

# 03.17

# KSI

## Krisen-, Sanierungs- und Insolvenzberatung

## Wirtschaft Recht Steuern

13. Jahrgang  
Mai/Juni 2017  
Seiten 97–144

[www.KSIdigital.de](http://www.KSIdigital.de)

### Herausgeber:

*Peter Depré*, Rechtsanwalt und Wirtschaftsmediator (cvm), Fachanwalt für Insolvenzrecht

*Dr. Lutz Mackebrandt*, Unternehmensberater

*Gerald Schwamberger*, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater, Göttingen

### Herausgeberbeirat:

*Prof. Dr. Markus W. Exler*, Fachhochschule Kufstein

*Prof. Dr. Paul J. Groß*, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, Köln

*WP/StB Prof. Dr. H.-Michael Korth*, Präsident des StBV Niedersachsen/Sachsen-Anhalt e.V.

*Dr. Harald Krehl*, Nürnberg

*Prof. Dr. Jens Leker*, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

*Prof. Dr. Andreas Pinkwart*, Rektor der Handelshochschule Leipzig (HHL)

*Prof. Dr. Florian Stapper*, Rechtsanwalt, Stapper Insolvenz- und Zwangsverwaltung, Leipzig

*Prof. Dr. Wilhelm Uhlenbruck*, Richter a.D., Honorarprofessor an der Universität zu Köln

*Prof. Dr. Henning Werner*, Dekan der Fakultät für Wirtschaft, SRH Hochschule Heidelberg

### Strategien Analysen Empfehlungen

Das Anforderungsprofil des CRO [Prof. Dr. Markus W. Exler/Prof. Dr. Dr. Mario Situm/Anja Wanninger, 103]

Post Merger Integration [Dr. Bernhard Becker/Laura Hülsbusch/Konrad Martin/Uwe Stahmer, 107]

Die Reform der Insolvenzanfechtung [Dr. Olaf Hiebert, 113]

Haftung des Steuerberaters für Schäden aus Insolvenzverschleppung [Prof. Dr. Sylvia Bös/Dr. Andreas Schwarz, 119]

### Praxisforum Fallstudien Arbeitshilfen

Grundlagen effektiven Forderungsmanagements [Ulrich Jäger, 123]

Insolvenzfactoring: Finanzierungsmodell für den Weg aus der Krise [Thomas Rohe, 130]

Mit Planinsolvenz in Eigenverwaltung krisengeschüttelte Unternehmen retten? [Dirk Oehm, Norbert Schröer und Dirk Eichelbaum, 133]

# Die Reform der Insolvenzanfechtung

## Risiko für Gläubiger bleibt weiterhin hoch

Dr. Olaf Hiebert\*

Das vom Bundestag beschlossene Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz ist nach Verkündung im Bundesgesetzblatt am 4. 4. 2017<sup>1</sup> zwischenzeitlich am 5. 4. 2017 in Kraft getreten. Nach Maßgabe der Überleitungsvorschriften gilt das neue Recht für alle Insolvenzverfahren, die ab dem 5. 4. 2017 eröffnet werden. Zinsen können allerdings auch in Altverfahren ab dem 5. 4. 2017 nur verlangt werden, wenn Verzug vorliegt. Das erklärte Ziel<sup>2</sup>, „den Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen“, wird das Gesetz indes nicht erreichen. Die maßgeblichen Vorschriften wurden entweder nicht geändert oder so erheblich und zugleich wirkungslos verkompliziert, dass Rechtsunsicherheiten zunehmen. Die Änderungen werden Literatur und Rechtsprechung viele Jahre beschäftigen und bieten Insolvenzverwaltern zahlreiche Möglichkeiten, die Vorschriften zu Lasten der Gläubiger zu interpretieren. Die Gründe für eine Reform wurden in den letzten Jahren ausführlich diskutiert<sup>3</sup> und die mit der Gesetzeslage einhergehenden Probleme wurden einer breiteren Öffentlichkeit<sup>4</sup> bekannt. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet die vorgenommenen Änderungen, ihre Konsequenzen und künftige Konfliktlinien.

### 1. Keine Änderung bei der Zwangsvollstreckung

Zwangsvollstreckungshandlungen im Drei-Monats-Zeitraum vor der Beantragung eines Insolvenzverfahrens sind auch künftig als inkongruente Deckung unter den erleichterten Voraussetzungen des § 131 InsO anfechtbar. Der Gesetzentwurf<sup>5</sup> hatte noch eine Regelung vorgesehen, die eine Anfechtung nur nach § 130 InsO mit der Folge zulässt, dass der Gläubiger im Zeitpunkt von der Vollstreckungshandlung Kenntnis von dem Antrag oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit hat. Dies wäre zwar aufgrund der Beweiszeichenrechtsprechung des BGH<sup>6</sup> problemlos möglich gewesen, hätte zumindest aber für etwas Milderung gesorgt.

Die Begründung des Gesetzentwurfs<sup>7</sup> verkennt, dass die einer Zwangsvollstreckung i. d. R. vorhergehende Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) des Schuldners ein wesentliches Indiz für die Kenntnis des Gläubigers von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist. Hinzu treten die der Zwangsvollstreckung vorausgehenden Mahnungen, Anwaltsschreiben, Klagen und Urteile. In Kombination dieser Beweisanzeichen liegt die Zahlungsunfähigkeit nach der Rechtsprechung auf der Hand. Sie ließe sich in dem Satz vereinfachend zusammenfassen: „Der Schuldner, der ohne sachliche Einwendung gegen die Forderung nicht zahlt, zeigt dem Gläubiger, dass er pleite ist.“ Die Annahme, mit der vorgesehenen Änderung wären Zahlungen, die der Gläubiger „im Wege oder unter dem Druck der Zwangsvollstreckung erhalten“ hat, „in aller Regel anfechtungsfest“, hätte sich als Schimäre erwiesen.

§ 131 InsO ist nach entsprechender Kritik im Rahmen der Sachverständigenanhörung<sup>8</sup> und in der juristischen Literatur<sup>9</sup> unverändert geblieben. Die Kritik<sup>10</sup> richtete sich vor allem gegen eine mögliche Bevorzugung der Länder und Kommunen, des Fiskus und der Sozialversicherungsträger, die unter dem Begriff „Fiskusprivileg“ zusammengefasst wurde. Eine Bevorzugung schien bei einer Besserstellung der Zwangsvollstreckung möglich, weil diese Gläubiger sich ihre Titel selbst schaffen können und über eigene Vollstreckungsbeamte verfügen, während Privatgläubiger in langwierigen Verfahren staatliche Gerichte und Gerichtsvollzieher bemühen

\* Dr. Olaf Hiebert ist Rechtsanwalt im Düsseldorfer Büro der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-gesellschaft mbH und auf das Recht der Insolvenzanfechtung spezialisiert.

1 [https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger\\_BGBI&start=//%5B@attr\\_id=%27bgbl117s0654.pdf%27%5D#\\_\\_bgbl\\_\\_%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D%27bgbl117016.pdf%27%5D\\_\\_14925862492194](https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?startbk=Bundesanzeiger_BGBI&start=//%5B@attr_id=%27bgbl117s0654.pdf%27%5D#__bgbl__%2F%2F%5B%40attr_id%3D%27bgbl117016.pdf%27%5D__14925862492194).

2 BT-Drucks. 18/7054 S. 1, Abschn. A, S. 10 Abschn. A (Allgemeiner Teil).

3 Vgl. Roth, DZWIR 2016 S. 113 ff.

4 Beitrag der FAZ v. 4. 8. 2015, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/insolvenzanfechtung-wie-ein-blitz-aus-heiterem-himmel-13732802.html>, zuletzt abgerufen am 24. 2. 2017; Beitrag im WDR-Fernsehen v. 8. 2. 2017, abrufbar unter: <http://www1.wdr.de/fernsehen/die-story/sendungen/unverschuldet-pleite-100.html>, zuletzt abgerufen am 24. 2. 2017.

5 BT-Drucks. 18/7054 S. 7, 14 (Begr.).

6 BGH-Urt. v. 17. 11. 2016 – IX ZR 65/15, ZInsO 2016 2016 S. 2479 ff., zur Kenntnis bei der Zahlungseinstellung.

7 BT-Drucks. 18/7054 S. 14, Ziffer 3.

8 Vgl. Deutscher Bundestag, Parlamentsnachrichten v. 25. 2. 2016, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/presse/hib/201602-/410126>, zuletzt abgerufen am 2. 3. 2017.

9 Vgl. Dahl/Linneberg/Schmitz, NZI 2015 S. 441 ff.; Kayser/Heidenfeller, ZIP 2016 S. 227; Sämisch, ZInsO 2016 S. 1349 ff.

10 Vgl. Willemsen/Kühn, BB 2015 S. 3011 ff.

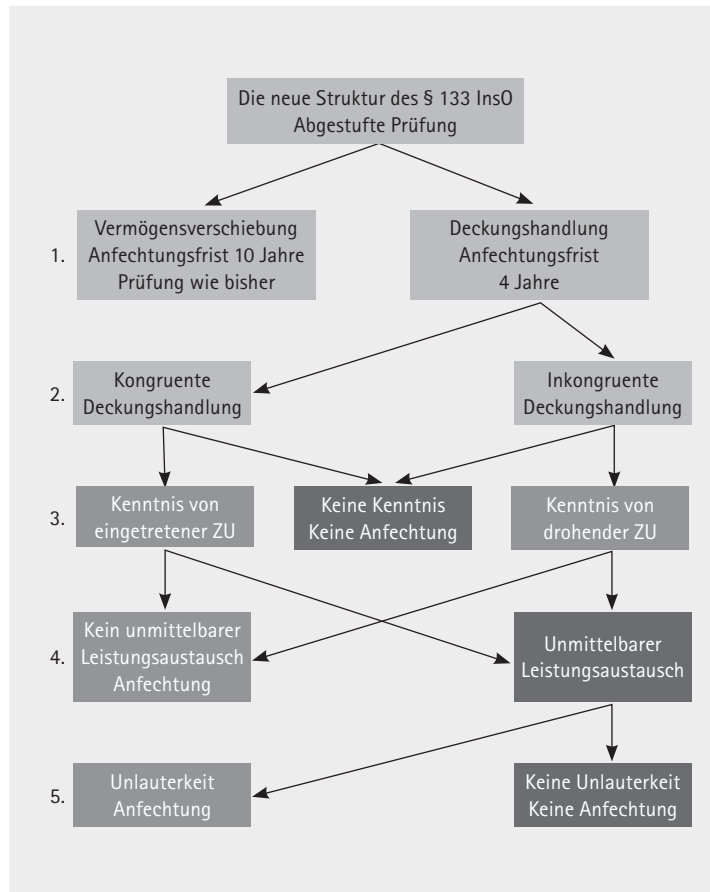


Abb. 1:  
Modell für eine Prüfung  
nach § 133 InsO n.F.

müssen, um am Ende eines langen Weges ihre Forderungen zwangsweise zu realisieren. Im Windhundrennen der Gläubiger wären die Privatgläubiger klar benachteiligt. Hinzu traten systematische Bedenken, da Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die drei Monate vor einem Insolvenzantrag erfolgt sind, künftig vor Anfechtungen geschützt sein sollten, während die sog. Rückschlagsperre des § 88 InsO weiterhin vorsah, dass Vollstreckungen im letzten Monat vor Antragstellung unwirksam sind.

Je nach Lesart kann die Privilegierung von Zahlungserleichterungen<sup>11</sup>, die im Rahmen der Zwangsvollstreckung seitens des Gläubigers gewährt werden, als Verbesserung des Schutzes bei zwangsweiser Durchsetzung der Forderung gesehen werden. Im Kern ist diese Regelung aber Bestandteil des Versuchs, Zahlungserleichterungen, insbesondere Ratenzahlungsvereinbarungen, als Beweisanzeichen zu neutralisieren. Übersehen

wird, dass zwar ein Beweisanzeichen neutralisiert wird, aber gerade bei Zahlungserleichterungen, die im Zuge der Zwangsvollstreckung gewährt werden, i.d.R. ein bunter Strauß an weiteren Beweisanzeichen vorhanden ist<sup>12</sup>.

## 2. Neue Struktur des § 133 InsO

Der die Vorsatzanfechtung regelnde § 133 InsO hat eine grundlegende Veränderung erfahren und ist durch die Hinzufügung von gleich zwei Absätzen deutlich komplizierter geworden, auch wenn durch die Gesetzesänderung nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers<sup>13</sup> die Grundstruktur der Vorsatzanfechtung unberührt bleibt. § 133 InsO besteht künftig aus vier statt zwei Absätzen. Die Prüfung einer Anfechtung nach § 133 InsO wird – jenseits der herkömmlichen, bereits umfangreichen Prüfungspunkte<sup>14</sup> – künftig eine Struktur aufweisen, die zugleich die neuen Regelungen des § 142 InsO berücksichtigen muss und wie in Abb. 1 gezeigt dargestellt werden kann. Neben der bei der Prüfung von Anfechtungsansprüchen gem. § 129 InsO stets aufzuwerfenden Frage, ob eine gläubigerbenachteiligende<sup>15</sup> Rechtshandlung des Schuldners<sup>16</sup> vorliegt, setzt die Prüfung einer Anfechtung nunmehr bis zu fünf Stufen voraus.

### 2.1 Vermögensverschiebung oder Deckungshandlung – Bestimmung der Frist

#### 2.1.1 Abgrenzungen

In einem ersten Schritt ist eine Abgrenzung in Bezug auf die angefochtene Rechtshandlung erforderlich. Handelt es sich um eine Vermögensverschiebung, ist diese nach § 133 Abs. 1 InsO wie bisher anfechtbar, wenn sie innerhalb von zehn Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgt ist. Besteht die Rechtshandlung indes in einer Deckungshandlung, so ist diese nur anfechtbar, wenn sie innerhalb von vier Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgt ist. Dies regelt der neue § 133 Abs. 2 InsO, der den Begriff der Deckungshandlung als Rechtshandlung definiert, die dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht. Die Grenze zwischen Vermögensverschiebung und Deckungshandlung ist fließend. Insbesondere bei Zahlungen an nahestehende Personen, wie z. B. Schwestergesellschaften, Insider und Familienangehörige, dürfte trotz (vermeintlicher) Deckungshandlung der Vorwurf einer Vermögensverschiebung schnell zur Hand sein, um die bisherige lange Anfechtungsfrist von zehn Jahren nutzen zu können. Die Gesetzesbegründung fasst zudem

11 Der Gesetzentwurf nennt hier § 802b ZPO, §§ 222, 258 AO, § 76 SGBIV, § 42 StGB, § 459a StPO.

12 Hierzu sogleich unter Abschn. 2–3.

13 BT-Drucks. 18/7054 S. 13, Ziffer 1.

14 Insbesondere § 129 InsO.

15 An einer Gläubigerbenachteiligung der Handlung kann es insbesondere bei Fällen des Aktivtauschs oder dem Freiwerden werthaltiger Sicherheiten durch die zu prüfende Rechtshandlung fehlen.

16 Während § 133 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung des Schuldners voraussetzt, lassen andere Anfechtungstatbestände, z. B. §§ 130, 131, auch Handlungen Dritter für eine Anfechtung genügen. Der Begriff der Rechtshandlung selbst ist derart weit gefasst, dass in der Praxis nahezu jeder gläubigerbenachteiligende Lebenssachverhalt erfasst ist, vgl. statt vieler Schmidt/Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 129 Rn. 26; Uhlenbruck/Hirte/Ede, 14. Aufl. 2015, § 129 Rn. 86 ff.

Bankrotthandlungen (§§ 283 ff. StGB) als Vermögensverschiebungen i. S. des § 133 InsO auf. Im Hinblick auf die deutlich längere Anfechtungsfrist im Fall der Vermögensverschiebung wird die Abgrenzung zwischen Deckungshandlung und einer solchen Verschiebung deutlich mehr Bedeutung erlangen.

### 2.1.2 Kritik: Verkürzte Anfechtungsfrist von vier Jahren unwirksam

Die Verkürzung der Anfechtungsfrist für Deckungshandlungen von zehn auf vier Jahre wird in ersten Stellungnahmen<sup>17</sup> zur Reform als wichtiger Baustein für mehr Rechtssicherheit gefeiert. Richtig daran ist, dass das Anfechtungsrisiko mathematisch der Summe nach in der Theorie beschränkt wird. Extremfälle, wie die Anfechtung von ausgetauschten Leistungen, die bereits vier oder mehr Jahre vor dem Insolvenzantrag erfolgt sind, werden vermieden. Jeder, der mit der Anfechtung in der Praxis befasst ist, weiß aber, dass die Mehrzahl der Anfechtungen Zahlungen erfasst, die in dem Zeitraum von vier Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgt sind, und dass der Umfang dieser Zahlungen im Fall der Verurteilung des Gläubigers zur Rückzahlung vor allem Mittelständler geradewegs selbst in die Insolvenz führt, obschon ihre Unternehmen profitabel und gesund finanziert sind. Entgegen den Verlautbarungen dient das Gesetz damit nicht dem Mittelstand, sondern vornehmlich der Verlustminimierung von Konzernen.

Dass die Mehrzahl der Anfechtungen innerhalb von vier Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgt, ist einfach zu erklären. Je näher die Rechtshandlung an dem Tag des Insolvenzantrags liegt, desto höher ist die Wahrscheinlichkeit, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und die Kenntnis des Gläubigers nachgewiesen werden können. Die Beweisführung ist i. d. R. umso leichter, desto näher die anzufechtende Handlung an dem Antrag liegt. Insoweit greift auch die Einschätzung, dass Insolvenzanträge meist zwischen einem und zwei Jahren zu spät gestellt werden.

Mit anderen Worten spielt die Musik der Insolvenzanfechtung gerade in dem Zeitraum, der auch künftig einer Anfechtung zugänglich ist. Die Insolvenzverwalter verlieren

durch dieses Zugeständnis mithin gar nichts. Dem Gläubigervertreter erscheint diese Besserung indes als bloße Augenwischerei und gute Lobbyarbeit interessierter Kreise.

## 2.2 Differenzierung bei der Kenntnis – Kongruente und inkongruente Deckungshandlung

In einem zweiten Schritt muss eine Abgrenzung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung erfolgen, um zu bestimmen, ob für die Anfechtung die Kenntnis des Anfechtungsgegners von drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit erforderlich ist. So klar die Abgrenzung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung ist, so wenig nützt die vermeintliche Erhöhung der Anforderungen an die Kenntnis des Anfechtungsgegners.

### 2.2.1 Unterscheidung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung

Kongruent ist die Deckung, wenn der Anfechtungsgegner die Sicherung oder Befriedigung in der erfolgten Art<sup>18</sup> und zu der vorgenommenen Zeit<sup>19</sup> beanspruchen konnte; inkongruent ist sie, wenn dies nicht der Fall ist. Diese sperrige Begrifflichkeit kann mit der vereinfachten Frage erfasst werden: Hatte der Leistungsempfänger einen Anspruch auf die Leistung und zwar so und zu der Zeit, wie er sie erhalten hat? Der Gesetzestext orientiert sich an der bisherigen Abgrenzung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung, wie sie im Zusammenhang mit der Auslegung der §§ 130, 131 InsO durch Rechtsprechung und Literatur über Jahrzehnte geprägt wurde<sup>20</sup>.

### 2.2.2 Kritik: Privilegierung kongruenter Deckung kaum praxisrelevant

Es wird dem Empfänger einer kongruenten Leistung wenig nützen, dass der Insolvenzverwalter im Unterschied zur inkongruenten Deckung nicht die Kenntnis der *drohenden*, sondern der bereits *eingetretenen* Zahlungsunfähigkeit darlegen und beweisen muss. Denn in der Praxis<sup>21</sup> wurde ganz überwiegend immer die *eingetretene* Zahlungsunfähigkeit durch die *Zahlungseinstellung* des Schuldners gegenüber dem Gläubiger nachgewiesen.

Wer seine Zahlungen einstellt, von dem wird vermutet, er sei bereits zahlungsunfähig (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO). Seine Zahlungen stellt vereinfacht gesagt ein, wer bei Fälligkeit der Forderung nicht zahlt, ohne dass er dies mit einer sachlichen Einwendung gegen die For-

17 Z. B. Pressemitteilung des Zentralverbandes Deutsches Baugewerbe, abrufbar unter: <http://www.zdb.de/zdb-cms.nsf/id/pressemitteilung-zur-reform-der-insolvenzanfechtung-de?open&ccm=040>, zuletzt abgerufen am 24. 2. 2017.

18 Negativbeispiel: Anstelle der Bezahlung des Kaufpreises erhält der Gläubiger eine Maschine des Käufers.

19 Negativbeispiel: Der Schuldner zahlt das Darlehen zurück, obwohl der Rückzahlungsanspruch noch nicht fällig ist.

20 Vgl. statt vieler Schmidt/Ganter/Weinland, 19. Aufl. 2016, § 131 Rn. 11 ff., m. w. N.

21 Einige aktuelle Beispiele aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind BGH-Urt. v. 17. 11. 2016 – IX ZR 65/15, ZInsO 2016 S. 2474 ff., Rn. 25, 29; BGH-Urt. v. 24. 3. 2016 – IX ZR 242/13, ZInsO 2016 S. 910 ff., Rn. 7 ff.

derung begründet<sup>22</sup>. Zahlt der Kunde bei Fälligkeit beispielsweise nicht, weil er die Kaufsache als mangelhaft rügt, liegt eine sachliche Einwendung vor. Grund für die Nichtzahlung ist der Mangel. Ohne einen solchen Einwand gibt es regelmäßig nur einen Grund für die Nichtzahlung: die fehlenden liquiden Mittel. Insofern bringt diese Privilegierung der kongruenten Deckung wenig. Im Zusammenspiel mit den gängigen Beweisanzeichen wird vor Gericht schon heute stets um den Nachweis der Kenntnis von eingetretener Zahlungsunfähigkeit gerungen, was sich ein Stück weit auch mit der Unschärfe des Begriffs der drohenden Zahlungsunfähigkeit erklären lässt.

### 2.3 Feststellung der Kenntnis – Ratenzahlungsvereinbarung und sonstige Beweisanzeichen

Die Prüfung des dritten Schritts, also die Frage der Kenntnis von eingetretener bzw. drohender Zahlungsunfähigkeit, wird damit kaum Unterschiede aufweisen. Kann der Verwalter die Kenntnis darlegen und beweisen, ist die Rechtshandlung anfechtbar<sup>23</sup>. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist spiegelbildlich gegeben, wenn der Schuldner weiß, dass er drohend zahlungsunfähig ist, womit auch die zweite Voraussetzung der Anfechtung vorliegt.

Die bisherige Beweisanzeichenrechtsprechung<sup>24</sup> zur Kenntnis des Gläubigers bleibt unangetastet. Allein die Vereinbarung einer Zahlungserleichterung zwischen Gläubiger und Schuldner – häufig durch Ratenzahlungsvereinbarung – ist kein Beweisanzeichen mehr. Das ist grundsätzlich gut, aber spätestens seit der BGH-Entscheidung vom 14. 7. 2016<sup>25</sup> in der Rechtsprechung ohnehin anerkannt. Problematisch ist, dass zwar das Beweisanzeichen Ratenzahlungsvereinbarung und die Bitte um eine solche neutralisiert wird. Dies gilt aber nicht für die weiteren, von Rechtsprechung<sup>26</sup> und Literatur<sup>27</sup> über Jahrzehnte herausgearbeiteten Beweisanzeichen. Die Begründung des Gesetzes<sup>28</sup> stellt insoweit klar, dass die Kenntnis des Gläubigers „weder auf Gewährung der Zahlungserleichterung noch auf die dieser Gewährung typischerweise zugrunde liegende Bitte des Schuldners“ gestützt werden kann.

„Umstände, die hierüber hinausgehen, kann der Verwalter hingegen uneingeschränkt geltend machen.“<sup>29</sup>

In Fällen, in denen der Schuldner bei absehbaren Zahlungsschwierigkeiten auf seine Gläubiger zugeht und um Zahlungserleichterung bittet, die gewährt und eingehalten wird, wird die neue Regelung vor einer Anfechtung schützen. Dieser modelltypische Sachverhalt entspricht aber nicht der Lebenswirklichkeit. Tatsächlich gehen derartigen Absprachen doch verspätete oder unvollständige Zahlungen des Schuldners, mehrfache Mahnungen und Drohungen des Gläubigers mit Inkasso, Rechtsanwalt oder Klage sowie die Ankündigung von Vorkasse oder gar Lieferstopp im Fall der Nichtzahlung voraus. Ungeklärt bleibt auch, welchen Schluss der Gläubiger nach Ansicht der Gerichte aus der Tatsache zu ziehen haben wird, dass die Gesamtverbindlichkeiten des Schuldners trotz pünktlicher Ratenzahlungen kontinuierlich weiter zunehmen<sup>30</sup>. Interessant wird die Abgrenzung zwischen dem *Gewähren* einer Zahlungserleichterung seitens des Gläubigers und dem *sich verschaffen* oder *sich nehmen* einer solchen Erleichterung seitens des Gläubigers durch bloßes nicht oder nicht vollständiges Zahlen.

Nach dem Wortlaut des neuen § 133 Abs. 3 InsO scheint nur das „Gewähren“ oder „Ermöglichen“ einer Zahlungserleichterung seitens des Gläubigers als Beweisanzeichen neutralisiert. Ob die bloße Hinnahme verspäteter oder unvollständiger Zahlungen, also der eigenmächtig vom Schuldner genommene oder ausgeweitete Lieferantenkredit privilegiert ist, erscheint im Hinblick auf den Wortlaut und vor dem Hintergrund der Gesetzesbegründung sehr fraglich. Danach hatte der Gesetzgeber im Sinne einer Interaktion zwischen Gläubiger und Schuldner eher eine Vereinbarung, jedenfalls aber ein zustimmendes Mitwirken des Gläubigers im Blick. An dieser Stelle werden sich weitere Auslegungsfragen ergeben, zumal bereits in der Vergangenheit Fälle auftraten, in denen bedingt durch ein automatisches Mahnwesen Ratenzahlungsvereinbarungen und Mahnungen, die dieselben Forderungen zum Gegenstand hatten, sich konterkarierten. Die Details werden Rechtsprechung und Literatur in den kommenden Jahren beschäftigen. Mehr Rechtssicherheit ist hier nicht zu erkennen.

22 BGH-Urt. v. 17. 11. 2016 – IX ZR 65/15, ZInsO 2016 S. 2474 ff., Rn. 19; Einzelheiten sind streitig, insbesondere die Frage, ob bereits nachlässiges Geschäftsgebahren im Allgemeinen und regelmäßig verspätete Zahlungen gegen eine Zahlungseinstellung sprechen; hierzu Schmidt/Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 17 Rn. 44, m.w.N.

23 Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist spiegelbildlich gegeben, wenn der Schuldner weiß, dass er drohend zahlungsunfähig ist, womit auch die zweite Voraussetzung der Anfechtung vorliegt: BGH-Beschl. v. 6. 2. 2014 – IX ZR 148/13, ZInsO 2014 S. 495, Rn. 2; zu dieser „ersten Verteidigungslinie“ gegen eine Anfechtung siehe: Buchalik/Hiebert, ZInsO 2015 S. 538 ff.

24 BGH-Urt. v. 14. 7. 2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016 S. 1749 ff.; BGH-Urt. v. 9. 6. 2016 – IX ZR 174/15, ZInsO 2016 S. 1357 ff., Rn. 21; BGH-Urt. v. 13. 8. 2009 – IX ZR 159/06, ZInsO 2009 S. 1901 ff., Rn. 8 ff., m.w.N.

25 BGH-Urt. v. 14. 7. 2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016 S. 1749 ff.; hierzu Hiebert, ZInsO 2016 S. 1738 ff.

26 Siehe Rn. 26.

27 Bartels, KTS 2016 S. 301 ff.; Buchalik/Hiebert, ZInsO 2015 S. 538 ff.; Elzer, MDR 2015 S. 132 ff.; Hiebert, ZInsO 2016 S. 1738 ff.; Kayser, WM 2013 S. 293 ff.; Krause, BB 2014 S. 148 ff.; Lau, DB 2013 S. 1219 ff.; van Marwyk, ZInsO 2014 S. 1734 ff.

28 BT-Drucks. 18/7054 S. 18, zu Nr. 3 (§ 133 InsO-E), zu Buchst. a (§ 133 Abs. 2 und 3 InsO-E).

29 Ebenda.

30 Nach der Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/7054 S. 18, zu Nr. 3 (§ 133 InsO-E), zu Buchst. a (§ 133 Abs. 2 und 3 InsO-E), weiterhin ein Beweisanzeichen für die Kenntnis des Gläubigers.

Für den Gläubiger, dessen Schuldner schlep-  
pend zahlt, ergeben sich an dieser Stelle neue  
Handlungsmöglichkeiten. Ihm wird zu raten  
sein, künftig aktiv auf wackelnde Schuldner  
zuzugehen, um entsprechende Vereinbarun-  
gen zu treffen. Der Aufwand und damit ein-  
hergehende Gestaltungsrisiken<sup>31</sup> gehen zu  
Lasten des Gläubigers und zeigen einmal  
mehr, dass die gefundene Regelung für den  
Mittelstand gerade mit vielen Debitoren und  
Kreditoren wenig praktikabel ist.

#### 2.4 Das Bargeschäftsprivileg – die unnehmbare Hürde der Unmittelbarkeit

Mit der Modifizierung des § 142 InsO und der  
Anwendbarkeit des sog. Bargeschäftsprivi-  
legs auch auf die Anfechtung nach § 133  
InsO hat der Gesetzgeber eine weitere Brand-  
mauer gegen die Anfechtung von Deckungs-  
handlungen, also den im Wirtschaftsverkehr  
so wichtigen Leistungsaustausch eingezo-  
gen. Nach bisheriger Rechtslage wurde das  
Bargeschäft oder eine bargeschäftsähnliche  
Lage bei der Prüfung einer Anfechtung nach  
§ 133 InsO bestenfalls als Indiz gegen die  
Kenntnis des Gläubigers und den Benachtei-  
ligungsvorsatz des Schuldners gewertet.  
Nach dem klaren Wortlaut des § 142 InsO a. F.  
war diese Norm auf § 133 InsO nicht an-  
wendbar. Dies ist nunmehr erfreulicherweise  
anders.

Liegen die Voraussetzungen des Bargeschäfts  
vor, ist die Anfechtung nach § 133 Abs. 1  
InsO im Fall des Leistungsaustauschs (De-  
ckungsgeschäfts) selbst dann ausgeschlossen,  
wenn der Gläubiger die Zahlungsun-  
fähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der  
angefochtenen Rechtshandlung kannte. Et-  
was anderes gilt nur für den Fall, dass der  
Schuldner unlauter handelte und der Gläubi-  
ger dies erkannt hat.

So gut dies klingt, so wenig wird es in der  
Praxis nützen. Denn es darf nicht übersehen  
werden, dass nur der unmittelbare Leistungs-  
austausch geschützt wird. Unmittelbar ist ein  
Leistungsaustausch nach ständiger Recht-  
sprechung<sup>32</sup> aber nur, wenn zwischen Leis-  
tung und Gegenleistung (z. B. Lieferung der  
Ware und Bezahlung derselben; Dienstleis-  
tung und Bezahlung derselben) **maximal  
30 Tage** liegen. In der Praxis ist es branchen-  
übergreifend aber so, dass zwischen dem  
Leistungsaustausch **mehr als 30 Tage** liegen.  
Zwischen Lieferung der Ware und Erstellung

sowie dem Versand der Rechnung<sup>33</sup> vergeht Zeit. Die Zahlungsziele  
auf den Rechnungen selbst weisen häufig 30 Tage aus und werden in  
aller Regel ohnehin nicht eingehalten. Infolgedessen wird von der  
behaupteten Besserstellung kaum ein Gläubiger profitieren, da kaum  
einer das Kriterium erfüllt.

Fraglich ist, ob der Gesetzgeber das strenge Kriterium der Unmittel-  
barkeit modifizieren wollte oder eine Änderung in der Rechtspre-  
chung möglich erscheint. Dagegen spricht sehr deutlich, dass nach  
der Begründung des Gesetzentwurfs an der bisherigen Rechtspre-  
chung und den Vorstellungen des historischen Gesetzgebers festge-  
halten werden soll. Dass für Arbeitsverhältnisse eine maximale Frist  
von drei Monaten gilt, wird festgeschrieben, im Übrigen aber gerade  
nicht. Auch das spricht für Beibehaltung der 30-Tage Frist. Zudem  
wird die „*zeitnahe Kompensation des Vermögensabflusses beim  
Schuldner durch die Leistung des Gläubigers*“ als Begründung für die  
Besserstellung herangezogen. An der Abgrenzung zwischen bloßem  
Leistungsaustausch und Kreditierung soll nach der Gesetzesbegrün-  
dung festgehalten werden. Auch weiterhin wird die vereinfachende  
Abgrenzungsfrage gelten: Liegt noch ein Leistungsaustausch vor  
oder kreditiert eine Seite? Einer auf den Wortlaut des neuen § 142  
Absatz 2 InsO gestützten Auslegung, wonach auch ein über die  
30 Tage hinausgehender Leistungsaustausch „*unter Berücksichti-  
gung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeit-  
lichen Zusammenhang*“ erfolgt und damit unmittelbar i. S. des § 142  
InsO ist, wird damit der Boden entzogen. Selbst wenn also der Aus-  
gleich von Rechnungen nach etwa 90 Tagen oder „saisonweise“  
branchentypisch ist, liegt nach dem erklärten Willen des Gesetzge-  
bers kein unmittelbarer Leistungsaustausch vor. Insoweit wird klar-  
gestellt<sup>34</sup>, dass diese Formulierung die bisherige Rechtsprechung nur  
„*verdeutlichen*“ soll. Maßgeblich bleibt: Es darf kein Kreditgeschäft  
vorliegen, d. h. auch kein Lieferantenkredit.

#### 2.5 Unlauteres Handeln

Unterstellt, der Gläubiger schafft es, alle Kriterien zu erfüllen. Es liegt  
ein kongruentes Deckungsgeschäft vor und der Leistungsaustausch  
ist unmittelbar. Dann ist die Zahlung selbst bei Kenntnis des Gläu-  
bigers von eingetretener oder drohender Zahlungsunfähigkeit an-  
fechtungsfest, es sei denn der Schuldner handelte unlauter und der  
Gläubiger hat dies erkannt.

31 Nicht eingehaltene, „geplatze“ Ratenzahlungsvereinbarungen sind ein Indiz  
für die Kenntnis von eingetretener Zahlungsunfähigkeit. Nach der Begründung  
des Gesetzentwurfs soll hieran festgehalten werden: BT-Drucks. 187054 S. 18,  
zu Nr. 3 (§ 133 InsO-E), zu Buchst. a (§ 133 Abs. 2 und 3 InsO-E).

Der Gläubiger muss darauf achten, dass die Vereinbarung für den Schuldner  
erfüllbar bleibt, was das Ziel, den Schuldner zu einem möglichst zügigen Aus-  
gleich der eigenen Forderung zu bewegen, konterkariert.

32 BGH-Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, ZInsO 2014 S. 1602 ff.; BGH-Urt. v.  
15. 12. 2011 – IX ZR 118/11, ZInsO 2012 S. 241 ff., Rn. 25; BGH-Beschl. v.  
18. 9. 2008 – IX ZR 134/05, NZG 2008 S. 902.

33 Für die Bewertung der Unmittelbarkeit kommt es nicht auf den Versand der  
Rechnung, sondern die tatsächliche Ausführung der wechselseitig erbrachten  
Leistungen an, vgl. BGH-Urt. v. 10. 7. 2014 – IX ZR 192/13, ZInsO 2014  
S. 1602 ff., Rn. 33, 34. Ebenso unerheblich ist, ob die Verzögerung verschuldet ist;  
ein unmittelbarer Leistungsaustausch ist schlicht nicht mehr möglich, vgl. statt  
vieler Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, 19. Aufl. 2016, § 142 Rn. 28; Münch-  
Komm/Kirchhof, InsO, 3. Aufl. 2013, § 142 Rn. 15., m. w. N.

34 BT-Drucks. 18/7054 S. 20, Abs. 3.

Der Begriff der Unlauterkeit wird neu in das Regelwerk der Insolvenzanfechtung eingeführt. Ein unlauteres Verhalten setzt nach der Gesetzesbegründung<sup>35</sup> mehr voraus als die Vornahme einer Zahlung in dem Bewusstsein, nicht mehr alle Gläubiger befriedigen zu können. Diese Klarstellung ist für die Praxis sehr wichtig, weil Insolvenzverwalter versuchen werden, den Begriff der Unlauterkeit anders auszulegen. Auch weitere Klarstellungen des Gesetzgebers sind für Gläubiger wertvoll. So sind Handlungen zur Fortführung des Geschäftsbetriebs nicht unlauter, auch wenn die Betriebsfortführung verlustträchtig ist. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass diese Konstellation in der Praxis häufig ist und im Hinblick auf die weitreichende Entscheidung des BGH vom 12. 2. 2015<sup>36</sup> eine entsprechende Klarstellung vorgenommen. Vielmehr muss es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommen, durch die Zahlung an einen Gläubiger andere Gläubiger zu schädigen. Diese Formulierung in der Gesetzesbegründung lässt darauf schließen, dass die Unlauterkeit eine Schädigungsabsicht, also einen direkten Vorsatz (1. Grades) voraussetzt. Unlauter sollen das Verschleudern von Vermögen, Ausgaben für Luxusgüter und die Veräußerung von unverzichtbarem Betriebsvermögen mit dem Ziel sein, den Wert dieser Gegenstände anderen Gläubigern zu entziehen. Insofern ist beim Erwerb von Betriebsmitteln eines Schuldners weiterhin höchste Vorsicht geboten. Der Vorwurf unlauteren Handelns und einer Kenntnis des Gläubigers hiervon dürfte schnell erhoben sein, insbesondere, wenn der Erwerb inkongruent ist, also eigentlich eine andere Leistung geschuldet war.

### 3. Fazit und Handlungsempfehlungen

Die Reform der Insolvenzanfechtung löst die Probleme für die am Wirtschaftsleben Beteiligten nicht. Vor allem mittelständische Unternehmer, aber auch Vermieter und Berater tragen weiterhin ein nahezu unverändert hohes Anfechtungsrisiko. Nur wer alle Anforderungen der neuen, komplizierten Regelungen befolgt, ist künftig deutlich besser geschützt. Die hohen Voraussetzungen sind aber kaum erfüllbar und nicht praktikabel. Dies gilt in besonderem Maße für das Kriterium des unmittelbaren Leistungsaustauschs und die in der Praxis angewendete Obergrenze von 30 Tagen. Das allein vor einer

Anfechtung umfassend schützende Bargeschäftsprivileg bleibt für die meisten Gläubiger damit unerreichbar. Zahlreiche Auslegungsfragen werden Rechtsprechung und Literatur in den kommenden Jahren beschäftigen. Die noch komplexer gewordene Regelung erhöht die Rechtssicherheit nicht. Die Begrenzung der Anfechtung von Rechtshandlungen, die binnen vier Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgt sind, wird bestenfalls einige Extremfälle vermeiden.

Nach derzeitiger Einschätzung können sich Gläubiger am besten gegen spätere Insolvenzanfechtungen schützen, wenn sie nachfolgende Handlungsempfehlungen beachten:

(1) Der Gläubiger sollte stets darauf achten, dass er die vereinbarte Leistung von **seinem Vertragspartner** erhält. Zahlungen von Dritten, z.B. Schwestergesellschaften, können sehr viel leichter angefochten werden. Ebenso Leistungen, die ursprünglich nicht vereinbart waren, z.B. die Übereignung von Maschinen anstelle der vereinbarten Bezahlung.

(2) Grundsätzlich sind großzügige Zahlungsziele einzuräumen, damit dem Schuldner die fristgerechte Zahlung leichter fällt.

(3) Kommt es zu verzögerten Zahlungen, ist folgendes geboten:

- Der Gläubiger sollte keinen Druck gegenüber dem Vertragspartner ausüben, sondern rechtzeitig mit dem Schuldner Kontakt aufnehmen, um die Bezahlung der Rückstände im Wege einer Ratenzahlungsvereinbarung und die Bezahlung künftiger Leistungen zu besprechen. Nach **neuem Recht** ist der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung nicht mehr schädlich. Daher ist es besser, mit dem Schuldner eine schriftlich fixierte **Vereinbarung** zu schließen, statt unregelmäßige oder verspätete Teilzahlungen hinzunehmen. Die Ratenzahlungsvereinbarung sollte so bemessen sein, dass der Schuldner sie auch erfüllen kann.
- Hält der Schuldner die Vereinbarung ein, kann das großzügige Zahlungsziel beibehalten und die Geschäftsbeziehung fortgesetzt werden. **Sicherer** ist es aber, auf Vorkasse umzustellen, um zwischen Leistung und Gegenleistung nicht mehr als 30 Tage vergehen zu lassen. Jede Kreditierung (auch Lieferantenkredit) ist zu unterlassen. Leistungen, die binnen maximal 30 Tagen ausgetauscht werden, können praktisch nicht mehr angefochten werden. Die Lösung ist für den Gläubiger sicherer, falls es doch zur Insolvenz kommt. Allerdings sind die meisten Schuldner auf Lieferantenkredite angewiesen.
- Der Gläubiger sollte prüfen, ob die Gesamtverbindlichkeiten durch die Zahlungen tatsächlich zurückgeführt werden.
- Der Gläubiger sollte dem Schuldner weder durch ausufernde Mahnungen noch mit Vollstreckungshandlungen, Inkassobüros oder Rechtsanwälten drohen; wer mit der Vollstreckung droht, muss auch vollstrecken; freiwillige Zahlungen des Schuldners sind ab diesem Zeitpunkt in aller Regel anfechtbar.
- Der Gläubiger sollte die Geschehnisse für seine Zwecke hinreichend dokumentieren, um den Sachverhalt auch Jahre später noch rekonstruieren zu können, da vor Gericht derjenige gewinnt, der etwas darlegen und beweisen kann.

<sup>35</sup> Ebenda, S. 19, zu Nr. 4 (§ 142 InsO-E).

<sup>36</sup> BGH-Urt. v. 12. 2. 2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015 S. 628 ff., Rn. 25; hierzu Hiebert, ZInsO 2015 S. 621 ff.