

Auf der Hochebene des Anfechtungsrechts

Vortrag

von

PräsLG a.D. Prof. Dr. Michael Huber

auf dem Berlin/Brandenburger Arbeitskreis für
Insolvenzrecht e.V.

am 25. September 2019

in Berlin

1

1

Gesamtübersicht:

(§§ ohne nähere Bezeichnung sind stets solche der InsO)

I. Aufstieg (Prolog) Die Gleichklangthese in der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens

1. Aktueller Einblick und
2. kleiner Rückblick auf die Stationen der historischen Gesetzgeber.
3. Die Defizite zur Gleichklangthese in der Anfechtungsreform 2017

II. Dickicht der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung

1. Nur nebenbei bemerkt: Zur Verkürzung der Anfechtungsfrist von zehn auf vier Jahre **auch** bei Inkongruenz der Deckung gibt es lediglich literarische Kritik.
2. Aber sehr bedeutsame Konfliktlage zwischen der Lösung des Gesetzgebers in § 133 **Abs. 3** und den neuen Wegen des IX. ZS des BGH zu § 133 **Abs. 1** (Anschluss an die Veranstaltung vom 30.5.2018)
3. Kardinalfrage: Kleiner Mann – was nun?
4. Pragmatischer Lösungsvorschlag aus Sicht von Insolvenzverwaltung (Abfassung der Klagebegründung), Gläubiger (Abfassung der Klageerwiderung) und Tatgerichten (Abfassung der Entscheidungsgründe)

III. Blick in die Zukunft auf zwei offene Grundsatzfragen

1. Schicksal des bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausches?
2. Was ist „unlauter“?

2

2

I. Aufstieg (Prolog). Die Gleichklangthese der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens

Schrifttumshinweis: *Huber, Zum Gleichklang bei der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens*, in: FS Pannen, 2019, 381.

1. Aktueller Einblick:

- Mit dem *Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz* hat der Gesetzgeber der **Anfechtungsreform 2017** bekanntlich bezweckt, „Rechtsunsicherheiten namentlich im Bereich der Vorsatzanfechtung nach InsO und AnfG“ zu beseitigen;
 - zu letzterem heißt es in der Begründung (BT-Drucks. 18/7054, S. 20): „Bereits nach geltendem Recht entspricht die Vorsatzanfechtung nach dem Anfechtungsgesetz weitestgehend der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung. Es gibt keinen Grund, diesen Gleichklang im Anfechtungsrecht aufzugeben Die Änderungen bei § 133 InsO sollen daher auch im Rahmen des § 3 AnfG nachvollzogen werden.“
2. Kleiner Rückblick auf die Stationen zur Gleichklangthese der historischen Gesetzgeber.
- Und in der Tat lautete die **Absichtsanfechtung** nach § 31 Nr. 1 KO ebenso wie die nach § 3 Nr. 1 AnfG a.F. – beide Gesetze gehörten zu den am 1.10.1979 in Kraft getretenen Reichsjustizgesetzen.

3

3

- Später (in den 1960-er Jahren – also lange von der Insolvenzrechtsreform 1999) hat der BGH noch unter Geltung von KO und AnfG a.F. entschieden, dass eine Gläubigerbenachteiligungs*absicht* **nicht** der alleinige Zweck des Schuldnerhandelns gewesen sein muss;
- noch später (BGH ZIP 1991, 807, 808) wurde dann explizit ausgesprochen, dass *dolus eventualis* genügt; entsprechende war die Rechtslage (nach Herstellung der deutschen Einheit am 3.10.1990) gem. dem zunächst fort geltenden § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO.
- Die danach ziemlich irreführende Bezeichnung „Absicht“ wurde vom Gesetzgeber erst mit in Krafttreten der **Insolvenzrechtsreform 1999** beseitigt; seitdem sprechen InsO und AnfG von *vorsätzlicher Benachteiligung* (allerdings mit einer rechtsgeschichtlichen Besonderheit zur zeitlich befristeten Fort - Geltung der KO im Beitrittsgebiet, vgl. *Huber* FS Pannen, S. 383).
- Und an diese lange Geschichte des Gleichklangs hat der Gesetzgeber der **Anfechtungsreform 2017** nun – wie einleitend schon angesprochen – bewusst angeknüpft, freilich nicht überzeugend, wie sich gleich zeigen wird:

4

4

3. Die Defizite zur Gleichklangthese in der Anfechtungsreform 2017

Der Gleichklang der Vorsatzanfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens wurde nämlich nur formal durch völlig gleichlautende § 133 InsO und § 3 AnfG hergestellt, **dogmatisch aber nicht überzeugend, und zwar weder in der InsO noch im AnfG!**

- Denn zwar gibt es in der **InsO** eine Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung auch bei einem Bargeschäft nach § 142 Abs. 1 InsO, wie schon aus dem Verweis auf „die Voraussetzungen des § 133 Absätze 1 bis 3“ folgt (wobei übrigens für ein Bargeschäft immer Kongruenz der Deckung voraussetzt wird),
- Allerdings müssen dann **nicht nur** die im dortigen Anfechtungstatbestand (hier in § 133 Abs. 3) bestimmten Voraussetzungen gegeben sein,
- **vielmehr** muss der andere Teil (also der Gläubiger) zusätzlich erkannt haben, „dass der Schuldner **unlauter** handelte“ (§ 142 Abs. 1 InsO a.E), was denkgesetzlich ein vorheriges unlauteres Verhalten des Schuldners erfordert.
- Folglich ist dogmatisch (für die InsO!) zu beanstanden, dass die anfechtungsrechtlichen Voraussetzung für eine Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung **nicht** vollständig im Anfechtungstatbestand (§ 133 Abs. 3 InsO) enthalten sind, weil dort die Merkmale „*unlauteres Schuldnerhandeln und Kenntnis des anderen Teils davon*“ fehlen.

5

5

- Außerdem gibt es in der Gläubigeranfechtung nach dem **AnfG** keine, dem § 142 InsO entsprechende Vorschrift!
- Anders ausgedrückt: Der Anfechtungstatbestand des § 133 Abs. 3 InsO wurde durch eine weitere Norm zwar außerhalb des Tatbestandes, aber (wenigstens innerhalb der InsO) verschärft, was dort natürlich letztlich kein Problem darstellt;
- wo aber findet sich die entsprechende Verschärfung des Anfechtungsrecht im Falle einer Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens nach § 3 Abs. 3 AnfG?
- Jedenfalls lässt sich diese Systematik **nicht** dem (angeblich so grundlegenden) Gleichklangprinzip in Einklang bringen.
- Dabei wird hier an dieser Stelle das **Folgeproblem sowohl für InsO wie AnfG** noch zurückgestellt, nämlich was das neue Merkmal „unlauter“ meint ; dazu → III. 2.

6

6

II. Dickicht der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung

1. Nur nebenbei bemerkt:

- Dass § 133 Abs. 2 InsO **alle** Deckungshandlungen erfasst – also sowohl die *begrifflich* kongruenten, wie die *begrifflich* inkongruenten – folgt schon daraus, dass diese Vorschrift beide Arten nicht unterscheidet, anders als § 133 Abs. 3 InsO, der ausdrücklich **nur** kongruente betrifft (arg. Umkehrschluss).
- Die Gleichbehandlung beider Arten durch einheitliche Verkürzung der Anfechtungsfrist von zehn auf vier Jahre **auch** bei Inkongruenz der Deckung war freilich schon im Gesetzgebungsverfahren sehr umstritten (kritisch auch schon damals *Huber ZInsO 2015, 713, 717*);
- neuerdings bezeichnet dies Gleichstellung sogar **Ganter** (NZI 2019, 481) als „gesetzgeberischen Missgriff“ - eine bemerkenswerte Kritik, denn der Autor war früher immerhin Vorsitzender des IX. ZS des BGH.
- Im Ergebnis ist diese **literarische Kritik** freilich uninteressant → Art. 20 Abs. 3 GG.

7

7

2. Eine in der **Praxis** sehr bedeutsame **Konfliktlage** besteht demgegenüber zwischen der Lösung des Gesetzgebers in § 133 **Abs. 3 S. 2** in Neu-Fällen (Insolvenzeröffnung **am** 5.4.2017 oder später) und der Lösung des IX. ZS des BGH zu § 133 **Abs. 1** in Alt-Fällen (Insolvenzeröffnung **vor** dem 5.4.2017) ; sog. Stichtagsregelung → Art. 103j EGinsO.

- Diese Problematik war schon Gegenstand meiner Veranstaltung vor dem Arbeitskreis am 30.5.2018. Wer erinnert sich daran?
- Nun gut: Jedenfalls wird dazu im Folgenden nur ein kurzer Problemaufriss zur Erinnerung angeboten, dann (= ganz **neu** !) die Kardinalfrage (→ 3.) gestellt und schließlich der von mir vertretene pragmatische Lösungsvorschlag (→ 4.) präsentiert.
- Zur Erinnerung an die frühere Veranstaltung: Die Kernproblem und eigentliche Triebfeder für ganze Reform der Vorsatzanfechtung war, ob ein Schuldner überhaupt mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handeln kann, der seinem Gläubiger nur das gewährt, was diesem zusteht, also ihn kongruente bedient, und vor allem, ob der Gläubiger das erkennen kann?
- Beides hatte der IX. ZS bekanntlich in ständiger Rechtsprechung zu § 133 **Abs. 1** (= bisherige *sedes materiae* zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung) bejaht.
- Dem ist der Gesetzgeber dann aber entgegengetreten und hat das Problem bekanntlich durch die berühmte „Negativvermutung“ in § 133 **Abs. 3 S. 2** zur Ratenzahlungsvereinbarung (dort spielt ja in der Praxis „die Musik“) gelöst, bei der es sich hoch der amtlichen Begründung um eine widerlegliche Vermutung handelt; genügt das oder wird dazu mehr gewünscht?

8

8

- Allerdings hat der IX. ZS seine Rechtsprechung zu § 133 **Abs. 1** in sehr engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Reformgesetzes (Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach InsO und AnfG) grundlegend neu ausgerichtet, nämlich (zur Mitwirkung des Schuldners an einer Vollstreckungsmaßnahme des Gläubigers, zur Anfechtbarkeit bei bargeschäftsähnlichem Leistungsaustausch, zur Vermutungsregel nach § 133 Abs. 1 S. 2) und vor allem eben auch zur Ratenzahlungsvereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger;
 - genügt das? Eventuell bitte nachlesen *Huber* Die neuen Wege des BGH in der Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO, ZIP 2018, 519.
 - Und wie ist nun dieses **Dilemma** (Konflikt zwischen der Lösung des Gesetzgebers und der des IX. ZS) bei einer Ratenzahlungsvereinbarung in der Praxis aufzulösen?
 - Das führt zur →
- 3. Kardinalfrage: Kleiner Mann – was nun?**
- Diese Frage ist nicht ketzerisch, sondern sehr ernst gemeint, vor allem wenn man sich vergegenwärtigt, was die noch (!) maßgeblich Herrn des IX. ZS (in der noch aktuellen Besetzung!) vom Gesetz halten:

9

9

- Denn das zu den neuen Wegen des IX. ZS Vorgetragene mündet doch jetzt zwangsläufig in die Frage, was nun überhaupt noch zur „Verbesserung der Rechtssicherheit“ für eine Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung, die nun von § 133 Abs. 3 erfasst wird, in Betracht kommen sollte?
- Und als Antwort darauf lässt sich nur schlussfolgern, dass man die *Unterschiede zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung* zwischen dem bisherigen (= dem für Alt-Fälle weiter geltenden) § 133 **Abs. 1** sowie dem neuem § 133 **Abs. 3** bereits jetzt als zumindest weitgehend eingeebnet, wenn nicht schon gänzlich bereinigt ansehen kann.
- Entsprechendes gilt auch für die Beweisregeln in der zuletzt genannten Vorschrift wozu bereits zwei bezeichnende und vieldeutige (!) Meinungsäußerungen aus dem Kreis des IX. Zivilsenats vorliegen: Die eine → **Gehrlein** (*A/G/R, Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2017, § 133 Rn. 52*) sagt zu **Satz 1**, „dass man damit wird leben können“ (und wie das zu verstehen ist, hat sich ja gerade gezeigt (→ Folien 34 ff.). Und die andere bemerkt zu **Satz 2**, dass damit nur „der Eindruck vermittelt werden (soll), „als gäbe es etwas grundsätzlich Neues, während dort tatsächlich nur schon bisher für eine Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes maßgebliche Beweisanzeichen behandelt“ würden → **Pape** (*ZInsO 2018, 206, 300, 301*).
- Oder ganz diplomatisch mit anderen Worten ausgedrückt: „Die Anfechtungsreform verbietet **nicht**“, auf die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen zum Nachweis des Benachteiligungsvorsatzes des Schuldners und der Kenntnis davon beim Anfechtungsgegner zurückzugreifen → **Gehrlein** (*ZInsO 2018, 2357, 2359*).

10

10

- Also lautete die Kernfrage, woran sich nun Insolvenzverwaltung und Gläubigerberatung bei Durchsetzung (Klagebegründung) bzw. Abwehr (Klageerwiderung) einer Vorsatzanfechtung nach gänzlich oder teilweise erfüllter, letztlich aber doch gescheiterter Ratenzahlungsvereinbarung am besten orientieren sollen,
- wobei natürlich nicht das Überleitungsrecht (= weiter geltendes Recht gem. der → Stichtagsregelung gemeint ist, denn dann gilt unzweifelhaft ausschließlich die neue Rechtsprechung des IX. ZS zu § 133 **Abs. 1** InsO,
- sondern der **Ausblick** auf die Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes zur (einmal muss es noch dem Gehege der Zähne entfleuchen) „Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach InsO (und AnFG)“;
- also nochmals: Woran sich in diesen Neu-Fällen (Insolvenzeröffnung am 5.4.2017 oder später – wer hat schon solche?) orientieren? An der → Lösung des Gesetzgebers oder gleichwohl an den neuen (dann freilich schon etwas „alten“) Wegen des IX. ZS?
- Doch auch dazu gibt es einen klaren Wegweiser seit dem vom Olymp des IX. Zivilsenats geschleuderten Blitz zu den Konsequenzen des neuen Anfechtungsrechts auf die Rechtsprechung des BGH mit der Illumination „Viel Lärm um nichts“ → **Kayser** (ZIP 2018, 1153).

11

11

4. Pragmatischer Lösungsvorschlag aus Sicht von Insolvenzverwaltung (Abfassung der Klagebegründung), Gläubiger (Abfassung der Klageerwiderung) und Tatgerichten (Abfassung der Entscheidungsgründe)

Argumentationsschritte:

1. Schritt:

- Ist augenscheinlich – wie gerade dargelegt - vom IX. ZS des BGH zur Problemlage ohnehin schon alles Notwendige gesagt, warum sollten dann die gewöhnlich Sterblichen in Insolvenzverwaltung, Gläubigerberatung und Tatgerichten (also der → kleine Mann) nicht am einfachsten auch weiterhin die vom Senat gebahnten Wege beschreiten?
- Schließlich geht es um nichts anderes als die Subsumtion beim subjektiven Tatbestand zum Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung des Schuldners und die Kenntnis des anderen Teils davon.
- Beides lässt sich (weil es um subjektive Merkmale geht) sowieso nur im Wege des mittelbaren Beweises durch Feststellung und Bewertung von Beweisanzeichen, also kurz gesagt durch Indizienbeweis erschließen. Und insoweit verbietet die Anfechtungsreform eben **nicht**, auf die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung dazu entwickelten Beweisanzeichen zurückzugreifen

12

12

2. Schritt:

- Außerdem ist zu erwarten, dass der Senat an seinen neuen Entscheidungen festhalten wird, die folglich für das neue Anfechtungsrecht 2017 „entsprechend“ angewendet werden können.
- Nichts anderes meint der hier vertretene „*pragmatische Lösungsvorschlag*“.
- Nur eine solche Umsetzung gewährleistet, die Überzeugungsbildung (§ 286 Abs. 1 S.1 ZPO) durch Insolvenzverwaltung bzw. Gläubiger (durch eine fachgerechte Klagebegründung bzw. Klageerwiderung) so vorbereitet wird, dass in den Tatsacheninstanzen die richtigen Urteile gefällt werden können – auch wenn sie später der hohe IX. Zivilsenat des BGH manchmal (oder doch öfters?) korrigieren muss.

3. Schritt:

- Die Grundregel für die pragmatische Umsetzung lautet deshalb: **Alles ist Indizienbeweis,**
- und dazu findet man die optimale Orientierung eben in der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung des Senats, jedoch mit zwei Einschränkungen, die gleich → III. folgen.

13

13

III. Blick in die Zukunft auf zwei offene Grundsatzfragen**1. Schicksal des bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausches?**

- Korrekturen erscheinen für bestimmte Begründungselemente im sog. „Mühlenfall“ (BGH, Ur. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12) notwendig. Dort war der Senat zwar von dem (weitgehend allgemein akzeptierten) Grundsatz ausgegangen, dass der Schuldner bei einem bargeschäftsähnlichen, zur Unternehmensfortführung notwendigen Leistungsaustausch **nicht** mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, hatte jedoch davon eine Ausnahme gemacht, wenn der Schuldner erkennt, dass die Unternehmensfortführung unrentabel und deshalb für die Gläubiger auch auf längere Sicht ohne Nutzen ist.
- Doch genau auf Letzteres (auf einen konkreten Nutzen) kommt es nach dem Willen des Gesetzgebers ausweislich der amtlichen Begründung zum Anfechtungsrecht 2017 **nicht** (mehr) an (BT-Drucks. 18/7054, S. 19; umfassend zum Problem *Ganter*, NZI 2018, 585.

14

14

2. Was ist „unlauter“?

- Mit Spannung erwarten darf man außerdem, wie sich der IX. ZS des BGH zum Merkmal „**unlauter**“ bei der Vorsatzanfechtung positionieren wird. Notwendig ist insoweit zunächst eine **Befunderhebung**, die recht kompliziert ausfällt und eine für Sie (jedenfalls hier) ungewohnte Zitierweise (nach Az., Datum und Senat) erfordert, um Transparenz herzustellen:
- Die alte, schon aus dem Jahr 2003 stammende Entscheidung (BGH, Urt. v. 17.7.2003 – IX ZR 272/02, NZI 2003 527 m. Anm. *Huber*) ist jedenfalls nicht mehr einschlägig
- Seinerzeit ging es um die Frage, ob der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ein *unlauteres Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger* voraussetzt, was der Senat früher angenommen hatte (BGH, Urt. v. 4.2.1954 – **IV ZR** 164/53, BGHZ 12, 232, 238 und - weil die Zuständigkeit erst später auf den IX.ZS übergegangen! ist! - BGH, Urt. v. 21.1.1993 – **IX ZR** 275/91, BGHZ 121, 179, 185; beide Entscheidungen betrafen übrigens das AnfG!), dann jedoch in der zitierten Entscheidung verneint hat (BGH, Urt. v. 17.7.2003 – **IX ZR** 272/02, ZInsO 2003,859 = ZIP 2003. 1799;
- ausführlich zum Problem *Kirchhof*, Fraudulös, betrügerisch, unlauter – Versuche zur Einschränkung des Vorsatzbegriffs im Sinne von § 133 InsO, in: FS Fischer, 2008, S. 285).

15

15

- Seitdem genügt nach herrschender Meinung bedingter Vorsatz und ist unlauteres Handeln **nicht** erforderlich - jedenfalls **nicht** für die Vorsatzanfechtung nach InsO (schon immer aA. für die Einzelgläubigeranfechtung nach AnfG (!) aber *Huber* AnfG 11. Aufl.2016, § 3 Rn. 21)
- Jetzt sind freilich die Karten wegen des neuen § 142 Abs. 1 InsO für den IX. ZS des BGH wieder ganz neu gemischt,
- sofern sich mit der Problemlage nicht als erstes wie naheliegend (horribile dictu) der 6. Senat des BAG befassen wird.

Schrifttumshinweis zum Nachlesen von allem zu II.4. + III →
Huber, Für eine pragmatische Lösung zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung (§ 133 InsO), in: FS Pape, 2019, 169 = (Zweitveröffentlichung) ZInsO 2019, xxxx.

Vielen Dank für Ihre freundliche Aufmerksamkeit!

16

16