

# Betriebs Berater

25 | 2020

COVID-19 ... Bilanzrestrukturierung ... Agiles Arbeiten ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... 15.6.2020 | 75. Jg. Seiten 1345–1408

## DIE ERSTE SEITE

**Daniel F. Fritz**, RA

Auf dem Weg in die Schuldensackgasse? –

Die schnelle Umsetzung der Restrukturierungsrichtlinie ist dringender denn je geboten!

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Frank Frind**, RiAG

COVID-19-Pandemie: Vertragsfortsetzungen unter den Bedingungen der Insolvenznähe und in der Insolvenz | 1346

**Reinhard Willemsen**, RA, und **Christiane Kühn**, LL.M., RAin

Vorsatzanfechtung: Praktische Handhabung und Grenzen bei kongruenten Deckungen | 1353

## STEUERRECHT

**Dr. Christian Bochmann**, LL.M., RA, **Prof. Dr. Jan F. Bron**, LL.M.oec., StB, und **Prof. Dr. Marco Staake**

Krisenbewältigung durch Familienunternehmen: Stärken, Chancen und Handlungsoptionen | 1367

**Prof. Dr. Lorenz J. Jarass**, M. S.

Wann drohen Steuernachzahlungen wegen Kurzarbeit? | 1374

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Franziska Hackenberg**, RAin

Effektives Management in der insolvenzrechtlichen vorläufigen Eigenverwaltung | 1387

**Dr. Michael Seppelt**, RA/FAStR/FAHaGesR/StB/FBISr

Bilanzrestrukturierung – Erweitert der präventive Restrukturierungsrahmen die Toolbox? | 1392

## ARBEITSRECHT

**Dr. Marco Rau**, LL.M., RA, und **Dr. Katharina Reus** Syndikus-RAin

#Zeitenwende ... Agilität in der Rechtsabteilung | 1397

Reinhard Willemsen, RA, und Christiane Kühn, LL.M. (Hongkong), RAin

# Vorsatzanfechtung: Praktische Handhabung und Grenzen bei kongruenten Deckungen

**Vor rund drei Jahren trat das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz in Kraft. Der Beitrag behandelt die Vorsatzanfechtung gemäß § 133 InsO unter Berücksichtigung prozessualer Besonderheiten. Der besondere Fokus liegt auf der Anfechtung von kongruenten Deckungshandlungen. Die ausdifferenzierte Rechtsprechung des BGH wird dabei nicht im Detail erörtert. Auf diesem Weg gelingt ein Blick auf das Wesentliche, um die Vorsatzanfechtung praktikabler zu machen.**

## I. Rückblick

Der Reform des Anfechtungsrechts im Jahr 2017<sup>1</sup> vorangegangen war eine deutliche Kritik der Wirtschaftsverbände.<sup>2</sup> Wenn man sich die Rechtsprechung des BGH zur Vorsatzanfechtung vor Augen hält, verwundert dies nicht. Schließlich begann die überbordende praktische Anwendung des § 133 InsO mit zwei kurz aufeinander folgenden Urteilen des BGH im Jahr 2003.

Darin hatte der IX. Zivilsenat die Abkehr vom Begriff der „Unlauterkeit“ als Voraussetzung für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des § 133 InsO erklärt und damit sozusagen „den Stein ins Rollen gebracht“. Der ausufernden Anwendung der Ausnahmvorschrift war Tür und Tor geöffnet, weil mit der Abkehr vom Merkmal der Unlauterkeit praktisch keine einheitliche Grenze mehr gezogen werden konnte. So kam es, dass u. a. sogar höchstrichterlich klargestellt werden musste, dass allein aus der zwangsweisen Durchsetzung einer unbestrittenen Forderung nicht geschlossen werden könne, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte.<sup>3</sup> Mit Blick auf Sinn und Zweck der Norm eine beachtliche Entwicklung, bei der man sich fragen muss, wie es soweit kommen konnte, dass es eine solche Frage überhaupt bis zum BGH schafft.

Tatsache ist, dass die Rechtsprechung des BGH in der Praxis dazu geführt hat, dass vielfach unter Verweis auf „sorgfältig ausgewählte“ Auszüge der Rechtsprechung die Gläubiger mit Anfechtungen konfrontiert wurden, die weder im Sinne des Gesetzes noch im jeweils konkreten Fall von der Rechtsprechung gedeckt waren. Aus eigener Erfahrung kennen die Autoren zahlreiche Fälle, in denen bewusst unter Zuhilfenahme der BGH-Rechtsprechung „Kasse gemacht wurde“. Das Vorgehen war in der Regel davon geprägt, dass in einem umfangreichen Aufforderungsschreiben mittels seitenweise zitierter Rechtsprechung eine Drohkulisse gegenüber dem Anfechtungsgegner aufgebaut wurde, um damit einen Vergleichsbetrag (mindestens eine sog. Lästigkeitsprämie) für die Insolvenzmasse zu vereinnahmen. Hintergrund hierfür ist, dass selbst ein gewonnener Prozess für den Anfechtungsgegner i. d. R. teurer ist, als die Zahlung eines Vergleichsbetrages. Diese „Praxis des Insolvenzanzfechtungsrechts“<sup>4</sup> sorgte dafür, das Anfechtungsrecht insgesamt derart in Verruf zu bringen, dass die Reform notwendig wurde.

## II. Reformziele

Die hinter der Reform stehende rechtspolitische Forderung ist vergleichsweise klar. Durch gesetzgeberische Korrekturen und Klarstellungen sollte dafür Sorge getragen werden, dass sich der Ausgang von Anfechtungsstreitigkeiten auch auf der Ebene der Instanzgerichte und bei außergerichtlichen Verhandlungen wieder mit einem für praktische Bedürfnisse verlässlichen Grad an Sicherheit prognostizieren lässt.<sup>5</sup> Die unter dem zuvor geltenden Recht eröffneten Möglichkeiten zur Insolvenzanfechtung wurden zudem als nicht interessengerecht erachtet.<sup>6</sup>

Fest steht, dass die Reform ein deutliches Zeichen des Gesetzgebers an die Rechtsprechung war, im Rahmen der Insolvenzanfechtung Maß und Mitte wieder herzustellen.<sup>7</sup> Es entspricht dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, insbesondere vollstreckende Gläubiger davor zu schützen, dass sie einen errungenen Vollstreckungserfolg wieder herausgeben müssen.<sup>8</sup> Gläubiger, die ihren Schuldnern Zahlungserleichterungen gewähren, sollen ebenfalls gewiss sein können, dass dies für sich genommen eine Vorsatzanfechtung nicht begründen kann.<sup>9</sup>

Nach Ansicht des Gesetzgebers erfordert ein „angemessener Ausgleich“, dass für die Insolvenzanfechtung Tatbestände formuliert werden, die von den Betroffenen erkannt und nachvollzogen werden können und die im Zusammenspiel mit den aus diesen Tatbeständen resultierenden Rechtsfolgen auch im Übrigen Gewähr dafür bieten, dass die Betroffenen nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet werden.<sup>10</sup> Zwar lässt sich trefflich darüber streiten, ob mit der aktuellen Fassung von § 133 InsO ein „von den Betroffenen nachvollziehbarer Tatbestand“<sup>11</sup> geschaffen wurde und ob die Reform nicht sogar eine große Chance vertan hat, das Insolvenzanfechtungsrecht tatsächlich rechtsicherer zu gestalten.<sup>12</sup> Dennoch müssen wir „damit arbeiten“.

## III. Zu den Anspruchsvoraussetzungen, §§ 129, 133 InsO

Gemäß § 129 InsO sind nach Maßgabe der §§ 130ff. InsO solche Rechtshandlungen anfechtbar, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und die Insolvenzgläubiger benach-

1 BGBl. I vom 4.4.2017, 654 f.

2 Willemsen/Kühn, BB 2015, 1474.

3 BGH, 22.6.2017 – IX ZR 111/14, NZI 2017, 718.

4 BT-Drs. 18/7054, 7.

5 BT-Drs. 18/7054, 11.

6 BT-Drs. 18/7054, 1.

7 Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019, § 133, Rn. 51.

8 BT-Drs. 18/7054, 2.

9 BT-Drs. 18/7054, 2.

10 BT-Drs. 18/7054, 10.

11 BT-Drs. 18/7054, 7.

12 Willemsen/Kühn, BB 2017, 649.

teiligen. Nach § 133 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn (bzw. vier) Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.

Daraus ergeben sich die folgenden Grundvoraussetzungen, die kumulativ vorliegen müssen:

- gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung des Schuldners innerhalb von zehn bzw. vier Jahren vor dem Eröffnungsantrag oder danach (Grenze: Verfahrenseröffnung),
- Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und
- Kenntnis des anderen Teils vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der genannten Voraussetzungen liegt im Ausgangspunkt für alle vorgenannten Voraussetzungen beim Insolvenzverwalter.<sup>13</sup>

In zeitlicher Hinsicht ist schließlich noch zu beachten, dass die Anfechtungsvoraussetzungen vollständig im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlung vorliegen müssen.<sup>14</sup> Als „vorgenommen“ gilt die Rechtshandlung nach § 140 InsO mit ihrem rechtlichen Wirksamwerden.

## 1. Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung des Schuldners

Der Begriff „Rechtshandlung“ erfasst jedes von einem Willen getragene Verhalten, das eine rechtliche Wirkung auslöst.<sup>15</sup> Der Fokus liegt auf einer wirtschaftlichen Betrachtung der Rechtshandlung, was grundsätzlich einen eher weiten Anwendungsbereich des Insolvenzanfechtungsrechts eröffnet.

Da die Anfechtung der Insolvenzmasse keine Vorteile verschaffen soll, die sie ohne die Rechtshandlung auch nicht gehabt hätte, muss die angefochtene Rechtshandlung für die übrigen Gläubiger benachteiligend sein. Dabei ist ein objektiv nachteiliger Erfolg erforderlich.<sup>16</sup> Ausgeschlossen sind deshalb zum Beispiel wirtschaftlich wertneutrale Vorgänge, wie z. B. die Zahlung einer gesicherten Forderung.

Zudem ist die angefochtene Rechtshandlung dahingehend zu untersuchen, ob eine Deckungshandlung oder sonstige Rechtshandlung vorliegt. Im zuerst genannten Fall beträgt der Anfechtungszeitraum gemäß § 133 Abs. 2 InsO vier Jahre, im Übrigen zehn Jahre,<sup>17</sup> wobei die Fristen ab dem Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung rückwärts gerechnet werden. Da in praktischer Hinsicht der Anfechtungszeitraum aber selten länger als vier Jahre beträgt,<sup>18</sup> erlangt diese zeitliche Abgrenzung nur selten Bedeutung.

Die Anfechtung von Deckungshandlungen ist als Folge der ausdifferenzierten Rechtsprechung des BGH zum Hauptanwendungsfall der Vorsatzanfechtung geworden.<sup>19</sup> Dabei handelt es sich um Rechtshandlungen, bei denen dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt wird. Der Begriff „Deckung“ erfasst jede Erfüllungshandlung in Bezug auf einen Anspruch.<sup>20</sup>

Nachdem der Gesetzgeber mit der Reform ausdrücklich eine Sonderregelung für kongruente Deckungshandlungen in § 133 Abs. 3 InsO aufgenommen hat, führt kein Weg an der Erkenntnis vorbei, dass sogar kongruente Deckungshandlungen<sup>21</sup> nach dem Willen des Gesetzgebers vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sein sollen. Andernfalls macht die wohlgemeinte Beschränkung der Vermutungsregeln in § 133 Abs. 3 InsO keinen Sinn. Eine Beschränkung ist nur

dann erforderlich, wenn überhaupt die Anwendbarkeit der Norm angenommen wird.

Eine andere Frage ist jedoch, ob bzw. unter welchen Umständen eine lediglich kongruente Deckungshandlung eine Indizwirkung haben kann, um bei der tatrichterlichen Beweiswürdigung im Hinblick auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz überhaupt Auswirkungen entfalten zu können.

## 2. Vorsatz des Schuldners seine Gläubiger zu benachteiligen

Der Wortlaut der Norm enthält seit Inkrafttreten der InsO<sup>22</sup> den Begriff „Vorsatz“. Dieser umfasst sowohl im Strafrecht als auch im Zivilrecht neben dem unbedingten (Wissen und Wollen des pflichtwidrigen Erfolges) auch den bedingten Vorsatz. Bedingt vorsätzlich handelt, wer den als möglich erkannten pflichtwidrigen Erfolg billigend in Kauf nimmt.<sup>23</sup> Dagegen liegt bewusste Fahrlässigkeit vor, wenn der Handelnde darauf vertraut, der Schaden werde nicht eintreten.<sup>24</sup> Letzteres ist z. B. dann der Fall, wenn die Rechtshandlung Bestandteil eines schlüssigen und in Teilen bereits umgesetzten Sanierungskonzepts ist.<sup>25</sup>

Damit ist die Frage nach dem hier relevanten pflichtwidrigen Erfolg zu klären. Insofern fällt zunächst auf, dass die Zielrichtung des Vorsatzes, also die Willensrichtung des handelnden Schuldners, im Zusammenhang mit der „Benachteiligung der (übrigen) Gläubiger“ stehen muss. Der Schutzzweck der Norm umfasst deshalb – anders als die §§ 130–132 InsO – „nur“ das Interesse der Gläubiger, dass der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt.<sup>26</sup> Die Vorschrift dient damit gerade nicht der rückwirkenden Verwirklichung der Gläubigergleichbehandlung.<sup>27</sup>

Im Unterschied zu den §§ 130–132 InsO geht es bei der Vorsatzanfechtung darum, dass ein Schuldner nicht berechtigt sein soll, vorsätzlich einzelne Gläubiger gegenüber anderen zu bevorzugen, soweit die ihnen gegenüber bestehenden Verpflichtungen gleichrangig sind.<sup>28</sup> Es wird also „die Bevorzugung“ des Einzelnen als verdächtig betrachtet. Die Norm missbilligt also bestimmte Verhaltensweisen des Schuldners (vgl. BT-Drs. 12/2443, 160) und steht nicht im unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz.<sup>29</sup> Es ist wichtig, diesen Unterschied bei der Auslegung der Norm vor Augen zu haben. Außerhalb des Dreimonatszeitraums

13 Kayser/Freudenberg, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 129, Rn. 226, § 133, Rn. 22; Hirte, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019, § 133, Rn. 59.

14 Kirchhof/Piekenbrock, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 140, Rn. 4 m. w. N.

15 St. Rspr., statt vieler, BGH, 12.2.2004 – IX ZR 98/03, BB 2004, 732, NJW 2004, 1660; Kayser/Freudenberg, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 129, Rn. 7 m. w. N.

16 Kayser/Freudenberg, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 129, Rn. 76a.

17 Zumindest theoretisch, praktisch dürften nach wie vor nur selten Anfechtungen von Rechtshandlungen erklärt werden, die länger als vier Jahre vor Insolvenzantragstellung zurück liegen, vgl. Willemsen/Kühn BB 2017, 649.

18 Willemsen/Kühn, BB 2017, 649, 650 f.

19 Willemsen/Kühn, BB 2017, 649, 650 f.

20 Leithaus, in: Andres/Leithaus, Insolvenzordnung, 4. Aufl. 2018, Rn. 4, InsO § 130, Rn. 4.

21 Zur Definition des Begriffs „kongruente Deckung“ s. u.

22 In der zuvor geltenden Konkursordnung war noch von „Absichtsanfechtung“ die Rede, § 31 KO.

23 Grüneberg, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 276, Rn. 10 m. w. N.

24 Grüneberg, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 276, Rn. 10 m. w. N.

25 BGH, 28.3.2019 – IX ZR 7/18, BB 2019, 1489.

26 BGH, 10.2.2005 – IX ZR 211/02, BB 2005, 734, NZI 2005, 215; BGH, 22.6.2017 – IX ZR 111/14, NZI 2017, 71, Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019, § 133, Rn. 1a–4.

27 Schoppmeyer, WM 2018, 353.

28 Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019, § 133, Rn. 1a–4.

29 Borries/Hirte, in: Uhlenbruck, Insolvenzordnung, 15. Aufl. 2019, § 133, Rn. 1a–4, BGH, 10.2.2005 – IX ZR 211/02, BB 2005, 734, NZI 2005, 215.

vor Insolvenzantragstellung gilt der Prioritätsgrundsatz.<sup>30</sup> Das heißt, außerhalb des Dreimonatszeitraums ist die Anfechtung allein auf Basis einer Verletzung des Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes nicht zu rechtfertigen.

Zwar könnte man überlegen, ob der Gesetzgeber mit der Reform die Geltung des in den §§ 130–132 InsO geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes ausweiten wollte. Dafür spricht der neu geschaffene § 133 Abs. 3 InsO, der zumindest beim Merkmal der Kenntnis jetzt auf den Zeitpunkt des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit abstellt und damit diesem Zeitpunkt nun auch in § 133 InsO eine gewisse Bedeutung beimisst. Allerdings ist diese Regelung mit dem Ziel der Beschränkung der Rechtsprechung erfolgt<sup>31</sup> und gerade nicht umgekehrt. Zudem hat die Reform die Regelungssystematik des geltenden Rechts unberührt gelassen<sup>32</sup> Es spricht also vieles dafür, dass auch nach der Reform außerhalb des Dreimonatszeitraums vor Insolvenzantragstellung weiterhin der Prioritätsgrundsatz („wer zuerst kommt, mahlt zuerst“) gilt.

Der Nachweis des Vorsatzes im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung (§ 140 InsO) ist in der Regel nur anhand von objektiven Kriterien (Beweisanzeichen) zu führen. Dabei dürfen die objektiven Beweisanzeichen nicht schematisch im Sinne einer von dem anderen Teil zu widerlegenden Vermutung angewendet, sondern müssen im Rahmen einer Gesamtabwägung gemäß § 286 ZPO gewichtet werden.<sup>33</sup> Es gibt nach dem Wortlaut der Norm keine gesetzliche Vermutung dahingehend, dass ein Schuldner bereits dann vorsätzlich seine Gläubiger benachteiligt, wenn er seine drohende oder sogar seine eingetretene Zahlungsunfähigkeit kennt. Dass die Konzeption von § 133 InsO grundsätzlich höhere Anforderungen an den Nachweis des Benachteiligungsvorsatzes als an den Nachweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners stellt, wird also dadurch bestätigt, dass die zur Beweiserleichterung zugunsten des Insolvenzverwalters führende Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO in ihrem Wortlaut nur an das Tatbestandsmerkmal der Kenntnis des Anfechtungsgegners anknüpft. Das ist ein wichtiger Unterschied in Bezug auf die Beweislast.<sup>34</sup> Nach Ansicht von *Schoppmeyer* beruht das unterschiedliche Beweismaß auch auf einer tragfähigen Wertung. Danach hat der Insolvenzverwalter Zugriff auf sämtliche Unterlagen des Schuldners und ist daher grundsätzlich in der Lage, den Beweis mit Hilfe von Indizien zu führen. Dass das Gesetz den Vertrauensschutz für den Gläubiger hingegen mit der Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO absenkt, beruht darauf, dass der Insolvenzverwalter nur schwer Einblick in die Verhältnisse des Gläubigers hat und insbesondere nur schwer nachweisen können, inwieweit der Gläubiger die Vereitelung der Befriedigung und die Verletzung der gleichen Befriedigungschancen erkannt hat.<sup>35</sup>

Auf Basis der genannten Grundsätze sind also bestimmte Handlungen des Schuldners dahingehend zu untersuchen, ob sie den überzeugenden Schluss auf einen Willen des Schuldners zulassen, seine Gläubiger zu benachteiligen.

In der Praxis geht hier einiges durcheinander. Insbesondere wird durch die Aneinanderreihung höchstrichterlicher Rechtsprechung oft davon abgelenkt, dass wesentlicher Tatsachenvortrag fehlt. Der Verweis auf gesetzliche Vermutungen, deren Anknüpfungstatsachen streitig sind, führt dann nicht selten zu der dringenden Empfehlung der Instanzgerichte, dass man sich doch besser vergleichen solle. Hier sind die Instanzgerichte aufgefordert, sehr genau hinzuschauen und sich nicht durch die ausdifferenzierte Rechtsprechung vom Wesentli-

chen ablenken zu lassen. Zum „Wesentlichen“ in diesem Sinne Folgendes:

### a) Inkongruente Deckungshandlung

Eine inkongruente Deckung liegt vor, wenn der Anfechtungsgegner eine Sicherung oder Befriedigung erlangt hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Die Feststellung, ob „Inkongruenz“ in diesem Sinne vorliegt, erfordert einen Vergleich zwischen der rechtlich geschuldeten und der tatsächlich erlangten Leistung, wobei der Wortlaut von § 131 InsO im Sinne einer Legaldefinition drei mögliche Fälle nennt:

(1) Es stellt sich heraus, dass der Anfechtungsgegner (überhaupt) keinen Anspruch auf die Leistung hatte. Dies leuchtet selbstverständlich ein. Warum sollte ein Gläubiger eine Leistung behalten dürfen, auf die er keinen Anspruch hatte, so dass eine derartige Rechtshandlung zunächst einmal potenziell zu missbilligen sein kann – wobei in diesen Fällen häufig auch eine Anfechtung nach § 134 InsO (unentgeltliche Leistung) in Betracht kommen dürfte.

(2) Der Anfechtungsgegner hatte die Sicherung oder Befriedigung nicht in der Art zu beanspruchen. Hierzu gehören zum Beispiel die Fälle, in denen der Anfechtungsgegner eine Sache an Erfüllung statt (also nicht die vereinbarte Sache) erhält.<sup>36</sup> Nicht hierunter fallen jedoch Befriedigungen aus Zwangsvollstreckungen. Dabei handelt es sich nach der Rechtsprechung um kongruente – also zunächst einmal unverdächtige – Deckungshandlungen.<sup>37</sup>

(3) Der Anfechtungsgegner hatte die Sicherung oder Befriedigung nicht zu der Zeit zu beanspruchen. Mit Blick auf Sinn und Zweck von § 133 InsO ist es nachvollziehbar, dass insbesondere vorfällig erbrachte Befriedigungen „verdächtig“ und deshalb ggf. ein zu wertendes Indiz im Rahmen der Beweiswürdigung darstellen können. Allerdings ist zu beachten, dass dies allein nicht ausreicht, um den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners zu beweisen.

Nach der Rechtsprechung des BGH bildet die inkongruente Deckung ein Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, wenn die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintreten, als zumindest aus der Sicht des Empfängers der Leistung Anlass bestand, an der Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu zweifeln.<sup>38</sup> Das heißt, allein die Vornahme einer inkongruenten Deckungshandlung genügt nicht für den Nachweis des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners. Dies kann sich jedoch ändern, wenn eine ernsthafte Besorgnis bevorstehender Zahlungskürzungen besteht,<sup>39</sup> also z. B. wenn der Schuldner droht, zahlungsunfähig<sup>40</sup> zu werden.

### b) Kongruente Deckungshandlung

Eine kongruente Deckungshandlung ist eine Rechtshandlung, die dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder er-

30 So auch *Schoppmeyer*, WM 2018, 353.

31 BT-Drs. 18/7054, 10.

32 BT-Drs. 18/7054, 10.

33 Zuletzt (allerdings zur alten Rechtslage) BGH, 27.9.2018 – IX ZR 313/16, NZI 2019, 74.

34 Anders BGH, 13.4.2006 – IX ZR 158/05, NZI 2006, 469, wonach für den Schuldner selbst keine strengeren Anforderungen als für den Gläubiger gelten sollen. Das ist ein weiterer wesentlicher Grund für die überbordende Rechtsprechung. Das in § 133 InsO vorgesehene Beweismaß wurde von der Rechtsprechung vereinheitlicht.

35 So auch *Schoppmeyer*, WM 2018, 353.

36 BGH, 19.12.2013 – IX ZR 127/11, NJW 2014, 1239.

37 BGH, 18.12.2003 – IX ZR 199/02, NZI 2004, 201.

38 Vgl. *Gehrlein*, DB 2020, 156.

39 Vgl. *Gehrlein*, DB 2020, 156 m. w. N.

40 Zum Begriff der drohenden Zahlungsunfähigkeit s. u.

möglichst, die dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen darf.<sup>41</sup> Es handelt sich damit um Erfüllungshandlungen des Schuldners, d.h. um Handlungen, auf die der jeweilige Gläubiger einen Anspruch hatte. Im Ausgangspunkt geht es damit bei der Anfechtung von kongruenten Deckungshandlungen um das Rückgängigmachen von Erfüllungshandlungen des Schuldners, obwohl der Gläubiger einen Anspruch auf die Vornahme genau dieser Handlung zu genau dieser Zeit hatte.

Es wird also eine an sich unverdächtige Erfüllungshandlung rückgängig gemacht. Hält man sich dies vor Augen, dürfte klar sein, dass dieses Rückgängigmachen nur in bestimmten, gesetzlich vorgesehenen Ausnahmefällen zulässig sein darf. Es kommt also auf die Begleitumstände an, die ausnahmsweise die Vornahme der Handlung missbilligenswert erscheinen lassen. Um zu klären, welche Begleitumstände das sein können, ist die Auslegung der Norm erforderlich, insbesondere ein Blick auf den bereits oben dargestellten Schutzzweck der Norm. Danach missbilligt § 133 InsO bestimmte Verhaltensweisen des Schuldners (vgl. BT-Drs. 12/2443, 160) und steht nicht im unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz.<sup>42</sup> Der Zeitpunkt des Eintritts der materiellen Insolvenz kann – wenn überhaupt – nur ein Indiz im Rahmen der Beweiswürdigung sein.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH<sup>43</sup> handelt der Schuldner mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn er zahlungsunfähig<sup>44</sup> ist und seine Zahlungsunfähigkeit kennt. In diesem Fall weiß er, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen.<sup>45</sup>

Fraglich ist aber, ob die Rechtsprechung des BGH,<sup>46</sup> die für den Nachweis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes auch bei der kongruenten Deckung („nur“) an die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und dessen Kenntnis davon anknüpft, aufrecht erhalten werden sollte oder ob nicht eine Klarstellung angezeigt ist, wonach „das allein“ nicht ausreicht.

Für die Aufrechterhaltung spricht zwar, dass der Gesetzgeber mit seiner punktuellen Neujustierung<sup>47</sup> Änderungen lediglich bei dem Tatbestandsmerkmal der Kenntnis des Anfechtungsgegners und nicht bei dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners beschlossen hat. Zudem könnte man die Neufassung des § 133 Abs. 3 InsO dahingehend auslegen, dass der Gesetzgeber mit der Anknüpfung der Kenntnis des Anfechtungsgegners an die eingetretene Zahlungsunfähigkeit diesem Zeitpunkt nunmehr auch im Rahmen der Vorsatzanfechtung eine gewisse Bedeutung beimessen wollte. Paradoxe Weise steht dies aber im Widerspruch zu dem ausgewiesenen Ziel einer maßvollen Beschränkung der Vorsatzanfechtung bei Deckungshandlungen.<sup>48</sup>

Gegen die Aufrechterhaltung der Rechtsprechung spricht der Schutzzweck der Norm, der – anders als bei den §§ 130–132 InsO – gerade nicht die gleichmäßige Befriedigung sämtlicher Gläubiger verlangt,<sup>49</sup> jedenfalls nicht außerhalb der Dreimonatsfrist vor Insolvenzantragstellung. Die Gläubiger haben in dieser Zeit keinen Anspruch auf gleichmäßige Befriedigung. Da kann es für den Vorsatz nicht ausreichen, dass der Schuldner handelt, obwohl er weiß, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen. Der für die Feststellung des Vorsatzes entscheidende „pflichtwidrige Erfolg“ ist ein anderer. Zudem wäre dann der praktische Anwendungsbereich von § 133 InsO identisch zu der bewusst vom Gesetzgeber zeitlich begrenzten Deckungsanfechtung.

Der Gesetzgeber hat außerdem die Systematik des Anfechtungsrechts ausdrücklich unberührt gelassen<sup>50</sup> und eine Verlängerung der Anfechtungszeiträume der §§ 130, 131 InsO hat keine Mehrheit gefunden.

Damit gilt im Rahmen des § 133 InsO nach wie vor der Prioritätsgrundsatz. Diesen „nur“ aufgrund des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit und der Kenntnis des Schuldners davon einzuschränken, überzeugt mit Blick auf die Voraussetzungen von § 133 InsO nicht.<sup>51</sup> Schließlich ist der Schuldner außerhalb der gesetzlichen Fristen der besonderen Insolvenzanfechtung (drei Monate vor Antragstellung) nicht verpflichtet, die Begleichung von Forderungen per se zu unterlassen, um damit eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger sicherzustellen. Auch die Konzeption von § 133 InsO, wonach an den Nachweis des Benachteiligungsvorsatzes hohe Anforderungen gestellt werden<sup>52</sup> spricht für die Klarstellung.

Kritiker dieser Forderung werden einwenden, dass der BGH schon klargestellt hat, dass bei kongruenten Deckungshandlungen der Schuldner trotz der Indizwirkung einer erkannten Zahlungsunfähigkeit ausnahmsweise nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er eine Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt.<sup>53</sup> Der subjektive Tatbestand könne hiernach nicht festgestellt werden, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit der potenziell anfechtbaren Rechtshandlung eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt sei, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet.<sup>54</sup> Diese Rechtsprechung – die zu einer „ausnahmsweise“ geringeren Gewichtung des Indizes „Zahlungsunfähigkeit“ führen soll – genügt jedoch nicht, um mit der erforderlichen Klarheit die Praxis der Vorsatzanfechtung für den Geschäftsverkehr planbarer zu machen.<sup>55</sup> Vielmehr wird die Darlegung und ggf. der Beweis eines „Entlastungsindizes“ von dem Anfechtungsgegner gefordert, obwohl dieser regelmäßig keinen Zugriff auf die Geschäftsunterlagen des Schuldners hat und ihm die subjektiven Vorstellungen des Schuldners nicht bekannt sind.

Auch ein Widerspruch zu der gesetzgeberischen Privilegierung des Bargeschäfts gemäß § 142 InsO läge nicht vor. Schließlich hat der Gesetzgeber gefordert, dass in diesen Fällen sogar ein unlauteres Handeln des Schuldners<sup>56</sup> – sozusagen als das Mindestmaß bei den besonders privilegierten Bargeschäften – erforderlich ist.

41 *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, *Insolvenzordnung*, 15. Aufl. 2019, § 130, Rn. 5.

42 *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, *Insolvenzordnung*, 15. Aufl. 2019, § 133, Rn. 1a–4.

43 BGH, 25.4.2013 – IX ZR 235/12, ZIP 2013, 1127; BGH, 10.1.2013 – IX ZR 13/12, ZIP 2013, 174; BGH, 8.12.2011 – IX ZR 156/09, BB 2012, 599 m. BB-Komm. *Krüger/Degener*, ZIP 2012, 137; BGH, 5.6.2008 – IX ZR 17/07, ZIP 2008, 1291; BGH, 24.5.2007 – IX ZR 97/06, ZIP 2007, 1511; BGH, 13.4.2006 – IX ZR 158/05, ZIP 2006, 1261.

44 Vgl. zur Zahlungsunfähigkeit § 17 InsO sowie unsere Ausführungen unten.

45 Zuletzt (allerdings zur alten Rechtslage) BGH, 27.9.2018 – IX ZR 313/16, NZI 2019, 7.

46 BGH, 11.3.2004 – IX ZR 160/02, BB 2004, 1411, WM 2004, 1141; BGH, 17.7.2003 – IX ZR 272/02, WM 2003, 1923; BGH, 9.1.1997 – IX ZR 47/96, WM 1997, 436.

47 BT-Drs. 18/7054, 1.

48 BT-Drs. 18/7054, 10.

49 BGH, 10.2.2005 – IX ZR 211/02, BB 2005, 734, NZI 2005, 215; BGH, 22.6.2017 – IX ZR 111/14, NZI 2017, 71.

50 BT-Drs. 18/7054, 1.

51 So auch *Schoppmeyer*, WM 2018, 353.

52 Vgl. *Schoppmeyer*, WM 2018, 353.

53 BGH, 4.5.2017 – IX ZR 285/16, BB 2017, 1426, NZI 2017, 620 m. Anm. *Riewe*.

54 BGH, 4.5.2017 – IX ZR 285/16, BB 2017, 1426, NZI 2017, 620 m. Anm. *Riewe*.

55 Zu den Reformzielen: BT-Drs. 18/7054, 1.

56 Vgl. zum Merkmal der Unlauterkeit insbesondere *Gehrlein*, DB 2020, 156.

### c) Zwischenergebnis

Berücksichtigt man die Zielsetzung der Reform, wonach die Praxis der Vorsatzanfechtung für den Geschäftsverkehr kalkulier- und planbarer werden soll – bedarf es klarer Grenzen für das Mindestmaß der vom Insolvenzverwalter zu beweisenden Feststellungen zum Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Deshalb wäre eine ausdrückliche Klarstellung dahingehend wünschenswert, dass allein die Vornahme einer kongruenten Deckungshandlung trotz bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit und entsprechender Kenntnis des Schuldners nicht genügt, um den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners zu bejahen. Damit würde in praktischer Hinsicht der Fokus der Prüfung in Bezug auf den Vorsatz des Schuldners zunächst auf die Abgrenzung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung verlagert. Gerade das Recht des Gläubigers, eine Leistung zu fordern, unterscheidet die kongruente von der inkongruenten Deckung.

Wenn man dann zu dem Ergebnis kommt, dass die gewährte Deckung inkongruent war, sind die Instanzgerichte aufgefordert klarzustellen, dass auch eine inkongruente Deckungshandlung allein nicht für den Nachweis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners genügt. Vielmehr muss mindestens noch die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners dargelegt und bewiesen werden, soweit nicht andere Indizien den überzeugenden Schluss auf den Vorsatz des Schuldners zulassen.

### 3. Kenntnis des Gläubigers

Die Vorsatzanfechtung setzt gemäß § 133 Abs. 1 InsO weiter voraus, dass der andere Teil (Anfechtungsgegner) den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners kannte. Da es sich dabei ebenfalls um ein subjektives Tatbestandsmerkmal handelt, sind auch hier objektive Indizien vom Insolvenzverwalter darzulegen und zu beweisen. Auch hier ist im Prinzip § 286 ZPO gefragt.

Allerdings enthält die Vorschrift verschiedene gesetzliche Vermutungen, deren Anforderungen je nach angefochtener Rechtshandlung unterschiedlich hoch sind. Diese gesetzlichen Vermutungen enthalten jedoch keine Sperrwirkung, so dass die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz auch auf anderem Wege – jedoch nicht als widerlegliche Vermutung – aus den Gesamtumständen zur vollen richterlichen Überzeugung begründet werden könnte.<sup>57</sup>

In prozessualer Hinsicht ist dazu zu beachten, dass widerlegbare gesetzliche Vermutungen zur Folge haben, dass die begünstigte Partei lediglich die Tatsachen vorzutragen und erforderlichenfalls zu beweisen hat, an die das Gesetz die Vermutungswirkung knüpft.<sup>58</sup> Die vermutete Tatsache selbst muss sie weder beweisen noch vortragen.<sup>59</sup> Der Gegner, zu dessen Lasten die Vermutung wirkt, hat gemäß § 292 S. 1 ZPO das Gegenteil vorzutragen und zu beweisen.

Diese vergleichsweise hohen Hürden für die Widerlegung der Vermutung führen in der Praxis dazu, dass die Vermutungsbasis, wenn sie einmal zur Überzeugung des Gerichts festgestellt wurde, nur in Ausnahmefällen widerlegt werden kann. Bei der Beurteilung der Erfolgchancen hat dies dann selbstverständlich erhebliche Auswirkungen. Die Vergleichsbereitschaft der Parteien und die entsprechenden Vorschläge der Instanzgerichte werden dadurch maßgeblich beeinflusst.

Es sollte aber dennoch insoweit nicht unbeachtet bleiben, dass eine Vernehmung des Schuldners als Zeuge als Gegenbeweis des Gläubigers zulässig ist, was vor allem in Bezug auf die subjektive Seite des Tatbestands in der Praxis zu wenig Beachtung findet. Natürlich wäre zwar in diesem Fall die dem Schuldner ggf. in Aussicht stehende Stra-

fe (§ 15a InsO, §§ 283 ff. StGB) bei der Würdigung der Aussage zu berücksichtigen. Das ist aber kein Grund, dieses Beweismittel von vornherein stets auszuschließen.

Es erscheint auch nicht unbillig, wenn sich der für die Unternehmensführung verantwortliche Schuldner, der durchaus eine Machtstellung gegenüber dem Gläubiger innehat, weil er die Kommunikation und damit den Umfang der Kenntnis des Gläubigers bestimmen kann (Stichwort: Bösgläubigmachen des Gläubigers zur Verfahrensfinanzierung mittels Anfechtung), in einem Prozess fragen lassen muss, warum er nicht früher einen Insolvenzantrag gestellt hat. Insbesondere für die Akzeptanz der Insolvenzanfechtung wäre dies in vielen Fällen angezeigt. Schließlich erscheint es vielen Anfechtungsgegnern vor allem bei der Anfechtung von kongruenten Deckungsgeschäften nicht nachvollziehbar, warum sie selbst „vor Gericht sind und nicht der Schuldner“.

Da sich der Wortlaut der in § 133 Abs. 3 InsO enthaltenen Vermutungen nur aufgrund der ausdifferenzierten Rechtsprechung des BGH erklären lässt;<sup>60</sup> hier aber die praktische Handhabung der Norm im Vordergrund stehen soll, empfiehlt sich eine Differenzierung des für die Kenntnis des Anfechtungsgegners erforderlichen Beweismaßes anhand der angefochtenen Rechtshandlung.

#### a) Inkongruente Deckung und sonstige Rechtshandlungen

In diesem Fall bleibt es bei der bereits vor der Reform bekannten Vermutung aus § 133 Abs. 1 S. 2 InsO. Danach wird vermutet, dass der andere Teil den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners kannte, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Gemäß § 18 Abs. 2 InsO droht der Schuldner zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.<sup>61</sup> Gelingt dem Insolvenzverwalter der Nachweis der Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit und des gläubigerbenachteiligenden Charakters der Rechtshandlung, ist es Sache des Anfechtungsgegners, die daran anknüpfende gesetzliche Vermutung (Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes) zu widerlegen. Insoweit sollte nicht unerwähnt bleiben, dass der Nachweis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) im Wege des Erst-Recht-Schlusses ebenfalls genügt, um dem Anfechtungsgegner den Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) aufzubürden.<sup>62</sup>

#### b) Kongruente Deckung

§ 133 Abs. 3 S. 1 InsO enthält eine Änderung der vorgenannten Vermutungsregel aus § 133 Abs. 1 S. 2 InsO. Danach soll die Vermutung aus Abs. 1 bei kongruenten Deckungen erst dann eingreifen, wenn der Anfechtungsgegner zur Zeit der Handlung die eingetretene (nicht drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte. Der Insol-

57 Kayser/Freudenberg, in: MüKInsO, 4. Aufl. 2019, § 133, Rn. 24d.

58 BGH, 9.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 36; Bacher, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.3.2020, § 292, Rn. 9–11.

59 BGH, 9.10.2009 – V ZR 178/08, NJW 2010, 36; Bacher, in: BeckOK ZPO, Stand: 1.3.2020, § 292, Rn. 9–11.

60 Vgl. hierzu BT-Drs. 18/7054, 8.

61 Vgl. zu den Voraussetzungen im Einzelnen Wolfer, in: BeckOK InsO, 18. Ed., Stand: 1.4.2020, § 18, Rn. 8.

62 BGH, 24.5.2007 – IX ZR 97/06, ZIP 2007, 1511.BGH, 20.11.2008 – IX ZR 188/07, BB 2009, 570 m. BB-Komm. Spahlinger/Maske-Reiche, ZIP 2009, 189; BGH, 15.3.2012 – IX ZR 239/09, NZI 2012, 416, BB-Entscheidungsreport Malitz, BB 2012, 1824.

venzverwalter ist damit aufgefordert, dem Gläubiger die Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit nachzuweisen, wobei der Nachweis der positiven Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erforderlich ist.

Gemäß § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.<sup>63</sup> Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweiszeichen gefolgert werden.<sup>64</sup> Es obliegt dem Tatrichter, ausgehend von den festgestellten Indizien eine Gesamtabwägung vorzunehmen, ob eine Zahlungseinstellung gegeben ist.<sup>65</sup> Auch im Rahmen der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit geht es damit um eine tatrichterliche Würdigung gemäß § 286 ZPO. Gelingt dem Insolvenzverwalter der Nachweis der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit, ist es Sache des Anfechtungsgegners, die daran anknüpfende gesetzliche Vermutung (Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes) zu widerlegen, § 292 S. 1 ZPO.

## c) Gewährung von Zahlungserleichterungen

Die Vereinbarung von Ratenzahlungen als Indiz für die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners war einer der Hauptkritikpunkte an der Rechtsprechung des BGH.<sup>66</sup> Mit der Reform wurde klargestellt, dass Gläubiger, die ihren Schuldnern Zahlungserleichterungen gewähren, sicher sein sollen, dass dies für sich genommen eine Vorsatzanfechtung nicht begründen kann.<sup>67</sup>

Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird gemäß § 133 Abs. 3 S. 2 InsO nunmehr gesetzlich vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Damit werden immerhin solche Fälle von der Anfechtbarkeit ausgenommen, in denen nur der Abschluss einer Zahlungsvereinbarung die angebliche Kenntnis des Gläubigers vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners begründet.<sup>68</sup> Dies gilt aber wiederum dann nicht, wenn es dem Insolvenzverwalter gelingt, die Vermutung zu widerlegen. Hierzu muss er konkrete Umstände darlegen und beweisen, die darauf schließen lassen, dass dem Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung doch bekannt war.

## d) Bargeschäfte

Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist gemäß § 142 InsO nur dann anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 InsO gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

Nach dem Wortlaut der Norm kommt es entscheidend darauf an, ob der Anfechtungsgegner „erkannt“ hat, dass der Schuldner „unlauter“ handelte; deshalb erfolgt die Prüfung des Bargeschäftsprivilegs hier im Rahmen der Kenntnis.

Durch die Einführung des Rechtsbegriffs der „Unlauterkeit“ hat der Gesetzgeber eine hohe Hürde für die Anfechtbarkeit von Bargeschäften geschaffen. Was unter dem Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit konkret zu verstehen ist, wurde allerdings offengelassen.<sup>69</sup> Jedenfalls müssen hinreichend gewichtige Umstände hinzutreten, um in dem

vollzogenen Leistungsaustausch einen besonderen Unwert zu erkennen.<sup>70</sup> Um ein unlauteres Handeln könnte es sich ggfs. bei gezielter Benachteiligung von Gläubigern handeln. Dies ist zum Beispiel dann der Fall, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen.<sup>71</sup>

Der hinter der Privilegierung des Bargeschäfts stehende Schutzzweck der Norm soll verhindern, dass dem Schuldner in der Krise praktisch jede Handlungsmöglichkeit genommen wird.<sup>72</sup> Wenn dem Vermögen des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung zufließt, ist eine (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung – maßgeblich ist eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung – ausgeschlossen. Vielmehr liegt dann nur eine wirtschaftliche Vermögensumschichtung vor.<sup>73</sup>

Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt.<sup>74</sup> Die Darlegungs- und Beweislast liegt beim Anfechtungsgegner.<sup>75</sup>

Gelingt dem Anfechtungsgegner der Nachweis des Bargeschäfts, steigt die Hürde für den Nachweis von seiner Kenntnis (den der Insolvenzverwalter zu erbringen hat) erheblich an. Dann genügt es erst Recht nicht mehr, wenn der Anfechtungsgegner die eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erkannt hat (§ 133 Abs. 3 InsO).<sup>76</sup> Er muss vielmehr die Unlauterkeit<sup>77</sup> des Handelns des Schuldners erkannt haben.

## IV. Fazit

Auch wenn man natürlich über „den Zustand der Norm“ trefflich streiten kann, ist der Auftrag des Gesetzgebers klar. Die praktische Handhabung der Insolvenzanfechtung soll einfacher und damit kalkulierbarer werden. Es geht darum, die Instanzgerichte in die Lage zu versetzen, dass diese die relevanten Normen prüfen können und nicht allein wegen der komplexen Rechtsprechung des BGH stets den Parteien einen Vergleich vorschlagen, der sicherheitshalber die Insolvenzmasse anreichert.

Deshalb sollte klar sein, dass Rechtshandlungen außerhalb des Dreimonatszeitraums vor Insolvenzantragstellung nur in begrenzten Ausnahmefällen anfechtbar sind. Dazu gehört die wesentliche Erkenntnis, dass im Grundsatz die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen beim Insolvenzverwalter liegt. Nur wenn dies in der

63 Vgl. zu den zahlreichen Indizien, die auf einen Zahlungseinstellung hindeuten können, *Mock*, in: Uhlenbruck, Insolvenzzordnung, 15. Aufl. 2019, § 17, Rn. 166 ff.

64 BGH, 29.3.2012 – IX ZR 40/10, NZI 2012, 663.

65 BGH, 29.3.2012 – IX ZR 40/10, NZI 2012, 663.

66 *Willemsen/Kühn*, BB 2017, 649, 650 f.

67 BT-Drs. 18/7054, 1.

68 *Willemsen/Kühn*, BB 2017, 649, 650 f.

69 *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, Insolvenzzordnung, 15. Aufl. 2019, § 133, Rn. 146a; zum Merkmal der Unlauterkeit insbesondere *Gehrlein*, DB 2020, 156.

70 BT-Drs. 18/7054, 19.

71 BGH, 4.5.2017 – IX ZR 285/16, BB 2017, 1426, NZI 2017, 62 m. Anm. *Riewe*.

72 *Hirte*, in: Uhlenbruck, Insolvenzzordnung, 15. Aufl. 2019, § 142, Rn. 2.

73 *Hirte*, in: Uhlenbruck, Insolvenzzordnung, 15. Aufl. 2019, § 142, Rn. 3 m. w. N.

74 § 142 Abs. 2 S. 1 InsO enthält seit der Reform diese Legaldefinition.

75 *Hirte*, in: Uhlenbruck, Insolvenzzordnung, 15. Aufl. 2019, § 142, Rn. 33.

76 Da jedes Bargeschäft eine kongruente Deckung voraussetzt, kommt es auf die eingetretene und nicht die drohende Zahlungsunfähigkeit an.

77 Vgl. zum Merkmal der Unlauterkeit insbesondere *Gehrlein*, DB 2020, 156.

Praxis ankommt, wird die Rechtspraxis kalkulierbarer, was dem Willen des Gesetzgebers entspreche.

Die Instanzgerichte mögen (mutig) zur tatrichterlichen Würdigung schreiten und stets den Schutzwirk der Norm im Blick halten. Der Schwerpunkt der tatrichterlichen Würdigung liegt in der Beurteilung der subjektiven Seite des Tatbestandes nach Maßgabe von § 286 ZPO. Für Grenzfälle wird sicher zu gegebener Zeit der BGH die Norm auslegen und hoffentlich dann für Klarheit sorgen statt für eine Fortentwicklung weiterer beachtlicher Einzelfälle.

Für die Praxis: Wenn ein Bargeschäft vorliegt, sind die Chancen einer erfolgreichen Anfechtung vergleichsweise gering. Ähnlich gering sind die Chancen im Fall einer kongruenten Deckungshandlung, selbst wenn der Schuldner im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung zahlungsunfähig war und dies wusste. Nach Ansicht der Autoren genügt dies allein nicht für die Bejahung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners.

**Reinhard Willemsen**, RA, ist Partner der Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH und dort seit 2005 Leiter der Praxisgruppe Restrukturierung und Insolvenz. Seine umfangreiche Erfahrung in diesem Bereich wird durch zahlreiche Veröffentlichungen und Vorträge dokumentiert. U. a. war er auch Mitglied der Reformkommission des DIHK zum Insolvenzplanverfahren und Mitverfasser des Positionspapiers „10 Vorschläge zur Unternehmenssanierung in der Insolvenz“ sowie eines der ersten Kommentare zum ESUG.



**Christiane Kühn**, RAin, ist seit ihrer Zulassung im Jahr 2011 bei der Luther Rechtsanwalts-gesellschaft mbH beschäftigt. Sie bietet Beratungsleistungen im internationalen Handelsrecht, insbesondere für die Branche Anlagen- und Maschinenbau. Ein weiterer Schwerpunkt ihrer Tätigkeit liegt im internationalen Insolvenzrecht, wobei sie hauptsächlich Gläubiger berät. Frau Kühn ist akkreditierte und geprüfte Inco-terms® 2020-Trainerin, Zertifikatsnummer DE/2019-0105.



## BGH: Haftung des Insolvenzverwalters für unternehmerische Entscheidungen im Rahmen einer Betriebsfortführung

BGH, Urteil vom 12.3.2020 – IX ZR 125/17

ECLI:DE:BGH:2020:120320UIXZR125.17.0

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2020-1217-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

### LEITSÄTZE

a) Maßstab aller unternehmerischen Entscheidungen des Insolvenzverwalters im Rahmen einer Betriebsfortführung ist der Insolvenz-zweck der bestmöglichen gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger sowie das von den Gläubigern gemeinschaftlich beschlossene Verfahrensziel – Abwicklung des Unternehmens, Veräußerung oder Insolvenzplan – als Mittel der Zweckerreichung.

b) Der dem Insolvenzverwalter bei unternehmerischen Entscheidungen zustehende Ermessensspielraum ist überschritten, wenn die Maßnahme aus der Perspektive ex ante angesichts der mit ihr verbundenen Kosten, Aufwendungen und Risiken im Hinblick auf die Pflicht des Insolvenzverwalters, die Masse zu sichern und zu wahren, nicht mehr vertretbar ist.

c) § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG ist nicht entsprechend auf die Haftung des Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Entscheidungen anzuwenden.

InsO § 60 Abs. 1, § 160

Räumt das Gesetz der Gläubigerversammlung keine Entscheidungs- oder Zustimmungskompetenz ein, haben ihre Beschlüsse grundsätzlich keine Auswirkungen darauf, ob der Insolvenzverwalter einen Mas-seschaden pflichtwidrig und schuldhaft herbeigeführt hat.

InsO § 60 Abs. 1, § 92 Satz 2

Bestellt das Insolvenzgericht einen Sonderinsolvenzverwalter, um gegen den Verwalter gerichtete Ansprüche auf Ersatz eines Schadens

geltend zu machen, den die Insolvenzgläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens erlitten haben, ist der Sonderinsolvenzverwalter befugt, den vollständigen Gesamtschaden geltend zu machen, auch soweit er bei Massegläubigern eingetreten ist.

InsO § 92 Satz 2, § 209

§ 92 Satz 2 InsO ist entsprechend auf die Ansprüche der Massegläubiger aus § 60 InsO anzuwenden, wenn der von ihnen gemeinschaftlich erlittene Schaden durch eine Schmälerung der Insolvenzmasse nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit eintritt.

ZPO § 415 Abs. 1, § 418 Abs. 1; InsO § 76 Abs. 1

Das Protokoll der Gläubigerversammlung hat im Schadensersatzprozess gegen den Insolvenzverwalter keine negative Beweiskraft dahin, dass nicht protokollierte Erklärungen nicht abgegeben wurden.

InsO § 76; ZPO § 160

### AUS DEN GRÜNDEN

B. ... I. Rechtsfehlerhaft verneint das Berufungsgericht eine Pflichtverletzung des Beklagten [Insolvenzverwalter] im Zusammenhang mit den Zahlungen für Dienstleistungen von W. [Berater des Beklagten und zuvor der Schuldnerin]. 23

1. Nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Vortrag der Klägerin [Sonderinsolvenzverwalterin] kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Zahlungen für die Dienstleistungen des W. pflichtwidrig waren und zu einem Schaden ... geführt haben. Das Berufungsgericht legt zu großzügige Maßstäbe an den Spielraum eines Insolvenzverwalters bei unternehmerischen Maßnahmen im Rahmen der Unternehmensfortführung an. 24