

## **Insolvenzanfechtung: Der Begriff der Unlauterkeit im Sinne des § 142 InsO n.F.**

**Wider den Versuch, den Willen des Gesetzgebers zu umgehen – zugleich Erwiderung auf Pape, ZInsO 2018, 296 ff.; Neuberger, ZInsO 2018, 1242 ff.; Sämisch/Deichgräber, ZInsO 2018, 773 ff.**

von Rechtsanwalt Dr. Olaf Hiebert, Düsseldorf\*

*Nach Maßgabe des reformierten § 142 InsO soll eine Anfechtung – im Unterschied zum alten Recht – auch nach der Vorschrift des § 133 InsO ausgeschlossen sein, wenn die Voraussetzungen des in § 142 InsO näher bestimmten Bargeschäfts vorliegen. Andere Anfechtungsvorschriften als § 133 InsO werden a priori ausgeschlossen, soweit ein Bargeschäft vorliegt. Ausnahmsweise ist eine Anfechtung nach § 133 InsO aber auch nach neuem Recht möglich, wenn der Anfechtungsgegner erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte. In der Praxis liegen die Voraussetzungen für ein Bargeschäft regelmäßig ohnehin nur sehr selten vor. Das Kriterium der Unmittelbarkeit, also der Leistungsaustausch binnen maximal 30 Tagen, wird häufig nicht erfüllt.<sup>1</sup> Die Reform wird daher auch aus diesem Grund wirkungslos bleiben. Umso bemerkenswerter ist es, dass selbst kleine Verbesserungen für Gläubiger von interessengeleiteten Kreisen zunichtegemacht werden sollen, indem der neu eingeführte Begriff der Unlauterkeit entgegen dem eindeutig dokumentierten Willen des Gesetzgebers so ausgelegt wird, dass der Schuldner auch beim gewöhnlichen Leistungsaustausch unlauter handelt und der Gläubiger davon auch noch Kenntnis hat.<sup>2</sup> Diesem Bestreben ist vehement entgegenzutreten.*

### **I. Einleitung**

Das erklärte Ziel<sup>3</sup> des Gesetzes<sup>4</sup> zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der InsO und nach dem Anfechtungsgesetz ist es, „den Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen“. Dieses Ziel wird im We-

\* Dr. Olaf Hiebert ist Rechtsanwalt und FAInsR im Düsseldorfer Büro der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-gesellschaft mbH.

1 Pape, ZInsO 2018, 296, 303.

2 Hierfür mit verschiedenen Begründungen z.B. Pape, ZInsO 2018, 296, 304; Neuberger, ZInsO 2018, 1242 ff.; Sämisch/Deichgräber, ZInsO 2018, 773 ff.

3 BT-Drucks. 18/7054, S. 1 unter A, S. 10 unter A. Allgemeiner Teil.

4 V. 29.3.2017, BGBl. I 2017, Nr. 16, S. 654, verkündet am 4.4.2017 (BT-Drucks. 18/7054).

sentlichen nicht erreicht werden.<sup>5</sup> Dass der Grund für diese – mindestens gefühlte – Rechtsunsicherheit in einer extensiven, wenn nicht gar exzessiven Anwendung des § 133 Abs. 1 InsO ihre Ursache hat, darf für diesen Beitrag als offenkundig<sup>6</sup> unterstellt werden.

## II. Begriff der Unlauterkeit in § 142 InsO n.F.

Das Reformgesetz hat den Begriff der Unlauterkeit neu in die InsO eingeführt. Eine Legaldefinition, wie bspw. § 3 Abs. 2 UWG oder gar einen Anhang mit beispielhaften, unzulässigen Handlungen (vgl. § 3 Abs. 3 UWG), kennt die InsO nicht. Auch ein unreflektierter Rückgriff auf die Verwendung des Begriffs im Wettbewerbsrecht ist unzulässig. Der neu eingeführte Begriff der Unlauterkeit in § 142 InsO bedarf der Auslegung.

### 1. Wortlaut

Dem Adjektiv „unlauter“ werden im Duden die Bezeichnungen nicht ehrlich, nicht fair und nicht legitim zugeschrieben.<sup>7</sup> Als Synonyme zu „unlauter“ werden die Begriffe betrügerisch, heuchlerisch, hinterhältig, pharisäerhaft, unaufrichtig, unecht, unehrlich, verstellt, vorgegaukelt, vorgeschützt, vorgespiegelt, vorgetäuscht; (gehoben) arglistig, unredlich, unwahrhaftig; (umgangssprachlich) hintenrum, (abwertend) falsch, scheinheilig, verlogen, anrühlich, betrügerisch, fragwürdig, gesetzwidrig, illegal, irregulär, kriminell, missbräuchlich, rechtswidrig, regelwidrig, unerlaubt, unfair, ungesetzlich, unrechtmäßig, unsauber, unspornlich, untersagt, unzulässig, verboten, verbrecherisch, widerrechtlich, zweifelhaft, zwielichtig; (gehoben) dubios, unehrenhaft; (bildungssprachlich) illegitim; (abwertend) schmutzig; (spöttisch) und außerhalb der Legalität ausgewiesen.

Dass diese Zuschreibungen auf einen Lieferanten zutreffen, der den Schuldner im Fall der Zahlungsunfähigkeit weiter beliefert, ist fernliegend, allerdings auch nicht entscheidend, da es auf ein unlauteres Handeln *des Schuldners* ankommt.

Aus der Sicht des Gläubigers wird die Zahlung des Schuldners regelmäßig aber auch nicht mit den v.g. Beschreibungen in Verbindung gebracht werden können, insbesondere im Hauptanwendungsfall des § 142 InsO, dem kongruenten Deckungsgeschäft.

Da dem Schuldner jedwede Zahlung nach Eintritt der Insolvenzreife gem. § 64 GmbHG und den entsprechenden Parallelvorschriften aber jedenfalls faktisch untersagt ist, weil sie eine persönliche Erstattungspflicht auslöst, können solche Zahlungen nach dem Wortlaut zumindest als unzulässig, verboten oder auch widerrechtlich qualifiziert werden, wengleich die Mehrheit der o.g. Synonyme offenkundig nicht einschlägig ist. Ob aus diesen Vorschriften ein Zahlungsverbot und damit die Widerrechtlichkeit der Zahlung folgt, ist allerdings zweifelhaft. Insolvenz- und gesellschaftsrechtlich werden Zahlungen aber verbreitet<sup>8</sup> als „unzulässig“ und „verboten“ bezeichnet, sodass der Wortlaut „unlauter“ grds. auch kongruente Deckungsgeschäfte, folglich also auch den klassischen Leistungsaustausch, erfassen kann. Denn § 64

GmbHG hält auch kongruente Deckungsgeschäfte grds. für erstattungspflichtig, wengleich der Umfang der Erstattungspflicht gerade bei für die Unternehmensfortführung unverzichtbaren Geschäften höchst umstritten<sup>9</sup> ist und gerade Bargeschäfte nach zutreffender Ansicht nicht dem Zahlungsverbot des § 64 GmbHG unterliegen sollten. Dass die Zahlung jedenfalls keinen Straftatbestand verwirklicht, wird sogleich unter II.5.a) dargelegt.

### 2. Systematik

Die systematische Auslegung des § 142 InsO gibt für die Auslegung des Begriffs der Unlauterkeit wenig her. Dass sich der Täter einer Insolvenzverschleppung strafbar und persönlich bereits zu einem frühen Stadium in hohem Maße erstattungspflichtig macht, ist eine andere Frage und wird zu Recht außerhalb der InsO in HGB, GmbHG u.a. geregelt. § 15a Abs. 4 bis Abs. 6 InsO sind Teil des materiellen Strafrechts. Wie auch die Abs. 1 bis 3 richten sich die Normen nicht an den Gläubiger oder das Recht der Insolvenzanfechtung. Auf etwaige Implikationen einer (Gehilfen-)Strafbarkeit des Gläubigers ist sogleich unter II.5.a) einzugehen.

Es ist jedenfalls nicht ohne Weiteres ersichtlich, weshalb eine Zahlung als unlauter gelten soll, wenn sie nach Eintritt der Insolvenzantragspflicht erfolgt ist. Das eine hat mit dem anderen zunächst nicht viel zu tun. Der Verstoß gegen die Antragspflicht wird auch nicht durch die Zahlung an einen Gläubiger verwirklicht, sondern liegt in dem (fortgesetzten) Unterlassen der Stellung eines Insolvenzantrags oder der Stellung eines nicht richtigen Antrags. § 15a InsO bezweckt die rechtzeitige Stellung des Insolvenzantrags, nicht aber zwingend das Unterlassen eines Leistungsaustauschs. Auch wenn der Insolvenzantrag rechtzeitig gestellt wird, können – und werden in der Praxis – kongruente Deckungsgeschäfte getätigt.

Während § 15a im zweiten Teil der InsO und dort im ersten Abschnitt bei den Vorschriften zu den Eröffnungsvoraussetzungen und dem Eröffnungsverfahren geregelt ist, befindet sich § 142 InsO im dritten Abschnitt des dritten Teils, der die Insolvenzanfechtung regelt. Insoweit fehlt es auch im Hinblick auf die Stellung im Gesetz an einem systematischen Zusammenhang.

<sup>5</sup> Zur Begr. im Detail *Pape*, ZInsO 2018, 296 ff.; *Hiebert*, KSI 2018, 130 ff.; *Kindler/Bitzer*, NZI 2017, 369 ff.

<sup>6</sup> Vgl. zusammenfassend bspw. BT-Drs. 18/7054 Seite 10 ff. zu A. Allgemeiner Teil, I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen.

<sup>7</sup> Vgl. bspw. <https://www.duden.de/rechtschreibung/unlauter>, zuletzt abgerufen am 19.6.2018.

<sup>8</sup> So bspw. in BGH, Urt. v. 3.5.2016 – II ZR 318/15, InsbürO 2016, 428 f. Rn. 4; BGH, Beschl. v. 14.4.2016 – IX ZR 161/15, ZInsO 2016, 1058 f. Rn. 15 m.w.N.; BGH, Urt. v. 8.12.2015 – II ZR 68/14, ZInsO 2016, 338 ff. Rn. 16; MünchKomm-GmbHG/H.-F. Müller, 2. Aufl. 2016, § 64 Rn. 1; FK-InsO/Ristelhuber, 9. Aufl. 2018, Anh. nach § 15a InsO – Organhaftung Rn. 7; *Sandhaus*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 64 Rn. 6; *Blank*, ZInsO 2013, 461 ff.

<sup>9</sup> Statt vieler *Poertzgen*, ZInsO 2017, 2056 ff., unter Hinweis auf die bis heute anhaltende Entwicklung der Rechtsprechung insbesondere BGH, Urt. v. 4.7.2017 – II ZR 319/15, ZInsO 2017, 1847 ff. und v. 18.11.2014 – II ZR 231/14, ZInsO 2015, 94 ff.

### 3. Entstehungsgeschichte (Historische Auslegung)

Der Begriff der Unlauterkeit ist in der Begründung des RegE keineswegs schwammig erklärt.<sup>10</sup> Wichtig ist besonders die unumstößliche und eindeutige Aussage der Gesetzesbegründung,<sup>11</sup> wonach ein unlauteres Handeln des Schuldners mehr voraussetzt, als dass der Schuldner eine Zahlung in dem Bewusstsein tätigt, nicht mehr alle Gläubiger befriedigen zu können. Wörtlich<sup>12</sup> heißt es:

*„Ein unlauteres Verhalten des Schuldners setzt mehr voraus als die Vornahme der Rechtshandlung in dem Bewusstsein, nicht mehr in der Lage zu sein, alle Gläubiger befriedigen zu können.“*

Jedenfalls im Wege einer negativen Abgrenzung kann das Merkmal der Unlauterkeit gerade für den hier und in der Praxis wichtigen, wenn nicht gar wichtigsten Anwendungsfall äußerst präzise bestimmt werden.<sup>13</sup>

Dass der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit kennt, reicht also nicht aus, um nach Kenntnis vorgenommene Zahlungen als unlauter zu qualifizieren. Wo keine Unlauterkeit ist, kann eine solche vom Gläubiger aber auch nicht erkannt werden.

Diese Klarstellung des Gesetzgebers steht zudem im Zusammenhang mit Ausführungen, die genau den Fall treffen, für den die Befürworter eines weiten Unlauterkeitsbegriffs die Anfechtbarkeit konstruieren wollen. Denn vor dem o.g. Passus heißt es wörtlich:<sup>14</sup>

*„Da es im Vorlauf zu den meisten Verfahrenseröffnungen zur Fortschreibung von Verlusten kommen dürfte, ist unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen der bargeschäftsähnliche Austausch unter diesen Rechtsprechungsgrundsätzen einer Vorsatzanfechtung überhaupt noch entgegenstehen kann. Nach dem neugefassten Absatz soll es deshalb nicht mehr darauf ankommen, ob die in das Vermögen des Schuldners gelangende Gegenleistung den Gläubigern konkreten Nutzen verspricht. Stattdessen sollen bargeschäftliche Austausche grundsätzlich vom Bargeschäftsprivileg erfasst werden. Anfechtbar sollen sie allein dann sein, wenn der Leistungsempfänger erkennt, dass der Schuldner unlauter handelt.“* (Hervorhebungen durch den Autor).

Diese Klarstellung wirkt geradezu wie gemacht, um die erwartbaren Versuche anfechtungsinteressierter Insolvenzverwalter abzuwehren. Der bargeschäftliche Leistungsaustausch ist geschützt und gerade kein Fall der Unlauterkeit, die als Ausnahmetatbestand im Einzelfall die Anfechtung nach § 133 InsO ermöglicht. Ein möglicher Nutzen der Zahlung für die Gläubiger, also das Interesse der Gläubigergemeinschaft, hat bei der Bewertung einer Zahlung als unlauter außen vorzubleiben. Die Fortführung des Geschäftsbetriebs, die fortgesetzte Teilnahme am Wirtschafts- und Rechtsverkehr begründen damit auch im Fall fortschreibender Verluste oder gar eingetretener Zahlungsunfähigkeit und Antragspflicht gerade keine Unlauterkeit.

Wann Unlauterkeit vorliegt, wird auch positiv näher bestimmt. Denn wenn ein Bargeschäft vorliegt, *„müssen hinreichend gewichtige Umstände hinzutreten, um in dem vollzogenen Austausch einen besonderen Unwert zu erkennen. Ein solcher ist für die Annahme eines unlauteren Handelns erforderlich.“*<sup>15</sup> (Hervorhebungen durch den Autor).

Und tatsächlich liefert die Gesetzesbegründung sogar einige Beispiele dafür, wann der besondere Unwert des Leistungsaustausches vorliegen kann:<sup>16</sup>

*„Ein solcher ist für die Annahme eines unlauteren Handelns erforderlich. Ein unlauteres Handeln liegt bei gezielter Benachteiligung von Gläubigern vor, wie sie etwa gegeben ist, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen.“*

Gefordert wird also eine Schädigungsabsicht des Schuldners (dolus directus 1. Grades). Dem Schuldner muss es darauf ankommen, gerade durch die Befriedigung eines Gläubigers andere zu schädigen („um zu“).

*„Unlauter handelt ein Schuldner bei Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit auch, wenn er Vermögen für Leistungen verschleudert, die den Gläubigern unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt nutzen können, wie dies etwa bei Ausgaben für flüchtige Luxusgüter der Fall ist. Auch das Abstoßen von Betriebsvermögen, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist, kann unlauter sein, wenn der Schuldner den vereinnahmten Gegenwert seinen Gläubigern entziehen will.“*

Der Weiterbezug der gewöhnlichen Lieferungen und Leistungen ist ersichtlich kein Fall der Unlauterkeit.

Und als sei dies alles noch nicht deutlich genug, folgt diesem Passus noch einmal wiederholend und klarstellend der unmissverständliche Satz:<sup>17</sup>

*„Solange der Schuldner allerdings Geschäfte führt, die allgemein zur Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind, fehlt es demgegenüber auch dann an der Unlauterkeit, wenn der Schuldner erkennt, dass die Betriebsfortführung verlustträchtig ist.“*

Ohne Lieferung und Leistung ist eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebs nicht möglich.

10 A.A. Pape, ZInsO 2018, 296, 303.

11 BT-Drucks. 18/7054, S. 19 zu Nr. 4 (§ 142 InsO-E).

12 BT-Drucks. 18/7054, S. 19 zu Nr. 4 (§ 142 InsO-E).

13 A.A. Pape, ZInsO 2018, 296, 303.

14 BT-Drucks. 18/7054, S. 19 zu Nr. 4 (§ 142 InsO-E).

15 BT-Drucks. 18/7054, S. 19 zu Nr. 4 (§ 142 InsO-E).

16 BT-Drucks. 18/7054, S. 19 zu Nr. 4 (§ 142 InsO-E).

17 BT-Drucks. 18/7054, S. 19 zu Nr. 4 (§ 142 InsO-E).

Angeichts dieses unmissverständlich dokumentierten<sup>18</sup> Willens des Gesetzgebers ist die Ansicht,<sup>19</sup> es spreche alles dafür, dass die Praxis über den Willen des Gesetzgebers hinwegsehen solle, geradezu skandalös. Der RegE ist an dieser Stelle ohne Änderung im Gesetzgebungsverfahren Gesetz geworden. Dies ist zu respektieren und offenbar an Art. 20 Abs. 3 GG zu erinnern, der eine richterliche Rechtsfortbildung zwar nicht ausschließt, aber zur Voraussetzung macht, dass eine gesetzliche Regelungslücke vorliegt und sich die Fortbildung am Zweck der gesetzlichen Regelung orientiert.<sup>20</sup>

#### 4. Sinn und Zweck der Norm (Teleologie)

Der Sinn und Zweck des reformierten § 142 InsO liegt auf der Hand. Hier kann erneut wörtlich<sup>21</sup> auf die Gesetzesbegründung verwiesen werden:

*„Die Vorsatzanfechtung nach § 133 Absätze 1 bis 3 InsO-E soll bei Bargeschäften künftig nur noch dann möglich sein, wenn der Schuldner unlauter handelte und der andere Teil dies erkannt hat.“*

Die Norm soll erkennbar ein Regelausnahmeverhältnis schaffen und die Anfechtung bei Vorliegen der Bargeschäftsvoraussetzungen nur ausnahmsweise im Fall der Unlauterkeit ermöglichen.

Der Grund für das Bargeschäft selbst hat sich nicht verändert. Wären alle vom Schuldner getätigten wertäquivalenten Deckungsgeschäfte wegen Kenntnis einer wirtschaftlichen Krise anfechtbar, so würde der Schuldner während dieses Zeitraums praktisch sogar vom Geschäftsverkehr mit Barzahlung ausgeschlossen. Das schuldnerische Unternehmen würde zusammenbrechen und jede Chance für eine Sanierung des Unternehmens im Interesse einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung wäre dahin.<sup>22</sup> Folgerichtig wird der unmittelbare Leistungsaustausch seit jeher auch nach Eintritt der Insolvenzreife privilegiert und der Gläubiger im Fall der Weiterbelieferung zumindest reflexartig geschützt.

Teilweise<sup>23</sup> wird vertreten, dass diese Begründung nicht trage und § 142 InsO folglich nicht anwendbar sei, wenn der Zustand der bloßen Krise überwunden und bereits drohende Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist. Dies überzeugt schon deshalb nicht, weil § 142 InsO dann nahezu keinen Anwendungsbereich hätte. Die Anfechtungsvorschriften der §§ 130 ff. InsO selbst knüpfen – im Fall des Leistungsaustausches mit Dritten – samt und sonders an die zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit oder noch weiter fortgeschrittene Zustände der Illiquidität an.

#### 5. Argumente der Befürworter

Die Argumente der Befürworter<sup>24</sup> einer zur Anfechtung von Bargeschäften führenden Auslegung des Begriffs der Unlauterkeit überzeugen nicht und könnten, selbst wenn sie zutreffend wären, den klaren Willen des Gesetzgebers nicht konterkarieren.

#### a) Unlauterkeit durch strafbare Insolvenzverschleppung

Im Wesentlichen wird argumentiert, dass der Schuldner bei Bezahlung des Gläubigers unlauter handelt, weil er dies nach Eintritt von Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit während einer fortgesetzten Insolvenzverschleppung macht.<sup>25</sup> Die Insolvenzverschleppung sei strafbewehrt und, dass die Bezahlung des Gläubigers dann nicht unlauter ist, sei nur schwer vorstellbar.<sup>26</sup> Hierbei wird aber übersehen, dass die Bezahlung eines Gläubigers nur dann strafbar sein kann, wenn diese inkongruent ist. Dies ergibt sich schon aus dem klaren Wortlaut des § 283c StGB, der Gläubigerbegünstigung. Der Fall der kongruenten Deckung – und damit der des Bargeschäfts – ist gerade nicht strafbar, weder nach § 283c StGB<sup>27</sup> noch nach anderen Vorschriften und insbesondere nicht nach § 283 StGB. § 15a Abs. 4 InsO knüpft die Strafbarkeit an die nicht rechtzeitige oder nicht richtige Stellung eines Insolvenzantrags, nicht aber an die Bezahlung im Rahmen kongruenter Deckungsgeschäfte. Tathandlung ist ein Unterlassen. Dass aus dem fortgesetzten Unterlassen der Insolvenzantragstellung die Unlauterkeit der Erfüllung kongruenter Deckungsgeschäfte folgen soll, ist nicht überzeugend, zumal gerade diese durch den Gesetzgeber nicht unter Strafe gestellt wurden. Die Erfüllung kongruenter Deckungsgeschäfte ist weder Teil des Verschleppungstatbestands noch führt jede Verschleppung notwendig zur Erfüllung kongruenter Deckungsgeschäfte.

§ 15a InsO bezweckt auch keineswegs die Entfernung des insolventen Unternehmens vom Markt oder ordnet dies gar an.<sup>28</sup> Vielmehr soll der Insolvenzantrag idealerweise so früh gestellt werden, dass die Sanierung und der Erhalt des Unternehmens eine deutlich bessere Befriedigung der Gläubiger ermöglichen können als die Zerschlagung des schuldnerischen Unternehmens.

#### b) Heranziehung des § 64 GmbHG

Weiter wird argumentiert,<sup>29</sup> dass es paradox sei, wenn Geschäftsführer nach § 64 GmbHG bei Zahlungen nach Insol-

18 Einige Kommentare zu § 142 InsO n.F. beschränken sich in ihrer Begründung nahezu auf die Wiedergabe der Begründung des Gesetzgebers, was deren Klarheit indiziert. So z.B. *van Rossum*, in: Haarmeyer/Huber/Schmittmann, Praxis der Insolvenzanfechtung, 3. Aufl. 2018, § 142 Rn. 46.

19 So ausdrücklich *Pape*, ZInsO 2018, 296, 304.

20 *Huster/Rux*, in: Epping/Hillgruber, GG, 36. Edition, Art. 20 Rn. 171; zu den Anforderungen und Grenzen an eine Auslegung der Gesetze vgl. *Hillgruber*, in: Maunz/Dürig, GG, 81. Erg. Lfg. September 2017, Art. 97 Rn. 31 f.

21 BT-Drucks. 18/7054, S. 19 zu Nr. 4 (§ 142 InsO-E).

22 Einzelheiten bei *Ganter/Weinland*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 142 Rn. 3; MünchKomm-InsO/*Kirchhof*, 3. Aufl. 2013, § 142 Rn. 1; *Ede/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 142 Rn. 1, jeweils m.w.N.

23 *Neuberger*, ZInsO 2018, 1242, 1247.

24 *Neuberger*, ZInsO 2018, 1242, ff.; *Pape*, ZInsO 2018, 296, 304 f.; *Sämis/Deichgräber*, ZInsO 2018, 773 ff.

25 *Neuberger*, ZInsO 2018, 1242, 1247; *Pape*, ZInsO 2018, 296, 304; *Sämis/Deichgräber*, ZInsO 2018, 773, 775.

26 *Pape*, ZInsO 2018, 296, 304.

27 Vgl. z.B. MünchKomm-StGB/*Radtke/Petermann*, 2. Aufl. 2014, § 283c Rn. 14.

28 So aber *Neuberger*, ZInsO 2018, 1242, 1248.

29 *Sämis/Deichgräber*, ZInsO 2018, 773, 775.

venzreife erstattungspflichtig seien, dieselbe Zahlung aber im Rahmen der Insolvenzanfechtung und des § 142 InsO als lauter bezeichnet würde. Doch dies ist keineswegs paradox. Es ist nachvollziehbar, einen Geschäftsführer im Fall der – oftmals ohnehin erst nachträglich aufwendig – ermittelten Insolvenzreife vermögensrechtlich anders, d.h. einer schärferen Haftung unterworfen, zu behandeln als einen Gläubiger, der im Kern nur die von ihm gelieferte Ware bezahlt oder geleistete Dienstleistung vergütet erhält. Nur den Schuldner, nicht aber den Gläubiger treffen im Fall der Insolvenzreife des Schuldners Handlungspflichten. § 64 GmbHG und § 15a InsO zielen auch zum Erhalt etwaiger Sanierungschancen auf eine rechtzeitige Insolvenzantragstellung. § 142 InsO dient ebenfalls dem Erhalt der Sanierungschancen durch die Vermeidung eines Unternehmenszusammenbruchs im Zuge der sofortigen Einstellung aller betriebsnotwendigen Lieferungen und Leistungen.

### c) Wertungswiderspruch

Es liegt auch kein Wertungswiderspruch darin, für die Anfechtbarkeit die Kenntnis des Gläubigers von eingetretener Zahlungsunfähigkeit genügen zu lassen.<sup>30</sup> Ja, die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit sind dann gegeben. Gerade für den Fall des Bargeschäfts hat sich der Gesetzgeber aber ganz bewusst – wie oben gezeigt – grds. gegen eine Anfechtbarkeit entschieden und diese nur für den besonderen Fall der Unlauterkeit normiert. Hier einen Wertungswiderspruch zu sehen, verkennt die vom Gesetzgeber gewollte Systematik des neu geordneten Zusammenspiels von § 133 InsO und § 142 InsO.

### 6. Nächste Stufe der Vermutungskaskade? – Zugleich Kritik an der bisherigen BGH- Praxis, Fehlschlüsse des Anfechtungsgegners außer Acht zu lassen

Zudem stellt sich die Frage, ob ein Gläubiger im Fall der hier erörterten kongruenten Deckungsgeschäfte denn überhaupt Kenntnis von einem unlauteren Verhalten des Schuldners erlangen kann, so wie es die Ausnahmeregelung des § 142 Abs. 1 InsO zwingend voraussetzt. Hier würde die bisherige Vermutungskaskade mutmaßlich um eine zusätzliche Stufe erweitert.

In der Praxis wird auf die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit seines Schuldners bereits jetzt schon mittels einer als ambitioniert zu bezeichnenden Vermutungskaskade und einer vom BGH über Jahre entwickelten, kaum mehr überschaubaren Beweisanzeichenrechtsprechung geschlossen. Objektive Beweisanzeichen indizieren eine Zahlungseinstellung, die gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO zu der widerleglichen Vermutung führt, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist. Die Kenntnis des Gläubigers von der vermuteten Zahlungsunfähigkeit soll gem. § 133 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 InsO ihrerseits wiederum vermuten lassen, dass der Gläubiger Kenntnis von einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz hatte.

Und als wenn dies alles für den Recht suchenden Bürger nicht schon schwer genug nachzuvollziehen wäre, gipfelt das Ganze auch noch darin, dass es auf die tatsächliche Kenntnis des

betroffenen Gläubigers gar nicht ankommt, sondern Maßstab dasjenige sein soll, was ein redlich denkender Dritter<sup>31</sup> bei Kenntnis der objektiven Tatsachen aus eben diesen schließen würde. Denn es genügt für die Kenntnis, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt.<sup>32</sup> Eine irrtümliche Schlussfolgerung ist unbeachtlich, alleine die auch auf einem Irrtum beruhende fehlende Kenntnis von Tatsachen ist zu berücksichtigen.<sup>33</sup> Was eine zutreffende rechtliche Bewertung ist, meint freilich das erkennende Gericht, insbesondere aber der IX. Senat des BGH zu wissen. Auf die tatsächliche Bewertung der Tatsachen durch den betroffenen Anfechtungsgegner, der i.d.R. ein Rechtslaie ist, also dessen Schlussfolgerungen im konkreten Einzelfall kommt es nicht an.

Nach den Erfahrungen des Autors in den letzten 10 Jahren haben Gläubiger i.d.R. aber gerade keine Kenntnis von einer Zahlungsunfähigkeit und sie fallen „aus allen Wolken“. Ihre Schlussfolgerungen haben mit denen insolvenzrechtlich versierter Juristen nur selten etwas gemeinsam. Auch dies dürfte ein wesentlicher Faktor für das erhebliche Unverständnis der Anfechtungsgegner und den enormen Unmut im Fall der Anfechtung eines Leistungsaustausches sein. Insoweit ist die gesamte Vermutungskaskade ebenso fraglich wie das Abstellen auf einen redlich denkenden Dritten im Rahmen zu treffender Schlussfolgerungen.

Sollte jetzt als weitere Stufe auch noch mittels objektiver Beweisanzeichen auf die Kenntnis des Gläubigers von einer Unlauterkeit geschlossen werden, wäre ein weiteres Betätigungsfeld für Juristen eröffnet und die Anfechtung nach § 133 InsO wäre um ein unverständliches Phänomen reicher. Es wird bereits vertreten,<sup>34</sup> dass bei Kenntnis der Tatsachen, aus denen sich die Zahlungseinstellung ergibt, der Gläubiger bei einer antragspflichtigen juristischen Person auch Kenntnis von der Insolvenzverschleppung hat, an der sich der Gläubiger beteiligt und profitiert. Anzunehmen, der Gläubiger würde im Fall der kongruenten Deckung mit dem erforderlichen doppelten Gehilfenvorsatz (§ 27 StGB) handeln, ist mindestens schwer vertretbar.

30 So aber *Sämisch/Deichgräber*, ZInsO 2018, 773, 775.

31 BGH, Urt. v. 19.2.2009 – IX ZR 62/08, ZInsO 2009, 515 ff. Rn. 14: „Der zwingende Schluss aus den Indiztatsachen auf die Zahlungsunfähigkeit kann vielmehr nur gezogen werden, wenn sich ein redlich Denkender, der vom Gedanken auf den eigenen Vorteil nicht beeinflusst ist, angesichts der ihm bekannten Tatsachen der Einsicht nicht verschließen kann, der Schuldner sei zahlungsunfähig ... Mischen sich in die Vorstellungen des Gläubigers – wenngleich möglicherweise irrtümlich – Tatsachen, die bei einer Gesamtbetrachtung den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht zwingend nahe legen, fehlt dem Gläubiger die entsprechende Kenntnis. Bewertet er hingegen das ihm vollständig bekannte Tatsachenbild, das objektiv die Annahme der Zahlungsunfähigkeit gebietet, falsch, kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er diesen Schluss nicht gezogen habe.“; fortlaufend bestätigt, z.B. durch: BGH, 8.1.2015 – IX ZR 203/12, ZInsO 2015, 396 ff. Rn. 25.

32 Statt vieler BGH, Urt. v. 6.7.2017 – IX ZR 178/16, ZInsO 2017, 1881 ff. Rn. 12.

33 S. Fn. 28.

34 *Pape*, ZInsO 2018, 296, 304.

Wenn nun also dem Gläubiger als Anfechtungsgegner auch noch vorgehalten werden sollte, dass er sich in strafbarer Weise an einer Insolvenzverschleppung beteiligt, dürfte das Verständnis für das an sich sinnvolle Institut der Insolvenzanfechtung bei den zahlreichen Lieferanten, Dienstleistern, Vermietern und anderen, die lediglich ihre tatsächlich erbrachten, einwandfreien Lieferungen und Leistungen bezahlt bekommen, endgültig verloren gehen.

### III. Zusammenfassung

1. Die Argumente der Befürworter einer zur Anfechtung von Bargeschäften führenden weiten Auslegung des Begriffs der Unlauterkeit i.S.d. § 142 InsO überzeugen nicht und könnten selbst, wenn sie zutreffend wären, den klaren Willen des Gesetzgebers nicht konterkarieren.

2. Im Rahmen der Reform des § 142 InsO hat der Gesetzgeber unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass der bargeschäftliche Leistungsaustausch auch dann nicht unlauter i.S.d. § 142 InsO ist, wenn der Schuldner zum Zeitpunkt der Leistung an den Gläubiger dauerhaft Verluste erwirtschaftet oder insolvenzreif<sup>35</sup> ist und der Gläubiger als Anfechtungsgegner hiervon Kenntnis hat.

3. Die Privilegierung des unmittelbaren Leistungsaustausches auch im Fall der Kenntnis des Gläubigers ist erklärtes Ziel des reformierten § 142 InsO.

---

<sup>35</sup> Zahlungsunfähig oder überschuldet i.S.d. §§ 17, 19 InsO.