



Anhörung im Rechtsausschuss

des Deutschen Bundestages

am 24. Februar 2016

---

**Stellungnahme**

**zum**

**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz**

**(BT-Drucks. 18/7054)**

---

(Vorbemerkung und Statement –  
ausführliche Stellungnahme folgt im nächsten Dokument)

**Hausanschrift**  
Zengergasse 1 - 3  
94032 Passau (neben dem Dom)

**öffentliche Verkehrsmittel**  
City-Bus (vom Bahnhof) Haltestelle Landratsamt oder Residenzplatz

**Telefon**  
(0851) 394 0  
(Vermittlung)

**Telefax**  
0851-394-4001

**E-Mail**  
poststelle@lg-pa.bayern.de  
Die e-mail-Adresse eröffnet keinen Zugang für formbedürftige Erklärungen in Rechtssachen

### **Vorbemerkung**

Das anschließende kurze **Statement** entspricht im Aufbau der ausführlichen **Stellungnahme**, die am Schluss zusätzlich eine schlagwortartige **Zusammenfassung** enthält.

Übersicht:

#### I. Beabsichtigte Änderung bei der Inkongruenzanfechtung nach § 131 Abs. 1

InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme

#### II. Verkürzung der Anfechtungsfrist auf vier Jahre bei (allen) Deckungshandlungen nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 2 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme

#### III. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung durch Anknüpfung bei schon eingetretener Zahlungsunfähigkeit nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 3 S. 1 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme

#### IV. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bei der Fallgruppe „Zahlungserleichterungen“ nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme
3. Zwischenergebnis

#### V. Vorgesehene Änderungen beim Bargeschäft nach § 142 InsO

1. Ausgangspunkte
2. Stellungnahme

#### VI. Kompromissvorschlag zur Beschränkung der Vorsatzanfechtung für kongruenten Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarungen bzw. Zahlungserleichterungen durch einen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG

#### VII. Zusammenfassung

## Statement

### I. Beabsichtigte Änderung bei der Inkongruenzanfechtung nach § 131

#### Abs. 1 InsO

Der neu anzufügende Satz 2 will Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung sowie Befriedigung durch Druckzahlung („freiwillige“ Leistung zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung) aus dem Tatbestand der Inkongruenzanfechtung herausnehmen mit der Folge einer Anfechtbarkeit nur noch nach § 130 InsO. Damit wird ein erst 2006 gescheiterter Reformentwurf (BT-Drucks. 16/886) neu aufgelegt; Grund für das Scheitern war seinerzeit die Einsicht der damaligen Bundesregierung, dass das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung als die zentrale Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform 1999 fortbestehen muss.

Da sich an diesem Befund nichts geändert hat/nichts ändern darf, wird der (neuerliche) Änderungsvorschlag deshalb und aus den im Folgenden dargelegten Gründen **abgelehnt**:

- Der beabsichtigte Satz 2 wäre unvereinbar mit dem Normzweck des Anfechtungstatbestandes, der dem Prinzip der par condicio creditorum schon vor Insolvenzeröffnung für die Dauer der Krise Geltung verschaffen will, um so die spätere Masse (nicht nur vor Ausplünderung zu bewahren, sondern sie zugleich) zu mehren. Deshalb ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und hM im Schrifttum die in diesem Zeitraum durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung inkongruent. Nichts anderes gilt für eine in der Krise erlangte Druckzahlung.

- Dieses System der Inkongruenzanfechtung ist seit vielen Jahrzehnten bewährt und steht bei den obersten Bundesgerichten außer Streit; insoweit herrscht auch Übereinstimmung zwischen dem IX. Zivilsenat des BGH und dem 6. Senat des BAG; schon deshalb gibt es für einen Eingriff keinen Anlass, zumal nur auf diese Weise die richtige Balance zwischen Gläubigern ohne und solchen mit einem Vollstreckungstitel bewahrt werden kann. Das alles drückt der Begriff „magna carta des Insolvenzrechts“ trefflich aus.
- Die beabsichtigte Systemänderung wäre außerdem ein Wertungswiderspruch zu § 88 InsO, der für den letzten Monat vor Insolvenzantrag wie § 131 InsO nur wegen der Inkongruenz auf subjektive Erfordernisse verzichten kann. Bei Verwirklichung der Reform käme es zu dem kuriosen Ergebnis, dass eine im letzten Monat vor dem Insolvenzantrag erlangte Sicherung mit Verfahrenseröffnung automatisch unwirksam wird, eine in diesem Zeitraum aber (zufällig) schon erlangte Befriedigung unanfechtbar wäre; das Weniger (Sicherung) hätte mithin keinen Bestand, das Mehr (Befriedigung) aber schon!
- Als schwerwiegende Folge käme es außerdem zu einem deutlichen Rückgang der Eröffnungsquote; das schon tot geglaubte Gespenst „Konkurs in Konkurs“ stünde folglich wieder ante portas! Eine weitere, damit in direktem Zusammenhang stehende, wahrlich verheerende Folge wäre praktische das Ende für eine Sanierung insolventer Unternehmen in einem Insolvenzplanverfahren; denn solche Verfahren würde es mangels Insolvenzeröffnung nicht mehr bzw. nur sehr selten geben.

## **II. Verkürzung der Anfechtungsfrist auf vier Jahre bei (allen) Deckungshandlungen nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 2 InsO**

Trotz gewisser Bedenken wegen der darin liegenden Gleichstellung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung (letztere soll es begrifflich freilich ohnehin

nicht mehr geben) und wegen des Wegfalls/Beschränkung der Indizregel wird dem Vorhaben **nicht** entgegengetreten.

### **III. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung durch Anknüpfung bei schon eingetretener Zahlungsunfähigkeit nach dem neuen § 133 Abs. 3 S. 1 InsO**

Die derzeitige Rechtsprechung des IX. ZS des BGH zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung ist - auch aus tatrichterlicher Sicht - sehr kompliziert, für (jedenfalls) gewöhnliche Gläubiger nicht mehr vorhersehbar und im Ergebnis zu rigoros. Eine der wichtigsten Ursachen dafür ist die Vermutungsregel des geltenden Rechts, die bei der bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit anknüpft (derzeit § 133 Abs. 1 S. 2 InsO). Folglich wird man sich der Einsicht nicht verschließen können, dass die beabsichtigte Neuregelung einen sachgerechten Lösungsweg darstellt, weshalb ihr **nicht** entgegengetreten wird.

### **IV. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bei der Fallgruppe „Zahlungserleichterungen“ nach dem neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO**

Hierzu ist der Vorschlag in der dogmatischen Konstruktion verfehlt und in der Sache unhaltbar, weshalb er **abgelehnt** wird. Weder gibt es nämlich die behauptete Vermutungsgrundlage, noch ist klar, um welche Art der Vermutung (oder gar Fiktion?) es sich handeln soll. Das Ansinnen an den Gesetzgeber auszusprechen, aus der Bitte um Zahlungserleichterung ergebe sich, dass der andere Teil eine zur Zeit der Handlung (eventuell) schon eingetretene Zahlungsunfähigkeit nicht kannte, ist denklogisch unhaltbar, mithin willkürlich.

Die Lösung zum insoweit - hört, hört! - berechtigten Anliegen der Begrenzung einer Vorsatzanfechtung wird unten (VI) der - hört, hört, zum Zweiten! - regierungskonforme Kompromissvorschlag sowohl für § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wie § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG bringen - bitte vorerst noch etwas Geduld!

## V. Vorgesehene Änderungen beim Bargeschäft nach § 142 InsO

Die Einordnung des Merkmals „unlauter“ in § 142 Abs. 1 a.E. InsO ist systematisch verfehlt, weil die Vorschrift seit jeher „nur“ den Begriff des Bargeschäfts definieren und dessen grundsätzliche Unanfechtbarkeit gemäß § 130 InsO bzw. die grundsätzliche Anfechtbarkeit im Wege der Vorsatzanfechtung normieren will. **Nicht** Gegenstand der Bargeschäftsregel ist demgegenüber die Begrenzung der Anfechtbarkeit innerhalb des Tatbestands des § 133 InsO. Das ist ausschließlich Sache des (neuen) § 133 Abs. 3 InsO, der sich ja ohnehin mit dem Schicksal von kongruenten Deckungen befasst; folglich muss – wie im sogleich vorzustellenden Kompromissvorschlag - das Merkmal „unlauter“ auch dort eingeordnet werden.

Den beabsichtigten Regelungen in **§ 142 Abs. 2 InsO** wird **nicht** entgegengetreten.

## VI. Kompromissvorschlag zur Beschränkung der Vorsatzanfechtung für kongruenten Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarungen/Zahlungserleichterungen durch einen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG

Der Kompromissvorschlag lautet:

*„Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, kann die Rechtshandlung nur angefochten werden, wenn der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.“*

Begründung:

- Die sachlich unhaltbare Vermutungsregel wird beseitigt und das Merkmal „unlauterer“ (aus § 142 Abs. 1 a.E.) in den neu zu fassenden **§ 133 Abs. 3**

**S. 2 InsO** übernommen, mithin an der systematisch richtigen Stelle eingeordnet. Beides rechtfertigt es, den Kompromissvorschlag als „regierungskonform“ zu qualifizieren. Der Verweis auf das Merkmal „unlauter“ in **§ 142 Abs. 1 a.E. InsO** kann mithin entfallen.

- Diese Struktur ist auch für die Gläubigeranfechtung nach **§ 3 Abs. 3 S. 2 AnfG** zu übernehmen, womit der im Gesetzesentwurf zutreffend herausgestellte Gleichklang bei der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens verwirklicht wird, was bislang gerade **nicht** der Fall ist. Denn wegen des Fehlens einer Bargeschäftsregelung im AnfG käme das Merkmal „unlauter“ dort überhaupt nicht vor.
- Gleichzeitig wird damit folgendes, bislang streitige **Problem des (noch) geltenden Rechts obsolet**: Nach herrschender Meinung genügt nämlich auch bei § 3 AnfG bloß bedingter Vorsatz, was aber abzulehnen ist. Denn anders als in der Insolvenzanfechtung käme es in der Gläubigeranfechtung zu einem bloßen Rollentausch zwischen einem eine kongruente Deckung erstrebenden, bislang aber unberücksichtigt gebliebenen Gläubiger (Anfechtungskläger) und dem vom Schuldner kongruent, aber anfechtbar bedienten Gläubiger (Anfechtungsgegner). Ersterer würde bei Erfolg seiner Anfechtungsklage als konkurrierender Gläubiger an Stelle des anderen alles erhalten, Letzterer aber - anders als im Insolvenzrecht - vollständig leer ausgehen, während er nach InsO wenigsten über die Quote am schuldnerischen Vermögen partizipieren könnte. Diese Problemlage wäre bei der hier vertretenen Lösung automatisch mitbereinigt, weil wegen des Merkmals „unlauter“ eine Gläubigeranfechtung bei Kongruenz der Deckung von vornherein ausscheidet.

## VII. Zusammenfassung

- Gegen die Änderung in § 14 InsO ist nichts einzuwenden.

- Die Änderung bei der Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO muss unterbleiben. Diese Problemlage hat übrigens für das AnfG insgesamt eine nur mittelbare Bedeutung, was hier nicht näher dargelegt werden kann.
- Dem § 133 Abs. 2 und § 133 Abs. 3 S. 1 InsO entsprechen § 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 AnfG; insoweit wird dem Gesetzentwurf nicht entgegen getreten.
- Die vorgeschlagene Fassung zu § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG ist jedoch abzulehnen. Stattdessen wird hier ein (regierungskonformer!) Kompromissvorschlag vorgelegt, der dem berechtigten Anliegen zur Begrenzung der Vorsatzanfechtung für kongruente Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarungen/Zahlungserleichterungen in systematisch und dogmatisch zutreffender Weise Rechnung trägt.
- Sein Vorzug liegt vor allem auch darin, dass sich dann das Fehlen einer Bargeschäftregel (§ 142 InsO) im AnfG nicht auswirkt. Denn das Merkmal „unlauter“ ist richtig bei der Vorsatzanfechtung (sowohl in § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wie § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG) eingearbeitet, was den Gleichklang im Anfechtungsrecht innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens bewahrt.
- Den Vorschlägen in § 142 Abs. 2 InsO wird nicht entgegen getreten.
- Die vorgesehene Änderung in § 143 Abs. 1 S. 2 InsO und § 11 Abs. 1 S. 2 AnfG ist ohnehin „unstrittig“.

*Passau, den 15.02.2016*

*Michael Huber*



Anhörung im Rechtsausschuss

des Deutschen Bundestages

am 24. Februar 2016

**Stellungnahme**

**zum**

**Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz**

**(BT-Drucks. 18/7054)**

(Zur Vorbemerkung und zum Statement siehe frühere Datei)

## **Begründung im Einzelnen:**

### **I. Beabsichtigte Änderung der inkongruenten Deckungsanfechtung nach § 131 Abs. 1 InsO (Art. 1 Nr. 2a des Gesetzentwurfs)**

#### **1. Ausgangspunkte**

In Abs. 1 soll folgender Satz 2 angefügt werden:

*„Eine Rechtshandlung wird nicht alleine dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.“*

Damit wird ein früherer, erst 2006 gescheiterter Reformentwurf neu aufgelegt. Seinerzeit ging es um den „Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ (BT-Drucks. 16/886), der im Gesetzgebungsverfahren – nach Anhörung von Sachverständigen im Rechtsausschuss (am 27.09.2006) aufgespalten wurde: Den zuerst genannten Teil hat der Deutsche Bundestag am 14.12.2006 als „Gesetz zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge“ verabschiedet, den zweiten aber (zunächst!) zu den Akten gelegt. Grund für das Fallenlassen der beabsichtigten Änderungen zur Inkongruenzanfechtung war für die damalige Bundesregierung die Einsicht, dass das Prinzip der Gläubigergleichbehandlung als **d i e** zentrale Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform 1999 fortbestehen muss.

#### **2. Stellungnahme**

Da sich an diesem Befund nichts geändert hat, wird der (neuerliche) Vorschlag deshalb und aus den im Folgenden dargelegten Gründen **abgelehnt**..

##### **a) Verstoß gegen den Normzweck des Anfechtungstatbestandes: Gläubigergleichbehandlung und Massemehrung**

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung und hM im Schrifttum ist die **innerhalb der Krise** durch **Zwangsvollstreckung** erlangte Sicherung oder Befriedigung inkongruent. Das geht zurück auf eine ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, die der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs nur auf eine andere dogmatische Grundlage gestellt hat; er begründet das seit seiner Grundsatzentscheidung vom 09.09.1997 (BGHZ 136, 309, 311 ff.) damit, dass dem Grundsatz der par condicio creditorum schon vor Insolvenzeröffnung für die Dauer der formellen (!) Krise – drei Monate vor Insolvenzantrag oder danach bis zur Insolvenzeröffnung – der Vorrang gegenüber dem Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung (§ 804 Abs. 3 ZPO) gebührt. Nichts anderes gilt für eine in diesem Zeitraum erlangte sogenannte **Druckzahlung** („freiwillige“ Leistung zur Abwendung einer drohenden Zwangsvollstreckung). Denn sonst gäbe es für die stärksten und schnellsten Gläubiger eine anfechtungsfeste Möglichkeit zur zwangsweisen Befriedigung noch vor Eingreifen des gesetzlichen Vollstreckungsverbots nach § 89 Abs. 1 InsO (ab Insolvenzeröffnung). **Zweck** der Insolvenzanfechtung ist es aber gerade, die spätere Masse vor Ausplünderung bewahren und sie so zugleich auch zu mehren.

Dieses **System der Inkongruenzanfechtung** ist seit vielen Jahrzehnten bewährt und steht bei den obersten Bundesgerichten außer Streit. Insoweit herrscht auch Übereinstimmung zwischen dem IX. Zivilsenat des BGH und dem 6. Senat des BAG; Letzterer hat sich dessen Standpunkt dazu angeschlossen und in mehreren, sorgfältig begründeten Entscheidungen aus jüngerer Zeit (2014, 2015) darüber hinaus insbesondere auch die Anfechtbarkeit von inkongruent erlangten Lohnzahlungen nach § 131 InsO für verfassungsrechtlich unbedenklich erklärt (mit Blick auf Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG - anders als unter Umständen bei einer kongruenten Deckung nach § 130 InsO). Auch deshalb gibt es keinen gesetzgeberischen Grund für den vorgeschlagenen Eingriff.

Nur die Inkongruenzanfechtung in der jetzigen Form gewährleistet weiterhin die unverzichtbare **Balance** zwischen **Gläubigern mit und ohne Vollstreckungstitel**. Denn nur sie gleicht den Vorteil derjenigen Gläubiger wieder aus, die bereits

vor Insolvenzeröffnung – zufällig (!) – einen vollstreckbaren Titel erlangt haben oder sich sogar selbst verschaffen konnten; zu Letzteren gehören vor allem Finanzämter, Sozialversicherungsträger und sonstige öffentliche Kassen, die zudem über eigene Vollziehungsbeamte verfügen und darüber hinaus zusätzlich privilegiert sind, weil Rechtsbehelfe gegen ihre Bescheide keine aufschiebende Wirkung haben.

#### **b) Wertungswiderspruch zur sogenannten Rückschlagsperre nach § 88 InsO**

Schon zum vorangegangenen Referentenentwurf wurde im Schrifttum auf den Widerspruch zu § 88 InsO hingewiesen, der wie § 131 InsO nur wegen der Inkongruenz auf subjektive Erfordernisse verzichten kann. Diesen Umstand räumt nun auch der Gesetzentwurf ein, meint aber, das gelte nicht für den „gesamten Dreimonatszeitraum“ (BT-Drucks. 18/7054 S. 17). Letzteres trifft zweifellos zu, aber für den letzten Monat vor Insolvenzantrag widerlegt sich der Gesetzentwurf damit aber selbst.

Würde der Reformvorschlag verwirklicht, wäre Folge bei Vollstreckung einer Geldforderung im zeitlichen Anwendungsbereich des § 88 InsO: Erlangt der Gläubiger „nur“ ein Pfändungspfandrecht (§§ 803, 804, 808 ff. ZPO), wird diese Sicherung gemäß § 88 InsO mit Insolvenzeröffnung ohne weitere Voraussetzung (!) unwirksam. Kann der Gerichtsvollzieher aber auf Geld zugreifen und liefert er das gepfändete Geld beim Gläubiger ab (§ 815 Abs. 1 ZPO), wäre diese Befriedigung **nicht** mehr – wie jetzt ohne weitere Voraussetzung (!) als inkongruente Deckung – , sondern nur als kongruente Deckung nach § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO unter der Voraussetzung der Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit anfechtbar; erforderlich wäre dabei (wegen § 815 Abs. 3 ZPO) Kenntnis im Zeitpunkt der Pfändung! Diese Kenntnis hätte der Insolvenzverwalter zu beweisen, was ihm kaum gelingen würde, weshalb eine Befriedigung im letzten Monat vor der Krise

praktisch immer unanfechtbar wäre. Mit anderen Worten: Das **Weniger** (Sicherheit) hätte in der Insolvenz des Schuldners **keinen** Bestand, das **Mehr** (Befriedigung) wäre **insolvenzfest**. Wem sollte dieser Widerspruch einleuchten?

### **c) Zusammenfassung und praktische Konsequenzen einer Änderung bei der Inkongruenzanfechtung**

Für einen Eingriff in das seit Jahrzehnten gefestigte und in der höchstrichterlichen Rechtsprechung unbestrittene System der Inkongruenzanfechtung gibt es schon wegen der übereinstimmenden höchstrichterlichen Rechtsprechung keinen Grund und außerdem keine sachliche Rechtfertigung. Denn das Prinzip der **Gläubigergleichbehandlung** (par condicio creditorum) ist die zentrale Errungenschaft der Insolvenzrechtsreform 1999, worüber übrigens zuvor in der (schon) 1978 vom damaligen Bundesminister der Justiz (*Hans-Jochen Vogel*) eingesetzten Kommission für Insolvenzrecht jahrzehntelang diskutiert worden war. Das dann gefundene Ergebnis nennt man auch die „**magna carta des Insolvenzrechts**“, die bei Änderung des § 131 InsO schlicht über Bord geworfen und unwiederbringlich verloren gehen würde.

Weitere schwerwiegende Folge wäre ein deutlicher **Rückgang der Eröffnungsquote**. Selbst bei dem kleinen Insolvenzgericht Passau würde bei Einführung der (letztlich auch beabsichtigten!) anfechtungsrechtlichen Privilegierung institutioneller Gläubiger gegenüber der jetzigen Sachlage in weitaus größerem Umfang Maselosigkeit eintreten; nach meiner eigenen (summarischen) Prüfung hätten in den letzten Jahren nämlich mindestens die Hälfte aller beantragten Insolvenzverfahren nicht eröffnet werden können, bei größeren Insolvenzgerichten wird die Quote bestimmt noch höher liegen. Folglich müsste man ohne Übertreibung von dramatischen Konsequenzen zu sprechen.

Denn damit stünde das schon tot geglaubte Gespenst „**Konkurs im Konkurs**“ nun im Insolvenzrecht wieder ante portas! Wer kann eine solche Bevorzugung von Fiskus, Sozialversicherungsträgern und anderen öffentlich-rechtlichen Gläubigern

wirklich wollen – und zwar auf Kosten der Gesamtheit aller Insolvenzgläubiger und außerdem mit **verheerenden Folgen** für eine mögliche Sanierung schuldnerischer Unternehmen in **Insolvenzplanverfahren**? Letztere gäbe es zwangsläufig kaum mehr, weil das ein eröffnetes Insolvenzverfahren voraussetzt, woran es dann aber gerade sehr oft fehlen würde. Damit wäre zugleich den in den letzten Jahren durch gesetzgeberische Maßnahmen verstärkt geförderten Bemühungen um eine erfolgversprechende Sanierung von insolvent gewordenen Unternehmen nachträglich durch den Gesetzgeber selbst wieder sehr weitgehend der Boden entzogen!

## **II. Verkürzung der Anfechtungsfrist für die Vorsatzanfechtung bei (allen) Deckungshandlungen auf vier Jahre durch dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 2 InsO (Art. 1 Nr. 3a des Gesetzentwurfs)**

### **1. Ausgangspunkte**

Nichts ändert sich zwar am Grundtatbestand des **§ 133 Abs. 1 InsO** mit der 10-jährigen Anfechtungsfrist für die „klassischen Anwendungsfälle der Vorsatzanfechtung“ (so war der Sprachgebrauch im RefE) oder die „paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung“ (so ist der Sprachgebrauch im Gesetzentwurf BT-Drucks. 18/7054, S. 13); gemeint sind der Sache nach (unabhängig von der Wortwahl) insbesondere Bankrotthandlungen, Vermögensverschiebungen, anrühige und einseitig zu Lasten anderer Gläubiger wirkende Vertragsgestaltungen und nachteilige Änderungen für den Insolvenzfall.

Durch den vorgesehenen neuen **§ 133 Abs. 2 InsO** soll aber die Anfechtungsfrist für alle (!) Deckungshandlungen - also kongruente wie inkongruente - auf vier Jahre verkürzt werden; gemeint sind – genauer ausgedrückt – alle außerhalb der 3-Monats-Frist vorgenommenen Deckungshandlungen, die begrifflich kongruent bzw. inkongruent sind. Eine begriffliche Inkongruenz der Deckung soll es für Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung sowie Befriedigung durch Druckzahlung wegen des beabsichtigten § 131 Abs. 1 S. 2 InsO aber ohnehin nicht

mehr geben, weshalb für § 133 Abs. 2 InsO die Unterscheidung kongruent/inkongruent keine Bedeutung mehr hätte. Andererseits heißt es im Gesetzentwurf (BT-Drucksache 18/7054, S. 13), dass es „für diese Fälle“ (gemeint sind inkongruente Deckungen) „bei der in § 133 Abs. 1 S. 2 InsO verankerten Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz verbleibt.“ Damit können deshalb nur **andere Fälle** von Inkongruenz, also andere Sachverhaltsgestaltungen außerhalb von Sicherung/Befriedigung durch Zwangsvollstreckung oder Befriedigung durch Druckzahlung gemeint sein; ein Gläubiger muss folglich auf andere Weise eine Leistung erlangt haben, die er „nicht“ oder „nicht in der Art“ oder „nicht zu der Zeit“ zu beanspruchen hatte (Beispiel für Sicherheitenbestellung: Grundschuld statt geschuldeter Bürgschaft; Beispiel für Befriedigung: Verzicht auf Anspruch oder Zahlung von Vorschuss ohne Verpflichtung).

Jedenfalls entfielen bei Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung bzw. Befriedigung durch Druckzahlung die vom RG begründete, vom BGH wie vom BAG übernommene und ständig verfeinerte Rechtsprechung zur **Indizwirkung einer Inkongruenz** für den subjektiven Tatbestand bei der Vorsatzanfechtung, nämlich: Inkongruenz als starkes Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des anderen Teils davon. An der Qualifizierung des Beweiswerts als „stark“ hält bislang der 6. Senat des BAG fest, während der IX. Zivilsenat des BGH (z. B. Urteil v. 07.11.2013 – IX ZR 248/12) inzwischen für dieses Beweisanzeichen verlangt, dass ernsthafte Zweifel an der Liquiditätssituation des Schuldners bestehen. Unabhängig davon war die Rechtsprechung zur Indizwirkung einer Inkongruenz für die Praxis sehr effektiv, weil massenfreundlich, der bei Verwirklichung des Reformvorhabens künftig weitgehend, wenn nicht gänzlich die Grundlage entzogen wird.

Ob nämlich die **Indizregel für andere Fälle von Inkongruenz** wie soeben beschrieben (also andere Fälle außerhalb von Sicherung/Befriedigung durch Zwangsvollstreckung oder Befriedigung durch Druckzahlung) wirklich weiter gelten

könnte, wird bestimmt bald streitig werden. Richtigerweise wäre das freilich zu bejahen, weil Vermutungsregel (§ 133 Abs. 1 S. 2 InsO) und Indizregel auf ganz verschiedenen dogmatischen Grundlagen (Beweislast bzw. freie Beweiswürdigung) beruhen, was hier aber nicht näher dargelegt werden kann.

## 2. Stellungnahme

Dem Vorhaben wird gleichwohl **nicht** entgegen getreten – trotz Bedenken wegen der darin liegenden Gleichstellung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung und wegen des Wegfalls/Beschränkung der Indizregel (wie soeben diskutiert).

Die Verkürzung der Anfechtungsfrist bei Deckungshandlungen auf vier Jahre ist aus anfechtungsrechtlicher Sicht aber nur hinzunehmen, wenn § 131 InsO in der jetzigen Form unverändert erhalten bleibt, also Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung bzw. Befriedigung durch Druckzahlung auch weiterhin (wenigstens!) innerhalb der Krise unproblematisch von der Inkongruenzanfechtung erfasst wird.

*Exkurs: Dem Vorschlag des Bundesrates, für die Vorsatzanfechtung bei (allen) Deckungshandlungen die Anfechtungsfrist (sogar!) auf zwei Jahre zu verkürzen (BR-Drucks. 495/1/15, S. 6, 7) ist entgegenzutreten. Das gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Bundesrat die Änderung bei § 131 Abs. 1 InsO ablehnt (BR-Drucks. aaO, S. 4, 5), es also – wie auch hier vertreten – bei der Inkongruenzanfechtung in der geltenden Form belassen möchte.*

*Denn zum einen ist es schon in sich nicht stimmig, in der Krise vorgenommene Deckungshandlungen zwar unterschiedlichen Anfechtungstatbeständen mit diametral entgegen gesetzten Auswirkungen zuzuordnen (§ 130 InsO mit praktischer Unanfechtbarkeit bzw. § 131 InsO mit praktisch unproblematischer Anfechtbarkeit), sie dann aber bei der Vorsatzanfechtung außerhalb der Krise gleichbehandeln zu wollen.*

*deln zu wollen (jeweils zwei Jahre Anfechtungsfrist für kongruente wie inkongruente Deckungshandlung). Zum anderen bedarf es selbst bei kongruenten Deckungshandlungen keiner weiteren Einschränkung der Anfechtbarkeit, wenn man dem hier sogleich noch näher vorzustellenden Kompromissvorschlag für die Vorsatzanfechtung in solchen Fällen folgt, nämlich die Anforderungen an die Anfechtbarkeit (ohnehin) zu Lasten des Insolvenzverwalters durch Einfügung des Merkmals „unlauter“ zusätzlich verschärft.*

**III. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung durch Anknüpfung bei der schon eingetretenen Zahlungsunfähigkeit im vorgesehenen neuen § 133 Abs. 3 S. 1 InsO (Art. 1 Nr. 3a des Gesetzentwurfs)**

**1. Ausgangspunkte**

Der IX. Zivilsenat des BGH sieht bekanntlich seit langem eine **außerhalb der Krise** erlangte „freiwillige“ Leistung des Schuldners zur Abwendung der drohenden Zwangsvollstreckung (Druckzahlung) als **kongruent** an, unterwirft sie aber gleichwohl der Vorsatzanfechtung. Dagegen hatte sich schon der einleitend genannte Gesetzentwurf (zum Pfändungsschutz ... und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung, BT-Drucks. 16/886) gewandt. Zwar blieb seinerzeit der Reformvorstoß zur Begrenzung der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung (übrigens durch Einführung des Merkmals „unlauter“ gemäß BT-Drucks. 16/886, S.13!) erfolglos. Aber schon damals war zu erwarten, dass dieses Vorhaben ohne grundlegende Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht wirklich abgewendet sein würde.

Und in der Tat: Vorgesehen ist nun mit dem neuen § 133 Abs. 3 S. 1 InsO folgende Regelung:

*„Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen*

*konnte, tritt anstelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Abs. 1 S. 2 die eingetretene.“*

## **2. Stellungnahme**

Die Rechtsprechung des Senats wurde nach Scheitern des früheren Reformvorhabens in den letzten 10 Jahren gerade nicht nachhaltig eingeschränkt, eher noch zugunsten der Masse verstärkt. Sie ist inzwischen - auch aus tatrichterlicher Sicht – höchst kompliziert, für (jedenfalls) gewöhnliche Gläubiger nicht mehr zuverlässig vorhersehbar und in ihren Konsequenzen sehr rigoros. Eine der wichtigsten Ursachen dafür ist die Vermutungsregel des geltenden Rechts, die bei der bloß drohenden Zahlungsunfähigkeit anknüpft (derzeit § 133 Abs. 1 S. 2 InsO).

Folglich wird man sich sine ira et studio der Einsicht nicht verschließen können, dass die beabsichtigte Neuregelung einen sachgerechten Lösungsweg darstellt, dem folglich **nicht** entgegengetreten wird.

### **IV. Sonderregel für die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bei der Fallgruppe „Zahlungserleichterungen“ nach dem vorgesehenen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO (Art. 1 Nr. 3a des Gesetzesentwurfs)**

#### **1. Ausgangspunkte**

Es geht – wie der Gesetzesentwurf formuliert (BT-Drucks. 18/7054, S. 18) – um „die wichtige Klarstellung für die Behandlung der praktisch bedeutsamen Fallgruppen der Zahlungserleichterung“, vor allem durch Zahlungsaufschub oder Ratenzahlungsvereinbarung mit Gerichtsvollzieher bzw. Vollziehungsbeamten (insbesondere gem. § 802 b ZPO).

Die Neuregelung soll lauten:

*„Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“*

## 2. Stellungnahme

Diese Regelung ist in ihrer dogmatischen Konstruktion verfehlt und in der Sache unhaltbar, weshalb sie **abgelehnt** wird.

- Augenscheinlich soll es sich nicht um eine Rechtsvermutung, sondern um eine Tatsachenvermutung handeln, wofür es aber schon an einer **Vermutungsgrundlage** fehlt; sie wäre Voraussetzung dafür, dass man von der tatbestandsfremden Tatsache (Zahlungsvereinbarung bzw. Zahlungserleichterung) auf das gesuchte Tatbestandsmerkmal (Unkenntnis von der Zahlungsunfähigkeit) schließen (es „vermuten“) könnte.
- Das Gegenteil ist der Fall: Tatsachengrundlage ist das offenbare Liquiditätsproblem des Schuldners. Dazu mag man sich zwar fragen, ob es auf schon erfolgter Zahlungseinstellung oder auf anderen Gründen (welchen?) beruht; doch das ist Gegenstand eines Indizienbeweises, um dessen Strukturierung sich die höchstrichterliche Rechtsprechung ständig bemüht (Beispiel BGH, Ur. v. 16.4.2016 – IX ZR 6/14: *Die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung ist, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält, als solche kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners*); Entsprechendes gilt für das Schrifttum (Beispiel: *Huber*, Indizienbeweis und Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, ZInsO 2012, 53). Das Ansinnen an den Gesetzgeber, durch eine Vermutungsregel auszusprechen, aus der Bitte um Zahlungserleichterung ergebe sich, dass der andere Teil eine zur Zeit der Handlung eine schon eingetretene Zahlungsunfähigkeit **nicht kannte**, ist demgegenüber denklogisch unhaltbar, mithin willkürlich.

- Im Übrigen soll es sich offenbar um **keine** widerlegliche Vermutung iSd § 292 ZPO, sondern um eine **unwiderlegliche** handeln, wozu die Vorschrift aber erstaunlicherweise schweigt. Für den zuletzt genannten Fall kennt das Gesetz bislang zwei Formulierungsmethoden, nämlich entweder eine ausdrückliche Benennung (vgl. zB § 1566 Abs. 1 BGB: „Es wird unwiderleglich vermutet, dass die Ehe gescheitert ist, wenn ...“) oder eine entsprechend zwingende Formulierung (vgl. zB § 267 ZPO: „Die Einwilligung des Beklagten in die Änderung der Klage ist anzunehmen, wenn...“). Nichts davon bietet § 133 Abs. 3 S. 2 InsO an!
- Umgekehrt fehlt (für eine Abgrenzung zur Vermutung) die bei einer **Fiktion** übliche Wortwahl „gilt“ (vgl. zB § 108 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB, wonach die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters zu einem ohne seine Einwilligung geschlossenen Vertrag bei Schweigen auf die entsprechende Aufforderung des anderen Teils „als verweigert gilt“).

### 3. Zwischenergebnis

Wie man diese Unebenheiten im Sinne des – hört, hört! - berechtigten Anliegens zur Reform der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung auflösen kann, zeigt der unten (VI.) vorgelegte – hört. hört zum Zweiten! – im Ergebnis regierungskonforme Kompromissvorschlag sowohl für § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wie § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG. Er beinhaltet dann zugleich auch eine Harmonisierung mit der beabsichtigten Änderung wegen des Merkmals „unlauter“ beim beabsichtigten § 142 Abs. 1 InsO. was aber zusammen mit den übrigen Konkretisierungen zunächst abstrakt vorab behandelt werden soll.

## V. Vorgesehene Änderungen beim Bargeschäft nach § 142 InsO (Art. 1 Nr. 4 des Gesetzentwurfs)

## 1. Ausgangspunkte

Die Neufassung will die Vorschrift in zwei Absätze aufspalten:

- Künftig soll **Abs. 1** die Grundregel zum Begriff des Bargeschäfts und zu dessen Anfechtbarkeit im Wege der Vorsatzanfechtung enthalten, und zwar - neben der angepassten Verweisung auf den Tatbestand der Vorsatzanfechtung - mit einer wichtigen Änderung zur (neu!) verlangten Kenntnis des anderen Teils davon, dass der Schuldner **unlauter** handelte.
- **Abs. 2** will mit **Satz 1** das Merkmal „**unmittelbar**“ näher definieren und mit **Satz 2** eine Sonderregel für **Arbeitsentgelt** normieren.

Die Vorschrift soll dann lauten:

- (1) *Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.*
- (2) *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. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt."*

Die Anfechtbarkeit eines Bargeschäfts nach § **142 Abs. 1 InsO** soll künftig nicht nur wegen der (entsprechend angepassten Verweisung auf die Änderungen bei der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 bis 3 InsO), sondern zusätzlich dadurch eingeschränkt werden, dass der Schuldner **unlauter** gehandelt und der andere

Teil das erkannt haben muss. Damit geht der Entwurf bewusst über die bisherige Rechtsprechung zu einem fortführungsnotwendigen Bargeschäft hinaus, will einen bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch zusätzlich privilegieren und eine Einschränkung nur noch zulassen, wenn der Anfechtungsgegner erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

Das zuletzt genannte Merkmal soll beim Schuldner beispielsweise erfüllt sein, wenn er andere Gläubiger schädigen (gemeint ist offenbar bewusst, also absichtlich schädigen) will, er in Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit Vermögen verschleudert oder für Luxusgüter ausgibt oder wenn er zur Aufrechterhaltung des Betriebs notwendiges Betriebsvermögen abstößt. Der Beweis dazu mag dem Insolvenzverwalter hinsichtlich des Schuldners gelingen, für die Kenntnis des anderen Teils aber kaum.

## 2. Stellungnahme

Die Einordnung des Merkmals „**unlauter**“ in die Vorschrift zum Bargeschäft ist allerdings **systematisch verfehlt**. Denn bei § 142 InsO geht es zum einen (nur!) um den Begriff des Bargeschäfts, der in der höchstrichterlichen Rechtsprechung sowohl des BGH wie des BAG unzweifelhaft ist: Danach setzt ein Bargeschäft begrifflich voraus

- rechtsgeschäftliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung,
- unmittelbaren (dazu s. sogleich) und gleichwertigen Leistungsaustausch,
- Kongruenz der Deckung und
- Zufluss der Gegenleistung in das schuldnerische Aktivvermögen, dessen Bestandteil es werden muss.

Zum anderen geht es (nur!) um den grundsätzlichen Ausschluss einer Kongruenzanfechtung (§ 130 InsO) bei grundsätzlicher Anfechtbarkeit nach § 133 InsO. Es geht aber **nicht** um die Reichweite der Vorsatzanfechtung, die gerade dort zu

definieren ist, nämlich beim vorgesehenen § 133 Abs. 3 InsO, der sich ohnehin mit dem Schicksal kongruenter Deckungen befasst. Das Problem ist folglich systematisch dort zu behandeln und zu lösen, wie im Abschnitt unten (VI.) gezeigt wird.

Die mit § 142 Abs. 2 S. 1 InsO angebotene Legaldefinition zum Merkmal „**unmittelbar**“, für das die „**Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs**“ maßgeblich sein sollen, wird zwar als unbestimmter Rechtsbegriff aus praktischer Sicht **nicht** zur Verbesserung der Rechtssicherheit führen. Der IX. ZS des BGH ist aber offensichtlich willens, diesen Begriff mit Leben zu erfüllen, weil er ihn neuerdings selbst – und zwar objektiv betrachtet in Anschluss an den RefE v. 16.3.2015! – gebraucht, nämlich beispielsweise im oben (IV.2.) zitierten Urteil vom v. 16.4.2015. Dem Vorschlag wird deshalb **nicht** entgegen getreten.

Mit § 142 Abs. 2 S. 2 InsO wird dem Gesetzgeber vorgeschlagen, die Rechtsprechung des 6. Senats des BAG zum Merkmal „**unmittelbar**“ bei **Zahlung von Arbeitsentgelt** zu übernehmen. Dem wird man wegen der schon jetzt eingetretenen Verfestigung und zur Behebung der Rechtszersplitterung nicht widersprechen können, sofern es bei der Rechtswegespaltung bleiben soll. Aus dem Schweigen zu Letzteren im Gesetzentwurf lässt sich nur schließen, dass die ja bekannte verfassungsrechtliche Problematik für nicht klärungsbedürftig, vielmehr die Entscheidung des GemS-OGB gebilligt wird, weshalb man sich spätestens dann mit dem Status quo endgültig abfinden muss.

**VI. Kompromissvorschlag zur Beschränkung der Vorsatzanfechtung für kongruente Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarung/Zahlungserleichterung durch einen neuen § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG**

Der Kompromissvorschlag lautet:

*„Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, kann die Rechtshandlung nur angefochten werden, wenn der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte“.*

Zur **Erläuterung/Begründung** wird ausgeführt:

- Der **erste Halbsatz** bleibt unverändert, die bislang vorgesehene (sachlich unhaltbare) Vermutungsregelung wird aber beseitigt. An deren Stelle übernimmt der Vorschlag im **zweiten Halbsatz** die Formulierung des Gesetzentwurfes aus dem Entwurf zu § 142 Abs. 1 InsO aE und ordnet diese damit gleichzeitig an der systematisch richtigen Stelle ein. Das ist eben § 133 Abs. 3 S. 2 InsO, dessen Normzweck in der Begrenzung der Vorsatzanfechtung bei Zahlungsvereinbarung/Zahlungserleichterungen besteht. Beides rechtfertigt es, diesen Kompromissvorschlag, wie oben geschehen, als „**regierungskonform**“ zu qualifizieren.
- Als Folge davon kann der letzte Halbsatz im vorgeschlagenen § 142 Abs. 1 InsO aE gänzlich entfallen, weil die Begrenzung der Anfechtbarkeit bei einem Bargeschäft mit kongruentem Leistungsaustausch ohnehin aus dem Verweis auf „die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 bis 3 InsO“ folgt.
- Diese Struktur samt Einarbeitung des Merkmals „unlauter“ bei der Insolvenzanfechtung (§ 133 Abs. 3 S. 2 InsO) wäre auch für die **Gläubigeranfechtung nach § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG** zu übernehmen.
- Nur das würde den im Gesetzentwurf zutreffend herausgestellten **Gleichklang bei der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens** verwirklichen, was aber bislang gerade **nicht** der Fall ist. Denn im AnfG gibt es keine dem § 142 InsO entsprechende Bestimmung. weshalb bei Umsetzung des Gesetzentwurfes in der bisherigen Fassung (zur InsO) in der Gläubigeranfechtung (nach dem AnfG) ein unlauteres Verhalten des Schuldners thematisch überhaupt **nicht** erfasst wäre. Die Folge wäre ein offensichtlich ungewollter, aber schwer wiegender dogmatischer Bruch im beschworenen Gleichklang, den es zu verhindern gilt.

- Gleichzeitig wird mit dem hier präsentierten Kompromissvorschlag folgendes, im (bislang noch) geltenden Recht **streitige Problem obsolet**: Zu Unrecht begnügt sich die hM in der Literatur nämlich auch bei der Gläubigeranfechtung nach dem derzeitigen § 3 AnfG mit einem bloß bedingten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (*Kirchhof* AnfG, § 3 Rn. 25), was aber abzulehnen ist. Denn anders als in der Insolvenzanfechtung käme es in der Gläubigeranfechtung zu einem bloßen Rollentausch zwischen einem eine kongruente Deckung erstrebenden, bislang aber unberücksichtigt gebliebenen Gläubiger (Anfechtungskläger) und dem vom Schuldner kongruent, aber anfechtbar bedienten Gläubiger (Anfechtungsgegner). Ersterer würde bei Erfolg seiner Anfechtungsklage als konkurrierender Gläubiger an Stelle des anderen alles erhalten, Letzterer aber - anders als im Insolvenzrecht! - vollständig leer ausgehen. Denn nach InsO könnte er wenigstens über die Quote am schuldnerischen Vermögen partizipieren, während er in der Gläubigeranfechtung wegen § 12 AnfG vollkommen ausfällt — ein ziemlich ungereimtes Ergebnis (so immer schon *Huber* AnfG, § 3 Rn. 21, 36). Diese Problemlage wäre bei der hier vertretenen Lösung automatisch mitbereinigt, weil wegen des Merkmals „unlauter“ eine Gläubigeranfechtung bei Kongruenz der Deckung von vornherein ausscheidet.
- Die Konkretisierung des Merkmals „unlauter“ kann der höchstrichterlichen Rechtsprechung (im Anschluss an die zutreffenden Vorgaben in BT-Drucks. 18/7054, S. 19) überlassen werden.

## VII. Zusammenfassung

- Gegen die Änderung in § 14 InsO ist nichts einzuwenden.
- Die Änderung bei der Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO muss unterbleiben. Diese Problemlage hat übrigens für das AnfG insgesamt eine nur mittelbare Bedeutung, was hier nicht näher dargelegt werden kann; denn in der Gläubigeranfechtung gibt es keine den §§ 130, 131 InsO entsprechenden Tatbestände.

- Dem § 133 Abs. 2 und § 133 Abs. 3 S. 1 InsO entsprechen § 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 AnfG; insoweit wird dem Gesetzentwurf nicht entgegen getreten.
- Die vorgeschlagene Fassung zu § 133 Abs. 3 S. 2 InsO bzw. § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG ist jedoch abzulehnen. Stattdessen wird hier ein (regierungskonformer!) Kompromissvorschlag vorgelegt, der dem berechtigten Anliegen zur Begrenzung der Vorsatzanfechtung für kongruente Deckungshandlungen bei Zahlungsvereinbarungen/Zahlungserleichterungen in systematisch und dogmatisch zutreffender Weise Rechnung trägt, wie sich gleich zeigen wird.
- Sein Vorzug liegt vor allem auch darin, dass sich dann das Fehlen einer Bargeschäftsregel (§ 142 InsO) im AnfG nicht auswirkt. Denn das Merkmal „unlauter“ ist richtig bei der Vorsatzanfechtung (sowohl in § 133 Abs. 3 S. 2 InsO wie § 3 Abs. 3 S. 2 AnfG) eingearbeitet, was den Gleichklang im Anfechtungsrecht innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens bewahrt.
- Den Vorschlägen in § 142 Abs. 2 InsO wird nicht entgegen getreten.
- Die vorgesehene Änderung in § 143 Abs. 1 S. 2 InsO und § 11 Abs. 1 S. 2 AnfG ist ohnehin „unstrittig“.

*Passau, den 15.02.2016*

*Michael Huber*