

**Die neueste Rechtsprechung des IX. Zivilsenat
des BGH zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz
der Deckung nach
§ 133 Abs. 1 (!) InsO - oder:**

**War das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei
Anfechtungen nach InsO (und AnfG) überhaupt nötig?**

**Vortrag
von
PräsLG a.D. Prof. Dr. Michael Huber
auf dem Berlin/Brandenburger Arbeitskreis für
Insolvenzrecht e.V.
am 30. Mai 2018**

1

Gesamtübersicht:

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

I. Prolog

1. Zeitliche Abgrenzung zwischen bisherigem und neuem Recht gem. Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach InsO (und AnfG) samt Übergangsrecht mit Stichtagsregelung.
2. Konkrete Problemstellung für diesen Vortrag

II. Lösung des Anfechtungsrechts 2017 zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung

1. Übersicht zum **neuen § 133 Abs. 2 und 3**
2. Übersicht zur **neuen** Bargeschäftsregelung nach **§ 142**

III. Neuausrichtung des IX. ZS des BGH für Alt-Fälle nach § 133 Abs.1

1. zur Mitwirkung des Schuldners an einer Vollstreckungsmaßnahme des Gläubigers,
2. zur Anfechtbarkeit bei Leistungsaustausch in bargeschäftsähnlicher Weise,
3. zur Vermutungsregelung nach Abs. § 133 Abs. 1 S. 2,
4. zur aus der Zahlungseinstellung des Schuldners folgenden Indizwirkung für dessen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des Gläubigers davon und schließlich dazu, welche Schlüsse ein Gläubiger aus einer Ratenzahlungsbitte seines Schuldners noch ziehen kann.

IV. Etwas provokantes Schlusswort

2

I. Prolog

1. Zeitliche Abgrenzung zwischen bisherigem und neuem Recht.
 - Seit der Anfechtungsreform 2017 durch das → Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach InsO und AnfG (v. 29.3.2017, BGBl. I, S. 654), in Kraft getreten am 5.4.2017 ist gemäß der Überleitungsvorschrift (Art. 103j EGIInsO) zu unterscheiden:
 - In den **vor** diesem Zeitpunkt (Inkrafttreten) eröffneten Insolvenzverfahren sind die die bisherigen Vorschriften weiter anzuwenden, während das neue Recht für **an** diesem Tag oder **später** eröffneten Verfahren gilt. Stichtag = also der **5.4.2017**;
 - eine Ausnahme gibt es nur für die Verzinsung eines auf Geldzahlung gerichteten Rückgewähranspruchs nach § 143 Abs. 1 S. 3 (n. F.), die hier nicht weiter interessiert, obgleich sie für Anfechtungsklagen höchst praxisrelevant ist (vgl. BGH, Urt. v. 1.3.2018 – IX ZR 207/15, ZIP 2018, 792).
2. Konkrete Problemstellung zur **Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungshandlungen** (nur das ist Thema dieses Vortrags!):
 - Bei Insolvenzeröffnung **vor** dem 5.4.2017 (sog. Alt-Fälle) gehört die Möglichkeit der Vorsatzanfechtung nach § **133 Abs. 1** bei (oder besser gesagt trotz) Kongruenz der Deckung seit langem zum festen Bestandteil höchstrichterlicher Rechtsprechung jedenfalls des IX. Zivilsenats des BGH, wobei (nach wie vor) bedingter Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auf Seiten des Schuldners ausreicht,

3

- obgleich Letzteres doch schon vom Ansatz her durchaus zweifelhaft erscheinen mag, wenn der Schuldner seinem Gläubiger nur das gewährt, worauf dieser Anspruch hat; Problemstichworte außerdem: „Abstandsgebot“ und (vor allem auch nach BAG) „Stufenverhältnis“!
- Die Debatte dazu ist wegen der Anfechtungsreform 2017 nun an sich erledigt, mit welcher der Gesetzgeber ja gerade das Ziel verfolgt, „den Wirtschaftsverkehr ... von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen“ (gemeint natürlich die Praxis vor Verabschiedung des Reformgesetzes).
- Außerdem wurde für die Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungshandlungen ohnehin eine ganz neue eigenständige Regelung in § **133 Abs. 3** etabliert; dazu näher → II.
- Allerdings hat der IX. Zivilsenat im Rahmen des § **133 Abs. 1** inzwischen **andere Wege zur Problembewältigung** gefunden – und zwar (**hört, hört**) teils zeitnah vor, teils praktisch zeitgleich mit und teils unmittelbar nach Inkrafttreten des genannten Reformgesetzes (5.4.2017)! Um diese Neuorientierungen geht es anschließend → III.
- Die Kernfrage, wie sich das alles zum neuen Anfechtungsrecht 2017 (§ 133 Abs. 3) verhält, wird das etwas provokante Schlusswort beantworten → IV.

4

II. Lösung des Anfechtungsrechts 2017 zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung

1. Übersicht zum neuen § 133 Abs.2 und 3

- Unverändert ist der Grundtatbestand (§ 133 Abs. 1) mit der 10-jährigen Anfechtungsfrist samt der Vermutungsregelung (§ 133 abs. 1 S. 2).
- **Neu** ist die Verkürzung der Anfechtungsfrist auf 4 Jahre bei jeder Art von Deckungshandlungen (inkongruenten wie kongruenten!) nach **§ 133 Abs. 2,**
- **Neu** ist auch - allerdings nur für kongruente Deckungshandlungen - **§ 133 Abs. 3,**
- der in **Satz 1** den Vermutungstatbestand anders anknüpft (was allerdings der IX. ZS. schon vorweg genommen hat → Folie 10) und
- der in **Satz 2** die in der Praxis bedeutsamen Fallgruppen von Zahlungserleichterungen/Ratenzahlungen wie folgt regelt:

5

- *„Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“*
- *Die Rechtsnatur dieser Negativ-Vermutung erscheint ziemlich dunkel, nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 18/7054) handelt sich um eine **widerlegliche Vermutung** (§ 292 ZPO)*

2. Übersicht zur neuen Bargeschäftsregelung nach § 142

- Begriff des Bargeschäfts ist unverändert (unmittelbarer und gleichwertiger, kongruenter (!) Leistungsaustausch), ebenso die (nur redaktionell angepasste) Verweisung „auf die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3“ (heißt zugleich auch → Ausschluss des § 130);
- nach dem **neuen Recht** muss der andere Teil aber (systematische verfehlt!) **zusätzlich** erkannt haben, „dass der Schuldner unlauter handelte“- welch ein Rätsel!
- **Neu** ist außerdem die Verknüpfung zur Art der ausgetauschten Leistungen mit den „Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ in § 142 Abs.2 S. 1, während die übrigen Änderungen nur für das Arbeitsrecht interessant sind.

6

III. Neuausrichtung des IX. ZS des BGH für Alt-Fälle nach § 133 Abs.1

(Achtung: Die Urteilsdaten sind fett gesetzt, um den zeitlichen Abstand zum Stichtag **5.4.2017** hervorzuheben)

1. Mitwirkung des Schuldners an einer Vollstreckungsmaßnahme des Gläubigers:

- Der Grundtatbestand des (unverändert gebliebenen) § 133 Abs. 1 erfasst grundsätzlich **nicht** Rechtshandlungen Dritter, wozu insbesondere reine Zwangsvollstreckungshandlungen eines Gläubigers gehören, **außer** bei bewusstem (kollusivem) Zusammenwirken von Schuldner und Vollstreckungsgläubiger oder bei einer mitwirkenden Rechtshandlung des Schuldners an der Zwangsvollstreckungshandlung des Gläubigers; denn dann liegt eine Rechtshandlung **auch** des Schuldners vor.
- Und genau dazu hat nun der IX. Zivilsenat eine ganz zentrale Neuausrichtung vorgenommen (BGH, Urt. v. **1.6.2017** – IX ZR 48/15, ZIP 2017, 1281; BGH, Urt. v. **1.6.2017** – IX ZR 1134/16, ZIP 2017, 1479):
- Voraussetzung ist jetzt nämlich, dass der Beitrag des Schuldners zum Erfolg der Zwangsvollstreckungsmaßnahme ein der Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers **vergleichbares Gewicht** hat, woran es fehlt, wenn sich der Schuldner angesichts einer bevorstehenden oder bereits eingeleiteten, berechtigten Vollstreckungsmaßnahme nicht anders verhält, als ohne die Vollstreckung und sich darauf beschränkt, die Vollstreckung des Gläubigers hinzunehmen.

7

- In der Folgeentscheidung (Urt. v. **14.9.2017** – IX ZR 108/16, ZIP 2017, 1692; dazu *Huber* EWIR 2017, 69). hat der Senat daraus zwei für die künftige Entwicklung ganz zentrale Schlüsse gezogen, die hier nur in den beiden Leitsätzen vorgestellt, aber gründlich nachgearbeitet werden sollte (vgl. Huber ZIP 2018, 519, 521):
- LS 1: Vollstreckt ein Gläubiger aus einem Anerkenntnisurteil, führt das Anerkenntnis durch den Schuldner zu keiner mitwirkenden Rechtshandlung, wenn die anerkannte Forderung bestand und eingefordert werden konnte und der Schuldner dem Gläubiger durch das Anerkenntnis nicht beschleunigt einen Titel verschaffen wollte.
- LS 2: Vollstreckt ein Gläubiger aus einem Anerkenntnisurteil, das auf einem Vergleich beruht, kann in dem Vergleichsschluss nur dann eine mitwirkende Rechtshandlung des Schuldners liegen, wenn der Vergleichsinhalt den Bereich verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft sein kann.
- Analyse: Wahrlich - eine Revolution!

8

2. Anfechtbarkeit bei Leistungsaustausch in bargeschäftsähnlicher Weise

- Insoweit lässt der IX. Zivilsenat das aus der Kenntnis des Schuldners von seiner Zahlungsunfähigkeit folgende (so wörtlich) „starke“ Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz grundsätzlich unberührt, schränkt die Indizwirkung aber gleichwohl eben wegen der bargeschäftsähnlichen Leistungssituation erheblich ein (BGH, Urt. v. **12.2.2015** – IX ZR 180/12, ZIP 2015, 585 („Mühlenfalle“); vgl. auch BGH, Urt. v. **17.11.2016** – IX ZR 65/15, ZIP 2016, 2423)
- Grundmotiv dieser Konstruktion war (ist) ersichtlich, einen Weg zu eröffnen, auf dem der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners verneint werden kann, wenn in engem zeitlichen Zusammenhang (außerhalb der 30-Tage-Regel, denn sonst läge ja ohnehin ein Bargeschäft vor) Leistungen in kongruenter Weise ausgetauscht werden, die zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens nötig sind und damit den Gläubigern im allgemeinen nützen, was zugleich einer Kenntnis des anderen Teils und einer Vermutungswirkung zu dessen Lasten entgegen stehen kann.
- Beides ist freilich in der grundlegende Entscheidung trotz Belieferung des Schuldners zu marktgerechten Preisen wegen eines verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts des Geschäftspartners nicht eingetreten.
- Um den Leistungsaustausch in bargeschäftsähnlicher Weise geht es auch im nächsten Problembereich:

9

3. Vermutungsregelung nach Abs. § 133 Abs. 1 S. 2,

- Die Änderung betrifft einen Fall der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung nach dem (unveränderten) § 133 Abs. 1 InsO samt der Vermutungsregel in einem solchen Fall nach Satz 2 dieser Vorschrift (zur Kenntnis eines Gläubigers), wozu der Senat seine Rechtsprechung jetzt **grundlegend geändert** und damit insoweit das neue Anfechtungsrecht **praktisch vorweg** genommen hat (BGH, Urt. v. **4.7.2017** – IX ZR 285/16, ZIP 2017, 1232; dazu *Huber* EWIR 2017, 433.
- LS: *„Tauscht der zahlungsunfähige Schuldner mit seinem Gläubiger in bargeschäftsähnlicher Weise Leistungen aus, kann allein aus dem Wissen des Gläubigers um die zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht auf sein Wissen von einer Gläubigerbenachteiligung geschlossen werden; ein solcher Schluss setzt das Wissen des Gläubigers voraus, dass die Belieferung des Schuldners mit gleichwertigen Waren für die übrigen Gläubiger nicht von Nutzen ist, weil der Schuldner fortlaufend unrentabel arbeitet und weitere Verluste erwirtschaftet.“*
- Konsequenz: Wie sollte in solchen Fällen noch der Beweis gelingen, ein („normaler“) Gläubiger habe gewusst, „dass der Schuldner unrentabel arbeitet und bei Fortführung seines Geschäfts weitere Verluste erwirtschaftet“ (von sog. institutionellen Gläubigern abgesehen)?

10

4. Ratenzahlungsvereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner und Indizwirkung

- Sehr komplexe Rechtslage für die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung des Schuldners, der um Ratenzahlung nachsucht, also selbst einräumt, derzeit nicht voll leisten zu können.
- Dabei geht es jetzt **nicht** um einen Gläubiger mit Vollsteckungstitel, also nicht um eine Ratenzahlungsvereinbarung zwischen Gerichtsvollzieher und Schuldner, wozu es freilich ebenfalls eine wichtige Neuorientierung zur Ratenzahlungsvereinbarung mit Gerichtsvollzieher über geringfügige Forderung gibt (BGH, Urt. v. **6.7.2017** – IX ZR 178/16, ZIP 2017, 1677);, wonach aus der Bitte des Schuldners um Ratenzahlung alleine **nicht** zwingend auf eine schon erfolgte Zahlungseinstellung geschlossen werden kann.
- Schwerpunkt ist nun die Ratenzahlungsvereinbarung zwischen Gläubiger (ohne Titel!) und Schuldner selbst, wozu der Senat seine frühere, aus Gläubigersicht sehr rigorose Rechtsprechung (Ratenzahlungsbitte = faktisch immer durchschlagendes Indiz für Zahlungseinstellung und Kenntnis) schrittweise **glockert** und dann grundlegend **neu ausgerichtet** hat wie folgt:

11

- Zunächst: Bitte des Schuldners um Ratenzahlung als solche ist **kein** Indiz für seine Zahlungseinstellung ist, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält (BGH, Urt. v. **16.4.2015** – IX ZR 6/14, ZIP 2015, 93).
- Dann aber wieder Einschränkung: Es entspricht **nicht** den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, wenn die Ratenzahlungsbitte erst nach mehrmaligen, fruchtlosen Mahnungen und nicht eingehaltenen Zahlungszusagen gegenüber einem vom Gläubiger mit dem Forderungseinzug betrautem Inkassounternehmen geäußert wird (BGH, Urt. v. **24.9.2015** – IX ZR 308/14, ZIP 2015, 2180).
- Umgekehrt: Indizien für eine Zahlungseinstellung = gegeben, wenn der Schuldner selbst erteilte Zahlungszusagen nicht einhält oder verspätete Zahlungen nur unter dem Druck einer angedrohten Liefersperre vornimmt (BGH, Urt. v. **9.6.2016** – IX ZR 174/15, ZIP 2016, 1348; dazu *Huber* EWIR 2016, 537; Bestätigung BGH, Urt. v. **16.6.2016** – IX ZR 23/15, ZInsO 2016, 1427).
- Nun (vorerst endgültige) Neuausrichtung dieser doch recht **schillernde Rechtsprechung**: *Erklärt der Schuldner* einem Gläubiger, eine fällige Zahlung nicht in einem Zug erbringen und nur Ratenzahlungen leisten zu können, darf daraus **nicht** zwingend geschlossen werden, das er seine Zahlungen schon eingestellt hat (BGH, Urt. v. **14.7.2016** – IX ZR 188/15, ZIP 2016, 1686).

12

IV. Etwas provokantes Schlusswort

- Was soll nach dieser Neuausrichtung das der Anfechtungsreform 2017 zugrunde liegenden Gesetz überhaupt noch an „Verbesserung der Rechtssicherheit“ im Bereich der Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung bringen (können)?
- Übrigens – erinnern Sie sich? Schon einmal - nämlich 2006! - war vom Gesetzgeber versucht worden, höchstrichterliche Rechtsprechung durch eigene, berichtigende Worte Makulatur werden zu lassen (vgl. zu dieser „Moritat“ *Huber ZIP 2007, 501*).
- Damals hatte der *Verfasser* (vergeblich) auf ein kleines „Damaskus-Erlebnis“ des IX. Zivilsenats gehofft, damit zur Vorsatzanfechtung bei Kongruenz der Deckung nicht alles beim Alten bleibt; Korrekturen erfolgten (leider) nicht. Jetzt waren (sind) sie plötzlich möglich und das, obgleich doch § 133 Abs.1 InsO seit 1.1.1999 (und künftig) unverändert fort gilt!
- Was wäre uns bei einer früheren „Bekehrung“ des hohen IX. Zivilsenats des BGH nicht alles erspart geblieben?

13

- Jetzt kann - umgekehrt gewendet! - der Kommentar zur Gesetzesreform (im hier besprochenen Bereich) aus niederbayerischer Sicht nur lauten:

„Alles für die Katz“ gewesen – oder?

(alles näher nachzulesen bei *Huber ZIP 2018, 519*)

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

14