



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Die subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung“

Dissertation vorgelegt von Robert Arts

Erstgutachter: Prof. Dr. Dr. h.c. Burkard Hess

Zweitgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

I. Gegenstand der Arbeit¹

Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens enden Privatautonomie und Prioritätsprinzip. Nach Verfahrenseröffnung ist die Begründung von Rechtspositionen grundsätzlich nur nach Maßgabe der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung möglich. Diese erzwingt eine kollektive und anteilige Befriedigung aus dem verbleibenden Vermögen des Schuldners. Die individuelle Sicherung und/oder Befriedigung einzelner Gläubiger verliert demgegenüber ihre Legitimation, sei es durch privatautonomes Schuldnerhandeln (§ 80 I InsO) oder Einzelzwangsvollstreckungen (§ 89 InsO).

Die kollektive Haftungsordnung des Insolvenzrechts erfasst aber unter Umständen auch Vermögenswerte, welche die Insolvenzmasse schon vor Verfahrenseröffnung verloren hat. So kann die Vornahme einer Rechtshandlung nach § 129ff. InsO angefochten werden. Rechtsfolge der Insolvenzanfechtung ist nach § 143 InsO „nur“ ein schuldrechtlicher Rückgewähranspruch. Zudem setzt die Anfechtung immer eine objektive Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) und – je nach Anfechtungstatbestand – weitere subjektive, temporale oder typologische Merkmale voraus, §§ 130-135 InsO. Das Erfordernis dieser Voraussetzungen liegt darin begründet, dass der Anfechtungsgegner seine Rechtsposition gerade schon vor Verfahrenseröffnung und damit (grundsätzlich) wirksam erworben hat. Er kann deshalb darauf vertrauen, dass die Rechtsordnung ihm privatautonom zugebilligte Sicherung oder Befriedigung schützt.² Dieser Schutz dient nicht nur dem Einzelnen, sondern sichert zugleich die Funktionalität des Rechtsverkehrs, die eine Bestandskraft von Rechtsgeschäften voraussetzt.³

Die genannten zusätzlichen Anfechtungsvoraussetzungen knüpfen entsprechend daran an, dass der Vertrauensschutz des Anfechtungsgegners im anfechtungserheblichen Sachverhalt eingeschränkt ist: aufgrund abstrakter Erwägungen (die Typologie der vorgenommenen Rechtshandlung⁴ und/oder eine große zeitliche Nähe zur Verfahrenseröffnung) oder aufgrund konkreter, subjektiver Anzeichen einer „Bösgläubigkeit“ des Anfechtungsgegners und – im

¹ Die Arbeit ist im Rahmen meiner Tätigkeit am Max-Planck-Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law entstanden. Dem Direktor des Instituts *Professor Dr. Dres. h.c. Burkhard Hess*, der zugleich Betreuer meines Promotionsvorhabens war, gebührt mein großer Dank für seine fortwährende Unterstützung und seinen wertvollen Rat. Ohne ihn wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen.

² Vgl. *Schoppmeyer* in NZI 2005, S. 185ff. [187, 190].

³ Hierzu näher: *Paulus* in FS-Fischer, S. 445ff. [451]. Der Anfechtungsgegner ist, wie *Paulus* ausführt, insoweit der „*Repräsentant des rechtsgeschäftlichen Verkehrs*“.

⁴ Etwa die Inkongruenz einer Deckung, der der Anschein einer „Verdächtigkeit“ anhaftet. So schon BMJ, Referentenentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, 3. Teil, S. 148. Vgl. auch mJwN *Kreft* in HK-InsO, 6. Auflage (2011), § 131, Rn. 3; *Ede/Hirte* in Uhlenbruck, InsO, 14. Auflage (2015), § 131, Rn. 3. Im größeren Maße gilt dies noch für die Schenkungsanfechtung nach §32 KO/§ 134 InsO, der die Inkongruenzanfechtung „*wertungsmäßig nahe steht*“. *Uhlenbruck* in Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Auflage (1994), § 30, Rn. 45.

Rahmen der Vorsatzanfechtung – des leistenden Schuldners.⁵ Die letztgenannten, subjektiven Voraussetzungen bilden den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung.

II. Thematische Relevanz

Mit dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1. Januar 1999 endete der Geltungszeitraum der Konkursordnung. Da das Recht der Insolvenzanfechtung in wesentlichen Teilen unmittelbar auf dem der Konkursanfechtung aufbaut, bleibt dieses aber von großer Bedeutung für die Ausarbeitung grundlegender Entwicklungen.

Die vielzähligen Änderungen und Weiterentwicklungen, die das Gesamtvollstreckungsrecht im Rahmen seiner Evolution von der Konkurs- zur Insolvenzordnung erfuhr, sind insgesamt als notwendige und erfolgreiche Reformmaßnahmen aufgenommen worden.⁶ Die Ausformulierung des Gesetzes im Einzelnen stieß aber auf erhebliche Kritik des Schrifttums.⁷ Die subjektiven Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände sind schon bedingt durch das bloße Fortwähren ihrer Existenz ein treffliches Beispiel für einen Bereich, in dem der Gesetzgeber weit hinter den Wünschen und/oder Erwartungen großer Teile der Rechtswissenschaft zurückgeblieben ist.⁸

Die Stärkung des Anfechtungsrechts war ein zentraler Bestandteil der Änderungsbestrebungen.⁹ Man hoffte dem „Konkurs des Konkurses“¹⁰ entgegenwirken zu können.¹¹ Die Objektivierung des Anfechtungsrechts, d.h. eine Reduktion der subjektiven Voraussetzungen, war insoweit eine wesentliche Stoßrichtung der Reform.¹² Diese Reduktion

⁵ Im Einzelnen kann erheblich sein: Die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners §§ 130 I Nr. 1, 133 I S. 2 InsO; die Kenntnis von einem Eröffnungsantrag, §§ 130 I Nr. 2 InsO; die Kenntnis von einer Gläubigerbenachteiligung, § 131 I Nr. 3, 133 I S. 2 InsO und die Kenntnis von einem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, § 133 I S. 1 InsO.

⁶ Instruktiv und ausführlich zu (so auch der Titel der Publikation) „Kritischem und Unkritischem“: *Uhlenbruck* in NZI 1998, S. 1ff., der zusammenfasst: „Wenn auch im Vorstehenden Kritik an einzelnen Regelungen der InsO geübt wurde, so ist doch insgesamt festzustellen, daß nicht nur eine Insolvenzrechtsreform dringend geboten war, sondern daß der deutsche Gesetzgeber trotz einiger Mängel ein in sich geschlossenes Gesetzgebungswerk geschaffen hat, welches allerdings seine Bewährungsprobe in der Praxis noch zu bestehen haben wird.“ Vgl. auch *Gerhardt* in Festschrift für *Brandner*, Köln (1996), S. 605ff. mit besonderem Schwerpunkt auf die Schwächen und Stärken des Insolvenzanfechtungsrechts und *Paulus* in WM 2000, S. 2225ff. zu den subjektiven Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung.

⁷ Vgl. nur: *Pape* in NJW 1999, S. 29ff.; *Penzlin* in NZG 1999, S. 1203ff.; 2000, S. 464ff.

⁸ So war für die Neugestaltung etwa die Rede davon „die ganzen subjektiven Voraussetzungen des Anfechtungstatbestandes als historische Restbestände zu beseitigen“, *Weber* in KTS 1959, S. 80ff. [85]; Sie wurden als „unberechtigt“ bezeichnet, *Häsemeyer* in KTS 1982, 507ff.; *Weber* in *Einhundert Jahre Konkursordnung*, S. 321ff. (349) und als Limitation des Gleichbehandlungsgrundsatzes verstanden: *Pfefferle*, *Konkursanfechtung und Rückschlagsperre*, S. 94, 109. *Hanisch* sprach von einer erforderlichen „Entsubjektivierung der Anfechtungsvoraussetzungen“, *Hanisch* in ZFP 90 (1977), S. 1ff. [22]. Auch heute sind diese Stimmen noch nicht verstummt: *Häsemeyer*, *InsO*, 4. Auflage (2007), Rn. 21.47; *Adam* in DZWIR 2009, S. 441ff. [443f.].

⁹ Instruktiv: *Paulus/Schröder* in WM 1999, S. 254ff. Ebenso: *Kilger* in ZRP 1976, S. 190ff. [194]; *Weber* in *Einhundert Jahre Konkursordnung*, S. 321ff. [349]; *Arnold* in *Rpfleger* 1977, S. 385ff. [395]; *Gerhardt* in *Einhundert Jahre Konkursordnung*, S. 111ff. [130].

¹⁰ Auch als „Krise des Konkursrechts“ und „Funktionsunfähigkeit des Konkursverfahrens“ bezeichnet; vgl. *Arnold* in *Rpfleger* 1977, S. 385ff. [385].

¹¹ Rund 70% aller Konkurse wurden wegen unzureichender Masse ohne jedes geregelte Verfahren abgewickelt; eine Anfechtung erfolgte nur in ca. 20% aller Verfahren. Vgl. *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, *Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland*, Köln (1978), S. 38, 194.

¹² Vgl. *Hanisch* in ZFP, 90 (1977), S. 1ff. [22ff.].

sollte eine unkompliziertere und transparentere Rechtslage schaffen und die Risiken für den Insolvenzverwalter vermindern, für den der Anfechtungsprozess häufig – gerade wegen des schwierigen Nachweises subjektiver Voraussetzungen – ein regelrechtes Vabanquespiel war.¹³ Im Ergebnis wurde das Anfechtungsrecht mit Einführung der Insolvenzordnung umfänglich umstrukturiert und die Anfechtung für den Insolvenzverwalter – so viel sei vorweggenommen – insgesamt vereinfacht.¹⁴ So wurden mehrere Beweislastregelungen zu Gunsten des Insolvenzverwalters eingeführt.¹⁵ Zudem finden sich nun auch im Bereich der besonderen Anfechtung Tatbestände, die gänzlich auf eine subjektive Komponente verzichten.¹⁶ Hinzu kommt eine Neuausrichtung des Anfechtungszeitraums, die – jedenfalls dem Bekunden des Normgebers nach¹⁷ – eine weitreichendere Vorverlagerung der Anfechtungsmöglichkeiten bewirken sollte. Indes liegt trotz dieser Beweiserleichterungen das Prozesskostenrisiko in der Regel noch immer bei der Insolvenzmasse.¹⁸ Dies scheint vor dem Hintergrund, dass der Insolvenzverwalter im Regelfall Schwierigkeiten haben muss, die Gedankenwelt eines Anfechtungsgegners auszuloten (geschweige denn einen entsprechenden Nachweis zu führen), im schlimmsten Fall eine unbillige Belastung¹⁹ zu sein und bedarf einer ergebnisoffenen Untersuchung.

Jenseits dieses originären Interesses an einer Analyse ist die Thematik auch von großer aktueller Relevanz: So ist im Verlauf der letzten Jahre abermals der Ruf nach einer Reform des Anfechtungsrechts laut geworden. Dieser Ruf geht vornehmlich auf die Initiative von Wirtschaftsverbänden zurück, die weniger an dem Gesetzestext Anstoß nehmen als an der höchstrichterlichen Rechtsprechung (insbesondere im Bereich der Vorsatzanfechtung, § 133 I

¹³ Vgl. BMJ, Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, Köln (1985), S. 399: Die Anfechtung wird als „*risikobeladenes Abenteuer*“ bezeichnet, vor dem Konkursverwalter aufgrund des schwierigen Nachweises „*zurückschrecken*“. Dogmatischer „*Unterbau*“ dieser Anstrengungen war die Auffassung, dass Sinn und Zweck der Insolvenzanfechtung weniger die Missbilligung einzelner Rechtsakte ist, als vielmehr einzig der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, die *par conditio creditorum*. Hierzu näher: *Canaris* in *Einhundert Jahre Konkursordnung*, S. 73ff. [78]. Tatsächlich verschließt sich das Recht der Insolvenzanfechtung kraft seiner dualen Systematik einer pauschalen Zweckzuordnung, wie im Verlauf der Bearbeitung gezeigt wird.

¹⁴ So etwa *Paulus/Schröder* in *WM* 1999, S. 254ff., die prognostizierten, dass die Verschärfung des Anfechtungsrechts ein „*nachdrückliches Umdenken im allgemeinen Geschäftsverkehr*“ erfordern werden, da das Gesetz „*es den Teilnehmern des Rechtsverkehrs mit Nachdruck ans Herz [legt], sich weiterer Beziehungen und Aktivitäten mit einem unzuverlässigen Vertragspartner zu enthalten.*“

¹⁵ Z.B. die Beweislastumkehr in § 130 III und § 131 II 2. Var. InsO sowie Vermutungen zu Ungunsten des Insolvenzschuldners, vornehmlich die Einführung des § 130 II (und respektive § 131 II 1. Var. InsO), die das „*zwingende Kennenmüssen der wirtschaftlichen Umstände*“ der Kenntnis gleichstellt. Vgl.: aber Fn. 30.

¹⁶ Die § 131 I Nr. 1 und 2 verzichten auf jede subjektive Komponente. Gleichwohl hat der Gesetzgeber grundsätzlich an den subjektiven Voraussetzungen im Bereich der Deckungsanfechtung festgehalten - §§ 130 I, 131 I Nr. 3.

¹⁷ Vgl. insoweit: BMJ, Referentenentwurf, Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts, 3. Teil, S. 142: „*Der Zeitraum der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, innerhalb dessen vorgenommene Rechtshandlungen der Anfechtung unterliegen, wird gegenüber dem geltenden Recht erweitert*“. Tatsächlich ging mit der Neuausrichtung faktisch eine Verkürzung des Anfechtungszeitraums einher, vgl. hierzu: § 3 III.

¹⁸ Tatsächlich wurde im Rahmen der Inkongruenzanfechtung die Beweislastumkehr zuungunsten des Anfechtungsgegners (§ 30 Nr. 2 KO) abgeschafft, sodass es nach § 131 I Nr. 3 InsO nunmehr dem Verwalter obliegt, den Benachteiligungsvorsatz des Anfechtungsgegners nachzuweisen.

¹⁹ So noch vor der Reform: *Pfefferte*, *Konkursanfechtung und Rückschlagsperre*, S. 110; vgl. mit ähnlicher Schlussfolgerung auch: *Kilger* in *ZRP* 1976, S. 190ff. [194]; *Hanisch* in *ZfP* 90 (1977), S. 1ff. [11]; *Böhle-Stamschräder* in *KTS* 1959, S. 66ff. [68]; *Arnold* in *Rpfleger* 1977, S. 385ff. [394]. Eine solch scharfe Verurteilung der subjektiven Voraussetzungen findet sich im heutigen Schrifttum nicht länger. Vor dem Hintergrund der nachfolgenden Betrachtungen ist dies überraschend.

InsO) und im Ausgang dieser Rechtsprechung eine gefährliche Ausdehnung der Anfechtungsmöglichkeiten erkennen: Der „*ausufernde Anwendungsbereich*“²⁰ des § 133 I InsO führe, so liest man, zu „*untragbaren Ergebnissen*“²¹ und gefährde dergestalt insbesondere den „*Mittelstand und die KMU [kleinen und mittleren Unternehmen]*.“²²

Ob dieser Befunde zutrifft, wird in der Arbeit im Einzelnen erörtert. Jedenfalls aber hat die Debatte die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers erregt.²³ Vom Schrifttum erfuhr die bekundete Reformbereitschaft vereinzelt Zustimmung, überwiegend aber scharfe Kritik.²⁴ Diesen Einwänden zum Trotz hat der Gesetzgeber mit dem Entwurf eines „Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz“ des BMJV²⁵ klargemacht, dass es ihm durchaus ernst mit einer Novellierung des Anfechtungsrechts ist. Dem Referentenentwurf folgten seitdem ein Regierungsentwurf,²⁶ eine Stellungnahme des Bundesrates²⁷ und eine Gegenäußerung der Bundesregierung.²⁸ Die vorgeschlagenen Änderungen an den Anfechtungstatbeständen werden an jeweils geeigneter Stelle untersucht. Die Vorschriften des jüngsten Gesetzesentwurfs sind als InsO-E gekennzeichnet.

III. Gang der Darstellung

Der erste Teil der Darstellung untersucht die gegenwärtige Rechtslage anhand einer Gegenüberstellung konkurs- und insolvenzrechtlicher Bestimmungen. Dabei werden die

²⁰ BDI/ZDH, Positionspapier des Bundesverbandes der Deutschen Industrie (BDI) und des Zentralverbandes des Deutschen Handwerks (ZDH) - Ausufernder Anwendungsbereich der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung lähmt Unternehmenspraxis, 14.10.2013, S. 1. Abrufbar unter www.bdi.eu.

²¹ BGA, Arbeitsauftrag an die neue Regierung: „Notwendige gesetzgeberische Korrekturen im Recht der Insolvenzanfechtung“, 26.09.2013. Abrufbar unter www.bga.de.

²² BGA, BGA Position - Recht und Wettbewerb, Insolvenzanfechtung, 13.07.2012, S. 5. Abrufbar unter www.bga.de.

²³ Im Koalitionsvertrag der gegenwärtigen Bundesregierung, der am 27. November 2013 geschlossen und am 16. Dezember 2013 unterzeichnet wurde, findet sich hierzu folgender Handlungsanstoß: „Zudem werden wir das Insolvenzanfechtungsrecht im Interesse der Planungssicherheit des Geschäftsverkehrs (...) auf den Prüfstand stellen.“ „Deutschlands Zukunft Gestalten“, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, S. 19. Legislaturperiode, 14.12.2013, Berlin, S. 19.

²⁴ Ablehnend führt etwa Kayser (in NJW 2014, S. 422ff. [428]) an, dass die Vorsatzanfechtung „bei Handhabung mit Augenmaß (...) zu durchweg angemessenen Ergebnissen“ führe; Ganter (in WM 2014, S. 49ff. [49]) spricht von einer unbegründeten Kritik an einer „vermeintlichen Überdehnung der Vorsatzanfechtung“; Bork (in ZIP 2014, S. 797ff. [809f.]) verneint die Notwendigkeit einer Generalüberholung des Anfechtungsrechts ebenso wie die partiellen Änderungsvorschläge der Positionspapiere von Wirtschaftsverbänden; Thole (in ZIP 2013, S. 2081ff. [2088]) schließlich hält das Grundgerüst der Insolvenzanfechtung nach wie vor für „stabil“ und warnt zudem explizit vor „politische[n] Eingriffe[n]“. Demgegenüber macht sich etwa Marotzke (in ZInsO 2014, S. 417ff.) für die Notwendigkeit einer Beseitigung von überflüssiger Komplexität und Wertungswidersprüchen stark, scheint dabei gar von dem Erfordernis einer grundlegenden Überarbeitung des Insolvenzanfechtungsrechts auszugehen und Foerste (in ZInsO 2013, S. 897ff. [902]) hält den Wortlaut des § 133 I InsO für „zu weit geraten“ und geht bei Betrachtung von Gesetzesbegründung, Systematik und Normzweck insoweit von einer „verdeckten Rechtsfortbildung“ aus, als der BGH „bewusst in Begriffsjurisprudenz verharr[e].“

²⁵ Referentenentwurf vom 16. März 2015, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz, 2015. Abrufbar unter: www.bmjv.de.

²⁶ Regierungsentwurf vom 29. September 2015, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz, 2015. Abrufbar unter: www.bmjv.de.

²⁷ Stellungnahme des Bundesrats, BR-Drs. 495/15.

²⁸ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/7054.

aktuellen Bestrebungen des Insolvenzanfechtungsrechts an jeweils geeigneter Stelle behandelt. Besonderes Augenmerk kann dabei nicht nur den subjektiven Voraussetzungen, sondern muss in einem gewissen Grad auch den zeitlichen und objektiven Merkmalen der Anfechtungstatbestände gelten: Die jeweiligen Anfechtungszeiträume (dies zeigt auch ihre alternative Bezeichnung als „Suspektperioden“²⁹) stehen in unmittelbarer Wechselwirkung zu den subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen, schon weil die konkursrechtlichen zeitlichen Anknüpfungspunkte³⁰ zugleich den Inhalt der subjektiven Merkmale der Deckungsanfechtung (aber auch der Absichtsanfechtung) darstellten und auch heute im Rahmen der §§ 130, 131 InsO weiter von Bedeutung sind.³¹ Der zweite Teil der Arbeit widmet sich den historischen Wurzeln der subjektiven Voraussetzungen, folgt ihrem Weg durch die Rechtsgeschichte und betrachtet grundlegende Entwicklungen und Wertungen, die ihnen zugrunde liegen. Im dritten Teil wird ein Überblick über die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen im U.S.-amerikanischen und englischen Insolvenzanfechtungsrecht gegeben.

IV. Ergebnisse der Arbeit

1. Die besondere Anfechtung erwuchs als Regularium zur Vermeidung wirtschaftlich unbilliger Ergebnisse. In ihren mittelalterlichen Frühformen diente sie zunächst dem Schutz von Handelspartnern, denen ein Zugriff auf das Vermögen ihrer zahlungsunfähigen Schuldner aufgrund räumlicher Distanz nicht oder zumindest nicht rechtzeitig möglich war. Um den aufblühenden Handel nicht zu gefährden, sollten diese Gläubiger gleichberechtigt in die Verteilung mit eingebunden werden und nicht leer ausgehen. Zu diesem Zweck musste gewährleistet werden, dass das haftende Schuldnervermögen nicht durch eine rasche Vollstreckung und/oder die Verzögerung einer (wie auch immer ausgestalteten) Verfahrenseröffnung gänzlich aufgezehrt werden kann.³²

Seit diesen Anfängen wurde die insolvenzbezogene Anfechtung ausgeweitet, um zu verhindern, dass einzelne Gläubiger zulasten der restlichen Verlustgemeinschaft in den Genuss einer vollständigen Befriedigung gelangen. Das grundlegende Ziel der besonderen Anfechtung blieb dabei stets, dass der unausweichliche und beträchtliche Forderungsausfall

²⁹ Vgl. *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, S. 303.

³⁰ Die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, die (nach höchstrichterlicher Rechtsprechung) beide wiederum nur die objektiv wahrnehmbaren Tatsachen einer zugrundeliegenden Zahlungsunfähigkeit darstellten.

³¹ Die objektiven Voraussetzungen sind es, die den subjektiven Merkmalen einerseits ihren Inhalt verleihen und sie andererseits anzeigen. In ganz besonders großem Maße gilt dies für das Merkmal der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, deren Kenntnis durch den Anfechtungsgegner direkte Anfechtungsvoraussetzung ist (§ 130 I Nr. 1 InsO), deren Kenntnis durch den Gemeinschuldner Rückschlüsse auf seinen Benachteiligungsvorsatz zulässt (§ 133 I S. 1 InsO) und deren Kenntnis durch den Anfechtungsgegner schließlich auch zu einer vermuteten Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners führen kann (§ 133 I S. 2 InsO).

³² Die hiermit einhergehende rechtzeitige(re) Antragstellung hat den positiven Nebeneffekt, dass insolvenzreife Schuldner keine zusätzlichen Verbindlichkeiten begründen, die ohnehin keine realistische Aussicht auf Befriedigung mehr haben.

der Insolvenzgläubiger zum einen nicht noch verschlimmert und zum anderen durch kollektive Einbeziehung aller „echten“ Insolvenzgläubigern abgemildert werden sollte. Dagegen wird eine „Sanktionierung“ des Schuldners oder des Anfechtungsgegners gerade nicht vom Telos der besonderen Anfechtung getragen. Eine eindeutige Loslösung von moralischen Überlegungen und insbesondere von der Beachtlichkeit der Handlungsmotivation fällt Gesetzgebern indes mitunter schwer. So ist etwa im englischen Recht noch immer eine konkrete Begünstigungsabsicht des Schuldners erforderlich. Im deutschen Recht ist diese Hürde heute (weitgehend³³) überwunden.³⁴

2. Entscheidendes Kriterium der besonderen Anfechtung ist ein Bezug zu dem materiellen Insolvenzfall des Schuldners. Die gemeinschaftliche Verteilungsordnung kann höchstens soweit vorverlagert werden, wie der materielle Insolvenzfall des Schuldners zurückliegt. Vor der materiellen Insolvenz hat sich das Insolvenzrisiko des Gläubigers hingegen faktisch noch nicht verwirklicht, sodass eine Einbeziehung in die Verlustgemeinschaft nicht statthaft ist. Die Insolvenzordnung stellt für diesen Bezug auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ab, die durch eine Zahlungseinstellung indiziert werden kann (und in der Praxis in aller Regel indiziert werden muss). Durchbrochen wird diese Systematik durch die unwiderlegliche Vermutung einer Zahlungsunfähigkeit in § 131 I Nr. 1 InsO und den (systemwidrigen) § 131 I Nr. 3 InsO, der stattdessen an eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung (und damit gegebenenfalls auch schon an eine nur drohende Zahlungsunfähigkeit) anknüpft.

Unverständlich ist ferner, warum die Überschuldung nicht als anfechtungsbegründender Umstand bei der Insolvenz juristischer Personen in Frage kommt. Für diese begründet die Überschuldung einen Fremdantragsgrund (§ 19 I InsO) und läutet damit ebenso wie die eingetretene Zahlungsunfähigkeit die Verwirklichung des Insolvenzrisikos ein. Der Anfechtungsgegner muss sich dann schon nach § 15a InsO darüber im Klaren sein, dass der wirtschaftliche Zusammenbruch seines Vertragspartners unabwendbar ist.

Auch im Rahmen der besonderen Anfechtungstatbestände des U.S.-amerikanischen und englischen Rechts ist ein solcher Bezug zur materiellen Insolvenz des Schuldners angelegt. Ersteres stützt die *preference*-Anfechtung nach § 547 BC auf die Insolvenz des Schuldners, die für einen Zeitraum von 90 Tagen vor Eröffnungsantrag gesetzlich und unwiderleglich

³³ Die verbleibenden Spannungspunkte sind nicht in den Tatbeständen der besonderen Anfechtung selbst angelegt, sondern Folge der gegenwärtigen Auffangfunktion des § 133 I InsO. So ist dem deutschen Anfechtungsrecht eher der gegenläufige Vorwurf zu machen, dass es die „Unlauterkeit“ (im weiten Sinne) nicht hinreichend im Rahmen der (schuldnerbezogenen) Vorsatzanfechtung berücksichtigt.

³⁴ Dass die besondere Anfechtung stattdessen ein Ausfluss des „Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes“ ist, ist heute unstrittig. Vgl.: *Häsemeyer*, InsO, 4. Auflage, Rn. 21.05; *Exner* in Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 2. Auflage (2010), § 16, Rn. 104; *Wienberg* in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, J., Rn. 71; *Huber* in Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Auflage (2015), § 47, Rn. 1; *Zeuner*, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Auflage (2007), § 1, Rn. 1f.; *Klinck*, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, S. 33. Mindestens mittelbar ist der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz freilich auch Teil der Wertungen, die der allgemeinen Anfechtung zugrunde liegen. Hierzu etwa: *Frege/Keller/Riedel* in Frege/Keller/Riedel, InsO, 8. Auflage (2015), Rn. 1387f.; v. *Vietinghoff* in Holzborn/v. Vietinghoff, Haftung und Insolvenz im GmbH-Recht, 1. Auflage (2013), so wohl auch: *Bork*, Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts, S. 2, 1. Auflage (2006).

vermutet wird, § 547 (f) BC. Der besonderen Anfechtung des englischen Rechts sind sowohl die *preference*- (Sections 239, 340 IA) als auch die *undervalue*-Anfechtung (Sections 238, 339 IA) zuzurechnen, da beide Instrumente unmittelbar an die Insolvenzreife des Schuldners anknüpfen. Sie setzen voraus, dass der Schuldner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung zahlungsunfähig war oder infolge der Rechtshandlung zahlungsfähig wurde, Sections 240 (2); 341 (2) IA.

3. An dem Erfordernis einer Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Insolvenzfall ist für die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung *vor* Eröffnungsantrag festzuhalten. Liegt eine solche Kenntnis nicht vor, so gebietet die Verkehrssicherheit, dass ein Gläubiger auf den Bestand einer wirksamen, privatautonomen Verfügung vertrauen darf.³⁵

Zwar führt das vom U.S.-amerikanischen Recht gewählte Mittel zum Schutz der Verkehrssicherheit (die Normierung einer Vielzahl von objektiven Ausnahmetatbeständen, die eine Anfechtungsfestigkeit aufgrund wirtschaftlicher Erwägungen festschreiben, § 547 (c) BC) regelmäßig zu vergleichbaren Ergebnissen. Gleichwohl geht von dem enumerativen Katalog eine Rigidität aus, die durch die Voraussetzung einer einzelfallbezogenen Krisenkenntnis vermieden wird.³⁶ Auch folgt aus der Vielzahl der Ausnahmetatbestände faktisch kein Mehr an Rechtssicherheit, da diese mit unbestimmten Rechtsbegriffen gefüllt und ihrerseits auslegungsbedürftig sind.

Im Rahmen der besonderen Anfechtung des englischen Rechts wird der Vertrauensschutz des Gläubigers nur indirekt geschützt: Im Rahmen der Deckungsanfechtung (Section 239, 340 IA) durch das Erfordernis einer „Begünstigungsabsicht“ auf Seiten des Schuldners.³⁷ Die *undervalue*-Anfechtung erfasst demgegenüber bereits tatbestandlich nur Transaktionen, die der Masse keinen gleichwertigen Gegenwert in Aussicht stellen und so eine unmittelbare Gläubigerschädigung zur Folge haben.

4. Eine Kenntnis des Eröffnungsantrags ist praktisch von geringer Bedeutung, da sie für den Anfechtungsgegner nur in seltenen Fällen möglich und für den anfechtenden Verwalter noch seltener nachweisbar ist. Es lohnt sich, der Überlegung nachzugehen, das Erfordernis einer Krisenkenntnis mit Vorliegen des (zur Verfahrenseröffnung führenden) Eröffnungsantrags entfallen zu lassen. Dem Schuldner nach Eröffnungsantrag ein

³⁵ Dies gilt auch im Fall einer inkongruenten Deckung, die insoweit allenfalls ein Beweisanzeichen für die Kenntnis des Anfechtungsgegners darstellen kann. Die noch in § 30 Nr. 2 KO vorgesehene Beweislastumkehr war der heute denkbaren Unbeachtlichkeit einer Gutgläubigkeit systematisch überlegen.

³⁶ Erfolgt eine Rechtshandlung im „gewöhnlichen Geschäftsverkehr“ (§ 547 (c) (2) BC – vgl. § 9 I 3 b)), so wird dies auch im deutschen Recht als Anhaltspunkt dafür dienen, dass der Anfechtungsgegner von einer bereits bestehenden Zahlungsunfähigkeit keine Kenntnis hatte. Gleichwohl ist hierzulande eine Anfechtbarkeit nicht zwingend ausgeschlossen, wenn hinreichende objektive Beweisanzeichen dafür vorliegen, dass der Anfechtungsgegner Kenntnis von der materiellen Krise hatte.

³⁷ Zwar stellt diese Voraussetzung eine hohe Hürde dar und begrenzt die Reichweite der *preference*-Anfechtung erheblich. Gleichwohl ist der Vertrauensschutz für den gutgläubigen Empfänger lückenhaft: Mag ein Schuldner auch gezielt die Begünstigung eines einzelnen Gläubigers (etwa eines langjährigen Geschäftspartners) erstreben, so bedeutet dies nicht zwangsläufig, dass dieser Gläubiger nicht fest von einer Zahlungsfähigkeit ausging.

gläubigerbenachteiligendes Weiterwirtschaften außerhalb der Grenzen des § 142 InsO(/§ 142 InsO-E) zu ermöglichen, birgt beträchtliche Risiken für die Verteilungsgerechtigkeit.

5. Liegt der materielle Insolvenzfall weit im Vorfeld einer Verfahrenseröffnung, so ist eine zeitliche Einschränkung der Rückabwicklung geboten. Rechtsordnungen setzen zu diesem Zweck „Suspektperioden“ fest, die die äußerste zeitliche Reichweite der besonderen Anfechtung bestimmen. Die drei Monate der §§ 130 – 132 InsO berücksichtigen insoweit den Vertrauensverlust nicht angemessen, der mit der tatbestandlich regelmäßig erforderlichen, positiven Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Insolvenzfall einhergeht. Ein Gläubiger, der vollständige Befriedigung erlangt, obwohl er von der Vermögensinsuffizienz seines Schuldners weiß, sollte nicht darauf vertrauen dürfen, dass er die erhaltene Leistung behalten darf. Es kann von einem Gläubiger schwerlich erwartet werden, wider seine eigenen Interessen zu handeln und einen Insolvenzantrag zu stellen, obwohl ihm die vollständige Befriedigung in Aussicht gestellt wird. Ebenso wenig sollte der Gläubiger aber dazu ermutigt werden, die Antragstellung nach Möglichkeit hinauszuzögern, um dem engen Zeitraum der besonderen Anfechtung zu entgehen. Die Verkehrssicherheit ist insoweit nicht mehr als die kollektive Aggregation des individuellen Vertrauensschutzes. Ihr wäre weitaus eher entsprochen, wenn die klar umrissene besondere Anfechtung auf einen angemessenen Zeitraum erweitert und die konturlose Vorsatzanfechtung tatbestandlich eingegrenzt würde.

Der Schutz des Rechtsverkehrs gebietet zwar eine Einschränkung des Anfechtungszeitraums, es lassen sich indes keine nachvollziehbaren Gründe erkennen, weshalb eine Erstreckung des Anfechtungszeitraums auf bspw. 18 Monate oder 24 Monate zu einem untragbaren Verlust an Rechtssicherheit führen würde, solange die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der finanziellen Krise seines Schuldners weiter vorausgesetzt wird. Eine frühere/rechtzeitigere Antragstellung wäre als Folge wahrscheinlicher.

6. Den für eine Kongruenzanfechtung erforderlichen Nachweis zu führen, dass der Anfechtungsgegner positive Kenntnis von der bestehenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte, ist dem anfechtenden Verwalter nachgerade unmöglich.³⁸ Aus diesem Grund sieht die Insolvenzordnung gleich zwei Beweiserleichterungen vor: Zum einen begründet die Zahlungseinstellung eine widerlegliche Vermutung der –unfähigkeit (§ 17 II S. 2 InsO), was das Erfordernis eines vollständigen und detaillierten Überblicks über die Verbindlichkeiten des Schuldners abmildert. Zum anderen ersetzt die Kenntnis der objektiven Umstände, aus denen zwingend auf eine Zahlungsunfähigkeit zu schließen ist, den anderenfalls erforderlichen Nachweis einer konkreten Schlussfolgerung des

³⁸ Der Anfechtungsgegner muss insoweit nämlich nicht nur den Nachweis führen, dass der Anfechtungsgegner die wirtschaftlichen Schwierigkeiten kannte, sondern auch beweisen, dass dieser aus diesen Umständen wenigstens laienhaft auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen hat.

Anfechtungsgegners (§ 130 II InsO).

Dass zuvorderst objektive Anhaltspunkte maßgebend sind, ist richtigerweise bereits der Natur subjektiver Voraussetzungen geschuldet. Im Rahmen der prozessualen Gesamtwürdigung (§ 286 I ZPO) einer Anfechtungsklage ist das entscheidende Gericht immer gehalten, objektive Indizien zu ermitteln, um den Kenntnisstand des Anfechtungsgegners ausloten zu können. Ein entscheidender Fortschritt ist die Möglichkeit, nunmehr auf den objektiven Empfängerhorizont eines fiktiven, redlich Denkenden Empfängers abstellen zu können.³⁹

7. War die gewährte Befriedigung oder Sicherung inkongruent, so werden die subjektiven Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 131 I InsO stark eingeschränkt. Die „Verdächtigkeit“ einer verpflichtungsüberschießenden Leistung begründet in den Augen des Gesetzgebers ein derart starkes Indiz, dass eine Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit nicht vonnöten ist. Nach § 131 I Nr. 3 InsO ist sogar die objektive Zahlungsunfähigkeit selbst entbehrlich, wenn der Gläubiger Kenntnis von einer Gläubigerbenachteiligung hat. Dies vermag nicht zu überzeugen.

Die Inkongruenz einer Leistung trägt zwei Verdachtsmomente in sich: Einerseits deutet der Umstand, dass ein Schuldner bereit war, verpflichtungsüberschießend zu leisten, darauf hin, dass er sich in einer wirtschaftlichen Drucksituation befand und den Anfechtungsgegner durch seine Leistung davon abhalten wollte, einen Insolvenzantrag zu stellen. Andererseits trägt der Empfang einer inkongruenten Sicherung oder Befriedigung die Annahme, dass der Anfechtungsgegner von der wirtschaftlichen Krise auch Kenntnis hatte. Er muss (und wird) sich die Frage stellen, warum sein Schuldner bereit war, eine nicht geschuldete Befriedigung oder Sicherung zu gewähren.

Zugleich besteht kein Zweifel daran, dass das weite Feld der Inkongruenz nicht in jeder Ausprägung geeignet ist, den gesetzlich angeordneten, unwiderleglichen Schluss auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der eingetretenen (§ 131 I Nr. 1, Nr. 2 InsO) oder der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 131 I Nr. 3 InsO) faktisch zu tragen. So sah sich der BGH etwa gezwungen, gewissen Mindestfristen für die Klassifizierung einer Banküberweisung als verfrüht (und damit inkongruent) zu schaffen, um der offensichtlich fehlenden Verdachtswirkung einer solchen Rechtshandlung Rechnung zu tragen.⁴⁰

Auch die Notwendigkeit eines eigenen Tatbestands für die Inkongruenzanfechtung kann bezweifelt werden.⁴¹ Die Inkongruenz einer Rechtshandlung ließe sich im Rahmen der

³⁹ Dies bedeutet zwar, dass ein Leistungsempfänger ausnahmsweise selbst dann mit einer Anfechtung rechnen muss, wenn er (unzutreffend) gutgläubig im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist. Nur so ist indes dem Umstand zu begegnen, dass eine positive Kenntnis von der Gedankenwelt eines Anfechtungsgegners nachgerade unmöglich zu ermitteln und (vor allem) nachzuweisen ist.

⁴⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 9. Juni 2005 – IX ZR 152/03 in NJW-RR 2005, S. 1575ff. [1576].

⁴¹ Ähnlich unlängst *Junclaus* in KTS 2016, S. 45ff. [49f.].

besonderen Anfechtung sehr viel geeigneter als objektives Beweisanzeichen einer Zahlungsunfähigkeit und einer Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit verwerten. Je nach Ausmaß der Inkongruenz stünde dem Anfechtungsgegner dann der Gegenbeweis offen, dass er keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit hatte oder (seltener) der Schuldner nicht zahlungsunfähig war.⁴² Der fortwährende Streit um die Inkongruenz von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (§ 131 I S. 2 InsO-E) ließe sich auf diese Weise adäquat auflösen. Zugleich bestünde kein Zweifel daran, dass die Inkongruenz einer Leistung – je nach ihrer konkreten Ausgestaltung – auch Indiz einer unlauteren Absicht und damit ein Beweisanzeichen der Vorsatzanfechtung darstellen kann.

Die „nur“ drohende Zahlungsunfähigkeit kann zutreffenderweise eine besondere Anfechtung nicht begründen. § 131 I Nr. 3 InsO durchbricht die Systematik der besonderen Anfechtung. Der Nachweis der insoweit erforderlichen Benachteiligungskennntnis erfordert regelmäßig nur, dass der Anfechtungsgegner die finanziellen Schwierigkeiten des Schuldners kennt. Darin mag je nach Fallkonstellation ein (schwaches) Beweisanzeichen einer Kenntnis von unlauteren Absichten des Schuldners liegen. Ein Fremdantrag ist dem Anfechtungsgegner jedoch gerade nicht möglich (§ 18 I InsO), sodass eine Vorverlagerung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung nicht in Frage kommt.

8. Die U.S.-amerikanische Deckungsanfechtung ist nicht nur gänzlich objektiviert. Auch der faktische Insolvenzfall wird für den gesamten Anfechtungszeitraum (90 Tage vor Eröffnungsantrag) vermutet und muss vom Verwalter nicht nachgewiesen werden, § 547 (f) BC. Sucht der Anfechtungsgegner der Anfechtbarkeit nach Maßgabe der Ausnahmetatbestände in § 547 (c) BC zu entgehen, so obliegt es ihm, das Vorliegen der jeweiligen Voraussetzungen nachzuweisen.

Die *preference*-Anfechtung des englischen Rechts (Sections 238, 339 IA) ist demgegenüber nur möglich, wenn der Verwalter den Nachweis einer Begünstigungsabsicht des Schuldners führt. Er kann (und muss) sich hierbei auf objektive Anzeichen stützen, die einen hinreichenden Gesamteindruck tragen. Beachtlicherweise ist das voluntative Element der Begünstigungsabsicht deutlich enger als eine billigende Inkaufnahme. Die Bevorzugung muss vom Schuldner vielmehr aktiv erstrebt und (zumindest als Nebenfolge) erwünscht worden sein. Dies erschwert die Beweisführung des anfechtenden Verwalters im Vergleich zum deutschen und (erst recht) zum U.S.-amerikanischen Recht erheblich. Dass gleichzeitig eine Gutgläubigkeit des Anfechtungsgegners weitgehend unbeachtlich ist, zeigt die fortwährende Verknüpfung der Sections 238, 339 IA mit moralischen Erwägungen. Die

⁴² Eine entsprechende Beweislastumkehr (in Rückbesinnung an § 30 Nr. 2 KO) wäre vertretbar, aber nicht zwingend. Der Beweiskraft der Inkongruenz wäre auch im Rahmen der Gesamtabwägung objektiver Beweisanzeichen (§ 286 I ZPO) Genüge getan. Für die besondere Anfechtung ist dabei ihre Indizwirkung auf die Kenntnis des Insolvenzfalls zu reduzieren. Etwaige gläubigerbenachteiligende Absichten des Schuldners sind richtigerweise nur im Rahmen der Vorsatzanfechtung von Bedeutung.

undervalue-Anfechtung (Sections 239, 340 IA) ist weitgehend objektiviert und verlangt neben der Insolvenzreife des Schuldners „nur“ eine signifikante Vermögensdiskrepanz im gegenseitigen Schuldverhältnis. Dem Anfechtungsgegner steht der Nachweis seiner Gutgläubigkeit offen (Section 340 (5) IA), wenn es sich bei dem Gemeinschuldner um eine Gesellschaft handelt. Praktisch wird ihm dieser Nachweis nur selten gelingen.

9. Die „Vorsatzanfechtung“ dient nicht der Wahrung einer gemeinschaftlichen Verteilung, sondern der Rückabwicklung unbilligen Verhaltens.⁴³ Das Instrument ist deutlich älter als jenes der besonderen Anfechtung. Von *actio Pauliana* über *fluchtsal* bis zur *avoidance of fraudulent transactions* stand die Sanktion einer „betrügerischen“ Schuldnerhandlung dabei teleologisch stets im Vordergrund der „Deliktspauliana“. Auch § 133 I InsO stützt sich auf diesen Grundsatz,⁴⁴ wenngleich der gängige Bezug auf eine bloße Durchbrechung der gemeinschaftlichen Haftungsordnung den eigentlichen Gesetzeszweck weit hinter sich lässt.

Nach rechtsgeschichtlicher Überwindung der Personalexekution sind freilich die Möglichkeiten, einen insolventen Schuldner für eine unlautere Vermögensverschiebung zu „sanktionieren“, sehr begrenzt. Insbesondere ist die Rückgewähr eines Vermögensgegenstandes zur Masse keine Sanktion des Schuldners, der hiervon in der Regel wirtschaftlich nicht berührt wird.⁴⁵

10. Der § 133 I S. 1 InsO sanktioniert einen Anfechtungsgegner, der Kenntnis von einer billigend in Kauf genommenen Gläubigerbenachteiligung des Schuldners hatte. Ihn selbst trifft dabei kein Vorwurf eines unlauteren Verhaltens.⁴⁶ Die vorgeschaltete subjektive Voraussetzung eines schuldnerischen Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes ist inhaltlich weit genug, um § 133 I S. 1 InsO zu einem Auffangtatbestand zu machen, der insbesondere auch Fälle der besonderen Anfechtung erfasst.

Die Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) erfasst zunächst unmittelbare, wirtschaftliche Beeinträchtigungen der Masse (und damit der Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger).⁴⁷ Darüber hinaus ist eine anfechtungsrechtlich relevante Gläubigerbenachteiligung aber auch anzunehmen, wenn die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger erst durch das Hinzutreten

⁴³ Dass die Rechtsfolge der Vorsatzanfechtung gerade kein Schadensersatz ist, erklärt, warum der Anfechtungsgegner gleichwohl nicht zwingend „Deliktstäter“ ist. Vgl. auch: *Bartels* in KTS 2016, S.181ff. [183f.].

⁴⁴ So etwa *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzanfechtung, S. 545.

⁴⁵ Etwas anderes mag bei Vermögensverschiebungen im Familienumfeld gelten. So kommt etwa eine Übertragung des Familienheims an den Ehegatten auch dem insolventen Schuldner zugute. Darüber hinaus kann eine unlautere Vermögensverschiebung für den Schuldner freilich erhebliche Strafen nach sich ziehen (vgl. § 283 StGB).

⁴⁶ Wenngleich dieser Unterschied mitunter nicht eindeutig zum Tragen kommt, was zu praktischen Schwierigkeiten führt. Der Befund *Kirchhofs*, dass der Makel der Unlauterkeit häufig zu „kompromisslosem Widerstand“ von seriösen Anfechtungsgegnern führte, die „nur“ Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatten, ist insoweit berechtigt. Vgl. *Kirchhof* in FS-Fischer, S. 285ff. [290].

⁴⁷ Hiervon werden die „klassischen“ Fälle der Verschleuderungen erfasst, da schuldrechtliche Verträge in ihrer Gesamtheit betrachtet werden und auf eine Wertdiskrepanz zwischen den synallagmatischen Verpflichtungen abgestellt wird.

weiterer Umstände beeinträchtigt wurden.⁴⁸ Kommt der Masse etwa ein angemessener Wertausgleich zu, aber ist dieser Gegenwert im Moment der Verfahrenseröffnung nicht länger im Schuldnervermögen vorhanden, so liegt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vor.⁴⁹ Eine Leistung wird nur ausnahmsweise über längere Zeit im Vermögen eines wirtschaftlich angeschlagenen Schuldners verbleiben.

Vorsätzlich ist eine Gläubigerbenachteiligung schon dann, wenn der Schuldner sie als mögliche Folge seiner Rechtshandlung erkennt und sie „um des erstrebten Zieles willen“ billigt.⁵⁰ Verlangte der BGH im Bereich kongruenter Deckungen lange eine „Dominanz“ des gläubigerbenachteiligenden Zwecks der Rechtshandlung, so hat er dieses Erfordernis mittlerweile aufgegeben. Selbst wenn dem Schuldner die Gläubigerbenachteiligung unerwünscht ist, kann sie vorsätzlich im Sinne des § 133 I S. 1 InsO sein. Im Falle seiner eingetretenen Zahlungsunfähigkeit, wird der Schuldner die Benachteiligung nicht nur für möglich, sondern nachgerade für wahrscheinlich halten. Weiß er zumindest von seiner akuten, wirtschaftlichen Krise (d.h. von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit), so hält er eine Gläubigerbenachteiligung immer noch für „möglich und nicht ganz fern liegend“.⁵¹ Da für das verbleibende, voluntative Element bereits ausreicht, dass sich der Schuldner mit der Verkürzung der Masse abgefunden hat, sich durch die Erkenntnis dieser Gefahr nicht von der Rechtshandlung hat abhalten lassen, oder den Eintritt der Gläubigerbenachteiligung dem Zufall überlassen hat, liegt auch dieses bei eingetretener und drohender Zahlungsunfähigkeit regelmäßig vor.⁵²

11. Handelte der Schuldner mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, so muss dieser dem Anfechtungsgegner ferner bekannt gewesen sein. Das Erfordernis dieses Kenntnis schafft die notwendige Verknüpfung zwischen dem unbilligen Schuldnerhandeln und dem tatsächlichen Sanktionsadressaten. Letzterer kann sich nicht auf einen Vertrauensschutz berufen, wenn er wusste, dass der Schuldner den weggegebenen Vermögensgegenstand vorsätzlich dem Zugriff seiner Gläubiger entziehen wollte. Weiß der Anfechtungsgegner von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, so weiß er freilich auch, dass eine bevorstehende Verfahrenseröffnung zumindest möglich ist und der ihm gewährte Vermögensgegenstand dann nicht zur Befriedigung der Gläubigergemeinschaft zur Verfügung steht. Er hat entsprechend mit Kenntnis vom Insolvenzfall zumeist auch Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz. Die Rechtfertigung der Rückgewährspflicht stützt sich in diesem

⁴⁸ Exemplarisch: BGH, Urt. v. 24. September 1996 – IX ZR 190/95 in NJW 1996, S. 3341ff. [3342].

⁴⁹ Vgl. *Hirte/Ede* in Uhlenbruck, InsO, 14. Auflage (2015), § 129, Rn. 245.

⁵⁰ Insoweit schon BGH, Urt. v. 22. April 1955 – 5 StR 35/55 in NJW 1955, S. 1688ff. [1690].

⁵¹ *Puppe* in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 4. Auflage (2013), § 15, Rn. 88 mwN.

⁵² § 133 I S. 2 InsO kommt nur insoweit eine mehr als klarstellende Bedeutung zu, als er eine gesetzliche Vermutungsregel begründet. Ob von § 133 III S. 1 InsO-E eine tatsächliche Veränderung ausgeht, ob insbesondere die drohende Zahlungsunfähigkeit im Rahmen der Vorsatzanfechtung einer kongruenten Deckung künftig gänzlich ihrer Indizwirkung entkleidet ist, bleibt abzuwarten. Zwar scheint eine solche Einschränkung dem Willen des Gesetzgebers zu entsprechen. Systematisch ist sie jedoch schwer zu begründen.

Fall letztlich auf den materiellen Vermögensverfall des Schuldners.

12. Für die Tatbestände der kongruenten Anfechtung § 130 I Nr. 1, Nr. 2 InsO, die subjektiv auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder von einem Eröffnungsantrag abstellen, bleibt kaum ein originärer Anwendungsbereich, da die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle zugleich die Anfechtung nach § 133 I S. 1 InsO eröffnen würde. Auf der anderen Seite ist der ursprüngliche Wirkbereich der Deliktspauliana (als Sanktion einer betrügerischen Vermögensverschiebung) bloßer Sonderfall des § 133 I S. 1 InsO geworden.⁵³ Der Rechtssicherheit ist mit dieser unklaren Konzeption kein Gefallen getan. Zudem birgt der weite Anfechtungszeitraum des § 133 I S. 1 InsO die Gefahr unbilliger Resultate.

13. Die englische Betrugsanfechtung (Section 423 IA) verzichtet auf eine direkte Verbindung des Anfechtungsgegners zum sanktionierten Schuldnerverhalten. Erfolgte die Transaktion zum Zwecke (*purpose*) der Gläubigerbenachteiligung, so ist sie auch unabhängig von einer Kenntnis des Anfechtungsgegners anfechtbar. Die Reichweite der subjektiven Voraussetzung des englischen Rechts entspricht dabei in vieler Hinsicht der deutschen. Insbesondere ist nicht erforderlich, dass die Gläubigerbenachteiligung den „dominierenden“ Zweck der Handlung ausmacht.⁵⁴ Dass Section 423 IA gleichwohl einen deutlich engeren Anwendungsbereich als § 133 I S. 1 InsO aufweist, liegt zuvorderst daran, dass sie stets eine wesentliche Wertdiskrepanz (*undervalue*) voraussetzt und einzig unmittelbare Masseschmälerungen erfasst. Damit werden Rechtshandlungen „gewöhnlicher“ Gläubiger bereits tatbestandlich ausgenommen.

Im U.S.-amerikanischen Insolvenzrecht finden sich zwei Tatbestände der Betrugsanfechtung: Der *actual fraud* (§ 548 (a) (1) (A) BC) kommt ebenfalls ohne eine direkte Einbeziehung des Anfechtungsgegners aus. Dessen Vertrauensschutz wird aber auf indirekte Weise berücksichtigt: Zur Begründung einer Betrugsabsicht stellt das U.S.-amerikanische Recht nicht auf klar umrissene Wissens- oder Wollenselemente ab, sondern auf einen Gesamteindruck der objektiven Beweisanzeichen. Diese sogenannten *badges of fraud* charakterisieren die Rechtshandlung bereits objektiv als unlauter. Je nach Ausmaß ihrer Eindeutigkeit und Erkennbarkeit ist das Zusammentreten mehrerer Beweisanzeichen

⁵³ Dies ist eine Entwicklung, die nicht erst auf der Rechtsprechung des BGH oder der Einführung der Insolvenzordnung basiert, sondern schon mit der Schaffung der Konkursordnung im deutschen Recht statuiert wurde. Umso erstaunlicher ist insoweit, dass heute eine vermeintliche „Ausdehnung“ des § 133 I S. 1 InsO durch die Rechtsprechung angekreidet wird und weiter, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Insolvenzordnung nicht erkannt hat, dass der praktisch überwiegende Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung nicht von dem Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO ausgenommen werden sollte. Vor dem Hintergrund, dass viele dieser systematischen Schwächen bereits seit geraumer Zeit im Gesetz angelegt sind, ohne dass dies in der Praxis zu untragbaren Ergebnissen geführt hat, ist die Rechtsprechung des BGH, insbesondere was die Schaffung ungeschriebener Tatbestandsvoraussetzungen und die liberale Aufnahme von normfremden Wertungsmaßstäben im Rahmen der Vorsatzanfechtung anbelangt, lobenswert.

⁵⁴ Dies wurde unmittelbar nach Einführung des *Insolvency Acts 1986* indes noch vertreten.

vonnöten, um eine Anfechtbarkeit zu begründen. Kam der Masse keine gleichwertige Gegenleistung zu, so ist darüber hinaus auch eine Anfechtbarkeit des Transfers als *constructive fraud* (§ 548 (a) (1) (B) BC) möglich. Hinzutreten muss in diesem Fall aber ein konkreter Bezug zwischen Rechtshandlung und faktischer Krise des Schuldners, etwa die bereits eingetretene Insolvenz. Der *constructive fraud* steht (zumindest in drei seiner vier Alternativen – § 548 (a) (1) (B) (ii) (I)-(III) BC) vermeintlich zwischen besonderer und allgemeiner Anfechtung.⁵⁵ Richtigerweise ist er letzterer zuzurechnen: Die Wertdiskrepanz einer Transaktion und die bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit wären als gängige *badges of fraud* durchaus geeignet, auch einen *actual fraud* anzuzeigen. Der *constructive fraud* nimmt letztlich nur eine gesetzliche Vermutung der Verwerflichkeit einer Rechtshandlung vor, bei der diese *badges of fraud* zusammentreten.

Eine ähnliche Zweiteilung des Tatbestands ist auch in § 133 InsO-E angedeutet: Mit reduziertem Anfechtungszeitraum (§ 133 II InsO-E) und verschärften Voraussetzungen bei kongruenten Deckungen (§ 133 III S. 1 InsO-E) soll die Anfechtbarkeit mittelbarer Gläubigerbenachteiligungen im Vorfeld eines Insolvenzverfahrens eingeschränkt werden. Trotz dieser Änderungen übertrifft auch § 133 InsO-E in seiner Reichweite die Betrugsanfechtungen des englischen und U.S.-amerikanischen Rechts bei weitem. Die Möglichkeit der Vorsatzanfechtung einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung bei bloßer Kenntnis der faktischen Zahlungsunfähigkeit ist eine (systematisch bedenkliche) Eigenheit der deutschen Insolvenzanfechtung. Von einer abstrakten „Verwerflichkeit“ einer kongruenten Deckung im Vorfeld einer Verfahrenseröffnung kann auch bei Kenntnis des Anfechtungsgegners von der bereits bestehenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners keine Rede sein.

Es stehen zwei Stellschrauben zur Verfügung, um die gebotene Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorsatzanfechtung zu erreichen. Denkbar wäre zum einen die Verschärfung des subjektiven Tatbestands. In diesem Zusammenhang führte das (schon länger diskutierte) Erfordernis einer „Unlauterkeit“ der Gläubigerbenachteiligung oder die Voraussetzung einer Benachteiligungs*absicht* (als *dolus directus* ersten Grades) dazu, dass der tatsächliche Wille des Schuldners angemessene Beachtung fände: Eine billigende Inkaufnahme der Gläubigerbenachteiligung ist zur Begründung einer sanktionsbewehrten Vermögensverschiebung nicht geeignet, da jeder Schuldner in Zahlungsschwierigkeiten bei jeder Leistung die Verkürzung der Haftungsmasse billigend in Kauf nimmt.

Alternativ wäre – nach dem Vorbild des englischen und des U.S.-amerikanischen Insolvenzrechts – eine Beschränkung des objektiven Tatbestands auf Rechtshandlungen

⁵⁵ Das Anknüpfen an eine Wertdiskrepanz stellt einerseits auf die objektive Verwerflichkeit der Rechtshandlung ab, da kongruente Deckungen hierdurch aus dem Tatbestand fallen. Andererseits wird die Privatautonomie des Schuldners nur dann eingeschränkt, wenn die materielle Krise zum Zeitpunkt der Rechtshandlung bereits eingetreten war oder unmittelbar bevorstand.

denkbar, die zu einer unmittelbaren Masseverkürzung führen. Mit dem Erfordernis einer erheblichen Wertdiskrepanz zwischen Leistung und Gegenleistung wären „gewöhnliche“ Deckungshandlungen ebenfalls nur nach Maßgabe der (hierfür geschaffenen) besonderen Anfechtung angreifbar.

14. So unterschiedlich die inhaltlichen Voraussetzungen an eine unlautere Absicht auch waren/sind, kann doch kein Zweifel daran bestehen, wie der Anfechtende seiner Beweislast nachkommen muss und kann: Da ihm ein Einblick in die Gedankenwelt des Anfechtungsgegners schlechterdings unmöglich ist, muss er sich auf objektive Anzeichen stützen, die eine anfechtungsrechtlich erhebliche Absicht anzeigen. Eine andere Möglichkeit steht dem Kläger schlechterdings nicht zur Verfügung.⁵⁶ In der gesicherten, höchstrichterlichen Rechtsprechung findet sich eine klare Bekenntnis zu diesem Grundsatz erst seit überraschend kurzer Zeit.⁵⁷ Richtigerweise galt indes auch im Geltungsbereich der Konkursordnung, dass alle objektiven Beweisanzeichen im Rahmen der richterlichen Gesamtwürdigung gegeneinander abzuwägen waren.⁵⁸

Die Notwendigkeit eines Abstellens auf objektive Anzeichen für den Nachweis einer zugrundeliegenden Handlungsmotivation ist im englischen Recht schon seit geraumer Zeit anerkannt. In bezeichnender Klarheit führte *Lord Greene M.R.* hierzu aus: „*Die Geisteshaltung einer Person ist ebenso ein Faktum wie der Stand seiner Verdauung, und die Methode dieses Faktum zu ermitteln, ist durch Beweismittel und Deduktion [...]*“.⁵⁹ Im Rahmen der U.S.-amerikanischen Betrugsanfechtung wird der erforderliche Rückgriff auf objektive Indizien noch deutlicher, da ein Rückgriff auf die sog. *badges of fraud* bereits tatbestandlich angelegt ist.⁶⁰

15. Das problembehaftete Verhältnis zum Bargeschäftsprivileg (§ 142 InsO) verdeutlicht die ausufernde Reichweite der Vorsatzanfechtung besonders eindrücklich: Ein unmittelbarer, gleichwertiger Leistungsaustausch kann gleichwohl eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung bedingen, wenn die erhaltene Gegenleistung nicht länger in der Masse vorhanden ist. Die von § 142 InsO bezweckte (Deckungs-)Anfechtungsfestigkeit eines „vorsichtigen

⁵⁶ Auch im Rahmen der Preußischen Konkursanfechtung war eine Bezugnahme auf objektive „*Stempel der Unrechtlichkeit*“ entscheidend. § 103 Pr. KO enthielt einen Katalog von Rechtshandlungen, die aufgrund ihrer abstrakten Verdächtigkeit ein Anknüpfen an subjektive Kriterien entbehrlich machten.

⁵⁷ Erstmals ausdrücklich in: BGH, Urt. v. 13. August 2009 – IX ZR 159/06 in NZI 2009, S. 768ff. [768]. Zu den Beweisschwierigkeiten subjektiver Voraussetzungen bereits: BGH, Urt. v. 31. Mai 1965 – VIII ZR 285/63 in DB 1965, S. 1440ff. [1441].

⁵⁸ In der Fassung der ZPO von 1877 war dieser Grundsatz in § 259 I ZPO (heute: § 286 I ZPO) statuiert.

⁵⁹ In Re: *M. Kushler, Ltd.*, (1943) Ch. 248, 251: „*A state of mind is as much a fact as a state of digestion and the method of ascertaining it is by evidence and inference (...)*.”

⁶⁰ Vgl.: Section 4 (b) des *Uniform Fraudulent Transfer Act* (1984). Auch im Rahmen der Betrugsanfechtung nach § 548 (a) (1) (A) BC sind die *badges of fraud* maßgebend.

Weiterwirtschaftens⁶¹ des krisengeschüttelten Schuldners, würde durch den möglichen Rückgriff auf § 133 I InsO regelmäßig unterlaufen. Um diesen Missstand zu beheben, schuf der BGH die Rechtsfigur einer „bargeschäftsähnlichen Lage“ und transponierte die dem § 142 InsO zugrundeliegende Wertung in den Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung. Eine ähnliche Einschränkung schuf der BGH im Bereich von Sanierungsversuchen, die – so sie hinreichend ernsthaft und erfolgsversprechend sind – von einem „anfechtungsrechtlich unbeachtlichen Willen“ getragen werden und vom (eigentlich eröffneten) Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung ausgenommen werden.⁶²

Die Notwendigkeit solcher Ausnahmen entfiel, stellte man für die subjektive Voraussetzung des § 133 I InsO darauf ab, dass der Schuldner die Gläubigerbenachteiligung nicht nur in Kauf nahm, sondern nachgerade erstrebte.⁶³ Die gegenwärtigen Reformbestrebungen begegnen der Umgehung des Bargeschäftsprivilegs stattdessen mit einer Verschärfung des § 142 InsO. Eine Vorsatzanfechtung durchbricht nach § 142 I InsO-E nur dann das Bargeschäftsprivileg, wenn die angefochtene Rechtshandlung „unlauter“ war. Wie dieses Merkmal in der Rechtsprechung gelesen wird, bleibt abzuwarten. Eine Unlauterkeit wird wohl jedenfalls dann ausgeschlossen sein, wenn der Schuldner vornehmlich leistete, um einer ihm obliegenden Verpflichtung nachzukommen.

⁶¹ So: BGA, Urt. v. 6. Oktober 2011 – 6 AZR 262/10 in NZI 2011, S. 981ff. [983]. Vgl. auch *Günther/Rüschbaum* in *ArbRAktuell* 2015, S. 294ff. [296]. Der Schuldner in Zahlungsschwierigkeiten soll durch die Anfechtung nicht vollständig vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen werden. Vgl. auch: *Thole* in *HK-InsO*, 8. Auflage (2016), § 142, Rn. 2 mvwN.

⁶² Vgl. BGH, Urt. v. 8. Dezember 2011 – IX ZR 156/09 in IX ZR 156/09 in NZI 2012, S. 142f. [142f.]; BGH, Urt. v. 3. April 2014 – IX ZR 201/13 in NZI 2014, S. 650ff. [653]; BGH, Urt. v. 10. Juli 2014 – IX ZR 192/13 in NZI 2014, S. 775ff. [780].

⁶³ So etwa der Referentenentwurf des BMJV (aaO), 2015, S. 4. Dem § 133 I InsO sollte hier das Erfordernis einer „unangemessenen“ Benachteiligung angefügt werden. Eine unangemessene Benachteiligung lag nach § 133 I S. 2 InsO-RefE dann nicht vor, wenn der Schuldner eine gleichwertige Gegenleistung erhielt, die zur Unternehmensfortführung oder Sicherung des Lebensbedarfs erforderlich war (§ 133 I S. 2 Nr. 1 InsO-RefE – *bargeschäftsähnliche Lage*) oder die Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs war (§ 133 I S. 2 Nr. 2 InsO-RefE).