

71 S. o. Fußn. 50.

72 Vgl. *BGHZ 41, 298 (300 f.)*.

73 *BGHZ 41, 298 (300)*; so bereits *RGZ 50, 134 (137)*; auch *BGH*, NJW 1994, 2893 (2895), verneint die Unentgeltlichkeit, wenn der spätere Schuldner (Leistungsmittler) „zur Tilgung einer fremden Schuld verpflichtet ist.“

74 Vgl. *BGHZ 41, 298 (300 f.)*.

75 Darauf, ob der Leistungsmittler eine Gegenleistung erhalten hat, soll es „nicht (entscheidend)“ ankommen, vgl. *BGHZ 141, 96 (99)* = NZI 1999, 188; *BGH*, NZI 2006, 583 Rdnr. 7; NZI 2007, 403 (404) Rdnr. 16; *BGHZ 174, 228 (231)* = NZI 2008, 163 Rdnr. 8; dazu *Huber*, NZI 2008, 149; *BGH*, NZI 2009, 435 Rdnr. 6; dazu *Grell/Schormair*, NZI 2009, 625.

76 *BGH*, NJW 1992, 2421 (2422).

77 Vgl. *OLG Koblenz*, ZIP 2004, 1275 = BeckRS 2004, 04941; *Henckel*, ZIP 2004, 1671 (1674); ausdrücklich dagegen *BGHZ 162, 276 (281)* = NZI 2005, 323 (324) m. Anm. *Gundlach/Frenzel*.

78 S. o. Fußn. 50.

79 S. o. Fußn. 55.

80 Beispiel hierfür ist *BGH*, NZI 2006, 583: Hier hatte der Leistungsmittler später auch mit der Leistungsempfängerin *direkt* einen Schenkungsvertrag geschlossen (s. Rdnr. 9). Trotz des damit bestehenden Schenkungsvertragsverhältnisses *unmittelbar* zwischen Leistungsmittler und Leistungsempfängerin machte der *BGH* Ausführungen zum Dreiecksverhältnis (s. Rdnr. 7), obwohl es darauf gar nicht ankam, weil sich die Anfechtbarkeit letztlich allein nach den Regeln zum Zwei-Personenverhältnis richtete.

81 S. o. Fußn. 43.

82 Vgl. *BFH*, ZIP 2009, 2455 (2457) = BeckRS 2009, 24003853 Rdnrn. 23 bis 28; *Weiß*, EWIR 2010, 367; wo es um die Frage ging, ob das Finanzamt (Leistungsempfänger) einen Anspruch gegen die insolvente Organgesellschaft (Leistungsmittler) auf Zahlung der vom Organträger (Forderungsschuldner) geschuldeten Steuer hatte, wodurch das Finanzamt Insolvenzgläubiger der Organgesellschaft gewesen wäre.

einen Fall, der Insolvenz des Leistungsmittlers, war die erworbene Leistung aber unentgeltlich, während sie in dem anderen Fall, der Insolvenz des Forderungsschuldners, „nur“ inkongruent war und bei Leistung außerhalb des Drei-Monatszeitraums möglicherweise nicht angefochten werden kann. Der Zufall kann also entscheiden. Der Leistungsempfänger hat keine Möglichkeit, sich – insolvenzrechtlich betrachtet – normgerecht zu verhalten. Er kann sich schon nicht vor der Inkongruenz der Leistung schützen, die sich daraus ergibt, dass sein Schuldner, der Forderungsschuldner, eine Mittelsperson, den Leistungsmittler, einschaltet, da er dessen Leistung nur bei Widerspruch des Forderungsschuldners ablehnen kann (§ 267 II BGB)<sup>83</sup>. Er muss darüber hinaus auch noch das Insolvenzrisiko dieser Mittelsperson, die er nicht kennt und mit der er vielleicht nie ein Vertragsverhältnis eingegangen wäre, tragen<sup>84</sup>. Obwohl er nur einen Schuldner, den Forderungsschuldner, hat, sieht er sich zwei potenziellen Anfechtungsgegnern ausgesetzt.

Der BGH weist dieses Argument zurück. In seiner Entscheidung vom 22. 10. 2009 führt er aus, dass die Verdoppelung des vom Leistungsempfänger zu tragenden Insolvenzrisikos auf Grund seiner Vorleistung an den Forderungsschuldner gerechtfertigt sei, weil sein Gegenleistungsanspruch gegenüber dem Forderungsschuldner zum Zeitpunkt der Leistungen durch den Leistungsmittler bereits wertlos bzw. undurchsetzbar war<sup>85</sup>. Diese Sichtweise mag in dem entschiedenen Fall berechtigt gewesen sein, wo zwischen der Leistungsempfängerin und der Forderungsschuldnerin (T-GmbH) ein Kaufvertragsverhältnis, also ein „echtes“ Austauschverhältnis, bestand. Sie lässt sich aber schon nicht mehr auf den Sachverhalt übertragen, der der Grundsatzentscheidung vom 16. 11. 2007 zu Grunde lag. Dort wurden von der Leistungsmittlerin (Tochtergesellschaft) die von der Forderungsschuldnerin (Muttergesellschaft) geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge an die verklagte Krankenkasse (Leistungsempfängerin) gezahlt. Die Krankenkasse war „Zwangsgläubigerin“ der Forderungsschuldnerin. Sie hat auch keine Vorleistung an diese erbracht; die Gesamtsozialversicherungsbeiträge werden monatlich automatisch fällig. Die Argumentation des BGH ließe sich des Weiteren nicht auf Fälle übertragen, in denen die (Vor-)<sup>86</sup> Leistung des Leistungsempfängers an den Forderungsschuldner und die Leistung des Leistungsmittlers an den Leistungsempfänger in einem bargeschäftstauglichen engen zeitlichen Zusammenhang erfolgten. Schon bei Begründung der gegenseitigen Leistungspflichten im Valutaverhältnis kann der Forderungsschuldner zahlungsunfähig gewesen sein und die Erfüllung seiner Leistungspflicht – in Absprache mit dem Leistungsempfänger – mittels der Leistung des Leistungsmittlers beabsichtigt haben. Ausgehend von der oben genannten Leistungskette stammt die Leistung des Leistungsmittlers aus dem Vermögen des Forderungsschuldners, das heißt für den Leistungsempfänger stellt sich der Leistungsaustausch als einer zwischen ihm und dem Forderungsschuldner dar. Dennoch wird ihm nicht nur im Valutaverhältnis, sondern auch im Verhältnis zum Leistungsmittler der Bargeschäftseinwand wegen der sich aus der Leistung durch den Leistungsmittler ergebenden Inkongruenz<sup>87</sup> verwehrt<sup>88</sup>. Folgt die Insolvenz des Leistungsmittlers erst mit größerem zeitlichem Abstand derjenigen des Forderungsschuldners, kann angesichts der Vier-Jahresfrist in § 134 I InsO noch lange nach dem möglicherweise bargeschäftstauglichen Erbringen der einzelnen Leistungen vom Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers angefochten werden.

d) *Privilegierung des insolventen Leistungsmittlers*. Mit der Benachteiligung des Leistungsempfängers korrespondiert eine

entsprechende Bevorzugung des Leistungsmittlers. Obwohl der Leistungsmittler mit seiner Leistung an den Leistungsempfänger nur seine gegenüber dem Forderungsschuldner bestehende Schuld erfüllt, erweist sich diese Leistung im Vergleich zur einer solchen unmittelbar an den Forderungsschuldner – diese wäre möglicherweise als Bargeschäft unanfechtbar – für den Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers als Glücksfall, da sich ihm eine sonst nicht bestehende Schenkungsanfechtungsmöglichkeit eröffnet<sup>89</sup>. Zwar räumt der BGH der Insolvenzanfechtung im Valutaverhältnis den Vorrang ein. Der der Entscheidung vom 22. 10. 2009 zu Grunde liegende Sachverhalt belegt aber auch die akademische Natur dieses Vorrangs im Einzelfall. Abgesehen davon, dass es aus unterschiedlichsten Gründen nicht zur Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Forderungsschuldners kommen kann, kann der Vorrang des Anfechtungsanspruchs im Valutaverhältnis nicht zum Tragen kommen, weil ihn der Insolvenzverwalter des Forderungsschuldners nicht erkennt, nicht geltend macht/verfahren lässt oder im Prozess nicht durchsetzen kann<sup>90</sup>; der letztgenannte Fall – rechtskräftige Abweisung der Klage des Insolvenzverwalters des Forderungsschuldners gegen den Leistungsempfänger – wirft zudem die Frage auf, ob der Leistungsempfänger dies dann dem Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers in einem Folgeprozess entgegenhalten kann. Und völlig unbeantwortet ist schließlich, ob der bei mittelbarer Zuwendung ebenso möglichen Gläubigeranfechtung im Valutaverhältnis im Rahmen der Insolvenzanfechtung im Zuwendungsverhältnis ebenfalls Vorrang gebührt.

Damit steht dem Insolvenzverwalter des Leistungsmittlers die nur eine Wertlosigkeit der Forderung des Leistungsempfängers gegenüber dem Forderungsschuldner verlangende Schenkungsanfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger offen. Der Umstand, dass es sich bei dem Leistungsempfänger aus Sicht des Leistungsmittlers stets nur um einen bloßen Empfangsberechtigten des Forderungsschuldners handelt und bei Leistungen an einen solchen allein der Forderungsschuldner als Gläubiger des Leistungsmittlers der richtige Anfechtungsgegner ist<sup>91</sup>, soll bei der Anfechtung im Zuwendungsverhältnis demnach keine Rolle spielen.

e) § 144 I InsO. Entscheidend dürfte letztlich die Betrachtung von § 144 I InsO sein. Die Vorschrift dient der Vermeidung einer ungerechtfertigten Bereicherung der Insolvenzmasse, die dadurch entstünde, wenn die Insolvenzmasse nicht nur das anfechtbar Weggegebene zurückerhielte, sondern zusätzlich von der mit diesem Wegegebenen erfüllten Verbindlichkeit

83 Vgl. BGH, NJW 1962, 2297 (2299), nicht in BGHZ 38, 44; NZI 2004, 374 (375) m. Anm. Huber; BGHZ 162, 276 (280) = NZI 2005, 323 m. Anm. Gumlach/Frenzel; BGHZ 174, 228 (231) = NZI 2008, 163 Rdnr. 8; Huber, NZI 2008, 149; BGH, NZI 2008, 173 (174) Rdnr. 14; NZI 2008, 556 Rdnr. 13; dazu Jungclaus, NZI 2008, 535; BGH, NZI 2010, 61 (62) Rdnr. 8.

84 Vgl. BGH, NZI 2004, 374 (375) m. Anm. Huber.

85 Vgl. BGH, NZI 2009, 891 (892) Rdnr. 16, ohne jede Bezugnahme auf NZI 2004, 374 m. Anm. Huber.

86 S. o. Fußn. 51.

87 S. o. Fußn. 10.

88 Vgl. BGHZ 123, 320 (323 f., 328 f.) = NJW 1993, 3267 (3268 f.); BGH, NZI 2007, 337 (338) Rdnr. 22; NZI 2009, 436 (437) Rdnr. 13. Eine Vorleistung (hier: des Leistungsempfängers) steht der Annahme eines Bargeschäfts nicht im Wege (vgl. BGH, NZI 2002, 602 [603]; ZIP 2010, 682 [685] = BeckRS 2010, 07269 Rdnr. 31), und auch eine Zugum-Zug-Erbringung der Leistungen ist für ein Bargeschäft nicht zwingend erforderlich (vgl. BGH, NZI 2008, 482 [483] Rdnr. 12 m. Anm. Achsnick/Krüger.).

89 Vgl. v. Mettenheim, ZInsO 2009, 110: „wundersame Geldvermehrung“.

90 Vgl. BGH, NZI 2009, 891 (892) Rdnr. 13.

91 Vgl. BGH, NZI 2009, 384; NZI 2010, 320 Rdnr. 2; NZI 2010, 295 (296) Rdnr. 12 m. Anm. Primozic.

befreit bliebe; die Insolvenzmasse stünde dann besser als ohne die anfechtbare Rechtshandlung<sup>92</sup>. Diese durch den Wegfall der erfüllten Verbindlichkeit eintretende Bereicherung wird dadurch vermieden, dass der Vorschrift zufolge die Forderung des Anfechtungsgegners, für die dieser die anfechtbare Leistung erhalten hat, wiederauflebt.

#### aa) Insolvenz des Forderungsschuldners.

(1) In der Insolvenz des Forderungsschuldners ist dies im Falle einer Anfechtung gegenüber dem Leistungsempfänger (Valutaverhältnis) zweifelsfrei, dessen Forderung gegenüber dem Forderungsschuldner<sup>93</sup>.

(2) Im Falle einer Anfechtung gegenüber dem Leistungsmittler (oben II 1 a bb) versagt die Vorschrift jedoch, es kommt unausweichlich zu einer Bereicherung der Insolvenzmasse des Forderungsschuldners. Während der BGH in seinem Urteil vom 16. 9. 1999 noch auf die im Falle der Bejahung eines Anfechtungsanspruchs des Forderungsschuldners gegenüber dem Leistungsmittler zu vermeidende Bereicherung der Insolvenzmasse des Forderungsschuldners hingewiesen hatte<sup>94</sup>, verlor er darüber in seiner einen solchen Anfechtungsanspruch bejahenden Entscheidung vom 29. 11. 2007 kein Wort mehr<sup>95</sup>. Eine Forderung des Leistungsmittlers, der ja gerade kein Insolvenzgläubiger des Forderungsschuldners ist, gegenüber dem Forderungsschuldner gibt es nicht, kann also auch nicht wiederaufleben. Insolvenzgläubiger des Forderungsschuldners ist vielmehr der Leistungsempfänger, der aber nicht Anfechtungsgegner ist; nur dessen Forderung („seine“) und nicht die eines Dritten soll/kann aber gem. § 144 I InsO wiederaufleben.

Vermieden werden könnte eine Bereicherung der Insolvenzmasse des Forderungsschuldners dadurch, dass die erfüllte Forderung des Leistungsempfängers gegenüber dem Forderungsschuldner auf den Leistungsmittler übergeht, dort gem. § 144 I InsO wieder auflebt und vom Leistungsmittler beim Insolvenzverwalter des Forderungsschuldners zur Tabelle angemeldet wird. Auf § 426 II BGB kann ein solcher Forderungsübergang aber nicht gestützt werden, weil Leistungsmittler und Leistungsempfänger hinsichtlich dieser Forderung keine Gesamtschuldner waren. Eine Gesamtschuldnerschaft bejaht der BGH nur hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Anfechtungsansprüche<sup>96</sup>. Diese Gesamtschuldnerschaft dient aber nur der Kompensation des doppelt leistenden Leistungsmittlers und nicht der Vermeidung einer Bereicherung der Insolvenzmasse des Forderungsschuldners. Nur wenn der Leistungsmittler seinen Ausgleichsanspruch bzw. den auf ihn gem. § 426 II BGB übergangenen Anfechtungsanspruch des Forderungsschuldners gegenüber dem Leistungsempfänger<sup>97</sup> geltend macht und dieser diesen Anspruch erfüllt, käme ein Wiederaufleben der Forderung des Leistungsempfängers gegenüber dem Forderungsschuldner in Betracht – aber eben auch nur zur Hälfte (§ 426 I 1 BGB)<sup>98</sup>. Eine Bereicherung der Insolvenzmasse des Forderungsschuldners im Falle einer Anfechtung gegenüber dem Leistungsmittler ließe sich letztlich nur vermeiden, wenn man die Forderung des Leistungsempfängers gegenüber dem Forderungsschuldner entgegen dem Wortlaut von § 144 I InsO wiederaufleben lässt<sup>99</sup>, was aber wiederum eine Bereicherung des bereits durch den Leistungsmittler voll befriedigten Leistungsempfängers zur Folge hätte.

#### bb) Insolvenz des Leistungsmittlers.

(1) Soweit im Deckungsverhältnis eine Anfechtung gegenüber dem Forderungsschuldner – Insolvenzgläubiger des Leistungsmittlers – in Betracht kommt (oben II 1 b bb), lebt die durch die Leistung des Leistungsmittlers an den Leistungsempfänger zugleich erfüllte Forderung des Forderungsschuldners gegenüber dem Leistungsmittler wieder auf, und es ergeben sich keine Probleme.

(2) Im Falle der in dieser Konstellation regelmäßig stattfindenden Schenkungsanfechtung im Zuwendungsverhältnis gegenüber dem Leistungsempfänger kommt es aber wiederum zu den vorgenannten bereicherungsrechtlichen Problemen.

Zwar würde die Forderung des Leistungsempfängers gegenüber dem Forderungsschuldner – dem Wortlaut von § 144 I InsO folgend – wiederaufleben<sup>100</sup>. Dies beseitigte aber nicht die bei der Insolvenzmasse des Leistungsmittlers eingetretene Bereicherung, die sich aus dem Wegfall der gegenüber dem Forderungsschuldner bestehenden Schuld ergibt, die der Leistungsmittler durch seine Leistung an den Leistungsempfänger erfüllt hat. Auch hier ließe sich diese Bereicherung – trotz des entgegenstehenden Wortlauts von § 144 I InsO und trotz des gläubiger- und insolvenzanfechtungsrechtlichen Grundsatzes, dass die Rechtswirkungen einer Anfechtung nur zwischen Anfechtungskläger und Anfechtungsbeklagtem eintreten<sup>101</sup> – wieder nur dadurch vermeiden, dass (auch) die Forderung des Forderungsschuldners gegenüber dem Leistungsmittler wiederauflebt<sup>102</sup>. Dieses an sich zwingende Ergebnis belegt dann aber letztlich nur, dass die Leistung des Leistungsmittlers an den Leistungsempfänger eines jedenfalls nicht war: unentgeltlich.

### III. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zur Insolvenzanfechtung im Dreiecksverhältnis führt zu falschen Ergebnissen. Die Aussage, dass die Insolvenzanfechtung im Dreiecksverhältnis nicht dem bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriff folgt<sup>103</sup>, ist für Fragen nach anfechtbaren Rechtshandlungen zweifellos richtig. Deswegen kann aber bei der Anfechtung im Zuwendungsverhältnis die Unentgeltlichkeitsfrage nicht weg vom Leistungsmittler hin zum Leistungsempfänger verlagert werden, wie die Überlegungen zu § 144 I InsO beweisen<sup>104</sup>. Das bedeutet, dass eine Anfechtung im Zuwendungsverhältnis gegenüber dem Leistungsempfänger nicht in Betracht kommt, wenn der Leistungsmittler mit der Leistung nur seine gegenüber dem Forderungsschuldner bestehende Schuld erfüllt. Damit entfällt auch das Konkurrenzproblem. Es wäre ohnehin merkwürdig, wenn ein Leistungsvorgang (Leistung des Forderungsschuldners über den Leistungsmittler an den Leistungsempfänger) zu zwei Erstattungsansprüchen unterschiedlicher Insolvenzmas-

92 Vgl. BGH, NJW 1983, 1123 (1124), nicht in BGHZ 86, 340; BGH, NJW-RR 1986, 991 (992).

93 Vgl. BGHZ 38, 44 (48) = NJW 1962, 2297 (2298); Hirte, in: Uhlenbruck (o. Fußn. 8), § 144 Rdnr. 5; Jacoby, in: Kübler/Prütting/Bork (o. Fußn. 29), § 144 Rdnr. 9; Rogge, in: Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 3. Aufl. (2009), § 144 Rdnr. 9.

94 Vgl. BGHZ 142, 284 (289) = NZI 1999, 448 (449).

95 Vgl. BGHZ 174, 314 = NZI 2008, 167. Auch das Reichsgericht (RGZ 92, 227 [228]) hat sich in einer älteren Entscheidung nicht zu diesem Punkt geäußert.

96 S. o. Fußn. 29.

97 Vgl. Brinkmann, in: Kübler/Prütting/Bork (o. Fußn. 29), Anh. I § 145 Rdnr. 36.

98 Vgl. Brinkmann, in: Kübler/Prütting/Bork (o. Fußn. 29), Anh. I § 145 Rdnr. 36.

99 Wie dies dann wieder im Rahmen des mit dem Leistungsmittler durchzuführenden Gesamtschuldnerausgleichs zu berücksichtigen ist, soll hier unerörtert bleiben.

100 Vgl. Hirte, in: Uhlenbruck (o. Fußn. 8), § 144 Rdnr. 6; Jacoby, in: Kübler/Prütting/Bork (o. Fußn. 29), § 144 Rdnr. 10; Nerlich, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand: Juli 2003, § 144 Rdnr. 7.

101 Vgl. RGZ 20, 157 (159) zum AnfG.

102 So ausdr. Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, 2. Aufl. (2008), § 144 Rdnr. 7; Rogge, in: Hamburger Komm. z. InsolvenzR (o. Fußn. 93), § 144 Rdnr. 9; undeutlich Jacoby, in: Kübler/Prütting/Bork (o. Fußn. 29), § 144 Rdnr. 9. Mit dem Wiederaufleben der Forderung des Forderungsschuldners gegenüber dem Leistungsmittler geht aber auch ein Wiederaufleben von Sicherheiten einher, die der Leistungsmittler dem Forderungsschuldner für dessen Forderung eventuell bestellt hat (ausf. dazu Heidbrink, NZI 2005, 363), was weitere Probleme nach sich ziehen würde.

103 Vgl. BGH, NZI 2004, 374.

104 Vgl. BGHZ 142, 284 (287) = NZI 1999, 448 (449), wo die Leistungs-zuordnung ebenfalls bereicherungsrechtlich erfolgt.



sen gegenüber ein und demselben Anfechtungsgegner führen könnte, nur weil er anfechtungsrechtlich aus selbstständigen Rechtshandlungen besteht. Möglicherweise war der IX. Zivilsenat von der Überlegung geleitet, den Leistungsempfänger nicht „davon kommen“ zu lassen. Die Anfechtung der (mittelbaren) Zuwendung im Valutaverhältnis ist aber sowohl im Rahmen der Insolvenz- als auch im Rahmen der Gläubigeranfechtung<sup>105</sup> stets möglich; sie erfordert noch nicht einmal eine wertlos gewesene Forderung des Leistungsempfängers gegenüber dem Forderungsschuldner. Kommt es im Valutaverhältnis zu keiner Anfechtung, ist dies kein rechtliches, sondern ein tatsächliches Problem. Auch die Anfechtung im Deckungsverhältnis gegenüber dem Leistungsmittler ist wegen der dabei eintretenden Bereicherung der Insolvenzmasse des Forderungsschuldners nicht möglich; bei Banküberweisungen bejaht der IX. Zivilsenat ohnehin einen Vorrang der Anfechtung im Valutaverhältnis<sup>106</sup>.

105 Vgl. BGH, NJW 1992, 834 (835).  
106 S. o. Fußn. 30.

Regierungsdirektor Norbert Urban \*

## Insolvenzanfechtung von Steuern – Zur beabsichtigten Wiedereinführung des Fiskusvorrechts

Die Problematik von Steuerausfällen durch Insolvenzen ist unverändert aktuell, wenn auch der Entwurf des Haushaltsbegleitgesetzes 2011 die Wiedereinführung der Fiskusvorrechte vorläufig nicht aufgreift. Der nachfolgende Beitrag zeigt, wo Insolvenzanfechtungs- und Steuerrecht verfassungs- und einfach-rechtlich aufeinanderprallen.

### I. Rückblick – Abschaffung der Vorrechte insbesondere von Steuern

Die Abschaffung der als nicht mehr gerechtfertigt angesehenen (unter anderem Fiskal)Vorrechte wurde und wird als eines der Kernstücke der Insolvenzrechtsreform angesehen. Der Referentenentwurf<sup>1</sup> einer InsO und die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags<sup>2</sup> gingen davon aus, dass Steuerausfälle durch den Wegfall der Fiskalvorrechte für die Lohnsteuer nach § 61 I Nr. 1 KO<sup>3</sup> und für die übrigen Steuern nach § 61 I Nr. 2 KO nicht zu besorgen sind. Der Referentenentwurf meinte ausdrücklich, Mindereinnahmen durch den Vorrechtsausfall würden durch Mehreinnahmen aus den erwarteten höheren Quoten und der Abführung der Umsatzsteuer aus Absonderungen kompensiert. Diese Erwartung ist nicht erfüllt worden. Stattdessen sehen sich die Steuergläubiger beträchtlichen Steuerausfällen insbesondere durch Insolvenzanfechtung (und den hier nicht abzuhandelnden Lastschriftwiderruf) ausgesetzt.

Dem soll die Wiedereinführung des Fiskalvorrechts abhelfen.

### II. Gründe für und gegen das Fiskalvorrecht

#### 1. Wirtschaftspolitische Gründe

Das Vorrecht lässt sich heute – anders als zur Zeit des Regierungsentwurfs der InsO und anders als die Stellungnahme meint – aus den Erfahrungen der so genannten Finanz- und

Wirtschaftskrise mit dem Staat als Retter rechtfertigen. Der alles kreditierende Steuerzahler kann dann zu Recht eine insolvenzfeste Vorabkompensation erwarten.

#### 2. Rechtsdogmatische und ordnungspolitische Gründe

Die Wiedereinführung von Vorrechten wäre ein Rückschritt. Ein Vorrecht für die Lohnsteuer würde zudem zwangsläufig das Vorrecht für Arbeitslöhne und Sozialabgaben<sup>4</sup> nach sich ziehen, wenn der Gesetzgeber nicht die Lohnsteuer als Teil des Arbeitslohns<sup>5</sup> von diesem abkoppeln und damit eine Systemänderung bei der Lohnsteuer herbeiführen will.

Sie wird als schlechtes Beispiel auch die weitere Beschränkung der Mobiliarsicherheiten und damit die weitere Durchsetzung der Gläubigergleichbehandlung erschweren. Hier werden auch die Anfechtungsrechte erweitert werden müssen. Denn das bisherige Anfechtungsrecht stellt nur auf die Zahlungsunfähigkeit ab. Schutzwürdig ist aber auch nicht, wer in Kenntnis der zu erwartenden Überschuldung das Vermögen des Schuldners mit Fremdrechten überlastet. Die bestehende Unsymmetrie des Gesetzes zwischen Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung als Insolvenzgrund und Anfechtung allein auf Grund der Zahlungsunfähigkeit wird also zu beseitigen sein, etwa durch Einführung von Belastungsgrenzen beim Schuldnervermögen, wie sie bei der Immobilienbeleihung heute schon gang und gäbe sind.

#### 3. Wirtschaftliche Gründe

a) *Aus der Sicht der Finanzverwaltung* wären Steuerforderungen vorab zu befriedigen. Die Insolvenzanfechtung von Steuern sowie Haftungsfälle würden zahlen- und betragsmäßig geringer. Dies betrifft vor allem die aufkommensstarken Lohn- und Umsatzsteuern als Rückgrat der Bund-/Länderfinanzierung, auf die mit der Insolvenzanfechtung (oder auch mit dem Lastschriftwiderruf<sup>6</sup>) in großem Maße zugegriffen wird. Insgesamt wäre die steuerliche Behandlung von Insolvenzfällen vereinfacht. Dies spart zusätzlich Personalkosten.

b) *Aus der Sicht der Insolvenzverwalter* ermöglicht der Vorrechtswegfall die Insolvenzanfechtung öffentlich-rechtlicher Zahlungen. Sie schafft eine Grundmasse als Verfügungsreserve des Insolvenzverwalters und sichert seine Vergütung aus Steuer- oder sonstigen öffentlichen Mitteln. Sie ist damit ein sicheres Insolvenzfanzierungsmodell<sup>7</sup>. Nicht allein das befürchtete Vorrecht von Steuern, sondern der Wegfall der Anfechtbarkeit ihrer Befriedigung ist damit ein wesentlicher Grund der Unruhe.

c) *Planinsolvenzverfahren*. Das Planinsolvenzverfahren wird, so nimmt die Stellungnahme zu Recht an, mindestens erschwert. Die Finanzbehörden werden nur in sehr großen Verfahren bei entsprechender politischer Interessenlage auf ihre Vorrechte verzichten. In allen anderen Verfahren wird ihre Machtstellung als (Vertreter der) Großgläubiger durch das Vorrecht noch verstärkt. Eine Stimmrechtsbeschränkung trotz neu geschaffener Vorrechte ist nicht zu erwarten<sup>8</sup>. Einen Rechtsverzicht durch die Finanzbehörden wird es dann nur noch als seltenes Ergebnis einer Ermessensentscheidung gem.

\* Der Autor ist Regierungsdirektor beim Finanzamt Detmold, zuständig für Rechtsbehelfsbearbeitung, Steuerhaftung, Insolvenzbearbeitung. – Der Beitrag ist zugleich eine Anmerkung zur Stellungnahme Nr. 34/2010 des DAV aus Juli 2010, abrufbar unter [www.anwaltverein.de](http://www.anwaltverein.de), im Folgenden: Stellungnahme.

1 BT-Dr 12/2443 v. 15. 4. 1992, S. 4.

2 BT-Dr 12/7302 v. 19. 4. 1994, S. 3.

3 BFHE 116, 20.

4 Vgl. hierzu nur MdB (CDU) Elisabeth Winkelmeier-Becker, FAZ v. 24. 6. 2010, Nr. 143, S. 13 („Der Fiskus kann bald bei Insolvenzen zuerst zugreifen“).

5 BFHE 116, 20 Rdnr. 10; BAGE 48, 229 = NJW 1986, 1066 = NZA 1986, 191; NZA 1990, 278 Rdnr. 26.

6 S. aber BGH, NZI 2010, 723 m. Anm. Jacoby, ZIP 2010, 1725.

7 Vgl. nur OLG Köln, NZI 2009, 111 = ZIP 2009, 232.

8 Leithaus, NJW aktuell Heft 26/2010, 12 (14).