

# Verschärft abgestumpft

Mit Wirkung zum 05.04.2017 (Art. 103 j EGI<sub>InsO</sub>) ist das »Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz« in Kraft getreten.<sup>1</sup> Für Insolvenzverfahren, die vor dem 05.04.2017 eröffnet worden sind, finden mit Ausnahme der neuen Fassung von § 143 Abs. 1 Satz 3 InsO die bis dahin geltenden Vorschriften weiter Anwendung. Ziel der Neuregelungen war die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten für den Wirtschaftsverkehr und Arbeitnehmer.<sup>2</sup> Die Komplexität bei der Vorsatzanfechtung sollte reduziert werden.<sup>3</sup> Das Anfechtungsrecht sollte punktuell neu justiert werden.<sup>4</sup> Auslegung und Reichweite des anfechtungsausschließenden Bargeschäftsprivilegs sollten verständlicher werden.<sup>5</sup> Eine Evaluierung sollte fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Neuregelung stattfinden.<sup>6</sup> Diese fehlt. Gibt es Gründe? Was leisten die neuen Regelungen? Es liegen diverse Entscheidungen des BGH vor, die Bewertungen der neuen Regelungen des Gesetzes geben, und es liegen Entscheidungen des BGH vor, die das alte Recht neu betrachten.<sup>7</sup> Die folgenden Überlegungen\* stellen auf der Grundlage des reformierten Insolvenzanfechtungsrechts und dessen Genese u. a. die – indirekt – darauf bezogene, neu ausgerichtete Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dar. Der Beitrag plädiert für eine umfassende Evaluierung sowohl der Reform 2017 als auch der Vorsatzanfechtung insgesamt unter Berücksichtigung der Ziele der InsO.

**Text:** Rechtsanwalt Joachim Büttner, BRRS Rechtsanwälte

\* Die Änderungen in §§ 14, 143 InsO werden nicht behandelt. Die Auswirkungen durch die Restriktionen in § 2 Abs. 1 COVInsAG und §§ 89, 90 StaRUG werden hier nicht betrachtet.

1 Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz vom 29. März 2017, BGBl. I 654 ff.

2 Vgl. RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 1.

3 Vgl. RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 15.

4 Vgl. RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 1, 2, 15.

5 Vgl. RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 15.

6 Vgl. RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 15.

7 Vgl. zur neu ausgerichteten Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung: BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20; BGH v. 10.02.2022, IX ZR 148/19; BGH v. 24.02.2022, IX ZR 250/20; BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19; BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20; vgl. zu der Neufassung von § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO BGH v. 07.05.2020, IX ZR 18/19; vgl. BGH v. 25.03.2021, IX ZR 70/20, Rn. 50 juris zu § 3 Abs. 2 AnfG n.F.; vgl. zu § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO: BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21.

## I. Keine Evaluierungsabsicht des BMJV?

### 1. Grundlagen

§ 43 Abs. 1 GGO verlangt in der Begründung von Gesetzesvorlagen die Zielsetzung, die Notwendigkeit des beabsichtigten Gesetzes, den zugrunde liegenden Sachverhalt einschließlich dessen Erkenntnisquellen sowie die Gesetzesfolgen zu benennen. Wegen der Gesetzesfolgen verweist § 43 Abs. 1 Nr. 5 GGO ausdrücklich auf § 44 GGO. § 44 Abs. 1 Satz 1 GGO definiert als Gesetzesfolgen die wesentlichen Auswirkungen des Gesetzes. Sie umfassen die beabsichtigten Wirkungen und unbeabsichtigte Nebenwirkungen. Nach § 44 Abs. 2 Satz 1 GGO sind die Auswirkungen auf die Einnahmen und Ausgaben der öffentlichen Haushalte einschließlich der vollzugsbedingten Auswirkungen darzustellen. Darstellungen zu den Auswirkungen auf die Ausgaben öffentlicher Haushalte umfassen auch – voraussichtlich aufgrund der beabsichtigten Regelung – ersparte Ausgaben. Auswirkungen auf die Haushalte der Länder sind gesondert darzustellen (§ 44 Abs. 3 Satz 1 GGO). Evaluierung meint eine retrospektive Gesetzesfolgenabschätzung, um zu klären, ob die beabsichtigten Wirkungen eingetreten sind.<sup>8</sup> Die Ziele und die Folgen des Gesetzes müssen klar formuliert sein. Nur dann kann eine Prüfung erfolgen, ob die Ziele und die erwarteten Folgen erreicht wurden.<sup>9</sup> Das federführende Bundesministerium muss in der Begründung des Gesetzentwurfs festlegen, ob, in welchen Rahmen und zu welchem Zeitpunkt eine Gesetzesevaluierung stattfinden soll (§ 44 Abs. 7 GGO).

### 2. Befund

Das BMJ wollte keine Evaluierung. Deswegen sah der RefE für das »Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz« vor, dass eine Evaluierung nicht erforderlich sei.<sup>10</sup> Die Regelungen würden vielfach lediglich der Klarstellung dienen. Im Übrigen seien negative Folgen der Gesetzesänderungen nicht absehbar.<sup>11</sup> Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte wurden überhaupt nicht beschrieben. Dies gilt auch für die Auswirkungen auf die Haushalte der Länder.<sup>12</sup> Solche Auswirkungen sind aber mit dem Entwurf klar erwartet worden. Bereits der RefE enthielt eine beabsichtigte Änderung für § 131 InsO.<sup>13</sup> Der Vorschlag blieb zunächst erhalten.<sup>14</sup> Mit dieser Änderung sollten die Einzugsstellen für die Sozialversicherungsbeiträge und die Finanzverwaltung von der Anfechtung wegen Inkongruenz ausgenommen werden.<sup>15</sup> Die damit geminderten Ausfälle für die Kassen des Bundes (Bundesfinanzverwaltung) und die der Länder wegen der angefochte-

nen Steuerzahlungen wurden nicht erwähnt. Sie waren aber das Motiv der Regelung in § 131 der Entwürfe. Die Vorschrift ist im Gesetzgebungsverfahren gescheitert.<sup>16</sup> Die zu § 133 InsO in den Entwürfen vorgeschlagenen Regelungen waren ebenfalls davon motiviert, Steuereinnahmen nicht wieder hergeben zu müssen. Die Begründung des RegE sah dann doch eine Evaluierung nach fünf Jahren vor.<sup>17</sup> Sie sollte sich auf die Auswirkungen der Neuregelungen beziehen und fünf Jahre nach dem Inkrafttreten des Gesetzes erfolgen.<sup>18</sup> Der Bundesrat hielt dem entgegen, dass die Behauptung unverhältnismäßiger und unkalkulierbarer Risiken als Belastung des Wirtschaftsverkehrs ohne Grundlage wäre. Eine fachliche Notwendigkeit für Veränderungen im Insolvenzanfechtungsrecht sei nicht begründet.<sup>19</sup> Dafür fehlten empirisch erhobene Daten. Statt einer pauschalen Evaluierungsregelung wollte der Bundesrat daher eine verbindliche, gesetzlich verankerte Klausel vorgesehen wissen.<sup>20</sup> Es sollten geeignete Kriterien entwickelt werden, die eine Bewertung der fachlichen Notwendigkeit und des ggf. bestehenden Anpassungsbedarfs der vorgenommenen Änderung im Insolvenzanfechtungsrecht ermöglichen würden. Die Evaluierung sollte insofern die Auswirkungen des Gesetzes nach Zahl und Höhe der Insolvenzanfechtungen und ihre Verteilung auf die verschiedenen Gläubigergruppen darstellen. Sie sollte nach den verschiedenen Anfechtungstatbeständen differenzieren.<sup>21</sup> Die Gegenäußerung der Bundesregierung lehnte dies ausdrücklich ab und verwies darauf, dass sie die Evaluation anhand von geeigneten und präzisen Kriterien vornehmen werde, sodass eine gesetzliche Klausel entbehrlich erscheinen würde.<sup>22</sup> Spätestens ein Jahr vor dem Evaluierungsbeginn hätte die Durchführung einer Evaluierung geplant werden müssen, um deren effiziente Durchführung im vorgesehenen Zeitraum zu sichern.<sup>23</sup> Das BMJ hat sich bisher – soweit erkennbar – dem Evaluierungsauftrag verschlossen. Gründe sind nicht zu erkennen. Ob etwas bzw. was insofern ggf. noch beabsichtigt ist, ist unklar.

### 3. Notwendige Evaluierung

Eine Evaluierung der Regelungen zum Insolvenzanfechtungsrecht, vorrangig aber zur Vorsatzanfechtung, wäre notwendig, zumindest wünschenswert. Nur das würde eine sachliche Debatte der Vorsatzanfechtung ermöglichen. Das Insolvenzverfahren ist Teil des Zwangsvollstreckungsrechts. Es zielt unmittelbar auf den Schutz und die Durchsetzung verfassungsrechtlich geschützter privater Interessen. Zweck des Insolvenzverfahrens ist – ggf. neben der Erhaltung von Arbeitsplätzen in Unternehmen – die unter Berück-

8 Vgl. Hey, FR 2021, 293.

9 Vgl. Hey, FR 2021, 293, 297 f.

10 Vgl. RefE-InsO, S. 14, [www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Verbesserung\\_Rechtssicherheit\\_InsolvenzO.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Verbesserung_Rechtssicherheit_InsolvenzO.html).

11 Vgl. RefE-InsO, S. 14, [www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Verbesserung\\_Rechtssicherheit\\_InsolvenzO.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Verbesserung_Rechtssicherheit_InsolvenzO.html).

12 Vgl. RefE-InsO, S. 14, [www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Verbesserung\\_Rechtssicherheit\\_InsolvenzO.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Verbesserung_Rechtssicherheit_InsolvenzO.html).

13 Vgl. RefE-InsO, S. 14, [www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Verbesserung\\_Rechtssicherheit\\_InsolvenzO.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Verbesserung_Rechtssicherheit_InsolvenzO.html).

14 RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 7.

15 Vgl. Thole, ZIP 2017, 401.

16 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 18/11199, S. 4.

17 RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 15.

18 RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 15.

19 BT-Drs. 18/7054, Anlage 3, S. 31.

20 BT-Drs. 18/7054, Anlage 3, S. 31.

21 BT-Drs. 18/7054, Anlage 3, S. 31.

22 BT-Drs. 18/7054, Anlage 4, S. 33.

23 Vgl. Arbeitshilfe zur Evaluierung von Regelungen der Bundesregierung [Januar 2022, Herausgeber Statistisches Bundesamt im Auftrag der Bundesregierung], S. 9, [www.bmiw.de/Redaktion/DE/Evaluationen/Methodik/arbeitshilfe-zur-evaluierung-von-regelungen-der-bundesregierung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](http://www.bmiw.de/Redaktion/DE/Evaluationen/Methodik/arbeitshilfe-zur-evaluierung-von-regelungen-der-bundesregierung.pdf?__blob=publicationFile&v=6).



» **Joachim Büttner** ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Insolvenzrecht und Insolvenzverwalter. Er ist Gründungspartner bei BRRS Rechtsanwälte Insolvenzverwaltung Restrukturierung und arbeitet in den Büros in Hamburg und Dortmund. Im Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht betreut er in der aktuellen, 9. A. den Anhang zu § 5 InsO (Informationsgewinnung im Insolvenzverfahren gegenüber der Finanzverwaltung) sowie vergütungsrechtliche Vorschriften (§§ 63, 65 InsO, §§ 1–3, 9–20 InsVV; § 64 InsO gemeinsam mit Forster).

sichtigung der Lage des Schuldners bestmögliche Befriedigung der Forderungen der Gläubiger, die auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung als private vermögenswerte Rechte von Art. 14 Abs. 1 GG geschützt sind.<sup>24</sup> Der Gesetzgeber hat – pflichtgemäß – mit der Schaffung des Insolvenzverfahrens bei der Ausgestaltung des Verfahrensrechts die grundrechtliche Gewährleistung des Eigentums beachtet.<sup>25</sup> Mit der Durchsetzung berechtigter Forderungen ist das Insolvenzverfahren auch ein Element zur Verwirklichung des Justizgewährungsanspruchs. Die Garantie effektiven Rechtsschutzes ist ein wesentlicher Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips.<sup>26</sup> Ein funktionierendes Insolvenzverfahren liegt nicht nur im subjektiven Interesse der einzelnen Gläubiger, sondern auch im öffentlichen Interesse an der Wahrung einer am Rechtsfrieden orientierten rechtsstaatlichen Ordnung.<sup>27</sup> Der RegE zur Insolvenzordnung vom 15.04.1992 erwartete von der – vorgesehenen – Verschärfung des Anfechtungsrechts eine wesentliche Anreicherung der Insolvenzmasse und damit auch eine Erleichterung der Verfahrenseröffnung.<sup>28</sup> Das Insolvenzrecht bewährt sich allerdings erst, wenn die bestmöglichen Quoten ausgekehrt werden (§ 1 InsO). In der bestmöglichen Quote verwirklicht sich der angestrebte Schutz des Eigentumsrechts der Gläubiger. Mit den Entscheidungen des BGH vom 27.05.2003 und vom 17.07.2003 zur Vorsatzanfechtung wurden die im Gesetz angelegten Verschärfungen realisiert.<sup>29</sup> Bedingter Vorsatz ist seither ausreichend. Bork sprach von einer Renaissance der Vorschrift.<sup>30</sup> Versuche, den Anwendungsbereich der Vorschrift über die Rechtshandlungen des Schuldners hinaus zu erweitern,<sup>31</sup> waren nicht erfolgreich.<sup>32</sup> Trotzdem haben sich die Quotenaussichten der Gläubiger durch die Verschärfungen wahrscheinlich erheblich verbessert. Das liegt jedenfalls nahe. Es fehlt aber eine Erhebung von Daten, die das verifiziert oder falsifiziert. Der Bundesrat hatte – zutreffend – darauf verwiesen, dass die Gläubigergruppen unterschieden werden müssen.<sup>33</sup> Denn es gibt keine einheitliche Struktur der unter § 38 InsO zusammengefassten Gläubiger. Zahl und Höhe von Insolvenzanfechtungen, bei denen nach den Anfechtungssachverhalten differenziert wird, würden weitere wertvolle Daten liefern. Bisher findet die Auseinanderset-

zung um Nutzen oder Fluch der Anfechtung, besonders der Vorsatzanfechtung, ohne jede Datenbasis statt. Werden Daten genannt, dienen sie der Einschüchterung. Der Entwurf für ein »Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung« von 2005 hat von den Einzugsstellen für Sozialversicherungsbeiträge – infolge der Vorsatzanfechtung – befürchtete Beitragsausfälle von bis zu 800 Mio. Euro jährlich in der Begründung (»Problem und Ziel«) als Beispiel genannt.<sup>34</sup> Die Zahl ist nie dokumentiert oder nachgewiesen worden.<sup>35</sup> Es ist aber – unabhängig davon – nicht nachzuvollziehen, dass ein erfolgsorientiertes Verfahren, in dem die bestmögliche quotale Befriedigung der Mitglieder einer Schicksalsgemeinschaft angestrebt wird, die Vorsatzanfechtung empirisch nicht durchleuchtet ist. Es ist nicht nachzuvollziehen, dass ein Verfahren, das im öffentlichen Interesse betrieben wird, nicht darauf vermessen wird, ob es kann, was es soll, und die Mittel, die es hat, für den Zweck taugen. Daher ist es umso weniger verständlich, dass das BMJ sich bisher nicht zu einer Evaluierung versteht.

## II. Was leisten die neuen Regelungen?

Bork hat die Neuregelungen als klientelpolitische Augenwischerei bezeichnet.<sup>36</sup> Das ist zutreffend. Die neuen Regelungen brachten insgesamt und aber auch jeweils für sich keine Vereinfachung. Sie reduzieren die Komplexität nicht, sondern erhöhen sie. Das zeigt der Blick auf die zwischenzeitlich vorliegenden Entscheidungen zum neuen Recht.

### 1. § 133 Abs. 2 InsO

Die frühere Regelung in § 133 Abs. 2 InsO ist lediglich in § 133 Abs. 4 InsO verschoben worden. In § 133 Abs. 2 InsO wird nun die Anfechtungsfrist für Deckungen auf vier Jahre verkürzt.<sup>37</sup> Darin liegt eine Bestätigung, dass eine außerhalb kritischer Zeit gewährte kongruente Deckung nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar ist.<sup>38</sup> Die Verkürzung wirkt auf den ersten Blick, als sei Komplexität verschwunden. Das trifft nicht zu. Es ist komplexer geworden.

24 BVerfG v. 12.01.2016, 1 BvR 3102/13, Rn. 43 juris m. w. N.

25 BVerfG v. 12.01.2016, 1 BvR 3102/13, Rn. 43 juris m. w. N.

26 BVerfG v. 12.01.2016, 1 BvR 3102/13, Rn. 44 juris.

27 BVerfG v. 12.01.2016, 1 BvR 3102/13, Rn. 44 juris.

28 BT-Drs. 12/2443, S. 82.

29 BGH v. 27.05.2003, IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75 ff.; BGH v. 17.07.2003, IX ZR 215/02, ZIP 2003, 1900; BGH v. 17.07.2003, IX ZR 272/02, ZIP 2003, 1799.

30 Bork, ZIP 2004, 1684.

31 Vgl. KrefT, KTS 2004, 205, 209 ff.

32 BGH v. 10.02.2005, IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143.

33 Vgl. BT-Drs. 18/7054, Anlage 3, S. 31.

34 Vgl. BT-Drs. 18/7054, Anlage 3, S. 31.

35 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/3844, S. 1. Dort ist der Betrag, der dem Beitragsaufkommen der Einzugsstellen entgeht, anders dargestellt.

36 Bork, FS Wimmer, S. 98, 116.

37 Vgl. dazu Bork, FS Wimmer, S. 98, 102, der in der Verkürzung für die Praxis keinen Entlastungseffekt sah, da für einen länger als vier Jahre zurückliegenden Zeitraum die relevanten Umstände nicht verlässlich und nicht mit vertretbarem Kostenaufwand ermittelt werden könnten.

38 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 34 juris.

## Überlegungen aus Verwaltersicht zur Evaluierung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen fünf Jahre nach Inkrafttreten

Die Vorschrift in Abs. 2 enthält eine Regelung für alle Deckungen; kongruent wie inkongruent.<sup>39</sup> Das Risiko der Anfechtbarkeit von Deckungen sollte dadurch kalkulierbarer werden. Die Planungssicherheit für den Wirtschaftsverkehr sollte erhöht werden.<sup>40</sup> Der Tatbestand in § 133 Abs. 1 InsO ist unverändert (zehn Jahre). Rechtshandlungen, bei denen es sich nicht um Deckungen handelt, sind also weiterhin binnen zehn Jahren anfechtbar. Das hat die Begründung ausdrücklich hervorgehoben.<sup>41</sup> Als Rechtshandlung, die keine Deckung ist, käme insofern ein schuldrechtlicher Vertrag in Betracht. Der Vertrag als Kausalgeschäft kann weiter nach Abs. 1 anfechtbar sein. Die – nach erfolgreicher Anfechtung dann – inkongruente Deckung kann aber ggf. unter Abs. 2 wegen der Frist von vier Jahren unanfechtbar sein.<sup>42</sup> Abs. 2 der Regelung muss daher ggf. im Zusammenhang mit Abs. 1 betrachtet werden. Die Komplexität ist schon dadurch erhöht. Die Abgrenzung zwischen Abs. 1 und Abs. 2 ist schwierig.<sup>43</sup> Abs. 2 umfasst auch inkongruente Deckungen. Dies erfordert auch eine Abgrenzung zu den Vermögensverschiebungen, die nach Abs. 1 erfasst sein sollen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten die paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung unverändert der zehnjährigen Anfechtungsfrist unterworfen sein.<sup>44</sup> Daher muss bei der Anfechtung einer Sicherung geprüft werden, ob der Rechtsgrund der gewährten Sicherung seinerseits in einer die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung erfüllenden Weise begründet worden ist.<sup>45</sup> Deshalb ist der Anwendungsbereich sowohl nach § 3 Abs. 1 AnfG als auch nach der im Wortlaut identischen Vorschrift von § 133 Abs. 2 InsO hinsichtlich der gewährten Deckung auch jenseits des Vierjahreszeitraums dann eröffnet, wenn das der angefochtenen Leistung zugrunde liegende Grundgeschäft die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung erfüllt.<sup>46</sup>

### 2. § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO

Die Neuregelung in § 133 Abs. 3 Satz 1 InsO betrifft nur kongruente Deckungen.<sup>47</sup> Eine gesetzliche Vermutung über die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners soll erst eingreifen, wenn der Anfechtungsgegner die eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kennt. Der Gesetzgeber wollte damit dem Umstand Rechnung tragen, dass bei Gewährung einer kongruenten Deckung die geschuldete Leistung erbracht wird und der Schuldner vor Eintritt der Insolvenz grundsätzlich frei sei, zu entscheiden, welche Forderungen er erfüllen will. In diesem Fall würde die Kenntnis einer nur drohenden Zahlungsunfähigkeit den Schluss auf

den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht rechtfertigen.<sup>48</sup> Gleichwohl bleibt die drohende Zahlungsunfähigkeit ein Indiz.<sup>49</sup> Dieses Indiz kann ggf. mit anderen Umständen zusammen ein Gesamtbild erzeugen, das die Annahme des Vorsatzes rechtfertigt. Das mindert die Komplexität jedenfalls nicht.<sup>50</sup>

### 3. § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO

Die Funktion von § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO im Gefüge des § 133 InsO wird sehr unterschiedlich gesehen.<sup>51</sup> Sie gibt dem Anfechtungsgegner die – ihn schützende – Vermutung, dass er die Zahlungsunfähigkeit nicht gekannt habe, wenn er eine Ratenzahlung oder eine andere Zahlungserleichterung gewährte. Gläubigern, die sich auf Zahlungserleichterungen und Ratenzahlungen einlassen, sollte § 133 Abs. 3 Satz 2 InsO also Rechtssicherheit geben.<sup>52</sup> Der Gesetzgeber ging von einer verbreiteten und bewährten Praxis aus, mit Schuldnern, die unter vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten leiden, einen Zahlungsaufschub oder Ratenzahlungen zu vereinbaren, damit eine Art Überbrückungsfinanzierung gewährt wird.<sup>53</sup> Rechtssicherheit würde Gläubigern gewährt werden, die im Rahmen der Durchsetzung ihrer Forderungen auf gütliche Erledigung bedacht wären und deswegen mit dem Schuldner Zahlungsvereinbarungen trafen oder ihm in anderer Weise Zahlungserleichterungen gewährten. Im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Gläubiger wurde auf §§ 222, 258 AO sowie § 76 SGB IV Bezug genommen.<sup>54</sup> Das übergeht aber, dass durch diese Gläubiger Zahlungserleichterungen nach dem Gesetzeswortlaut nur gegen Sicherheitsleistung gewährt werden sollen (§ 222 Satz 2 AO; § 76 Abs. 2 Satz 1, Satz 2 SGB IV). Die Begründung spricht insofern noch die sog. Nikolaus-Entscheidung vom 06.12.2012<sup>55</sup> an.<sup>56</sup> Ein Gläubiger, der einer Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte des Schuldners entsprechen würde, habe grundsätzlich keinen Anlass, von der Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens auszugehen.<sup>57</sup> Die sog. Nikolaus-Entscheidung vom 06.12.2012 mag dort – falsch verstanden – tatsächlich nachgewirkt haben. Bei der Vermutung, dass der Anfechtungsgegner im Fall einer Zahlungsvereinbarung oder einer sonstigen Zahlungserleichterung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Zeit der angefochtenen Handlung nicht kannte, handelt es sich um eine widerlegbare gesetzliche

48 Vgl. RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 18.

49 Vgl. Thole in Heidelberger Kommentar, 10. A., § 133 InsO Rn. 40; vgl. dazu zum alten Recht nach der Neuausrichtung der Rechtsprechung auch BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 39 juris; BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 52 juris.

50 Vgl. Thole in Heidelberger Kommentar, 10. A., § 133 InsO Rn. 40; vgl. dazu zum alten Recht nach der Neuausrichtung der Rechtsprechung auch BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 39 juris; BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 52 juris.

51 Vgl. dazu BGH v. 07.05.2020, IX ZR 18/19, Rn. 16 m. w. N.

52 RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 18.

53 RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 18.

54 RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 18.

55 Vgl. BGH v. 06.12.2012, IX ZR 3/12.

56 Vgl. insofern RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 18.

57 Vgl. RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 18.

39 BT-Drs. 18/7054, S. 18.

40 BT-Drs. 18/7054, S. 18.

41 BT-Drs. 18/7054, S. 18.

42 Thole in Heidelberger Kommentar, 10. A., § 133 InsO Rn. 15.

43 Thole in Heidelberger Kommentar, 10. A., § 133 InsO Rn. 15; Thole, ZRI 2020, 338, 346: »Gewirk«.

44 Vgl. BT-Drs. 18/7054, S. 13.

45 BGH v. 25.03.2021, IX ZR 70/20, Rn. 50 juris zu § 3 Abs. 2 AnfG n. F.

46 BGH v. 25.03.2021, IX ZR 70/20, Rn. 50 juris zu § 3 Abs. 2 AnfG n. F.

47 RegE-InsO, BT-Drs. 18/7054, S. 18.

Vermutung.<sup>58</sup> Vermutungstatbestand ist der Abschluss einer Zahlungsvereinbarung oder die Gewährung einer sonstigen Zahlungserleichterung.<sup>59</sup> Vermutungsfolge ist die Nichtkenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Zeit der angefochtenen Handlung.<sup>60</sup> Um die Vermutungsfolge zu widerlegen, kann sich der Insolvenzverwalter – mit Ausnahme der den Vermutungstatbestand bildenden Umstände – auf sämtliche Umstände berufen, die geeignet sind, Zahlungsunfähigkeit darzulegen.<sup>61</sup> Die Vermutung kann auch durch den Nachweis widerlegt werden, dass der Anfechtungsgegner Umstände kannte, die bereits vor Gewährung der Zahlungserleichterung bestanden und aus denen nach der gewährten Zahlungserleichterung – wie schon zuvor – zwingend auf eine Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu schließen war.<sup>62</sup>

#### 4. § 142 Abs. 1 InsO

§ 142 InsO wurde in der Weise geändert, dass die bisherige Regelung zum Abs. 1 wurde, wobei die Verweisung auf die neuen Abs. 2 und 3 des § 133 InsO erweitert und zusätzlich unlauteres Handeln des Schuldners und die Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon eingefügt wurden. Damit enthält die Vorschrift nun einen unbestimmten Rechtsbegriff, der eine Rechtshandlung mit einem Unwerturteil beschreiben soll, sowie eine innere Tatsache bezüglich des Anfechtungsgegners (Kenntnis), die sich auf das Unwerturteil beziehen muss. Das kann von vornherein keine Reduzierung von Komplexität erreichen.

##### a) Unlauterkeit

»Unlauterkeit« ist ein Wiedergänger aus dem Gesetzgebungsarsenal. Der Entwurf für ein »Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung« wollte 2005 die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung auf Fälle unlauteren Verhaltens beschränken.<sup>63</sup> Unlauteres Verhalten sollte dort regelmäßig nur vorliegen, wenn ein kollusives Zusammenwirken mit dem Schuldner feststellbar sei. Bei einer kongruenten Deckung wäre demnach unlauteres Verhalten nur dann zu bejahen, wenn es dem Schuldner ausschließlich darauf ankommt, andere Gläubiger zu benachteiligen. Keine Unlauterkeit und damit keine vorsätzliche Benachteiligung sollte bei kongruenten Deckung vorliegen, wenn die Möglichkeit bestünde, dass der Schuldner sich von einer Sanierungserwartung leiten ließ, sei diese auch noch so schwach begründet.<sup>64</sup> Unlauterkeit verlangt nach der Begründung des Reformgesetzgebers mehr als nur das Bewusstsein, nicht mehr alle Gläubiger befriedigen zu können.<sup>65</sup>

58 BGH v. 07.05.2020, IX ZR 18/19, Rn. 17 juris.

59 BGH v. 07.05.2020, IX ZR 18/19, Rn. 17 juris.

60 BGH v. 07.05.2020, IX ZR 18/19, Rn. 17 juris.

61 BGH v. 07.05.2020, IX ZR 18/19, Rn. 17 juris.

62 BGH v. 07.05.2020, IX ZR 18/19, Rn. 18 juris.

63 BR-Drs. 618/05, S. 2; BT-Drs. 16/886, S. 1.

64 BR-Drs. 618/05, S. 19, unter Hinweis auf BGH ZIP 1984, 572, 580.

65 RegE-InsO, BT-Drs. 18/054, S. 19.

Die Annahme der Unlauterkeit würde insofern erfordern, dass ein besonderer Unwert hinzutritt.<sup>66</sup> Dies sei gegeben, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung eines Gläubigers die anderen Gläubiger zu schädigen.<sup>67</sup> Unlauter würde auch bei der Verschleuderung von Vermögen für Leistungen, die den Gläubigern unter keinen erdenklichen Gesichtspunkten nutzen könnten, gehandelt. Bei Geschäften, die allgemein zur Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich seien, würde es an der Unlauterkeit selbst dann fehlen, wenn der Schuldner weiß, dass die Betriebsfortführung verlustträchtig ist.<sup>68</sup> Das ist problematisch, da bei Betriebsfortführung trotz weiter erzielten Verlusten eine sittenwidrige Insolvenzverschleppung vorliegen wird, wenn das Ende des Unternehmens unabweisbar ist.<sup>69</sup>

## b) Kenntnis der Unlauterkeit

Es ist positives Wissen des Anfechtungsgegners von der Unlauterkeit vorausgesetzt. Dieses muss sich nicht auf alle Einzelheiten erstrecken.<sup>70</sup> Die Kenntnis des Anfechtungsgegners ist objektiv zu bestimmen.<sup>71</sup> Demzufolge muss gelten: Bewertet der Gläubiger das ihm vollständig bekannte Tatsachenbild, welches objektiv die Annahme der Unlauterkeit gebietet, falsch, kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er diesen Schluss nicht gezogen habe.<sup>72</sup> Die Beweislast für die Unlauterkeit und die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon trägt der Insolvenzverwalter.<sup>73</sup>

## 5. § 142 Abs. 2 InsO

§ 142 Abs. 2 InsO ist eine vollständige, teilweise komplexe gesetzliche Neuregelung.

### a) Unmittelbarkeit

§ 142 Abs. 2 Satz 1 InsO regelt auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH zum alten Recht, wann der Austausch von Leistung und Gegenleistung als unmittelbar anzusehen ist.<sup>74</sup> Es wird in der Vorschrift nicht benannt, wann ein enger zeitlicher Zusammenhang nicht mehr besteht. Allerdings ist die exakte allgemeine Bestimmung eines für die Annahme eines Bargeschäfts unschädlichen Zeitraums wohl kaum möglich.<sup>75</sup> Eine geringfügige Zahlungsverzögerung – vier Bankarbeitstage – führt nicht dazu, dass die erfolgte Zahlung nicht mehr als »unmittelbar« in Bezug auf die erbrachte Leistung angesehen werden kann.<sup>76</sup> Damit ist die Grenze von der Bardeckung zur Kreditgewährung noch nicht überschritten.<sup>77</sup>

66 RegE-InsO, BT-Drs. 18/054, S. 19.

67 RegE-InsO, BT-Drs. 18/054, S. 19.

68 RegE-InsO, BT-Drs. 18/054, S. 19; vgl. OLG Düsseldorf v. 27.02.2020, 12 U 31/19, Rn. 31 juris.

69 Vgl. BGH v. 27.07.2021, II ZR 164/20, Rn. 26 juris.

70 Rogge/Leptien in Hamburger Kommentar, 9. A., § 142 InsO, Rn. 21.

71 BGH v. 19.02.2009, IX ZR 62/08, Rn. 14 juris.

72 Vgl. BGH v. 19.02.2009, IX ZR 62/08, BGHZ 180, 63 ff., Rn. 14 juris; vgl. BGHZ 149, 178, 185.

73 Thole in Heidelberger Kommentar, 10. A., § 142 InsO Rn. 18.

74 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 13 juris.

75 Vgl. Thole in Heidelberger Kommentar, 10. A., § 142 InsO Rn. 7.

76 OLG Düsseldorf v. 27.02.2020, 12 U 31/19, Rn. 31 juris.

77 OLG Düsseldorf v. 27.02.2020, 12 U 31/19, Rn. 31 juris.

### b) Arbeitsverhältnis

In Satz 2 ist eine Sondernorm für das Arbeitsverhältnis geschaffen worden. Es wird hierfür vorgesehen, dass ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben ist, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt. Die Begründung hat sich auf die Entscheidung des BAG vom 09.06.2011 bezogen,<sup>78</sup> das bei einem Zeitraum von drei Monaten zwischen Fälligkeit und Zahlung des Arbeitgebers ein Bargeschäft nicht ausschließen will.<sup>79</sup> Das BAG hat als rechtssächliches Argument für die Frist auf eine – in nicht wenigen Branchen – schlechte Zahlungsmoral der Drittschuldner der Arbeitgeber verwiesen, die dann verzögerte Lohn- und Gehaltszahlungen der Arbeitgeber an ihre Mitarbeiter zur Folge hätte.<sup>80</sup> Das ist lediglich politisch motiviert und weicht von sonstigen Grundsätzen ab. Die Vorschrift ist daher bedenklich. Sie fördert jedenfalls die Rechtssicherheit nicht. Zutreffend ist die Überweisung von Löhnen mehr als einen halben Monat nach deren Fälligkeit als nicht geringfügige Abweichung zu sehen. Eine solche entspricht nicht der Verkehrssitte oder den Handelsbräuchen.<sup>81</sup>

### c) Drittzahlungen an Arbeitnehmer

§ 142 Abs. 2 Satz 3 InsO ist erst aufgrund der Beschlussempfehlung und des Berichts des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz vom 15.02.2017 in das Gesetz gekommen.<sup>82</sup> Zahlungen von Dritten auf das Arbeitsentgelt sollen § 267 BGB gleichstehen, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter die Leistung bewirkt hat. Die Vorschrift sollte den Anfechtungsschutz bei Zahlungsvorgängen regeln, die insbesondere bei der Beschäftigung in konzernverbundenen Unternehmen denkbar seien.<sup>83</sup> Die Bedeutung von § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO ergibt sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst.<sup>84</sup> Der Umfang der Gleichstellung ist im Gesetz nicht beschrieben.<sup>85</sup> Es bestehen Deutungsspielräume, bei denen fraglich ist, ob sie im Gesetzgebungsverfahren bedacht wurden.<sup>86</sup> Demzufolge kann keine Verbesserung der Rechtssicherheit erzielt worden sein. Erkennbarkeit ist ein objektiver Maßstab.<sup>87</sup> Entscheidend ist demnach nicht, ob der konkrete Arbeitnehmer die Drittleistung als solche erkannt hat oder nicht. Es kommt vielmehr darauf an, ob ein objektiver Betrachter aus der Sicht des Arbeitnehmers erkennen konnte, dass ein Dritter leistet. Entscheidend ist daher die Erkennbarkeit der Drittleistung an sich.<sup>88</sup> Der Dritte muss nicht identifizierbar sein.<sup>89</sup> Es reicht aus, dass erkennbar ist, dass es sich nicht um eine Leistung des Schuldners handelt, sondern um die eines Dritten.<sup>90</sup> Grundlage für

78 BT-Drs. 18/7054, S. 19 f.

79 BAG v. 09.06.2011, 6 AZR 262/10, Rn. 15 ff. juris.

80 BAG v. 09.06.2011, 6 AZR 262/10, Rn. 17 juris m. w. N.

81 Vgl. OLG Saarland v. 15.07.2021, 4 U 67/18, Rn. 182 juris.

82 Vgl. BT-Drs. 18/11199, S. 5 f.

83 Vgl. BT-Drs. 18/11199, S. 11.

84 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 17 juris.

85 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 17 juris.

86 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 21 ff. juris.

87 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 29 juris.

88 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 29 juris.

89 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 29 juris.

90 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 29 juris.

Sicherheit braucht ein System.



Ihr Premiumanbieter für individuelle Lösungen im Bereich der Restrukturierung.

Der Spezialist für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung.

Erfahren, kompetent und zuverlässig.



**ALLCURA**  
Versicherungs-Aktiengesellschaft

Telefon: (040) 226 337 - 80  
E-Mail: kontakt@allcura-versicherung.de

Anzeige

die Beurteilung sind die dem Arbeitnehmer zur Kenntnis gelangten objektiven Umstände. Eine (hypothetische) Erkundigungs- oder Nachforschungsobliegenheit des Arbeitnehmers besteht nicht.<sup>91</sup> Bei § 142 Abs. 2 Satz 3 InsO handelt es sich um eine eng auszulegende Ausnahmenvorschrift.<sup>92</sup> Die Anforderungen an die Erkennbarkeit dürfen daher nicht zu hoch angesetzt werden.<sup>93</sup> Erhält der Arbeitnehmer eine Zahlung per Überweisung und ergibt sich aus dem entsprechenden Kontoauszug, dass die Zahlung von einem Zahler stammt, dessen Bezeichnung nicht mit der vom Arbeitgeber verwendeten identisch ist, wird regelmäßig eine darin liegende Dritteleistung erkennbar.<sup>94</sup> Ohne Bedeutung ist, ob sich der Arbeitnehmer dafür interessiert, wer zahlt.<sup>95</sup> Der Arbeitnehmer ist darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass er nicht erkennen konnte, dass er eine Zahlung eines Dritten erhalten hat.<sup>96</sup>

### III. Was hätte der Gesetzgeber – nach Ansicht des BGH – regeln sollen?

Es ist ein Zufall. Ziemlich zu dem Zeitpunkt, in dem die Feinplanung der Evaluierung für das Gesetz vom 29.03.2017 beginnen musste, hat der IX. Zivilsenat des BGH – unabhängig von den Bewertungen zum neuen Recht, die er in schon vorliegenden

Entscheidungen traf<sup>97</sup> – verdeutlicht, dass die Einschränkungen, die der Gesetzgeber vorgenommen hatte, ihm nicht weit genug gingen. Mit der Entscheidung vom 06.05.2021 hat der BGH begonnen, seine Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung nach dem alten Recht zu ändern (sog. Neuausrichtung).<sup>98</sup> Im ersten Quartal 2022 sind weitere Entscheidungen ergangen.<sup>99</sup> Es dürften weitere Entscheidungen zu erwarten sein. Die bisherige, die Anfechtung erschwerende Entwicklung ist in Grundzügen wie folgt zu skizzieren:

#### 1. Vorsatz

Zentraler Ansatzpunkt für den Vorsatz des Schuldners ist die Frage, ob in einer Rechtshandlung sein Wille zum Ausdruck kommt, den Anfechtungsgegner zum Nachteil anderer Gläubiger zu bevorzugen.<sup>100</sup>

Eine schematische Betrachtung verbietet sich weiterhin.<sup>101</sup> Der Katalog der Beweisanzeichen ist nicht abschließend.<sup>102</sup> Es sind – zusätzliche – weitere Umstände, die für subjektive Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung herangezogen werden können,

91 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 30 juris.  
92 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 30 juris.  
93 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 30 juris.  
94 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 31 juris.  
95 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 31 juris.  
96 BGH v. 10.03.2022, IX ZR 4/21, Rn. 32 juris.

97 Vgl. BGH v. 07.05.2020, IX ZR 18/19, Rn. 17 juris; vgl. BGH v. 25.03.2021, IX ZR 70/20, Rn. 50 juris zu § 3 Abs. 2 AnfG n. F.

98 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 30ff. juris.

99 BGH v. 10.02.2022, IX ZR 148/19; BGH v. 24.02.2022, IX ZR 250/20; BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19; BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20.

100 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 32 juris.

101 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 12 juris.

102 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 12 juris.

denkbar.<sup>103</sup> Die Beweisanzeichen können die wirtschaftliche Lage (§§ 17–19 InsO) betreffen.<sup>104</sup> Auch Art und Weise der angefochtenen Rechtshandlung – also die Umstände, unter denen die Transaktion erfolgte – können Beweisanzeichen für den Vorsatz sein.<sup>105</sup> Umstände in diesem Sinne sind gewährte inkongruente Deckungen, das Bewirken einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung und die Übertragung von Vermögensposten an nahestehende Dritte.<sup>106</sup> Inkongruenz ist ein eigenständiges Beweisanzeichen.<sup>107</sup>

Die gerichtliche Überzeugungsbildung muss die Zusammenschau der wirtschaftlichen Lage und der Umstände, unter denen die Rechtshandlung erfolgte, zusammen berücksichtigen. Der Tatrichter darf sich daher nicht auf eine Würdigung, die sich auf die wirtschaftliche Lage allein stützt, beschränken.<sup>108</sup> Allerdings kann eine – die Lage des Schuldners beschreibende wirtschaftliche – Krise schon so weit fortgeschritten sein, dass allein darauf der Vorsatz gestützt werden kann.<sup>109</sup> Anwachsende Verbindlichkeiten zeigen eine Verschärfung der Krise.<sup>110</sup>

Auf eine im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung nur drohende Zahlungsunfähigkeit kann der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners in der Regel nicht gestützt werden.<sup>111</sup> Es kann aber für einen Benachteiligungsvorsatz bei drohender Zahlungsunfähigkeit sprechen, wenn der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sicher zu erwarten ist und alsbald bevorsteht. Zusätzlich muss der Schuldner sich bewusst sein, dass er kurzfristig einen Insolvenzantrag stellen wird. Gleichwohl befriedigt er gezielt Gläubiger in der verbleibenden Zeit bis zum ohnehin beabsichtigten Insolvenzantrag.<sup>112</sup>

Für den Vorsatz reicht es nicht, dass der Schuldner seine eigene Zahlungsunfähigkeit kennt.<sup>113</sup> Der Schuldner muss wissen oder billigend in Kauf nehmen, seine Gläubiger auch künftig nicht vollständig befriedigen zu können.<sup>114</sup> Das muss der Verwalter darlegen und beweisen.<sup>115</sup> Der Verwalter muss zudem darlegen und beweisen, dass keine begründete Aussicht auf Beseitigung der Illiquidität bestand.<sup>116</sup> Es ist allerdings regelmäßig anzunehmen, dass die Ursache für die Zahlungsunfähigkeit nicht beseitigt wurde oder nicht absehbar beseitigt wurde.<sup>117</sup> Hält der Schuldner eine

ihm gegenüber bestehende Forderung, die die Zahlungsunfähigkeit begründet, für nicht durchsetzbar oder nicht fällig, kennt er seine Zahlungsunfähigkeit nicht,<sup>118</sup> es sei denn – objektiv betrachtet – dass die Forderung fällig war bzw. bestand.<sup>119</sup>

Die eigene Erklärung des Schuldners, aus Mangel an liquiden Mitteln nicht zahlen zu können, ist die aussagekräftigste Grundlage für die Feststellung der Zahlungseinstellung.<sup>120</sup> Fehlt es an einer solchen Erklärung, müssen die für eine Zahlungseinstellung sprechenden sonstigen Umstände ein der Erklärung des Schuldners entsprechendes Gewicht erreichen.<sup>121</sup> Die Fortdauervermutung einer einmal eingetretenen Zahlungseinstellung besteht nicht mehr uneingeschränkt.<sup>122</sup> Stärke und Dauer der Vermutung hängen nunmehr davon ab, in welchem Ausmaß die Zahlungsunfähigkeit zutage getreten ist.<sup>123</sup> Den Verwalter trifft eine sekundäre Darlegungslast, wenn der Anfechtungsgegner einen Umstand beweist, der eine Wiederaufnahme der gesamten Zahlungen möglich erscheinen lässt.<sup>124</sup> Dies gilt auch, wenn ein solcher Umstand unstrittig ist.<sup>125</sup> Der Verwalter muss dann zu anderen weiterhin nicht bedienten Verbindlichkeiten des Schuldners in dem Zeitraum, in dem die Wiederaufnahme erfolgt sein soll, vortragen.<sup>126</sup>

Die insolvenzrechtliche Überschuldung ist ein eigenständiges Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners.<sup>127</sup> Die Stärke dieses Beweisanzeichens soll dem der drohenden Zahlungsunfähigkeit entsprechen,<sup>128</sup> sodass dann das gezielte Befriedigen womöglich nahestehender Gläubiger außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs bei bestehender insolvenzrechtlicher Überschuldung für den Vorsatz sprechen müsste.<sup>129</sup> Die Darlegungs- und Beweislast für die tatsächlichen Umstände, aus denen die insolvenzrechtliche Überschuldung des Schuldners folgt, trägt im Insolvenzanfechtungsprozess der Insolvenzverwalter.<sup>130</sup> Der Verwalter muss im Ausgangspunkt sowohl die rechnerische Überschuldung i. S. d. § 19 Abs. 2 Satz 1 InsO als auch die negative Fortführungsprognose darlegen und beweisen.<sup>131</sup>

Weder die aus § 15 a InsO folgende Insolvenzantragspflicht noch das Zahlungsverbot aus § 15 b InsO bestimmt, ob der Schuldner im Fall der erkannten Zahlungsunfähigkeit mit Gläubigerbenach-

103 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 12 juris.

104 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 13 f. juris.

105 Vgl. BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 12 juris.

106 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 12 juris.

107 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 32 juris.

108 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 12 juris.

109 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 13 juris.

110 BGH v. 10.02.2022, IX ZR 148/19, Rn. 27 juris.

111 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 39 juris; BGH vom 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 52 juris.

112 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 56 juris.

113 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 30 juris.

114 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 36 juris.

115 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 48 juris.

116 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 48 juris.

117 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 48 juris.

118 BGH v. 24.02.2022, IX ZR 250/20, Rn. 24 juris.

119 Vgl. BGH v. 24.02.2022, IX ZR 250/20, Rn. 24 juris, BGH v. 19.02.2009, IX ZR 62/08, Rn. 14 juris.

120 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 41 juris.

121 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 41 juris.

122 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 43 juris; BGH vom 10.02.2022, IX ZR 148/19, Rn. 17 ff. juris.

123 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 43 f. juris; BGH vom 10.02.2022, IX ZR 148/19, Rn. 17 juris.

124 BGH v. 10.02.2022, IX ZR 148/19, Rn. 19 juris.

125 BGH v. 10.02.2022, IX ZR 148/19, Rn. 19 juris.

126 BGH v. 10.02.2022, IX ZR 148/19, Rn. 19 juris.

127 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 13 ff. juris.

128 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 16.

129 Vgl. BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 16, BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 40 juris.

130 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 24 juris.

131 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 24 juris.

# Überlegungen aus Verwaltersicht zur Evaluierung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen fünf Jahre nach Inkrafttreten

teiligungsvorsatz gehandelt hat.<sup>132</sup> Ob der Schuldner erkannt oder billigend in Kauf nahm, dass eine vollständige Befriedigung der übrigen Gläubiger auch in Zukunft nicht erwartet werden kann, unterliegt tatrichterlicher Würdigung.<sup>133</sup> Auf den Gleichlauf zwischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nach § 133 Abs. 1 und der Antragspflicht nach § 15 a InsO und dem Zahlungsverbot nach § 15 b InsO soll es nicht ankommen, weil §§ 15 a, 15 b InsO nicht den Interessenkonflikt zwischen dem Empfänger einer Leistung und der Gläubigergemeinschaft regeln.<sup>134</sup> Die Vorschriften der §§ 15 a, 15 b InsO richten sich an die Organe des Schuldners. Die Bestimmungen regeln den Interessenkonflikt zwischen diesen Organen, dem Schuldner und der Gläubigergemeinschaft.<sup>135</sup> Die Wertungsgrundlage, welche eine insolvenzrechtlich Rückgewährpflicht des Empfängers rechtfertigt, soll sich grundlegend von der Frage unterscheiden, unter welchen Voraussetzungen ein Organ des Schuldners für Pflichtverletzungen oder Masseverkürzungen haftet. Dies soll sich schon im Wortlaut von § 133 Abs. 1 InsO zeigen, der sich von §§ 15 a, 15 b InsO klar unterscheiden würde.<sup>136</sup> Für die erkannte insolvenzrechtliche Überschuldung und die insofern begründeten Pflichten aus §§ 15 a, 15 b InsO gilt dies entsprechend.<sup>137</sup>

Wenn der Schuldner ein Sanierungsrisiko mit einem untauglichen Sanierungsversuch bewusst den künftigen Insolvenzgläubigern auferlegt, kann dies für den Benachteiligungsvorsatz sprechen.<sup>138</sup> Bei einem Sanierungsversuch hat der Insolvenzverwalter für den Benachteiligungsvorsatz darzulegen und zu beweisen, dass dieser untauglich war und der Schuldner dies erkannt oder billigend in Kauf genommen hat.<sup>139</sup> Ob ein Erfolg versprechendes Sanierungskonzept vorliegt, hat sich an den zur Zeit der Umsetzung tatsächlich bestehenden Rechtsauffassungen auszurichten. Ob eine für den Schuldner günstige Antwort rechtlich vertretbar ist und der Sanierungsversuch voraussichtlich nicht aus Rechtsgründen scheitern wird, ist bei neuen gesetzlichen Regelungen angesichts der mit ihnen verbundenen Unsicherheiten nach einem großzügigen Maßstab zu beurteilen.<sup>140</sup> Nimmt der Schuldner für seinen Sanierungsversuch die Beratung eines unvoreingenommenen, fachlich ausgewiesenen Experten in Anspruch, darf er auf ihre Richtigkeit grundsätzlich vertrauen, sofern nicht hinreichende Anhaltspunkte bestehen, dass die Beratung den Anforderungen an ein Erfolg versprechendes Sanierungskonzept nicht genügt.<sup>141</sup>

## 2. Kenntnis

Bei der erkannten Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im maßgeblichen Zeitpunkt ist für den Vollbeweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Bezugspunkt – wie beim Vorsatz – verändert. Es ist notwendig, dass der Anfechtungsgegner zusätzlich wusste, dass der Schuldner seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht wird befriedigen können.<sup>142</sup> Dies richtet sich nach den objektiven Umständen.<sup>143</sup> Der Verwalter kann sich aber auf die gesetzliche Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO stützen.<sup>144</sup> Die insolvenzrechtliche Überschuldung ist ein eigenständiges Beweisanzeichen für den Vollbeweis für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Vorsatz. Den Verwalter trifft die Darlegungs- und Beweislast für eine rechnerische Überschuldung und zusätzlich auch für die negative Fortführungsprognose. Außerdem muss der Verwalter die Kenntnis sowohl des Schuldners als auch des Anfechtungsgegners von der verwirklichten Überschuldung im rechtlichen Sinne darlegen und beweisen.<sup>145</sup>

## IV. Ergebnis

Das BMJ hat bisher nicht evaluiert. Die Regelungen des Gesetzes vom 29.03.2017 haben keine Verbesserungen der Rechtssicherheit gebracht. Die Komplexität wurde erhöht. Ein Bedürfnis für eine Evaluierung, die die Leistungsfähigkeit der Insolvenzanfechtung zeigt, besteht. Das Bedürfnis ergibt sich schon angesichts des öffentlichen Interesses, dem die Anfechtung allgemein, besonders die Vorsatzanfechtung, dient. Der BGH will den Anwendungsbereich für die Vorsatzanfechtung nach altem Recht – und damit auch für das neue Recht – deutlich einschränken. Der IX. Zivilsenat stützt sich für seine Änderungen auf das Prozessrecht, durch das solchermaßen das materielle Recht neu geformt wird. Die Darlegungs- und Beweislasten sind beim Vorsatz neu bewertet bzw. gewichtet. Die Würdigung durch den Tatrichter wird gestärkt. Die Anforderungen an den Verwalter und dessen Vortrag haben sich erheblich erhöht. Es könnte deswegen sein, dass mit § 133 InsO die – früher in der Hand des Insolvenzverwalters vermutete – Wunderwaffe oder die Generalklausel, die andere Anfechtungsregelungen angeblich de facto überflüssig werden ließ,<sup>146</sup> stumpf wird oder nicht mehr greift. Dies könnte dazu führen, dass weniger Masse generiert werden wird. Demzufolge würden geringere Quoten zu erwarten sein. Es kann auch dazu kommen, dass weniger Insolvenzeröffnungen erfolgen. Auch dies könnte Anlass zur Evaluierung geben. <<

132 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 27 ff. juris; BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 19 juris.

133 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 27 juris m. w. N.

134 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 29 juris.

135 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 30 juris.

136 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 31 juris.

137 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 19 juris.

138 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 105 juris.

139 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 74 juris.

140 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 86 juris.

141 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 78/20, Rn. 77 juris.

142 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 36 juris.

143 BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 36 juris.

144 Vgl. BGH v. 06.05.2021, IX ZR 72/20, Rn. 49 f. juris.

145 BGH v. 03.03.2022, IX ZR 53/19, Rn. 24 juris.

146 Vgl. Bork, ZIP 2008, 1041, 1045; Paulus, FS Fischer, S. 445, 456 ff.