THORSTEN PATRIC LIND

Zur Auslegung von § 133 InsO, insbesondere im System der Anfechtungstatbestände

Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com Bd. 105

Zur Auslegung von § 133 InsO
Thorsten Patric Lind
105
Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com

TENEA

Die Insolvenzanfechtung ist eines der wichtigsten Werkzeuge der Insolvenzverwaltung um die bei Eröffnung vorgefundene Istmasse anzureichern. Dem stehen gegenüber die Interessen derjenigen, welche zur Rückabwicklung des die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligenden Vorgangs herangezogen werden. Die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) sticht aus den Anfechtungstatbeständen heraus, da sie einerseits mit 10 Jahren vor dem Antrag den weitesten Zeitraum umfasst, andererseits aber vorwiegend auf subjektive Tatbestandsmerkmale (Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Insolvenzschuldners und Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon) abstellt.

Die Arbeit versucht einen Beitrag zur Auslegung dieses nur schwer zu fassenden Tatbestandes zu leisten. Hierzu wird die Vorschrift in einen systematischen Kontext zu den weiteren Anfechtungstatbeständen, speziell zur besonderen Insolvenzanfechtung gesetzt. Ausgangspunkt sind dabei die hinter den einzelnen Anfechtungstatbeständen stehenden Motive. Neben der Auslegung der einzelnen Merkmale des § 133 InsO untersucht die Arbeit auch die hierzu einschlägigen Fallgruppen, wie die Anfechtung kongruenter und inkongruenter sowie solcher im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung oder der Insolvenzantragstellung erlangten Deckungen. Dabei kommt die Arbeit zu einem gegenüber der h.M. einschränkenden Verständnis der Regelung. Sie schließt mit einer Erörterung des u.a. zur Einschränkung der Vorsatzanfechtung vorgelegten Gesetzentwurfes der Bundesregierung vom 10. August 2005.

TENEA

ISBN 3-86504-155-8 28 €

TENEA

Juristische Reihe TENEA / www.jurawelt.com Bd. 105

Tenea (ἡ Τενέα), Dorf im Gebiet von Korinth an einem der Wege in die → Argolis, etwas s. des h. Chiliomodi. Sehr geringe Reste. Kult des Apollon Teneates. T. galt im Alt. sprichwörtl. als glücklich, wohl wegen der Kleinheit […]

Aus: K. Ziegler, W. Sontheimer u. H. Gärtner (eds.): *Der Kleine Pauly.* Lexikon der Antike. Bd. 5, Sp. 585. München (Deutscher Taschenbuch Verlag), 1979.

Thorsten Patric Lind

Zur Auslegung von § 133 InsO, insbesondere im System der Anfechtungstatbestände

TENEA
Bristol Berlin

Thorsten Patric Lind

Zur Auslegung von § 133 InsO, insbesondere im System der Anfechtungstatbestände

(Juristische Reihe TENEA/www.jurawelt.com; Bd. 105)

Zugleich Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main
Dissertation 2005

Gedruckt auf holzfreiem, säurefreiem,
alterungsbeständigem Papier

© TENEA Verlag Ltd., Bristol, Niederlassung Deutschland
Berlin 2006
Alle Rechte vorbehalten. All rights reserved.
Digitaldruck und Bindung:
DDZ GmbH · 12103 Berlin
TENEA-Graphik: Walter Raabe, Berlin
Printed in Germany 2006

ISBN 3-86504-155-8

Für Kathrin und Oskar

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2005/2006 von der juristischen Fakultät der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Die Disputation fand im November 2005 statt.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Univ.-Prof. Dr. Manfred Wolf, für die Betreuung der Arbeit. Ihm und meinem Zweitgutachter, Herrn Univ.-Prof. Dr. Eckard Rehbinder, möchte ich weiter für die sehr zügige Begutachtung herzlich danken. Den Herren wissenschaftliche Mitarbeiter Torsten Hengel und Mirko Weinert bin ich für die fruchtbare Diskussion zum Dank verpflichtet. Zu danken ist schließlich Herrn Rechtsanwalt Jörg Dauernheim, für welchen ich viele Jahre lang tätig sein durfte und der die Idee initiiert hat, eine Abhandlung zu Fragen des Insolvenzanfechtungsrechtes zu verfassen.

Herzlich danken möchte ich schließlich noch Herrn Rechtsanwalt Armin Lind für die finale Durchsicht des Manuskripts sowie ihm und meinen Eltern für die materielle und ideelle Begleitung meines bisherigen Ausbildungs- und Berufsweges.

Frankfurt am Main, im November 2005
Dr. Thorsten Patric Lind
Rechtsanwalt

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsübersicht		**I**
Inhaltsverzeichnis		**II**
Abkürzungsverzeichnis		**VII**
I.	**Einleitung**	**1**
II.	**Insolvenzanfechtung – Ein kurzer Überblick**	**5**
III.	**Die rechtshistorische Entwicklung der Vorsatzanfechtung**	**15**
IV.	**Das Motiv der Vorsatzanfechtung**	**21**
V.	**Die Grenzen der Insolvenzanfechtung**	**41**
VI.	**Die dogmatische Einordnung der Vorsatzanfechtung**	**45**
VII.	**Das syst. Verhältnis von § 133 InsO zu sonstigen gläubiger-schützenden Vorschriften**	**51**
VIII.	**Die Auslegung des Tatbestands in § 133 Abs. 1 InsO**	**63**
IX.	**Der mit nahestehenden Personen geschlossene entgeltliche Vertrag (§ 133 Abs. 2 InsO)**	**101**
X.	**§ 133 Abs. 1 InsO und Fallgruppen**	**106**
XI.	**Der Regierungsentwurf zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung**	**161**
XII.	**Ergebnis und Ausblick der Untersuchung**	**169**
Literaturverzeichnis		**XI**

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsübersicht I

Inhaltsverzeichnis II

Abkürzungsverzeichnis VII

I. Einleitung 1

II. Insolvenzanfechtung – Ein kurzer Überblick 5

A. Allgemeine Voraussetzungen 5

1. Rechtshandlung 5
2. Rechtshandlung vor Verfahrenseröffnung 6
3. Gläubigerbenachteiligung 6
4. Bargeschäft 7

B. Die Anfechtungsgründe 7

1. Die besondere Insolvenzanfechtung 7
2. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO) 9
3. Unentgeltliche Leistungen (§ 134 InsO) 9
4. Kapitalersetzende Darlehen (§ 135 InsO) 10
5. Einlagen stiller Gesellschafter (§ 136 InsO) 11

C. Rechtsfolgen 11

III. Die rechtshistorische Entwicklung der Vorsatzanfechtung 15

A. Die Entwicklung bis zur Insolvenzrechtsreform 15

B. Ziele der Insolvenzrechtsreform 17

C. Die Änderungen bei der Absichtsanfechtung 19

IV. Das Motiv der Vorsatzanfechtung 21

A. Das Motiv des Vollstreckungsrechts 21

B. Das Motiv des Insolvenzrechts 22

C. Das Motiv der Insolvenzanfechtung 24

1. Das Motiv der besonderen Anfechtung in der Insolvenz 26

a) Anfechtung wegen kongruenter Deckung 28

b) Anfechtung wegen inkongruenter Deckung 29

c) Anfechtung wegen unmittelbar nachteiliger Rechtshandlung 31

d) Die Anfechtung wegen Einlagenrückgewähr bzw. Erlass des Verlustanteils 33

2. Das Motiv der Anfechtungstatbestände innerhalb und außerhalb der Insolvenz 34

a) Die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung 35

b) Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen 38

V. Die Grenzen der Insolvenzanfechtung 41

VI. Die dogmatische Einordnung der Vorsatzanfechtung 45

A. Die ältere Lehre und Rechtsprechung 45

B. Die neuere Lehre und Rechtsprechung 47

C. Stellungnahme: Keine deliktische Haftung nach § 133 InsO 48

VII. Das syst. Verhältnis von § 133 InsO zu sonstigen gläubigerschützenden Vorschriften 51

A. Das syst. Verhältnis zu den übrigen Anfechtungstatbeständen 51

1. Grund- und Erfüllungsgeschäft 51

2. Verdrängung des § 133 InsO durch die §§ 130, 131 InsO? 54

a) Das Verhältnis zu § 130, § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO 54

b) Das Verhältnis zu § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO 56

B. Das syst. Verhältnis zu Vorschriften außerhalb des Anfechtungsrechtes 58

1. Allgemeines 58

2. Das Verhältnis zu den §§ 134, 823 Abs. 2 sowie den §§ 138, 826 BGB 58

VIII. Die Auslegung des Tatbestands in § 133 Abs. 1 InsO 63

A. Rechtshandlung des Schuldners 63

1. Vollstreckungshandlungen 63

a) Vollstreckungshandlung und Rechtshandlung des Schuldners 63

b) Anfechtung auch ohne Rechtshandlung des Schuldners? 64

c) Fallgruppen 67

2. Leistungen eines Drittschuldners 74

3. Rechtshandlung und Eintritt ihrer rechtlichen Wirkungen 75

B. Gläubigerbenachteiligung 75

1. Allgemeine Voraussetzungen 76

2. Ursächlicher Zusammenhang 77

a) Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung 77

b) Mittelbare Gläubigerbenachteiligung 79

C. Benachteiligungsvorsatz 80

1. Der Vorsatzbegriff in § 133 InsO 81

2. Vorsatz und Gläubigerbenachteiligung 84

a) Vorsatz und Krisenkenntnis 85

b) Ursachenzusammenhang 87

3. Vorsatz und Rechtshandlung 89

4. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit 89

5. Die „Unlauterkeit“ des Vorsatzes 90

6. Zeitpunkt des Vorsatzes 90

D. Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz 92

1. Allgemeines 92

2. Zeitpunkt der Kenntnis 93

E. Beweislast 94

1. Allgemeines 94

2. Vermutungsregel in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO 94

a) Form der Benachteiligung 95

b) Drohende Zahlungsunfähigkeit 96
c) Vermutung der Kenntnis des Schuldners 98

IX. Der mit nahestehenden Personen geschlossene entgeltliche Vertrag (§ 133 Abs. 2 InsO) 101

A. Zum Erfordernis der „Entgeltlichkeit“ 101

B. Zum Erfordernis des „Vertrages“ 102

X. § 133 Abs. 1 InsO und Fallgruppen 106

A. Die Anfechtung von kongruenten Deckungen 106

1. Die Rechtslage unter Geltung der KO 108
2. Der neuere Ansatz des BGH 110
3. Stellungnahme 112

B. Die Anfechtung von inkongruenten Deckungen 118

1. Inkongruenz und § 133 Abs. 1 InsO 118
a) Die Rechtsprechung des RG 118
b) Die Rechtsprechung des BGH 119
c) Verdrängung des Beweisanzeichens „Inkongruenz“ 121
d) Stellungnahme 122
e) Die Anfechtung von inkongruenten Deckungen nach § 3 AnfG 128
2. Deckungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen 130
a) Der Ansatz des RG: Inkongruenz mangels Anspruch auf Pfändungspfandrecht 130
b) Der neuere Ansatz des BGH: Inkongruenz wegen Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung 131
c) Stellungnahme 133
3. Deckungen im Zusammenhang mit der Insolvenzantragstellung 141
a) Die Ansicht des BGH und des herrschenden Schrifttums 141
b) Stellungnahme 142
4. Deckungen im Zusammenhang mit sonstigen „Drucksituationen“ 144

C. Vorsatzanfechtung einer durch Einzelanfechtung erlangten Deckung 145

D. Unmittelbare Benachteiligung 147

1. Unentgeltliche Leistungen 147

2. Sonstige Fälle unmittelbarer Benachteiligung 150

a) Der Meinungsstand unter Geltung der KO 150

b) Der Meinungsstand unter Geltung der InsO 151

c) Stellungnahme 151

E. Rechtshandlungen für den Fall der Insolvenz, insb. bei Bestellung von Sicherheiten 153

F. Die Anfechtung von Bargeschäften 155

1. Anfechtung nach § 133 InsO 155

2. Anfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG 157

G. Leistungen eines Drittschuldners 158

XI. Der Regierungsentwurf zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung 161

A. Deckungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen 162

B. Die Anfechtung kongruenter Deckungen nach § 133 Abs. 1 InsO 164

XII. Ergebnis und Ausblick der Untersuchung 169

Literaturverzeichnis XI

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Band (Jahr), Seite)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, nach der Empfehlung des Deutschen Bundestages von1861
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz v. 6. September 1965
Amtl. Begr. EGInsO	Begründung zum Regierungsentwurf des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung, Drucksache. 12/2803 des Deutschen Bundestages vom 24.11.1992
Amtl. Begr. InsO	Begründung zum Regierungsentwurf der Insolvenzordnung, Drucksache. 12/2443 des Deutschen Bundestages vom 15.04.1992
AnfG	Anfechtungsgesetz vom 5. Oktober 1994
AnfG a.F.	Anfechtungsgesetz alter Fassung i.d.F. d.Bek. v. 20. Mai 1989
Anm.	Anmerkung
AÖG	Allgemeine Österreichische Gerichts-Zeitung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebsberater (Jahr, Seite)
Bd.	Band
Begründung AnfG a.F.	Begründung zu dem Entwurf eines Gesetzes betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens; zitiert entsprechend der Seitenzahlen des Originals nach *Hahn, Carl*: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4, Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881, Neudruck Aalen 1983.
Begründung ZPO	Begründung des Entwurfs einer Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes zu derselben; zitiert entsprechend der Seitenzahlen des Originals nach *Hahn, Carl; Stegemann, Eduard*: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2, Materialien zur Zivilprozeßordnung, 1. und 2. Abteilung, 2. Aufl. Berlin 1881, Neudruck Aalen 1983.
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch i.d.F. d.Bek. v. 2. Januar 2002
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen (Band, Seite)
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
D.	Digesten
d.V.	der Verfasser
DB	Der Betrieb (Jahr, Seite)
Diss. Jur.	Dissertation Jura

DR	Deutsches Recht (Jahr, Seite)
DStR	Deutsches Steuerrecht (Jahr, Seite)
f.	für
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GesO	Gesamtvollstreckungsordnung i.d.F. d.Bek. v. 23.5.1991
GG	Grundgesetz
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung i.d.F. d.Bek. v. 20. Mai 1898
GmbHR	GmbH-Rundschau (Jahr, Seite)
GruchotsBeitr.	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band (Jahr), Seite)
GrünhutsZ	Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht der Gegenwart, hrsg. von Grünhut, (Band (Jahr), Seite)
h.L.	Herrschende Lehre
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung v. 5. Oktober 1994
InVo	Insolvenz und Vollstreckung (Jahr, Seite)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Jahr, Seite)
JuS	Juristische Schulung (Jahr, Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr, Seite)
KKZ	Kommunal-Kassen-Zeitschrift (Jahr, Seite)
KO	Konkursordnung i.d.F. d.Bek. v. 20. Mai 1898. Die Einführung des BGB machte weitreichende Änderungen der KO erforderlich, welche allerdings die Anfechtungsregeln nur marginal betrafen. Diese Änderungen hatten in der Neubekanntmachung jedoch eine andere Nummernfolge zur Folge, sodass die ursprünglich in den §§ 22 – 34 niedergelegten Anfechtungsregeln sich nunmehr in den §§ 29 – 42 fanden (vgl. *Jaeger*, KO Einleitung Ziffer 3). Zu Zwecken der Übersichtlichkeit wird auch beim Heranziehen von Fundstellen, welche vor dieser Änderung datieren, die geänderte Paragrafenfolge zu Grunde gelegt.
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung (Jahr, Seite)
LG	Landgericht
li.Sp.	linke Spalte
LMK	Kommentierte BGH-Rechtsprechung Lindenmaier-Möhring (Jahr, Seite)
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr, Spalte)

m.E.	meines Erachtens
m.N.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nennungen
Motive KO	Motive zu dem Entwurf einer Konkursordnung und dem Entwurf des Einführungsgesetzes; zitiert entsprechend der Seitenzahlen des Originals nach *Hahn, Carl*: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4, Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881, Neudruck Aalen 1983.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr, Seite)
NZI	Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
o.g.	oben genannt
OAG	Oberappelationsgericht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Jahr, Seite)
OLG	Oberlandesgericht
Österr. AnfO	Österreichische Anfechtungsordnung
Protokolle KO	Protokolle der VIII. Kommission des Reichstages zu den Entwürfen der Konkursordnung und des Anfechtungsgesetzes; zitiert entsprechend der Seitenzahlen des Originals nach *Hahn, Carl*: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 4, Materialien zur Konkursordnung, Berlin 1881, Neudruck Aalen 1983.
Protokolle ZPO	Protokolle der Kommission des Reichstages zum Entwurf einer Civilprozeßordnung und des Einführungsgesetzes zu derselben; zitiert entsprechend der Seitenzahlen des Originals nach *Hahn, Carl; Stegemann, Eduard*: Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band 2, Materialien zur Zivilprozeßordnung, 1. und 2. Abteilung, 2. Aufl. Berlin 1881, Neudruck Aalen 1983.
R.O.G.H. Entsch.	Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichtes (Band, Seite)
Re.	rechte Sp.
RegE 2005	Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung vom 10. August 2005, BR-Drucksache 618/05 (der gleichlautetende Referentenenwurf des BMJ vom 23. Juni 2005 ist hinsichtlich der hier interessierenden Änderung der Insolvenzordnung abgedruckt in ZIP 2005, 1201ff.; auf diese Fundstelle wird Bezug genommen).
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr, Seite)
Re.Sp.	rechte Spalte
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des RG in Zivilsachen (Bd., Seite)
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer
S.	Seite
s.o.	siehe oben
s.u.	siehe unten
Sächs. BGB	Sächsisches Bürgerliches Gesetzbuch von 1863

SeuffertA	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (Bd. (Jahr), Nr.)
v.	vom
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung vom 26. Februar 1935
WarnR	Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband „Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts“ (Jahr, Nr.)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Band (Jahr), Seite)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Jahr, Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung vom 30. Januar 1878
ZZP	Zeitschrift für deutschen Zivilprozeß (Band (Jahr), Seite)

I. EINLEITUNG

Das Recht der Insolvenzanfechtung erlaubt es, Vorgänge, welche außerhalb eines Insolvenzverfahrens regelmäßig nicht angreifbar sind, zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger dergestalt rückgängig zu machen, dass der durch diesen Vorgang dem Vermögen des Schuldners entzogene Gegenstand wieder für dessen Schulden haftbar gemacht werden kann. Es stellt dadurch eines der wichtigsten Werkzeuge des Verwalters zur Anreicherung der bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgefundenen Masse dar. In vielen Fällen wird erst durch die Insolvenzanfechtung die Deckung der zur Eröffnung des Verfahrens erforderlichen Kosten (vgl. §§ 26, 54 InsO) ermöglicht.

Die Regeln der Insolvenzanfechtung finden sich in den §§ 129 ff. InsO, wobei das Urteil der Anfechtbarkeit insbesondere von einer Verwirklichung der in den §§ 130 – 136 InsO genannten Anfechtungstatbestände abhängt. Aus diesen sticht die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 133 InsO) bereits deswegen heraus, weil sie den Anfechtungszeitraum in ihrem Grundtatbestand (Abs. 1) auf bis zu 10 Jahren vor dem Eröffnungsantrag erstreckt und damit einen um 6 Jahre längeren Zeitraum vorsieht, als bei der zeitlich daneben am weitesten ausgedehnten Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung (§ 134 InsO).[1] Diese zeitliche Ausdehnung der Eingriffsmöglichkeit in einen an sich rechtsbeständigen Vorgang ist um so bemerkenswerter, als der Tatbestand „nur" an subjektive und damit rechtspraktisch schwer zu bestimmende Voraussetzungen (Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon) anknüpft.

Der Regelung der Vorsatzanfechtung, welche in § 31 KO als Absichtsanfechtung ihre Vorläuferin findet, kam in der Praxis lange Zeit eine eher nur geringe Bedeutung zu. Dies hat sich, insbesondere durch die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH in den letzten Jahren maßgeblich geändert. Dieser hat den praktischen Anwendungsbereich der Norm stark erweitert. *Bork*[2] spricht insofern sogar davon, dass der BGH der Vorschrift neue „Strahlkraft" verliehen habe. Diese gehe soweit, dass die Regelung in der Insolvenzverwalterpraxis bereits als Wunderwaffe angesehen werde. Nachteilig betroffen von dieser Erweiterung sind insbesondere die Sozialversicherungsträger.[3] Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10. August

---

1 Auch die Anfechtung nach § 135 Nr. 1 InsO sieht einen Zeitraum von 10 Jahren vor dem Antrag vor. Jedoch ist dieser Tatbestand dem Eigenkapitalersatzrecht zuzuordnen und kann deshalb unberücksichtigt bleiben.

2 ZIP 2004, 1684: „Renaissance des § 133 InsO".

3 Daneben hat offenbar ebenfalls der Fiskus massive Forderungsausfälle zu beklagen (vgl. *Frind*, ZInsO

2005 (RegE 2005) schätzt die Beitragsausfälle der Sozialversicherungsträger durch die u.a. im Rahmen des § 133 InsO vollzogene Erleichterung der Anfechtung auf jährlich 800 Millionen Euro.[4] Um die langfristige finanzielle Stabilität der sozialen Sicherungssysteme zu erhalten, schlägt der RegE 2005 deshalb gesetzliche Einschränkungen des Anfechtungsrechtes und insbesondere der Vorsatzanfechtung vor. Auf den RegE 2005 wird am Ende dieser Untersuchung in einem eigenen Abschnitt eingegangen (s. Punkt XI (S. 161)).

Ziel der Arbeit ist es, den Tatbestand der Vorsatzanfechtung und seine Anwendung in der Rechtsprechungspraxis einer kritischen Prüfung zu unterziehen. Dabei soll, insbesondere durch Berücksichtigung der Systematik der Anfechtungstatbestände ein Beitrag zur inhaltlichen Bestimmung der Vorschrift geleistet werden.

Der Schwerpunkt der Betrachtung liegt hierbei auf der Anfechtung innerhalb des Insolvenzverfahrens. Die Regeln des AnfG, welche die Anfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens (Gläubigeranfechtung) zugunsten eines die Einzelzwangsvollstreckung betreibenden Gläubigers vorsehen, sind mit denjenigen der InsO wesensgleich.[5] Die in beiden Gesetzen vorhandenen Tatbestände der Vorsatzanfechtung sind danach grundsätzlich einheitlich auszulegen.[6] Auf die Anfechtung nach dem

---

2005, 66 [68]). Diese Gläubiger sind gegenüber anderen Gruppen deshalb besonders betroffen, weil sie in stärkerem Maße als unter der KO, notgedrungen durch den Wegfall des Konkursprivilegs (§ 61 Abs. 1 Nr. 1e und Nr. 2 KO), dazu übergegangen sind, bei sich abzeichnenden Krisen ihre Forderungen durch Zwangsvollstreckung oder Drohung mit einer solchen bzw. mit einem Insolvenzantrag durchzusetzen (vgl. dazu im Einzelnen Punkt X.B.2 (S. 130) und Punkt X.B.3 (S. 141)). Als Anfechtungsgegner sind sie solvent und fernerhin mit der nötigen Fachkompetenz ausgestattet, was zumeist eine kurzfristige Durchsetzung des Anfechtungsrechts auf den bereits durch die Rechtsprechung geklärten Feldern ermöglicht. Demgegenüber stößt die Insolvenzanfechtung bei nicht mit der Rechtsmaterie vertrauten Gläubigern, etwa unbesicherten Lieferanten, oftmals auf Unverständnis und damit zur Erforderlichkeit einer gerichtlichen Durchsetzung. Gerade der Fiskus und die Sozialversicherungsverträger tragen daher zur Massekostendeckung und deren Prognostizierbarkeit im Eröffnungsgutachten ganz maßgeblich bei (vgl. etwa *Schmerbach*, ZInsO 2005, 865). Dies macht die heftige Kritik verständlicher, welche der RegE 2005 (dazu sogleich im Text) gerade von Seiten der Insolvenzverwalterpraxis erfahren hat.

4 Diese Zahl wird freilich, da statistisch nicht nachprüfbar belegt, teilweise angezweifelt, vgl. *VID*, ZIP 2005, 1384; *Flöther/Bräuer*, InVo 2005, 387 [388]; *Vallender*, NZI 2005, 599.

5 Vgl. bereits zur KO: *Bohle/Stammschräder/Kilger* KO, Einführung III; *Jaeger/Lent*, KO § 31 Einleitung. Der Unterschied besteht darin, dass bei der Anfechtung außerhalb eines Insolvenzverfahrens dies für Rechnung eines einzelnen Gläubigers erfolgt, während dies bei der Insolvenzanfechtung zum gemeinschaftlichen Nutzen aller Gläubiger geschieht.

6 Vgl. *Jaeger*, Gläubigeranfechtung § 3 Anm. 1.

AnfG soll daher nur insoweit eingegangen werden, als hier eine unterschiedliche Wertung geboten ist.

II. INSOLVENZANFECHTUNG – EIN KURZER ÜBERBLICK

Das Recht der Insolvenzanfechtung steht in einem systematischen Zusammenhang mit anderen, die Insolvenzmasse vor Vermögensverlagerungen schützenden Vorschriften. So sind nach § 81 InsO Verfügungen des Schuldners sowie gemäß § 82 InsO Leistungen an den Schuldner nach Eröffnung nicht mehr wirksam möglich. Zwangsvollstreckungen sind gemäß § 89 InsO nach diesem Zeitpunkt verfahrensrechtlich unzulässig. § 91 InsO erstreckt die Unwirksamkeit schließlich auch auf solche nach Eröffnung wirksam werdenden Verfügungen, welchen keine Verfügung des Schuldners oder eine Zwangsvollstreckung zugrunde liegt.[7] Auch solche Vorgänge, welche bereits vor Eröffnung das der Gesamtvollstreckung unterworfene Vermögen (§ 36 InsO) des Schuldners geschmälert oder zumindest mit Wirkung für das Insolvenzverfahren belastet haben, können unter bestimmten Voraussetzungen unwirksam sein bzw. einen Rückgewähranspruch an die Masse zur Folge haben. So kann das Insolvenzgericht nach § 21 InsO die o.g. Wirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens bereits weitestgehend auf das Eröffnungsverfahren vorziehen. Die in § 88 InsO geregelte Rückschlagsperre schließlich erklärt durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherungen eines Insolvenzgläubigers für unwirksam, wenn diese im letzten Monat vor dem Antrag vorgenommen wurden.[8] Allerdings greift sie dann nicht mehr, wenn noch vor Eröffnung die Verwertung und Befriedigung erfolgt ist.[9]

Ergänzt werden alle vorgenannten Regelungen durch die Vorschriften über die Insolvenzanfechtung, welche besonders Vorgänge vor Eröffnung, nach § 147 InsO aber auch solche nach Eröffnung wirksame Masseschmälerungen erfassen kann. Deren Voraussetzungen und Rechtsfolgen sollen in einem kurzen, am Wortlaut der Normen ausgerichteten Überblick kurz dargestellt werden.

A. Allgemeine Voraussetzungen

1. Rechtshandlung

Anfechtbar sind nach § 129 Abs. 1 InsO ausschließlich Rechtshandlungen. Als solche werden alle Willensbetätigungen qualifiziert, die eine Rechtswirkung entfalten, ohne dass diese gewollt sein muss.[10] Der Begriff ist wesentlich weiter als der-

---

7 Zu nennen sind ferner die §§ 110, 114 InsO.

8 Im Verbraucherinsolvenzverfahren beträgt die Frist bei Eigenantrag sogar 3 Monate (§ 312 Abs. 1 Satz 3 InsO).

9 Vgl. näher Punkt X.B.2.c)(a) (S. 138).

10 BGH WM 1975, 1182 [1184].

jenige des Rechtsgeschäfts und erfasst neben diesem auch rechtsgeschäftsähnliche Handlungen, Prozesshandlungen sowie eine Rechtswirkung entfaltende Realakte.[11] Dabei kann die Rechtshandlung in einem aktiven Tun als auch in einem Unterlassen bestehen (§ 129 Abs. 2 InsO). Im Falle der §§ 133, 134 InsO muss die Rechtshandlung von dem Insolvenzschuldner vorgenommen worden sein; in den übrigen Fällen kann handelnde Person sowohl dieser selbst, ein Gläubiger oder ein beliebiger Dritter, etwa das Vollstreckungsgericht sein.[12]

2. Rechtshandlung vor Verfahrenseröffnung

Nach § 129 Abs. 1 InsO muss die Rechtshandlung grundsätzlich vor Insolvenzeröffnung vorgenommen worden sein. Allerdings dehnt § 147 InsO für solche Rechtshandlungen, die entgegen dem Grundsatz in § 81 Abs. 1 InsO trotz ihrer Vornahme nach Verfahrenseröffnung wirksam sind (§ 81 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 2 InsO), diesen Zeitraum auch auf Rechtshandlungen nach Verfahrenseröffnung aus.[13] Wann eine Rechtshandlung im anfechtungsrechtlichen Sinne vorgenommen worden ist, bestimmt sich wiederum gemäß § 140 InsO nach dem Zeitpunkt, in welchem die Wirkungen der Rechtshandlung eingetreten sind.

3. Gläubigerbenachteiligung

Hinzukommen muss eine durch die Rechtshandlung kausal verursachte Gläubigerbenachteiligung, die, wie aus § 132 und § 133 Abs. 2 InsO zu folgern ist, in einer unmittelbaren oder einer mittelbaren bestehen kann. Lediglich bei den soeben genannten Tatbeständen bedarf es einer unmittelbaren Benachteiligung, eine lediglich mittelbare genügt also nicht. Die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung wird allgemein so verstanden, dass hierfür die Rechtshandlung die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger ohne weiteres verschlechtern muss, während es bei der mittelbaren genügt, wenn irgendwie, sei es auch durch Hinzutreten weiterer Umstände

---

11 Vgl. FK-*Dauernheim*, InsO § 129 Rz. 20 ff.

12 Strittig ist allerdings, ob auch von dem vorläufigen Insolvenzverwalter vorgenommene Akte anfechtbar sind. Diese Frage ist jedoch nicht an dem Tatbestandsmerkmal „Rechtshandlung", sondern mehr an dem Problem des Vorliegens einer Gläubigerbenachteiligung zu verhaften (vgl. *Foerste,* Insolvenzrecht Rz. 291).

13 Die Nichtaufführung der Regelung des § 878 BGB in § 147 InsO, obwohl wiederum in § 91 Abs. 2 InsO erwähnt, ist wohl ein Redaktionsversehen und wird allgemein dadurch korrigiert, dass § 140 Abs. 2 InsO erweiternd sich auch auf den Antrag des Schuldners beziehen soll (so *Foerste,* Insolvenzrecht Rz. 293) bzw. § 147 InsO um die Vorschrift des § 878 BGB für diesen Fall zu ergänzen ist (so FK-*Dauernheim,* InsO § 147 Rz. 2).

diese Möglichkeit nachteilig betroffen wird.[14] Auf den genauen Inhalt dieses Tatbestandsmerkmals ist im Rahmen der Untersuchung der Regelung in § 133 InsO näher zurückzukommen (siehe Punkt VIII.B (S. 75)).

4. Bargeschäft

Eine Anfechtung scheidet nach § 142 InsO grundsätzlich aus, wenn für die Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in dessen Vermögen gelangt und deshalb ein „Bargeschäft" vorliegt. Unter den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO ist jedoch auch die Anfechtung eines solchen Bargeschäfts möglich (s. dazu Punkt X.F (S. 155)).

B. Die Anfechtungsgründe

Das Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen genügt noch nicht, um einen Rückgewähranspruch nach § 143 Abs. 1 InsO entstehen zu lassen. Hinzukommen muss das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes, welcher in Ausgestaltung bestimmter objektiver und/oder subjektiver Momente den Eingriff in eine an sich bestandskräftige Vermögensposition des Anfechtungsgegners rechtfertigt. Bei den Anfechtungsgründen wird nun wiederum dahingehend differenziert, ob diese lediglich im Falle der Insolvenz (sog. „besondere Insolvenzanfechtung")[15] oder auch außerhalb eines solchen Verfahrens, auf der Grundlage des AnfG zur Anwendung kommen. Diese Unterscheidung ist nicht lediglich eine formale; vielmehr liegt ihr ein unterschiedlicher Schutzzweck der beiden Tatbestandsgruppen zugrunde (s. hierzu Punkt IV.C (S. 24 ff.)). Zu unterscheiden sind danach die Tatbestände der besonderen Insolvenzanfechtung (§§ 130 – 132 InsO), der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO), der Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistungen (§ 134 InsO) sowie der Anfechtung von Deckungen für kapitalersetzende Darlehen (§ 135 InsO).

1. Die besondere Insolvenzanfechtung

Die besondere Insolvenzanfechtung umfasst die in den §§ 130 – 132 InsO genannten Tatbestände.

Nach § 130 Abs. 1 InsO ist eine Rechtshandlung, welche die Sicherung oder Befriedigung einer potenziellen Insolvenzforderung (§ 38 InsO) gewährt oder ermöglicht hat, anfechtbar, wenn sie bis zu 3 Monate vor dem Eröffnungsantrag oder

---

[14] Vgl. FK-*Dauernheim,* InsO § 129 Rz. 41 ff.

[15] FK-*Dauernheim*, InsO § 129 Rz. 17; § 130 Rz. 2.

danach vorgenommen worden ist. In der ersten Alternative muss der Insolvenzgläubiger dabei zusätzlich um die tatsächlich vorliegende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gewusst haben (Abs. 1 Nr. 1), während in der zweiten Alternative er Kenntnis von dieser oder von dem Eröffnungsantrag besessen haben muss (Abs. 1 Nr. 2). Gegenüber den in § 138 InsO aufgeführten nahestehenden Personen besteht die gesetzliche Vermutung, dass sie als Insolvenzgläubiger bei der Deckung die entsprechende Kenntnis hatten (§ 130 Abs. 3 InsO). Eingeschränkt wird die Anfechtung gemäß § 130 InsO im Falle von Scheck- oder Wechselzahlungen (§ 137 InsO). Da nach der Nichtannahme der Schuldnerzahlung der Gläubiger keinen Protest erheben kann (Art. 44 WG bzw. Art. 40 ScheckG) und auch das Aufleben der Forderung nach § 144 Abs. 1 InsO die Rückgriffsmöglichkeit wegen Versäumnis der Protestfrist nicht wieder eröffnet, ist hier die Anfechtung von vornherein ausgeschlossen. Als Ausgleich für die Masse hat jedoch der letzte Rückgriffsverpflichtete bzw. der Dritte, für dessen Rechnung dieser den Wechsel begeben hat, die gezahlte Wechselsumme zu erstatten, wenn er im Zeitpunkt der Wechsel- bzw. Scheckbegebung um die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder den Antrag wusste (§ 137 Abs. 1 Satz 1 InsO).

Die Gewährung oder Ermöglichung einer Befriedigung oder Sicherung ist dann unter erleichterten Voraussetzungen möglich, wenn der Gläubiger diese nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte und deswegen eine inkongruente Deckung vorliegt (§ 131 InsO). Im letzten Monat vor dem Antrag oder danach ist die eine solche Deckung gewährende Rechtshandlung ohne weiteres anfechtbar (Abs. 1 Nr. 1). Erfolgt die inkongruente Deckung nicht im letzten, sondern im zweiten oder dritten Monat vor dem Antrag, muss der Schuldner entweder zahlungsunfähig gewesen sein (Abs. 1 Nr. 2) oder der Insolvenzgläubiger um die Gläubigerbenachteiligung durch diese Rechtshandlung wissen (Abs. 1 Nr. 3). Letzteres wird bei nahestehenden Personen wiederum vermutet (§ 131 Abs. 2 Satz 2 InsO).

Die Unmittelbarkeitsanfechtung nach § 132 Abs. 1 InsO betrifft lediglich die Anfechtung von Rechtsgeschäften, also nicht von Rechtshandlungen allgemein. Unter den gleichen Voraussetzungen wie in § 130 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO sind danach die Gläubiger unmittelbar benachteiligende Rechtsgeschäfte anfechtbar. Dabei werden an sich auch die in § 130 InsO genannten Deckungshandlungen erfasst und nicht bereits wegen Gesetzeskonkurrenz ausgeschlossen[16]; allerdings mangelt es bei

[16] So aber Amtl. Begr. InsO S. 159; *Foerste,* Insolvenzrecht Rz. 316; *Wiedersperg*, Diss. Jur. (2001) S. 190. Entgegen *Wiedersperg*, a.a.O. S. 190, erfasst § 132 Abs. 1 InsO auch nicht solche Verfügungen, die dem Gläubiger eines Dritten, also nicht einem Insolvenzgläubiger (§§ 130, 131 InsO) zur Befriedigung

solchen Deckungshandlungen an einer unmittelbaren Benachteiligung, da aufgrund des Erlöschens der durch die Deckung befriedigten Forderung der Vorgang erfolgsneutral ist. Die Vorschrift ist auch nicht als Auffangtatbestand[17] zu den §§ 130, 131 InsO zu verstehen, da eine Deckungshandlung nicht zwangsläufig, was gerade durch das Merkmal „oder ermöglicht hat" deutlich zum Ausdruck kommt, ein Rechtsgeschäft voraussetzt. Rechtsgeschäften des Schuldners im Sinne von § 132 Abs. 1 InsO gleichgestellt sind Rechtshandlungen des Schuldners, durch die dieser ein Recht verliert oder nicht mehr geltend machen kann oder, umgekehrt, ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen ihn erhalten oder durchsetzbar wird. Hierdurch muss es allerdings nicht zu einer unmittelbaren Benachteiligung kommen.[18]

2. Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO)

Rechtshandlungen, die bis zu 10 Jahre vor dem Eröffnungsantrag oder danach vorgenommen worden sind, können nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO angefochten werden, wenn der Schuldner mit dem Vorsatz gehandelt hat, seine Gläubiger zu benachteiligen und der Anfechtungsgegner diesen Vorsatz kannte. Der Nachweis der Kenntnis durch den Insolvenzverwalter wird durch die Regelung in Abs. 1 Satz 2 erleichtert, wonach diese vermutet wird, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligte. Nach Abs. 2 der Vorschrift schließlich kann gegenüber nahestehenden Personen ein entgeltlicher Vertrag, welcher eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung herbeiführt, angefochten werden. Die Anfechtung ist allerdings dann ausgeschlossen, wenn der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag oder ohne die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners abgeschlossen worden ist (Abs. 2 Satz 2).

3. Unentgeltliche Leistungen (§ 134 InsO)

Überträgt der Schuldner einen Gegenstand aus seinem Vermögen ohne eine korrespondierende Gegenleistung und damit unentgeltlich, liegt ohne weitere

---

gewährt werden. Leistet der Schuldner zur Erfüllung einer Schuld gegenüber dem Dritten wird er hierdurch befreit, sodass eine unmittelbare Benachteiligung ausscheidet. Möglich ist aber eine Deckungsanfechtung der Leistung gegenüber dem Dritten. Leistet der Schuldner sogar ohne Rechtsgrund an den Gläubiger, liegt eine kondizierbare Leistung vor, ohne dass es der Anfechtung nach §§ 132, 143 InsO bedarf (vgl. *Jaeger/Henckel*, KO § 30 Rz. 125, der aber trotzdem eine Anfechtung wegen unmittelbarer Benachteiligung für möglich hält, a.a.O. Rz. 103).

17 So aber die Gesetzesbegründung: Amtl. Begr. InsO S. 159.

18 Amtl. Begr. InsO S. 159.

Voraussetzungen eine nach § 134 InsO anfechtbare Leistung vor, es sei denn, die Rechtshandlung ist früher als 4 Jahre vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden. Ausgenommen sind jedoch gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke (Abs. 2). Ebenfalls eine unentgeltliche Leistung stellt es dar, wenn der Erbe vor Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens aus dem Nachlass Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisse oder Auflagen erfüllt hat (§ 322 InsO).

4. Kapitalersetzende Darlehen (§ 135 InsO)

Die Regelung in § 135 InsO ist ein ergänzender Baustein zum Schutz des einer Kapitalgesellschaft zur Verfügung stehenden Eigenkapitals vor einem nicht ordnungsgemäßen Zugriff ihrer Gesellschafter. Nach der grundlegenden Kapitalerhaltungsvorschrift in § 30 GmbHG darf durch eine Zahlung an die Gesellschafter das Stammkapital einer GmbH nicht angegriffen werden. Entgegenstehende Auszahlungen sind zu erstatten (§ 31 GmbHG). Entsprechendes gilt für Nachschüsse der Gesellschafter, soweit diese zur Deckung von Verlusten bis zur Höhe des Stammkapitals erforderlich sind (§ 30 Abs. 2 GmbHG). Auch dann, wenn der Gesellschafter in der Krise der Gesellschaft[19] statt zur Eigenfinanzierung formal zur Fremdfinanzierung greift, etwa durch Gewährung eines Darlehens an die Gesellschaft, wird dies so behandelt, als habe er ihr in Wirklichkeit Eigenkapital zugeführt. Zunächst wird er im Falle der Insolvenz mit seiner Darlehensrückzahlungsforderung lediglich als nachrangiger Insolvenzgläubiger eingeordnet (§ 32a Abs. 1 GmbHG, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Daneben wird nach der sog. Rechtsprechungsregel entsprechend § 30 Abs. 1 und § 31 Abs. 1 GmbHG das eigenkapitalersetzende Darlehen ebenfalls mit einem Auszahlungsver- bzw. Rückzahlungsgebot belegt, sofern hierdurch eine Unterdeckung des Eigenkapitals eintreten wird bzw. eingetreten ist.[20] Ferner kann eine bis zu einem Jahr vor dem Antrag oder danach erfolgende Befriedigung eines kapitalersetzenden Darlehens nach § 135 Nr. 2 InsO angefochten werden. Für eine entsprechende Sicherungsbestellung wird dieser Zeitraum auf 10 Jahre verlängert (Nr. 1). Da die Rechtsprechungsregeln wesentlich weiter gehen als

---

[19] Der Begriff „Krise der Gesellschaft" bezeichnet nach der Legaldefinition in § 32 Abs. 1 GmbHG einen Zeitpunkt, in dem Gesellschafter ihrer GmbH als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten. Gemeint ist damit der Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft so in ihrer Kreditwürdigkeit gesunken ist, dass sie lediglich durch die Gesellschafter, nicht aber am Markt zu üblichen Bedingungen noch Kapital erhalten kann (FK-*Dauernheim*, InsO § 135 Rz. 32).

[20] *Gottwald/Haas,* InsOHdb § 92 Rz. 239; MünchKomm/*Stodolkowitz*, InsO § 135 Rz. 104.

§ 135 InsO wird diesem Anfechtungstatbestand jedoch nur ein beschränkter Anwendungsbereich zuerkannt.[21]

5. Einlagen stiller Gesellschafter (§ 136 InsO)

Die auch nur teilweise Rückgewähr der Einlage eines stillen Gesellschafters oder ein entsprechender Erlass des Verlustanteils ist nach § 136 Abs. 1 InsO anfechtbar, wenn die dieser Rückgewähr zugrunde liegende Vereinbarung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder danach getroffen wurde. Unmaßgeblich ist danach der Zeitpunkt der tatsächlichen Rückgewähr. Ist der Eröffnungsgrund erst nach der Vereinbarung eingetreten, scheidet eine Anfechtung allerdings aus (§ 136 Abs. 2 InsO).

C. Rechtsfolgen

Liegt ein Anfechtungsgrund vor und sind die, teils durch den jeweiligen Anfechtungstatbestand spezifizierten[22], allgemeinen Voraussetzungen gegeben, muss der Anfechtungsgegner dasjenige, was aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weg- oder aufgegeben worden ist, wieder an die Insolvenzmasse zurückgewähren, notfalls dessen Wert ersetzen (§ 143 Abs. 1 InsO). Schon aus dem Wortlaut wird deutlich, dass danach die „Anfechtung" mit der aus § 142 Abs. 1 BGB bekannten Nichtigkeitsfolge ex tunc nichts gemein hat.[23] Vielmehr bleibt die angefochtene Rechtshandlung wirksam und die Anfechtung erschöpft sich in einem schuldrechtlichen Anspruch. Strittig ist allerdings nunmehr, ob dieser Anspruch nur der Verwirklichung einer aus der Anfechtbarkeit bereits folgenden haftungsrechtlichen Zuordnung des Anfechtungsgegenstandes zum Vermögen des Schuldners und damit zur Masse dient. Nach dieser, sog. haftungsrechtlichen Theorie[24] hat die insolvenzrechtliche Anfechtung zugunsten der Masse eine quasi dingliche Unwirksamkeit der-

---

21 *Gottwald/Haas,* InsOHdb § 92 Rz. 240.

22 Etwa hinsichtlich der Art der Benachteiligung (unmittelbar, mittelbar).

23 So aber die sog. dingliche Theorie, die im Wortlaut von § 29 KO („*können als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam ... angefochten werden*") einen Anhaltspunkt fand, jedoch auch vor Inkrafttreten der InsO nur vereinzelt und in unterschiedlicher Ausgestaltung vertreten wurde: Einmal, entsprechend § 142 Abs. 1 BGB als mit der Anfechtungserklärung eintretende absolute (so *Hellwig*, ZZP 26 (1899), 474 ff.), und ferner als automatisch mit Verfahrenseröffnung, relativ zugunsten der Gläubigergesamtheit ausgerichtete Unwirksamkeit (*Marotzke* KTS 1987, 1ff.). Hiergegen ausdrücklich unter der InsO die Amtl. Begr. InsO S. 157.

24 Besonders *Paulus*, AcP 155 [1956], 277 [300 ff.]. Dem folgt überwiegend das Schrifttum zur InsO, etwa *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, Rz. 21.11 ff.; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 129 Rz. 136 ff.; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 129 Rz. 48 ff. Bereits zur KO: *Jaeger/Henckel* KO, § 37 Rz. 19ff., 24.

gestalt zur Folge, dass der Anfechtungsgegenstand nicht dem haftenden Vermögen des dinglich Berechtigten, sondern demjenigen des Schuldners zuzuordnen ist. Bedeutsam wird diese Streitfrage insbesondere dann, wenn das Vermögen des Anfechtungsgegners dem Zugriff seiner Gläubiger, sei es im Wege der Einzel- oder Gesamtvollstreckung ausgesetzt ist. Verneint man, mit der sog. schuldrechtlichen Theorie[25] eine haftungsrechtliche Zuordnung, kann der Insolvenzverwalter in diesem Falle weder die Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) noch ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) geltend machen.[26]

Als Ausgleich und zur Vermeidung einer nicht gebotenen Bereicherung der Masse lebt nach der Rückgewähr des Anfechtungsgegenstandes eine durch die anfechtbare Rechtshandlung an sich erloschene Forderung des Anfechtungsgegners wieder auf (§ 144 Abs. 1 InsO). Wird daneben auch das Kausalgeschäft erfolgreich angefochten, geht § 144 Abs. 1 InsO allerdings in Leere, weil dann der Rückgewährschuldner nach § 143 Abs. 1 InsO auf sein Forderungsrecht sogleich wieder zu verzichten hat[27]. Allerdings kann er dann seine Gegenleistung, soweit diese noch unterscheidbar vorhanden ist, aus der Masse zurückfordern (§ 144 Abs. 2 Satz 1 InsO). Ist die Gegenleistung nicht mehr unterscheidbar vorhanden, kann nach § 144 Abs. 2 Satz 2 InsO ein Ersatzanspruch, allerdings lediglich als Insolvenzforderung geltend gemacht werden.

Rückgewährschuldner ist grundsätzlich der Empfänger des durch die anfechtbare Leistung, sei es auch nur mittelbar aus dem Vermögen des Schuldners veräußerten, weg- oder aufgegebenen Gegenstandes. Nach § 145 InsO kann jedoch auch ein Rechtsnachfolger des Anfechtungsgegners Rückgewährschuldner sein. Während dies im Falle der Gesamtrechtsnachfolge ohne weitere Voraussetzungen gilt (§ 145 Abs. 1 InsO), bedarf es hierzu bei der Einzelrechtsnachfolge in den Anfechtungsgegenstand entweder der Kenntnis des Nachfolgers um die Anfechtbarkeit (Abs. 2 Nr. 1), seiner Qualifizierung als nahestehende Person, wenn er nicht den Nachweis erbringt, dass er nicht um die Anfechtbarkeit weiß (Abs. 2 Nr. 2), oder der Unentgeltlichkeit des Erwerbs (Abs. 2 Nr. 3).

Die Wahrnehmung des Anfechtungsrechts ist grundsätzlich die Aufgabe des Insolvenzverwalters. Er hat dieses Recht innerhalb von 2 Jahren seit Eröffnung auszuüben (§ 146 InsO). Ist die Eigenverwaltung angeordnet, obliegt das Anfechtungs-

---

25 BGHZ 101, 286 [288]; FK-*Dauernheim,* InsO § 129 Rz. 9.

26 Zu einem Aussonderungsanspruch ist jedoch der BGH in einer neueren Entscheidung (ZIP 2003, 2307 [2310 f.]) gelangt, ohne sich dabei dogmatisch von der schuldrechtlichen Theorie zu lösen.

27 Vgl. FK-*Dauernheim*, InsO § 143 Rz. 5.

recht dem Sachwalter (§ 280 InsO). Im Verbraucherinsolvenzverfahren ist es jedoch nach § 313 Abs. 2 InsO nicht dem Treuhänder, sondern jedem einzelnen Insolvenzgläubiger übertragen.

III. DIE RECHTSHISTORISCHE ENTWICKLUNG DER VORSATZANFECHTUNG

A. Die Entwicklung bis zur Insolvenzrechtsreform

Die InsO löste mit ihrem Inkrafttreten am 1. Januar 1999 die KO ab, die bis dahin 120 Jahre die Rechtspraxis bestimmt hatte. Auch die Regeln der KO können wiederum auf eine lange Rechtstradition zurückgeführt werden.[28] Als konkretes Vorbild der KO diente insbesondere die Kodifikation des preußischen Konkursrechts.

Die Wurzeln der Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners wegen seines Konkurses können sogar bis ins römische Recht zurückverfolgt werden.[29] Hervorzuheben ist dabei die „*actio pauliana*", unter deren Namen im justinianischen Recht verschiedene klassische Rechtsbehelfe[30] zu einer einheitlichen Anfechtungsklage zusammengefasst wurden.[31] Damit wurde der Nachteil ausgeglichen, dass die den Gläubigern bei Vermögensverfall des Schuldners gewährte Berechtigung zur Veräußerung seiner Güter (*missio in bona debitoris*) nicht zur Folge hatte, dass dieser in seiner Verfügungsmacht eingeschränkt wurde.[32] Wurden wider *bona fides* Rechtshandlungen von dem Schuldner vorgenommen, welche die Gläubiger benachteiligten, konnten diese mittels der paulianischen Klage dagegen vorgehen.[33] Das gemeine Recht nahm die paulianische Klage des römischen Rechts auf, auch wenn der Schuldner mittlerweile nach dem Eintritt des Konkurses, der teilweise nach dem Vorliegen der materiellen Voraussetzungen jedenfalls aber durch die Eröffnung des

---

28 *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung S. 94; *Kohler*, Konkursrecht § 37 (S. 205).

29 Die historische Entwicklung der Absichtsanfechtung bis zum Inkrafttreten der KO ist in den Arbeiten von *Gerhardt* (Gläubigeranfechtung S. 48 ff.) und *Schulte* (Diss. Jur. (1984), S. 24 ff.) bereits umfassend dargestellt worden (s. a. *Sarwen*, KO vor § 22 I-III; *Kohler*, Konkursrecht § 37; *Wacke*, Zur Geschichte und Dogmatik der Gläubigeranfechtung, ZZP 83 (1970), 418 [420ff.]; *Kummer*, FS f. Kreft (2004) S. 393) und soll deshalb nicht umfangreicher Gegenstand dieser Arbeit sein.

30 Einmal die *integrum restitutio propter fraudem creditorum* (D. 42.8.1 pr.) sowie das *interdictum fraudatorium* (D. 42.8.10 pr.). Bei beiden hatte die Rückstellung an die Gesamtheit der Gläubiger zu erfolgen (*Weiss*, Römisches Privatrecht § 118 (S. 428)).

31 D. 22.1.38.4 (*Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur*). Diese stand jedem benachteiligten Gläubiger sowie dem Konkursverwalter sowohl gegen den Schuldner als auch, was natürlich wichtiger war, gegen denjenigen zu, dem in Gläubigerbenachteiligungsabsicht etwas zugewendet worden war (*Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht § 134 (S. 376)).

32 So entstand insbesondere das prätorische Pfandrecht nicht bereits durch das Dekret, welches die Immission erteilte, sondern erst durch die, allerdings ohne weiteres Verfahren mögliche Besitzergreifung durch den Gläubiger (*Sarwen*, KO Vor § 22 I; *Franke*, AcP 16 (1833), 125 [132f.] mit Angabe der Digestenstellen).

33 *Sarwen*, KO Vor § 22 I; *Franke*, AcP 16 (1833), 125 [131f.].

Verfahrens bestimmt wurde, in der Verfügung mit der Folge der Nichtigkeit beschränkt war[34]. Der Anwendungsbereich der paulianischen Klage beschränkte sich danach im gemeinen Recht von vornherein auf den Zeitraum vor Eintritt des Konkurses.[35] Seit etwa dem 13. Jahrhundert fanden sich auch in Partikularrechten Regelungen, die Schutzvorschriften zur Rückgängigmachung von Vermögensverschiebungen vorsahen. Diese gingen teils über die *actio pauliana* des gemeinen Rechts hinaus, indem sie etwa die unmittelbare Nichtigkeit der Rechtshandlungen anordneten, teilweise enthielten sie aber auch engere Regelungen.[36]

Unter der *actio pauliana* des gemeinen Rechts konnte nur die Anfechtung wegen absichtlicher Benachteiligung der Gläubiger verfolgt werden. Allein an objektive Merkmale anknüpfende Tatbestände gab es nicht, vielmehr musste der Schuldner immer mit dem Vorsatz der Benachteiligung gehandelt haben.[37] Nur auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners[38] wurde dann verzichtet, wenn der Schuldner für seine Leistung keinen realen Gegenwert, wie insbesondere bei der Schenkung erhielt[39]. Die

---

34 Motive KO S. 96; *Goltdammer*, Preuß. KO Vor § 99 II; *Sarwen*, KO Vor § 22 II.

35 Die Voraussetzungen der paulianischen Klage im gemeinen Recht waren nach *Sarwen* (KO Vor § 22 II) grundsätzlich:

(1) der Zustand der Insolvenz oder Vermögensunzulänglichkeit, in Form der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zum Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung

(2) eine Rechtshandlung, welche die Gläubiger benachteiligte

(3) die bewusst rechtswidrige Absicht des Schuldners, ein dolus, welcher jedenfalls das Bewusstsein, dass die Gläubiger benachteiligt werden, voraussetzte

(4) der Anfechtungsgegner musste durch Schenkung oder in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit erworben haben (anders insoweit *Goltdammer*, Preuß. KO Vor § 99 II (S. 251), der die Absicht des Anfechtungsgegners selbst verlangt, die Gläubiger zu benachteiligen; hiergegen, aber für die Kenntnis der Benachteiligungsabsicht des Schuldners *Franke*, AcP 16 (1833), 125 [126], der, wie die Motive KO S. 96, ebenfalls von der „Theilnahme" des anderen am Betruge bzw. der böslichen Absicht spricht).

Die Voraussetzungen im Einzelnen waren jedoch höchst strittig. So wurde es etwa teilweise für verzichtbar gehalten, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Rechtshandlung zahlungsunfähig war. Teilweise wurde die paulianische Anfechtung auch außerhalb eines Konkursverfahrens für möglich gehalten (Nachweise bei *Sarwen*, a.a.O. S. 107 f.).

36 Motive KO S. 95 f. Siehe hierzu auch die Ausführungen von *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung S. 62 ff. Diese Regelungen beeinflussten wiederum die Rezeption der *actio pauliana*.

37 RGZ 10, 325 [328]. Vgl. a. *Weiss*; Römisches Privatrecht § 118 (S. 429); *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht § 134 (S. 376).

38 *qui fraudem non ingnoraverit* (D 42.8.1 pr).

39 D. 42.8.6.11; die Haftung war allerdings, wie es sich heute in § 143 Abs. 2 Satz 1 InsO findet, auf die vorhandene Bereicherung beschränkt. Des Weiteren wurde bei Unmündigen sowie dann auf die Kenntnis verzichtet, wenn der geschädigte Gläubiger der Fiskus war (*Gerhardt*, Gläubigeranfechtung S. 58). Die Absicht der Gläubigerbenachteiligung bei dem Schuldner musste jedoch in allen Fällen

zur Erfüllung einer Schuld erbrachte Leistung war durch die *actio pauliana* regelmäßig nicht angreifbar, selbst wenn der Gläubiger um die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wusste.[40] Anfechtbar waren lediglich, im Terminus der InsO, inkongruente Deckungen (s. u. Fn. 232 (S. 56)).

Durch die *actio pauliana* wurde danach nur ein „*in der Wirklichkeit sehr zweifelhafter Schutz*"[41] gewährt, da sich die subjektiven Voraussetzungen nur verhältnismäßig schwer nachweisen ließen. Bei der Kodifikation der KO ging man deshalb wesentlich über die *actio pauliana* hinaus. Insbesondere wurde neben der Anfechtung von bereits unter die *actio pauliana* fallenden, „fraudulösen" Akten auch die Anfechtung von solchen Handlungen zugelassen, die nach Eintritt des materiellen Konkurses, d.h. des sich insbesondere in der Zahlungsunfähigkeit manifestierenden wirtschaftlichen Zusammenbruches, zulasten der späteren Masse erfolgt waren. Dieses neben die *actio pauliana* tretende Rechtsinstitut der Sicherung der Gläubigergleichbehandlung bereits im Vorfeld der formellen Insolvenz hatte sich seit dem 14. Jahrhundert insbesondere in den italienischen Statuarrechten entwickelt.[42]

B. Ziele der Insolvenzrechtsreform

Die Anfechtungsregeln der KO (§§ 29 - 42) hatten sich nach Auffassung des Gesetzgebers im Laufe ihrer mehr als 120jährigen Geschichte praktisch als nicht schlagkräftig genug erwiesen. Nach einer Studie aus dem Jahre 1978 wurde lediglich in 22 % aller eröffneten und beendeten Konkursverfahren ein Anfechtungsprozess durchgeführt.[43] Als Gründe für diese geringe Zahl von Prozessen wurden in einer

---

vorliegen. Eine Ausnahme gab es nur dann, wenn der Schuldner sein gesamtes Vermögen verschenkte (D 1.17.1)

40 So ausdrücklich D. 42.8.6.7; vgl. auch OAG Kiel SeuffertA 12 (1859), Nr. 228; OAG Celle SeuffertA 9 (1855), Nr. 356; *Kummer*, FS f. Kreft (2004) S. 393 [395]. Im älteren gemeinrechtlichen Schrifttum war jedoch dem entgegen die sog. „Gratifikationstheorie" teilweise anerkannt, nach welcher eine *actio pauliana* auch dann möglich war, wenn ein Schuldner beim Zahlungsbegehren mehrerer Gläubiger diese nicht gleichmäßig befriedigte, sondern einen von diesen oder einen ganz anderen begünstigte. Auf die Absicht sollte es dann nicht mehr ankommen (Nachweise bei Motive KO S. 101; *Sarwen*, KO Vor § 22 II 1 (S. 109)). Dies ließ sich jedoch aus den Digestenstellen nur schwerlich ableiten (Motive KO a.a.O.; *Franke*, AcP 16 (1833), 251 [259 ff.]; so auch *Sarwen*, a.a.O.).

41 *Sarwen*, KO Vor § 22 III (S. 110).

42 *Kohler*, Konkursrecht § 37 (S. 195, 197 f.); *Kummer*, FS f. Kreft (2004) S. 393 [395].

43 *Gessner u.a.*, Praxis der Konkursabwicklung S. 38, 194. Problematisch an dieser Studie ist allerdings, dass außergerichtlich angestrengte Anfechtungsstreitigkeiten nicht erfasst wurden. Ferner dürfte wohl die Anzahl der betrachteten Verfahren und Prozesse (69!) zu gering gewesen sein, um zu einer statistisch hinreichenden Tatsachengrundlage zu gelangen.

Umfrage vor allem Beweisschwierigkeiten (57 %) sowie fehlende finanzielle Mittel (38 %) genannt.[44] Der insolvenzrechtliche Zweck des Anfechtungsrechts, die Anreicherung der vorhandenen Masse wurde unter Geltung der KO daher nicht mehr erreicht.[45] Wesentlich hierfür war allgemein auch, dass insgesamt die konkursrechtlichen Mechanismen zur Massemehrung nicht weitreichend genug waren, um die Eröffnung eines kostendeckenden Verfahrens und damit die Insolvenzanfechtung zu ermöglichen. Daneben war auch das Anfechtungsrecht, als Teil dieser Mechanismen, nicht effektiv genug, da sich insbesondere der Nachweis der in vielen Tatbeständen geforderten subjektiven Voraussetzungen in der Praxis als schwierig erwies. Dies war um so nachteilhafter, als vor allem das Anfechtungsrecht das Werkzeug sein sollte, um in der Praxis im Vorfeld der Verfahrenseröffnung vielfach beobachtete Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen.[46]

Ziel der Insolvenzrechtsreform war es daher, aufbauend auf den Regelungen der KO, das Anfechtungsrecht zu verschärfen, um Vermögensverschiebungen besser als bisher rückgängig zu machen.[47] Die Anfechtungsnormen sollten so ausgestaltet werden, dass die Durchsetzung der Anfechtungsansprüche wesentlich erleichtert würde, um die der Gläubigergesamtheit zur Verfügung stehende Masse zu vergrößern und damit die Verteilungsgerechtigkeit des Insolvenzverfahrens zu verbessern.[48] Auch unter der InsO sollten die Möglichkeiten der Anfechtung allerdings nur insoweit bestehen und erweitert werden, als die Erfordernisse der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes nicht entgegenstünden.[49]

Zur Erweiterung der Anfechtung wurden deshalb insbesondere subjektive Voraussetzungen beseitigt bzw. ihr Nachweis erleichtert. Als Beispiele seien der Verzicht auf subjektive Voraussetzungen bei inkongruenten Deckungen im ersten Monat vor Eröffnung (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO) sowie die vielfach umgekehrte Beweislast bei gegenüber nahestehenden Personen vorgenommenen Rechtshandlungen genannt (vgl. § 130 Abs. 3, § 131 Abs. 2 Satz 2, § 132 Abs. 2 InsO). Allerdings geht die nunmehr in Gesetzeskraft befindliche Fassung in der Verschärfung des Anfechtungsrechts nicht soweit, wie dies teilweise im Gesetzverfahren verlangt wurde.[50]

---

44 *Gessner u.a.*, Praxis der Konkursabwicklung S. 215.

45 Amtl. Begr. InsO S. 82; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 29 Rz. 1; *Henckel,* ZIP 1982, 391ff.

46 Amtl. Begr. InsO S. 82.

47 Amtl. Begr. InsO S. 156.

48 Amtl. Begr. InsO S. 82.

49 Amtl. Begr. InsO S. 82. Vgl. a. MünchKomm/*Kirchof*, InsO vor §§ 129 bis 147 Rz. 9.

50 Vgl. hierzu MünchKomm/*Kirchof*, InsO vor §§ 129 bis 147 Rz. 9.

C. Die Änderungen bei der Absichtsanfechtung

Der Tatbestand der Vorsatzanfechtung ist Nachfolger der oben beschriebenen *actio pauliana* in ihrer ursprünglichen Form. § 133 InsO löste die bisherige Regelung der Absichtsanfechtung in § 31 und § 41 Abs. 1 Satz 2 KO ab, die wiederum § 102 Nr. 3, § 103 Nr. 1 und 2 Preuss. KO zum Vorbild hatte.[51] Der Absichtsanfechtung nach der KO vergleichbar ist wiederum § 10 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Gesamtvollstreckungsordnung (GesO), welche seit der Wende in der DDR für die neuen Bundesländer bis zum Inkrafttreten der InsO galt.

Die tatbestandlichen Unterschiede zwischen den Regeln der InsO, KO und GesO sollen hier kurz aufgelistet werden:

Während nach der KO und der GesO Benachteiligungs*absicht* erforderlich war, heißt es in der InsO nunmehr Benachteiligungs*vorsatz*. Der Anfechtungszeitraum beträgt jetzt 10 Jahre vor dem Antrag, während die KO 30 Jahre vor der Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage (§ 41 Abs. 1 Satz 3) und die GesO überhaupt keine zeitliche Begrenzung vorsah.[52] Schließlich sieht § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO eine Beweiserleichterung für den Insolvenzverwalter vor, welche als solche für die Absichtsanfechtung vor dem 01.01.1999 nicht bestand.

Die erleichterte Vorsatzanfechtung in § 133 Abs. 2 InsO erweitert den Kreis der Anfechtungsgegner durch die Verweisung auf die Legaldefinition der „nahestehenden Person" in § 138 InsO erheblich gegenüber der KO („nahe Angehörige"), erfasst insbesondere nunmehr auch besondere Verhältnisse zu Personen- und Kapital-

---

[51] Diese Vorschriften bestimmten, dass ohne Beschränkung anfechtbar seien, (1) alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche dieser in der dem anderen Teil bekannten Absicht vorgenommen hat, sie nur zum Schein vorzunehmen, oder die Gläubiger auf andere Weise zu bevortheilen (§ 103 Nr. 1), (2) die gegen den Gemeinschuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate, sowie die auf Grund solcher Titel vorgenommenen Rechtshandlungen, wenn dabei Umstände zum Grund liegen, bei welchen eine gleiche Absicht wie bei Nr. 1 erhellt (§ 103 Nr. 2), und (3) alle Veräußerungen des Schuldners an nahe Verwandte seit dem Tage der Zahlungseinstellung oder der Anzeige der Vermögensunzulänglichkeit oder des Antrags auf Konkurseröffnung; oder innerhalb der nächst vorhergegangenen zwei Jahre, sofern der Empfänger nicht nachwies, dass bei Vertragsschluss keine Benachteiligungsabsicht bzw. Kenntnis vom Vermögensverfall vorlag (§ 102 Nr. 3). Die Regelung der Preuss. KO nahm wiederum Anleihen im französischen Code de commerce von 1807, geändert 1838. Die Absichtsanfechtung war und ist neben der Regel im Code de commerce (Art. 447) auch außerhalb des Handelsrechts in Art. 1167 des Code civil vorgesehen (vgl. *von Campe*, Anfechtung in Deutschland und Frankreich S. 242ff.).

[52] Eine über 10 Jahre hinausgehende Anfechtungsfrist sah die Amtl. Begr. InsO (S. 160) als nicht mehr zeitgemäß an und wich damit von den Vorschlägen des Ersten Kommissionsberichts (Ziffer 5.3 (S. 417)) ab, welcher an der dreißigjährigen Frist, gerechnet allerdings jetzt vom Antrag, festhalten wollte.

gesellschaften. Auch die GesO benutzte den Begriff der „nahestehende Personen", wobei zur Auslegung des Begriffs, mangels Definition in der GesO, § 138 InsO ergänzend herangezogen wurde.[53] Anders als die InsO und die KO sprach die GesO schließlich nicht von „entgeltlichen Verträgen", sondern von „entgeltlichen Leistungen". Damit war eine Erweiterung der potenziell von einer Anfechtung betroffenen Rechtshandlungen verbunden.[54] Hinsichtlich der Zeiträume erlaubten die KO und die GesO eine Anfechtung, wenn die Rechtshandlung im letzten Jahr vor der Verfahrenseröffnung vorgenommen worden war, während die InsO dies auf zwei Jahre vor dem Antrag ausdehnt und damit mehr als verdoppelt. Zusätzlich ist dem Anfechtungsgegner nach der InsO der Beweis auferlegt, ob der Vornahmezeitpunkt außerhalb dieses Zeitraums liegt.

Wie die vorstehende Auflistung zeigt, sind die tatbestandlichen Unterschiede der jeweiligen Normen zur Absichts- bzw. Vorsatzanfechtung nicht dergestalt, als dass § 133 InsO fundamental anders zu interpretieren wäre als die früher geltenden Vorschriften. Auch soweit es nunmehr „Vorsatz" statt „Absicht" heißt, ist dadurch eine Abweichung nicht verbunden (s. u. Punkt VIII.C.1 (S. 81)). Wegen der weiten zeitlichen Erstreckung der Vorsatzanfechtung hielt es der Gesetzgeber im Übrigen für geboten, die engen materiellen Voraussetzungen der Absichtsanfechtung beizubehalten.[55] Insofern folgte er dem Ansatz des Ersten Berichts der Kommission für Insolvenzrecht[56], der gegen eine weitgehendere Ausweitung der Vorsatzanfechtung anführte, dass anderenfalls die Sicherheit des Rechtsverkehrs in unzumutbarer Weise beeinträchtigt würde. Für die folgende Betrachtung folgt hieraus u.a., dass die zur KO bzw. GesO ergangene Rechtsprechung grundsätzlich in vollem Umfang herangezogen werden kann.

---

53 *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO § 10 Rz. 62.

54 Vgl. BGH ZIP 1997, 853 [854] sowie u. Punkt IX (S. 101).

55 Amtl. Begr. InsO S. 160.

56 Ziffer 5.3 (S. 418).

IV. DAS MOTIV DER VORSATZANFECHTUNG

Eine Bestimmung und Abgrenzung des in § 133 InsO geregelten Tatbestandes im Wege der heute überwiegend vertretenen Wertungsjurisprudenz[57] ist ohne Erarbeitung der dieser Vorschrift zugrunde liegenden Wertungen und Rechtsprinzipien nicht möglich. Hierbei ist, um die Regelung in § 133 InsO auch systematisch abgrenzen zu können, auch auf die Zwecke der übrigen Anfechtungstatbestände sowie der Anfechtung allgemein einzugehen. Zur Erfassung dieser Wertungen muss man dabei zunächst auf das Vollstreckungsrecht allgemein zurückkommen, dessen Teil das Insolvenzrecht ist[58].

A. Das Motiv des Vollstreckungsrechts

Das materielle Recht spricht dem Gläubiger das Recht zu, von dem Schuldner ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194 Abs. 1 BGB). Kommt der Schuldner diesem Rechtsbefehl nicht freiwillig nach, bedarf es eines rechtsstaatlich organisierten Zwangsverfahrens, welches dem Gläubiger zu der ihm gebührenden Befriedigung verhilft. Denn mit der Schuld, also dem Leistensollen, korrespondiert grundsätzlich[59] auch die Haftung, also das Unterworfensein des schuldnerischen Vermögens unter den zwangsweisen Zugriff des Gläubigers.[60] Soweit es die Vollstreckung von Geldforderungen betrifft, ist das Vollstreckungsrecht also das formelle Recht der Haftungsverwirklichung.[61] Damit wird verhindert, dass der Gläubiger zur privaten Selbsthilfe[62] greift, die, da einer staatlich vorweggenommenen Kontrolle nicht unterworfen, sozialen Unfrieden und damit eine Störung des Rechtsfriedens zur Folge hätte.[63] Das Vollstreckungsverfahren dient danach auch der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes für den Gläubiger (Art. 2 Abs. 1, § 14 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip), da aufgrund des staatlichen Gewaltmonopols seine eigenen tatsächlichen Möglichkeiten der Haftungsverwirklichung weitestgehend ausgeschlossen sind.[64]

---

57 *Larenz/Wolf*, BGB AT § 4 Rz. 12.

58 *Foerste*, Insolvenzrecht Rz. 5.

59 Ausnahmen sind die Naturalobligationen.

60 *Brox/Walker*, Schuldrecht AT Rz. 19.

61 *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht § 1 V.

62 Die private Selbsthilfe wird allgemein als Gefährdung des Rechtsfriedens gesehen, weswegen sie gesetzlich nur in Ausnahmefällen (§§ 229, 561, 859 BGB) und auch dann nur als der Staatsgewalt vorauseilende Sicherung zulässig ist (*Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht § 1 II 1).

63 *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht Rz. 1.

64 MünchKomm/*Stürner*, InsO Einleitung Rz. 77; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht Rz. 6.2; *Pape/Uhlenbruck*,

B. Das Motiv des Insolvenzrechts

Die materielle Insolvenz bezeichnet einen Zustand, in welchem der Schuldner zahlungsunfähig oder überschuldet bzw. beides zugleich ist, und deswegen seine Gläubiger nicht mehr zu befriedigen vermag, selbst wenn er dazu gewillt ist. Würde trotz dieser Situation weiterhin die privatautonome Schuldtilgung durch den Schuldner bzw. die Einzelzwangsvollstreckung durch die Gläubiger zugelassen, käme es aufgrund des das Einzelzwangsvollstreckungsverfahren beherrschenden Prioritätsgrundsatzes (vgl. § 804 Abs. 3 ZPO)[65] zwangsläufig zu Ungerechtigkeiten, weil dann ein Teil der Gläubiger in vollem Umfang, während ein anderer nur teilweise bzw. überhaupt nicht befriedigt werden würde. Deswegen wird dann, wenn das Vermögen zur Befriedigung aller Gläubiger nicht mehr ausreichend ist, das Prioritätsprinzip durchbrochen und durch den gegenläufigen Gleichbehandlungsgrundsatz ersetzt. Ein diesen Grundsatz umsetzendes rechtsstaatliches Verfahren ist sowohl wegen Art. 3 Abs. 1 GG als auch wegen des Sozialstaatsprinzips sogar verfassungsrechtlich geboten.[66]

Der Grundsatz des „*par conditio creditorum*“[67] ist aber auch durch gesamtwirtschaftliche Interessen zu rechtfertigen. Würde der Prioritätsgrundsatz auch im Zeitpunkt des wirtschaftlichen Zusammenbruches des Schuldners gelten, wäre jeder Gläubiger dem Risiko ausgesetzt, dass ihm andere Gläubiger zuvorkommen. Die Chancen einen solchen Wettlauf zu gewinnen, sind dabei nicht gleichmäßig zwischen den Gläubigern verteilt, vielmehr ist diese Erfolgschance von diversen Faktoren, etwa Beziehungen eines Gläubigers zum Schuldner, Zugang zu Informationen über dessen wirtschaftliche Verhältnisse oder auch Druckpotenzial eines Gläubigers auf den Schuldner abhängig. Ein rational denkender Gläubiger wird sich daher nicht auf eine solche unsichere Chance verlassen und sich gegen dieses Verteilungsrisiko gleichermaßen wie gegen missbräuchliche Vermögensentziehungen durch den Schuldner absichern wollen, etwa durch Bestellen von Sicherheiten oder den Abschluss von Kreditversicherungen. Dies ist aber allgemein aufgrund der regelmäßig geringen Eigenkapitalausstattung von Schuldnern weder möglich noch wäre es aufgrund der dadurch erhöhten Transaktionskosten in jedem Fall sinnvoll. Ein auf der Kredi-

Insolvenzrecht Rz. 103. Vgl. a. *Maunz/Dürig/Papier*, GG Art. 14 Rz. 201; *Henckel*, FS f. Gerhardt (2004) S. 361 [378]; *Roth*, Diss. Jur. (2004) S. 89 ff.

65 „*Wer zuerst kommt, mahlt zuerst*“; vgl. Wacke, JA 1981, 94 ff.

66 *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht Rz. 6.2; MünchKomm/*Stürner*, InsO Einleitung Rz. 77, 95. Zur im Detail umstrittenen Herleitung der Gläubigergleichbehandlung, vgl. insbesondere *Füßmann*, Diss. Jur. (2001) S. 34 ff.

67 Der Grundsatz wird wohl erstmals in D. 42.8.6.7 erwähnt.

tierung von Geldmitteln aufbauendes Wirtschaftssystem kann deshalb nur dann funktionieren, wenn im Konfliktfall rechtlich gleichgestellte Gläubiger auch faktisch gleiche Bedingungen vorfinden.[68] Daneben wird durch den Gleichbehandlungsgrundsatz auch eine gesamtwirtschaftliche Verminderung der Kosten erreicht, die für einen Gläubiger mit der individuellen Forderungseinziehung verbunden wären.[69] Jeder Gläubiger, der von der wirtschaftlichen Krise des Schuldners Kenntnis hätte, würde nämlich kostenintensive Maßnahmen ergreifen, wenn sie ihm mit gewisser Wahrscheinlichkeit einen ökonomisch vernünftigen Vorrang vor den anderen Gläubigern ermöglichen könnten. Nimmt man alle Gläubiger zusammen, steht dieser Summe der bei jedem Gläubiger entstehenden Kosten allerdings kein Vorteil gegenüber, da sich dadurch das der Gesamtheit der Gläubiger zur Verfügung stehende Vermögen nicht erhöht.[70] Die Gläubiger werden deshalb in eine „Schicksals- und Verlustgemeinschaft" eingebunden[71], die dem einzelnen unter Umständen eine geringere Befriedigungsquote, aber der Gesamtheit eine kostenminimierte Befriedigung und eine sozialisierte Risikoverteilung verspricht.

Ziel eines Insolvenzrechts muss es danach sein, möglichst gleiche Haftbedingungen zugunsten aller Gläubiger herzustellen. Die Motive zur KO[72] sprechen insofern von einem zu verwirklichenden „rechtlichen Anspruch" jedes Gläubigers, dass mit Eintritt der Insolvenz das gesamte Vermögen des Schuldners zur gesetzlich geregelten Verteilung unter sämtlich vorhandenen Gläubigern verwendet wird.[73] Das die private Schuldentilgung bzw. die Einzelvollstreckung bestimmende Prioritätsprinzip wird danach durch und in der Insolvenz ausgeschaltet (§§ 81, 89 InsO; vgl. a. § 87 InsO). Die Gesamtvollstreckung bezieht nunmehr alle Gläubiger des Schuldners ein und verteilt dessen Vermögen gleichmäßig an diese nach Maßgabe des Forderungsrechts. Entsprechend formuliert § 1 InsO es als Ziel des Insolvenzverfahrens, dass dieses

---

68 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 2.01 ff; *Balz*, Ziele der Insolvenzordnung Rz. 10; kritisch hierzu *Foerste*, Insolvenzrecht Rz. 11, der das Erfordernis einer solchen Verteilungsgerechtigkeit im Interesse der Rechtssicherheit verneint. Vgl. auch Motive KO S. 103.

69 *Balz*, Ziele der Insolvenzordnung Rz. 9 ff.

70 *Schmidt*, Ökonomische Analyse S. 45.

71 *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht Rz. 126.

72 S. 14 f. Es handele sich nicht lediglich um einen moralischen, sondern um einen im Gesamtsystem des kodifizierten Insolvenzrechts zum Ausdruck kommenden rechtlichen Anspruch (Motive zur KO (S. 102)).

73 Hiergegen der 1. Senat des RG (RGZ 10, 325 [332]), wonach ein durch die Zahlungsunfähigkeit entstehender „Konkursanspruch" nicht anzuerkennen sei, da die Gläubiger auch nach der Konkurseröffnung keinen anderen Anspruch, als den Anspruch auf Befriedigung ihrer Forderung haben könnten. Anders aber der 2. Senat des RG (RGZ 10, 334 [335]).

dazu diene, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen. Der angestrebten Verteilungsgerechtigkeit entspricht es, dass sowohl alle Gläubiger als auch das gesamte, der Vollstreckung unterworfene Vermögen des Schuldners (§§ 35, 36 InsO) einbezogen wird und es damit zu einer staatlich kontrollierten Haftungsgesamtabwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners kommt. Die einer Verteilung zur Verfügung stehende Vermögensmasse kann dabei je nach Lage des Einzelfalles in zweierlei Weise gewonnen werden. In Betracht kommt entweder die Zerschlagung des Unternehmens durch Verkauf seiner Bestandteile, also Liquidation, oder der Erhalt des Unternehmens durch Sanierung.

C. Das Motiv der Insolvenzanfechtung

Allgemeines Motiv der Anfechtung in der Insolvenz ist es, ungerechtfertigte Vermögensverschiebungen, die zu einer Verkürzung der Insolvenzmasse führen, rückgängig zu machen.[74] Indem das Anfechtungsrecht verschiedene, auf das Vermögen des Schuldners bezogene Vorgänge im Falle des Insolvenzverfahrens für ungerechtfertigt erklärt, sichert es letztlich neben anderen gesetzlichen Mechanismen, dass ein ordnungsgemäßes Verteilungsverfahren aufgrund der hierzu erforderlichen Befriedigungsmasse überhaupt möglich ist.[75] Insofern ist die Anfechtung, wie *Kohler*[76] bereits 1891 bemerkte, auch ein soziales Institut dessen Schutz nicht auf den individuellen Gläubiger beschränkt, sondern auf die Gläubigerschaft und den von dieser gewährten Kredit insgesamt bezogen ist. Das Anfechtungsrecht ist insofern auch unabdingbarer Teil eines einheitlichen Insolvenzverfahrens.[77]

Das Anfechtungsrecht nach der InsO dient einheitlich der nach § 1 InsO als allgemeinem Zweck definierten gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger des Schuldners, wobei es unmaßgeblich ist, ob diese durch Verwertung und Erlösverteilung, also eine Liquidation des Unternehmens, oder durch den Erhalt des Unternehmens, also eine Sanierung erreicht wird.[78] Auch dann, wenn nach einer Sanierung

---

74 Amtl. Begr. InsO S. 156. Bei dieser Aussage der Begründung zum Regierungsentwurf darf allerdings nicht übersehen werden, dass erst die Regeln der Insolvenzanfechtung bestimmen, ob eine Vermögensverschiebung „ungerechtfertigt" ist. Die Anfechtung ist also nicht lediglich ein rechtstechnisches Mittel um generell von der Rechtsordnung als ungerechtfertigt angesehene Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen, vielmehr bestimmt der Gesetzgeber der InsO durch die Regeln der Insolvenzanfechtung über die Ungerechtfertigkeit selbst.

75 Motive KO S. 94.

76 Konkursrecht § 37 (S. 194). Vgl. a. *Paulus*, AcP 155 (1956) S. 277 [314].

77 Amtl. Begr. InsO S. 156; Motive KO S. 95.

78 Amtl. Begr. InsO S. 156; *Balz*, Ziele der Insolvenzordnung Rz. 19.

der Schuldner weiterhin Träger des Unternehmens sein soll, ist eine Anfechtung möglich. In diesem Fall kann ebenfalls der Schuldner vordergründig von der Anfechtung profitieren, wenn etwa ein zur Betriebsfortführung erforderlicher Gegenstand aufgrund Anfechtung in das schuldnerische Vermögen zurückgelangt. Trotzdem kann nicht davon ausgegangen werden, dass neben den bereits beschriebenen Gläubigerschutz auch die Absicherung einer Sanierungschance für den Schuldner als Zweck hinzugetreten ist. Denn auch die Sanierung dient nicht vorrangig, sondern wenn dann lediglich als Begleiterscheinung den Interessen des Schuldners. Auch die Entscheidung zugunsten einer Sanierung ist nämlich davon abhängig, dass sie die ertragsreichste Form der Verwertung des Schuldnervermögens darstellt.[79] Sie dient nicht der wirtschaftlichen Gesundung des Schuldners, sondern soll durch die mittels Sanierung erwirtschafteten Zahlungsmittel eine fortschreitende Befriedigung der Altgläubiger bewirken, die höher ausfällt, als sie es im Falle der Liquidation würde.[80] Ist die Sanierung erfolgreich wird der durch die Rückgewähr nach § 143 InsO bewirkte wirtschaftlichen Nachteil des Anfechtungsgegners dadurch ausgeglichen, dass er auf seine gemäß § 144 InsO durch die Anfechtung wieder auflebende Forderung volle Befriedigung erlangt.[81]

Im Folgenden sollen die hinter den jeweiligen Anfechtungstatbeständen stehenden Motive erarbeitet werden. Dabei bleibt die Anfechtung wegen der Deckung von kapitalersetzenden Darlehen (§ 135 InsO, § 6 AnfG) außer Betracht. Diese Norm wurde erst 1980 (§ 32a KO) eingefügt und diente der Ergänzung des besonders ausgestalteten Eigenkapitalschutzes bei Kapitalgesellschaften. Sie ist daher weniger dem Anfechtungsrecht, als vielmehr dem Gesellschaftsrecht zuzuordnen.

---

79 MünchKomm/*Stürner*, InsO § 1 Rz. 45; *Balz*, Ziele der Insolvenzordnung Rz. 18.

80 Dass sich Sanierung und Insolvenzanfechtung nicht ausschließen, zeigt auch die Entwicklungsgeschichte der VglO, die nur deswegen keine entsprechenden Tatbestände enthielt, weil man das Verfahren nicht durch langwierige Anfechtungsprozesse verzögern wollte (*Henckel*, Insolvenzanfechtung Rz. 3; vgl. a. *Kilger/K.Schmidt*, InsolvenzG § 28 VglO Anm. 1). Solche Verfahren sollten dem Anschlusskonkurs vorbehalten bleiben, den die Gläubiger durch Ablehnung des Vergleichsvorschlags bewirken konnten, wenn sie sich von der Anfechtung im Liquidationsverfahren zusätzliche Vorteile gegenüber dem Vergleich versprachen. Bestätigt wird dies auch durch die, mit der besonderen Konkursanfechtung aufgrund des gleichen Zwecks verwandten Regelung der sog. Rückschlagsperre in § 28 VglO (jetzt § 88 InsO). Deren objektive Voraussetzungen sind leicht feststellbar und lassen keine Verzögerung des Verfahrens besorgen.

81 Anders sieht es natürlich dann aus, wenn der Anfechtungsgegner seiner Forderung verlustig geht, was insbesondere Folge eines Insolvenzplanes sein kann (§§ 224, 225 InsO).

1. Das Motiv der besonderen Anfechtung in der Insolvenz

Die „Konkurs*pauliana*“[82] verlagert die verfügungsbeschränkenden Wirkungen der formellen Insolvenz mit obligatorischer Wirkung auf den zeitlich davor liegenden Eintritt der materiellen Insolvenz. Die Masse wird so gestellt, als wenn das Verfahren bereits in diesem Zeitpunkt eröffnet worden wäre. Dies folgt aus der Wertung, dass bereits der Eintritt des Eröffnungsgrundes den Anspruch der Gläubiger auf gleichmäßige Befriedigung entstehen lässt.[83] Die Eröffnung des zur Sicherung und Ausführung dieses Anspruchs dienenden Verfahrens durch den richterlichen Beschluss bestätigt den wirksam vorhandenen Anspruch lediglich.[84] Diesen Anspruch müssen der Schuldner als auch die einzelnen Gläubiger grundsätzlich beachten.[85] Man kann insofern auch davon sprechen, dass den Gläubigern eine Pflicht zur wechselseitigen Rücksichtnahme auferlegt wird.[86]

Die daraus folgende „Verfügungsbeschränkung“[87] ist allerdings für den Rechtsverkehr nicht ohne weiteres erkennbar, da der Schuldner offensichtlich weiterhin zur Verwaltung seines Vermögens und zur Verfügung über einzelne Gegenstände hieraus berechtigt ist. Dementsprechend kann sie dann nicht gegenüber dem einzelnen Gläubiger geltend gemacht werden, wenn er nicht um die materielle Insolvenz und damit um den Umstand wusste, aus welcher sich diese Beschränkung herleitet[88].

---

82 Oder auch „*Aequitätspauliana*“, nach *Kohler*, Konkursrecht § 41 (S. 231).

83 Motive KO S. 102, 119.

84 Motive KO S. 102, 119.

85 Motive KO S. 102, 119; *Sarwen*, KO Vor § 22 III (S. 114). Interessant in diesem Kontext auch die in den Protokollen ZPO (S. 568) wiedergegebene Bemerkung des für den Entwurf der KO verantwortlichen Regierungsrathes *Hagens*: „*Allerdings sei es ein Grundpfeiler unserer Rechtsanschauung, daß der Schuldner, welcher seine Zahlungen eingestellt habe, sich gewissenmaßer als Vermögenswalter für seine Gläubiger betrachten solle.*“.

86 *Kübler/Prütting/Paulus*, § 129 Rz. 4.

87 Diese Beschränkung hat entgegen derjenigen aus §§ 81, 91 InsO allerdings keine dingliche, sondern lediglich eine obligatorische Wirkung.

88 Motive KO S. 103 f. Aus diesem Grund sprach sich der Gesetzgeber der KO deutlich gegen das System des französischen Code de commerce von 1807 aus, der insoweit allerdings 1838 geändert wurde. Die Regelung von 1807 sah bereits mit Eintritt der materiellen Insolvenz, der vom Gericht in der Deklaration zeitlich bestimmt wurde (Art. 441), eine dingliche Verfügungsbeschränkung mit der Folge der Nichtigkeit und unabhängig von der Kenntnis des Geschäftspartners vor (Art. 442). Dies führte jedoch zu einer Verunsicherung des Rechtsverkehrs, da der rückschauend festgestellte Eintritt der materiellen Insolvenz für diesen nicht ohne weiteres erkennbar war (*Sarwen*, KO Vor § 22 III (S. 111); Motive KO S. 97 f.). Deshalb wurde die Regelung des Code de commerce bereits in der Anwendungspraxis teilweise eingeschränkt (vgl. Motive KO S. 103 f.). Die Regelung von 1838 an schließlich kehrte dies um und entsprach dann weitestgehend derjenigen der KO später. Zum Ganzen siehe *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung S. 83 ff.; *Goltdammer*, Preuß. KO Vor § 99 I (S. 248 f.); *Schulte*, Diss.

Die KO forderte deswegen die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung als äußere Erscheinung der Zahlungsunfähigkeit[89], während die InsO direkt auf diejenige der Zahlungsunfähigkeit abstellt. Eine absolute Wirkung gegenüber jedermann ist erst dann gerechtfertigt, wenn das eingeleitete Verfahren veröffentlicht wurde[90], damit eine allgemeine Kenntnisnahme möglich ist und somit im Interesse des o.g. Verfahrenszwecks die Kenntnis auch gegenüber demjenigen fingiert werden kann, der von der Veröffentlichung tatsächlich keine Kenntnis hat. Damit wird das auch sonst im Recht verankerte, allgemeine Gutglaubensprinzip (vgl. etwa § 81 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 2 InsO, §§ 989, 932 ff BGB) aufgegriffen. Es gewährleistet, dass die haftungsrechtliche Zuordnung von Gegenständen durch das Anfechtungsrecht nicht stärker wirkt als die dingliche Zuordnung durch das Sachenrecht, die als Teilbereich die Zuweisung des Gegenstandes als Haftungsobjekt beinhaltet[91]. Dass eine nicht publizierte Haftungszuweisung durch gutgläubigen Erwerb überwunden werden kann, gilt also hier ebenfalls.[92]

Die Wertung, dass bereits der Eintritt des Eröffnungsgrundes den Gleichbehandlungsanspruch entstehen lässt, ist deswegen gerechtfertigt, weil sonst bereits durch Maßnahmen im Vorfeld der Eröffnung die Masse soweit ausgezehrt würde, dass ein ordnungsgemäßes Insolvenzverfahren nicht mehr möglich wäre.[93] Beließe man es bei der Durchsetzung dieses Prinzips im eröffneten Insolvenzverfahren alleine, könnten solche Gläubiger, welche Kenntnis der materiellen Insolvenz haben, in Erwartung der Beschränkungen durch das formelle Verfahren der Masse Vermögenswerte in erheblichem Umfang entziehen. Solche Rechtshandlungen müssen aufseiten des Schuldners nicht notwendigerweise mit einem auf Bevorzugung einzelner, u.U. ihm nahestehender Gläubiger gerichteten Willen verbunden sein. Oftmals beabsichtigt der Schuldner mit der selektiven Zahlung im Vorfeld der Insolvenz diese gerade noch abzuwenden. Insoweit muss auch die unterschiedliche wirtschaftliche Stellung der einzelnen Gläubiger berücksichtigt werden. So sind etwa der Fiskus[94] sowie die Sozialversicherungsträger aufgrund ihres gesetzlichen Auftrags

---

Jur. (1984) S. 38 ff.

89 Vgl. a. Motive KO S. 106 ff.

90 Motive KO S. 104.

91 Vgl. *Wolf*, Sachenrecht Rz. 109.

92 *Henckel*, ZIP 1982, 391 [394]. Von daher ist auch nicht der Erwägung *Webers* (KTS 1959, 80 [85]) zu folgen, dass die ganzen subjektiven Voraussetzungen des Anfechtungstatbestandes als historische Restbestände *de lege ferenda* zu beseitigen seien.

93 Motive KO S. 94, 102.

94 Hinzu kommt, dass der Fiskus - neben den Banken und Sparkassen - durch die steuerlichen

und der bei ihnen fehlenden wirtschaftlichen Abhängigkeit vom Schuldner eher zum konsequenten Forderungseinzug in der Lage[95] als ein Unternehmer, dessen wirtschaftliche Existenz selbst wiederum davon abhängt, dass der Schuldner ihm dauerhaft als Vertragspartner erhalten bleibt. Ein solcher Gläubiger wird gleichsam dem Schuldner eher dazu neigen, auf dessen wirtschaftliche Gesundung zu hoffen als seine Forderung mit allen Mitteln durchzusetzen. Das Anknüpfen an die materielle Insolvenz dient also auch der nachträglichen Nivellierung dieser unterschiedlichen Gläubigerpositionen.

Mit der Vorverlagerung des Gleichbehandlungsgrundsatzes kann daneben die Erreichung des Ziels gefördert werden, dass ein Insolvenzverfahren möglichst früh eröffnet wird. Verzögerungen der Antragstellung oder der Verfahrenseröffnung werden nämlich hierdurch haftungsrechtlich neutralisiert.[96] Gäbe es nicht die vorverlagerte Gleichstellung durch die Möglichkeit der Anfechtung, könnte es für einen, gerade um die wirtschaftliche Krise des Schuldners wissenden Gläubiger vorteilhaft sein, die Insolvenz zu vermeiden.[97] Allerdings wird, ebenso wie in der KO (§ 33: 6 Monate vor Eröffnung), die Vorziehung des *par conditio creditorum* im Interesse der Rechtssicherheit[98] auf drei Monate vor dem Eröffnungsantrag zeitlich absolut begrenzt. Bei einer bereits vor diesem Zeitraum vorliegenden materiellen Insolvenz kommt die o.g. Verfügungsbeschränkung nicht zur Anwendung.[99]

a) Anfechtung wegen kongruenter Deckung

Der Tatbestand der Anfechtung kongruenter Deckungen (§ 130 InsO, § 30 Nr. 1 2. Hs. KO) setzt dieses gesetzgeberische Motiv unmittelbar um, indem er die Befriedigung oder Sicherung einer fälligen Schuld für anfechtbar erklärt, wenn der

---

Prüfungsmöglichkeiten auch noch über den zumeist höchsten Informationsgrad verfügt (vgl. a. *Gessner u.a.*, Praxis der Konkursabwicklung S. 383 ff.). Ferner beschaffen sich Sozialversicherungsträger und Fiskus ihre Vollstreckungstitel selbst (vgl. § 66 Sozialgesetzbuch X bzw. §§ 249 ff. Abgabenordnung) und damit auf schnellerem Wege als sonstige Gläubiger, welche zumeist erst den u.U. langwierigen Rechtsweg beschreiten müssen. Weiter werden die Sozialversicherungsträger durch die Strafbarkeit der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 266 StGB sowie durch spezielle Verrechnungsregeln (§ 52 Sozialgesetzbuch I) begünstigt.

95 Vgl. etwa den Sachverhalt BGH ZIP 2004, 513; ferner *Uhlenbruck*, ZInsO 2005, 505 ff.

96 *Henckel*, ZIP 1982, 391 [393].

97 *Schmidt*, Ökonomische Analyse S. 50.

98 Erster Kommissionsbericht Ziffer 5.2 (S. 404); Amtl. Begr. InsO S. 157f. Bereits Motive KO S. 139.

99 Ob ein solcher Fall nur selten eintreten wird (so Erster Kommissionsbericht Ziffer 5.2 (S. 404)), erscheint jedoch angesichts der herabgesetzen Anforderungen an die Zahlungsunfähigkeit in § 17 InsO zweifelhaft.

Gläubiger um den Eröffnungsgrund Zahlungsunfähigkeit[100] oder die Stellung eines Eröffnungsantrags allgemein wusste.

Der Gesetzgeber der KO hatte sich ausdrücklich dagegen entschieden, eine Beweislastumkehr zulasten des Gläubigers für dessen Kenntnis vorzusehen. Diese sei mangels einer allgemein zu veröffentlichenden Tatsache in der Regel gerade nicht gegeben. Eine dem entgegenstehende gesetzliche Vermutung würde zu sehr in dessen Rechtsposition eingreifen und letztlich auch dessen wirtschaftliche Existenz gefährden.[101] Der Gesetzgeber der InsO hat dies im Grundsatz aufgegriffen, jedoch für nahestehende Personen (§ 138 InsO) eine Beweislastumkehr vorgesehen (§ 130 Abs. 3 InsO), da diesen Personen besondere Informationsmöglichkeiten über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners zustünden.[102]

b) Anfechtung wegen inkongruenter Deckung

Ein Gläubiger, welcher eine ihm nicht gebührende Sicherung oder Befriedigung erhält, erscheint weniger schutzbedürftig. Zudem ist die Vermutung gerechtfertigt, dass der Gläubiger von der schlechten wirtschaftlichen Lage des Schuldners Kenntnis hatte.[103] Erlangt jemand eine nicht zu beanspruchende Leistung, muss er sich besonders nach den Verhältnissen des Schuldners erkundigen.[104]

Das Motiv der Anfechtung inkongruenter Deckung ist jedoch nicht auf die erleichterte Anfechtung von gegen die *par conditio creditorum* verstoßende Deckungshandlungen beschränkt. Denn im Falle einer inkongruenten Deckung sei auch zu vermuten, dass der Gläubiger gewusst habe, dass der Schuldner ihn kurz vor dem Zu-

---

100 Gesetzgeberisch konsequent wäre es gewesen, auch bei Kenntnis der Überschuldung, die allgemein vor der Zahlungsunfähigkeit eintritt (*Uhlenbruck*/*Uhlenbruck*, InsO § 19 Rz. 1) und gleichfalls einen Eröffnungsgrund darstellt (§ 19 Abs. 1 InsO), die Anfechtung zuzulassen (*Jaeger*, KO § 30 Anm. 12). Hiervon hat der Gesetzgeber der KO und nachfolgend derjenige der InsO aber keinen Gebrauch gemacht. Dem liegt die Überlegung zugrunde (Motive KO S. 106 f.; Erster Kommissionsbericht, S. 404, letztere Stelle auch zur drohenden Zahlungsunfähigkeit), dass die Überschuldung weniger nach außen in Erscheinung tritt als die Zahlungsunfähigkeit in Form der Zahlungseinstellung (vgl. § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO). Kritisch ist daran zu bemerken, dass die Überschuldung als Tatbestandsmerkmal zwar praktisch nicht besonders bedeutend geworden wäre, aber etwa im Falle von Gläubigern mit Einblick in das Unternehmen, etwa Wirtschaftsprüfern oder Steuerberatern durchaus ein Anwendungsbereich hätte haben können.

101 Motive KO S. 105.

102 Amtl. Begr. InsO S. 158.

103 FK-*Dauernheim*, InsO § 131 Rz. 1; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 131 Rz. 1.

104 Motive KO S. 105, 126; *Sarwen*, KO § 23 Anm. 9 (S. 135).

sammenbruch noch habe bevorzugen wollen.[105] Deswegen war bei § 30 Nr. 2 KO auch hinsichtlich von Vorgängen 10 Tage vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag[106] eine Anfechtung möglich. Die Vorschrift setzt danach die Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Rechtshandlung tatbestandsmäßig nicht in jedem Fall voraus, sodass der erst mit der Zahlungsunfähigkeit entstehende Anspruch auch nicht verletzt sein konnte. Eine zeitliche Vorverlagerung der Verfügungseinschränkung des Schuldners, welche erst mit der Zahlungseinstellung eintritt, war ausdrücklich nicht beabsichtigt[107]. Damit konnte nur die Anfechtung nach der Zahlungseinstellung bzw. dem Antrag mit dem Zweck der Gewährleistung gleicher Haftverhältnisse der Gläubiger im Vorfeld der Insolvenz begründet werden.[108] Hinsichtlich der innerhalb 10 Tage vor der Zahlungseinstellung bzw. dem Eröffnungsantrag erfolgten Deckungen soll es sich nach den Motiven zur KO[109] um einen Sonderfall der Absichtsanfechtung handeln.[110] Der Beweis der Benachteiligungsabsicht erübrige sich, wenn der Schuldner im Bewusstsein[111] der bevorstehenden materiellen oder formellen Insolvenz einzelne Gläubiger begünstige. Dann sei die Benachteiligung der Gläubigergesamtheit die zwangsläufige Folge der Begünstigung eines einzelnen und deswegen beabsichtigt.[112] Der Rechtsgrund für die Absichtsanfechtung[113] werde auch nicht durch die Zahlungseinstellung oder den Eröffnungs-

---

105 Motive KO S. 126

106 Dieser wurde dann relevant, wenn das Verfahren nicht wegen Zahlungsunfähigkeit, sondern wegen einer dieser vorausgehenden Überschuldung eröffnet wurde.

107 Motive KO S. 105.

108 *Jaeger/Henckel*, KO § 30 Rz. 189; *Henckel*, ZIP 1982, 391 [394 f].

109 S. 105, 124 f, 130.

110 *Jaeger/Henckel*, KO § 30 Rz. 189; *Sarwen*, KO § 23 Anm. 9 (S. 135). Diese Differenzierung hat der BGH später nicht aufgenommen, sondern den Zweck der Anfechtung von Deckungsgeschäften allgemein im Gleichbehandlungsgebot gesehen (vgl. BGH ZIP 1997, 1929 [1930]; BGHZ 58, 240 [241]; anders noch RG JW 1882, 164 [165]; anders auch BGH ZIP 1995, 293 [294]). Letztendlich hat er damit entgegen den Motiven des Gesetzgebers also doch die Verfügungseinschränkung vorverlagert.

111 Auch dieses Bewusstsein ist nach den Motiven zur KO (S. 125) zu vermuten, wenn die Zahlungsunfähigkeit der begünstigenden Rechtshandlung unmittelbar, d.h. nach der Wertung des Gesetzgebers innerhalb von 10 Tagen nachfolgt (so auch RGZ 4, 435 [436]). Hiergegen kritisch *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 17 f.: Die Umkehr der Beweislast für einen bestimmten Umstand sei ein zulässiges Mittel rein formaler juristische Technik, es könne in einer solchen Fiktion aber nicht der eigentliche treibende Grundgedanke der gesetzlichen Regelung gefunden werden.

112 Motive KO S. 124. Dabei bezugnehmend auf OAG Kassel SeuffertA 22 (1870), Nr. 106 und *Franke*, AcP 16 (1833), 251 [265]. Diese Stellen zur Anfechtung von Leistungen an Zahlungs statt unter dem gemeinen Recht setzten jedoch gerade die eingetretene und nicht nur die bevorstehende materielle Insolvenz voraus, um von der Absicht der Begünstigung auf diejenige der Benachteiligung zu schließen.

113 Dazu sogleich Punkt IV.C.2.a) (S. 35).

antrag verdrängt; vielmehr käme dieser dann neben dem Gleichbehandlungsanspruch zur Anwendung, sodass man von dem Anfechtungsgegner nicht nur den Nachweis der Unkenntnis der Zahlungseinstellung oder des Eröffnungsantrages, sondern kumulativ auch derjenigen der Begünstigungsabsicht verlangen könne.[114]

Die InsO geht darüber hinaus, indem sie nur noch im Anwendungsfall von § 131 Abs. 1 Nr. 2 die Zahlungsunfähigkeit, allerdings nicht die Kenntnis hiervon ausdrücklich verlangt. Diese sei angesichts der „Verdächtigkeit" inkongruenter Deckungen zu vermuten.[115] Im Falle von § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO wird sogar die Zahlungsunfähigkeit selbst unwiderlegbar vermutet. Demgegenüber verzichtet § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO auf die objektive Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit.[116] Ausweislich der Amtl. Begr. zur InsO[117] soll es sich hierbei um einen auf inkongruente Deckungen bezogenen Sonderfall der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO handeln. Gleichsam wie in § 30 Nr. 2 KO sind danach auch in § 131 InsO die Anfechtungsgründe vermischt worden. Lassen sich danach die Tatbestände in § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 wegen der Vermutung der Zahlungsunfähigkeit bzw. der Kenntnis hiervon als Ausgestaltung der obligatorischen Verfügungsbeschränkung im Interesse der Gläubigergesamtheit verstehen, kann davon für § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO nicht mehr gesprochen werden. Hierauf ist besonders im Zusammenhang mit der Frage noch näher zurückzukommen, inwiefern inkongruente Deckungen nach § 133 InsO anfechtbar sind (Punkt X.B (S. 118)).

c) Anfechtung wegen unmittelbar nachteiliger Rechtshandlung

Ähnlich problematisch wie bei der Anfechtung nach § 131 InsO gestaltet sich die Einordnung der Anfechtung wegen unmittelbarer Benachteiligung gemäß § 132 Abs. 1 und 2 InsO.

Klassischer Anwendungsbereich der Regelung in § 132 Abs. 1 InsO (§ 30 Abs. 1 Hs. 1 KO) sind Verpflichtungsverträge, welche eine dem Vermögen des Schuldners nachteilige Leistungswertbestimmung enthalten.[118] Da der Geschäftsgegner aber erst

---

114 Motive KO S. 125; vgl.a. BGH WM IV B 1959, 470.

115 Amtl Begr. S. 158.

116 Amtl Begr. S. 158.

117 S. 159. Zu dieser Frage näher Punkt X.B.1.d)(b) (S. 124 ff).

118 Danach würde es eigentlich genügen, den hierdurch bei dem Geschäftspartner erworbenen Vorteil durch die Anfechtung „abzuschöpfen" (*Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.06, 21.66). Es müsste also lediglich das zugunsten des Anfechtungsgegner ausgefallene Übermaß der Leistungswertbestimmung rückzugewähren sein (so iE *Häsemeyer*, a.a.O. Rz. 21.71). Eine solche Teilanfechtung wird aber überwiegend gerade abgelehnt (*Jaeger/Henckel*, KO § 29 Rz. 183, § 38 Rz. 4; MünchKom/*Kirchhof*, InsO

durch das ungünstige Geschäft selbst zum Gläubiger wird, kann dieses selbst nicht den Anspruch auf Chancengleichheit der Gläubiger untereinander verletzen[119]. Es kann hier nicht von einem Sondervorteil gesprochen, den sich ein Gläubiger vor den anderen verschafft, weil er von der materiellen Insolvenz Kenntnis hat. Der Zweck der Regelung ist vielmehr darin zu sehen, dass mit Eintritt der materiellen Insolvenz dem Schuldner die Befugnis obligatorisch entzogen wird, Verpflichtungsgeschäfte vorzunehmen, soweit diese zu einem Nachteil für sein Haftungsvermögen führen. Auch hier wird also eine, an sich erst mit der Verfahrenseröffnung nach § 80 InsO eintretende Beschränkung[120] vorverlagert. Damit wird auf die besondere Situation des Schuldners in seiner wirtschaftlichen Krise reagiert.[121] Dieser kann oftmals selbst dann keine Verträge zu allgemeinen Marktbedingungen mehr abschließen, wenn er seine Gegenleistung unmittelbar Zug um Zug erbringt. Nach Verfahrenseröffnung wird dieser Schutz der Masse dadurch erreicht, dass der Schuldner sich zwar weiterhin verpflichten kann, der Neugläubiger aber auf die Insolvenzmasse nach § 35 InsO nicht als Haftungsvermögen zugreifen kann.[122] Gesichert wird also der Anspruch der Gläubiger auf Erhaltung der Masse als Haftungsvermögen[123]. Nur hierdurch kann gewährleistet werden, dass ein ordnungsgemäßes Insolvenzverfahren überhaupt durchführbar ist. Der o.g., mit der wirtschaftlichen Krise entstehende rechtliche Anspruch der Gläubiger ist danach um den Aspekt zu ergänzen, dass er neben der Herstellung chancengleicher Haftbedingungen auch die Sicherung des Haftvermögens vor wirtschaftlich unvernünftigen Rechtsvorgängen überhaupt zum Inhalt hat.

Die Regelung in § 132 Abs. 2 InsO schließlich vereint beide oben genannten Zwecke.[124] Soweit sie einen Schutz vor einer Verminderung der Vermögensaktiva,

---

§ 143 Rz. 17). § 144 Abs. 2 InsO bewirkt eine Vorteilsabschöpfung iE nur dann, wenn die Voraussetzungen von Satz 1 vorliegen. Kritisch hierzu auch *Foerste*, Insolvenzrecht Rz. 343.

119 Anders etwa *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.66.

120 Hierzu *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO § 80 Rz. 6; MünchKomm/*Ott*, InsO § 80 Rz. 11.

121 Motive KO S. 117.

122 MünchKom-*Lwowski*, InsO § 35 Rz. 60; MünchKom-*Ott*, InsO § 81 Rz. 5.

123 Nach *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.66, *Wiedersperg*, Diss. Jur. (2001) S. 206 ist dies lediglich der Zweck von § 132 Abs. 2 InsO.

124 Insoweit wäre es sinnvoll gewesen, den Tatbestand in einer eigenständigen Vorschrift zu regeln (iE ebenso *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.37; *Smid/Zeuner*, InsO § 132 Rz. 1; *Zeuner*, Anfechtung Rz. 150 Fn. 203; *von Wiedersberg*, Diss. Jur. (2001) S. 189, 208, die dies allerdings damit begründen, dass Abs. 1 der Gläubigergleichbehandlung dient, nicht aber Abs. 2). Die Vorschrift hat in der KO kein Vorbild; mit ihr sollen insbesondere bisher nur wegen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz oder Schenkung anfechtbare Unterlassungen unter den gleichen Voraussetzungen wie Deckungshandlungen anfechtbar sein (Amtl.

etwa wegen Unterlassen von verjährungsunterbrechenden Maßnahmen vorsieht, verfolgt sie den Zweck der Sicherung des Haftvermögens. Soweit sie die zunächst unterlassene Verminderung der Passivmasse nachträglich verwirklicht, etwa indem die unterlassene Verjährungseinrede nachträglich als erhoben gilt, verfolgt sie den Zweck der Herstellung gleicher Haftbedingungen unter den Gläubigern auf den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz.

d) Die Anfechtung wegen Einlagenrückgewähr bzw. Erlass des Verlustanteils

Auch die Anfechtung wegen Einlagenrückgewähr bzw. Erlass des Verlustanteils bei der stillen Gesellschaft nach § 136 InsO[125] soll der Umsetzung des Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung dienen.[126] Dies ist aber nur insoweit zutreffend, als es sich auf die Anfechtung der Einlagenrückgewähr bezieht. Der stille Gesellschafter stellt dem Inhaber Fremdmittel und nicht wie bei der KG dem haftenden Kapital zuzurechnende Mittel zur Verfügung.[127] Insofern nimmt er demnach eine Gläubigerstellung ein, sodass die Einlagenrückgewähr eine Deckungshandlung im Sinne der §§ 130, 131 InsO darstellt.

Soweit es den Erlass des Verlustanteils betrifft, ist dies jedoch nicht zutreffend. Der Erlass des Verlustanteils bewirkt, dass die Forderung auf Einlagenrückgewähr, die an sich in der Insolvenz in Höhe des Verlustanteils nicht durchsetzbar wäre (§ 236 Abs. 1 InsO), ihre Durchsetzbarkeit behält. Es handelt sich hier also um einen der in § 132 Abs. 2 InsO genannten Fälle, bei welchen eine Rechtshandlung des Schuldners bewirkt, dass ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen ihn durchsetzbar wird. Ist die Einlage noch nicht gewährt, bewirkt der Erlass, dass der Stille keinen entsprechenden Betrag mehr an die Masse nach § 236 Abs. 2 InsO leisten muss. Es handelt sich hier also um den Fall, dass eine Rechtshandlung des Schuldners bewirkt, dass eine zur Masse gehörende Forderung nicht mehr geltend gemacht

---

Begr. InsO S. 159 f.)

125 Die Vorschrift hat die Anfechtungsregel in § 237 HGB (vormals § 342 HGB) aus dem Handelsgesetzbuch in die Insolvenzordnung überführt. § 342 HGB entsprach wiederum im wesentlichen § 259 des ADHGB (vgl. MünchKomm-*Stodolkowitz*, InsO § 136 Rz. 2).

126 RG JW 1900, 621 [622]; MünchKomm-*Stodolkowitz*, InsO § 136 Rz. 1; *Zeuner*, Anfechtungsrecht Rz. 266; wohl auch *K. Schmidt* KTS 1977, 65 [68]; vgl. auch *Kohler*, Konkursrecht § 39 (S. 212). Dass es sich bei der Vorschrift nicht um einen Sonderfall der Absichtsanfechtung handelt, hat bereits das ROHG (ROHGE 14, 92 [94 f.]) unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte und den Wortlaut der Vorschrift, der eine solche Absicht in keiner Weise einbezieht, überzeugend dargelegt.

127 Vgl. *K.Schmidt*, KTS 1977, 65 [67]; *ders.* Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1862.

werden kann. Die zu § 132 InsO entwickelten Grundsätze können insoweit übertragen werden.

§ 136 InsO knüpft im Übrigen ebenfalls an die materielle Insolvenz an, indem nach § 136 Abs. 2 InsO die Anfechtung das Vorliegen eines Eröffnungsgrundes zum Zeitpunkt der Vereinbarung voraussetzt.[128] Anders als bei den § 130 – 132 InsO genügt hier jedoch auch die Überschuldung als Eröffnungsgrund. Dass auch die drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 Abs. 1 InsO) zu den in § 136 Abs. 2 InsO angesprochenen Eröffnungsgründen gehört[129], ist demgegenüber nicht zu rechtfertigen. Denn der Zweck der besonderen Insolvenzanfechtung besteht darin, die mit der formellen Insolvenz eintretenden Verfügungsbeschränkungen auf den Eintritt der materiellen vorzuverlagern. Da der Eröffnungsgrund „drohende Zahlungsunfähigkeit" einen (freiwilligen) Eigenantrag des Schuldners voraussetzt, um in ein formelles Verfahren zu münden, kann sein Vorliegen allein nicht die Verfügungsfähigkeit des Schuldners einschränken.[130]

2. Das Motiv der Anfechtungstatbestände innerhalb und außerhalb der Insolvenz

Die Anfechtung wegen vorsätzlicher Anfechtung und unentgeltlicher Leistung dient demgegenüber nicht der Durchsetzung des Prinzips des *par conditio creditorum* im Vorfeld der Insolvenz.[131] Hiergegen spricht bereits, dass diese Tatbestände auch außerhalb der Insolvenz im Rahmen der Einzelzwangsvollstreckung gelten, die dem Prioritätsprinzip, also gerade nicht dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung unterliegt. Außerhalb der in den §§ 130 – 132 InsO genannten Tatbestände kann also eine Rechtshandlung nicht wegen Verletzung des Gleichbehandlungsanspruches angefochten werden.[132] Vor Entstehen des Gleichbehandlungsanspruches muss, in

---

128 MünchKomm-*Stodolkowitz*, InsO § 136 Rz. 1, 24. Dass die Vorschrift an die Vereinbarung und nicht an das dingliche Erfüllungsgeschäft anknüpft, liegt darin begründet, dass bereits vor dem Anfechtungszeitraum entstandene Ansprüche des Stillen nicht der Anfechtung nach § 136 InsO unterliegen sollen (vgl. *Stodolkowitz*, a.a.O. Rz. 9).

129 So Amtl. Begr. InsO 161; FK-*Dauernheim*, InsO § 136 Rz. 13; *Nerlich/Römermann*, InsO § 136 Rz. 14; MünchKomm-*Stodolkowitz*, InsO § 136 Rz. 24.

130 Ähnlich ausgestaltet ist das Problem bei dem Straftatbestand des Bankrott (§ 283 StGB), nach dessen Abs. 6 auch die Zahlungseinstellung oder die Verfahrenseröffnung objektive Strafbarkeitsbedingung ist. Wird das Verfahren aufgrund drohender Zahlungsunfähigkeit eröffnet, begründet der Schuldner hier durch eine freiwillige, rechtlich mögliche, aber nicht gebotene Handlung seine Strafbarkeit.

131 A.A. offenbar *Schulte*, Diss. Jur (1984) S. 13; ; *Lessing*, LMK 2004, 37 [38].

132 *Sarwen*, KO Vor § 22 III Nr. 2 (S. 115); *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 129 Rz. 1; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht

der Formulierung *Sarwens*[133] von 1879, für eine Verweigerung der Rechtsbeständigkeit vielmehr vorliegen „*der besondere Grund des betrügerischen Handelns oder doch eine Benachteiligung unter Umständen, unter welchen deren Vortheile sich anzueignen dem guten Glauben, der bona fides, widerstreitet*". Ob es sich dabei, insbesondere bei Anfechtung nach § 133 InsO, um einen spezialgesetzlich normierten Fall der Deliktshaftung handelt, ist später noch zu untersuchen (s.u. S. 45).

a) Die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung

Mit der Anfechtbarkeit von mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz oder –absicht vorgenommenen Rechtshandlungen wurde vom jeweiligen Normgeber zu allen Zeiten auf das soziologisch zwangsläufige Phänomen reagiert, dass Schuldner im oder für den Fall ihres wirtschaftlichen Zusammenbruchs Vermögenswerte dem Zugriff ihrer Gläubiger entziehen wollen.[134] Ein Schuldner, der zu einem dem Wirtschaftsleben und dessen Anforderungen konformen ökonomischen Verhalten nicht mehr in der Lage ist, scheidet aus diesem aus. Dies folgt daraus, dass ein Schuldner, der absehbar nicht die Möglichkeit hat, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen, kurz- oder mittelfristig auch keine neue Kreditierung, etwa um bestehende Verbindlichkeiten abzulösen oder Investitionen zur Gewinngenerierung zu tätigen, erlangen wird. Neue Kapitalgeber werden sich nämlich selbst bei höheren Kapitalkosten in einem vernünftigen Markt nicht finden. Besteht danach auch kein Grund für den Schuldner mehr, bestehende Verbindlichkeiten zu erfüllen, liegt es nahe, dass dieser darauf vollständig verzichtet und die noch vorhandenen Vermögenswerte dergestalt seinem Haftungsvermögen entzieht, dass seine Gläubiger faktisch oder sogar rechtlich nicht mehr darauf zugreifen können. Dabei birgt der zunächst näher liegendere faktische Entzug von Vermögensgegenständen, die aber rechtlich weiter zum Schuldnervermögen gehören, das Risiko der Entdeckung durch die Gläubiger oder, wahrscheinlicher, durch den Insolvenzverwalter, der nach § 148 Abs. 1 InsO die Insolvenzmasse zu sichern hat. Letzterem ist der Schuldner gemäß §§ 97, 98 InsO zur Auskunft und Mitwirkung verpflichtet. Die aus Sicht des Schuldners deswegen sinn-

---

Rz. 21.01.

133 KO Vor § 22 III Nr. 2 (S. 115).

134 *Weiss*, Römisches Privatrecht § 118 (S. 427). Dieses Problem trat allerdings erst in dem Moment verstärkt auf, als von der Personalhaft des vorklassischen Rechts zur reinen Vermögenshaftung des Schuldners übergegangen wurde (*Kohler*, Konkursrecht § 37 (S. 192 f.); *Kaser*, Römisches Privatrecht § 254 II; vgl. a. *Becker*, Insolvenzrecht Rz. 40f.). Allerdings gab es auch unter der Personalhaft vergleichbare Regelungen, etwa dass derjenige, welcher dem Schuldner zur Flucht verholfen, für dessen Schulden aufzukommen hatte (vgl. *Kohler*, a.a.O.).

vollere Verminderung des Vermögens durch rechtliche Maßnahmen muss nicht gleichbedeutend damit sein, dass dieser nicht mehr faktisch auf dieses zugreifen kann. Überträgt etwa der Schuldner das gemeinsam genutzte Wohnhaus bei Zeiten auf seine Ehefrau, ist dieser Gegenstand rechtlich seinem Vermögen, nicht aber tatsächlich seiner Nutzung entzogen. Daneben kann darin natürlich auch das Motiv liegen, zumindest für die Ehefrau das Vermögen „zu retten".[135] Neben der eigenen Versorgung sowie derjenigen der Angehörigen kann ferner das Motiv bestehen, sich eine wirtschaftliche Basis für einen erleichterten Neuanfang nach der Krise zu verschaffen. Insofern kann es also demnach auch und gerade im eigenen Interesse des Schuldners liegen, Vermögenswerte zu verschieben. Die Fälle, dass ein Schuldner Vermögenswerte aus lediglich bösem Willen und ohne eigenen Nutzen verschiebt, dürften demgegenüber rechtstatsächlich die Ausnahme bilden.[136]

Der Inhaber einer, zumeist durch eigene Vorleistungen erlangten Forderung muss grundsätzlich damit rechnen, dass der Schuldner, sei es aufgrund eigenen Unvermögens[137] oder aufgrund äußerer Umstände[138], nicht in der Lage ist, die Forderung zu befriedigen.[139] Auch wenn sich der Schuldner bereits in der Krise befindet, muss der Gläubiger allgemein damit rechnen, dass der Schuldner, um seinen Betrieb und seinen privaten Haushalt aufrechtzuerhalten, seine Geschäfte entsprechend seinen Fähigkeiten fortführt. Auch in einer solchen Phase ist es nicht ausgeschlossen, dass aufgrund der fehlenden Sorgfalt des Schuldners durch ein solches Geschäft die Chance der Haftungsverwirklichung für den Gläubiger weiter minimiert wird. Es liegt an dem Gläubiger selbst, diese Risiken bei Abschluss des die Forderung begründenden Geschäfts abzuwägen. Insbesondere kann sich der Gläubiger durch Bestellung von Sicherheiten oder in anderer Weise, etwa Bestehen auf Leistung Zug um Zug hierauf einstellen. Eine solche Risikominimierung ist jedoch, wie bereits erwähnt (s. S. 22), nicht in allen Fällen möglich; ein funktionierendes Wirtschaftssystem setzt vielmehr in vielen Fällen die volle Übernahme dieses Risikos durch eine

---

135 Motive KO S. 130.

136 Vgl. *Jaeger*, Gläubigeranfechtung § 1 Anm. 1; *Hohmann*, Diss. Jur. (1910) S. 31f.; *Przibilla*, JW 1911, 300 [302].

137 Managementschwächen, Produktmängel.

138 Wegbrechen von Absatzmärkten, Insolvenz von Debitoren.

139 Vgl. *Kornitzer*, GrünhutsZ 15 (1888), 585 [603]: „*Dass der Schuldner deshalb, weil er ein Schuldverhältnis eingegangen, ein anderer Mensch werden soll, darauf kann der Gläubiger keinen Anspruch erheben*". Damit korrespondiert, dass die Nichterfüllung einer Schuld grundsätzlich nicht als sittenwidrig im Rahmen der §§ 138, 826 BGB beurteilt wird (vgl. MünchKomm/*Wagner*, BGB § 826 Rz. 45; *Erman*/*Schiemann*, BGB § 826 Rz. 28).

Seite voraus. Für die Enttäuschung dieses, u.U. auch durch eigene Fehleinschätzung des Gläubigers begründeten Vertrauens kann dieser grundsätzlich niemanden haftbar machen.

Eine andere Wertung ist jedoch dann geboten, wenn der Schuldner die Haftungsverwirklichung bewusst und gewollt beeinträchtigt[140]. In einem solchen Fall folgt die Verletzung des Befriedigungsrechtes des Gläubigers aus einer bewussten Hintanstellung der Rechte der Gläubiger zur Verfolgung eigener Interessen des Schuldners. Bezieht der Schuldner bei dem Vorgang einen Dritten mit ein, der diese vorsätzliche Verletzung erkennt, erscheint es der Billigkeit eher zu entsprechen, das vorbeschriebene Risiko auch auf diesen Dritten zu übertragen, es also nicht bei den Gläubigern zu belassen.[141] Der Dritte erscheint hier insbesondere auch deswegen näher am Risiko, weil er zumeist durch sein Verhalten, d.h. die Unterlassung des Geschäfts, die Störung der Haftungsverwirklichung verhindern kann.[142] Selbst wenn er sie nicht verhindern kann, ist er durch das Erfordernis der Kenntnisnahme jedenfalls über die Gefahr der Rückgewähr des durch die Rechtshandlung Erworbenen informiert und kann sich darauf einstellen.

Verkürzt formuliert kann man auch sagen, dass ein Gläubiger mit einem Ausfall seiner Forderung durch übliches, sozialadäquates Verhalten des Schuldners rechnen muss, nicht aber mit einem solchen durch sozialinadäquates.[143]

Der Vorsatz– bzw. Absichtsanfechtung kommt dabei entgegen der Auffassung von *Schulte*[144] nicht der Zweck zu, ergänzend zu den Strafvorschriften generalpräventiv auf den Schuldner einzuwirken, auch und gerade in wirtschaftlich existenzbedrohenden Situationen keine gläubigerbenachteiligenden Handlungen vorzunehmen. Die Absichtsanfechtung überträgt die strafrechtliche Sanktion auch nicht in den zivilrechtlichen Bereich.[145] Dem steht bereits entgegen, dass Verpflichteter der Anfechtung nicht der Schuldner, also derjenige ist, gegen den sich die strafrechtlichen Sanktionen richten, sondern derjenige, der aus der sanktionierten Rechtshandlung einen Vermögenswert erhält. Es ist nicht der Schuldner, dem durch die Anfechtung

---

140 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.07, 21.78.

141 Vgl. *Kornitzer*, GrünhutsZ 15 (1888), 585 [603]: „*Darauf aber hat er* (der Gläubiger, d.V.) *ein Recht, dass der Schuldner deshalb seine gewöhnlichen Handlungsweise nicht ändere, weil er Gläubiger hat. Hierin liegt der Vertrauensmissbrauch, gegen den das Gesetz Schutz bieten musste und wollte* ...“.

142 Vgl. a. *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 25.

143 Vgl. *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1691].

144 Diss. Jur. (1984) S. 104 ff.

145 *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 105.

ein etwaiger mittelbarer faktischer Nutzen genommen werden soll[146], sondern allein der Anfechtungsgegner, da nur dadurch das Ziel der Beseitigung der Gläubigerbenachteiligung durch Masseanreicherung erreicht werden kann. Der Schuldner wird durch die Anfechtung auch sonst nicht dergestalt belastet, dass diese auf seine Motivation präventiv einwirken könnte.[147] Vielmehr kommt die Anfechtung meist dem Schuldner sogar mittelbar zugute, indem sie die Insolvenzmasse erhöht und damit die Chancen einer die Insolvenz dauerhaft überwindenden Sanierung erhöht.[148]

Auch gegenüber dem Anfechtungsgegner und damit potenziell der Allgemeinheit hat die Vorschrift keine generalpräventive Funktion dergestalt, Handlungen der in § 133 InsO beschriebenen Art nicht vorzunehmen.[149] Einmal nimmt der Anfechtungsgegner überhaupt nicht notwendigerweise eine Rechtshandlung vor, sei es Tun oder Unterlassen. Ferner sieht die Vorsatzanfechtung nicht vor, dass die Rechtshandlung unter allen Umständen wirtschaftlich rückgängig zu machen ist, sondern nur für den Fall, dass die Insolvenz des Schuldners eingetreten ist und es deswegen zu der vom Vorsatz erfassten Gläubigerbenachteiligung kommt. Diese steht aber im Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht fest und kann daher auch nicht den Grund bilden, dem anderen Teil gegenüber den Vorgang zu untersagen. Erhält etwa der bereits zahlungsunfähige Schuldner nach Vornahme einer potenziell unter § 133 InsO fallenden Rechtshandlung eine Zahlung auf eine bereits abgeschriebene, nicht unerhebliche Forderung und kommt es deswegen nicht zur Vermögensinsuffizienz, scheidet eine Anfechtung aus. Dann besteht aber auch kein Grund, dem Schuldner als auch dem anderen Teil schon vorher solche, sonst von der Rechtsordnung nicht als unwirksam angesehene Geschäfte zu untersagen.

b) Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen

Die Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung war bereits in der *actio pauliana* angelegt. Wie ausgeführt[150], wurde dann auf die Kenntnis des Empfängers von der Benachteiligungsabsicht verzichtet. Die Digesten[151] geben hierfür als Begründung, von der auch in der Neuzeit als Motiv ausgegangen wird, dass der Empfänger hier kein

---

146 So *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 105. Dem steht nicht entgegen, dass ein solcher Nutzen Motiv der anfechtbaren Rechtshandlung sein kann.

147 A.A. *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 108.

148 Vgl. oben Punkt IV.C (S. 24).

149 So *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 105 zu § 31 KO.

150 Siehe bei Fn. 39 (s. 16).

151 D. 42.8.1.11.

Unrecht erleide, da ihm lediglich ein Gewinn entzogen, aber kein Schaden zugefügt werde.[152] Dieser Entzug ist umgekehrt sogar geboten, da es nicht billig erscheinen kann, dass der Schuldner in einem überschaubaren Zeitraum vor seiner wirtschaftlichen Krise sein Vermögen durch unentgeltliche Leistungen vermindert und als Folge hiervon Gläubiger leer ausgehen[153], die ihre Forderungen zumeist entgeltlich erworben haben. [154] Dies entspricht auch einer allgemein in der Rechtsordnung zum Ausdruck kommenden Wertung.[155] Im Insolvenzverfahren schließlich nimmt die Forderung des Schenkers nach § 39 Abs. 1 Nr. 4, § 173 Abs. 3 InsO regelmäßig nicht einmal am Verfahren teil.

Systematisch hat man sich in den Kodifikationen des 18. und 19. Jahrhundert davon gelöst, die Anfechtung unentgeltlicher Leistung als eine unter erleichterten Voraussetzungen mögliche Absichtsanfechtung anzusehen.[156] Auf eine Absicht des Schuldners bei der unentgeltlichen Leistung kam es nicht mehr an. Sie wurde auch nicht als Rechtsvermutung im Tatbestand weiterhin aufrechterhalten.[157] Aus Sicht der Gläubiger sei es nämlich unerheblich, aus welcher Motivlage heraus der Schuldner die freigiebige Zuwendung vorgenommen habe.[158] § 134 InsO (§ 32 KO) ist demnach ein selbstständiger Tatbestand und nicht lediglich ein Sonderfall von § 133 InsO (§ 31 KO).

---

152 Vgl. Motive KO S. 109 f.

153 Vgl. *Kohler*, Konkursrecht S. 225.

154 Problematisch dürfte die Anfechtung gegenüber dem Beschenkten allerdings in dem praktisch freilich wohl kaum einschlägigen Fall sein, dass die Masse ausreichen sollte auch die nachrangigen Insolvenzgläubiger im Range des § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO zu bedienen. Ob die Anfechtung dann auch anderen Beschenkten, deren Forderungen noch nicht erfüllt wurden, zugute kommen soll, erscheint mehr als zweifelhaft. Grundsätzlich sind auch die nachrangigen Gläubiger bei der Gläubigerbenachteiligung zu berücksichtigen (MünchKom-*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 103); insofern scheint jedoch eine teleologische Reduktion der Regelung in § 134 InsO geboten.

155 Vgl. §§ 519, 528, 816 Abs. 1 Satz 2, 822, 988, 1390, 2287, 2325, 2329 BGB.

156 Motive KO S. 134. Vgl. a. § 102 Nr. 1 und 2 Preuß. KO.

157 Motive KO S. 134.

158 Motive KO S. 134.

V. DIE GRENZEN DER INSOLVENZANFECHTUNG

Nicht jede auf das Schuldnervermögen bezogene und die Gläubiger eines späteren Insolvenzverfahrens benachteiligende Rechtshandlung ist anfechtbar.[159] Dem Interesse der Gesamtheit der Gläubiger an dem Erhalt der ihnen zugewiesenen Haftungsmasse steht auf der anderen Seite dasjenige des Anfechtungsgegners an der Wahrung der durch eine Rechtshandlung des Insolvenzschuldners geschaffenen wirtschaftlichen Güterzuordnung gegenüber.[160] Betroffen werden schließlich auch die Interessen des Schuldners.[161] Denn dadurch, dass aufgrund der Insolvenzanfechtung (potenzielle) Geschäftspartner von Geschäften mit ihm abgehalten werden, wird dessen durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie[162] jedenfalls reflexartig beeinträchtigt.

Der Schuldner kann allgemein, etwa durch Verfügungen, sein haftbares Vermögen beeinträchtigen, ohne hierbei in irgendeiner Weise gebunden zu sein. So kann der Eigentümer einer Sache nach § 903 i.V.m. §§ 873, 929 BGB über die Sache nach Belieben verfügen, sie etwa, entgeltlich oder unentgeltlich, übereignen oder verpfänden. Auf die Rechtsbeständigkeit dieser Vorgänge und der daraus erlangten Rechtsposition kann ein Dritter grundsätzlich selbst dann vertrauen, wenn der Schuldner später in Vermögensverfall gerät. Das Risiko, dass Befriedigungsmittel dem Schuldnervermögen entzogen und hierdurch kurz- oder langfristig Verluste mit dem Resultat des wirtschaftlichen Zusammenbruchs herbeigeführt werden, muss von jedem kreditierenden Gläubiger selbst getragen und abgesichert werden. Die Anfechtung und die sonstigen, die Vermögensposition eines Dritten aufgrund der Insolvenz beeinträchtigenden Tatbestände (insbesondere die Rückschlagsperre nach § 88 InsO) kommen nur bei Hinzutreten weiterer Umstände in Betracht, welche die an sich bestandskräftige Position des Anfechtungsgegners bei eintretendem Vermögensverfall des Schuldners untragbar erscheinen lassen.

Der Gesetzgeber muss dabei die durch Art. 14 GG vorgegebenen verfassungsrechtlichen Schranken berücksichtigen. Die Anfechtung bewirkt einen Eingriff in eine tatsächliche oder rechtliche, für den Anfechtungsgegner meist wirtschaftlich vorteil-

---

159 Motive KO S. 94; *Jaeger*, Gläubigeranfechtung § 1 Anm. 1; *ders.*, Konkursrecht § 20 a; *Sarwen*, KO Vor § 22 III 2 (S. 115). So auch bereits die Kommission der zweiten Kammer von Preußen zur Preuß. KO, zitiert bei *Goltdammer*, Preuß. KO Vor § 99 II (S. 254)

160 Vgl. *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 129 Rz. 5 ff.

161 *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 129 Rz. 7; wohl auch *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185 [186].

162 Vgl. *Larenz/Wolf*, AT Rz. 5.

hafte[163] Position. Der Eigentumsbegriff des Art. 14 GG ist nicht mit demjenigen des bürgerlichen Rechts, also insbesondere in § 903 BGB zum Ausdruck kommenden identisch. Vielmehr erfasst er die Summe der vom Gesetzgeber gewährten und nach Art. 14 GG auch zu gewährenden vermögenswerten Rechte.[164] Dabei ist die genauere Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers für das rechtlich anzuerkennende Eigentum durch die Eigentumsgewährleistung eingeschränkt.[165] Grundsätzlich muss der Gesetzgeber hierbei, im öffentlich-rechtlichen Verhältnis, den Bereich des einzelnen mit den Belangen der Allgemeinheit, und im privatrechtlichen Bereich, die Interessen der an dem Privatrechtsverhältnis Beteiligten in einen gerechten Ausgleich bringen und darf einen der Beteiligten nicht einseitig bevorzugen oder benachteiligen.[166] Im Rahmen der Anfechtung muss der Gesetzgeber also auf der einen Seite das Interesse des Anfechtungsgegners an dem Fortbestand seiner erlangten Vermögensposition, auf der anderen Seite das Interesse der Gläubigergesamtheit an einem größtmöglichen, der gemeinschaftlichen Befriedigung zur Verfügung stehenden Massevermögen miteinander abwägen. Denn auch die Interessen der Gläubiger stellen eine durch Art. 14 GG geschützte Position dar.[167]

Hinsichtlich des den Gegenstand dieser Arbeit bildenden Tatbestandes der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO kann von einem Abwägungsprozess ausgegangen werden, welcher die gegenläufigen Interessen zu einem gerechten Ausgleich bringt.[168] Wie bereits gezeigt wurde (s.o. Punkt IV.C.2.a) (S. 35)), bedarf es dann, wenn der Schuldner gerade zum Nachteil seiner, sei es auch nur potenziellen Gläubiger Vermögensminderungen herbeiführt, eines gesetzlichen Korrektivs. Sonst könnten die Forderungsrechte der Gesamtheit der Gläubiger haftungsbezogen soweit durch Handlungen des Schuldners gefährdet werden, dass diese Position, die nach Art. 14 GG ebenso zu gewährleisten ist, wirtschaftlich weitgehend entwertet würde. Eine

---

163 Dies ist, abgesehen von § 143 Abs. 2 InsO, keine Voraussetzung der Anfechtung. Der Anfechtungsgegner hat nicht „seine" Bereicherung, sondern dasjenige, was er aus Schuldnervermögen weggeben wurde, zurückzugewähren (§ 143 Abs. 1 InsO), vgl. FK-*Dauernheim*, InsO § 143 Rz. 3.

164 BVerfGE 58, 300 [336]; 58, 81 [109 f.]; *Münch/Kunig/Bryde*, GG Art. 14 Rz. 59.

165 *Münch/Kunig/Bryde*, GG Art. 14 Rz. 32, 50: Für Art. 14 besteht, anders als für die anderen Grundrechte, kein vorgegebener Grundrechtsinhalt, welcher per Gesetzesvorbehalt ausnahmsweise eingeschränkt wird; vielmehr bedarf es bei Art. 14 überhaupt erst des gesetzgeberischen Tätigwerdens zur Gestaltung eines rechtlich anzuerkennenden Grundrechtsinhalts.

166 BVerfGE 31, 229 [242]; *Münch/Kunig/Bryde*, GG Art. 14 Rz. 41, 59; *Maunz/Dürig/Papier*, GG Art. 14 Rz. 310.

167 Vgl. bereits oben Fn. 64 (S. 21).

168 Vgl. BVerfG ZIP 1991, 736 zu § 3 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 AnfG a.F. Das BVerfG verneinte ebenso einen Verstoß von § 3 Abs. 1 Nr. 4 AnfG a.F. gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG.

nicht erfolgende Regelung würde also den aus Art. 14 GG ebenfalls folgenden Auftrag des Gesetzgebers verletzen, die danach geschützten Vermögensrechte gegen Eingriffe und Verletzungen durch andere zu schützen[169].

Mit der vom Gesetzgeber hinsichtlich des Eigentums durch die Anfechtungsbestimmungen ausgeübten Gestaltungsbefugnis wird nicht nur der einer Anfechtung unterworfene Bereich festgelegt, sondern auch notwendigerweise derjenige negativ bestimmt, in welchem von einem anderen erlangte Vermögenspositionen trotz dessen Insolvenz rechtsbeständig bleiben sollen. Von daher begrenzen die Anfechtungsbestimmungen auch die Angriffsmöglichkeiten auf diesen Positionen. Diese Begrenzung wirkt dabei sowohl hinsichtlich außerhalb der Anfechtungsnormen vorgesehenen, potenziell gläubigerschützenden Regelungskomplexen als auch im Verhältnis der Anfechtungsnormen zueinander.

---

[169] Vgl. *Larenz/Wolf*, AT § 4 Rz. 53.

VI. DIE DOGMATISCHE EINORDNUNG DER VORSATZ-ANFECHTUNG

Die dogmatische Einordnung der Absichtsanfechtung, der Grund dieser Anfechtung, war zumindest bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts stark umstritten. Ging man früher überwiegend davon aus, dass der Grund der Haftung des Anfechtungsgegners in einem ihm vorzuwerfenden deliktischen Verhalten liege, wird ein solches heute allgemein verneint.

Die Frage der dogmatischen Einordnung des § 133 InsO hat maßgebliche Bedeutung für dessen Auslegung. Kann man die Haftung aus § 133 InsO als deliktisch oder zumindest deliktsähnlich einordnen, müssten die für eine deliktische Haftung allgemein erforderlichen Voraussetzungen im Rahmen des § 133 InsO erfüllt sein, auch wenn dies durch den Wortlaut der Regelung u.U. nur unzureichend zum Ausdruck kommt. Lehnt man eine deliktische Haftung ab, muss der Tatbestand allein aus sich heraus und im Kontext der anderen Anfechtungsvorschriften ausgelegt werden.

Neben dieser Bedeutung für die Auslegung ist die Einordnung etwa auch relevant für die Frage, ob im Falle des § 133 InsO der Gerichtsstand der unerlaubten Handlung nach § 32 ZPO eröffnet sein kann. Ferner ist die Einordnung bedeutsam dafür, ob etwa bei mehreren Anfechtungsgegnern diese (analog) § 840 BGB als Gesamtschuldner haften können[170]. Ferner ob etwa bei einem minderjährigen Anfechtungsgegner (analog) § 828 BGB eine Haftung ausgeschlossen sein kann.[171]

Schließlich hat diese Einordnung auch Relevanz für die Abgrenzung des § 133 Abs. 1 InsO zum Recht der unerlaubten Handlung.

A. Die ältere Lehre und Rechtsprechung

Im älteren Schrifttum und in der Rechtsprechung ging man davon aus, dass dem Anfechtungsgegner hier ein doloses, betrügliches oder deliktisches Verhalten zum Vorwurf und damit zur Grundlage der Anfechtung gemacht werden könne.[172] Es handele sich danach bei der Absichtsanfechtung nicht um eine eigenständige *obligatio ex lege*[173], sondern um eine besondere *obligatio ex delicto*.[174] Dies sei für beide Fälle des

---

170 Hiergegen etwa ausdrücklich *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 129 Rz. 27.

171 Nach dem BFH (BB 2004, 2112 [2115]) ist dem Minderjährigen zumindest der Entreicherungseinwand entsprechend § 143 Abs. 2 InsO einzuräumen.

172 *Kohler*, Konkursrecht § 39 (S. 255 f.); *Petersen*, ZZP 10, 17 [55f.]; *Eck*, ZHR 29 (1884), 296 [302].

173 Demgegenüber nahm *Cosack* (Anfechtungsrecht S. 24 ff) für alle Anfechtungstatbestände zwecks Einheitlichkeit des Anfechtungsystems an, dass diese auf einer besonderen *obligatio ex lege* beruhen.

§ 31 KO anzunehmen, da insoweit die unterschiedlichen Beweislastregeln keinen Unterschied machen würden.[175] Davon gingen auch die Motive zur KO[176] aus und überschrieben etwa die Erläuterungen zur Absichtsanfechtung mit „*Anfechtbarkeit betrüglicher Rechtshandlungen des Schuldners*".

Der Schuldner verletze durch eine in Absicht der Gläubigerbenachteiligung vorgenommene Rechtshandlung das aus dem Schuldverhältnis folgende Befriedigungsrecht jedes Gläubigers.[177] Bis zur Zahlungseinstellung oder dem Antrag dürfe der Schuldner über sein Vermögen frei verfügen, ohne darin von seinen persönlichen Gläubigern behindert zu werden. Ein dem entgegenstehendes Anfechtungsrecht müsse auf besonderen Gründen beruhen. Nur zur Abwehr einer Rechtsverletzung sei man befugt, Dispositionen eines anderen anzugreifen. Persönliche Gläubiger hätten kein anderes Recht, als von ihren Schuldnern Befriedigung zu begehren und wenn er sie nicht leiste, sie aus seinem Vermögen zu nehmen. Dieses Recht müsse verletzt sein.[178] Zwar erfolge die Rechtsverletzung durch eine Handlung des Schuldners, der Anfechtungsgegner beteilige sich hieran jedoch[179]. Auch wenn dabei eine aktive Teilnahme des Anfechtungsgegners an der Rechtshandlung des Schuldners nicht erforderlich sei, werde sie „*doch insofern vorausgesetzt, als ihm die Absicht des Schuldners seine Gläubiger zu benachteiligen, bekannt sein muß*"[180].

Auch nach Inkrafttreten des BGB wurde schließlich davon ausgegangen, dass in den Fällen der Absichtsanfechtung stets eine unerlaubte Handlung im bürgerlich-rechtlichen Sinne anzunehmen sei.[181] Konsequent ging diese Auffassung deshalb davon aus, dass der Verwalter zumindest im Falle des § 31 KO auch in dem besonderen Gerichtstand des § 32 ZPO klagen dürfe.[182]

---

174 *Kohler*, Konkursrecht § 39 (S. 255 f.); *Petersen*, ZZP 10, 17 [55f.].

175 *Petersen*, ZZP 10, 17 [56.].

176 S. 130.

177 Motiven zur KO S. 109. Ähnlich *Kohler*, Konkursrecht § 37 (S. 192).

178 Motive KO S. 108.

179 RG GruchotsBeitr. 27 (1883), 1064; RGZ 10, 325 [328]; RGZ 10, 334; *Kohler*, Konkursrecht § 39 (S. 212 f.); *Otto*, Anfechtungsrecht S. 109; vgl.a. RG JW 1900, 621.

180 *Sarwen*, KO § 24 Anm. 2 (S. 142). Zu § 103 Nr. 1 Preuss. KO: R.O.G.H. Entsch. 10, 249 [251, 255]. Für die Fälle, in denen die Absicht mit der Möglichkeit des Gegenbeweises vermutet wurde, lehnte das R.O.G.H. allerdings den deliktischen Ansatz ab (R.O.G.H. Entsch. 21, 418 [419 f.]). Zur *actio pauliana Franke*, AcP 16 (1833), 251 [260].

181 RGZ 74, 224 [226]. Davon zu unterscheiden ist Frage, ob neben der Absichtsanfechtung dann auch zusätzlich immer ein deliktischer Schadenersatzanspruch in Betracht kam (dagegen RG a.a.O.).

182 RG SeuffertA 38 (1883), Nr. 168; RG GruchotsBeitr. 28 (1884), 1124; RGZ 21, 420 [425]; RG GruchotsBeitr. 38 (1894), 1300; RG JW 1899, 606; RGZ 48, 401; RGZ 50, 410; RG JW 1904, 368; RGZ

Für die Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung wurde demgegenüber davon ausgegangen, dass diese kondiktionsrechtlicher Natur sei.[183] Auch hinsichtlich der Tatbestände der besonderen Konkursanfechtung ging die wohl überwiegende Auffassung davon aus, dass hier kein doloses Verhalten vorliege, sondern es sich um eine eigenständige *obligatio ex lege* handele.[184]

B. Die neuere Lehre und Rechtsprechung

Nach letzter Ansicht in Lehre[185] und Rechtsprechung[186] begründen weder § 133 InsO noch § 3 AnfG ein deliktisches Schuldverhältnis. Vielmehr liege in allen Fällen der Anfechtung ein unmittelbar im Gesetz begründetes und andersartig gestaltetes Schuldverhältnis vor, das seinen Grund nicht in einer deliktischen Rechtshandlung des Anfechtungsgegners finde.[187]

Auch habe der Rückgewähranspruch einen anderen Inhalt als die Verpflichtung zum Schadenersatz nach den §§ 823 ff. BGB.[188] Die Anfechtung verpflichte zur Rückgewähr, während der Schadenersatz wegen der unerlaubten Handlung etwa auch den entgangenen Gewinn einschließe. Ferner setze die Anfechtung als objektives Tatbestandsmerkmal die Insolvenzeröffnung voraus; dies sei aber ein Umstand, welcher mit der unerlaubten Handlung in keinem inneren Zusammenhang stehe.[189]

84, 253.

183 *Franke*, AcP 16, 125 ff.; vgl. a. *Petersen*, ZZP 10 (1887), 17 [42, 57] m.w.N. auch zur Gegenmeinung; sowie RG LZ 1914 Sp. 369 Nr. 11.

184 RGZ 10, 328 [329] (1. Senat): *obligatio ex lege*. Deutlich auch der Regierungsvertreter *Hagens* in den Beratungen zur KO (Protokolle KO S. 20): „... *kein Ausfluss der gemeinrechtlichen Anfechtungsklage ..., keine Art (des) Betrugs*". Für die Anwendung von § 32 ZPO im Fall des 30 Nr. 2 KO, dem zumindest partiellen Sonderfall der Absichtsanfechtung, RGZ 10, 334, RG JW 1884, 120.

185 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 1; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 129 Rz. 27; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 133 Rz. 2; *Braun/de Bra*, InsO § 143 Rz. 3; *Hess*, InsO § 143 Rz. 14; FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 4. Zur KO: *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 1, 6, 18; *Jaeger*, AnfG § 1 Anm. 12; *ders.*, KO § 29 Anm. 4; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht Rz. 18.16; *Kilger/K. Schmidt, InsolvenzG* § 29 Anm. 5; *Serick*, Sicherungsübertragung Bd. III S. 150; *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 75 ff.; *Bindseil*, Diss. Jur. (1965) S. 84; *Godbersen*, Diss. jur (1968) S. 9 f.; *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 19 f.

186 OLG Hamm MDR 1966, 764; offengelassen in BGH LM 1954 § 394 Nr. 1. In BB 1952, 949 hat der BGH festgestellt, dass der Anspruch aus § 37 KO keiner auf Schadenersatz sei.

187 *Jaeger*, AnfG § 1 Anm. 9, 11; *Jaeger/Lent*, KO Vor. §§ 29 – 42 V.

188 *Kilger/K. Schmidt*, InsolvenzG § 29 Anm. 5; *Jaeger/Lent*, KO Vor. §§ 29 – 42 V.

189 *Jaeger/Lent*, KO Vor. §§ 29 – 42 V.

C. Stellungnahme: Keine deliktische Haftung nach § 133 InsO

Das Deliktsrecht begründet eine Haftung zwischen Rechtssubjekten, die noch nicht durch ein privatrechtliches Sonderverhältnis aneinander gebunden sind. Grundlage jeder Haftung ist dabei grundsätzlich[190] ein schuldhaftes und widerrechtliches Handeln des zur Haftung Verpflichteten. Der Wortlaut des § 133 InsO setzt demgegenüber kein Handeln, sei es aktives Tun oder Unterlassen des Anfechtungsgegners voraus. Angeknüpft wird vielmehr allein an das Verhalten des Schuldners. Selbst wenn man unterstellt, dass das Handeln des Schuldners als deliktisches zu qualifizieren ist[191], müsste sich der Anfechtungsgegner zumindest daran beteiligen. Er beteiligt sich an diesem Verhalten aber nicht notwendigerweise als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe (§ 830 BGB).[192] Die niedrigste Form der Beteiligung, die Beihilfe, setzt entsprechend § 27 StGB die vorsätzliche Hilfeleistung bei der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung eines anderen voraus.[193] Zwar genügt hierfür auch eine psychische Unterstützung des deliktisch Handelnden[194], die von § 133 Abs. 1 InsO geforderte Kenntnis genügt dem jedoch nicht. Der Tatbestand kann nämlich sogar gegen den Willen und ohne die Möglichkeit eines rechtmäßigen Alternativverhaltens des Anfechtungsgegners erfüllt werden.[195]

Dem steht auch nicht entgegen, dass historisch die Vorsatzanfechtung in unmittelbarer Nachfolge der *actio pauliana* steht. Der Gleichsetzung von *scientia fraudis* und deliktischer Teilnahme wurde auch im gemeinen Recht nicht ausnahmslos gefolgt[196]

---

190 Die Ausnahme bildet die Gefährungshaftung, also die Haftung für die Eröffnung und Unterhaltung eines gefährlichen Betriebs etwa nach § 833 BGB (*Palandt/Sprau*, BGB Einf v § 823 Rz. 6).

191 Zur Anwendung von § 826 BGB siehe Fn. 527 (S. 115). Gegen die Anwendung von § 823 Abs. 1 BGB spricht, dass das Vermögen im Allgemeinen und besonders Forderungsrechte nicht von dieser Norm erfasst werden (*Palandt/Sprau*, BGB § 823 Rz. 11). Hiergegen könnte man allerdings wiederum argumentieren, dass die deliktische Einordnung einer Handlung nicht daran scheitern kann, weil das von ihr verletzte Interesse nicht zu den geschützen Gütern des § 823 Abs. 1 BGB gehört. Für letzteres spräche auch, dass der Entwurf zum BGB der ersten Kommission noch eine, das Vermögen im Allgemeinen schützende Norm vorsah (vgl. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT II S. 354; anders MünchKomm/*Wagner*, BGB Vor. § 823 Rz. 12: Allgemeiner Vermögensgüterschutz nur bei gegen die guten Sitten verstoßenden, allerdings nicht notwendiger Weise vorsätzlichen Handlungen).

192 I.E. *Jaeger/Lent*, KO Vor. §§ 29 – 42 V.

193 MünchKomm/*Wagner*, BGB § 830 Rz. 14.

194 MünchKomm/*Wagner*, BGB § 830 Rz. 14.

195 *Jaeger*, AnfG § 1 Anm. 10.

196 Entgegen *Petersen* ZZP 10, 17 [42]. So widerspricht insbesondere *Grützmann* (Anfechtungsrecht, S. 60 ff.) der herrschenden Lehre zum gemeinen Recht. Zwar läge in den meisten Fälle ein deliktisches Verhalten des Anfechtungsgegners vor, allerdings genüge die *scientia fraudis* auch dann zur Anfechtung, wenn der Wissende auch gerade nicht gehandelt habe (so auch *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht § 463 Fn. 15;

und ergibt sich auch aus der Pandektenexegese nicht zweifelsfrei. Auch hier wurden nämlich Fälle genannt, wie etwa die Nichtunterbrechung der Verjährung oder die absichtliche Prozesssäumnis[197], in denen ein Handeln des Anfechtungsgegners von vorneherein ausscheidet.[198] Auch die Erläuterung von *Ulpian* zur *scientia*, dass diese als Wissen um den Betrug und Teilnahme hieran (*te conscio et fraudem participante*) zu verstehen sei, dient, wie aus dem weiteren Text ersichtlich, nur als Beschreibung dessen, dass es nicht genügt, wenn der Anfechtungsgegner weiß, dass es auch andere Gläubiger gibt[199]. Mit der *particeps fraudis* sollte danach offenbar nur ausgedrückt werden, dass der Anfechtungsgegner durch seine Kenntnis von der Absicht des Schuldners zum Teilnehmer des Betruges „im Geiste" werde. Die „*Theilnahme an der böslichen Absicht des Schuldners*"[200] ist aber etwas anderes als die Teilnahme an dem Betrug des Schuldners selbst.

Die Haftung des aus der Vorsatzanfechtung Verpflichteten kann danach nicht als deliktisch eingeordnet werden. Vielmehr handelt es sich um ein eigenständiges Institut, dessen Inhalt im Folgenden zu untersuchen ist. Dabei schließt das Vorgenannte nicht aus, dass bei der Auslegung des § 133 InsO auch deliktsrechtliche Merkmale und Kriterien zu berücksichtigen sind.

---

anders aber R.O.G.H. Entsch. 10, 249 [251]).

197 D. 42.8.3.1.

198 Da eine Handlung (Tun oder Unterlassen) des Anfechtungsgegners nicht notwendiger Weise gefordert wird, scheidet auch die Annahme aus, es handele sich um ein lediglich *culpa* (Fahrlässigkeit), nicht aber *dolus* (Vorsatz) erforderndes „Quasidelikt" im justinianischen Sinne (vgl. hierzu *Kaser*, Römisches Privatrecht § 258 IV; § 271 II 1).

199 D. 42.8.10.2.

200 *Franke*, AcP 16 (1833), 125 [127]; *Korn*, Anfechtungsrecht S. 67.

VII. DAS SYST. VERHÄLTNIS VON § 133 INSO ZU SONSTIGEN GLÄUBIGERSCHÜTZENDEN VORSCHRIFTEN

Bevor auf die Auslegung der Vorsatzanfechtung im Einzelnen eingegangen wird, ist zunächst zu untersuchen, in welchem systematischen Verhältnis die Vorsatzanfechtung zu sonstigen gläubigerschützenden Vorschriften steht. Von besonderer Bedeutung ist hierbei das Verhältnis zu den übrigen, in den § 130 - § 131 sowie §§ 134 - 135 InsO genannten Anfechtungstatbeständen.

A. Das syst. Verhältnis zu den übrigen Anfechtungstatbeständen

Nach allgemeiner Auffassung in Literatur[201] und Rechtsprechung[202] stehen die einzelnen Anfechtungstatbestände grundsätzlich nicht im Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz zueinander. Vielmehr sind sie selbstständig nebeneinander anwendbar, schließen sich gegenseitig nicht aus und können auch gleichzeitig erfüllt sein. Danach bedeutet die Verneinung der Voraussetzungen einer Anfechtungsnorm in einem konkreten Fall nicht, dass nicht auch die anderen Anfechtungsnormen anzuwenden seien.[203] Lediglich § 134 InsO soll dann ausgeschlossen sein, wenn eine Deckung, sei es eine kongruente oder inkongruente, den Anfechtungsgegenstand bildet.[204]

Problematisch scheint vor allem das Verhältnis der §§ 130, 131 InsO zum Tatbestand der Vorsatzanfechtung. § 133 InsO könnte bei diesen Handlungen aus systematischen Gründen durch die §§ 130, 131 InsO verdrängt werden. Denn daraus, dass sich die §§ 130, 131 InsO nur auf die Anfechtung kongruenter bzw. inkongruenter Deckungen beziehen, könnte man den Schluss ziehen, dass im Übrigen und insbesondere außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums eine Anfechtung nicht möglich ist.

1. Grund- und Erfüllungsgeschäft

Voranzustellen ist die Frage, in welchem Verhältnis die Anfechtung der Deckungshandlung zu derjenigen des Grundgeschäftes steht. § 133 InsO erklärt Rechtshandlungen allgemein und nicht wie die §§ 130, 131 InsO nur Erfüllungsgeschäfte für anfechtbar. Das Verhältnis der Anfechtung von Grund- und Erfüllungsgeschäft ist hier also bedeutsam. Zu untersuchen ist insbesondere, ob auch hier das Abstrak-

---

201 FK-*Dauernheim*, InsO § 129 Rz. 18; *Nerlich/Römermann*, InsO § 129 Rz. 21.

202 BGHZ 58, 240; BGH ZIP 1993, 1683.

203 BGHZ 58, 240.

204 BGHZ 58, 240 [242 ff.]. Ferner soll nach *Henckel* (Insolvenzrecht Rz. 22) § 135 lex specialis gegenüber den §§ 130-132 InsO sein, anders aber *Smid/Zeuner*, InsO § 130 Rz. 4.

tionsprinzip sich durchsetzt oder ob aus der Anfechtung des Grund- auch diejenige des Erfüllungsgeschäftes folgt.

Soweit die Rechtsprechung eine sog. Einheitslösung, also die Zusammenfassung von Grund- und Erfüllungsgeschäft vertritt, betraf dies bisher zumeist nur Fälle der Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung.[205] In diesem Fall soll vermieden werden, dass der Schuldner vor Beginn des Anfechtungszeitraums das Schenkungsversprechen abgibt und dann, weil eine Verbindlichkeit erfüllt wird, in nach § 134 InsO unanfechtbarer Weise während des Zeitraums hierüber verfügen kann. Allerdings wird die Überlegung, dass die Erfüllung eines Schenkungsversprechens dieses zu einem entgeltlichen macht[206], bereits nicht vom Wortlaut der Regelung in § 134 Abs. 1 InsO getragen, die auf eine unentgeltliche *Leistung* abstellt.[207] Bereits vom Wortlaut her werden hier also schuldrechtliche und dingliche Ebene miteinander verknüpft und damit die Einheitslösung zugrunde gelegt.

Lediglich in einem Fall ging das RG[208] auch für die Absichtsanfechtung davon aus, dass schuldrechtlicher und dinglicher Vertrag nur als Einheit die benachteiligende Handlung des Schuldners bilden würden und auch die Anfechtungsfrist erst vom Abschluss des letzteren Geschäfts zu berechnen sei. Allerdings ist hierbei zunächst zu beachten, dass diese Entscheidung zur Gläubigeranfechtung erging. Bei der Anfechtung nach dem AnfG spielt die Anfechtung des Grundvertrages keine Rolle, weil ein einzelner Gläubiger durch das Grundgeschäft als solches nicht benachteiligt werden kann.[209] Denn die ihm zur Verfügung stehende Vollstreckungsmasse wird durch das Bestehen anderer Verbindlichkeiten nicht bereits als solche vermindert, sondern erst wenn diese anderen Gläubiger auf die Masse zugreifen. Fraglich ist daher, ob die vom RG vertretene Lösung auch auf die Konkurs- bzw. Insolvenzanfechtung übertragen werden kann.

Hiergegen spricht, dass die Abstraktion von Grund – und Erfüllungsgeschäft eine der wesentlichen Grundlagen des deutschen Zivilrechtssystems ist, von dem nicht ohne besondere Gründe abgewichen werden kann. Solche besonderen Gründe

---

205 § 32 Nr. 1 KO: BGH ZIP 1988, 585 [586]. § 32 Nr. 2: BGH WM 1955, 407 [411]. § 3 Abs. 1 Nr. 3: BGH NJW 1979, 102 [103]. § 3 Abs. 1 Nr. 4: BGH WM 1972, 363 [364].

206 So *Nerlich/Römermann*, InsO § 129 Rz. 52.

207 Noch deutlicher der Wortlaut in § 34 KO, der eine unentgeltliche *Verfügung* forderte. Die InsO spricht nunmehr von Leistung, weil der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen wollte, dass nunmehr auch das Verpflichtungsgeschäft selbst unter die Regelung fallen soll (Amtl. Begr. InsO 160 f.)

208 RGZ 116, 134 [136].

209 RGZ 27, 130 [133]

fehlen aber bei der Insolvenzanfechtung.[210] Insbesondere ist es abzulehnen, dass erst die Erfüllungshandlung maßgeblich für das Erreichen des Anfechtungszeitraums sein soll.[211] Sonst würde der Anfechtungsgegner eines außerhalb dieses Zeitraums vorgenommenen Grundgeschäfts im Falle der Erfüllung schlechter stehen als wenn diese nicht erfolgt wäre. Im letzteren Fall könnte der Anfechtungsgegner zumindest noch seine Schadenersatzforderung anmelden (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO). Das im Grundgeschäft bestehende Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung wird auch nicht erst dadurch gläubigerbenachteiligend, dass die Parteien ihre Verpflichtungen erfüllen. Das Grundgeschäft ist vielmehr ebenfalls dann anfechtbar, wenn die Parteien noch nicht geleistet haben und der andere Teil die Differenz als Insolvenzforderung anmeldet. Der Anmeldung kann der Verwalter dann die Einrede nach § 146 Abs. 2 InsO entgegensetzen. Ist demgegenüber das Grundgeschäft ausgeglichen, wird es auch durch die Erfüllung nicht unmittelbar nachteilig.[212]

Der Einheitslösung ist lediglich vom Ergebnis her insofern beizupflichten, als die potenzielle Anfechtbarkeit des Grundgeschäfts nach § 133 InsO auch die, allerdings eigenständige Anfechtung des Erfüllungsgeschäftes zumeist nach sich zieht. Dies gilt auch dann, wenn das Grundgeschäft außerhalb des Anfechtungszeitraums abgeschlossen wurde und nur deshalb nicht anfechtbar ist. Denn der bei Abschluss des

---

210 Anders offenbar FK-*Dauernheim*, InsO § 129 Rz. 34; *Nerlich/Römermann*, InsO § 129 Rz. 52; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 29 Rz. 8.

211 Wie hier RGZ 27, 130 [132]; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 129 Rz. 70; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 58; *von Wiedersperg*, Diss. Jur. (2001) S. 77f.

212 Problematisch ist die Situation, wenn sich die wertbildenden Verhältnisse bis zum Zeitpunkt der Erfüllung zum Nachteil des Schuldnervermögens ändern. Die Einheitstheorie stellt auch dann auf den Zeitpunkt der letzten Erfüllungshandlung ab. Allerdings wird hierbei keine Wertrelation für diesen Zeitpunkt ermittelt. Vielmehr soll eine nachträgliche Störung des Vertragsgleichgewichts anfechtungsrechtlich nur dergestalt von Bedeutung sein, als der Schuldner eine Vertragsanpassung hätte verlangen können (BGH ZIP 1995, 134 [135]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 113). Im Ergebnis stellt also auch die Einheitslösung auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Grundgeschäftes ab und kommt damit auf komplizierterem Weg zu gleichen Ergebnisse wie die hier vertretene Trennung von Grund- und Erfüllungsgeschäft. Das Unterlassen der Einrede der Vertragsanpassung ist als eigenständig anfechtbare Rechtshandlung zu begreifen, welche nicht die nachfolgende Erfüllung unmittelbar benachteiligend macht, sondern als solche dies bereits ist. Wird das Unterlassen der Einrede angefochten, kann der Verwalter nachträglich eine Vertragsanpassung verlangen. Dieses Ergebnis erscheint nicht nur nachvollziehbarer, sondern auch gerechter, da nach h.M. der Verwalter nicht nur Vertragsanpassung, sondern die vom Schuldner erbrachte Leistung vollständig zurück verlangen könnte. Damit erhalten die Gläubiger aber mehr, als sie erhalten hätten, wenn sich der Schuldner im Interesse der Gläubiger verhalten hätte.

Grundgeschäfts bestehende Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bleibt fortbestehen[213], es sei denn, die zu seiner Annahme bestehenden Umstände haben sich geändert. Dass sich danach bei Anfechtbarkeit des Grundgeschäftes die Rückabwicklung des Erfüllungsgeschäftes nach § 812 Abs. 1 Satz 2 BGB[214] und nicht nach § 143 Abs. 1 InsO[215] richtet, ist danach im Ansatz, jedoch i.d.R. nicht vom Ergebnis her richtig.

Danach ist auch der Fall, dass der Schuldner Gegenstände seines Vermögens zu einem angemessenen Preis veräußert, um den Veräußerungserlös seinen Gläubigern zu entziehen, nicht ein solcher, welcher vorrangig im Rahmen der Deckungsanfechtung zu diskutieren wäre.[216] Vielmehr muss hier bereits das schuldrechtliche Geschäft einer Anfechtung unterworfen sein, da dieses nur dazu dient, die von dem Schuldner beabsichtigte Transformation einer Sache in Geld kondiktionsfest zu machen.

2. Verdrängung des § 133 InsO durch die §§ 130, 131 InsO?

a) Das Verhältnis zu § 130, § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO

Das frühe Schrifttum zur KO[217] ging sowohl für kongruente als auch für inkongruente Deckungen davon aus, dass diese einer Anfechtung wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung nicht unterliegen könnten. Erst von dem in den Tatbeständen der besonderen Konkursanfechtung genannten Zeitpunkten gewähre das Recht eine Gleichbehandlung der Gläubiger, diese Vorschriften seien insofern als spezialgesetzliche, die Absichtsanfechtung verdrängende Regelung zu betrachten.[218] Lasse man eine Anfechtung wegen absichtlicher Benachteiligung zu, könne sich insbesondere bei der Anfechtung nach dem AnfG ein Gläubiger einen dort nicht vorgesehenen Vorzug vor einem grundsätzlich gleichberechtigten Gläubiger verschaffen.[219] Nehme

---

213 Ebenso MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 62.

214 So *Jaeger/Henckel*, KO § 29 Rz. 73; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 57; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 129 Rz. 71.

215 So FK-*Dauernheim*, InsO § 129 Rz. 34.

216 So MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 34. Vgl. a. Motive KO, S. 130 f., die in einem solchen Fall eine Absichtsanfechtung für möglich erklären; vorher bereits *Franke*, AcP 16 (1833), 125 [126 f.].

217 *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 81 ff. [82], 114 ff; *Krasnopolski*, Anfechtungsrecht S. 37f.; *Korn*, Anfechtungsrecht S. 111; *Eck*, ZHR 29 (1884), 296 [302].

218 *Eck*, ZHR 31 (1885), 492 [496 f.].

219 *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 82.

ein Gläubiger lediglich das an, worauf er einen Anspruch habe, könne ihm daraus kein Vorwurf gemacht und darin keine Rechtsverletzung gefunden werden. [220]

Demgegenüber gingen bereits die Motive zur KO[221] davon aus, dass bei Deckungshandlungen eine Anfechtung wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich zulässig sei. Dem folgte auch die überwiegende Literatur[222] und nach anfänglichem Zögern[223] auch die Rechtsprechung des RG[224] und schließlich auch der BGH[225].

Der heute herrschenden Ansicht ist zuzustimmen. Da sich § 133 InsO allgemein auf Rechtshandlungen bezieht, besteht vom Wortlaut her keine Veranlassung Deckungshandlungen von der Anfechtbarkeit auszunehmen.[226] Auch aus systematischen Gründen ist es nicht veranlasst, § 133 InsO im Wege der normverdrängenden Konkurrenz hinter den §§ 130, 131 InsO zurücktreten zu lassen. Im Besonderen sind die vorgenannten Normen aufgrund der divergierenden Voraussetzungen auch keine spezialgesetzlichen Fälle des § 133 InsO, sodass von einem Fall der *lex specialis*[227] keine Rede sein kann.[228] Das Argument schließlich, der Anfechtungsgegner handele bei der Durchsetzung in durchaus verständlicher Weise, kann schließlich nur auf einer moralischen Ebene eine Rolle spielen, nicht aber auf einer rechtlichen, da es im Gesetz keinerlei Entsprechung gefunden hat. Vielmehr zeigt die Anfechtung kongruenter Deckungen gerade (§ 130 InsO), dass das Beanspruchen der konkreten Leistung nicht von dem Risiko der Anfechtung enthebt.[229] Ferner ist der These *Cosacks*[230] zu widersprechen[231], die Absicht, *einen* Gläubiger zu

---

220 *Eck*, ZHR 29 (1884), 296 [302].

221 Motive KO S. 131.

222 *Otto*, Anfechtungsrecht S. 70. Anders *Jäckel*, Anfechtungsrecht S. 56: Im Falle der Anfechtung im Konkurs, nicht aber bei derjenigen nach dem AnfG soll eine Anfechtung von Deckungshandlungen wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung möglich sein.

223 RGZ 6, 44 [45 f.]; RGZ 9, 100 [102]: Eine Anfechtung sei allerdings bei einer inkongruenter Deckung möglich.

224 RGZ 9, 100.

225 Etwa BGHZ 12, 232.

226 Ebenso zum Österreichischem Anfechtungsrecht: *Kornitzer,* GrünhutsZ 15 (1888), 585 [596].

227 Vgl. *Larenz/Wolf*, AT § 18 Rz. 20.

228 Ebenso zum Österreichischem Anfechtungsrecht: *Kornitzer,* GrünhutsZ 15 (1888), 585 [596]; *Krasnopolski*, GrünhutsZ 15 (1888), 1 [27 f].

229 *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 81.

230 Anfechtungsrecht S. 82.

231 *Kornitzer*, GrünhutsZ 15 (1888), 585 [594 f.]; *Plander*, BB 1972, 1480 [1481]; I.E. ebenso *Eck*, ZHR 31 (1885), 492 [496].

begünstigen, schließe die Absicht der Benachteiligung *aller* Gläubiger aus. Grundsätzlich ist bei der Anfechtung für die Frage der Benachteiligung der Gläubiger der Anfechtungsgegner selbst auszublenden, da sonst für die §§ 130, 131 InsO kein Anwendungsbereich mehr verbliebe. Daneben kann diesem Wortlautargument schließlich auch entgegengehalten werden, dass es nach § 133 InsO nicht auf die Benachteiligung der zum Zeitpunkt der Rechtshandlung vorhandenen Gläubiger, sondern auf die derjenigen ankommt, die zum Zeitpunkt des Vollstreckungszugriffs eine Gläubigerposition innehaben. Schließlich sprechen auch historische Gründe zumindest bei inkongruenten Deckungen dafür, eine Anfechtung zuzulassen. Das Vorliegen einer inkongruenten Deckung wurde nämlich bereits im gemeinen Recht teilweise als Moment gesehen, welches eine *actio pauliana* begründen konnte.[232]

Ist danach die Annahme einer normverdrängenden Konkurrenz nicht veranlasst, so sind doch die vom älteren Schrifttum vorgetragenen Argumente nicht bedeutungslos. Denn vor dem Hintergrund der Grenzen der Anfechtung (vgl. Punkt V (S. 41)) begrenzen und bestimmen die besonders für die Anfechtung von Deckungshandlungen vorgesehenen Bestimmungen die Auslegung des § 133 InsO. Insbesondere darf der die Anfechtung nach den §§ 130 – 132 InsO rechtfertigende Gleichbehandlungsgrundsatz nicht über § 133 InsO auf die Zeit vor Beginn des 3-Monatszeitraums ausgedehnt werden (hierzu Punkt X.A (S. 106 ff.)).[233]

b) Das Verhältnis zu § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO nach der gesetzgeberischen Konzeption um einen Sonderfall der Vorsatzanfechtung.[234] Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, die durch die Rechtsprechung zu § 31 KO entwickelte Beweiserleichterung bei inkongruenten Deckungen (dazu Punkt X.B.1.b) (S. 119 f.))

---

[232] So wurde etwa im Falle einer Hingabe an Zahlungsstatt (OAG Kassel SeuffertA 3 (1851), Nr. 250; OAG Kiel SeuffertA 12 (1859), Nr. 228; OAG Darmstadt SeuffertA 18 (1865), Nr. 202; a.A. OAG Jena SeuffertA 6 (1853), Nr. 305), einer verfrühten Zahlung (OAG Lübeck SeuffertA 4 (1851), Nr. 272; OAG Dresden SeuffertA 4 (1851), Nr. 275; *Franke*, AcP 16 (1833), 251 [268], in vollem Umfang; demgegenüber beschränkte § 1512 Sächs. BGB die Anfechtung auf die Zwischenzinsen) eine *actio pauliana* zugelassen (vgl.a. Motive KO S. 122 f.).

[233] Von daher ist es nicht überzeugend, wenn der BGH (ZIP 2004, 1060 [1061]) bei der Anfechtung einer inkongruenten Deckung innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums nach § 133 InsO die Anwendbarkeit von § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO offen lässt (vgl. bereits *Lind*, LMK 2004, 148 [149]).

[234] Amtl. Begr. InsO S. 159. Zustimmend *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 131 Rz. 20; *Nerlich/Römermann*, InsO § 133 Rz. 61, 81; *Smid/Zeuner*, InsO § 131 Rz. 13; *Wiedersperg*, Diss. Jur. (2001) S. 117; *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185 [187].

gesetzgeberisch nachzuempfinden.[235] Insofern könnte man ein Spezialitätsverhältnis zwischen § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO und § 133 Abs. 1 InsO mit der Folge annehmen, dass erstere durch letztere Norm eingeschränkt würde.[236] Hierzu müsste der Anwendungsbereich des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO völlig in der Vorsatzanfechtung aufgehen. Dies erscheint auf den ersten Blick fraglich, da es in § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO bereits an einer Bezugnahme auf ein subjektives Moment beim Schuldner fehlt. Ferner findet sich auch keine dieser Norm entsprechende Regelung im AnfG, obwohl keine Gründe bestehen, in diesem Punkt zwischen Einzelanfechtung und Insolvenzanfechtung zu differenzieren. Teilweise wird deshalb § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO nicht als Sonderfall der Vorsatzanfechtung, sondern entsprechend seiner systematischen Einordnung als Fall der Deckungsanfechtung betrachtet.[237] Letzteres wird der Regelung aber nicht gerecht. Nach der Amtl. Begr. zur InsO[238] wird der tatbestandlich nicht erwähnte Vorsatz des Schuldners genauso unwiderleglich vermutet wie die Kenntnis des Gläubigers hiervon. Dabei setzt die Norm auch voraus, dass Schuldner und Gläubiger Kenntnis von einer zumindest zukünftigen Vermögenskrise haben. Denn die Kenntnis davon, dass die Deckung die Gläubiger benachteiligt, ist nur möglich, wenn auch die Entwicklung des Schuldnervermögens in die Betrachtung miteinbezogen wird. Die Kenntnis kann nämlich nur vorliegen, wenn der Gläubiger die Vorstellung hat, dass die Deckung das zur Gläubigerbefriedigung dienende Vermögen schmälert und dieses voraussichtlich nicht mehr ausreichen wird, um alle Insolvenzgläubiger zu befriedigen.[239] Ergänzt man schließlich noch, dass im Regelfall der Anfechtungsgegner grundsätzlich die gleiche bzw. eine weniger weitreichende Kenntnis über die Vermögenssituation des Schuldners haben wird wie dieser selbst[240], kann man davon ausgehen, dass in den Fällen des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO auch der Schuldner regelmäßig Kenntnis von der Krise haben wird. Insgesamt bestehen danach keine Bedenken, die Regelung in § 131 InsO als Sonderfall der Vor-

---

235 Amtl. Begr. InsO S. 159. Vgl. a. *Gerhardt*, ZIP 1985, 582 [586] zum Bericht der Insolvenzrechtskommission: „*Die vorgeschlagene Regelung hebt die Differenzierung nach kongruenter und inkongruenter Rechtshandlung innerhalb der Absichtsanfechtung auf, erfasst darum diese Fälle unter der Anfechtung wegen inkongruenter Sicherung oder Befriedigung.*“.

236 Vgl. a. *Larenz*, Methodenlehre S. 267 f.

237 S. *Henckel*, Insolvenzrecht Rz. 40. Ebenso wohl auch *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1688]; *Huber*, ZInsO 2003, 1025 [1028]; MünchKomm-*Kirchof*, InsO § 131 Rz. 49.

238 S. 159.

239 BGH ZIP 2004, 319 [322].

240 Eine Ausnahme hiervon ist etwa denkbar, wenn der wenig informierte Schuldner eine Zahlung an seinen Steuerberater oder Buchhalter leistet.

satzanfechtung zu sehen[241] und das Konkurrenzverhältnis der Spezialität zwischen den beiden Normen anzunehmen mit der Folge, dass § 133 Abs. 1 InsO entsprechend beschränkt ist. Die Rechtsfolgen der Normen schließen sich auch außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums aus, sodass die hier konkurrierenden Rechtssätze auch nicht miteinander verträglich sind.

B. Das syst. Verhältnis zu Vorschriften außerhalb des Anfechtungsrechtes

1. Allgemeines

Die Verwirklichung des Rechts der Gläubiger, die Befriedigung ihrer Forderung im Vermögen des Schuldners zu suchen, wird nicht nur durch die §§ 129 ff. InsO sowie das AnfG geschützt, sondern auch durch außerhalb derselben liegende Normen. Zu allererst sind dabei die Regeln des Kapitalgesellschaftsrechts zu nennen. Neben den Vorschriften zum Schutz des Eigenkapitals und zum Eigenkapitalersatzrecht stehen dabei im Blickpunkt die Regeln in § 64 Abs. 2 GmbHG und § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG wegen unerlaubter Zahlungen nach Insolvenzreife. Verpflichtet ist hier aber der Geschäftsleiter des Schuldners, nicht aber wie bei § 143 InsO derjenige, zu dessen Gunsten der Rechtserfolg der anfechtbaren Rechtshandlung eingetreten ist[242]. Deshalb besteht insofern kein Abgrenzungsproblem und beide Ansprüche sind nach Wahl des Insolvenzverwalters alternativ anwendbar.[243]

2. Das Verhältnis zu den §§ 134, 823 Abs. 2 sowie den §§ 138, 826 BGB

Schwieriger ist das Verhältnis zu den §§ 134, 823 Abs. 2 und den §§ 138, 826 BGB zu bestimmen. Hinsichtlich der erstgenannten Normen kommen als Verbotsgesetze dabei die Anfechtungsregeln selbst sowie besonders die in §§ 283 – 283d StGB zu

---

[241] Fraglich ist es demgegenüber, ob deshalb umgekehrt § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO auch nur auf Rechtshandlungen des Schuldners, nicht aber auf solche Dritter anwendbar ist (so *Nerlich/Römermann*, InsO § 133 Rz. 64; a.A. MünchKomm-*Kirchof*, InsO § 131 Rz. 49). Die etwaige Nichtdeckung des Anwendungsbereichs von § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO und § 133 Abs. 1 InsO für den Fall der Deckung durch Rechtshandlungen Dritter, insbesondere also Vollstreckungshandlungen, rechtfertigt es zumindest nicht, für den Fall das der Schuldner handelt, nicht von einem Spezialitätsverhältnis zwischen den beiden Normen auszugehen. Eine Spezialität ist nämlich auch bei einer Teildeckung der Tatbestände zweier Normen anzunehmen (*Larenz*, Methodenlehre S. 268).

[242] FK-*Dauernheim*, InsO § 143 Rz. 41.

[243] BGH ZIP 1996, 420 [421].

findenden Tatbestände des Insolvenzstrafrechts und ferner die Vollstreckungsvereitelung in § 288 StGB in Betracht. Die Nähe zur Vorsatzanfechtung zeigt sich besonders an den §§ 283 Abs. 1 Nr. 1 (Beiseiteschaffen und Verheimlichen von Vermögen), 283c (Absichtliche oder wissentliche Begünstigung eines Gläubigers) sowie 288 StGB (Vereiteln der Vollstreckung in Benachteiligungsabsicht). Vergleichbares gilt für die auf den unbestimmten Rechtsbegriff der guten Sitten abstellenden Tatbestände in den §§ 138, 826 BGB, da der Anfechtungsgrund des § 133 InsO in einem sozialinadäquaten Verhalten des Schuldners zu sehen ist (s. Punkt IV.C.2.a) (S. 35 ff.)).

Die Bedeutsamkeit dieser Frage zeigt sich im Vergleich der Anfechtungs- gegenüber den in §§ 134, 823 Abs. 2 sowie den §§ 138, 826 BGB angeordneten Rechtsfolgen. So wirken die §§ 134, 138 BGB nicht nur wie der Anspruch nach § 143 BGB *inter pares*, sondern gegenüber allen. Ein Nachfolger in den anfechtbar erworbenen Vermögensgegenstand haftet also nicht nur unter den in § 145 InsO genannten Voraussetzungen, sondern auch darüber hinaus, es sei denn, er konnte gutgläubig erwerben. Weggefallen sind die Unterschiede demgegenüber für den Fall der Insolvenz des Anfechtungsgegners, da der BGH auch aus dem Anfechtungsanspruch mittlerweile ein Aussonderungsrecht herleitet.[244] Unterschiede bestehen demgegenüber, soweit § 138 BGB nicht die Darlegung der tatsächlich eingetretenen Benachteiligung erfordert, weswegen der Nachweisaufwand hier geringer als bei der Insolvenzanfechtung ist.[245] Auch hinsichtlich der Verjährung haben die §§ 134, 138 BGB Vorteile für die Masse gegenüber der Anfechtung, da im Falle eines hieran anknüpfenden dinglichen Herausgabeanspruches diese sich auf dreißig Jahre verzehnfacht (§ 197 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Geringer sind die Unterschiede bezüglich der deliktischen Anspruchsgrundlagen. Abgesehen von den bereits auf S. 47 genannten Abweichungen ist im Grundsatz die Rechtsfolge der deliktischen Ansprüche mit derjenigen in § 143 InsO identisch, wenn man als verletztes Vermögensinteresse dasjenige des Gläubigers an der Haftungsverwirklichung seiner Forderung identifiziert. Die Naturalrestitution bestünde hier darin, den weggegebenen Gegenstand der Masse zurückzugewähren, um damit den Quoten(verschlechterungs)schaden zu beseitigen. Der Schaden tritt ein, wenn die Gesamtheit der Gläubiger bei Beginn der Gesamtvollstreckung, also der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nicht zwangsweise auf den Gegenstand zugreifen kann.[246] Zu Unterschieden kommt es seit dem 15.12.2004 auch nicht mehr

---

[244] Vgl. Fn. 26 (S. 12).

[245] RGZ 69, 143 [146 f.]; BGH ZIP 1987, 1062 [1063], *Staudinger/Sack*, BGB § 138 Rz. 166.

[246] Entgegen einer teilweise vertretenen Ansicht (*Jaeger/Lent*, KO vor § 29 V; *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 76;

hinsichtlich der Verjährung. Während bis zu diesem Zeitpunkt nach § 195 BGB der Anspruch aus § 826 BGB in drei Jahren verjährte, trat dies hinsichtlich desjenigen aus § 143 InsO bereits ein Jahr früher ein (§ 146 Abs. 1 InsO i.d.F. bis zum 14.12.2004). Nunmehr gilt auch für die Insolvenzanfechtung die regelmäßige Verjährung von drei Jahren (§ 146 Abs. 1 i.V.m. § 195 BGB).[247] Auch der Verjährungsbeginn bestimmt sich nunmehr gleichermaßen nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB. Ein Unterschied besteht dagegen noch hinsichtlich der Höchstfrist der möglichen Geltendmachung. Beträgt diese für deliktische Ansprüche 30 Jahre von der Begehung der Handlung an, ist sie für die Vorsatzanfechtung auf ca. 20 Jahre[248] begrenzt. Vorteile für die Masse bietet die Haftung aus deliktischer Haftung auch insofern als sie über § 830 BGB auch Ansprüche gegenüber Beteiligten an der Rechtshandlung eröffnet, die nichts aus dieser erlangt haben. Schließlich ist für die deliktischen Anspruchsgrundlagen der besondere Gerichtsstand nach § 32 ZPO eröffnet.

Hieraus folgt zunächst, dass, wie bereits das RG[249] festgestellt hat, die Anfechtungsregeln keine Verbots- bzw. Schutzgesetznormen i.S.d. §§ 134, 823 Abs. 2 BGB darstellen können. § 134 BGB ist lediglich eine Auslegungsregel. Jede Verbotsvorschrift ist darauf zu überprüfen, welche Folgen sie nach ihrer ausdrücklichen Anordnung oder nach ihrem Sinn und Zweck für den Fall ihrer Übertretung vorsieht.[250] Hieraus ergibt sich für die Vorsatzanfechtung, dass diese nicht die Nichtigkeit nach sich ziehen kann, da – ohne dass es der Heranziehung von Sinn und Zweck bedarf - ihre andersartige, zivilrechtliche Rechtsfolge durch § 143 InsO bereits besonders bestimmt ist.[251] Ähnlich wie bei § 134 BGB besteht auch für die Anwendung von § 823

Bindseil, Diss. Jur. (1965) S. 84) wäre ein Deliktsanspruch nicht auf die zur Zeit der Rechtshandlung vorhandenen Gläubiger zu beschränken, sondern würde alle Gläubiger erfassen, die im Zeitpunkt des Haftungszugriffs, d.h. des Insolvenzverfahrens durch die deliktische Handlung nachteilig betroffen sind. Auch setzt etwa § 826 BGB nicht voraus, dass die Vermögensschädigung bereits zum Zeitpunkt der Vornahme der unerlaubten Handlung eintritt. Zur Zeit der sittenwidrigen Handlung muss der Geschädigte ferner noch nicht existiert haben (MünchKomm/*Wagner*, BGB § 830 Rz. 30). Deliktischer Schutz ist also auch den zukünftigen Gläubigern des Schuldners zugänglich.

247 Art. 5 Nr. 2 Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BGBl I, 3214).

248 Zehn Jahre gemäß § 133 Abs. 1 InsO bis zum Antrag, von diesem bis zur Eröffnung, mit welcher der Anspruch entsteht (FK-*Dauernheim*, § 143 Rz. 35), sowie gemäß § 199 Abs. 3 Nr. 1 zehn Jahre von diesem Zeitpunkt an.

249 RGZ 74, 224 [226]. So auch die allgemeine Auffassung in der Literatur: MünchKomm/*Kirchhof*, InsO vor §§ 129 bis 147 Rz. 45, 87; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 129 Rz. 29; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 129 Rz. 39.

250 *Larenz/Wolf*, BGB AT § 40 Rz. 5, 10; *Soergel/Hefermehl*, BGB § 134 Rz. 1, 4.

251 RGZ 74, 224 [226]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO vor §§ 129 bis 147 Rz. 45, 87; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO

Abs. 2 BGB kein Anwendungsbereich, wenn das diese Blankettnorm ausfüllende Schutzgesetz oder eine zu ihm ergangene gesonderte Haftungsnorm an die Verletzung eine Ersatzpflicht knüpft und deshalb dieselben Belange des Geschädigten anderweitig abgesichert sind.[252] § 823 Abs. 2 BGB wird dann im Wege der Gesetzeskonkurrenz verdrängt.[253] Unabhängig vom wohl zu bejahenden Schutzgesetzcharakter der Anfechtungstatbestände, wird eine hieran anknüpfende deliktische Haftung deshalb jedenfalls verdrängt[254], da in § 143 InsO besondere Ersatzpflichten vorgesehen sind.

Im Übrigen ist zu beachten, dass der Gesetzgeber die rechtliche Behandlung der Gläubigerbenachteiligung in den Anfechtungsregeln einer sondergesetzlichen Regel zugeführt und damit ausdrücklich die Eingriffsschwelle bestimmt hat, unterhalb welcher benachteiligende Rechtshandlungen unangreifbar sind.[255] Eine uneingeschränkte Anwendung der o.g., außerhalb des Anfechtungsrechts stehenden Normen würde u.U. diese Schwelle unterschreiten und ferner, aufgrund ihrer jedenfalls in Teilen vorteilhafteren Rechtsfolgen aus Sicht der Masse, die praktische Anwendung gerade der Vorsatzanfechtung weitgehend obsolet machen. Von daher ist es auch insofern zu Recht allgemeine Auffassung[256], dass diese Tatbestände dann nicht anwendbar sein können[257] bzw. durch die §§ 129 ff. InsO sowie das AnfG als *lex specialis* verdrängt werden, wenn sich der Vorgang in der Benachteiligung der Gläubiger erschöpft und dabei die in den Anfechtungsnormen vorgesehene Schwelle entweder unterschreitet oder über diese jedenfalls nicht in einem Umfang hinausgeht, dass eine Anwendung dieser Tatbestände geboten ist. Nur wenn über die von

---

§ 129 Rz. 29.

252 BGHZ 84, 312 [317]; *Staudinger/Hager*, BGB § 823 Rz. G6.

253 RGRK-*Steffen*, BGB § 823 Rz. 536.

254 RGZ 74, 224 [226]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO vor §§ 129 – 147 Rz. 87; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 129 Rz. 39.

255 RG LZ 1917, 257 [258]; BGH NJW 1973, 513.

256 RGZ 56, 229 [230] zu § 241 KO (§ 283c StGB); RG LZ 1917 [257f.]; BGH ZIP 1993, 602 [603]; BGH ZIP 1996, 1475; BGH ZIP 1996, 1178 [1179] zu § 288 StGB; BGH ZIP 1998, 793 [795]; BGHZ 56, 339 [355] zu § 138; BGH ZIP 2000, 238 [243] zu § 826. Allgemein RG LZ 1920, 642; BGH KTS 1958, 184; *Ewald*, AcP 120 (1922), 251 [253 ff.] HK-*Kreft*, InsO § 129 Rz. 74; FK-*Dauernheim* § 129 Rz. 12; *Gerhardt/Kreft*, Insolvenzanfechtung Rz. 164.

257 Solches kommt bei den §§ 138, 826 BGB in Betracht. Der Inhalt der guten Sitten wird sowohl durch rechts - als auch durch sozialethische Prinzipien bestimmt (*Larenz/Wolf*, AT § 41 Rz. 12; 15). Zu den rechtsethischen Prinzipien gehören die einzelnen Vorschriften oder ganzen Rechtskomplexen zu Grunde liegenden gesetzlichen Leitideen (*Larenz/Wolf*, AT § 41 Rz. 14). Indem die in den §§ 130 ff. InsO niedergelegten Grundsätze danach den Inhalt der guten Sitten bestimmen, legen sie auch die Schwelle fest, unterhalb derer ein Sittenverstoß nicht in Betracht kommt.

dem jeweiligen Anfechtungstatbestand geforderten Umstände hinaus erschwerende oder davon verschiedene[258] hinzukommen, ist eine Anwendung der §§ 134, 138 bzw. § 823 Abs. 2, § 826 BGB möglich.

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass die Anfechtungsnormen wegen ihres die Folgen einer Gläubigerbenachteiligung spezialgesetzlich regelnden Charakters durch außerhalb ihrer selbst stehende Tatbestände nicht eingeschränkt werden, sondern umgekehrt jene eine Einschränkung durch diese erfahren. Für das Verständnis der Vorsatzanfechtung können diese Tatbestände daher unberücksichtigt bleiben. Die Frage des Anwendungsbereiches jener Tatbestände in Konkurrenz zur Anfechtung, insbesondere zur Vorsatzanfechtung soll in dieser Arbeit nicht näher behandelt. Insofern ist auf die, sich ausschließlich diesem Thema widmenden Arbeiten von *Godbersen*[259] sowie *Bindseil*[260] zu verweisen.

---

258 Auf solche Umstände beschränkend *Bindseil*, Diss. Jur. (1965) S. 73: § 138 BGB sei anzuwenden, wenn bei Wegdenken der Benachteiligungsabsicht die restlichen Umstände das Rechtsgeschäft als insgesamt sittenwidrig erscheinen lassen. Ebenso *Huhn/Bayer*, ZIP 2003, 1965 [1966]. Wohl auch *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 74.

259 Das Verhältnis der §§ 138 Abs. 1, 826 BGB zu den Vorschriften über die Gläubigeranfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses, besonders im Hinblick auf die Behandlung der Sicherungsübertragungen; Diss. Jur. Goettingen 1968.

260 Die Absichtsanfechtung außerhalb und innerhalb des Konkurses im Verhältnis zu den §§ 138 I, 823, 826 BGB; Diss. Jur. Heidelberg 1965. Vgl. a. *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 54 ff.

VIII. DIE AUSLEGUNG DES TATBESTANDS IN § 133 ABS. 1 INSO

Im Folgenden sollen zunächst die Tatbestandsmerkmale in § 133 Abs. 1 InsO allgemein ausgelegt werden. Zu beachten ist jedoch, dass sich die Anwendung des mit dem Merkmal des Vorsatzes und der Kenntnis weitgehend auf innere Vorstellungen bei Schuldner und Anfechtungsgegners abstellenden und damit nur unbestimmt zu erfassenden Tatbestands in der Rechtspraxis als schwierig erweist. In der praktischen Anwendung haben sich deswegen Fallgruppen herausgebildet, in welchen Rechtsprechung und Literatur bei Vorliegen bestimmter objektiver Umstände eine Anfechtbarkeit bejahen oder diese verneinen. Diesen Fallgruppen wird in einem besonderen Abschnitt nachgegangen (s. Punkt X (S. 106 ff.)).

A. Rechtshandlung des Schuldners

Der Begriff der Rechtshandlung entspricht demjenigen in § 129 InsO. Allerdings genügt es für § 133 InsO nicht, dass der Anfechtungsgegner oder ein Dritter die Rechtshandlung vorgenommen hat, vielmehr muss es sich um eine solche des Schuldners handeln. Dies erfordert nicht, dass auch die Initiative zu dem die Gläubigerbenachteiligung herbeiführenden Vorgang von dem Schuldner ausgehen muss. Vielmehr reicht es auch aus, wenn der Gläubiger den Schuldner zu dessen Rechtshandlung veranlasst.[261]

1. Vollstreckungshandlungen

a) Vollstreckungshandlung und Rechtshandlung des Schuldners

Gerade in Zusammenhang mit Vollstreckungshandlungen ist es fraglich, ob eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegt. Zwar ist grundsätzlich, wie aus § 141 InsO folgt, die Anfechtung bei Vollstreckungshandlungen nicht von vornherein ausgeschlossen. § 141 InsO besagt jedoch nicht zugleich, dass solche Handlungen als diejenigen des Schuldners anzusehen sind.[262] Die bei der Vollstreckung, also dem die zwangsweise Befriedigung des Gläubigers herbeiführenden Vorgang handelnde Person ist nicht der Schuldner, sondern sind die staatlichen Vollstreckungsorgane und der Gläubiger, der durch seinen Antrag das Vollstreckungsverfahren in Gang

---

[261] BGH ZIP 2005, 494 [496].

[262] RGZ 69, 163 [165] zu § 6 AnfG a.F. (§ 10 AnfG); *Germann*, Diss. Jur. (1968) S. 108 f.; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 141 Rz. 3. Anders wohl die Motive KO S. 120 zu § 35 KO; hiergegen aber Protokolle KO S. 21.

bringt. Der Schuldner ist zwar auch Partei des Verfahrens, allerdings ist seine Position eine duldende[263] und nicht eine aktive, sondern nach Maßgabe der schuldnerschützenden Vorschriften lediglich eine reaktive.

Dass Vollstreckungshandlungen grundsätzlich nicht als Rechtshandlungen des Schuldners im Sinne der Anfechtung anzusehen sind[264], wird auch durch das Gesetzgebungsverfahren zur KO bestätigt. In diesem wurden aus dem Entwurf zur Deckungsanfechtung in § 23 Nr. 1 2. Halbsatz[265] sowie in § 23 Nr. 2[266] die auf das Erfordernis eines Handelns des Schuldners hinweisenden Textteile gestrichen bzw. ersetzt, um Vollstreckungshandlungen der Anfechtung nach dieser Norm zu unterwerfen.[267] Der Gesetzgeber zur KO ging also offensichtlich davon aus, dass eine Rechtshandlung des Schuldners nicht in einer Vollstreckungshandlung als solcher liegen könne.[268]

b) Anfechtung auch ohne Rechtshandlung des Schuldners?

Neuerdings vertreten *Kreft*[269] und *Rendels*[270] besonders im Zusammenhang mit Vollstreckungshandlungen die Auffassung, dass auf eine Rechtshandlung des Schuldners verzichtet werden könne. Ausreichend sei es auch, wenn wie etwa bei einer gewöhnlichen Vollstreckung, lediglich eine Rechtshandlung des Gläubigers vorläge. Hiergegen steht die bisher allgemeine Auffassung, nach welcher es gerade nicht ge-

---

263 BGH WM 1965, 14 [15].

264 BGH ZIP 2005, 494 [495f]; BGH ZIP 2004, 1619 (AnfG); BGH ZIP 2003, 1900 [1901]; BGH ZIP 2003, 1506 [1507]; BGH ZIP 1986, 926; BGH WM 1959, 891 [893]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 9; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. Rz. 21.79; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 133 Rz. 8; *Braun/de Bra*, InsO § 133 Rz. 6f.; *Gottwald/Huber*, InsOHdb. § 48 Rz. 4; *Kilger/K. Schmidt*, InsolvenzG § 31 Anm. 3; *Jaeger/Henckel*, KO § 29 Rz. 12, § 31 Rz. 2; *Rebmann*, Diss. Jur. (2003) S. 24ff.; a.A. *Marotzke* ZZP 105 (1992), 451 [452]; wohl auch *Kreft* KTS 2004, 205 [219].

265 „... *sowie die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag von ihm an einen Konkursgläubiger vorgenommenen Leistungen* ...“.

266 „... *die nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag...vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldschuldners* ...“.

267 Protokolle KO S. 21; vgl. hierzu auch BGH ZIP 2005, 494 [495]; BGH ZIP 1997, 1929; RGZ 3, 395 [397f.]; RGZ 2, 394 [376f.].

268 Damit wurde in den Lesungen zum Entwurf auch den Ansichten der Motive KO (S. 120) entgegengetreten, die zugrundegelegt hatten, dass jede im Wege der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher oder das Gericht bewirkte Leistung des Schuldnervermögen als in dessen Vertretung erfolgt anzusehen sei (vgl. hierzu auch *Jaeger*, AnfG § 1 Rz. 48). Dies übersehen sowohl *Marotzke* (ZZP 105 (1992), 451 [452]) als auch *Kreft* (KTS 2004, 205 [219]).

269 KTS 2004, 205 [218]; offenbar abschwächend nunmehr in DStR 2005, 1192 [1195].

270 ZIP 2004, 1289 [1293].

nügt, dass der Schuldner, sei es auch unter deren Billigung, die Vollstreckung einfach über sich ergehen lässt, ohne eine diese fördernde Handlung vorzunehmen oder eine diese hindernde Handlung zu unterlassen.[271]

Gegen die vorgenannte Auffassung von *Kreft* und *Rendels* spricht zunächst der Wortlaut des § 133 Abs. 1 InsO, der auf eine Rechtshandlung des Schuldners und nicht auf eine solche des Gläubigers abstellt.[272] Das Tatbestandsmerkmal „Rechtshandlung des Schuldners" steht nicht bezugslos neben den anderen in § 133 InsO genannten Merkmalen. Es ist gerade die Verknüpfung von Rechtshandlung und Vorsatz, die dem Tatbestand seine Rechtfertigung für den Eingriff in eine sonst zivilrechtlich nicht zu beanstandende Rechtsposition verleiht. Die Rechtshandlung verwirklicht den Vorsatz des Schuldners und damit tritt der Vorsatz auf Motivebene neben die für die Rechtshandlung bereits erforderliche Willensbetätigung. Handelt der Schuldner nicht, kann er auch keinen Vorsatz mit seiner Handlung verbinden; das Vorliegen des subjektiven Momentes ohne seine Umsetzung durch sein Handeln ist anfechtungsrechtlich deswegen nicht relevant.[273] Deswegen war es etwa konsequent, dass der BGH[274] für § 30 Nr. 2 InsO auf die tatbestandlich an sich erforderliche Begünstigungsabsicht des Schuldners verzichtet hat, wenn es um die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ging und der Schuldner bei der Deckungshandlung in keiner Weise mitgewirkt hat. Schließlich ist auch deshalb die Handlung des Schuldners erforderlich, weil sich gerade aus dessen Verhältnis zu den Gläubigern, dem Schuldverhältnis, die Pflicht herleitet, deren Haftungsverwirklichungsinteresse nicht in sozialinadäquater Weise zu beeinträchtigen.

Auch vermag das Argument von *Kreft*[275] nicht zu überzeugen, die Anknüpfung der Anfechtung an ein Schuldnerhandeln sei deswegen entbehrlich, weil der Anfechtungsgrund der Vorsatzanfechtung nach Inkrafttreten der InsO nicht mehr in einer, im gemeinrechtlichen Sinne betrügerischer Handlung des Schuldners läge. Nach der Amtl. Begr. InsO[276] sollten die materiellen Voraussetzungen, so wie sie unter der KO bestanden, beibehalten werden, abgesehen von den ausdrücklich in der Begründung diskutierten Aspekten. Auch die Vorsatzanfechtung steht danach in der Tradition der *actio pauliana*, woraus jedenfalls zu folgern ist, dass es das Verhältnis zwischen

---

271 *Jaeger*, KO § 31 Anm. 1; *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1685]. Vgl. a. RGZ 69, 163 [165].

272 Vgl. a. *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1685].

273 Vgl. *Jaeger/Henckel*, KO § 30 Rz. 239.

274 ZIP 1995, 293 [294 f.]; ZIP 2005, 585 [587]; vgl. bereits RGZ 2, 374 [377].

275 KTS 2004, 205 [218f.].

276 S. 160.

Schuldnern und Gläubigern ist, aus welchem die Anfechtung folgt. Offen bleibt in der Argumentation von *Kreft* auch, worin, wenn nicht in dem Handeln des Schuldners, die Anfechtung als Eingriff in die Privatautonomie und das Eigentumsrecht nach Art. 14 sonst ihre Rechtfertigung finden soll.[277] Allein das Interesse an einer wirkungsvollen Anfechtung[278] kann dafür nicht genügen.

Entgegen *Rendels*[279] lässt sich eine wortlautkonforme Auslegung nicht über § 129 Abs. 2 InsO herleiten. Danach ist zwar das Unterlassen einer Rechtshandlung gleichgestellt. Allerdings muss auch dieses Unterlassen dergestalt sein, dass es kausal für die eingetretene Gläubigerbenachteiligung wird.[280] Anders kann man auch formulieren, dass die eingetretene Benachteiligung unterblieben sein müsste, wenn der Schuldner die gebotene Rechtshandlung vorgenommen hätte. Nicht „jede", sei sie auch mit dem Vorsatz der Benachteiligung verbundene Passivität[281] kann folglich genügen, um sich als Rechtshandlung des Schuldners i.S.v. § 133 Abs. 1 InsO darzustellen. Von daher ist es auch nicht überzeugend, wenn man für die anfechtungsrechtliche Betrachtung manche Vollstreckungsakte einer Rechtshandlung des Schuldners gleichstellt.[282] So etwa wegen § 804 Abs. 2 ZPO das Pfändungspfandrecht einem Vertragspfandrecht und wegen § 815 Abs. 3 ZPO die Geldwegnahme durch den Gerichtsvollzieher einer Schuldnerzahlung. Denn hierbei kann es sich nur um eine Fiktion handeln, die als Bezugspunkt des Vorsatzes ungeeignet ist.

Es ist auch nicht möglich, § 133 InsO analog anzuwenden und es genügen zu lassen, wenn der Gläubiger mit dem an sich beim Schuldner erforderlichen Vorsatz die Rechtshandlung vornimmt, ohne dass es auf eine irgendwie geartete Mitwirkung des Schuldners ankommt[283]. Die ausdrückliche Empfehlung von *Marotzke*[284] an den InsO-Gesetzgeber, alternativ einen Benachteiligungsvorsatz beim Gläubiger für ausreichend zu erachten, wurde von diesem ersichtlich nicht aufgegriffen. Die o.g. Pflicht des Schuldners folgt ja gerade aus dem Schuldverhältnis, gilt also nicht im Verhältnis der Gläubiger untereinander. Der Gläubiger ist außerhalb der durch die §§ 88, 130, 131 InsO definierten Vorverlagerung des *par conditio creditorum* nicht daran gehindert seine Rechte durchzusetzen, selbst wenn er damit rechnen muss, dass

---

277 I.E. ebenso *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185 [187f.].

278 *Kreft*, KTS 2004, 205 [219].

279 ZIP 2004, 1289 [1293].

280 Vgl. Amtl. Begr. InsO S. 157; FK-*Dauernheim*, InsO § 129 Rz. 26.

281 *Rendels*, ZIP 2004, 1289 [1293].

282 So *Rendels*, ZIP 2003, 1289 [1293].

283 So *Kreft*, KTS 2004, 205 [219], bereits zur KO *Marotzke*, ZZP 105 (1992), 451 [453].

284 ZZP 105 (1992), 451 [453].

hierdurch seine Mitgläubiger zwangsläufig benachteiligt werden.[285] Hierauf ist im Zusammenhang mit der Frage zurückzukommen, unter welchen Umständen solche, eine Vollstreckungsmaßnahme begleitenden Rechtshandlungen des Schuldners angefochten werden können (s.u. Punkt X.B.2 (S. 130)).

Schließlich lässt sich, entgegen der Ansicht von *Kreft*[286], auch nicht die Rechtsprechung des BGH zu § 10 GesO übertragen. Nach dieser, die Anfechtung nach der GesO allein regelnden Norm waren nur Rechtshandlungen des Schuldners anfechtbar. Hierunter hat der BGH[287] auch Gläubigerhandlungen, insbesondere Vollstreckungshandlungen gefasst. Diese, durch die mangelnde Regelungsdichte der GesO veranlasste[288] Erweiterung war nach der Entscheidung jedoch beschränkt auf § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO, welcher die besondere Insolvenzanfechtung regelte. § 10 Abs. 1 bis 3 GesO (§§ 133, 134 InsO) sind demgegenüber ausdrücklich ausgenommen. Aus den gleichen Gründen steht es nicht entgegen, dass der BGH in der in Fn. 274 (S. 65) bereits genannten Entscheidung die Rechtshandlung des Schuldners für verzichtbar gehalten hat.

c) Fallgruppen

Rechtsprechung und Lehre haben bereits frühzeitig Fälle anerkannt, in denen auch bei Vollstreckungshandlungen eine Vorsatzanfechtung eröffnet sein kann. Solches käme etwa in Betracht, wenn die Vollstreckungshandlungen nach Lage des Falles als vom Schuldner bewirkte Handlungen angesehen werden könnten.[289] Dies träfe zu, wenn die Vollstreckungshandlung in kollusivem Einverständnis des Schuldners mit dem Gläubiger zustande gebracht werde, ohne dass es hierfür einer ausdrücklichen Abrede zwischen beiden bedürfe.[290] Die weiteren einschlägigen Fallgruppen sollen im Folgenden näher untersucht werden.

---

285 Ebenso *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185 [188].

286 KTS 2004, 205 [216].

287 ZIP 2000, 364 [365].

288 BGH ZIP 2000, 354 [366].

289 RGZ 47, 223 [224 f.]; RGZ 69, 163 [164]; RG WarnR 1916 Nr. 299; BGH WM 1965, 14 [15]. Kritisch *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.79: Nach seiner Auffassung handelt es sich hierbei nur um eine Notlösung. Da eigentlich jede vorsätzliche Verletzung der insolvenzrechtlichen Haftungsordnung gleichermaßen anfechtungswürdig erscheine, hätte der InsO-Gesetzgeber eine Anfechtung erlauben sollen, unabhängig davon, von wem die Handlung ausgehe. Hiergegen ist jedoch anzumerken, dass dann die „Vorsatzanfechtung“ auch hinsichlich ihres Grundes anders- und neuartig hätte entwickelt werden müssen.

290 RGZ 47, 223 [224 f.]; RG JW 1914, 106 [107]; RGZ 69, 163 [164]; *Jaeger*, KO § 31 Anm. 1. Ebenso

(a) Zahlungen zur Abwendung der Zwangsvollstreckung

Bisher ging die Rechtsprechung allgemein davon aus, dass eine Rechtshandlung des Schuldners vorliege, wenn dieser zur Abwendung einer drohenden Vollstreckung leistet, es also nicht einmal mehr zu einem Vollstreckungszugriff durch den Gläubiger kommt.[291] In einer neueren Entscheidung[292] hat der BGH dies nunmehr dahingehend präzisiert, dass eine Rechtshandlung des Schuldners ausscheide, wenn dieser nur noch die Wahl habe, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch die bereits anwesende Vollziehungsperson zu dulden.[293] In solch einem Fall sei die Möglichkeit des Schuldners zu selbstbestimmtem Handeln ausgeschaltet.

Auch dieser letztgenannten Entscheidung ist zuzustimmen, wobei sich das Ergebnis durch insbesondere im Strafrecht gewonnene Erkenntnisse weiter untermauern lässt. Zwar ist auch in dem vom BGH diskutierten Fall zunächst eine „Handlung" anzunehmen. Eine solche wird nämlich nur dann ausgeschlossen, wenn Bewegungen unter dem Einfluss von absoluter Gewalt („*vis absoluta*") vorgenommen werden oder ein sonstiges nicht vom Menschen beherrschbares Tun vorliegt.[294] Das durch *vis compulsiva* hervorgerufene Tun stellt demgegenüber eine Handlung im delikts- und strafrechtlichen Sinne dar, von dem abzuweichen an dieser Stelle kein Anlass besteht. Allerdings ist es vertretbar, hier ein vermögensbezogenes Handeln im Sinne des § 133 Abs. 1 InsO zu verneinen. Denn dieses erfordert, dass sich der Schuldner *willentlich* gegen das Recht der Gläubiger auf Haftungsverwirklichung entscheidet. Davon ist dann nicht mehr auszugehen, wenn die Einwirkung des Schuldners auf den die Benachteiligung bewirkenden Vorgang als unwesentlich erscheint. Dann ist

---

Jaeger/Henckel, KO § 31 Rz. 2, wobei es nach seinen Ausführungen in den in Punkt VIII.A.1.c)(c) (S. 72) genannten Fällen offenbar nicht auf das vom RG allgemein vorangestellte kollusive Zusammenwirken ankommt. Vgl.a. RG WarnR 1916 Nr. 70.

291 BGH ZIP 2003, 1506 [1507]; OLG Dresden ZIP 2003, 1716 [1717].

292 ZIP 2005, 494 [497]; anders noch BGH ZIP 2003, 1506 [1507]. Vgl. a. bereits *Riehl*, GruchotsBeitr. 53 (1909), 161 [213]: „*Wer einen ernstlich andrängenden, mit einem Vollstreckungstitel versehenen Gläubiger befriedigt, von dem zu erwarten steht, dass er sich dasjenige, was ihm freiwillig gewährt worden ist, durch unverzüglichen Zwangszugriff besorgt hätte, ist vom Vorwurf der Absicht frei*".

293 Dabei handelt es sich eigentlich um ein *obiter dicta*, denn in dem zur Entscheidung stehenden Fall wurde die Vollziehung einer Kontopfändung unter Widerrufsvorbehalt ausgesetzt, damit der Schuldner die Zahlung von dem Konto durch Überweisung vornehmen konnte. Die Zahlung war, wie der BGH zutreffend ausführt (a.a.O. S. 498), jedenfalls deswegen nicht anfechtbar, weil aufgrund des zuvor nicht anfechtbar begründeten Pfandrechts eine Benachteiligung ausschied. Soweit hieran anschließend das OLG Frankfurt (ZInsO 2005, 1110 [1111]) auch dann keine Rechtshandlung annehmen möchte, wenn nur die Zwangsvollstreckung eingeleitet ist und der Schuldner per Überweisung zahlt, dürfte dies zu weitgehend sein.

294 *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT Rz. 95 ff.; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT II § 75 II 1a) (S. 361).

auch eine Ausnahme von dem Grundsatz gerechtfertigt, dass an sich hypothetische Kausalverläufe, also hier der Zugriff des Vollstreckungsbeamten, unberücksichtigt bleiben (vgl. a. Punkt B.2 (S. 77)). Insofern kann auch eine Parallele gezogen werden zu dem im Strafrecht bestehenden Problem der Abgrenzung zwischen Erpressung und Diebstahl bzw. Räuberischer Erpressung und Raub. Diesbezüglich nimmt bekanntermaßen die Literatur entgegen der Rechtsprechung an, dass das Opfer eine Vermögensverfügung vornehmen müsse, um eine (Räuberische) Erpressung anzunehmen.[295] Eine solche liegt aber dann nicht mehr vor, wenn die vom Täter ausgeübte *vis compulsiva* dergestalt sei, dass aus Sicht des Opfers die Sache so oder so verloren sei; hier liege mangels durchhaltbarer Verhaltensalternative trotz äußerer Herausgabe keine Wegnahme vor.[296]

(b) Schaffen der Vollstreckungsvoraussetzungen durch Vornahme oder Unterlassung einer Prozesshandlung

Vollstreckungshandlungen seien ferner anfechtbar, wenn der Schuldner dem Anfechtungsgegner vorzeitig, sei es durch Unterlassen oder durch Vornahme einer Prozesshandlung, zu einem Vollstreckungstitel, besonders zu einer vollstreckbaren Urkunde, einem Versäumnis- oder Anerkenntnisurteil verhelfe.[297] Durch dieses Verhalten schaffe der Schuldner eine notwendige Voraussetzung für eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung, was genüge, um die Vollstreckung also solche[298] oder zumindest den mehrere Ereignisse einschließenden Benachteiligungsvorgang[299] als seine Rechtshandlung ansehen zu können. Die Beteiligung des Schuldners, also etwa die Schaffung des Vollstreckungstitels, oder der Zwangszugriff des Gläubigers seien als solche demgegenüber nicht selbstständig anfechtbar.[300]

---

295 „Verfügungstheorie“, vgl. nur *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2 Rz. 731.

296 *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1 § 42 Rz. 39; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2 Rz. 731. Erinnert sei hierbei an den Fall des falschen Kriminalbeamten, der eine Sache „beschlagnahmt“.

297 RGZ 47, 223 [225]; BGH WM 1965, 14 [15]. *Jaeger*, AnfG § 1 Rz. 48.

298 RGZ 47, 223 [225]; RG GruchotsBeitr. 50 (1906), 1140 [1144 f.]; RGZ 69, 163 [164]; RG JW 1906, 179; RG WarnR 1916 Nr. 299; RGZ 126, 304 [307]; BGH ZIP 2000, 238 [243]; BGH WM 1965, 14 [15].

299 So *Jaeger*, AnfG § 1 Rz. 48. Diese in der Herleitung abweichende Auffassung *Jaegers* (vgl. hierzu ausführlich *Germann*, Diss. Jur. (1968) S. 115 ff.) führt jedoch zu keinen unterschiedlichen Ergebnissen, da die allein auf die Vollstreckung abstellende Rechtsprechung für den Zeitpunkt des Vorsatzes des Schuldners nicht auf die lediglich zugerechnete Vollstreckungshandlung, sondern ebenfalls auf die eigentlichen Handlung des Schuldners abstellt (vgl. besonders RGZ 47, 223 [225]).

300 RGZ 47, 223 [225]; RG WarnR 1916 Nr. 299.

Dies vermag dergestalt nicht zu überzeugen. Die Vollstreckungsunterwerfung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO), das Nichterscheinen (§ 331 ZPO) und das Unterlassen des Einspruchs (§ 338 ZPO) oder das Anerkenntnis (§ 307 ZPO) sind ohne Zweifel Rechtshandlungen des Schuldners. Selbst wenn man davon ausgeht[301], dass sie ohne die nachfolgende Vollstreckung noch keine gläubigerbenachteiligenden Folgen haben, heißt dies doch nur, dass eine weitere nach § 129 InsO erforderliche Voraussetzung hinzutreten muss, um die Anfechtung der Prozesshandlung zu begründen.[302] Der Gesamtvorgang führt also danach zur Anfechtbarkeit der Rechtshandlung, nicht aber stellt er selbst erst die anfechtbare Rechtshandlung dar.[303]

Auch erweist sich die Annahme[304], dass die Prozesshandlung ohne Vollstreckung keine gläubigerbenachteiligenden Folgen haben kann, als nicht überzeugend. Denn diese zeitigt in Verbindung mit den darauf unmittelbar folgenden verfahrensrechtlichen Schritten (Beurkundung, Urteilserlass) bereits die Gläubiger benachteiligende Folgen, ohne dass es zu einer Vollstreckung kommen muss. So bewirkt die Vollstreckungsunterwerfung, dass die Verjährungsfrist des beurkundeten Anspruchs um 30 Jahre verlängert wird (§ 197 Nr. 4 BGB)[305]. Wird ohne vorhergehende Einzelvollstreckung das Insolvenzverfahren eröffnet, kann der Verwalter die Verjährungseinrede hinsichtlich einer ohne die Unterwerfungserklärung bereits vor Eröffnung verjährten Forderung geltend machen, wenn man diese als selbstständig anfechtbar ansieht. Im Falle des Versäumnis- bzw. des Anerkenntnisurteils kommt hinzu, dass dieses die materielle Rechtskraft bzgl. des titulierten Anspruchs zur Folge hat.[306] Der Anspruch also im Forderungsfeststellungsverfahren (§ 178 ff. InsO) nur noch einer ein-

---

301 So RG WarnR 1916 Nr. 299; *Kilger/K.Schmidt*, InsolvenzG § 35 KO Anm. 2; *Germann*, Diss. Jur. (1968) S. 106.

302 Auch die Motive KO (S. 132) scheinen davon auszugehen, dass es nicht der Vollstreckungshandlung bedarf, um die Prozesshandlung als anfechtbare Rechtshandlung zu sehen. Denn es wird ausdrücklich betont, dass die betrügliche Handlung auch innerhalb eines Rechtsstreits erfolgen könne. Die Motive grenzen sich dabei ausdrücklich gegenüber der Preuss. KO ab, die in § 103 Nr. 2 vorsah, dass der Anfechtung unterliegen würden „*gegen den Schuldner ergangenen Entscheidungen und Mandate, sowie die aufgrund solcher Titel vorgenommenen Rechtshandlungen, wenn dabei Umstände zum Grunde liegen, bei welchen eine … Absicht erhellt*". Nach den Motiven KO könne es nicht zweckmäßig sein, dass die rechtskräftige Entscheidung den Gegenstand der Anfechtung bilde, sondern nur die Rechtshandlungen der Parteien, auf Grund deren das Urteil ergangen ist.

303 *Germann*, Diss. Jur. (1968) S. 114 f.

304 S. Fn. 301 (S. 70).

305 Hierzu MünchKomm/*Wolfsteiner*, ZPO § 794 Rz. 276.

306 Ob die Titel der materiellen Rechtslage entsprachen, war etwa zweifelhaft in den Entscheidungen RG GruchotsBeitr. 50 (1906), 1140; RGZ 69, 163; BGH WM 1965, 14 [15].

geschränkten Prüfung zugänglich ist.[307] Auch hier wäre die Durchbrechung der Rechtskraft für den Verwalter nicht möglich, wenn man die zu dem Titel führende Prozesshandlung bzw. deren Unterlassen nicht als selbstständig anfechtbar ansieht.[308] Die Beseitigung der vorgenannten gläubigerbenachteiligenden Wirkungen muss auch ohne Vollstreckung möglich sein. Auch wenn eine solche erfolgt, kann weiterhin für die Frage der Rechtshandlung auf die Prozesshandlung abgestellt werden. Mit der Anfechtung der Prozesshandlung sind nämlich nach § 143 Abs. 1 InsO deren materiell-rechtliche, gläubigerbenachteiligende Wirkungen zu beseitigen[309], d.h. der Gläubiger muss das durch die Vollstreckung Erlangte zurückgewähren.[310]

Entgegen der Auffassung von *Rendels*[311] eignet sich die unterlassene Antragsstellung ab Eintritt der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO) nicht als anfechtbare Rechtshandlung im vorbezeichneten Sinne.[312] Selbst wenn der Schuldner wegen Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zur Antragstellung verpflichtet ist (§ 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG)[313], führt es nicht zu einem unlösbaren Wertungswiderspruch, dass einerseits die Rechtsordnung eine solche Unterlassung sanktioniert, andererseits dem Gläubiger hierdurch wegen des zeitlichen Hinausschiebens des Eingreifens der §§ 88, 130, 131 InsO der „sichere Hafen" des § 133 InsO eröffnet wird. Die an die Verletzung der § 64 Abs. 1 GmbHG u.a. geknüpften Sanktionen richten sich gegen die Organe des Schuldners, nicht aber gegen dessen Gläubiger. So verpflichtet etwa § 64 Abs. 2 GmbHG nicht den Gläubiger, der die Zahlung erhalten hat, zur Rückzahlung, sondern das Organ zum Ersatz. Weiterhin spricht hiergegen, dass es am Ursachenzusammenhang zwischen Unterlassen und Gläubiger-

---

307 Demgegenüber ist die vollstreckbare Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO nicht mit materieller Rechtskraft ausgestattet (MünchKomm/*Wolfsteiner*, ZPO § 797 Rz. 40).

308 Gleiches gilt für den Fall, dass der Gläubiger mit einer nichtbestehenden, aber mit Benachteiligungsvorsatz titulierten Forderung aufrechnet. Auf Grundlage der hier abgelehnten Auffassung wäre eine Anfechtung nur möglich, wenn man die Aufrechnung gleichsam als Vollstreckung sehen würde. Diesen Weg hat das RG (GruchotsBeitr. 50 (1906), 1122 [1125]) aber in einem solchem Fall nicht beschritten, sondern hat als Gegenstand der Anfechtung die zum Titel führenden Prozesshandlungen bezeichnet.

309 *Jaeger/Henckel*, KO § 37 Rz. 63; FK-*Dauernheim*, InsO § 143 Rz. 13.

310 *Germann*, Diss. Jur. (1968) S. 120 f.

311 ZIP 2004, 1289 [1294 ff]. So wohl auch *Kübler*, FS f. Greiner (2005) S. 159 [161].

312 Wie hier *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1686]. Ebenso nun auch BGH ZIP 2005, 494 [498]; zustimmend *Eckardt*, EWiR 2005, 607 [608].

313 Dass *Rendels* (ZIP 2004, 2085 [2086]) in den Fällen, in denen keine Insolvenzantragspflicht besteht, die unterlassene Antragstellung mit § 133 InsO erfassen will, wenn sich der Insolvenzschuldner bei drohender Zahlungsunfähigkeit nicht mit einem Sanierungskonzept befasst und planlos weiterwirtschaftet, läuft auf die Konstruktion einer solchen Pflicht contra legem hinaus.

benachteiligung fehlt.[314] Die unterlassene Antragstellung bewirkt nicht, dass es zu einer Gläubigerbenachteiligung kommt, sondern hat zur Folge, dass die unabhängig vom Unterlassen eintretende Gläubigerbenachteiligung in der Insolvenz nicht angreifbar ist. Damit geht es aber in der Überlegung von *Rendels* gar nicht mehr um eine Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand als vielmehr um einen dem Gesetzgeber vorbehaltenen Eingriff in den Tatbestand selbst.[315] Letzterer hat die Rückrechnung der Fristen in §§ 88, 129 ff. InsO an die Antragstellung und eben nicht an das Vorliegen der Insolvenzreife geknüpft.[316] Dadurch entsteht auch keine für den Schutz der Masse unerträgliche Rechtsschutzlücke. Gehen Schuldner und Gläubiger beim Verzögern der Antragstellung in bewusstem Zusammenwirken vor, haftet der Gläubiger zumeist sowohl nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG bzw. § 401 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AktG als auch nach § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung.[317]

(c) Unterlassen von erfolgversprechenden Rechtsbehelfen gegen die Zwangsvollstreckung

Eine Anfechtung kommt ferner in Betracht, wenn der Schuldner einen Rechtsbehelf gegen eine -rechtswidrige[318]- Zwangsvollstreckungsmaßnahme unterlässt[319], etwa trotz der fehlenden Vollstreckungsklausel keine Vollstreckungserinnerung einlegt. Auch insofern kann nichts anderes gelten wie zuvor beschrieben. Zwar kann hier die Unterlassung außerhalb der Vollstreckung keine gläubigerbenachteiligenden Folgen haben, allerdings schließt dies nicht aus, diese Unterlassung als Rechtshandlung anzusehen, welche erst durch die erfolgreiche Vollstreckung gläubigerbenachteiligende Folgen zeitigt und damit anfechtbar wird. Die Fiktion der Vollstreckungshandlung als Rechtshandlung des Schuldners ist danach auch an dieser Stelle nicht erforderlich.

---

314 Ebenso BGH ZIP 2005, 494 [498].

315 Eine solche Auslegung *contra legem* kann entgegen der von *Rendels* wiederholt geäußerten Ansicht (vgl. ZIP 2004, 2085) auch nicht mit der allgemeinen Erwägung des InsO-Gesetzgebers gerechtfertigt werden, dass mit der InsO die Massearmut unter der KO beseitigt werden sollte.

316 Hauptgrund hierfür war insbesondere die einfachere Feststellbarkeit als bei der Zahlungsunfähigkeit (vgl. Amtl. Begr. InsO S. 156).

317 BGH ZIP 2005, 494 [498].

318 Nicht genügend ist es also, wenn der Schuldner nur das Einlegen eines aussichtslosen Rechtsbehelfs unterlassen hat. Hier fehlt es an der Gläubigerbenachteiligung (vgl. *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1685]).

319 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 9.

(d) Förderung der Vollstreckung durch tatsächliches Verhalten

Schließlich kann der Schuldner der Vollstreckung auch durch tatsächliches Verhalten zum Erfolg verhelfen. So, wenn er den Gläubiger von bevorstehenden Pfändungen seitens anderer Gläubiger benachrichtigt mit der Aufforderung, diesen zuvorzukommen, er Pfandgegenstände verheimlicht, um sie für den Vollstreckungszugriff des begünstigten Gläubigers bereit zu halten[320] oder ihm eine Mitteilung über mögliche Drittschuldner macht[321]. In all diesen Fällen liegt im Verhalten des Schuldners als solches keine Rechtshandlung im Sinne von § 129 InsO, da zwar eine Willensbetätigung vorliegt, diese jedoch unmittelbar keine Rechtswirkungen zur Folge hat.

Allerdings würde es zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, wenn man in solchen Fällen eine Anfechtung nach § 133 InsO von vornherein ausscheiden würde. Denn wertungsmäßig kann es keinen Unterschied machen, ob der Schuldner den Gläubiger persönlich befriedigt bzw. sichert oder ob dies ohne sein rechtliches, wohl aber durch sein tatsächliches Handeln gefördert, vermittelt durch einen Dritten, das Vollstreckungsorgan geschieht. Verhält sich der Schuldner in dieser Weise, verlässt er seine sonst im Vollstreckungsverfahren bestehende duldende Position, sodass hier nicht mehr von einer *Zwangs*vollstreckung, sondern nur noch von einer über einen Umweg erfolgenden freiwilligen Deckungshandlung des Schuldners die Rede sein kann.[322]

Rechtsprechung und Lehre behelfen sich auch in diesen Fällen damit, die Vollstreckungshandlung dem Schuldner zuzurechnen und damit als anfechtbare Rechtshandlung im Sinne von § 133 InsO anzusehen[323]. Eine solche Fiktion hat als Argument für sich, dass sie in diesen Fällen ohne Abkehr vom Wortlaut des § 133 InsO eine Anfechtung ermöglicht. Allerdings spricht gegen sie, dass sich eine solche Fiktion nicht als notwendiger Bezugspunkt des Vorsatzes eignet. Denn nicht die Gesinnung des Schuldners, sondern die Verbindung des Vorsatzes mit der Vornahme einer bestimmten Handlung bildet den Grund der Anfechtung. Als Handlung anfechtbar kann danach hier nur das tatsächliche Verhalten des Schuldners sein. Man sollte deshalb im Wege einer analogen Anwendung des § 133 InsO in solchen Fällen auf das Erfordernis einer Rechtshandlung des Schuldners verzichten

---

320 RGZ 47, 223 [225]; BGH WM 1965, 14 [15]; *OLG Naumburg* LZ 1913, 324 [326 f.]; *Jaeger*, AnfG § 1 Rz. 48; *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 2; FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 6; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 9.

321 Etwa OLG Naumburg LZ 1913, 324 [326 f.].

322 Vgl. RGZ 47, 223 [225]; OLG Naumburg LZ 1913, 324 [326].

323 OLG Naumburg LZ 1913, 324 [326].

und es genügen lassen, dass der die Gläubigerbenachteiligung durch einen Eingriff in die rechtliche Güterzuordnung herbeiführende Vorgang von einem Dritten, dem Vollstreckungsorgan vorgenommen wird.

2. Leistungen eines Drittschuldners

Auch dann, wenn ein Drittschuldner eine Forderung des Schuldners befriedigt, ist es fraglich, ob hier eine der Anfechtung nach § 133 InsO unterliegende Rechtshandlung des Schuldners vorliegt. Die überwiegende Auffassung in der Literatur bejaht dies und sieht als Rechtshandlung des Schuldners den Empfang bzw. die Annahme der Erfüllungsleistung, welche die Forderung zum Erlöschen bringt.[324] Die Erfüllungswirkung könne dann, wenn die Annahme etwa in der Absicht erfolge, die empfangene Leistung beiseite zu schaffen, mit der Folge angefochten werden, dass der Drittschuldner nochmals an die Masse leisten müsse.

Zunächst ist zu fragen, worin die „Annahme" der Erfüllungsleistung bestehen soll. Die heute h.M. folgt der Theorie der realen Leistungsbewirkung[325], nach welcher das Erlöschen der Schuld, anders als bei der früheren Vertragstheorie, gerade keine Erklärung des Gläubigers zum Erlöschen der Schuld voraussetzt. Danach kann im Sinne des BGB nicht von einer Rechtshandlung gesprochen werden. Selbst wenn man dies außer Acht lässt, zeigt etwa der Fall der Hinterlegung unter Ausschluss der Rücknahme (§§ 372, 378 BGB), dass die Erfüllungswirkung ohne wie auch immer zu bewertendes Verhalten des Schuldners möglich ist.

Danach kann hier mit „Annahme" nur der Erfüllungsvorgang selbst gemeint sein. Bei diesem ist im Regelfall, so bei der Übereignung einer Sache (§§ 929, 873 BGB) oder der Abtretung einer Forderung (§ 398 BGB), eine Rechtshandlung des Schuldners unverzichtbar. Ferner kann dann, wenn der Drittschuldner an einen Dritten zahlt, an die vorherige Anweisung oder die nachfolgende Genehmigung des Schuldners angeknüpft werden.[326] Allerdings sind auch Fälle denkbar, in denen die Erfüllungswirkung ohne ein Verhalten des Schuldners eintritt. Wird etwa durch die Leistung des Werkunternehmers eine Mobilie des Schuldners aufgewertet, die der Schuldner danach beiseite schafft, bedarf es für den Erfüllungsvorgang nicht eines irgendwie gearteten Verhaltens des Schuldners. Die Abnahme des Schuldners nach § 640 BGB ist nicht zur Herbeiführung der Erfüllung, sondern nur zur Bewirkung

---

[324] *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 6; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 133 Rz. 4; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 8.

[325] Vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB § 362 Rz. 5.

[326] *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 6.

der Fälligkeit des Vergütungsanspruches erforderlich. Danach gibt es nicht in allen Fällen ein Verhalten des Schuldners, für welches man zur Subsumtion unter das Merkmal „Rechtshandlung des Schuldners" anknüpfen könnte. Auch hier wird man jedoch eine Anfechtung dadurch grundsätzlich ermöglichen können, weil der Schuldner die Einwirkung des Werkunternehmers nach §§ 903, 1004 BGB verhindern kann und damit ein durch eine analoge Anwendung von § 133 InsO zu erfassendes Unterlassen einer tatsächlichen Handlung vorliegt.

3. Rechtshandlung und Eintritt ihrer rechtlichen Wirkungen

Nach § 140 Abs. 1 InsO ist eine Rechtshandlung in dem Zeitpunkt für Zwecke des Insolvenzanfechtungsrechts vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Dies ist dann der Fall, wenn die gesamten Erfordernisse vorliegen, an welche die Rechtsordnung regelmäßig die Entstehung, Aufhebung oder Änderung eines Rechtsverhältnisses knüpft, welche die Vermögensverkürzung bei dem Schuldner unvermeidlich macht.[327]

Auch hieraus folgt, dass die Rechtshandlung des Schuldners nicht der Gesamtvorgang ist, welcher zu einer Vermögensverkürzung führt. Erteilt etwa der Schuldner für das Lastschriftverfahren seiner Bank einen Abbuchungsauftrag liegt darin seine Rechtshandlung, deren rechtliche, weil vermögensverkürzende Wirkungen im Sinne des § 140 Abs. 1 InsO erst im Zeitpunkt der Zahlung eintreten. Soweit der BGH[328] deswegen formuliert, der Abbuchungsauftrag stelle sich in Verbindung mit der nachfolgenden Zahlung als einheitliche Rechtshandlung dar, ist dies zumindest missverständlich.

B. Gläubigerbenachteiligung

Die Gläubigerbenachteiligung ist für die Vorsatzanfechtung in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Zunächst einmal bildet sie nach § 129 Abs. 1 InsO die objektive Voraussetzung jeder Anfechtung und damit auch derjenigen nach § 133 InsO.[329] Ferner ist die Gläubigerbenachteiligung auch Bezugsobjekt des für die Vorsatzanfechtung erforderlichen subjektiven Merkmals und ist damit hier von zentraler Bedeutung. Bevor sich diese Arbeit daher dem Vorsatz zuwendet, soll zunächst untersucht werden, wie der Begriff der Gläubigerbenachteiligung objektiv zu verstehen ist.

---

327 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 140 Rz. 5.

328 BGH ZIP 2003, 488 [493].

329 Der bloße Vorsatz, die Gläubiger zu schädigen, genügt nicht (*Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.19).

1. Allgemeine Voraussetzungen

Eine Rechtshandlung ist dann gläubigerbenachteiligend, wenn sie den Zugriff der Gläubiger auf das schuldnerische Vermögen und damit deren Befriedigungsaussichten beeinträchtigt.[330] Dabei muss die Gesamtheit der Gläubiger beeinträchtigt werden; die bloße Benachteiligung einzelner Gläubiger genügt nicht. Ferner muss sich die Verkürzung auf das dem potenziellen Gläubigerzugriff unterliegenden Schuldnervermögen (§§ 35, 36 InsO) beziehen. Die Verkürzung von Vermögen Dritter, also etwa Absonderungsberechtigter genügt daher genauso wenig, wie eine solche Rechtshandlung, welche überhaupt keinen Vermögensbezug hat oder nur wertloses bzw. wertausschöpfend belastetes oder unpfändbares Vermögen betrifft. Die Beeinträchtigung des Schuldnervermögens kann schließlich neben einer Verringerung des Aktivvermögens auch durch eine Erhöhung des Passivvermögens oder eine Erschwerung des Gläubigerzugriffs erfolgen.[331]

Eine Beeinträchtigung ist schließlich auch dann ausgeschlossen, wenn die Insolvenzmasse zur Befriedigung aller Gläubiger trotz der Rechtshandlung ausreicht.[332] Allerdings spricht eine tatsächliche Vermutung hiergegen, weil die Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung bereits Eröffnungsvoraussetzungen sind. Entsprechendes gilt nach h.M.[333] auch bei dem Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Diese Vermutung zu entkräften, liegt an dem Anfechtungsgegner, der etwa darlegen muss, dass es zu (Bewertungs-)Fehlern bei der Feststellung der Überschuldung gekommen ist oder der Schuldner nach Verfahrenseröffnung ausreichend Vermögen hinzuerworben hat[334]. Die Insolvenz muss jedoch grundsätzlich nicht bereits im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung vorgelegen haben, vielmehr genügt auch ihr nachträgliches Eintreten.[335] Die weit ausgedehnten Anfechtungszeiträume in den §§ 133, 134 InsO sind auch erst vor diesem Hintergrund sinnvoll. Eine sich über zehn Jahre erstreckende wirtschaftliche Krise ohne zwischenzeitliche Verfahrenseröffnung dürfte nämlich rechtspraktisch die sehr seltene Ausnahme bilden.

---

330 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 100.

331 Amtl. Begr. InsO S. 157.

332 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 107.

333 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 107. A.A. HK-*Kreft*, InsO § 129 Rz. 61 aE.

334 Zumeist dürfte dann jedoch das Verfahren bereits nach § 212 InsO eingestellt werden, sodass die Anfechtung nicht mehr relevant wird.

335 Bereits *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 64 f. Erforderlich ist die Zahlungsunfähigkeit allerdings als besondere Voraussetzung neben der Gläubigerbenachteiligung bei der besonderen Insolvenzanfechtung.

2. Ursächlicher Zusammenhang

Zwischen der Rechtshandlung und der Beeinträchtigung muss ferner ein Kausalzusammenhang bestehen.[336] Ein solcher ist gegeben, wenn die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger ohne die angefochtene Rechtshandlung günstiger wären. Ging man dabei noch unter der KO[337] davon aus, dass der Ursachenzusammenhang durch die Regeln der adäquaten Kausalität wertend begrenzt wird, genügt es nunmehr nach h.M., dass die Rechtshandlung im natürlichen Sinne eine Bedingung für die Gläubigerbenachteiligung darstellt.[338]

Bei der Frage, welche Umstände in diesem Bedingungszusammenhang zu berücksichtigen sind, ist zunächst festzuhalten, dass lediglich gedachte Geschehensabläufe unberücksichtigt bleiben.[339] Dies gilt sowohl hinsichtlich solcher eine Benachteiligung erst begründenden als auch solcher die Kausalität durchbrechenden Umstände.[340] Es kann also dem Anfechtungsgegner insbesondere nicht zum Vorteil gereichen, dass der Schuldner eine Sache unter Wert, wenn nicht an ihn auch an einen anderen verkauft hätte.

Hinsichtlich der Frage, welche realen Umstände einzubeziehen sind, wird zwischen mittelbarer und unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung unterschieden. Die InsO sieht die letztere als besondere Voraussetzung bei der Anfechtung nach den § 132 Abs. 1 und § 133 Abs. 2 InsO vor. Im Übrigen genügt für die Anfechtung eine mittelbare Benachteiligung.

a) Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung

Bei der unmittelbaren Benachteiligung ist nur die Rechtshandlung selbst als Umstand zu berücksichtigen, welcher kausal die Benachteiligung auslösen muss. Dies ist anzunehmen, wenn der Schuldner ein Vermögensopfer erbringt, ohne dass er dafür eine ausgleichende Gegenleistung in sein Vermögen erhält, welche dem potenziellen Zugriff der Gesamtheit seiner Gläubiger unterliegt.[341] Hierunter fallen insbesondere

---

336 BGH ZIP 2000, 238 [240]; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 129 Rz. 35.

337 RGZ 169, 91; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht Rz. 18.48; *Hess*, KO § 29 Rz. 27; *Kohler*, Konkursrecht S. 214.

338 BGH ZIP 2000, 238 [241]; *Gottwald/Bearbeiter*, InsOHdb § 46 Rz. 50.

339 BGH ZIP 1993, 1653 [1655]; FK-*Dauernheim*, InsO § 129 Rz. 40.

340 BGH ZIP 1993, 1653 [1655]; FK-*Dauernheim*, InsO § 129 Rz. 40; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 170.

341 *Nerlich/Römermann*, InsO § 129 Rz. 75; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 114, 116: Letzteres ist etwa nicht mehr der Fall, wenn die angemessene Gegenleistung nur an bestimmte Gläubiger zu erbringen ist.

die Fälle, in denen der Schuldner eine Sache unter Wert veräußert.[342] Fehlt eine solche nachteilhafte Wertrelation, wird eine unmittelbare Benachteiligung auch nicht dadurch begründet, dass an die Stelle der Sache im Vermögen des Schuldners nunmehr der leichter zu verschleiernde Kaufpreis tritt.[343]

Missverständlich ist die teilweise zu findende Formulierung, die Benachteiligung trete hier bereits ohne Hinzukommen weiterer Umstände ein.[344] Diese suggeriert, dass bereits die Rechtshandlung als solche die Benachteiligung der Gläubiger auslöse. Zwar mag der Verkauf einer Sache unter Wert zu einer Vermögensverkürzung führen, allerdings wird bei einem solventen Verkäufer hierdurch eine Gläubigerbenachteiligung erst dann ausgelöst, wenn sich nachträglich das Schuldnervermögen nachteilhaft entwickelt und der „verschenkte" Vermögenswert nunmehr zur Befriedigung der Gläubiger fehlt.[345] Ferner dürfen nicht solche Umstände abgeschnitten werden, welche real die zunächst eingetretene Verkürzung des Vermögens beseitigen. Dies zeigt etwa das Beispiel des zu teuer erkauften Wertpapiers, dessen Wert aber im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung über den Kaufpreis gestiegen ist.[346] Stellt man isoliert auf das Kaufgeschäft ab, ist darin ein für das Vermögen des Schuldners nachteiliger Vorgang zu erblicken. Nichtsdestotrotz werden aber aufgrund der nachfolgenden Entwicklung die Gläubiger nicht benachteiligt und damit entfällt der Grund für die Anfechtung.

Eine unmittelbare Benachteiligung kann nur bei Verpflichtungsgeschäften, grundsätzlich aber nicht bei Erfüllungshandlungen vorliegen. Denn letztere sind wertneutral[347], da sie in bilanzieller Hinsicht im Vermögen des Schuldners nur zu einer Bilanzsummenverminderung führen. Gestaltungs- und Prozesshandlungen sind ebenfalls wertneutral, werden aber in § 132 Abs. 2 InsO den unmittelbar nachteiligen Rechtshandlungen gleichgestellt.

Hinsichtlich des Zeitpunkts für die Feststellung einer unmittelbaren Benachteiligung ist auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäftes[348] abzustellen,

---

342 BGH ZIP 1995, 1021 [1022].

343 BGH WM 1955, 404 [405].

344 Vgl. BGH ZIP 1997, 853 [854]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 113.

345 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 120.

346 Nach *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.27.

347 Wohl auch BGH ZIP 1995, 134 [135]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 118. Dies ist allerdings nicht mehr der Fall, wenn der Gläubiger mehr erhält als er zu fordern hat, etwa ein Mehr, insbesondere die Leistung früher erhält.

348 *Jaeger/Henckel*, KO § 29 Rz. 71; *Wiedersperg*, Diss. Jur. (2001) S. 90.

nicht auf den späteren Erfüllungszeitpunkt[349], in welchem etwa aufgrund eines zwischenzeitlichen Wertverfalls ein sich ursprünglich angemessenes Geschäft als nachteilig erweisen kann.

b) Mittelbare Gläubigerbenachteiligung

Für die mittelbare Benachteiligung genügt es, wenn die angefochtene Rechtshandlung in Verbindung mit einem weiteren Umstand eine Gläubigerbenachteiligung auslöst.[350] Dies ist etwa anzunehmen, wenn ein Gegenstand zu einem angemessenen Preis verkauft wird und der Schuldner den Gläubigern den Zugriff auf das Entgelt entzieht. Hierfür genügt es, wenn der Schuldner das Entgelt verbraucht, insbesondere andere Gläubiger befriedigt[351]. Erwirbt der Schuldner einen Gegenstand zu einem angemessenen Preis, kann die Benachteiligung dadurch eintreten, dass dieser entwendet, zerstört oder entwertet wird.[352] Da nach dem o.G. ein „irgendwie-Zusammenhang"[353] genügt, ist es dabei unerheblich, ob der Umstand auf dem Verhalten des Schuldners beruht oder per Zufall eintritt.[354]

Auch die Definition der „mittelbaren Benachteiligung" ist missverständlich, was aber auch dadurch veranlasst ist, dass, wie *Häsemeyer*[355] formuliert, die hier vorzunehmende Abgrenzung mit den Begriffen „mittelbar" und „unmittelbar" wenig glücklich charakterisiert ist. Sie suggeriert, dass immer ein weiterer, bei der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung nicht notwendiger Umstand hinzukommen muss, damit eine mittelbare Benachteiligung eintreten kann. Dem ist aber nicht so, wie der Fall der Befriedigung einer Forderung durch den Schuldner zeigt. Um hier eine Benachteiligung zu begründen, genügt es allein, dass die Vermögensunzulänglichkeit eintritt. Bei Unterbleiben der Rechtshandlung wäre eine Bilanzsummenverminderung nicht eingetreten und damit der Quotient zwischen Aktiv- und Passivvermögen größer ausgefallen, also die Insolvenzquote eine höhere gewesen.[356] Hier verursacht

---

349 S. bereits Fn. 212 (S. 53).

350 BGH ZIP 2000, 238 [241]; *Pape/Uhlenbruck*, Insolvenzrecht Rz. 680; *Foerste*, Insolvenzrecht Rz. 294.

351 RG LZ 1916, 63.

352 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 122.

353 *Gottwald/Bearbeiter*, InsOHdb § 46 Rz. 50.

354 Zu eng deshalb die Amtl. Begr. InsO (S. 157 re.Sp.), wenn sie fordert, dass die Rechtshandlung Grundlagen für eine weitere, die Gläubiger schädigende Handlung schaffen muss. Diese Deutung engt den Begriff zu sehr ein, indem sie nahe legt, dass es immer eines weiteren Verhaltens des Schuldners bedarf, um die Benachteiligung auszulösen.

355 Insolvenzrecht Rz. 21.26.

356 Vgl. a. *Jaeger/Henckel*, KO § 29 Rz. 80.

demnach die Rechtshandlung als solche im Zusammenhang mit der allgemein notwendigen Vermögensverschlechterung die Benachteiligung. Trotzdem liegt keine unmittelbare Benachteiligung vor, weil der Vorgang als solcher wertneutral ist. Man sollte deshalb auf den gesetzlich durch die InsO nicht vorgegebenen Begriff der „mittelbaren" Benachteiligung verzichten.[357] Dieser geht in der bei allen Anfechtungstatbeständen erforderlichen Kausalitätsbetrachtung auf („Beeinträchtigung der Haftungsabwicklung im Ganzen")[358]. Jede unmittelbare Benachteiligung begründet damit auch eine „mittelbare Benachteiligung". A.A. ist offenbar *Häsemeyer*[359], wenn er davon ausgeht, dass die „mittelbare Benachteiligung", dort als „Nachteiligkeit" bezeichnet, mit der mittelbaren nicht einmal teilidentisch, sondern völlig unabhängig von dieser sei. Seine Annahme ist zwar zutreffend, dass die Beeinträchtigung der Haftungsabwicklung im Ganzen eine auf die ganze Insolvenzmasse und Gesamtgläubigerschaft bezogene Differenzhypothese erfordert, die Nachteiligkeit demgegenüber eine reale Bewertung der betroffenen Rechtshandlung. Dabei wird m.E. jedoch übersehen, dass letztere Beurteilung sich letztlich auch im Rahmen dieser Differenzhypothese vollzieht, indem sie alle realen Umstände ausschaltet, die nicht unmittelbar mit der Rechtshandlung selbst zusammenhängen.

C. Benachteiligungsvorsatz

Der Schuldner muss die Rechtshandlung mit dem Vorsatz vorgenommen haben, seine Gläubiger zu benachteiligen. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist das zentrale Merkmal des § 133 InsO und bildet den Schwerpunkt der Prüfung des § 133 Abs. 1 InsO.[360] Dabei ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Tatbestandsmerkmal abstrakt erfüllt ist, von derjenigen zu trennen, welche Anforderungen praktisch an seinen Nachweis zu stellen sind.[361]

Der einer Person bei Vornahme einer Handlung innewohnende Vorsatz entzieht sich als eine innere Tatsache zumeist der unmittelbaren Beobachtung von außen. Der Schuldner wird nur in seltenen Fällen deutlich zum Ausdruck bringen, dass er eine bestimmte Handlung mit dem Vorsatz vornimmt, seine Gläubiger zu benachtei-

---

357 Hiergegen lässt sich allerdings anführen, dass die Amtl. Begr. InsO (S. 157 re.Sp.) von diesem, bereits unter Geltung der KO anerkannten Begriff ausgeht. Der RegE (§ 134 Abs. 2) schlug sogar noch eine Aufnahme dieses Begriffes im Gesetz vor.

358 *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.19. Vgl. bereits *Ehrenzweig*, AÖG 1915, 145 [148].

359 Insolvenzrecht Rz. 21.27.

360 RGZ 162, 292 [297]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 12; *Winter*, EwiR 2003, 171 [172]. Vgl. a. *Kübler*, FS f. Greiner (2005) S. 159 [162]: „Unrechtskern" des Tatbestandes.

361 *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1687].

ligen. Deshalb muss auf das Dasein des Vorsatzes auf Grundlage äußerer Tatsachen, insbesondere der Beschaffenheit und dem Verlauf der Handlung selbst, geschlossen werden.[362] Anknüpfend an solche objektiven Umstände haben Rechtsprechung und Lehre bereits frühzeitig Fallgruppen gebildet, um bei der Beurteilung des Vorsatzes zu einheitlichen Ergebnissen zu kommen.[363] Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die Fallgruppen später im Gesamtkontext dargestellt.

1. Der Vorsatzbegriff in § 133 InsO

Der Vorsatz des Schuldners muss sich auf eine der im vorherigen Abschnitt genannten Formen der Gläubigerbenachteiligung beziehen. Dabei gilt es zunächst zu untersuchen, wie der Vorsatzbegriff in § 133 Abs. 1 InsO zu verstehen ist.

Nach den Motiven zur KO[364] musste die *Absicht* des Gemeinschuldners darauf gerichtet gewesen sein, die Gläubiger, sei es einen oder einzelne bestimmte Gläubiger oder unbestimmt wen es trifft, durch die Handlung zu benachteiligen; er musste ihnen einen Gegenstand ihrer Befriedigung haben entziehen oder schmälern wollen. Auch wenn diese gesetzgeberischen Erwägungen eine Auslegung im Sinne eines *dolus directus* 1. Grades nahe legen, verstanden Rechtsprechung[365] und Literatur[366] das Merkmal in einem weiteren Sinne und ließen allgemein bedingten Vorsatz genügen. In dem üblichen strengeren Sinne ausgelegt, würde die Absichtsanfechtung jede praktische Bedeutung verlieren.[367] Absicht liege nicht erst dann vor, wenn die Schädigung anderer Gläubiger für den Schuldner Zweck und Beweggrund seines Verhaltens bilde.[368] Es genüge, dass er die Benachteiligung als Erfolg seiner Rechts-

---

362 RG JW 1902, 24 Nr. 17.

363 Vgl.a. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.79.

364 S. 130.

365 BGH ZIP 1991, 807 [808]; BGH ZIP 1997, 853 [855]; BGH ZIP 1994, 40. Vgl. a. *Gerhardt/Kreft*, Insolvenzanfechtung Rz. 390.

366 *Kilger/K. Schmidt, InsolvenzG* § 31 Anm. 4; *Hess*, KO § 31 Rz. 9; *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht Rz. 19.13; *Kohler*, Konkursrecht S. 213 f. Ebenso allerdings beschränkt auf die Fälle inkongruenter Deckung *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 31 Rz. 7a sowie *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 13 (vgl. aber auch die hierzu entgegenstehenden Ausführungen in Rz. 9), wobei es sich nach Letzterem dabei um eine rechtsfortbildende, extensive Interpretation handeln soll. A.A. für die Österr. AnfO *Burgstaller*, ÖJZ 1979, 148 [150]: Absicht oder Direkter Vorsatz. Noch enger *Levin*, 32. DJT (1914), 35 [47]: Absicht.

367 *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 9; vgl. a. RG JW 1906, 179; RG JW 1919, 244; RG LZ 1914, 1043 sowie die in Fn. 136 (S. 36) genannten Stellen.

368 RG WarnR 1931 Nr. 173. So jedoch *Jaeckel*, Anfechtungsrecht S. 87.

handlung gewollt oder als mutmaßliche Folge seines Verhaltens erkannt und gebilligt habe.[369]

Dem ist zuzustimmen. Absicht (*dolus directus* 1. Grades) zeichnet sich durch ein besonders intensives Wollen aus, bei welchem der tatbestandliche, vom Handelnden als zumindest möglich erkannte Erfolg entweder als Endziel oder als Zwischenziel erstrebt werden muss.[370] Von einem Zwischenziel kann dabei nur gesprochen werden, wenn der Handelnde ein bestimmtes Zwischenstadium notwendig erreichen muss, um seinem Endziel näherzukommen.[371] Kann das Endziel auch ohne das Zwischenstadium erreicht werden, spricht man lediglich von einer für die Absicht nicht genügenden Nebenfolge, von einer u.U. unvermeidlichen Nebenwirkung seines auf Absichtsverwirklichung zielenden Verhaltens.[372] Von diesen Zielen sind allerdings die, nicht notwendigerweise damit identischen Beweggründe (Motive) des Handelnden zu unterscheiden. Begeht etwa der Täter in dem in Fn. 372 genannten Beispiel den Versicherungsbetrug deswegen, um dem Ruf zu entgehen, „finanziell am Ende" zu sein, steht dies seiner Absicht nicht entgegen.[373] Verschleiert der Schuldner dementsprechend Vermögen, um sich oder seine Familie abzusichern, stellt letzteres sein (unbeachtliches) Motiv[374] und die Vereitelung des Haftungszugriffes der Gläubiger auf diesen Vermögensgegenstand sein Ziel dar. Die damit im Falle der Vermögensunzulänglichkeit verbundene Benachteiligung der Gläubiger ist demgegenüber regelmäßig nicht sein Ziel, sondern nur eine, u.U. unvermeidliche Nebenfolge.[375]

Nach der InsO heißt es statt „Gläubigerbenachteiligungs*absicht*" (§ 31 KO) nunmehr „Gläubigerbenachteiligungs*vorsatz*". Der Gesetzgeber reagierte damit auf die zuvor

---

369 BGH ZIP 1993, 521 [522].

370 *Kühl*, Strafrecht AT § 5 Rz. 33 ff; *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, StGB § 15 Rz. 66. In dem Sinne auch *Kornitzer,* GrünhutsZ 15 (1888), 585 [600]: Absicht sei dann gegeben, wenn das Bewusstsein, dass die fragliche Handlung die Gläubigerbenachteiligung zumindest zur möglichen Folge habe, Motiv zur Setzung des Zwecks oder Mittels ist. Dies sei dann der Fall, wenn der Schuldner, falls er keine Gläubiger haben würde, die Handlung überhaupt nicht vorgenommen hätte oder dieses Mittel nicht gewählt hätte, um den gewünschten Endzweck zu erreichen.

371 *Kühl*, Strafrecht AT § 5 Rz. 35: Tötung des Erbonkels zur vorzeitigen Erlangung der Erbschaft.

372 *Kühl*, Strafrecht AT § 5 Rz. 35, 39: Versenken eines Schiffes einschließlich seiner Besatzung zur Erlangung der Versicherungsumme. Die Versenkung des Schiffes ist Zwischenziel, die Tötung der Besatzung lediglich unvermeidliche Nebenfolge.

373 *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT Rz. 211.

374 Entsprechend hat das RG (WarnR 1931 Nr. 173) festgestellt, dass es dem Vorsatz nicht entgegensteht, wenn der Schuldner sich durch die benachteiligende Rechtshandlung für eine frühere Schenkung habe erkenntlich zeigen wollen.

375 *Przibilla*, JW 1911, 300 [302].

beschriebene Auslegung des Merkmals „Absicht" und wechselte deswegen den nach seiner Auffassung irreführenden Ausdruck durch denjenigen des Vorsatzes aus.[376] Danach genügt also auch nach der InsO bedingter Vorsatz. Da die Amtl. Begr. zur InsO[377] den bestehenden, insbesondere durch die Rechtsprechung des BGH geprägten Rechtszustand beibehalten wollte, und dieser zuletzt davon ausging, dass *dolus eventualis* allgemein, insbesondere auch in den Fällen der kongruenten Deckung genüge, kann die Auffassung, die diese Vorsatzform nur in den Fällen der inkongruenten Deckung für einschlägig hielt[378], als nunmehr überholt bezeichnet werden.[379] Danach muss also der Schuldner allgemein den Eintritt der Gläubigerbenachteilung nicht erstreben, sondern es ist ausreichend, dass er ihn nur für möglich hält und sich damit auch abgefunden hat, also eher zur Hinnahme dieser Folge bereit war als zum Verzicht auf die Vornahme der Rechtshandlung.[380]

Der Vorsatz der Benachteiligung ist danach begrifflich nicht identisch mit dem Bewusstsein der Benachteiligung.[381] Auch hier ist die bewusste Fahrlässigkeit also vom Vorsatz abzugrenzen. Allerdings kann von der sicheren Kenntnis rechtspraktisch auf den Willen rückgeschlossen werden.[382] Wenn der Schuldner den Eintritt sei es auch nur für höchstwahrscheinlich hält, kann sein Vorsatz nämlich nicht deswegen entfallen, weil er auf den Nichteintritt aufgrund eines glücklichen Zufalls hofft, etwa aufgrund einer nicht konkretisierten Gewinnsteigerung[383] oder eines Erbfalls.[384] Das sichere Wissen um den Benachteiligungseintritt, also der *dolus directus* 2. Grades, impliziert hier die zumindest billigende Willensrichtung des Schuldners, ohne dass es deren gesonderter Feststellung bedarf.[385] Dass die Benachteiligung u.U.

---

376 Amtl. Begr. InsO S. 160.

377 Amtl. Begr. InsO S. 160. So bereits Erster Kommissionsbericht Ziffer 5.3 (S. 417).

378 *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 10, 13; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO § 31 Rz. 7a; *Kohler*, Konkursrecht S. 213 f.

379 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 13; *Nerlich/Römermann*, InsO § 133 Rz. 23; *Braun/de Bra*, InsO § 133 Rz. 18.

380 *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, StGB § 15 Rz. 83. Vgl. bereits *Cosack*, Anfechtungsrecht GS S. 77 f.

381 RG JW 1902, 24 Nr. 17. So aber wohl *Korn*, Anfechtungsrecht S. 65f.

382 *Kühl*, Strafrecht, AT § 5 Rz. 40: Verletzungswille, also die Entscheidung für die Rechtsgutverletzung, ergibt sich zwangsläufig aus der Gewissheitsvorstellung.

383 BGH 1995, 297 [299].

384 Vgl. *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT S. 298 f.

385 BGH ZIP 1997, 423 [426]; OLG Dresden ZIP 2003, 1052 [1053]; RGZ 11, 175; RG HRR 1937, 834; *Jaeckel*, Anfechtungsrecht S. 93. Vgl. a. *Soergel/M.Wolf*, BGB § 276 Rz. 64; *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT S. 298 f.

emotional nicht gewünscht ist, steht dem nicht entgegen.[386] Abzulehnen ist deshalb die, sich insbesondere in der älteren Rechtsprechung und Literatur findende Aussage, dass trotz des Bewusstseins das voluntative Element entfalle, wenn der Schuldner „*derart von einem anderen Willen geleitet war, dass der Benachteiligungswille nicht einmal einen mitwirkenden Einfluss äußerte*“[387]. Solches soll etwa der Fall sein, wenn der Schuldner nur den notwendigen Unterhalt für sich und die Seinen beschaffen wollte.[388]

2. Vorsatz und Gläubigerbenachteiligung

Der Schuldner muss die Benachteiligung seiner Gläubiger zumindest für möglich halten und diese auch dulden. Die oben dargestellte, objektive Gläubigerbenachteiligung muss sich also als innere Tatsache beim Schuldner widerspiegeln.

Daraus folgt zunächst, dass der Schuldner erkennen muss, dass die Rechtshandlung geeignet erscheint, das seinen Gläubigern zur Verfügung stehende Vermögen zu beeinträchtigen. Verschenkt etwa der Schuldner ein Grundstück in der irrigen Annahme, auf diesem liege wertausschöpfend eine wirksame Grundschuld, mangelt es an dieser Kenntnis. Man kann dann auch von einem Tatbestandsirrtum sprechen (entsprechend § 16 StGB).

Ferner bedarf es eines subjektiven Bezuges zu seiner Vermögensunzulänglichkeit.[389] Geht nämlich der Schuldner im Zeitpunkt der Rechtshandlung davon aus, dass diese die (zukünftigen) Befriedigungsmöglichkeiten seiner Gläubiger nicht beeinflussen wird, scheidet der Vorsatz aus. Auch ein Verkauf unter Wert vermag dann keine Gläubigerbenachteiligung zu begründen, wenn der Schuldner davon ausgeht, sich dies trotz seiner (zukünftigen) Verbindlichkeiten „leisten“ zu können. Zu beachten ist allerdings, dass die Möglichkeit, dass eine, auch im momentanen Zeitpunkt absolut solvente Person zukünftig insolvent wird, jederzeit besteht.[390] Würde man diese allgemein bestehende Gefahr als ausreichend für das kognitive Element des Benachteiligungsvorsatzes erachten, könnte jedenfalls insoweit der Vorsatz keine die Anfechtung begrenzende Wirkung mehr entfalten. Vielmehr muss diese generelle Möglichkeit bereits konkretisiert sein, was in zweierlei Weise der Fall sein kann. Einmal kann bereits im Zeitpunkt der Rechtshandlung die Insolvenz oder ein öko-

---

386 Vgl. *Kühl*, Strafrecht AT § 5 Rz. 40; *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT Rz. 213.

387 *Jager/Lent*, KO § 31 Rz. 6.

388 RG JW 1905 S. 442.

389 Vgl. BGH WM 1985, 295.

390 Eine Ausnahme ist nur für die nach § 12 InsO als nicht insolvenzfähig zu behandelnden juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu machen.

nomischer Zustand eingetreten sein, welcher im weiteren Verlauf in diese führt. Ferner kann es sein, dass die Rechtshandlung *für den Fall* der Insolvenz vorgenommen wird. Dies soll im Folgenden näher betrachtet werden. Anschließen soll sich die Untersuchung der Frage, in welcher Weise der Vorsatz des Schuldners hinsichtlich des Ursachenzusammenhangs konkretisiert sein muss.

a) Vorsatz und Krisenkenntnis

Als insolvent ist der Schuldner dann anzusehen, wenn er überschuldet oder zahlungsunfähig ist. Weiß er darum, wird er auch mit der Möglichkeit rechnen, dass jede auf sein Haftungsvermögen bezogene Rechtshandlung geeignet ist, im o.g. Sinne seine Gläubiger zu benachteiligen. Ein Schuldner etwa, der in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit noch einzelne Gläubiger befriedigt, rechnet zwangsläufig mit der dadurch eintretenden Benachteiligung der anderen Gläubiger, für die damit weniger übrig bleibt.[391] Er duldet sie dann auch grundsätzlich, es sei denn, dass er davon ausgeht, dass es „schon gut gehen wird", er also in absehbarer Zeit trotzdem alle seine Gläubiger wird befriedigen können.[392] Solches wird man insbesondere dann annehmen können, wenn die Rechtshandlung in ernsthafte, letztlich aber gescheiterte Sanierungsbemühungen eingebunden ist.[393]

Für den Vorsatz in § 133 InsO muss sich der Schuldner jedoch nicht bereits im Stadium der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit befinden. Die im Stadium der Insolvenz vorgenommenen Rechtshandlungen sind nämlich typischerweise von den §§ 130 - 132 InsO erfasst. Schwierig gestaltet sich jedoch die Frage, welches einer Insolvenz vorgelagerte Stadium der Schuldner erreicht und erkannt haben muss, um jedenfalls das kognitive Element des Vorsatzes anzunehmen. Im unternehmerischen Bereich können im Vorfeld der Insolvenz regelmäßig folgende aufeinander aufbauende Stadien unterschieden werden: einmal die „strategische Krise" als Störung langfristig wirkender Erfolgsfaktoren, dann die „Erfolgskrise" als Erwirtschaftung von Verlusten mit Überschuldungsgefahr und schließlich die „Liquiditätskrise" als Gefahr der Zahlungsunfähigkeit.[394] Mit dem Eintritt in die Liquiditätskrise steht dem

---

391 BGH ZIP 2003, 1799 [1800].

392 BGH ZIP 1998, 248 [252]. Die Begründung dieser Entscheidung ist jedoch insofern unzutreffend, als das Gericht davon ausgeht, dass der Schuldner die Benachteiligung zwar „*billigend in Kauf nehme*", allerdings trotzdem die Absicht wegen der hier genannten Umstände „*ausgeschlossen*" sei.

393 Vgl. BGH ZIP 1993, 276 [279]; OLG Hamburg ZInsO 2005, 891; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 37; BK-*Blersch*, InsR Gruppe 3 § 133 Rz. 5; kritisch hierzu *Smid*, Insolvenzrecht § 18 Rz. 49.Vgl. a. *Palandt/Heinrichs*, BGB § 276 Rz. 10.

394 *Holzer*, NZI 2005, 308 [310 f.]; *Gross* DStR 1991, 1572; *Gottwald/Drukarczyk/Brüchner*, InsOHdb § 2

Schuldner, anders als noch nach der KO, die Möglichkeit offen, nach § 18 InsO die Verfahrenseröffnung zu beantragen. Jedenfalls mit Eintritt in dieses Stadium muss der Schuldner damit rechnen, dass seine Gläubiger durch eine vermögensbezogene Rechtshandlung zukünftig benachteiligt werden, wenn er nicht durch gegensteuernde Maßnahmen die Krise abwendet. Dies folgt bereits aus § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, wonach die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Vorsatz vermutet wird, wenn dieser die drohende Zahlungsunfähigkeit sowie die Benachteiligung erkennt. Das Gesetz geht also davon aus, dass in diesem Krisenstadium bereits ein Vorsatz vorliegen kann. Allerdings ist die Befriedigung der Gläubiger nicht erst mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit gefährdet. Hiervon geht offenbar auch der BGH[395] aus, wenn er die Beweiserleichterung der inkongruenten Deckung (dazu Punkt X.B.1.b) (S. 119)) nicht von dem Vorliegen einer Liquiditätskrise abhängig macht. Denn bereits mit Eintritt in die Erfolgskrise steht fest, dass das Unternehmen dauerhafte Verluste erwirtschaftet, welche die Eigenkapitaldecke langfristig aufzehren und deswegen zur Überschuldung führen.[396] Letzteres wird man im Falle der strategischen Krise noch nicht hinreichend konkretisiert annehmen können. Diese Krisensituation ist regelmäßig langfristig angelegt und ruft andere Krisen hervor, sie führt aber nicht unmittelbar in die Insolvenz.[397] Soweit im weiteren Verlauf dieser Arbeit deshalb die Kenntnis von der Vermögensunzulänglichkeit herangezogen wird, ist damit die Kenntnis von der Insolvenz (Überschuldung, Zahlungsunfähigkeit), der drohenden Zahlungsunfähigkeit oder der Erfolgskrise gemeint.

Das erkannte Bevorstehen oder Vorliegen einer Krise ist allerdings nicht notwendiges Element des Vorsatzes.[398] Dies ergibt sich bereits daraus, dass auch das objektive Vorliegen der Gläubigerbenachteiligung nicht verlangt, dass sich der Schuldner bereits im Zeitpunkt der Rechtshandlung in Insolvenz befunden hat (s.o. bei Fn. 335 (S. 76)). Abgesehen davon, dass auch die lange Anfechtungsfrist erst vor diesem Hintergrund Sinn macht, sprechen auch historische Gründe hierfür. So führen die Motive KO[399] aus, dass auch „*bei augenblicklich noch vorhandener Suffizienz ein Spekulant arglistig verfahren und, seine dereinstige Zahlungseinstellung voraussehend oder gar vorbereitend, werthvolle Stücke für sich und seine Familie vor den Angriffen der Gläubiger ins Sichere zu bringen beabsichtigen kann*“. Anfechtbar müssen danach auch die Rechtshandlungen

Rz. 3; *K. Schmidt/Uhlenbruck/Wellensiek*, Die GmbH in der Krise Rz. 188.

395 ZIP 1998, 830 [835]; ZIP 1997, 513 [515].

396 Vgl. *Gross* DStR 1991, 1572.

397 *Holzer*, NZI 2005, 308 [310].

398 Bereits *Otto*, Anfechtungsrecht S. 104.

399 S. 130.

sein, welche der Schuldner in vorausschauender Sicht für den Fall der Krise vornimmt.[400] Da in einem solchen Fall nur unbestimmt ist, ob und wann die Krise eintritt, die Benachteiligung im Falle ihres Eintritts aber notwendige und sichere Folge ist, liegt in einem solchen Fall sogar *dolus directus* 2. Grades vor.

b) Ursachenzusammenhang

Wie bereits dargelegt, muss zwischen der Rechtshandlung und der Benachteiligung ein ursächlicher Zusammenhang bestehen, welcher auch durch solche von der Handlung nicht adäquat kausal verursachte Umstände vermittelt werden kann. Dieser Kausalzusammenhang muss auch vom Vorsatz des Schuldners erfasst sein.

Nicht erforderlich ist es dabei, dass der die Gläubigerbenachteiligung konkret auslösende Umstand vom Vorsatz erfasst war. Veräußert etwa der Schuldner eine Sache gegen einen angemessenen Kaufpreis, ist für die Anfechtung der Kaufpreiszahlung deswegen nicht zu verlangen, dass er bereits konkret weiß, welcher Gläubiger mit dem Erlangten befriedigt wird. Andererseits kann es nicht genügen, dass der Schuldner erkennt, dass seine Rechtshandlung natürliche Bedingung einer Gläubigerbenachteiligung sein kann. Denn auch dann könnte der Vorsatz seine Korrektivfunktion nicht erfüllen. Vielmehr ist es, wie allgemein im Zivil- und Strafrecht, auch hier für ausreichend aber auch notwendig zu erachten, dass der Schuldner die Verbindung zwischen Handlung und Erfolg in Gestalt der Kausalität seines Handelns in den wesentlichen Zügen kennt.[401] Abweichungen im Kausalverlauf erlangen dann keine Bedeutung, wenn sie sich noch innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren halten und keine andere Bewertung rechtfertigen.[402] Der als objektive Voraussetzung jeder Anfechtung weit verstandene Ursachenzusammenhang unterliegt damit, wegen des Merkmals des Vorsatzes, im Rahmen der Vorsatzanfechtung einer engeren Betrachtungsweise.[403] Im vorgenannten Fall gelangt der Kaufpreis in das Vermögen des Schuldners und unterliegt damit dem Zugriff durch den Schuldner sowie von Seiten Dritter, insbesondere durch

---

400 Diese Möglichkeit wird übersehen vom *VID* (Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005, 1384 [1386]), der rechtspolitisch eine Verkürzung des Anfechtungszeitraums auf sechs Monate oder ein Jahr fordert, weil eine über 10 Jahre anhaltende Krise lediglich theoretischer Natur sei.

401 *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, StGB § 15 Rz. 54.

402 *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, StGB § 15 Rz. 55.

403 Ebenso *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 114: Keine Anfechtung, wenn sich die Handlung ganz zufällig in einer von den Absichten des Schuldners durchaus abliegenden Richtung als nachteilig erweist. A.A. wohl *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 8; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 16: Anfechtung auch bei Entzug durch Zufall. Unklar BGH ZIP 2000, 238 [241].

Zwangsvollstreckung.[404] Jeder dieser Zugriffe bewirkt eine Entziehung des Erlangten und deshalb eine Gläubigerbenachteiligung. Soweit sich diese Zugriffe noch im Bereich des Vorhersehbaren halten, sind sie auch vom Vorsatz umfasst. Dies dürfte aber dann nicht mehr der Fall sein, wenn dem Schuldner der Kaufpreis in dem soeben aufgeführten Beispiel sofort nach Geschäftsabschluss gestohlen wird.[405] *Cosack*[406] bejaht demgegenüber in einem solchen Fall den Vorsatz. Die Verkürzung der Gläubiger erfolge hier nicht durch den Diebstahl, sondern bereits durch den mit der Absicht etwa der Verschleuderung vorgenommenen Akt der Veräußerung. Dem ist nicht zu folgen. Die Verkürzung erfolgt dadurch, dass die den Verlust eines Vermögenswertes ausgleichende Gegenleistung des Anfechtungsgegners nicht mehr im Vermögen des Schuldners vorhanden ist. Eine solche schon vorher anzunehmen, etwa mit dem Argument, die ausgleichende Gegenleistung sei mit dem gläubigerbenachteiligenden Vorsatz des Schuldners „belastet" und deswegen kein ausgleichender Vermögenswert, scheidet aus. Denn bevor sich der Vorsatz verwirklicht, steht die Gegenleistung so oder so dem Zugriff der Gläubiger offen. Auch im Ergebnis ist dieser Ansatz abzulehnen, da dem Anfechtungsgegner damit das Risiko auferlegt wird, ob ein Anspruch gegen den Dieb verwirklicht werden kann oder nicht.

Auf die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Benachteiligung kommt es für den Vorsatz nicht an. Ausreichend ist es, wenn der Schuldner die konkret eingetretene Beeinträchtigung der Haftungsabwicklung im Ganzen zumindest für möglich gehalten hat. Von Bedeutung ist die Unterscheidung zwischen mittelbar und unmittelbar jedoch insoweit, als Verpflichtungsgeschäfte zumeist nur „unmittelbar" benachteiligen können, der Schuldner also dann auch nur mit Vorsatz handeln kann, wenn er diese negative Wertrelation erkennt. Erkennt er diese nicht, kommt zumeist nur noch eine Anfechtung des Erfüllungsgeschäftes in Betracht. Eine auch mittelbare Benachteiligung kommt bei diesen Geschäften allerdings dann in Betracht, wenn sich die Wertrelation nach Abschluss des Geschäfts aus Sicht der Gläubiger des Schuldners nachteilhaft entwickelt, etwa die veräußerten Wertpapiere im Wert steigen. Die damit eintretende (mittelbare) Benachteiligung[407] ist freilich nicht notwendigerweise auch vom Vorsatz erfasst. Der Wert eines Gegenstandes schwankt, insbesondere in Abhängigkeit von Angebot und Nachfrage, ständig. Wäre dieses allgemeine Wissen ausreichend für den Vorsatz, wäre potenziell jedes Ge-

---

404 vgl. a. RG LZ 1916, 63.

405 Beispiel nach *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 114.

406 Anfechtungsrecht S. 114.

407 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 129 Rz. 122.

schäft innerhalb des Zehn-Jahres-Zeitraums anfechtbar, welches sich aus der ex post Sicht als ungünstig erweist, was einer generellen und deswegen unzulässigen Verlagerung von allgemeinen Geschäftsrisiken von der Masse auf den Anfechtungsgegner gleichkäme. Vielmehr muss auch hier die zum Nachteil der Masse ausfallende Wertänderung für den Schuldner hinreichend konkret vorhersehbar gewesen sein.

3. Vorsatz und Rechtshandlung

Der Schuldner muss die Rechtshandlung mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz „vorgenommen" haben. Zentraler Anknüpfungspunkt der Vorsatzanfechtung ist damit der in einer Rechtshandlung zum Ausdruck kommende Wille des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen.[408] D.h. nicht nur, dass im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vorhanden, sondern dass dieser auch auf die konkrete Rechtshandlung bezogen sein muss. Veräußert etwa der Schuldner zur gleichen Zeit zwei Grundstücke, wobei er irrig davon ausgeht, dass der Kaufpreis des ersteren, an seine Frau veräußerten dem wahren Wert entspricht, das an seine Tochter veräußerte zweite Grundstück demgegenüber zum Nachteil seines Vermögens nicht, so kann der auf das zweite Grundstück bezogene Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht einfach auf das Geschäft über das erstere übertragen werden. Der Vorsatz des Schuldners muss sich also auch darauf beziehen, dass die Gläubigerbenachteiligung durch die konkrete Rechtshandlung und nicht durch eine andere eintritt.[409]

4. Bewusstsein der Rechtswidrigkeit

Voraussetzung fast jeder deliktischen Haftung sowie strafrechtlichen Verantwortlichkeit ist es, dass der Handelnde sich der Rechtswidrigkeit seines Handelns bewusst ist. Dabei kommt es an dieser Stelle auf die Frage nicht an, ob man dieses Bewusstsein dem Vorsatz zuordnet[410] oder einem daneben stehenden Merkmal der Schuld[411]. Insbesondere *Otto*[412] hat auch für die Absichtsanfechtung gefordert, dass dem Schuldner die Unerlaubtheit seiner zur Benachteilung seiner Gläubiger füh-

---

408 BGH ZIP 2004, 494 [496].

409 So auch *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 113, wobei er allerdings die hier diskutierte Frage mit derjenigen vermischt, ob der durch die *eine* Rechtshandlung bewirkte gläubigerbenachteiligende Erfolg auch in seiner konkreten Art und Weise vom Vorsatz des Schuldners umfasst sein muss.

410 So die insbesondere im Zivilrecht vertretene Vorsatztheorie.

411 So die besonders im Strafrecht vertretene Schuldtheorie; zu dieser sowie zu der in Fn. 410 erwähnten Theorie vgl. *Larenz*, Schuldrecht AT § 20 II (S. 280).

412 Anfechtungsrecht S. 101.

renden Rechtshandlung bekannt sein müsse. Dem hat allerdings hat das RG[413] bereits in einer frühen Entscheidung zu Recht widersprochen. Das Erfordernis des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit lässt sich zunächst nicht aus dem Gesetz ableiten.[414] Ferner ist dieses Bewusstsein im Zivil- als auch im Strafrecht deswegen erforderlich, weil sich die jeweils angeordnete Rechtsfolge gegenüber dem Handelnden gerade aus der persönlichen Vorwerfbarkeit seines Vorgehens ihm gegenüber rechtfertigen lässt. Als Folge der von der Vorsatzanfechtung erfassten Handlung haftet jedoch nicht der Handelnde selbst, sondern ein Dritter.

5. Die „Unlauterkeit" des Vorsatzes

Besonders die ältere Rechtsprechung ging davon aus, dass der Vorsatz bzw. die Absicht zusätzlich als „unlauter" oder „unredlich" charakterisiert sein müsse, um eine Anfechtung zu begründen. Die in § 31 KO geforderte Absicht sei stets eine unlautere[415]. An dem Merkmal der Unlauterkeit könne es ausnahmsweise dann fehlen, wenn der Schuldner lediglich einer Rechtspflicht gehorche. Von letzterem sei insbesondere bei kongruenten Deckungen auszugehen. Diese Ansicht ist teilweise auch auf die InsO übertragen worden[416], wird überwiegend heute aber abgelehnt. Wie bereits erwähnt, spielt diese Frage insbesondere bei der Anfechtung kongruenter Deckungen eine wesentliche Rolle, deswegen soll hierauf in diesem Zusammenhang näher zurückgekommen werden.

6. Zeitpunkt des Vorsatzes

Der Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung muss im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung vorliegen.[417] Dies wird schon aus dem Wortlaut deutlich, nach welchem die Rechtshandlung „mit dem Vorsatz" vorgenommen worden sein muss. Diese Sicht deckt sich schließlich auch mit der strafrechtlichen, nach welcher maßgebender Zeitpunkt für den Vorsatz die „Begehung der Tat", d.h. die Vornahme der

---

413 RGZ 9, 73. Zustimmend *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 82. In dem zur Entscheidung des RG stehenden Fall hatte sich der Schuldner rechtlich beraten lassen, wobei ihm mitgeteilt wurde, dass die Rechtshandlung sowohl zivilrechtlich gestattet als auch nicht anfechtbar sei (vgl. hierzu aber auch BGH NJW 1979, 1882 [1883], wonach (fehlerhafter) anwaltlicher Rat die Rechtswidrigkeit nicht ausschließt).

414 RGZ 9, 73 [75].

415 BGHZ 12, 232 [238]; BGH ZIP 1991, 807; BGH ZIP 1993, 208 [210]; BGH ZIP 1993, 276 [279f.].

416 *Smid/Zeuner*, InsO § 133 Rz. 41.

417 FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 10. MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 17. So schon zur KO bzw. zur GesO: BGH NJW-RR 1993, 235 [237]; BGH ZIP 1997, 513; BGH ZIP 1999, 406; RG JW 1906, 179 [180]; RG LZ 1915, 637 [638]; RG LZ 1925, 870 Nr. 17; *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 17. Zum AnfG bereits RGZ 4, 28 [32].

tatbestandlichen Ausführungshandlung ist.[418] Weder muss danach der Schuldner im Zeitpunkt des Eintritts der Gläubigerbenachteiligung noch Vorsatz haben noch schadet es dem Anfechtungsgegner, wenn dieser erst nach der Rechtshandlung vorliegt.[419]

Für die Frage, wann der Vorsatz vorliegen muss, wird dabei allgemein auf § 140 InsO abgestellt.[420] Danach soll es etwa bei der Anfechtung der Zession einer künftigen Forderung auf deren Entstehen ankommen.[421] Obwohl nach dem Wortlaut und der Gesetzessystematik die Anwendung von § 140 nahe liegt, vermag dies jedoch nicht überzeugen. Dies liegt daran, dass § 140 InsO für die Bestimmung des Zeitpunkts nicht von der letzten, tatsächlichen Ausführungshandlung (des Schuldners) ausgeht, sondern rechtlich den Moment als maßgeblich erachtet, in dem der Anfechtungsgegner durch die Rechtshandlung eine Stellung erlangt, die im Falle der Insolvenzeröffnung, vorbehaltlich der Anfechtung, beachtet werden müsste.[422] Diese Wertung ist jedoch nur für die Bestimmung des Anfechtungszeitraums überzeugend, da eine im Moment der Verfahrenseröffnung noch nicht insolvenzfeste Position gemäß den §§ 80, 81 InsO dies danach auch nicht mehr werden kann. Für den Zeitpunkt des Vorsatzes ist dies jedoch problematisch, da damit auch Zeiträume erfasst werden, in welchem der Schuldner den die Gläubigerbenachteiligung herbeiführenden Vorgang nicht mehr einseitig abbrechen kann. Im Falle der Vorabzession etwa kann die, die Forderung zur Entstehung bringende Willenserklärung des Dritten lange Zeit nach derjenigen des Schuldners liegen. Es würde dem Zessionar damit schaden, wenn der Schuldner, etwa wegen einer eintretenden Krise, zu dem späteren Zeitpunkt den Vorsatz hat[423]. Andererseits käme es ihm zugute, wenn der Schuldner, etwa wegen eines nunmehr vorliegenden, überzeugenden Sanierungskonzeptes, davon ausgeht, dass es nicht mehr zu der zuvor für möglich gehaltenen Benachteiligung kommt. Überzeugender scheint es darauf abzustellen, wann der Schuldner seine letzte Ausführungshandlung tatsächlich vorgenommen hat bzw. bis zu welchem Zeitpunkt er die durch seine Handlung kausal verursachte Rechtswirkung noch verhindern konnte.

---

418 *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT Rz. 206.

419 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 17. Vgl. auch *Wessels/Beulke*, Strafrecht AT Rz. 206.

420 *Nerlich/Römermann*, InsO § 140 Rz. 34; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 17 m.w.N. Ebenso allgemeine Ansicht bereits zur KO, vgl. *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 17 m.w.N.

421 FK-*Dauernheim*, InsO § 140 Rz. 6 m.w.N.

422 Amtl. Begr. InsO S. 159.

423 Vgl. MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 17.

D. Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz

1. Allgemeines

Schließlich muss der Anfechtungsgegner Kenntnis von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners haben. Anfechtungsgegner ist dabei jeder, der den nach § 143 zurückzugewährenden Wert erhalten hat, ohne dass es sich hierbei um einen Vertragspartner oder einen Insolvenzgläubiger des Schuldners handeln muss.[424] Der Anfechtungsgegner muss jedoch nicht selbst einen solchen Vorsatz haben.[425] Er muss freilich überzeugt sein, dass der Schuldner mit dem Willen der Benachteiligung handelt. Keinesfalls muss er hierzu auch um die konkrete Art der Benachteiligung oder auch nur in einem weiteren Sinne um den oben dargestellten Ursachenzusammenhang wissen.[426] Umgekehrt genügt es nicht, wenn nur der Gläubiger, nicht aber der Schuldner mit dem entsprechenden Vorsatz handelt.[427] Letzteres kommt etwa in Betracht, wenn der Anfechtungsgegner etwa als Steuerberater einen besseren Einblick in dessen finanzielle Verhältnisse hat als dieser selbst.

Ebenso wie beim Vorsatz selbst handelt es sich auch bei der Kenntnis von diesem um eine innere Tatsache, deren Bestehen aus dem Vorliegen objektiver Umstände rückgeschlossen werden muss. Anders als beim Vorsatz kommt es allerdings auf die innere Einstellung des Anfechtungsgegners nicht an. Daher ist die Kenntnis zu vermuten, wenn dem Anfechtungsgegners die objektiven, äußeren Umstände bekannt sind, aus deren Vorliegen der Rechtsanwender auf den Vorsatz des Schuldners rückschließt.[428] Ob diese Umstände dem Anfechtungsgegner bekannt sind, muss wiederum aus deren Vorliegen und dessen Möglichkeit zur Kenntnisnahme ermittelt werden. Dabei kommt der Erkennbarkeit der o.g. Krisenformen (Punkt C.2.a) (S. 85)) eine besondere Bedeutung zu. Je stärker die Intensität der Krise dabei ausgeprägt ist, desto leichter ist sie für Außenstehende und damit auch den Anfechtungsgegner erkennbar.[429]

---

424 FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 17.

425 HK-*Kreft*, InsO § 133 Rz. 21; *Smid/Zeuner*, InsO 133 Rz. 31. Bereits *Kohler*, Konkursrecht S. 212.

426 Vgl. RG JW 1902, 24 [25].

427 S. a. die Entscheidungen BGH ZIP 1991, 807 [809] sowie BGH WM 1968, 683 [683], in welchen dem Anfechtungsgegner, nicht aber dem Schuldner bekannt war, dass die von ihm gewährte Deckung inkongruent war (zu dieser Beweiserleichterung s. Punkt X.B (S. 118)).

428 Vgl. hierzu etwa BGH ZIP 1997, 1508 [1510]; RG JW 1902, 24 Nr. 17; *Jaeckel*, Anfechtung S. 91.

429 *Holzer*, NZI 2005, 308 [311].

2. Zeitpunkt der Kenntnis

Nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO muss der andere Teil *zur Zeit der Handlung* des Schuldners den Vorsatz gekannt haben. Hierzu ist zunächst festzuhalten, dass die Kenntnis des anderen Teils logisch nicht früher bestehen kann, als der Vorsatz des Schuldners. Nach der hier vertretenen Ansicht kann danach die Kenntnis frühestens im Moment der letzten Ausführungshandlung gegeben sein. Ferner ist zu betonen, dass der Anfechtungsgegner Kenntnis davon haben muss, ob der Schuldner *zu dem vorgenannten* Zeitpunkt den Vorsatz besaß. Unmaßgeblich sind deshalb Tatsachen, welche erst danach eintreten oder offenkundig werden.

Allerdings genügt auch das zeitlich danach liegende Erlangen der Kenntnis. Dies ist allein schon deswegen notwendig, um die Sachverhalte zu erfassen, in denen der Anfechtungsgegner nicht in unmittelbar zeitlichem Zusammenhang mit der Ausführungshandlung die Kenntnis erlangt. So kommt es etwa bei Anfechtung einer einseitigen Willenserklärung des Schuldners, z.Bsp. der Kündigung eines für sein Vermögen vorteilhaften Dauerschuldverhältnisses nicht auf die Abgabe der Erklärung an. Maßgeblich ist vielmehr der in § 140 InsO genannte Zeitpunkt.[430] Mit dem Eintritt der rechtlichen Wirkungen erlangt der Anfechtungsgegner dasjenige, was er nach § 143 Abs. 1 InsO bei Vorliegen aller Anfechtungsvoraussetzungen herauszugeben hat.[431] Trägt er damit ab diesem Zeitpunkt das Risiko, muss dieser auch dafür relevant sein, ob die seinen Vertrauensschutz durchbrechende Tatsachen ihm bekannt sind oder nicht. Würde auch die zeitlich nachfolgende Kenntnis genügen, trüge er – rückwirkend - auch das Risiko für einen Zeitraum, in welchem ihm die Möglichkeit der Anfechtung noch nicht bewusst sein kann. Damit müssen im Fall der vorerwähnten Kündigung diejenigen Tatsachen ausgeblendet werden, welche nach dem, u.U. unter normativen Gesichtspunkten[432] zu bestimmenden Zugang bekannt werden. Für diese Lösung kann schließlich auch die Regelung der Einzelrechtsnachfolge in die „Anfechtbarkeit“ in § 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO argumentativ herangezogen werden, welche ebenfalls auf die Kenntnis zur Zeit des Erwerbs abstellt.

---

430 Allgemeine Ansicht: FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 17; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 133 Rz. 26. Zur KO bereits *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 17.

431 Im Ergebnis ebenso auf den „Erwerb“ abstellend: RGZ 47, 223 [225].

432 Vgl. *Larenz/Wolf*, AT § 26 Rz. 27 ff.

E. Beweislast

1. Allgemeines

Entsprechend dem allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Normen darzulegen hat[433], trifft den Insolvenzverwalter im Grundsatz die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die o.g. Voraussetzungen gegeben sind.[434] Dem Insolvenzverwalter obliegt es also im Prozess, solche Tatsachen zur Überzeugung des Gerichts zu bringen, welche die o.g. Voraussetzungen ausfüllen, damit es nicht zu der Situation des *non liquet* und damit zu der zum Nachteil der Insolvenzmasse sich auswirkenden prozessualen Unaufklärbarkeit kommt.[435] Im Mittelpunkt der rechtspraktischen Auseinandersetzung stehen die Merkmale des Vorsatzes sowie die Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon. Da diese als innere Tatsachen dem unmittelbaren Beweis nicht zugänglich sein können, kann der Nachweis ihres Vorliegens nur mittelbar erbracht werden[436], also durch Feststellung eines Lebenssachverhaltes, der bei vernünftiger Würdigung aller Umstände („Indizien") nur den Schluss zulässt, dass der Vorsatz des Schuldners und die Kenntnis des anderen Teils gegeben waren.[437] Die Frage, ob letztgenannte Schlussfolgerung zulässig ist, ist zumeist von aus Erfahrungssätzen zu gewinnenden Wertungen abhängig.[438] Solche Erfahrungssätze haben sich auch für die vorgenannten subjektiven Merkmale in der Rechtsprechung entwickelt und bilden den wesentlichen Gegenstand der bereits eingangs erwähnten Fallgruppen. Auf sie ist im Anschluss an diesen Abschnitt näher einzugehen.

2. Vermutungsregel in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO

Nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wird die Kenntnis des Anfechtungsgegners vermutet, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Zweck der Regelung soll es nach der Amtl. Begr. zur InsO[439] sein, dem Insolvenzverwalter die schwierige Beweisführung und

---

433 *Larenz/Wolf*, AT § 3 Rz. 93; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO Anh § 286 Rz. 10.

434 FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 20.

435 Vgl. *Zöller/Greger*, ZPO Vor § 284 Rz. 15, 18.

436 *Schellhammer*, Zivilprozess Rz. 513; *Oberheim*, JuS 1996, 729 [729]. Vgl. bereits Punkt VIII.C.1 (S. 81).

437 Vgl. *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, ZPO Einf § 284 Rz. 16; *Oberheim*, JuS 1996, 729 [729 f.].

438 *Oberheim*, JuS 1996, 729 [730].

439 S. 160. Der Vorschlag des Ersten Kommissionsberichts (Ziffer 5.3 (S. 417f.)) war hier noch massefreundlicher, indem er den Nachweis der Kenntnis von vorneherein allein an das Wissen um die Benachteiligung knüpfte, dem Anfechtungsgegner aber den Beweis offenhielt, seine Unkenntnis nachzuweisen. Erfasst von der für die Masse günstigen Beweislastnorm waren danach alle

damit die praktische Durchsetzung des Anfechtungsanspruches zu erleichtern. Bei der Vorschrift handelt es sich um eine sog. gesetzliche Vermutung, bei welcher an das Vorliegen von mit der Haupttatsache nicht identischen, anderen Tatsachen die Vermutung der Haupttatsache verknüpft ist.[440] Gemäß § 292 ZPO kann allerdings der Beweis des Gegenteils durch den Anfechtungsgegner geführt werden.[441] Hierzu muss er, da es sich nicht nur um eine Beweisregel, sondern um eine Beweislastnorm handelt, zur vollen Überzeugung des Gerichts beweisen, dass seine Kenntnis in Wirklichkeit nicht bestand.[442] Anders als bei dem prozessualen Begriff des „Gegenbeweises" genügt also nicht lediglich die Erschütterung der in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO niedergelegten tatsächlichen Vermutung.[443]

Im Folgenden soll auf die bei § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO bestehenden Zweifelsfragen eingegangen werden.

a) Form der Benachteiligung

Hinsichtlich der Voraussetzungen ist dabei zunächst problematisch, welche Form der Gläubigerbenachteiligung angesprochen ist, wenn sich die Kenntnis darauf beziehen muss, „dass die Handlung die Gläubiger *benachteiligte*". Rein nach dem Wortlaut könnte man annehmen, dass die Handlung die Gläubiger also bereits im Zeitpunkt ihrer Vornahme benachteiligen muss, was nur bei Annahme einer unmittelbaren Benachteiligung möglich wäre. In diesem Sinne ist die Regelung allerdings nicht zu verstehen. Zunächst fehlt es an einem dies nahelegenden Hinweis in der Amtl. Begr. zur InsO.[444] Ferner hätte es, falls eine solche Einschränkung beabsichtigt gewesen wäre, näher gelegen, den Terminus unmittelbar selbst aufzunehmen, wie dies zur Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Benachteiligung in den anderen Anfechtungstatbeständen erfolgt ist. Aus der Vergangenheitsform folgt also nicht, dass die Benachteiligung bereits bei Vornahme der Rechtshandlung vorgelegen haben muss. Von daher ist die Annahme berechtigt, für die Umkehr der Beweislast auch die Kenntnis der mittelbaren Benachteiligung genügen zu lassen.

Krisenstadien, also auch solche vor der drohenden Zahlungsfähigkeit eintretende.

440 *Oberheim*, JuS 1996, 729 [732].

441 Vgl. a. Amtl. Begr. InsO S. 160.

442 *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht § 111 Rz. 33, 35.

443 Vgl. *Oberheim*, JuS 1996, 729 [733].

444 S. 160.

b) Drohende Zahlungsunfähigkeit

§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO erfordert die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 Abs. 2 InsO). Nach Ansicht des BGH[445] genügt hierfür auch die Kenntnis von Umständen, die zwingend auf eine solche hinweisen. Zwar enthalte § 133 InsO keine den § 130 Abs. 2, § 131 Abs. 2 Satz 1 und § 132 Abs. 3 InsO entsprechende Rechtsvermutung. Dies schließe allerdings nicht aus, im Rahmen von § 286 ZPO von einer allerdings widerlegbaren tatsächlichen Vermutung auszugehen. Dementsprechend hat es der BGH genügen lassen, dass die Forderungen des Anfechtungsgegners ständig in einem beträchtlichen Umfange nicht von dem Schuldner ausgeglichen worden sind, obwohl von dem Gläubiger Vollstreckungsdruck ausgeübt wurde.[446]

Problematisch ist zunächst, dass die Regelung nicht auf eingetretene, sondern auf die noch schwerer festzustellende drohende Zahlungsunfähigkeit abstellt. Sie erfordert die Aufstellung eines umfangreiche Unternehmenszahlen fordernden Liquiditätsplanes[447], der aufgrund des prognostischen Elements von vornherein mit starken Unsicherheiten behaftet ist, die umso stärker werden, je länger der Betrachtungszeitraum gewählt wird. Es wird danach im Regelfall bereits zweifelhaft sein, ob selbst der Insolvenzschuldner seine drohende Zahlungsunfähigkeit erkennt. Noch weniger wird dies bei einem außenstehenden Dritten anzunehmen sein. Lediglich wenn es sich bei diesem um den Wirtschaftsprüfer oder den Anwalt des Schuldners gehandelt hat, wird eine Kenntnis denkbar sein.[448] Eine Erweiterung des Anwendungsbereiches lässt sich zunächst dadurch erreichen, dass man für die Beweiserleichterung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO mit dem *argumentum a majore ad minus*[449] auch die eingetretene bzw. die unmittelbar bevorstehende Zahlungsunfähigkeit als ausreichend ansieht. Allerdings hilft auch dies nur bedingt weiter. Denn positive Kenntnis bedeutet für sicher gehaltenes Wissen. Dies setzt die Kenntnis aller Tatsachen voraus, welche unter den Begriff der Zahlungsunfähigkeit subsummierbar sind.[450] Dies umfasst die Kenntnis der bestehenden fälligen Verbindlichkeiten sowie liquiden Mittel, und erfordert ferner die Aufstellung einer kurzfristigen Liquiditätsplanung, aus der sich ermitteln lässt, ob lediglich eine innerhalb von drei Wochen zu

---

445 BGH ZIP 2003, 1799 [1801]; BGH ZIP 2004, 669 [671]; BGH ZIP 2004, 1512 [1514].

446 BGH ZIP 2004, 669 [671]; BGH ZIP 2004, 1512 [1514].

447 Vgl. MünchKomm/*Drukarczyk*, InsO § 18 Rz. 13 ff.; Amtl. Begr. InsO S. 115.

448 Ähnlich MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 24.

449 *Larenz*, Methodenlehre S. 389.

450 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 130 Rz. 33 zur Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit.

beseitigende Zahlungsstockung vorliegt.[451] Auch eine solche Übersicht ist bei Außenstehenden regelmäßig nicht vorhanden.[452] Hinzukommen müsste weiter, dass der Anfechtungsgegner die Liquiditätssituation des Schuldners wenigstens laienhaft als Zahlungsunfähigkeit bzw. dauerhafte Liquiditätskrise gewertet hat.[453]

Ein solch enges Verständnis[454] dürfte nicht der o.g. Intention des Gesetzgebers entsprechen. Andererseits muss ein erweitertes Verständnis von § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO in einen systematischen Zusammenhang mit der Regelung in § 130 Abs. 2 InsO gebracht werden. Letztere Norm wurde erst spät im Gesetzgebungsverfahren entwickelt, nachdem der Regierungsentwurf[455] zunächst vorsah, neben der Kenntnis auch die grob fahrlässige Unkenntnis genügen zu lassen. Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages[456] hat diesem Entwurf die schließlich Gesetz gewordene Fassung mit dem Motiv entgegengesetzt, die Anfechtung dürfe bei Geschäften, bei denen der Vertragspartner nichts anderes als die geschuldete Leistung erhalte, nicht zu weit ausgedehnt werden. Auch wenn aufgrund dieser Gesetzgebungsgeschichte über den Inhalt von § 130 Abs. 2 InsO noch keine genaue Klarheit herrscht, wird man festhalten können, dass damit, anders als bei § 30 KO[457], der jedenfalls laienhafte Subsumtionschluss von den Tatsachen auf das Merkmal „Zahlungsunfähigkeit" verzichtbar ist.[458] Da es bei § 133 InsO an einer dem § 130 Abs. 2 InsO entsprechende Regelung oder zumindest einer Verweisung hierauf fehlt, ist der vorgenannten Subsumtionsschluss hier nicht verzichtbar.[459] Dies schließt freilich nicht aus, bei Kenntnis bestimmter Tatsachen beweismäßige Schlüsse auf die Kenntnis des Tatbestandsmerkmals selbst zu ziehen. Im Rahmen der Beweiswürdigung können sowohl hinsichtlich der Kenntnis der Tatsachen als auch hinsichtlich des er-

---

451 Vgl. BGH ZIP 2005, 1426.

452 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 130 Rz. 35.

453 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 130 Rz. 33.

454 Hierfür offenbar *Huber*, FS f. Kirchhof S. 247 [252]; *ders.* ZInsO 2003, 1025 [1027].

455 Amtl. Begr. InsO S. 32, 158: „*Die zeitliche Nähe des Erwerbs zur Verfahrenseröffnung rechtfertigt ..., die grob fahrlässige Unkenntnis der Krise genügen zu lassen. ... Ihm (dem Anfechtungsgegner, d.V.) soll es nach der Neuregelung ... verwehrt sein, sich beim Empfang der Leistung über Tatsachen hinwegzusetzen, die den Verdacht nahelegen, daß die Krise eingetreten ist. In der Gesamtvollstreckung wird dieser Gedanke mit der Formulierung zum Ausdruck gebracht, daß die Zahlungsunfähigkeit ... ‚den Umständen nach bekannt sein mußte' (§ 10 Abs. 1 Nr. 4).*".

456 Bundestags-Drucksache 12/7302 vom 19.04.1994, S. 54 f., S. 173: „*positiven Kenntnis stark angenähert*".

457 BGH ZIP 1995, 929 [931]; unklar BGH ZIP 2003, 1666 [1669]; vgl. ferner die Nachweise bei *Henckel*, Insolvenzanfechtung Fn. 37.

458 Hierzu im Einzelnen *Henckel*, Insolvenzanfechtung Rz. 29.

459 Soweit *Kübler* (FS f. Greiner (2005)) deshalb von einer „doppelten Vermutung" spricht, welche § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO nach der Rechtsprechung des BGH zu komme, ist dies zumindest missverständlich.

forderlichen Subsumtionsschlusses entsprechende Erfahrungssätze[460] gebildet werden. Entsprechend hat der BGH[461] bereits zu § 30 KO den Erfahrungssatz gebildet, dass die Kenntnis der Zahlungseinstellung zu vermuten sei, wenn der Anfechtungsgegner die Tatsachen kenne, an die jedermann mit seiner Verkehrserfahrung verständigerweise die Erwartung knüpfe, dass der Schuldner wesentliche Zahlungen so gut wie nicht erbringen könne. Der Übertragung dieses Erfahrungssatzes auf § 133 InsO durch die anfangs genannte Rechtsprechung des BGH stehen keine Bedenken entgegen. Ein dem entgegenstehender Umkehrschluss[462] kann aus der *ratio legis* des § 130 Abs. 2 InsO nicht gebildet werden. Insbesondere fehlt es hierzu, auch angesichts der hinter § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO stehenden Intention, an einem klaren dahingehenden Hinweis in den vorbezeichneten Ausführungen des Rechtsauschusses des Deutschen Bundestages.

c) Vermutung der Kenntnis des Schuldners

§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO enthält eine Vermutungsregel nur hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Vorsatz des Schuldners, nicht aber eine Beweiserleichterung hinsichtlich dieses Vorsatzes selbst. Dies überrascht, da in der Praxis der Schuldner seine drohende Zahlungsunfähigkeit sowie die Möglichkeit der Benachteiligung eher erkennen wird als der Anfechtungsgegner und unter Zugrundelegung des weiten Vorsatzbegriffes bei Vorliegen dieser Voraussetzungen der Vorsatz an sich zumeist bejaht werden müsste. Deswegen wird teilweise gefordert, die die Regel auch auf den Vorsatz des Schuldners zu beziehen.[463]

Die Ausdehnung einer die Umkehr der Beweislast regelnden Norm über ihren Wortsinn hinaus, ist dem Gesetzgeber und der richterlichen Rechtsfortbildung vorbehalten.[464] Gegen eine entsprechende Anwendung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO spricht jedoch, dass der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung eine solche, sich auf den Vorsatz des Schuldners als auch die Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon beziehende Regelung vorgeschlagen

---

460 Vgl. zuvor Punkt VIII.E.1 (S. 94).

461 BGH ZIP 1995, 929 [931f.]. Mit dieser Entscheidung ist der BGH, entgegen *Smid/Zeuner*, InsO § 130 Rz. 31, nicht von der früheren Rechtsprechung abgerückt. Auch geht der Hinweis fehl, der Gesetzgeber habe diese Rechtsprechung im Auge gehabt, da die InsO bereits vor Erlass der Entscheidung verkündet wurde.

462 Hierzu bei Fn. 650 (S. 146).

463 OLG Dresden ZIP 2003, 1716 [1717]; OLG Frankfurt, ZInsO 2005, 548 [549]; AG Dresden, ZInsO 2004, 1268 [1269]; HK-*Kreft*, InsO § 133 Rz. 10; *Stiller*, ZInsO 2003, 595 [596].

464 *Zöller/Greger*, ZPO Vor § 284 Rz. 22, 27.

hatte.[465] Dieser Änderungsvorschlag wurde von der Bundesregierung[466] jedoch abgelehnt mit dem Hinweis, dass Verschärfungen der sich auf einen langen Zeitraum beziehenden Vorsatzanfechtung besonders sorgfältig mit dem Schutz des Rechtsverkehrs abgewogen werden müssten. Da die vorgesehene Regelung bereits eine wesentliche Erleichterung zugunsten der Masse schaffe, bestünde die Gefahr eines Ungleichgewichts zu Lasten der Rechtssicherheit, wenn die gesetzliche Vermutung auch noch auf den Benachteiligungsvorsatz erstrecken würde. Vielmehr solle es der gerichtlichen Praxis im Einzelfall überlassen bleiben, gegebenenfalls anhand von Indizien festzustellen, ob der Benachteiligungsvorsatz beim Schuldner gegeben sei. Eine Beweislastumkehr auch hinsichtlich des Schuldnervorsatzes sollte danach nicht eröffnet werden; wohl aber bleibt es der Rechtspraxis bei Vorliegen der in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO genannten Umstände vorbehalten, entsprechende Erfahrungssätze zu bilden.[467]

---

465 Bundesrat Drucksachen 1/1/92 Nr. 37 (abgedruckt in Amtl. Begr. InsO S. 254).

466 Amtl. Begr. InsO S. 265f.

467 Im Ergebnis ebenso MünchKomm-*Kirchof,* InsO § 133 Rz. 26: Anscheinsbeweis.

IX. DER MIT NAHESTEHENDEN PERSONEN GESCHLOSSENE ENTGELTLICHE VERTRAG (§ 133 ABS. 2 INSO)

Nach § 133 Abs. 2 InsO ist ein mit einer nahestehenden Person (§ 138 Abs. 1 InsO) geschlossener entgeltlicher und die Gläubiger unmittelbar benachteiligender Vertrag anfechtbar, es sei denn der Anfechtungsgegner legt dar und beweist, dass der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Antrag geschlossen wurde oder er nichts von dem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners gewusst hat. § 133 Abs. 2 InsO stellt dabei keinen eigenständigen Anfechtungstatbestand dar, welcher selbstständig neben dem in Abs. 1 Satz 1 genannten steht. Vielmehr handelt es sich, ebenso wie bei § 133 Abs. 1 Satz 2, um einen gesetzlich normierten Fall der Beweislastumkehr bei der Vorsatzanfechtung. Dieses lässt sich bereits gesetzessystematisch aus der Einordnung unter der einheitliche Überschrift „Vorsätzliche Benachteiligung" folgern.[468]

Die Norm baut auf der Erfahrung auf, dass wirtschaftlich oder persönlich dem Schuldner nahestehende Personen besser über die wirtschaftliche Lage des Schuldners informiert und ferner auch eher dazu bereit sind, mit diesem gläubigerschädigende Verträge abzuschließen. Auf der anderen Seite kann auch von einer gesteigerten Bereitschaft zu solchen Handlungen auf Seiten des Schuldners ausgegangen werden. Deshalb wird diesen Personen die Beweislast für ihre eigene Redlichkeit auferlegt.[469] Allerdings ist diese nachteilige Beweislastumkehr auf den Fall des unmittelbar benachteiligenden, entgeltlichen Vertrages beschränkt.

A. Zum Erfordernis der „Entgeltlichkeit"

Die Norm erfordert einen entgeltlichen Vertrag. Hierunter werden Verträge verstanden, in welchen der Leistung des Schuldners eine ausgleichende Zuwendung der anderen Vertragspartei gegenübersteht und beide rechtlich voneinander abhängen.[470] Vom Wortlaut her sind danach unentgeltliche Verträge, also insbesondere Schenkungen von § 133 Abs. 2 InsO ausgeschlossen. Dieses Erfordernis soll insbesondere der Abgrenzung zu § 134 InsO dienen. Bei entgeltlichen Verträgen soll im Gegensatz zu den unentgeltlichen nicht auf das Erfordernis von subjektiven Voraussetzungen verzichtet werden.[471]

Diese auf den ersten Blick nachvollziehbare Einschränkung vermag im Ergebnis nicht zu überzeugen. Zwar erfasst § 134 Abs. 1 InsO ohne weitere, insbesondere

---

468 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 45; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 133 Rz. 33.

469 BGH WM 1965, 1152 [1153].

470 HK-*Kreft*, InsO § 133 Rz. 25; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 41.

471 Zur KO *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 26.

subjektive Voraussetzungen für einen zwei Jahre über den in § 133 Abs. 2 InsO genannten hinausgehenden Zeitraum unentgeltliche Verfügungen. Es besteht danach grundsätzlich hinsichtlich des Tatbestands kein Bedürfnis, § 133 Abs. 2 InsO, entgegen dem Wortlaut, auch auf unentgeltliche Geschäfte zu erweitern. Jedoch ist zu beachten, dass sich in der Rechtsfolge beide Normen unterscheiden. So ist für unentgeltliche Verfügungen die Rückgewähr nach § 143 Abs. 2 Satz 1 InsO auf die vorhandene Bereicherung beschränkt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Anfechtungsgegner weiß oder den Umständen nach wissen muss, dass durch die Leistung die Gläubiger benachteiligt werden (§ 143 Abs. 2 Satz 2 InsO). Hierfür ist jedoch der Insolvenzverwalter darlegungs- und beweispflichtig. Eine Beweislastumkehr für die Ausnahme in § 143 Abs. 2 Satz 2 InsO gegenüber nahestehenden Personen, obwohl sie nahegelegen hätte, besteht nach dem Wortlaut nicht. Zwar soll die Frage, ob eine nahestehende Person Anfechtungsgegner ist oder nicht, im Rahmen der Beweiswürdigung eine Rolle spielen.[472] Eine solche wie auch immer verstandene Beweiserleichterung kann jedoch nicht soweit gehen, dass sie einer Beweislastumkehr gleichkommt. Hiergegen spricht bereits der Umkehrschluss[473] aus den Regeln in § 130 Abs. 3, § 131 Abs. 2 Satz 2, § 132 Abs. 3 sowie § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO. Insofern könnte eine nahestehende Person also besser stehen, wenn der Schuldner ihr einen Gegenstand nicht zu einem unangemessenen Preis verkauft, sondern ihn ihr sogar schenkt, was ein wenig überzeugendes Ergebnis scheint. Im Erst-Recht-Schluss muss daher folgen, dass wenn entgeltliche Verträge anfechtbar sind, dies gleichermaßen und sogar noch eher für unentgeltliche gelten muss.[474] Denn bei ersteren erhält der Schuldner zumindest noch irgendeine Gegenleistung, auch wenn sie sich gegenüber der von ihm erbrachten als geringwertig erweist.

B. Zum Erfordernis des „Vertrages“

Bei dem entgeltlichen, unmittelbar benachteiligenden Geschäft muss es sich ferner nach § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO um einen „Vertrag“ handeln. Eindeutig sind hierunter schuldrechtlichen Verträge zu fassen. Der Anwendungsbereich wird hierauf jedoch nicht beschränkt; vielmehr wird der Begriff des Vertrages weit ausgelegt und hierunter jeder auf wechselseitiger Willensübereinstimmung beruhende Erwerbsvorgang verstanden. Nur rein einseitige Maßnahmen sollen nicht erfasst sein.[475]

---

472 HK-*Kreft*, InsO § 143 Rz. 55.

473 Hierzu bei Fn. 650 (S. 146).

474 Ebenso FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 22.

475 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 40. Zur KO bereits *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 25; *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 120.

Besonders auch Erfüllungsgeschäfte sollen danach einbezogen sein.[476] Hierfür lässt sich insbesondere historisch anführen, dass der bereits in § 31 KO verwendete Begriff des „entgeltlichen Vertrages" sich nicht auf schuldrechtliche Geschäfte beschränken sollte, sondern nach den Motiven KO[477] dem Begriff der „unentgeltlichen Verfügung" gegenüberstand. Diese Deutung wird auch nicht dadurch überwunden, dass es in § 10 Abs. 1 Nr. 2 GesO entgeltliche „Leistung" statt Vertrag hieß.[478] Ein solcher Rückschluss von der GesO auf die KO bzw. InsO kommt nicht in Betracht. Die GesO wurde noch von dem Ministerrat der DDR erlassen und löste die Gesamtvollstreckungsordnung der DDR von 1975 ab.[479] Es liegt damit weder eine Identität mit dem Gesetzgeber der KO bzw. dessen Rechtsnachfolger noch mit demjenigen der InsO vor.

Zu folgen ist weiten Teilen der vorgenannten Ansicht auch insofern als sie das Entgelt des Schuldners in dem Erlöschen der Schuld sieht.[480] Der entgegenstehenden Ansicht von *Henckel*[481] ist nicht zu folgen. Anders als bei § 134 InsO ist bei § 133 Abs. 2 InsO die Einheitslösung nicht durch den Wortlaut der Norm vorgegeben. Wenn man den Begriff des Vertrages auch auf die Erfüllungsebene bezieht, muss dort auch die der Leistung des Schuldners gegenüberstehende Leistung des anderen Teils gesucht werden. Wie bereits ausgeführt (s. Punkt VIII.B.2.a) (S. 77)), können reine Erfüllungshandlungen jedoch regelmäßig nicht unmittelbar benachteiligend sein. Daher kommt im Ergebnis hier eine Anfechtung zumeist nicht in Betracht.

---

476 BGH ZIP 1990, 459 [460]; RGZ 27, 130 [134] zum AnfG a.F.; *Smid/Zeuner*, InsO § 133 Rz. 20; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 133 Rz. 37.

477 S. 133. Schließlich folgt auch aus der Einleitung der Begründung zu § 31 Nr. 2 KO, dass alle von der besonderen Konkursanfechtung erfassten Vorgänge von diesem Tatbestand erfasst sein sollten.

478 Auch Ausführungen in einer Entscheidung des BGH (ZIP 1993, 853 [854]; vgl. a. *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO § 10 Rz. 61a) könnten so verstanden werden, dass es erst die Formulierung der GesO erlaube, auch die Tilgung von Verbindlichkeiten zu erfassen. Allerdings liegt dies nicht auf der Linie der bereits vom RG begründeten und vom BGH fortgeführten Rechtsprechung, sodass ohne ein ausdrückliches *obiter dicta* nicht von einem nunmehr einschränkenden Verständnis des BGH ausgegangen werden kann.

479 Vgl. *Kilger/K. Schmidt*, InsolvenzG Einleitung GesO Anm. 1a. Den Rang eines Bundesgesetzes hat die GesO durch Neubekanntmachung vom 23.5.1991 erlangt.

480 BGH ZIP 1990, 459 [460]; BGH ZIP 1995, 1021 [1024]; RGZ 27, 130 [134f.]; OLG Celle ZInsO 2000, 378; FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 22.

481 *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 26. Dem folgend MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 41.

X. § 133 ABS. 1 INSO UND FALLGRUPPEN

Eine allgemeine Anwendung des mit dem Merkmal des Vorsatzes und der Kenntnis weitgehend auf innere Vorstellungen bei Schuldner und Anfechtungsgegner abstellenden und damit rechtstatsächlich nur unbestimmt zu erfassenden Tatbestands hat sich in der Rechtspraxis als schwierig erwiesen. Deswegen haben sich bereits frühzeitig Fallgruppen gebildet, in welchen Rechtsprechung und Literatur bei Vorliegen bestimmter Umstände zu einer Anfechtbarkeit gekommen sind oder diese verneint haben.

Gegenstand dieser Fallgruppen sind dabei insbesondere Erfahrungssätze, nach welchen bei Feststellung bestimmter Umstände auf die inneren Merkmale bei Schuldner und Anfechtungsgegner geschlossen werden kann (s. bereits Punkt VIII.E.1 (S. 94)). Wie bereits an vorgenannter Stelle erwähnt, steht die Rechtsordnung solchen Beweiserleichterungen nicht entgegen, sofern die Indizwirkung bestimmter Umstände nicht soweit ausgedehnt wird, dass sie einer Umkehr der Beweislast gleichkommt.[482] Der Gesetzgeber hat einen Fall der Beweislastumkehr in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ausdrücklich und ohne Regelbeispielcharakter gebildet. Man kann hieraus schließen, dass weitere Fälle der Beweislastumkehr nicht geschaffen werden dürfen (vgl. Punkt VIII.E.2.c) (S. 98)).

A. Die Anfechtung von kongruenten Deckungen

Besonders problematisch gestaltet sich die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO bei kongruenten Deckungen. Erhält ein Gläubiger eine Leistung, auf welche er in der Art und zu der Zeit einen Anspruch hat, liegt nicht ohne weiteres ein Vorgang vor, welcher den Verdacht erweckt, dass den Gläubigern Haftungsvermögen in einer vom Üblichen abweichenden Art und Weise entzogen werden soll. Der Vorteil, den der Leistungsempfänger hier gegenüber den anderen Gläubigern erlangt, liegt lediglich darin, dass er eine volle Befriedigung aus dem Schuldnervermögen erhält, bevor dieses zugunsten aller Gläubiger verhaftet ist. Zu berücksichtigen ist auch das systematische Argument, dass das Ausmaß der Anfechtung kongruenter Deckungen von § 130 InsO umrissen wird. Danach ist die Anfechtung nur in einem Zeitraum von 3 Monaten vor dem Antrag oder danach möglich, wenn dem Gläubiger die bestehende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder der Eröffnungsantrag bekannt war. Ausgehend von der These, dass die Anfechtungstatbestände in ihrer Umkehr auch einen Vertrauensschutz zugunsten des Rechtsverkehrs entfalten, kann danach eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO nicht bereits dann möglich sein, wenn der

[482] Vgl. Fn. 464 (S. 99).

Schuldner im Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit oder einem dieser vorgelagerten Krisenstadium einen Gläubiger kongruent befriedigt. Zwar hebt § 130 InsO nur auf die Kenntnis des Gläubigers ab. Nun wird aber der Fall, dass der Gläubiger nicht aber der Schuldner von der Zahlungsunfähigkeit Kenntnis hat, die Ausnahme bilden.

Geht man von den obigen, grundsätzlichen Überlegungen zum Vorsatz aus, müsste bei kongruenten Deckungen der Vorsatz immer bereits dann gegeben sein, wenn der Schuldner einen Gläubiger befriedigt und dabei weiß oder auch nur für möglich hält, dass sein Vermögen nicht ausreichen wird, alle Gläubiger zukünftig zu befriedigen. Jede Befriedigung oder Sicherung in einem Zeitpunkt, in dem die Krise auch nur absehbar ist, wäre danach grundsätzlich einer Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO ausgesetzt. Danach würde regelmäßig ein Sachverhalt der unter § 130 InsO fällt ohne weiteres auch unter § 133 InsO fallen. Darüber hinaus würde für § 133 InsO bereits die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit oder eines anderen vorgelagerten Krisenzustandes genügen. § 130 InsO wäre, wenn man § 133 InsO im vorgenannten Sinne auslegt, nicht nur obsolet, vielmehr würde auch der im Umkehrschluss aus § 130 InsO zu gewinnende Vertrauenstatbestand sowohl in zeitlicher als auch in inhaltlicher Sicht verletzt.

Schließlich spricht auch die Möglichkeit der Vorsatzanfechtung nach dem AnfG dafür, dass eine kongruente Deckung nicht ohne weiteres diesem Anfechtungstatbestand unterfallen kann. Das AnfG kennt eine dem § 130 InsO vergleichbare Vorschrift nicht. Ließe man eine Anfechtung kongruenter Deckungen nach § 3 AnfG unter diesen Umständen zu, könnte sich der anfechtende Gläubiger nicht nur eine gleichmäßige, sondern sogar eine bevorzugte Befriedigung vor dem Anfechtungsgegner verschaffen, ohne dass ihm ein besserer Anspruch als derjenige des Anfechtungsgegners zusteht.[483]

Als weiteres Argument wird schließlich vorgetragen, dass der Schuldner nicht allein deswegen die Zahlung verweigern könne, weil sie zu einer Benachteiligung seiner Gläubiger führe.[484] Den Schuldner treffe schließlich eine Rechtspflicht die Zahlung

---

[483] RGZ 23, 9 [15 f.]. Man müsste wohl in einem solchen Fall annehmen, dass die vom anfechtenden Gläubiger erlangte Befriedigung selbst wiederum nach § 3 AnfG anfechtbar wäre. Der ursprüngliche Anfechtungsgegner wäre also wiederum selbst zur Anfechtung berechtigt. Dieser Konflikt ließe sich wohl nur durch die Annahme auslösen, dass der nach § 7 AnfG zurückzugewährende Gegenstand beiden Gläubiger gleichermaßen zur Verwirklichung der Haftung zur Verfügung stehen müsste. Eine solche Gleichbehandlung sieht das AnfG allerdings nicht vor, vielmehr ist eine solche nur im Insolvenzverfahren möglich.

[484] *Plander*, BB 1972, 1480 [1483]; *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 11.

vorzunehmen.[485] Dies überzeugt allerdings nicht. Auch das Risiko der Anfechtung nach § 130 InsO verschafft dem Schuldner nicht die Möglichkeit eine Zahlung zu verweigern. Die Vorsatzanfechtung begründet keinen Vorwurf und keine Sanktion gegenüber dem Schuldner, dass die anfechtbare Handlung zu unterlassen gewesen wäre (s. bei Fn. 144 (S. 37)).

Unabhängig davon ist es aber zu Recht allgemeine Auffassung[486], dass der Anwendungsbereich des § 133 InsO, jedenfalls bei kongruenten Deckungen, einer Einschränkung bedarf, um zu sachlich gerechtfertigten Ergebnissen zu kommen. Dies ist, um die Abwägung der Interessen von Gläubigergesamtheit und Anfechtungsgegner nicht einseitig zu Lasten des Letzteren ausfallen zu lassen, auch ein Gebot verfassungskonformer Auslegung[487]. Bereits seit dem Inkrafttreten der KO besteht jedoch keine einhellige Meinung dahin, auf welche Weise dies zu erreichen ist.

1. Die Rechtslage unter Geltung der KO

Nach den Motiven zur KO[488] sollte eine Anfechtung wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung bei kongruenten Deckungen grundsätzlich nicht möglich sein. Es gelte der Grundsatz *nullam videri fraudem facere, qui suum recipit*. Dieser werde nur dann durchbrochen, wenn die Deckungshandlung von einer ausdrücklichen oder stillschweigenden fraudulösen Übereinkunft begleitet werde.[489]

Rechtsprechung und Literatur zur KO sind dem weitgehend gefolgt, wobei allerdings ein kollusives Zusammenwirken nicht als zwingend betrachtet wurde.[490] Die in

---

485 *Plander*, BB 1972, 1480 [1484]

486 *Plander*, BB 1972, 1480 [1483]; *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 11; *Smid/Zeuner*, InsO § 133 Rz. 45.

487 Hierzu *Larenz/Wolf*, AT § 4 Rz. 61.

488 Motive KO S. 131. Siehe auch S. 119: „*Der Schuldner, welcher einem Gläubiger nur dasjenige leistet, wozu er ... von Rechtswegen verpflichtet ist, begeht eine Rechtsverletzung gegen die übrigen Gläubiger nicht schon darum, weil er die Leistung mit Rücksicht auf seine schlechte Vermögenslage und zur Begünstigung des Empfängers vornimmt. Noch weniger macht sich der Gläubiger, welcher nicht mehr erhält, als worauf er ein Zwangsrecht hat, durch Annahme dessen einer Rechtsverletzung oder einer Teilnahme an solcher schuldig, auch wenn er weiß, daß der Schuldner in so schlechter Vermögenslage sich befindet, daß nicht alle anderen Gläubiger gleich ihm befriedigt werden könnten und ... eine Einbuße erleiden müssen. Man kann ihm nicht zumuthen, auf Ausübung seines wohlbegründeten Rechts zu verzichten ...*“. Die Annahme des VID (Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005 1384 [1386]) die Väter der Konkursordnung hätten erkannt, dass unredlich und „damit“ in vorsätzlicher Benachteiligungsabsicht handele, wer Kenntnis der Insolvenzeröffnungstatsachen habe, ist sonach nicht zutreffend.

489 Ebenso RGZ 20, 180 f; RGZ 23, 9 [11].

490 Vgl. die Nachweise bei *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 11. *Plander* BB 1972, 1480 [1483f.]; *Sarwen*, KO § 24 Anm. 2 (S. 143). Anders wohl BGH NJW 1969, 1719.

§ 31 KO genannte Absicht sei stets eine „unlautere".[491] Teilweise wurden auch andere Attribute herangezogen, wie „dolos"[492], „betrügerisch"[493], „widerrechtlich"[494] oder „arglistig"[495], ohne dass dem jeweiligen Begriff ein von den übrigen abweichender Inhalt zugemessen wurde. In der Rechtsprechung des BGH[496] setzte sich jedoch schließlich das Merkmal der „Unlauterkeit" als Abgrenzungskriterium durch. Gehorche der Schuldner lediglich einer Rechtspflicht, müssten weitere Umstände hinzukommen, um das Unlauterkeitsurteil zu tragen.[497] Der Nachweis des subjektiven Tatbestands war danach bei kongruenten Deckungen verschärft. Eine Einschränkung des Vorsatzbegriffes sollte damit allerdings nicht verbunden sein. Bedingter Vorsatz genüge auch im Falle von kongruenten Deckungen.[498] Vor allem das RG[499] hat betont, dass hiermit nicht ein allgemein gültiger und bindender Rechtsgrundsatz oder auch nur eine allgemein verbindliche Beweisregel entwickelt worden sei. Im Falle der Anfechtung gegenüber nahen Angehörigen nach § 3 Nr. 2 AnfG a.F. (§ 31 Nr. 2 KO; § 133 Abs. 2 InsO) kehre sich auch bei solchen Geschäften die Beweislast nicht zu Lasten der Masse um.[500] Es handele sich, wenn die Anfechtbarkeit dieser Geschäfte häufiger ausgeschlossen sei, lediglich um Erwägungen tatsächlicher Natur, die keineswegs überall zuzutreffen brauchten.[501]

Der Schuldner handele danach nicht bereits dann mit unlauterem Vorsatz, wenn er wisse, dass er dadurch zugleich den Zugriff der Gläubiger verkürze und er dies als notwendige oder doch mögliche Folge seines Handelns in Kauf nehme. Ein unlauterer Charakter könne jedoch aus dem mit der Deckung verfolgten Zweck folgen. Eine Benachteiligungsabsicht sei dabei anzunehmen, wenn es dem Schuldner

---

491 BGHZ 12, 232 [238].

492 RGZ 4, 28 [33]; RGZ 21, 420 [425].

493 RGZ 4, 28 [33]; RGZ 6, 44 [45 f.]; RGZ 21, 420 [425]; RGZ 57, 161 [163]. Vgl. a. Motive KO S. 130: *„Anfechtbarkeit betrüglicher Rechtshandlungen des Gemeinschuldners"*.

494 RGZ 23, 9 [13.]; RG JW 1902, 24 Nr. 17.

495 Vgl. Motive KO S. 130.

496 BGHZ 12, 232 [238]; BGH NJW 1956, 337; BGH BB 1965, 14; BGH ZIP 1991, 807 [809]. Ebenso BAG NJW 1967, 2425; LG Köln NJW 1958, 1296 [1298]; bereits RGZ 21, 420 [425]; RGZ 23, 9 [13]; RGZ 57, 161 [163]. Dem folgend zur InsO: OLG Stuttgart ZIP 2002, 2264 [2268].

497 BGHZ 12, 232 [238]; *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 11. So auch noch zur InsO: *Smid/Zeuner*, InsO § 133 Rz. 45.

498 BGH ZIP 1991, 807 [809]; ZIP 1993, 521 [522]. Ebenso bereits RG JW 1906, 590.

499 JW 1901, 9; RGZ 51, 76 f.; JW 1902, 590; JW 1902, 593; JW 1906, 179.

500 RG JW 1902, 590; RG JW 1902, 593. Das RG spricht insofern nicht von kongruenten oder inkongruenten Geschäften, sondern von Erfüllungs- oder Deckungsgeschäften (hierzu unten S. 118)

501 RG JW 1902, 590; RG JW 1902, 593.

weniger auf die Erfüllung seiner Vertragspflichten und auf die Erlangung weiteren Kredits, sondern mehr auf die Schädigung der übrigen Gläubiger angekommen sei.[502]

2. Der neuere Ansatz des BGH

Die Rechtsprechung des BGH zur InsO gründet auf der zur KO gewonnenen Erkenntnis.[503] Danach sei auch unter Geltung der InsO eine Anfechtung von kongruenten Deckungen nach § 133 InsO nur unter besonderen Umständen möglich. Allerdings hat sich der BGH von dem Erfordernis der Unlauterkeit des Vorsatzes gelöst.[504] Die tatsächliche Vermutung, dass es dem Schuldner vorrangig auf die Erfüllung seiner Forderung ankomme, könne auch durch andere Umstände erschüttert werden, deren Unlauterkeit zweifelhaft sei. So heißt es in einer neueren Entscheidung: „*Ein Schuldner, der in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit im Allgemeinen noch einzelne Gläubiger befriedigt, rechnet zwangsläufig mit der dadurch eintretenden Benachteiligung der anderen Gläubiger, für die damit weniger übrig bleibt. Er nimmt dies jedenfalls billigend in Kauf, wenn er damit den begünstigten Gläubiger von der Stellung eines Insolvenzantrages abhalten will.*“[505] Entsprechendes gelte, wenn der Schuldner zur Vermeidung einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung leiste.[506] Leiste der Schuldner in einem solchen Fall, gehe es ihm nicht vorrangig um die Befriedigung der Forderung, sondern vielmehr um eine Bevorzugung des jeweiligen Gläubigers.[507] Das Merkmal der Unlauterkeit könne deswegen entfallen, weil es statt Gläubigerbenachteiligungs*absicht* nunmehr -*vorsatz* heiße.[508]

---

502 BGHZ 12, 232 [238]; BGH ZIP 1998, 793 [798 f]; BGH ZIP 1993, 521; BGH ZIP 1984, 572 [579 f.]; RG JW 1892, 429; RG JW 1893, 385; RG JW 1902, 593; RGZ 33, 120 [125]; RGZ 57, 161 [163]; RGZ 153, 352; RG JW 1938, 2841; RG DR 1940, 874. *Gottwald/Huber,* InsOHdb § 48 Rz. 8.

503 Insbesondere hält der BGH daran fest, dass im Falle kongruenter Deckungen bedingter Vorsatz genügt (BGH ZIP 2003, 1799 [1800]; BGH ZIP 2003, 1506 [1509]).

504 BGH ZIP 2004, 1512 [1513]; BGH ZIP 2003, 1799 [1800]. Ebenso MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 13. Ferner OLG Dresden ZIP 2003, 1052 [1719]; ZIP 2003, 1716 [1719]: Kein unredliches Verhalten erforderlich. Ebenso OLG Hamm, DZWiR 2005, 218.

505 BGH ZIP 2003, 1799 [1800].

506 BGH ZIP 2004, 1512 [1513]. Diese und die zuvor genannte Entscheidung werfen, vom BGH allerdings nicht diskutierte Abgrenzungsprobleme zu den Fallgruppen auf, in welchen Rechtsprechung und h.L. eine Inkongruenz der Deckung wegen Drohung mit Zwangsvollstreckung (s. Punkt X.B.2 (S. 130)) bzw. Insolvenzantrag (Punkt X.B.3 (S. 141)) bejahen.

507 BGH ZIP 2004, 1512 [1513]; BGH ZIP 2004, 669 [671]; BGH ZIP 2003, 1799 [1800]; BGH ZIP 2003, 1506 [1509].

508 Dieses Argument kann mit Blick auf die Rechtsprechung des BGH zur KO und die InsO-Gesetzgebungsgeschichte nicht überzeugen (Ebenso *Huber*, NZI 2003, 597 [599]: „*ziemlich formal*

Danach verzichtet der BGH nicht nur auf das Merkmal der Unlauterkeit, sondern setzt auch den Bezugspunkt seiner Betrachtung anders als in der bisherigen Rechtsprechung. Der Schwerpunkt liegt nunmehr nicht mehr bei der Frage, ob der Schuldner seine übrigen Gläubiger in unlauterer Weise benachteiligen, sondern ob er den Gläubiger bevorzugen wollte.[509]

Methodisch knüpft der BGH für seine Unterscheidung der anfechtungswürdigen von den bestandskräftigen kongruenten Deckungshandlungen offenbar an das voluntative Element des Vorsatzes an. Noch deutlicher ist hier eine Entscheidung des OLG Dresden[510], in der ausgeführt wird, dass sich derjenige Schuldner, der einem Gläubiger in einer wirtschaftlichen Krise nur dasjenige gewährt, was dieser zu beanspruchen hatte, eher sich *„darauf wird berufen"*[511] können, auf den Nichteintritt der als möglich erkannten Gläubigerbenachteiligung geschlossen zu haben. Gewähre er eine inkongruente Deckung, sei eher ein Indiz für eine billigende Inkaufnahme anzunehmen. Der bedingte Vorsatz liege zudem nahe, wenn ein Beweggrund des Schuldners festgestellt werde, einen Gläubiger vorrangig vor den anderen zu befriedigen.

3. Stellungnahme

Die von dem RG vorgenommene und auch heute noch der Rechtssprechung zu Grunde liegende Einordnung dieser Frage im Rahmen der Beweiswürdigung ist aus methodischer Sicht nicht zu beanstanden, wenn die „Erwägungen tatsächlicher Natur" mit den eingangs erwähnten Erfahrungssätzen im Rahmen des Indizienbeweises gleichgesetzt werden. Insbesondere kann das Revisionsgericht hierüber

argumentiert"). Sie wäre nur dann überzeugend, wenn die Rechtsprechung zur KO bei kongruenten Deckungen getreu dem Wortlaut gefolgt wäre und in allen anderen Fällen für das Merkmal, erweiternd, auch dolus eventualis hätte ausreichen lassen. Dies hat sie aber, wie oben beschrieben, gerade nicht getan. Im Übrigen steht diesem Argument auch der Wille des InsO-Gesetzgebers entgegen. Dieser hat es nämlich für geboten erachtet, dass gerade wegen der weiten zeitlichen Erstreckung die engen materiellen Voraussetzungen beizubehalten sind (Amtl. Begr. InsO S. 160). Der Gesetzgeber hat sich deswegen darauf *beschränkt* (So ausdrücklich Amtl. Begr. InsO S. 160), im Bereich des Nachweises der Kenntnis des Anfechtungsgegners eine Beweiserleichterung zu schaffen (§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO). Es kann danach eher schwerlich davon ausgegangen werden, dass eine Abkehr von der Rechtsprechung zur KO dem gesetzgeberischen Ansinnen entspricht.

509 BGH ZIP 2004, 669 [671]; in diese Richtung bereits *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.83.

510 ZIP 2003, 1052 [1053],

511 Da es sich nicht um einen Anspruch gegen den Schuldner handelt, ist diese Formulierung nicht unproblematisch.

auch urteilen. Auch wenn nämlich der Tatrichter in der Überzeugungsbildung frei ist, sind die von ihm angewandten Erfahrungssätze revisionsrechtlich überprüfbar.[512]

Bei der Bildung eines solchen Erfahrungssatzes gehen beide Lösungsversuche jedoch über die Ebene der Beweiswürdigung hinaus. Indem ein bestimmtes Motiv bei dem Schuldner verlangt wird, wird nämlich unausgesprochen von dem Ansatz abgewichen, dass für alle Fälle der Vorsatzanfechtung dolus eventualis genügt. Denn muss die Benachteiligung der Gläubiger das überwiegende Motiv für die Handlung des Schuldners gewesen sein[513], kann dies nichts anderes heißen, als dass der Schuldner in den Fällen der kongruenten Deckung mit dolus directus 1. Grades gehandelt[514], er also die Benachteiligung nicht nur erkannt und gebilligt, sondern auch als Zwischenziel verfolgt haben muss.

Entgegen der zuvor wörtlich wiedergegebenen Entscheidungsgründe kann die Frage, ob der Schuldner die Benachteiligung zumindest billigt, nicht davon abhängen, ob er beabsichtigte, den Gläubiger zu bevorzugen. Weiß der Schuldner um seine Krise und befriedigt er einen Gläubiger, muss er mit der Benachteiligung der anderen Gläubiger zwangsläufig rechnen. Er billigt diese lediglich dann nicht, wenn er davon ausgeht, dass die Möglichkeit aufgrund bestimmter Umstände nicht eintreten wird. Die Bevorzugung eines bestimmten Gläubigers spielt insoweit nur dann eine Rolle, wenn daraus etwas für die Erkenntnis gewonnen werden kann, wie der Schuldner seine zukünftige Vermögenssituation beurteilt.[515] Unterstellt man einen rational denkenden Schuldner, dürfte insoweit die Befriedigung zum Zwecke der Abwendung eines Antrags nicht für, sondern gegen die Gläubigerbenachteiligung sprechen. Denn eine solche Abwendung macht für den Schuldner zumeist nur dann einen Sinn, wenn er noch von seiner wirtschaftlichen Gesundung ausgeht.

Insofern ist auch dem Ansatz von *Sander*[516] entgegenzutreten, dass der in kongruenter Art und Weise Leistende sich eher in der Lage sieht, eine bereits krisenhafte Situation noch abwenden zu können. Zwar spricht ein Vermutung dafür, dass derjenige, der eine inkongruente Deckung gewährt, dies gerade vor dem Hintergrund seiner aussichtslosen Krise vollzieht; unzulässig ist es freilich, daraus in der Umkehr die Vermutung zu gewinnen, dass er gerade bei kongruenten nicht von der Aussichtslosigkeit ausgeht.

---

512 *Zöller/Gummer*, ZPO § 546 Rz. 13.

513 Kritisch hierzu auch *Riehl*, GruchotsBeitr. 53 (1909), 161 [210].

514 Ebenso *von Campe*, Anfechtung in Deutschland und Frankreich S. 238.

515 Hierauf ist insbesondere in den Fällen einer inkongruenten Deckung zurückzukommen.

516 *Sander*, ZIP 2003, 613 [614 f.].

Insgesamt kann man festhalten, dass das Merkmal des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes im Sinne eines *dolus eventualis* damit nicht geeignet ist, die für anfechtungswürdig erachteten Fällen von den übrigen zu unterscheiden.[517] Damit ist auch dogmatisch dem Ansatz der Rechtsprechung eine Absage zu erteilen, diese Frage im Rahmen der Beweiswürdigung zu entscheiden.

Zur Erreichung sinnvoller Ergebnisse muss man zunächst zum Ausgangspunkt zurückkehren. Eine über § 130 InsO hinausgehende Konstellation liegt dann vor, wenn sich der Vorteil des Gläubigers nicht lediglich in der Befriedigung oder Sicherung trotz der Krise erschöpft; die Bevorzugung des Gläubigers also nicht einzig und allein aus den objektiven wirtschaftlichen Umständen des Schuldners folgt. Dies ist dann der Fall, wenn vom Schuldner gerade *wegen* der Krise Umstände geschaffen werden, welche die Deckung als eine besondere, vom üblichen abweichende erscheinen lassen. Entsprechend dem Grundgedanken der Vorsatzanfechtung (s. Punkt IV.C.2.a) (S. 35)) liegt dann kein Vorgang mehr vor, mit welchem die Gläubiger billigerweise rechnen müssen. Der Schuldner „muss" vor dem in § 130 InsO genannten Zeitraum die Chancengleichheit zwischen den Gläubigern wahren, indem er jedem von ihnen die gleiche Möglichkeit des Zugriffs auf sein Vermögen und damit der Haftungsverwirklichung einräumt.[518] Man könnte auch formulieren, dass der Schuldner nicht *quantitativ*, wohl aber *qualitativ* gegenüber allen Gläubigern mit der gleichen Gewissenhaftigkeit vorgehen müsse.[519] Entsprechend formuliert nunmehr auch der BGH[520], dass § 133 InsO das Interesse der Gläubiger schütze, dass der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtige. Um das „Besondere" der gewährten Deckung zu ermitteln, wird man von der Verkehrssitte ausgehen müssen; die unter verkehrsüblichen Umständen erfolgende Deckung wird nur von § 130 InsO erfasst, die unter nicht verkehrsüblichen auch von § 133 InsO.[521]

Sind damit die maßgeblichen Kriterien durch Abgrenzung zu § 130 InsO näher konkretisiert, ist hiermit noch die Frage beantwortet, wie diese Umstände in § 133 InsO tatbestandlich eingeordnet werden können. Hier stellt sich das Problem, dass § 133 InsO zwar in seiner Grundüberlegung auf das Merkmal der sozialen Inadäquanz abstellt, dieses jedoch tatbestandlich nur über das Merkmal des Be-

---

517 Ebenso *Sander*, ZIP 2003, 613 [614]; vgl. a. *Plander*, BB 1480 [1484].

518 Vgl. *Jaeckel*, Anfechtungsrecht S. 75.

519 *Steinbach*, Österr. Anfechtungsrecht S. 29; *Kornitzer*, GrünhutsZ 15 (1888), 585 [606 f.].

520 ZIP 2005, 494 [496]; zustimmend *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185 [187f.].

521 Vgl. a. Beinert/Hennerkes/Binz/Rauser, DB 1980, 2323 [2326]: „*Bevorzugung eines Gläubigers in einer mit Treu und Glauben nicht mehr zu vereinbarenden Weise*". Ebenso BAG KTS 1967, 238 [243].

nachteiligungsvorsatzes zum Ausdruck gebracht wird. Nun zeigt sich jedoch das Verständnis dieses Merkmals als *dolus eventualis* als ungeeignet, die sozialadäquaten von den -inadäquaten zu unterscheiden. In konsequenter Verfolgung des Ansatzes der Rechtsprechung könnte man nunmehr im Wege einer teleologischen Reduktion[522] für § 133 InsO bei kongruenten Deckungen Vorsatz im Sinne von *dolus directus* 1. Grades verlangen. Die Bevorzugung des Gläubigers müsste dann zumindest das angestrebte Zwischenziel des Schuldners sein. Die besonderen, die Deckungshandlung begleitenden Umstände wäre dann nur das objektive Anzeichen für den vom Schuldner verfolgten Zweck der Gläubigerbevorzugung. Allerdings erweist sich auch dieses Kriterium als nicht ausreichend, um die nötige Differenzierung zu erreichen[523]. Befriedigt etwa der Schuldner in der Krise einen Lieferanten, um von diesem die zur Fortführung seines Betriebes notwendige Weiterbelieferung zu erhalten, besteht kein Zweifel, dass die Gläubigerbevorzugung bzw. die Gläubigerbenachteiligung notwendiges und damit gewolltes Zwischenziel ist, um das Endziel, die Aufrechterhaltung des Unternehmens, zu erreichen. Die Annahme, dass es sich um einen sozialinadäquaten Vorgang handelt, ist jedoch nur schwer begründbar.[524]

Danach zeigt sich, dass die teleologische Reduktion über eine einschränkende Auslegung des Merkmals Vorsatz nicht zu erreichen ist. Die nach dem Sinn und Zweck notwendige Einschränkung des Anwendungsbereichs der Vorschrift[525] lässt sich

---

522 So zur KO: *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 11; *Kohler*, Konkursrecht S. 219. Da es in § 31 KO „Absicht" hieß, kann es sich allerdings methodisch nicht um eine teleologische Einschränkung handeln. Vielmehr ist im Fall kongruenter Deckungen der Wortlaut streng und in allen anderen Fällen erweiternd auszulegen (vgl. *Henckel* a.a.O.).

523 Gegen die Formel, dass es dem Schuldner mehr um die Benachteiligung der Gläubiger als um die Befriedigung der Forderung gegangen sein müsse, kann schließlich weiter eingewendet werden, dass ihre Feststellung im konkreten Fall relativ willkürlich ist, weil sie dem Rechtsanwender keine Kriterien vorgibt, welche Umstände denn den Schluss zulassen sollen, was der Schuldner mehr gewollt hat (Vgl. *Jaeckel*, Anfechtungsrecht S. 75f.; *Riehl*, GruchotsBeitr. 53 (1909) S. 161 [210]).

524 Ebenso, abstellend auf die Abgrenzungsformel der Rechtsprechung, eine Anfechtung in diesem Fall nach § 133 Abs. 1 InsO ablehnend *Ganter* FS f. Gerhardt (2004) S. 237 [245 f.]; a.A. *de Bra*, LMK 2003, 135; *Marotze*, Gegenseitige Verträge Rz. 15. Auch der BGH (ZIP 2003, 810 [813]) geht davon aus, dass trotz eines allgemein anzunehmenden, krassen Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsprinzip ein solches Vorgehen, allerdings nur im Einzelfall, nicht als „verwerflich" anzusehen sein könne (vgl. a. BGH ZIP 2005, 314 [316] zur Frage eines der Anfechtung entgegenstehenden Vertrauenstatbestandes bei Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters zur Zusage der Erfüllung auch von Altverbindlichkeiten). Schließlich geht das Gericht in einer neueren Entscheidung (ZIP 2005, 769 [771]) davon aus, dass das sich aus § 648a Abs. 5 BGB ergebende Druckpotential des Subunternehmers auf den Bauunternehmer eher gegen das Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht spricht.

525 Zur teleologischen Reduktion vgl. *Larenz/Wolf*, AT § 4 Rz. 81.

vielmehr nur dadurch erreichen, dass das Merkmal der sozialen Inadäquanz selbst zum Kriterium wird. Neben dem Benachteiligungsvorsatz muss sich also die Deckungshandlung vor dem Hintergrund der sie begleitenden oder nachfolgenden Umstände als ein Verstoß gegen den im Geschäftsverkehr zu erwartenden Treu und Glauben darstellen. Es stehen keine Gründe entgegen, zur Beschreibung dieser Umstände den Terminus der „Unlauterkeit" weiter zu verwenden. Die InsO verwendet selbst diesen Begriff im Rahmen der Regelungen zur Bestätigung eines Insolvenzplanes. Nach § 250 Nr. 2 InsO ist diese zu versagen, wenn die Annahme des Plans unlauter, insbesondere durch Begünstigung eines Gläubigers, herbeigeführt worden ist. Unter einem unlauteren Herbeiführen wird dabei jedes gegen Treu und Glauben verstoßende Verhalten des Schuldners, eines Gläubigers, des Verwalters oder eines Dritten verstanden.[526]

Das Merkmal der Unlauterkeit ist dabei sinnvollerweise kein Annex des subjektiven Tatbestandsmerkmals in § 133 InsO. Es kann hier nicht darum gehen, zu fragen, ob der Schuldner mit unredlichem oder unlauterem Vorsatz gehandelt hat. Insofern kann das dem § 826 BGB zu Grunde liegende methodische Verständnis ergänzend herangezogen werden.[527] Danach kommt es für das Sittenwidrigkeitsurteil darauf an, ob im Einzelfall Tatsachen vorliegen, welche das Urteil der Sittenwidrigkeit zu rechtfertigen vermögen. Der Schädiger muss diese Tatsachen kennen, nicht aber muss er selbst grundsätzlich das Urteil der Sittenwidrigkeit nachvollzogen haben.[528] Ausnahmsweise könne die Haftung des Schädigers jedoch entfallen, wenn er der Überzeugung gewesen war und bei Aufbietung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sein durfte, dass sein Verhalten rechtlich und sittlich nicht zu beanstanden sei.[529] Dieses Verständnis kann auch auf § 133 InsO übertragen werden, da die Anforde-

---

526 *Uhlenbruck/Lüer*, InsO § 251 Rz. 30; *Nerlich/Römermann/Braun*, InsO § 251 Rz. 11. Zur vergleichbaren Regelung der VglO in § 79: *Bley/Mohrbutter*, VglO § 79 Rz. 10.

527 Eine andere Frage ist es, ob man das für § 133 InsO erforderliche Verhalten des Schuldners in jedem Fall als sittenwidrige, vorsätzliche Schädigung i.S.d. § 826 BGB oder als einen Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 BGB begreift (Bejahend *Serick*, Sicherungsübertragung Bd. III S. 152; *Glunz*, Diss. Jur. (1963) S. 199; ebenso wohl BGH KTS 1969, 48 [49] („*in der Regel*"); RGZ, 74, 224 [226]; *Jaeger/Henckel*, KO § 29 Rz. 201; *Schulte*, Diss. Jur. (1984) S. 74f. Teilweise ist unklar, ob sich dieses Urteil nur auf den Schuldner bezieht oder hierbei auch der Gläubiger miteinbezogen wird, so bei BGH NJW 1973, 513; RGRK-*Krüger-Nieland/Zöller*; BGB § 138 Rz. 13. Verneinend RGZ 56, 229 [230]; RG v. 22.9.1906 V 661/05 (zitiert nach RGZ 69, 143 [147]); RG DR 1940, 541; *Bindseil*, Diss. Jur. (1965) S. 46 f.; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO vor §§ 129 bis 147 Rz. 51; ebenso wohl BGH ZIP 1994, 40 [43]).

528 *Palandt/Sprau*, BGB § 826 Rz. 11; MünchKomm/*Wagner*, BGB § 826 Rz. 22 m.N. aus der Rechtsprechung.

529 MünchKomm/*Wagner*, BGB § 826 Rz. 23 m.N. aus der Rechtsprechung.

rungen an den subjektiven Tatbestand bei einer Haftung des Handelnden selbst nicht geringer sein können, als in dem Fall, in welchem sich an sein Verhalten die Haftung eines Dritten anknüpft. Umgekehrt sind die Anforderungen bei § 133 InsO niedriger anzusetzen. Da der Schuldner bei § 133 InsO nicht haftet, kann es auch nicht auf die von der Rechtsprechung für § 826 BGB zugelassene, vorgenannte Ausnahme ankommen. Insofern sei auch nochmals daran erinnert, dass nach allgemeiner Auffassung sich der Schuldner bei § 133 InsO nicht der Rechtswidrigkeit seines Handelns, welche im Rahmen des § 826 BGB in der Sittenwidrigkeit notwendig enthalten ist[530], bewusst gewesen sein muss (s. Punkt VIII.C.4 (S. 89)).

Zuzugeben ist, dass durch die Ergänzung des Tatbestands um ein solches, unbestimmtes Merkmal die Anwendung der Norm in der Rechtspraxis nicht unmittelbar erleichtert wird. Sie trägt jedoch zur Klarheit bei, indem sie die von der überwiegenden Lehre und Rechtsprechung herangezogenen Kriterien, die sich nur schwerlich nachvollziehbar im Rahmen der Feststellung des Vorsatzes berücksichtigen lassen, einheitlich zusammenfasst und damit offen zum Ausdruck bringt, dass die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO vom Sinn und Zweck der Norm her gesehen vorrangig eine Wertungsfrage ist. Die Einordnung dieser Frage auf objektiver Ebene berücksichtigt schließlich, dass es nicht die Vorstellungen des Schuldners sein können, welche die Anfechtung begründen, sondern der Vorgang und die ihn begleitenden Umständen.[531]

Eine Anfechtung wird etwa danach in Betracht kommen, wenn der Schuldner den Zugriff anderer Gläubiger verhindert, um denjenigen des bevorzugten Gläubigers zu ermöglichen. Solches kann dadurch geschehen, dass der Schuldner die Titelerlangung oder Vollstreckung anderer Gläubiger durch Einlegen ersichtlich erfolgloser Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe verzögert, um den Fälligkeitstermin einer Forderung eines bestimmten, anderen Gläubigers herankommen zu lassen.[532] Besondere Umstände sind ferner anzunehmen, wenn die von dem Gläubiger als Gegenleistung für eine Besicherung gewährte Stundung nur den Zweck verfolgt, die Einleitung des Insolvenzverfahrens und damit den Beginn des Anfechtungszeitraums nach § 130 InsO hinauszuschieben[533], oder wenn der Schuldner seinem Frachtführer einen

---

530 HK-*Staudinger*, BGB § 826 Rz. 8.

531 Zu ergänzen ist, dass sich Rechtsprechung und Lehre auch in diesem Punkt nicht immer stringent darstellen, indem teilweise unlauteres *Verhalten* gefordert wird (vgl. etwa OLG Stuttgart, ZIP 2002, 2264 [2268]), obwohl doch an sich der unlautere *Vorsatz* als Prämisse zugrundeliegt.

532 Beispiel nach den Motiven zum Österreichischem AnfG von 1871 (zitiert nach *Jaeger*, AnfG § 3 Anm 8).

533 RGZ 23, 9 [17].

weiteren Auftrag „zuschanzt", damit dieser für seine Altforderungen durch das Pfandrecht nach § 441 HGB Sicherung erlangt[534].

Ein solcher, die Annahme der Unlauterkeit rechtfertigender besonderer Umstand ist allerdings nicht allein darin zu sehen, dass der Schuldner seine finanziellen Verhältnisse nicht gegenüber allen Gläubigern aufdeckt, obwohl sie einzelnen bekannt ist.[535] Einmal ist diese Konstellation gerade die von § 130 InsO erfasste; ferner würde hieraus in der Umkehr folgen, dass der Schuldner zur Offenlegung seiner finanziellen Verhältnisse bei Anzeichen einer Krise verpflichtet wäre. Letzteres ist aber gegenüber Altgläubigern allgemein nicht geboten.[536] Ferner ist dem Zusammenwirken zwischen Schuldner und Gläubiger als solchem keine besondere Bedeutung beizumessen.[537] Entscheidend ist auch hier, welche Umstände Schuldner und Gläubiger kollusiv bewirken und ob diese ausreichen, die Deckungshandlung als nicht mehr verkehrsüblich erscheinen zu lassen.

Zu betonen ist, dass es im Rahmen der Anfechtung kongruenter Deckung nur um solche Umstände gehen kann, welche außerhalb der Leistungserbringung selbst liegen. Erfolgt die Leistungserbringung als solche unter besonderen Umständen, also insbesondere nicht in der geschuldeten Art und Weise, liegt eine inkongruente Deckung vor, deren Anfechtung nach § 133 InsO gesondert im nächsten Abschnitt dargestellt wird.

B. Die Anfechtung von inkongruenten Deckungen

Die Fallgruppe der inkongruenten Deckung spielt in der Anwendungspraxis des § 133 Abs. 1 InsO die größte Rolle. Dabei sollen auch hier im Zusammenhang mit § 133 Abs. 1 InsO mit dem Begriff „Inkongruenz", entsprechend der gesetzlichen Überschrift von § 131 InsO, diejenigen Befriedigungen oder Sicherungen bezeichnet sein, welche der Gläubiger nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat. Die Fälle der Deckungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungen sowie Insolvenzanträgen, welche von der überwiegenden Rechtsprechung und Lehre ebenfalls den „inkongruenten Deckungen" zugerechnet werden, werden danach in einem eigenen Abschnitten untersucht.

---

534 Vgl. BGH ZIP 2005, 992 [993].

535 So aber *Jaeckel*, Anfechtungsrecht S. 76 f.

536 Anders ist die Lage jedoch gegenüber Neugläubigern, gegenüber welchen die Nichtoffenbarung einen Eingehungsbetrug begründet (vgl. AHB-*Ringstmeier*, Insolvenzrecht § 4 Rz. 32)

537 Ebenso *Plander*, BB 1972, 1480 [1485].

1. Inkongruenz und § 133 Abs. 1 InsO

Während im Falle kongruenter Deckungen höhere Anforderungen an die Feststellung des Vorsatzes gestellt wurden, werden diese bei inkongruenten herabgesetzt. Der Schuldner sei im Allgemeinen nicht bereit, anderes oder mehr oder früher zu leisten, als er schulde. Tue er es dennoch, liege die Vermutung nahe, dass er bestimmte Gläubiger vor und zum Nachteil andere Gläubiger begünstigen wolle.[538]

a) Die Rechtsprechung des RG

Nach dem RG[539] brauchten die Erwägungen tatsächlicher Natur (s. o. Punkt A.1 (S. 108)) namentlich nicht bei „Deckungsgeschäften"[540] zuzutreffen, bei welchen der Gläubiger nicht das erhalte, was er zu fordern habe. Bei einem solchen Geschäft sei „weder rechtsgrundsätzlich noch tatsächlich"[541] die Annahme ohne weiteres von der Hand zu weisen, dass der Schuldner den Gläubiger vor den übrigen Gläubiger habe

---

538 BGH ZIP 1997, 513 [515]; BGH ZIP 1998, 2008 [2011].

539 JW 1905, 593; JW 1906, 179. Anders wohl aber noch RGZ 11, 173 [177].

540 In seinen frühen Entscheidungen spricht das RG nicht von inkongruenten Deckungen, sondern von „Deckungsgeschäften". Der Begriff der „Inkongruenz" wurde weder in der KO noch zu Anfang in Rechtsprechung und Lehre verwendet. Erst in der Entscheidung von 1906 (JW 1906, 179), worauf *Henckel* (FS f. Gerhardt (2004) S. 361 [372]) jüngst hingewiesen hat, erwähnt das RG, eher beiläufig, diesen Begriff unter Bezugnahme auf den kurz zuvor erschienenen Kommentar von *Jaeger* zum AnfG („Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens", Berlin 1905, § 3 Anm. 9). In dem, der Entscheidung nachfolgenden, den gleichen Sachkomplex betreffenden Urteil (GruchotsBeitr. 51 (1907), 396) wird der Begriff nicht erwähnt. Erst in RG LZ 1908, 72 (ausdrücklich auch RG JW 1911, 193 [194]) hat der Terminus offenbar festen Eingang in die Rechtsprechung gefunden. *Jaeger* verwendet diesen Begriff, weil die bis zu diesem Zeitpunkt vorgenommene begriffliche Unterscheidung zwischen „Deckungsgeschäft" i.S.d. Gewährung einer nichtgeschuldeten Sicherung, sowie „Erfüllungsgeschäft" i.S.d. Gewährung einer geschuldeten Befriedigung oder Sicherung unklar sei (a.a.O. Fn. 1; hierzu auch *Henckel*, a.a.O. S. 361 [371f.]).

541 In dem das RG auch das Adjektiv „rechtsgrundsätzlich" in seiner Formulierung gebraucht, könnte man schließen, dass es eben doch einen Beweisgrundsatz sein soll, welchen das RG aufstellen wollte. Dies war aber offensichtlich nicht beabsichtigt. Besonders *Henckel* (*Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 13) hat sich dagegen gewandt, die „Kongruenz" oder „Inkongruenz" einer Deckung lediglich als Frage der Beweiswürdigung zu behandeln. Der Begriff der Benachteiligungsabsicht sei einer einheitlichen Auslegung nicht zugänglich. Nach *Henckel* gehöre in den Bereich der Beweiswürdigung lediglich die Indizierung des Benachteiligungswillens durch die Tatsache der inkongruenten Deckung und durch das Bewusstsein der Gläubigerbenachteiligung. Hierbei handele es sich nicht um einen Indizienbeweis. Die Inkongruenz der Deckung sei ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal einer Absichtsanfechtung unter erleichterten Voraussetzungen und das Bewusstsein der Gläubigerbenachteiligung ein Element des Tatbestandsmerkmals „Absicht".

bevorzugen wollen und letztere hätten geschädigt werden sollen.[542] Das RG schnitt damit dem Gläubiger nicht nur eine ihm positive „Tatsachenvermutung" ab, sondern entwickelte darüber hinaus eine dem genau entgegengesetzte Vermutung. In seinen weiteren Entscheidungen hat das RG[543] dies fortgeführt. Werde der Schuldner sogar durch Drohungen des Gläubigers zu der inkongruenten Deckung veranlasst, liege die Annahme des Vorsatzes umso näher.[544] Diese Vermutung erstrecke sich auch auf die Kenntnis des befriedigten Gläubigers.

b) Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH[545] hat dies aufgenommen und in seiner ständigen Rechtsprechung mit Zustimmung des Schrifttums[546] sowohl unter Geltung der KO als auch der InsO fortgeführt. Die Gewährung einer inkongruenten Deckung sei ein meist starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners. Die Intensität des Beweisanzeichens richte sich dabei nach dem Ausmaß der Inkongruenz.[547] Je ausgeprägter die Inkongruenz sei, desto stärker falle ihre für den Anfechtungsgegner nachteilige Beweiswirkung aus. Sei die Inkongruenz nur „schwach", seien die o.g. Kriterien der Anfechtung kongruenter Deckungen heranzuziehen.[548]

---

542 RG JW 1906, 179.

543 Vgl. etwa RG GruchotsBeitr. 51 (1907), 396 [398]; RG LZ 1908, Sp. 72; RG JW 1911, 193 [194]; RG Recht 1928 Nr. 147.

544 RG GruchotsBeitr. 51 (1907), 396 [398]; RG JW 1911, 193 [194]; RG Recht 1928 Nr. 147.

545 Zuletzt BGH ZIP 2004, 1060 [1061]; BGH ZIP 2004, 319 [322]; BGH ZIP 2003, 1799; BGH ZIP 2002, 228 [229 f.]; insbesondere BGH ZIP 1993, 1653 [1655]. I.ü. vgl., auch zur Rechtsprechung der Instanzgerichte, die Nachweise bei MünchKomm/*Kirchhof*, InsO, § 133 Rz. 30 Fn. 83.

546 *Gottwald/Huber*, InsOHdb § 48 Rz. 8; *ders.*, FS f. Kirchhof (2003), S. 247 [255]; *ders.* ZInsO 2003, 1025 [1026 ff.]; AHB-*Graf/Wunsch*, Insolvenzrecht § 9 Rz. 174; *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1688]; *Braun/de Bra*, InsO § 133 Rz. 13ff.; *Fischer*, FS f. Kirchhof (2003), S. 73 [83]; FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 12; *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht Rz. 1469; *Hess*, InsO § 133 Rz. 30 f.; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 133 Rz. 16; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO, § 133 Rz. 30; HK-*Kreft*, InsO § 133 Rz. 20, 24; *Nerlich/Römermann*, InsO § 133 Rz. 25f; *Stiller*, ZInsO 2002, 793 [800]; *Winter*, EWiR 2003, 171 [172]; *Zeuner*, Anfechtungsrecht Rz. 199 f; zur Österr. AnfO *Burgstaller*, ÖJZ 1979, 148 [151]. Teilweise (*Sander*, ZIP 2003, 613 [615]) wird auch in diesem Zusammenhang am Erfordernis einer *unlauteren* Besserstellung eines Gläubigers festgehalten. Allerdings beziehe sich die Beweiserleichterung der Inkongruenz auch auf das Merkmal der Unlauterkeit. Zur KO: *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht Rz. 19.17; *Kilger/K.Schmidt*, InsolvenzG § 31 Rz. 4; *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 13.

547 BGH ZIP 1998, 257 [262]; BGH ZIP 1998, 248 [251]; BGH ZIP 1997, 853 [855]; BGH ZIP 1993, 276 [279]; BGH WM 1969, 374 [375].

548 BGH ZIP 2005, 769 [771f.].

Die Beweiserleichterung erstrecke sich dabei nicht nur auf den Vorsatz des Schuldners, sondern ebenfalls auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners von diesem.[549] Voraussetzung sei hierfür allerdings, dass der Anfechtungsgegner die Inkongruenz der ihm gewährten Deckung erkenne.[550] Dabei genüge es, wenn er die Umstände kenne, bei deren Vorliegen der Rechtsbegriff der Inkongruenz erfüllt sei.[551]

Nicht eindeutig lässt sich aus Rechtsprechung des BGH ermitteln, ob als Voraussetzung der Beweiserleichterung auch Zweifel an der Liquidität des Schuldners hinzukommen müssen. Teilweise bejaht er dies dergestalt, dass zumindest aus Sicht des Anfechtungsgegners solche Zweifel bestünden müssten.[552] In anderen Entscheidungen wiederum führt er aus, dass sich der Schuldner nicht bereits in einer nach außen hin, insbesondere für den Gläubiger erkennbaren Liquiditätskrise befunden haben müsse.[553] Erfahrungsgemäß vertraue heute niemand mehr auf die gesicherte und zweifelsfreie Liquidität eines beliebigen Schuldners.[554] Die Problematik der vorgenannten Entscheidungen liegt weniger darin, ob danach nunmehr zwischen „Zweifel an der Liquidität“ und „Kenntnis von der Liquiditätskrise“ abgestuft werden muss, als vielmehr darin, dass im ersteren Fall der BGH dem Verwalter die Last der Darlegung eines Liquiditätsproblems zum Zeitpunkt der Rechtshandlung auferlegt, während im letzteren offensichtlich den Anfechtungsgegner von Anfang an der Entlastungsbeweis für allgemein zu vermutende Zahlungsschwierigkeiten trifft. Gefestigt dürfte allerdings die Erkenntnis sein, dass dann, wenn die Deckung zu einem Zeitpunkt erfolgt ist, in welcher der Schuldner zweifelsfrei liquide ist oder zumindest aus Sicht des Gläubigers zu sein scheint, die Beweiserleichterung nicht greift.[555]

Seien die Voraussetzungen des Beweisanzeichens gegeben und werde dieses nicht durch andere, vom Anfechtungsgegner vorzutragende und zu beweisende Umstände

---

549 Insofern a.A. zur Österr. AnfO *Burgstaller*, ÖJZ 1979, 148 [151]: Differenzierung nach Art der Inkongruenz.

550 BGH ZIP 2004, 1370 [1373].

551 BGH ZIP 2000, 82.

552 BGH ZIP 2004, 1069 [1061]; BGH ZIP 1999, 406 [407].

553 BGH ZIP 1997, 513 [515]; BGH ZIP 2004, 1370 [1371] -AnfG a.F.-. In der zuletzt genannten Entscheidung spricht sich der BGH ausdrücklich gegen den Ansatz des Berufungsgerichts aus, welches die Frage der Inkongruenz offen lies, weil keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass der Anfechtungsgegner Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit hatte. Entgegen der Ansicht von *Henckel* (FS f. BGH S. 785 [789]) ist in den zuletzt genannten Entscheidungen kein Widerspruch zu derjenigen in ZIP 1999, 406 [407] zu erkennen.

554 BGH ZIP 1997, 513 [515].

555 BGH ZIP 1999, 406 [407].

entkräftet, könne dies für den Nachweis des Benachteiligungsvorsatz und die Kenntnis hiervon ausreichen.[556]

c) Verdrängung des Beweisanzeichens „Inkongruenz"

Der Fortführung der o.g. Beweisanzeichenregel hat insbesondere *Henckel*[557] widersprochen. Der Gesetzgeber habe mit § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO Handlungen, die nach der KO nur durch die Absichtsanfechtung erfasst werden konnten, aus dem Bereich der Vorsatzanfechtung herausgenommen und in die Deckungsanfechtung übernommen. Daneben komme die unter der KO begründete Beweiserleichterung nicht mehr in Betracht. Hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners schließlich werde sie durch die Regelung in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO verdrängt.[558]

Henckel[559] führt auch rechtspraktisch gegen die Beweiserleichterung an, dass die Entscheidungen des BGH unter Geltung der KO zu Deckungshandlungen ergingen, welche innerhalb der Drei-Monatsfrist vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden waren. Bei Anwendung der InsO auf diese Fälle bestünde danach von vornherein kein Bedarf zur Heranziehung der Vorsatzanfechtung. Dies vermag jedoch nicht verfangen, da, wie *Zeuner*[560] nachgewiesen hat, es

---

556 BGH ZIP 2004, 1370 [1372]; BGH ZIP 1999, 33 [36].

557 Insolvenzanfechtung, Rz. 50; *ders.,* FS f. BGH S. 785 [789 f]; dem folgend *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 133 Rdnr. 6, 22; *ders.* WM 2000, 2225 [2230]; *ders./Schröder*, WM 1999, 253 [254].

558 *Henckel*, Insolvenzanfechtung, Rz. 53.

559 FS f. BGH S. 785 [786 ff.]. Schließlich hat *Henckel* (FS f. Gerhardt (2004) S. 361 [372 ff.]) das rechtshistorisch, terminologische Argument angeführt, dass dem Begriff der „Inkongruenz" in der Rechtsprechung des RG eine andere Bedeutung zugemessen worden sei. Dieser sei als Umschreibung von Umständen gesehen worden, welche auf die Benachteiligungsabsicht hindeuten. Nicht aber habe das RG beabsichtigt, eine durch § 30 Nr. 2 KO definierte Voraussetzung einer Beweisregel zu schaffen. "Inkongruenz" i.S.d. des § 30 Nr. 2 KO sei als etwa anderes gewesen als "Inkongruenz" i.S.d. § 31 KO. Dem ist insofern zuzustimmen, als die Beweiserleichterung bei "inkongruenten" Deckungen von dem RG sicherlich weniger starr konzipiert war, als sie sich später entwickelt hat. Es konnte danach auch Deckungen dieser Art geben, welche nicht per se die Absicht nahelegten. Nicht zu überzeugen vermag es jedoch, dass das RG den Begriff der Inkongruenz entsprechend seiner jeweiligen Funktionen unterschiedlich verstanden haben wollte. Gegen dieses Verständnis spricht zunächst der Sinn des lateinischen Wortes „incongruenz", welchem naheliegender die Bedeutung der fehlenden Übereinstimmung mit einem Schuldverhältnis beizulegen ist. Hinzukommt, dass die von *Henckel* besonders angeführten Entscheidung RG JW 1906, 179 zur Gläubigeranfechtung erging. Insofern liegt es nahe, dass das RG die hinter § 30 Nr. 2 KO stehende gesetzliche Vermutung für die Benachteiligungsabsicht –wenn auch flexibler- auf § 3 Nr. 1 AnfG a.F. übertragen hat, da die Gläubigeranfechtung eine der Bestimmung der besonderen Konkursanfechtung vergleichbare Regelung nicht kannte.

560 *Smid/Zeuner,* InsO § 133 Rz. 7.

auch Entscheidungen gibt, welche inkongruente Deckungen für erleichtert anfechtbar behandelt haben, die weit über ein Jahr vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden waren. Allerdings darf diese Frage auch nicht überbewertet werden. Hier kann es nämlich nur darum gehen, ob insofern eine Kontinuität oder eine Erweiterung zu Lasten der Anfechtungsgegner in der Rechtsprechung des BGH von der KO zur InsO festzustellen ist.

d) Stellungnahme

Methodisch ist auch hier zunächst darauf hinzuweisen, dass es bei der von der Rechtsprechung entwickelten Beweiserleichterung nicht um eine Beweislastumkehr für den Fall der Inkongruenz gehen kann. Vielmehr kann es sich auch hier nur um einen im Rahmen des Indizienbeweises zu bildenden Erfahrungssatz handeln. Insbesondere muss also, wie auch vom BGH immer wieder betont wird, nicht der Anfechtungsgegner den Beweis des Gegenteils führen; vielmehr genügt der Gegenbeweis (s. Punkt VIII.D.1 (S. 92)). Dem vorgelagert ist die materiellrechtliche Frage, welche Einschränkungen der Vorsatzanfechtung sich aus § 131 InsO ergeben.

(a) Systematische Erwägungen

Gleichsam wie bei der Anfechtung kongruenter Deckungen nach § 133 InsO gibt auch bei inkongruenten Deckungen § 131 InsO die Grenze der Anfechtungswürdigkeit vor, welche zum Schutz des Vertrauens des Rechtsverkehrs nicht durch § 133 Abs. 1 InsO unterschritten werden darf. Dabei ist § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO zunächst zurückzustellen, weil es sich hierbei um einen Sonderfall der Vorsatzanfechtung selbst handelt. Auch wenn die in § 131 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 InsO genannten Tatbestände keine bzw. nur objektive Voraussetzungen neben der Inkongruenz haben, liegt ihnen doch derselbe Gedanke zu Grunde wie in § 130 InsO. Die Gleichbehandlung soll auf den Zeitpunkt der materiellen Krise vorverlagert werden, wobei der die Leistung empfangende Gläubiger durch das Erfordernis der Kenntnis geschützt wird (s. Punkt IV.C.1.b) (S. 29)). Die diese Wertung tragenden Voraussetzungen fehlen auch in § 131 InsO nicht, sondern sind (nur) unwiderlegbar vermutet. Deswegen muss ebenso wie bei § 130 InsO geschlossen werden, dass das Vorliegen einer Krise und die Kenntnis des Anfechtungsgegners von dieser nicht genügen kann, um eine Anfechtung inkongruenter Deckungen außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums zu rechtfertigen. Auch hier ist daher grundsätzlich das Merkmal der „Unlauterkeit“ zu ergänzen und vom Schuldner müssen

gerade wegen der Krise Umstände geschaffen worden sein, welche die Deckung als eine besondere, vom üblichen abweichende und damit unlautere erscheinen lassen.[561]

Das Abstellen auf das Merkmal der Unlauterkeit auch bei der Anfechtung inkongruenter Deckungen vermeidet die Überbetonung des Merkmals der Inkongruenz im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO, welche gerade in der jüngeren Rechtsprechung festzustellen ist. Deutlich wird dies insbesondere bei der Frage der Anfechtbarkeit von Vollstreckungsmaßnahmen (vgl. Punkt 2 (S. 130)), bei denen es rechtstatsächlich nicht um Darlegung der Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO im einzelnen geht, sondern vielmehr um die Frage, ob es sich hierbei um einen inkongruente Deckungen handelt[562], was wiederum die Wohltat der Beweiserleichterung zur Folge hätte.

(b) Inkongruenz und Beweiserleichterung

Auch wenn der Ausgangspunkt der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO identisch ist, folgt hieraus nicht, dass der Inkongruenz im Rahmen der Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO keine besondere Bedeutung zukommt. Eine solche Auslegung entspräche, wie zu Recht bemerkt wird, nicht dem Anliegen des Gesetzgebers. Auch wenn es sich nach dessen Konzeption bei § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO um einen besonders geregelten Fall der Vorsatzanfechtung handelt, kann hieraus nicht gefolgert werden, dass damit eine abschließende Regelung dieser Fälle beabsichtigt war und die Inkongruenz einer Deckung im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO unberücksichtigt bleibt. Hierfür spricht insbesondere, dass der Gesetzgeber die Anfechtungsmöglichkeiten erweitern, nicht aber einschränken wollte. Eine Nichtberücksichtigung ist auch nicht notwendig, um dem systematischen Verhältnis zwischen § 133 InsO und § 131 InsO gerecht zu werden. Denn gleichermaßen wie im Fall der Anfechtung kongruenter Deckungen kann aus § 131 InsO nur gefolgert werden, unter welchen Voraussetzungen in-

561 Vgl. a. RG (III. Strafsenat) zu § 211 KO (283c StGB) JW 1889, 61: Auch bei inkongruenten Deckungen ist zu fordern, dass diese unberechtigt sein müssen.

562 Teilweise geht dabei nicht einmal mehr um die Frage, ob eine „Deckung" vorliegt. So wurde in einer Entscheidung des BGH (ZIP 2004, 1371 [1372]; ebenso bereits *Janca*, ZInsO 2003, 209 [210]) die Anfechtbarkeit eines Abfindungsvergleichs nach § 3 Abs. 1 AnfG a.F. untersucht. Verzichte der Schuldner in einem solchen in weiterem Umfang als erforderlich auf seine ursprüngliche Forderung, könne darin ein inkongruentes Deckungsgeschäft gesehen werden. Richtigerweise ist in dem Vergleich keine Befriedigung oder Sicherung zu sehen, sondern vielmehr eine nachträgliche Änderung des zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses. Der Vergleich kann nicht „inkongruent" sein. Von daher ging es hier also nicht um die Frage, ob eine inkongruente Deckung vorlag, sondern vielmehr, ob der Schuldner ein unmittelbar benachteiligendes Geschäft abgeschlossen hatte.

kongruente Deckungen nicht nach § 133 InsO anfechtbar sind, nicht aber, dass sie nur unbesehen der Inkongruenz der Vorsatzanfechtung unterliegen.

Zu fragen ist allerdings, in welchem Umfang und hinsichtlich welcher Tatbestandsmerkmale in § 133 Abs. 1 InsO die Inkongruenz als Indiz herangezogen werden kann. Dabei ist zunächst zu untersuchen, welche Schranken die bereits im Gesetz vorhandenen Beweiserleichterungen der Möglichkeit setzen, richterrechtlich Beweisregeln zu entwickeln. Hierbei ist insbesondere zu untersuchen, ob die unter der InsO bestehenden Regeln einer Übernahme der unter der KO gebildeten Beweiserleichterung eher entgegenstehen oder nicht. Als Argument gegen eine Übernahme der Beweisregel steht dabei bereits allgemein, dass deren Entwicklung unter Geltung der KO primär durch die viel zu kurzen Fristen der Anfechtung inkongruenter Deckungen (§ 30 Nr. 2 KO: 10 Tage vor der Zahlungseinstellung) bedingt waren. Diese Fristen sind nun wesentlich erweitert. Jeder durch das Bewirken einer inkongruenten Deckung benachteiligte Gläubiger hat also ausreichend Zeit, die Anfechtung dieser Handlung durch Stellen eines Insolvenzantrages herbeizuführen, ohne dass es einer gesetzlich nicht vorgesehenen Erweiterung des § 133 InsO bedarf.

Die Beweiserleichterung in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO:

Nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wird die Beweislast umgekehrt, wenn die Anfechtungsgegner von der drohenden Zahlungsunfähigkeit und der Gläubigerbenachteiligung Kenntnis hatte. Wie bereits ausgeführt, beschränkt sich die Reichweite der Regelung auf die Kenntnis des Anfechtungsgegners und kann nicht auf den Schuldnervorsatz angewendet werden (s. o. Punkt VIII.E.2.c) (S. 98)). Von daher kann die Regelung auch nur insofern die Inkongruenz als Indiz verdrängen.

Der im Rahmen der Beweiswürdigung vorzunehmende Indizienbeweis ist der Beweisregel in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO logisch vorgelagert und vermeidet die dort erfasste non liquet Situation im Prozess, indem er es ermöglicht, den Benachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des Gläubigers hiervon positiv festzustellen. Hieraus kann jedoch entgegen der Ansicht von *Huber*[563] nicht gefolgert werden, dass § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht auch die Möglichkeiten einer Beweiserleichterung im Rahmen des Beweiswürdigung einzuschränken vermag. Diese Argumentation wird nämlich der hinter § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO stehenden Wertung nicht gerecht. Gerade im Zusammenhang mit der Diskussion, ob die Regelung auch auf den Vorsatz des Schuldners zu erweitern sei, hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass die

[563] FS f. Kirchhof (2003), S. 247 [253].

Erleichterung der Beweisführung für den Insolvenzverwalter mit den Interessen des Rechtsverkehrs an der Beständigkeit von zivilrechtlich unbedenklichen Rechtsvorgängen abzuwägen ist. Insofern hat er mit § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO den Rahmen vorgegeben, der auch im Wege einer richterrechtlich entwickelten Beweiserleichterung nicht ohne weiteres überschritten werden darf. Hinzukommt, dass die von der Rechtsprechung entwickelte Beweiserleichterung rechtspraktisch einer Beweislastumkehr weitgehend gleichkommt. Die Möglichkeiten des Anfechtungsgegners die Vermutung zu widerlegen, sind nämlich gerade deswegen weitestgehend ausgeschlossen, weil der Nachweis negativer oder fehlender innerer Tatsachen noch schwerer zu erbringen ist als der positive Nachweis des Vorsatzes und der Kenntnis.[564]

Die Anfechtung nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO:

Durch § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO hat der Gesetzgeber den Rahmen vorgegeben, innerhalb welchem inkongruente Deckungen der Vorsatzanfechtung unterliegen sollen. Wie bereits festgestellt (Punkt VII.A.2.b) (S. 56)) besteht sogar ein Spezialitätsverhältnis zwischen beiden Vorschriften. Ausdrückliche Anhaltspunkte dafür, dass die Beweiserleichterung über diese besondere Regelung hinaus, insbesondere für zeitlich vor dem Drei-Monats-Zeitraum vorgenommene Rechtshandlungen fortbestehen sollte, fehlen.[565] Dieser fehlende Hinweis kann auch nicht durch eine allgemeine Bezugnahme auf das gesetzgeberische Ziel der Ausweitung der Anfechtungsmöglichkeiten überwunden werden.[566] Vielmehr hätte es hierzu, gerade weil die Anfechtung einen schwerwiegenden Eingriff in an sich bestandskräftige Vermögensverschiebungen bedeutet, einer ausdrücklichen Stellungnahme des Gesetzgebers bedurft. Insofern ist auch zu berücksichtigen, dass die Anfechtbarkeit inkongruenter Deckungen zu rechtspolitisch zweifelhaften Ergebnissen führen kann. Dies wird besonders dann deutlich, wenn der Schuldner in Kenntnis der Rechtsfolgen des § 131 InsO eine inkongruente Deckung bewirkt, welche der Gläubiger nicht zurückweisen kann. Leistet der Schuldner dabei einen Tag vor Fälligkeit, mag

---

564 Vgl. *Henckel*, Insolvenzanfechtung, Rz. 52.

565 Nicht zu überzeugen vermag daher auch die (umgekehrte) Sicht des BGH (ZIP 2004, 319 [323]), nach welcher die Indizwirkung einer inkongruenten Deckung ebenfalls im Rahmen von § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO bei der Kenntnis der Benachteiligung zu beachten sei, weil ansonsten eine innerhalb von drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag erfolgte inkongruente Deckung nach § 133 Abs. 1 InsO leichter anfechtbar wäre als nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Das Verhältnis zwischen beiden Vorschriften kann nicht dadurch geklärt werden, dass die speziellere durch die allgemeinere erweitert wird, sondern nur dadurch, dass die erstere den Anwendungsbereich der letzteren einschränkt.

566 So BGH ZIP 2004, 319 [323]; *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1688]; *Huber*, ZInsO 2003, 1025 [1028].

diese Zahlung auf seinen Cash Flow keine wesentliche Auswirkung haben, sie eröffnet jedoch die vom Gläubiger wegen § 270 Abs. 2 BGB nicht abwendbare Anfechtbarkeit einer Deckung, welche sonst nach § 130 InsO vielleicht nicht eröffnet gewesen wäre.

(c) Schlussfolgerung

Danach kann die von der Rechtsprechung unter der KO entwickelte Beweiserleichterung nicht ohne weiteres auch für § 133 Abs. 1 InsO übernommen werden. Nicht möglich ist es insbesondere, einen Erfahrungssatz im Rahmen der Beweiswürdigung zu bilden, welcher im praktischen Ergebnis darauf hinausläuft, in jedem Fall einer inkongruenten Deckung die Vorsatzanfechtung zu bejahen. Anders als bei § 131 InsO muss vielmehr bei § 133 InsO geschaut werden, ob die Inkongruenz einen Umstand darstellt, welcher, u.U. in Verbindung mit anderen Umständen, die Unlauterkeit begründet.

Eine solche Differenzierung wird auch in der Rechtsprechung vorgenommen, indem diese zwischen starker und schwacher Inkongruenz unterscheidet. Diese quantitative Beschreibung verdeckt jedoch, dass es im Einzelfall um eine qualitative Differenzierung nach der Art der Inkongruenz geht. Ferner überzeugt es nicht, diese Unterscheidung im Rahmen der Beweiswürdigung hinsichtlich der Merkmale Vorsatz bzw. Kenntnis vorzunehmen. Denn eine Beweiserleichterung für den Vorsatz des Schuldners kann die Inkongruenz m.E. nur hinsichtlich des Merkmals bilden, ob der Schuldner Zweifel an seiner (zukünftigen) Vermögenslage hatte.[567] Aus dem Umstand der Inkongruenz kann regelmäßig gefolgert werden, dass sich der Schuldner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung in einer Liquiditätskrise befunden hat. Insofern ist dem Ansatz der h.M. zu folgen, dass im Regelfall ein rational handelnder Schuldner nicht etwas anderes oder früher leistet, als es seiner Verpflichtung entspricht. Hinzukommt, dass im Falle einer andersartigen Leistung, also einer solchen an Erfüllungs statt, sich auch der Gläubiger irrational verhält, indem er nicht auf der von ihm zu beanspruchenden Leistung besteht. Nur im Ausnahmefall wird dieses irrationale Verhalten auf einem anderen Umstand, als demjenigen der Liquiditätskrise beruhen. Allerdings muss hierbei, da im Rahmen des Indizienbeweises alle Umstände berücksichtigt werden müssen[568], auch der Abstand des Vorgangs zum

---

567 Vgl. a. *Henckel* (FS f. Gerhardt (2004) S. 361 [369]), der in diesem Zusammenhang ausführt, dass ein aus einer inkongruenten Deckung folgender Verdacht jedenfalls dann nicht begründet sein könne, wenn der Schuldner in keiner Weise insolvenzgefährdet sei.

568 *Oberheim*, JuS 1996, 729 [731].

Eröffnungsantrag berücksichtigt werden.[569] Zu betonen ist aber nochmals, dass die Quantität der Inkongruenz hierfür keine Rolle spielen kann; so kann es etwa bei einer verfrühten Leistung nicht maßgeblich sein, ob diese 10 oder 20 Tage oder 2 Jahre vor Fälligkeit erfolgte.[570]

Das Vorliegen der Liquiditätskrise sowie der Inkongruenz als solcher genügen allerdings noch nicht, um eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO begründen zu können. Wie bereits gezeigt, muss auch hier aus systematischen Gründen hinzukommen, dass der Vorgang als unlauter bewertet werden kann. Bei der dabei außerhalb der Feststellung der subjektiven Merkmale vorzunehmenden Beurteilung spielt die Art der Inkongruenz, i.S.d. der Rechtsprechung also die „Ausgeprägtheit" derselben eine wesentliche Rolle.

Leistet der Schuldner etwa etwas anderes als vereinbart, liegt also ein Fall einer Erfüllung an Leistungs statt vor, kann dies m.E. als solches noch nicht genügen, um eine Unlauterkeit zu begründen. Durch die Erfüllung als solche erhält der befriedigte Gläubiger keinen Vorteil gegenüber den anderen Gläubigern, sondern sogar eher einen Nachteil, da er eine nicht seinem Forderungsrecht entsprechende Leistung erhält. Zu einer Bevorteilung führt diese Leistung erst unter Mitberücksichtigung der Liquiditätskrise, d.h. des Umstandes, dass die Schuldnermittel nicht ausreichen, alle übrigen Gläubiger zu befriedigen. Die Bevorteilung in diesem Fall unterscheidet sich nicht von derjenigen, welche zur gleichen Zeit kongruent erfolgt. Die Inkongruenz begründet hier also keinen unlauteren Umstand, sondern ist lediglich ein Anzeichen dafür, dass sich der Schuldner in einer Krise befunden hat, welche es ihm nicht mehr ermöglichte, die ihm obliegenden Leistungen kongruent zu erfüllen. Insofern ist also richtig, dass hier eine gegenüber § 130 InsO erleichterte Anfechtung durch § 131 InsO ermöglicht wird, nicht aber darüber hinausgehend auch noch nach § 133 Abs. 1 InsO.

Anders sieht es aus, wenn die Art der Inkongruenz nicht nur ein Anzeichen für die Liquiditätskrise des Schuldners ist, sondern darüber hinaus ein Umstand ist, welcher als unlauterer Eingriff in den Wettlauf der Gläubiger zu beurteilen ist. Erfüllt der Schuldner etwa eine betagte Forderung, liegt hierin nicht nur dahingehend ein Vorteil, dass der Gläubiger vor dem Hintergrund der Liquiditätskrise eine Bevorzugung erhält, sondern auch darin, dass hier ein Gläubiger befriedigt wird, der bisher mangels Fälligkeit noch gar nicht am Wettlauf der Gläubiger teilnehmen konnte. In

---

569 Vgl. a. FK-*Dauernheim*, InsO § 133 Rz. 12: „Stärke" des Beweisanzeichens verliert mit zunehmendem zeitlichen Abstand zur Krise und zum Eröffnungsantrag an Bedeutung.

570 In diesem Sinne auch *Henckel*, FS f. BGH S. 785 [789].

diesem Fall ist die Inkongruenz also nicht nur ein starkes Indiz hinsichtlich des Umstands der Liquiditätskrise und damit bezüglich des Vorsatzes und der Kenntnis hiervon, vielmehr begründet sie darüber hinaus die Unlauterkeit.

Ebenso wie bereits im Falle der Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen lässt sich auch hier anführen, dass der hier vertretene Ansatz durch die Heranziehung des unbestimmten Merkmals der Unlauterkeit der Rechtssicherheit eher abträglich ist. Dieser Vorwurf trifft die h.M. aber ebenso, da nach dieser die Indizwirkung einer inkongruenten Deckung nicht absolut ist, sondern je nach Fall unterschiedlich „intensiv" ausfallen kann.[571] Das Ergebnis im Prozess ist für den Rechtsverkehr damit genauso wenig gut oder schlecht vorhersehbar wie nach dem hier vertretenen Ansatz.

e) Die Anfechtung von inkongruenten Deckungen nach § 3 AnfG

Überträgt man das zu § 133 InsO gewonnene Ergebnis auch auf § 3 Abs. 1 AnfG kommt man zunächst zu dem, aus der Sicht des anfechtenden Gläubigers ernüchternden Ergebnis, dass inkongruente Deckungen weder auf Grundlage der zur KO entwickelten Beweiserleichterung noch nach einer dem § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO entsprechenden Regelung anfechtbar sind. Letzteres folgt systematisch daraus, dass nach dem AnfG die Rechtshandlungen nicht anfechtbar sind, die lediglich die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger beeinträchtigen. Die als Tatbestände der besonderen Insolvenzanfechtung bezeichneten Regeln in § 130 – 132 InsO finden sich daher nicht im AnfG wieder.

Es könnte nun angedacht werden, die zu § 3 Nr. 1 AnfG a.F. entwickelte Beweiserleichterung auch auf § 3 Abs. 1 AnfG anzuwenden[572] oder § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO auf die Fälle einer Anfechtung außerhalb des AnfG in Analogie auszudehnen. M.E. ist jedoch keine der vorgenannten Alternativen erforderlich, um zu gerechten Ergebnissen zu gelangen. Bei der Anfechtung wegen inkongruenter Deckung gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO handelt es sich nach dessen Konzeption zwar um einen Sonderfall der Vorsatzanfechtung. Nicht jeder von § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO erfasste Fall erfüllt allerdings die Voraussetzungen, besonders das Merkmal der Unlauterkeit, welche nach der hier vertretenen Ansicht an die Vorsatzanfechtung einer inkongruenten Deckung zu stellen sind. Diese Fallgruppe kann nicht als sozialinadäquater Eingriff betrachtet und muss daher der besonderen Insolvenzanfechtung zugeordnet werden. Auf sie auch die Gläubigeranfechtung zu erstrecken wäre nicht gerecht-

571 Vgl. a. *Henckel*, FS f. BGH S. 785 [790].

572 In diese Richtung *Henckel*, Insolvenzrecht Rz. 51 aE.

fertigt, da hinsichtlich der Rechtsfolge zwischen der Anfechtung nach dem AnfG und der InsO ein fundamentaler Unterscheid besteht. Die Insolvenzanfechtung hat die gleichmäßige Verteilung des zurückzugewährenden Gegenstands, also partiell auch zugunsten des der Anfechtung ausgesetzten Gläubigers zur Folge (vgl. § 144 Abs. 1 InsO). Demgegenüber erhält bei der Anfechtung nach dem AnfG der Anfechtende alles und der Anfechtungsgegner auf seine Forderung nichts. Zwar lebt auch hier seine Forderung wieder auf (§ 12 AnfG). Jedoch kann der Schuldner vermögenslos sein, sodass er keinerlei Befriedigung mehr erlangen kann. Selbst eine Anfechtung nach den §§ 130 – 132 InsO gegenüber dem zuvor nach dem AnfG anfechtenden Gläubiger (hierzu Punkt C (S. 145)) kann ausscheiden, wenn nicht ausreichend Masse vorhanden ist, um das Verfahren zu eröffnen (§ 26 InsO). Von daher darf die Gläubigeranfechtung nicht auf solche Fälle ausgedehnt werden, welche allein unter § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO, nicht aber unter § 133 Abs. 1 InsO tatbestandlich fallen. Erfüllt der Sachverhalt demgegenüber beide Tatbestände, ist auch ein Eingriff durch die Gläubigeranfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG möglich.

Aus dieser Betrachtung ergibt sich auch, dass die systematische Einordnung der Anfechtung nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO als Sonderfall der Vorsatzanfechtung einer Einschränkung bedarf. Sie ist, ähnlich wie bereits bei § 30 Nr. 2 KO, systematisch sowohl der besonderen Insolvenzanfechtung als auch der Vorsatzanfechtung zuzuordnen.

2. Deckungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

Die Anfechtung von durch Zwangsvollstreckung und im Zusammenhang mit diesen erlangten Deckungen wird nicht nur im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO, sondern auch und vor allem im Zusammenhang mit den Tatbeständen der besonderen Insolvenzanfechtung nach §§ 130, 131 InsO diskutiert. Im Mittelpunkt steht dabei die Frage, ob solche Deckungen als inkongruent oder als kongruent angesehen werden können.

a) Der Ansatz des RG: Inkongruenz mangels Anspruch auf Pfändungspfandrecht

Zur Zeit der Einführung der KO war noch umstritten, ob solche Deckungen überhaupt nach irgendeinem Anfechtungstatbestand angefochten werden können.[573] Die

[573] Vgl. die Nachweise zur Preuss. KO bei Motive KO S. 120 Fn. 3.

Motive zur KO[574] und besonders die Begründung zum Entwurf der ZPO[575] sprachen sich schließlich für diese Möglichkeit aus, insbesondere als Ausgleich dafür, dass die durch Zwangsvollstreckung erlangte Rechtsposition gleichsam einem rechtsgeschäftlichen Pfandrecht konkursbeständig sei. Diskutierten die Motive KO diese Frage noch primär im Rahmen der Anfechtung nach § 23 Nr. 1 2. Alt. KO (§ 30 Nr. 1 2. Alt. KO), hat das RG[576] die Anfechtung dadurch wesentlich erleichtert, dass es in den meisten Fällen der im Zusammenhang mit einer Zwangsvollstreckung erlangten Deckung von deren Inkongruenz ausging.[577] Inkongruenz liege dabei deshalb vor, weil der Gläubiger keinen Anspruch auf ein Pfändungspfandrecht habe.[578] Kongruenz sei nur in den Fällen anzunehmen, in welchen ein solches nicht entstehe, etwa bei der Geldpfändung oder der Barzahlung zur Abwendung der Vollstreckung.[579] In diesen Fällen erhalte der Gläubiger die von ihm zu beanspruchende Befriedigung.

b) Der neuere Ansatz des BGH: Inkongruenz wegen Verstoß gegen den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung

Diese nach der Vollstreckungsmaßnahme und dem -objekt differenzierende Lösung hat der BGH im Jahre 1997 für die KO aufgegeben[580] und schließlich auch nicht auf die InsO übertragen.[581] Weder dürfe es darauf ankommen, wie weit der Vollstre-

---

574 Motive KO S. 120.

575 Begründung ZPO S. 424.

576 RGZ 10, 33ff – Vereinigte Zivilsenate -: § 30 Nr. 2 KO; ebenso bereits RGZ 6, 367 [368]; RGZ 3, 395 [398]; RGZ 2, 374 [378]. Ebenso später der BGH, ZIP 1995, 293. Zur Entwicklung vor der Entscheidung des RG vgl. *Gerhardt*, FS f. Kreft (2004) S. 267 ff. sowie *Foerste*, FS f. Musielak (2004) S. 142 ff.

577 Ebenso die h.M. im Schrifttum, vgl. *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 231 m.N. A.A. *Baum*, Das Recht 1901, 612.

578 In diese Richtung wohl auch Motive KO S. 128.

579 RG JW 1882, 164; RG JW 1891, 250. Demgegenüber war es nicht ausreichend, wenn die Vollstreckung bereits vor Eröffnung beendet und der Erlös an den Gläubiger ausgekehrt worden war (RGZ 16, 26 [29], anders noch RGZ 7, 36 [37]; für die ältere Rechtsansicht des RG auch *Hassenpflug*, Gruchot 32 (1888) S. 81 [96f., 99]).

580 BGH ZIP 1997, 1929; zustimmend *Münzberg*, JZ 1998, 308 [309]. Vgl. bereits Erster Kommissionsberichts (Ziffer 5.2.2 (S. 408)).

581 BGH ZIP 2004, 669; BGH ZIP 2004, 319 [320] m.w.N. Zustimmend FK-*Dauernheim*, § 131 Rz. 24; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 131 Rz. 23; *Nerlich/Römermann*, InsO § 131 Rz. 43; *Kirchhof*, ZInsO 2004, 1168 [1169f.]; *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185 [194]; *Henckel*, FS f. Gerhardt (2004) S. 361 [370] m.w.N.

ckungszwang ausgeübt werden müsse, noch, ob bei der Geldpfändung ein Pfändungspfandrecht entstehe oder nicht.[582]

Der vollstreckende Gläubiger habe zwar regelmäßig einen fälligen Anspruch gegen den Schuldner. Eine Befriedigung dieses Anspruchs durch Zwangsvollstreckung, also unter Zuhilfenahme staatlicher Zwangsmittel, könne er jedoch dann nicht mehr beanspruchen, wenn für die Gesamtheit der Gläubiger nicht mehr die Aussicht bestünde, aus dem Vermögen des Schuldners volle Deckung zu erhalten.[583] Das die Einzelzwangsvollstreckung beherrschende Prioritätsprinzip werde vielmehr dann durch die §§ 130 – 132 InsO eingeschränkt.[584] Erfolge die durch eine Vollstreckung bewirkte Deckung innerhalb der Drei-Monatsfrist, greife § 131 InsO ein und die Deckung könne als inkongruent angefochten werden. Demgegenüber seien solche Deckungen nur als kongruent im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar, wenn sie vor diesem Zeitraum vorgenommen seien.[585] Hier müsse der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz anders festgestellt werden.[586]

Gleiches gelte für die Deckungen, welche der Gläubiger durch in Aussicht stellen der Vollstreckung erlangt habe (sog. „Druckzahlungen").[587] Bringe der Gläubiger zum Ausdruck, dass er alsbald die Zwangsvollstreckung einleiten werde, wenn der Schuldner nicht erfülle, könne es nicht darauf ankommen, ob er tatsächlich noch dieses Mittel ergreifen muss.[588]

Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass nach dem BGH Deckungen im Zusammenhang mit Vollstreckungsmaßnahmen innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums erleichtert als inkongruent (§§ 131, 133 Abs. 1 InsO) und außerhalb des-

---

582 BGH ZIP 1997, 1929; ebenso *Jaeger/Henckel*, KO § 30 Rz. 232, 234.

583 BGH ZIP 2004, 669 [670]; BGH ZIP 2004, 513 [514]; BGH ZIP 2004, 319 [320]; BGH ZIP 1997, 1929. Vgl. bereits Erster Kommissionsbericht S. 408.

584 BGH ZIP 2004, 669; BGH ZIP 2004, 319 [320]; BGH ZIP 2002, 1159. Zustimmend LG Hagen ZInsO 2005, 49.

585 BGH ZIP 2004, 1512 [1513]; BGH ZIP 2004, 319 [324]; BGH ZIP 2003, 1900 [1902]; BGH ZIP 2003, 1506 [1509].

586 BGH ZIP 2003, 1506 [1509].

587 BGH ZIP 2004, 319 [320]; BGH ZIP 2003, 1900 [1902]; OLG Jena ZIP 2000, 1734. Anders noch BGH MDR 1970, 41 sowie BAG ZIP 1998, 33 [35]; OLG Celle ZIP 1981, 467: Der Gläubiger erhalte in diesem Falle nur die Befriedigung, die ihm aufgrund seiner Forderung zustehe; s. ferner die in Fn. 591 genannten Literaturstimmen.

588 BGH ZIP 2002, 1159 [1161].

selben nur unter erschwerten Voraussetzungen als kongruent (§ 133 Abs. 1 InsO) angefochten werden kann.[589]

Diese zeitraumbezogene Betrachtung ist in der Literatur nicht ohne Kritik geblieben.[590] Entweder seien solche Deckungen generell, also sowohl inner- als auch außerhalb des Drei-Monatszeitraums als kongruent[591] oder als inkongruent[592] anzusehen.

c) Stellungnahme

Wie bereits eingangs erwähnt, liegt der Schwerpunkt des hier zu diskutierenden Problems in der Frage, ob § 131 InsO auf Deckungen anwendbar ist, welche im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungen erlangt wurden.[593] Für den Drei-Monats-Zeitraum geht diese Bestimmung aufgrund ihrer leichteren Voraussetzungen dem

---

589 Von einer entsprechenden Aufteilung scheint der BGH auch für noch nicht auf einen bestimmten Gegenstand indiviualisierte Sicherungsabreden auszugehen (etwa § 14 Abs. 1 Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken Fassung 2002). So sieht er in einer Entscheidung ein durch Zahlungseingänge innerhalb der Drei-Monats-Frist begründetes Pfandrecht als inkongruent an (BGH ZIP 2002, 812 [813]). Bei einem vor der Krise begründeten Pfandrecht an einem Termineinlagenkonto geht er demgegenüber im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO auf die Frage der Inkongruenz überhaupt nicht ein (BGH ZIP 2004, 1509 [1511f.]), obwohl hierfür bei Annahme der Beweisanzeichenwirkung durchaus Anlass bestanden hätte.

590 Gegen eine solche Betrachtung auch schon das RG (RGZ 10, 33 [36]).

591 *Becker*, Insolvenzrecht Rz. 618; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 130 Rz. 23; *Paulus/Allgayer*, ZInsO 2001, 241 ff. Differenzierend zwischen durch Zwangsvollstreckung und durch Androhung von Vollstreckungsmaßnahmen erlangten Deckungen: *Nerlich/Römermann*, InsO § 131 Rz. 45; *Münzberg*, JZ 1998, 308 [309]; *Gerhardt*, FS Kreft (2004) S. 267 [276 f.]; wohl auch *Kraemer*, Rpfleger 1993, 425 [427]; *Sander*, ZIP 2003, 613 [616]; *de Bra*, LMK 2003, 238 [239] und *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 131 Rz. 20. Deutlich hierzu auch *App*, KKZ 2003, 38 f.: Die Entwicklung der Rechtsprechung sei aus dem Ruder gelaufen. Sie solle dazu zurückkehren, sich primär am Gesetz zu orientieren, anstatt freischwebende und durch niemanden legitimierte Rechtsgrundsätze zu kreieren.

592 So *Kreft* KTS 2004, 205 [218]; *Flöther/Bräuer*, DZWiR 2003, 253 [254]; *Huber*, NZI 2003, 599 [600]; *ders.* NZI 2003, 536; *Stiller*, ZInsO 2003, 595 [597 f.] unter Hinweis auf eine ebensolche Rechtsauffassung des KG; OLG Dresden, ZIP 2003, 1052 [1053]; wohl auch *Kübler*, FS f. Greiner (2005) S. 159 [163]. Ebenso *Homann*, EWiR 2004, 865 [866], der allerdings zum gleichen Ergebnis wie der BGH kommen will, indem er bei Deckungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungen nur von einer „schwachen" Inkongruenz und entsprechend einer herabgesetzten Beweisanzeichenwirkung im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO ausgeht. In diese Richtung auch *Stiller*, ZInsO 2002, 793 [799].

593 Ausführlich mit dieser Frage, beschäftigen sich die Arbeiten von *Hüper*, Zwangsvollstreckung als inkongruente Deckung, Diss. Jur. Göttingen 1983, sowie *Rebmann*, Die Anfechtung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach § 131 InsO und die Vollstreckungssperren (v.a.§ 88 InsO), Diss. Jur. Tübingen 2003.

§ 133 Abs. 1 InsO vor, sodass sich bereits rechtspraktisch die Frage nicht stellt, ob solche Deckungen erleichtert nach § 133 Abs. 1 InsO angefochten werden können. Darüber hinaus erscheint es auch unsicher, ob der BGH solches überhaupt bejahen würde, da er seine These ja aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz heraus rechtfertigt. *Schoppmeyer*[594] vertritt deswegen sogar die Auffassung, die vorgenannte Rechtsprechung beschränke sich auf die Tatbestände in § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO, da § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO einen Sonderfall der Vorsatzanfechtung regelt.

Nichtsdestotrotz kann die Frage, ob solche Deckungen kongruent oder inkongruent sind, auch in diesem Zusammenhang nicht undiskutiert bleiben. Nach den in Fn. 592 aufgeführten Stimmen ist letzteres nämlich ohne zeitliche Einschränkung anzunehmen. Ausgehend von dieser Ansicht wäre danach auch bei solchen Deckungen die für § 133 InsO überwiegend vertretene Beweiserleichterung gegeben. Im Folgenden wird daher zunächst untersucht werden, ob durch Zwangsvollstreckung oder durch Drohung mit einer solchen erlangte Deckungen als inkongruent angesehen werden können. Danach soll der Frage nachgegangen werden, unter welchen Voraussetzungen auf Grundlage der hier vertretenen, die Beweiserleichterung der h.M. überwiegend ablehnenden Auffassung eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO bei solchen Deckungen möglich ist.

(a) Vollstreckungshandlung und Inkongruenz

Inkongruenz liegt bei einem Abweichen der konkreten Deckungshandlung vom Inhalt der Rechtsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner vor. Die Motive KO[595] sprechen insofern von den „*rechtlich erzwingbaren*“, also kongruenten, in Abgrenzung zu der „*ohne rechtliche Notwendigkeit*“ erfolgenden, also inkongruenten Deckungen. Die Frage der Kongruenz oder Inkongruenz richtet sich danach allein nach dem Inhalt des durch Vertrag und/oder Gesetz bestimmten Schuldverhältnisses (§ 311 Abs. 1 BGB).[596] Nach dem gesetzgeberischen Konzept entscheidet also allein das Verhältnis des Gläubigers zum Schuldner, nicht aber das Verhältnis der konkurrierenden Gläubiger untereinander oder die wirtschaftliche Situation des Schuldners über die Frage von Kongruenz und Inkongruenz.

---

[594] NZI 2005, 185 [194]; vgl. bereits Erster Kommissionsbericht S. 408, welcher die Anfechtung von Vollstreckungsmaßnahme als inkongruente Deckungen nur unter die ersten beiden Ziffern fasste.

[595] S. 124. Ferner S. 127 a.E. In diesem Sinne auch RG JW 1911, 193 [194]: „*Leistung, auf welcher dieser* (der Gläubiger, d.V.) *einen fälligen und erzwingbaren Rechtsanspruch nicht hatte*“.

[596] MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 131 Rz. 9; FK-*Dauernheim*, InsO § 131 Rz. 3. So ausdrücklich jetzt RegE 2005, ZIP 2005, 1201 [1203].

Inkongruenz kann dabei daraus folgen, dass der Gläubiger die Deckung nicht, nicht zu der Zeit oder nicht in der Art von dem Schuldner zu fordern berechtigt ist. Von diesen Möglichkeiten kommt für die hier zu betrachtenden Deckungen nur die nicht in Art geschuldeten in Betracht.[597] Hierunter fallen allgemein Deckungen, in denen die Art und Weise der Befriedigung oder Sicherung mehr als nur unerheblich von dem abweichen, was der Gläubiger beanspruchen konnte. Dies wird etwa bei Leistungen erfüllungshalber oder an Erfüllungs Statt sowie bei Zahlungen durch Dritte angenommen.[598] Insofern ist der ursprünglichen, an das Pfändungspfandrecht anknüpfenden Lösung des RG zunächst zu Gute zu halten, dass sie sich ohne weiteres hiermit vereinbaren lässt, indem sie darauf abstellt, ob der Gläubiger einen Anspruch auf ein Pfändungspfandrecht hat. Abzulehnen ist aber bereits die Auffassung, der Gläubiger habe keinen Anspruch auf das Pfändungspfandrecht.

Denn dieses Pfandrecht ist lediglich das rechtstechnische Mittel mit Hilfe dessen das Zwangsvollstreckungsrecht die Durchsetzung des materiellen Rechts bewirkt. Wie bereits erwähnt (Punkt IV.A (S. 21)), folgt aus dem Schuldverhältnis nicht nur ein Leistensollen, sondern auch das Recht des Gläubigers auf Haftungsverwirklichung. Ein Anspruch des Gläubigers auf das Pfändungspfandrecht folgt danach notwendigerweise aus diesem materiell-rechtlichen Anspruch und ist der Ausgleich dafür, dass dessen zwangsweise Durchsetzung dem staatlichen Gewaltmonopol vorbehalten bleibt.[599] Der Anspruch auf das Pfändungspfandsrecht kann danach ausnahmsweise nur dann entfallen, wenn die zwangsweise Durchsetzung nach dem Schuldverhältnis ausgeschlossen ist. Der Auffassung des RG kann ferner entgegengehalten werden, dass sie i.E. zu formal ist. Sie nimmt Zahlungen zur Vollstreckungsabwendung sowie die Geldpfändung aus, obwohl ein Wertungsunterschied zu sonstigen Deckungen durch Vollstreckung nicht erkennbar ist.[600]

Die Auffassung des BGH führt zu einheitlichen Ergebnissen, allerdings lässt sich der Ansatz, der Gläubiger könne in der Krise keine Vollstreckung mehr beanspruchen, nicht mit dem Merkmal der Inkongruenz in Einklang bringen. Dies gilt auch dann, wenn man bei der Frage der Inkongruenz neben dem Geschuldetsein der konkret erbrachten Leistung auch die Umstände berücksichtigt, welche zu der Leis-

---

597 HK-*Kreft*, InsO § 131 Rz. 9.

598 FK-*Dauernheim*, InsO § 131 Rz 10 ff; HK-*Kreft*, InsO § 131 Rz. 9.

599 I.E. ebenso *Becker*, Insolvenzrecht Rz. 618; *Baum*, Das Recht 1901, 612. Vgl. a. *Hassenpflug*, GruchotsBeitr. 32 (1888), 81 [85ff.], der diese Überlegung jedoch nur für die Anfechtung der durch das Pfandrecht erlangten Befriedigung angewendet lassen will, nicht jedoch auf die Sicherung selbst. A.A. *Smid*, DZWiR 2005, 414 [415].

600 Vgl. bereits *Kessler*, ZZP 7 (1885), 329 [332].

tung geführt haben. Denn auch dann kann nicht von einem Vorgang gesprochen werden, welcher dem Gläubiger eine rechtlich nicht zu beanspruchende Deckung gegenüber dem Schuldner verschafft.[601] Zur Unterstützung dessen können zunächst Erwägungen im Zusammenhang mit der Anfechtung nach § 123 BGB herangezogen werden. Diesbezüglich wird davon ausgegangen, dass das in Aussicht stellen einer Klage oder der Zwangsvollstreckung die daraufhin erlangte, sei es auch nur behauptete Leistung, nicht wegen widerrechtlicher Drohung anfechtbar macht.[602] Die These des BGH[603] lässt sich auch im Übrigen nicht aus dem Gesetz ableiten. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kann nicht maßgeblich sein, weil er das Verhältnis der Gläubiger untereinander, nicht aber dasjenige zwischen Gläubiger und Schuldner regelt. Darüber hinaus stellen erst die §§ 130 – 132 sowie § 88 InsO (Rückschlagsperre) die Geltung und die Reichweite des *par conditio creditorum* vor Verfahrenseröffnung auf, sodass dieser Grundsatz nicht bereits bei der Auslegung eines darin erwähnten Tatbestandsmerkmals, d.h. der Inkongruenz eine maßgebliche Rolle spielen kann.

Allerdings kann ein Argument für h.M. aus der Amtl. Begr. zu § 88 InsO gewonnen werden.[604] Diese führt aus, die Rückschlagsperre ergänze von „*ihrer Funktion her ... das*

---

601 *Paulus/Allgayer*, ZInsO 2001, 241 [242]. Insoweit zustimmend *Bischoff*, ZInsO 2002, 1071 [1072].

602 BGH WM 1972, 946; BGH WM 1984, 1247; MünchKomm/*Kramer*, BGB § 123 Rz. 47; *Flume*, AT II § 28 2b.

603 Ebenso wie der BGH auch *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1690]: „*Der Gläubiger muss mit Rücksicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ... auf den ihm gewährten Vorzug zugunsten der Gläubigergesamtheit verzichten. Dieses Opfer wird von ihm aber nur für den Drei-Monats-Zeitraum verlangt, und deshalb ist die Befriedigung, die sich verschafft hat, auch nur für diesen Zeitraum inkongruent.*“ (Ähnlich *Fischer*, FS f. Kirchhof (2003) S. 73, 78 f.; vgl. a. *Huber*, ZInsO 2005, 786). Dass dem befriedigten Gläubiger mit Rücksicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz ein Opfer abverlangt wird, ist Rechtsfolge des Vorliegens einer inkongruenten Deckung, kann daher nicht bereits die Annahme der Inkongruenz selbst begründen (vgl. a. *Grothe*, KTS 2001, 205 [210]). Entsprechend vermag auch die These von Henckel (*Jaeger/Henckel*, KO § 30 Rz. 237) nicht zu überzeugen, dass für die Annahme einer inkongruenten Deckungen die verdächtigen Umstände maßgeblich sein sollen. Dass der Gläubiger nur noch durch Vollstreckung zu Geld kommen könne, sei mindestens so verdächtig wie die freiwillige Gewährung einer nicht geschuldeten Sicherheit (Rz. 241). Auch wenn letzterem zuzustimmen ist, führt dies nicht dazu, dass deswegen eine inkongruente Deckung anzunehmen ist. Die Inkongruenz hat die kodifizierte gesetzliche Vermutung des Vorliegens verdächtiger Umstände zur Folge, nicht aber die letzteren diejenige der Inkongruenz. Um zu dem für erforderlich gehaltenen Ergebnis zu kommen, vermag daher nur eine analoge, auf das Merkmal der Inkongruenz verzichtende Anwendung von § 131 InsO zu helfen. Für eine solche besteht aber, gerade im Hinblick auf die Regelung in § 88 InsO keine Regelungslücke.

604 S. 137. Demgegenüber kann als Argument nicht die Gesetzgebungsgeschichte der KO herangezogen werden (ebenso RegE 2005, ZIP 2005, 1201 [1202], dazu unten S. 161). Die zunächst nur auf Handlungen des Schuldners abstellende Deckungsanfechtung wurde zwar im Verfahren nochmal

Recht der Insolvenzanfechtung, das es ebenfalls ermöglicht, die Wirkungen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen vor Verfahrenseröffnung rückgängig zu machen (vgl. § 146 des Entwurfs (§ 131 InsO, d.V.)*, ‚inkongruente Deckung').*". Aus dem Verweis in der Klammer kann geschlossen werden, dass der Gesetzgeber die frühere Rechtsprechung des BGH bei der Gesetzesabfassung jedenfalls vor Augen hatte.[605] Unterstützt wird dies durch den weiteren Hinweis[606], dass § 88 InsO die Geltendmachung für den Insolvenzverwalter bzw. in Verfahren ohne einen solchen erleichtern solle. Hierin kann nämlich auch der einzige Zweck von § 88 InsO erblickt werden, wenn man solche Deckungen als inkongruent behandelt. Denn dann ist jeder unter § 88 InsO fallende Vorgang auch nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar.

Dieses rechtshistorische Argument ist jedoch nicht von solcher Deutlichkeit, dass es ohne eine entsprechende Normierung im Gesetz die Annahme rechtfertigen würde, durch Zwangsvollstreckung erlangte Deckungen seien generell oder zumindest im Zeitraum der (vermuteten) Krise inkongruent.[607] Es ist rechtspolitisch zweifelhaft, ob hinreichend Gründe ersichtlich sind, ihn anders zu behandeln als solche Gläubiger, welche ihre Deckung kongruent vom Schuldner erhalten haben. Hiergegen spricht, dass der vollstreckende Gläubiger gegenüber letzteren bereits faktisch benachteiligt ist.[608] Einmal wird er zunächst mit dem Aufwand des Betreibens der Titelerlangung und der Vollstreckung belastet. Ferner rückt er durch die ausbleibende freiwillige Leistung und dem daraus folgenden Erfordernis, sich einen Titel zu beschaffen und die Vollstreckung zu betreiben, aus der Sicht ex post immer näher an den Eröffnungsantrag heran. Die Gefahr, dass die von ihm erhaltene Leistung zeitlich in den Drei-Monats-Zeitraum fällt, ist damit erhöht. Wahrscheinlicher ist es auch, dass er überhaupt keine Befriedigung erlangt, da sich im Regelfall das Ver-

---

geändert, um auch Vollstreckungshandlungen hierunter zu fassen. Allerdings lässt sich eine eindeutige Zuordnung des Gesetzgebers der durch Vollstreckung erlangten Deckungen zu § 30 Nr. 2 KO (inkongruente Deckung) bereits deswegen hieraus nicht entnehmen (so aber RGZ 10, 33 ff.; ebenso BGH ZIP 1997, 1929; vgl. a. *VID*, Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005, 1384 [1385]), weil neben diesem auch § 30 Nr. 1 Alt. 2 KO (kongruente Deckung) entsprechend geändert wurde (hierzu näher *Foerste*, FS f. Musielak (2004) S. 142 [152 ff.]; *Baum*, Das Recht 1901, 612; *Jaeger/Henckel*, KO § 30 Rz. 233). Die Gesetzesmotive zur KO sind danach für beide Lösungen offen.

605 Fraglich ist, ob man hieraus auch schließen kann, dass er sie ausdrücklich gebilligt hat (so *Kirchhof*, ZInsO 2004, 1168 [1169])

606 Amtl. Begr. InsO S. 137.

607 Es ließe sich hieraus auch nur folgern, dass durch Zwangsvollstreckungen erlangte Deckungen im letzten Monat vor dem Antrag inkongruent sein müssen.

608 Vgl. *Paulus/Allgayer*, ZInsO 2001, 241 [242]. Daneben ist er wegen § 88 InsO auch rechtlich benachteiligt; vgl. *Wolf*, Insolvenzrecht im Umbruch S. 113 [116].

mögen des Schuldners mit dem zeitlichen Heranrücken an den Antrag verringert. Ist danach sein Risiko gegenüber einer freiwilligen Leistung bereits per se erhöht, stellt sich die Frage, warum dieses durch die starre Einordnung als inkongruent weiter erhöht werden soll.[609]

Darüber hinaus ist diese Einordnung auch nicht nötig, da solche Deckungen auch bei Anwendung des § 130 InsO einem erhöhten Anfechtungsrisiko ausgesetzt sind. Der Gesetzgeber hat die Anforderungen an die Zahlungsunfähigkeit in § 17 InsO erheblich reduziert.[610] Diese geringeren Anforderungen sind nach h.M. auch der Insolvenzanfechtung zu Grunde zu legen.[611] Nach der Rechtsprechung des BGH genügt zur Annahme der Zahlungsunfähigkeit bereits eine Liquiditätslücke von 10%, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig beseitigt werden wird.[612] Da es rechtspraktisch eher die Ausnahme ist, dass die Vollstreckung lediglich wegen Zahlungsunwilligkeit erforderlich ist, wird man in den Fällen, in welchen der Gläubiger zum Mittel der Zwangsvollstreckung greifen muss, zumeist annehmen können, er kenne Umstände, welche den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit zwingend zulassen (§ 130 Abs. 2 InsO).

Die vorgenannte, sei es auch nur in Abhängigkeit vom Vornahmezeitpunkt vorgenommene partielle Einordnung von durch oder mittels Androhung einer Vollstreckung erlangten Deckungen als inkongruent, ist daher abzulehnen.[613] Mit solchen Deckungen geht daher kein, vom Ausgangspunkt der h.M., Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz einher. Sowohl inner- als auch außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums sind solche Deckungen als kongruent zu behandeln.[614]

Zuzugeben ist, dass in Folge der hier vertretenen Ansicht ein Wertungswiderspruch zur Regelung in § 88 InsO entsteht, dessen Auflösung nur im Wege der gesetzesübersteigenden Rechtsfortbildung[615] denkbar ist. Behandelt man nämlich durch

---

609 Ebenso AG Hagen ZInsO 2004, 935 [936].

610 Vgl. FK-*Dauernheim*, InsO § 130 Rz. 37 ff.; *Braun/Kind*, InsO § 17 Rz. 2 ff.

611 BGH ZIP 2002, 87 [89]; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO § 130 Rz. 33; a.A. *Henckel*, Insolvenzanfechtung Rz. 24.

612 BGH ZIP 2005, 1426 [1430] (zu § 64 Abs. 2 GmbHG).

613 Vgl. bereits *Lind*, LMK 2004, 36 [37].

614 Ein weiteres Argument ist schließlich die Regelung in § 16 Abs. 2 AnfG (vgl. bereits *Mügel*, Gruchot 33 (1889), 61 [62] zum AnfG a.F.). Danach ist die Sicherung oder Befriedigung, die ein vollstreckender Gläubiger im Wege der Anfechtung nach dem AnfG erlangt, nur als kongruente anfechtbar (s. Punkt X.C (S. 145)). Der Gesetzgeber hat also offenbar jedenfalls in diesem Zusammenhang nicht erwogen, dass es sich bei solchen Deckungen um inkongruente handelt.

615 Vgl. hierzu *Larenz/Wolf*, AT § 4 Rz. 83 ff.

Zwangsvollstreckung erlangte Deckungen als kongruent, steht der vollstreckende Gläubiger dann besser, wenn er nicht nur eine Sicherung, sondern darüber hinaus auch eine Befriedigung erlangt. Denn § 88 InsO bezieht sich zunächst nur auf die erstgenannte, nicht aber auf die letztere Deckungsform. Dies lässt sich bereits terminologisch aus dem Vergleich der Regelung zu den §§ 130, 131 InsO schließen.[616] Ferner dienten dem Gesetzgeber die §§ 28, 87, 104 VglO als Vorbild, welche der Sicherung ausdrücklich die Befriedigung an die Seite stellten.[617] Jede Anwendung von § 88 InsO auf durch Zwangsvollstreckung erlangte[618] Befriedigungen steht danach *contra legem*. Nichtsdestotrotz erscheint eine solche Rechtsfortbildung vertretbar.[619] Sie entspricht einmal einer Tendenz im Schrifttum, welches, unabhängig von der jeweiligen Einordnung solcher Deckungen als kongruent oder inkongruent, § 88 InsO allgemein als systemwidrig und wenig gelungen empfindet.[620] Ferner wird eine solche Anwendung dem gesetzgeberischen Anliegen und den gegenläufigen Interessen von vollstreckendem Gläubiger und Gläubigergesamheit i.E. eher gerecht, als § 131 InsO generell, also nicht nur beschränkt auf den Ein-Monats-Zeitraum, auf solche Deckungen anzuwenden.

(b) Anfechtung von Vollstreckungshandlungen als kongruent

Nunmehr ist zu untersuchen, unter welchen Voraussetzungen solche Deckungen nach § 133 InsO angefochten werden können. Ebenso wie bei § 130 InsO kann der Umstand der Vollstreckung, u.U. in Verbindung mit weiteren Umständen dabei zunächst als Indiz dafür dienen, dass der Schuldner sich zum Zeitpunkt der Rechtshandlung in einer wirtschaftlichen Krise befunden hat. Benachteiligungsvorsatz sowie Kenntnis hiervon werden danach auch hier zumeist bejaht werden können.

---

616 *Grothe*, KTS 2001, 205 [213]; BK-*Blersch/v. Olshausen*, InsR Gruppe 3 § 88 Rz. 6; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO § 88 Rz. 6 m.w.N.

617 Vgl. *Grothe*, KTS 2001, 205 [213].

618 Entsprechendes gilt für durch Androhung der Zwangsvollstreckung erlangte Deckungen (vgl. FK-*App*, InsO § 88 Rz. 7; hiergegen *Rebmann*, Diss. Jur. (2003) S. 176 f).

619 Für eine Anwendung auch bei bereits erfolgter Befriedigung: *Rebmann*, Diss. Jur. (2003) S. 170 f; *Henckel*, Insolvenzanfechtung Rz. 33; *Helwich*, NZI 2000, 460 [462]. Der Gläubiger muss dann die erlangte Befriedigung nach den §§ 812 ff. BGB herausgegeben. A.A. *Grothe*, KTS 2001, 205 [218 f.]; *Wimmer/Maier*, Insolvenzrecht Rz. 83.

620 *Grothe*, KTS 2001, 205 [214 ff.]; *Wolf*, Insolvenzrecht im Umbruch S. 113 [117]; *Wimmer/Maier*, Insolvenzrecht Rz. 83; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO § 88 Rz. 6; näher *Rebmann*, Diss. Jur. (2003) S. 156 ff.

Fraglich ist allerdings, ob dann auch jedes von dem Schuldner im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung entfaltete Verhalten als sozialinadäquater Eingriff in den Wettlauf der Gläubiger begriffen werden kann. Hiergegen spricht, dass die Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens auch im Verhältnis der Gläubiger zueinander das dem einzelnen Gläubiger gesetzlich primär zugewiesene Verfahren der Haftungsverwirklichung ist. Dass diesem zu Grunde liegende Prioritätsprinzip entfaltet seine praktische Relevanz gerade für den Fall, dass sich der Schuldner in einer wirtschaftlichen Krise befindet.[621] Die Reichweite der Verdrängung dieses Prinzips durch den Gleichbehandlungsgrundsatz wird durch die Regelungen der besonderen Insolvenzanfechtung sowie die Rückschlagsperre bestimmt. Dieser Grundsatz liegt der Vorsatzanfechtung gerade nicht als Ziel zu Grunde, auch wenn sie im Ergebnis u.U. eine Gleichbehandlung bewirken mag.[622] Außerhalb dieses, durch die §§ 130 – 132 und § 88 InsO bestimmten Bereichs ist der Gläubiger im Verhältnis zu der Gläubigergesamtheit in seiner individuellen Rechtsdurchsetzung nicht eingeschränkt. Lediglich aus dem sich gemäß wettbewerbs- und deliktsrechtlichen Regeln ergebenden, für jedermann ohne Vorliegen einer Sonderbeziehung geltenden Verhaltenskodex ergibt sich eine weitere Grenze.[623] Eine davon abweichende, weitere Einschränkung bedürfte als Eingriff in das Eigentumsgrundrecht (s. S. 41) einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Insofern kann der vollstreckende Gläubiger auch aufgrund des Rechtsstaatsgebotes aus Art. 20 GG Vertrauensschutz für sich in Anspruch nehmen.[624] Zu Recht führt der BGH[625] in einer neueren Entscheidung aus: Der Vorsatz des Schuldners könne nicht mit demjenigen des Gläubigers ersetzt werden, weil eine hierauf gestützte Anfechtung nicht mit der aus dem Prioritätsprinzip folgenden Freiheit des vollstreckenden Gläubigers zu vereinbaren wäre. Dieses Argument ist in seiner Anwendung jedoch entgegen der Ansicht des BGH nicht auf das Problem beschränkt, ob § 133 Abs. 1 InsO auf Rechtshandlungen des Gläubigers anzuwenden ist (s. o. S. 64). Selbst wenn eine Rechtshandlung des Schuldners hinzukommt, insbesondere bei Zahlungen zur Abwendung der Vollstreckung (hierzu S. 67), ist eine Verdrängung des Prioritätsprinzips nicht ohne weiteres gerechtfertigt.

---

621 Ebenso *Schoppmeyer* NZI 2005, 185 [189].

622 *Schoppmeyer* NZI 2005, 185 [189].

623 *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185 [188]; vgl. bereits *Hassenpflug*, GruchotsBeitr. 32 (1888), 81 [97f.].

624 Vgl. AG Hagen ZInsO 2004, 935 [936] (aufgehoben durch LG Hagen ZInsO 2005, 49). In diese Richtung auch *Bauer*, ZInsO 2004, 594 [596].

625 ZIP 2005, 494 [496].

Ferner ist zu berücksichtigen, dass das Prioritätsprinzip auch den wachsamen Gläubiger prämieren soll.[626] Eine gegenüber anderen kongruenten Deckungen generelle Anfechtung würde ihm diesen Vorteil zugunsten des weniger Wachsamen nehmen. Hinzukommt, dass auch letzterer seine Obliegenheitsverletzung noch dadurch ausgleichen kann, indem er einen Insolvenzantrag stellt und damit die auf drei Monate zurückwirkende Gleichbehandlung mit dem ersterem bewirkt.[627] Umgekehrt hat ersterer nicht einmal die Möglichkeit, die Gesamtvollstreckung einzuleiten, weil ein dahingehender Antrag vom Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung abhängig ist (vgl. § 14 i.V.m. §§ 16, 17 und 19 InsO). Außerhalb dieses Bereichs ist die Individualvollstreckung der einzig gangbare Weg der Haftungsverwirklichung für den Gläubiger.

Eine Vollstreckung, selbst wenn sie bei bereits vorliegender Krise erfolgt, kann daher als solche genauso wenig anstößig sein[628] und einen unzulässigen Eingriff in den Wettlauf der Gläubiger bedeuten, wie sie ein inkongruente Deckung und damit eine erleichterte Anfechtung im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung zu begründen vermag. Maßgeblich ist vielmehr, ob gerade die (unterstützende) Handlung des Schuldners den unlauteren Eingriff begründet. Dies wird etwa dann der Fall sein, wenn der Schuldner die gepfändeten Vermögensgegenstände zuvor versteckt hat, um sie dem Vollstreckungszugriff anderer Gläubiger zu entziehen.

Im Ergebnis ermöglicht die Heranziehung des Merkmals der Unlauterkeit damit auch die Vermeidung von Wertungswidersprüchen, welche sich daraus ergeben, dass jeder Fall einer Vorsatzanfechtung eine Rechtshandlung des Schuldners voraussetzt. Denn in der Tat kann die Bejahung der Vorsatzanfechtung nicht von der eher technischen Abwicklung abhängen, ob der Schuldner sich das Geld vom Gerichtsvollzieher abnehmen lässt oder dem angedrohten Vollstreckungszugriff durch Zahlung zuvorkommt.[629] Sonst stünde der Gläubiger hier anfechtungsrechtlich besser, wenn er sogleich vollstreckt, als wenn er die Vollstreckung zunächst nur androht und eine angebotene Zahlung annimmt.[630] Praktisch wäre dies wohl auch kaum ein Ergebnis, welches zur Entlastung der Vollstreckungsorgane geeignet wäre.

---

626 *Foerste*, FS f. Musielak (2004), 141 [159]; *Gaul*, ZZP 112 (1999), 135 [154]. Vgl. auch Motive KO S. 119: „*Den wachsamen Gläubigern darf der Lohn ihrer Sorgfalt nicht entrissen werden*".

627 *Schoppmeyer*, NZI 2005, 185 [191]; vgl. bereits Motive ZPO II S. 989f.

628 Ebenso *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1690].

629 So auch *Bork*, ZIP 2004, 1684 [1685].

630 Vgl. a. de Bra, LMK 2003, 238 [239]; *Huber*, NZI 2003, 599 [600].

3. Deckungen im Zusammenhang mit der Insolvenzantragstellung

Eine ähnliche Situation wie bei Deckungen auf die Drohung mit (Einzel-)Zwangsvollstreckungsmaßnahmen stellt sich, wenn der Schuldner im Zusammenhang mit einem Insolvenzantrag leistet. Dabei ist einmal der Fall denkbar, dass der Schuldner leistet, nachdem der Gläubiger ihm mit der Stellung eines Insolvenzantrags gedroht hat. Ferner die Situation, dass der Gläubiger einen solchen Antrag gestellt hat, damit der Schuldner zur Beseitigung dessen durch Rücknahme oder Erledigungserklärung seitens des Gläubigers und damit zur Abwendung der Verfahrenseröffnung zahlt. Im letzteren Falle greift nicht bereits eine Anfechtung nach § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO ein, da, wie aus § 139 Abs. 2 InsO zu folgern ist, erledigte oder zurückgenommene Anträge für die Anfechtung insoweit keine Rolle mehr spielen.[631]

a) Die Ansicht des BGH und des herrschenden Schrifttums

Nach der Rechtsprechung des BGH[632] sowie der überwiegenden Ansicht im Schrifttum[633] sind Leistungen zur Abwendung eines angedrohten oder zur Beseitigung eines gestellten Insolvenzantrages stets, d.h. auch außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums als inkongruent zu betrachten und deshalb nach § 131 InsO und nach § 133 Abs. 1 InsO erleichtert anfechtbar. Den Zwecken des Insolvenzverfahrens laufe es zuwider, wenn der Insolvenzantrag zur individuellen Rechtsdurchsetzung missbraucht wird. Alle im Zusammenhang mit einem Insolvenzantrag erlangten Deckungen seien deswegen inkongruent, weil sie weder dem Inhalt des Schuldverhältnisses entsprächen noch mit Zwangsmitteln erlangt worden seien, die - wie etwa bei der Einzelzwangsvollstreckung - dem einzelnen Gläubiger zur Durchsetzung seiner Ansprüche vom Gesetz zur Verfügung gestellt worden seien.[634] Auf die Absichten des Gläubigers im Einzelfall komme es dabei nicht an. Unmaßgeblich sei es ferner, ob der Gläubiger zum wiederholten Mal oder zum ersten Mal einen solchen Antrag stelle. Die Drohung dürfe sich jedoch nicht im Unverbindlichen erschöpfen.

---

631 Vgl. FK-*Dauernheim*, InsO § 139 Rz. 4.

632 ZIP 2004, 319 [321]. Anders LG Kiel ZInsO 2002, 1042 [1043] bei bereits gestelltem Antrag mangels „Drucksituation" gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter. Hiergegen spricht aber bereits, dass die Anfechtbarkeit im Ergebnis nicht davon abhängen kann, ob das Insolvenzgericht die vorläufige Verwaltung anordnet oder nicht.

633 BK-*Blersch*, InsR Gruppe 3 § 131 Rz. 12 f.; FK-*Dauernheim*, § 131 Rz. 26; a.A. *Becker*, Insolvenzrecht Rz. 618 sowie *Brückl/Kersten* (NZI 2004, 422 [425]) im Falle des Forderungseinzugs durch Sozialversicherungsträger. Zweifelnd im Falle der Drohung jetzt auch *Gerhardt*, FS f. Kreft (2004) S. 267 [275].

634 BGH ZIP 2004, 319 [321].

b) Stellungnahme

Dem BGH ist zunächst darin zu folgen, dass es eine Zweckentfremdung des Verfahrensmittels „Insolvenzantrag" darstellt, wenn dieser lediglich zur individuellen und die übrigen Gläubiger benachteiligenden Befriedigung eines einzelnen Gläubigers führt. Denn das Insolvenzverfahren dient der gemeinschaftlichen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger (§ 1 InsO) und verwehrt aus diesem Grund gerade die individuelle Verfolgung der Haftungsverwirklichung.[635] Der Antrag soll also dem individuellen Gläubiger dazu dienen, seine Schlechterstellung gegenüber anderen Gläubigern zu vermeiden oder eine bereits eingetretene zu korrigieren, indem er gleichermaßen wie diese aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung erlangen kann. Nicht aber kann der Antrag und sei es auch nur die Drohung mit ihm dazu dienen, eine Besserstellung gegenüber anderen Gläubigern zu erlangen. Denn sonst hätte er die gleiche Wirkung wie eine Maßnahme der Einzelzwangsvollstreckung.[636] Von daher wird dem Gläubiger auch zu Recht das Rechtsschutzbedürfnis für seinen Antrag versagt, wenn dieser nur dazu dienen soll, den Schuldner zu Teilzahlungen zu bewegen.[637]

Selbst für solche, bereits verfahrensrechtlich unzulässige Anträge kann jedoch nicht davon ausgegangen werden, dass die hierdurch erlangte Deckung eine inkongruente sei. Ebenso wie bei der Deckung im Zusammenhang mit der Einzelzwangsvollstreckung werden hiermit keine Umstände geschaffen, welche aus der erlangten Leistung eine „nicht zu beanspruchende" machen. Zwar stellt die Rechtsordnung nach dem soeben Gesagten einen Insolvenzantrag zur (alleinigen) Verfolgung des individuellen Befriedigungsinteresses eines einzelnen Gläubigers gerade nicht zur Verfügung. Allerdings soll mit der Anordnung der Unzulässigkeit nicht das Interesse des Schuldners, sondern dasjenige der anderen Gläubiger geschützt werden. Von daher wird zu Recht davon ausgegangen, dass auch ein Insolvenzantrag gegenüber dem Schuldner kein widerrechtliches Mittel der Forderungseintreibung darstellt.[638] Danach kann hier entgegen der Auffassung des BGH nicht von einer inkongruenten

---

635 S. o. 22. Vgl. a. *Jaeger/Henckel*, InsO § 1 Rz. 6.

636 *Fischer*, FS f. *Kirchhof* S. 73 [79f.].

637 Vgl. AG Duisburg ZInsO 2002, 451; AG Hamburg ZIP 2005, 364 [365]: keine prozessuale Erledigungswirkung einer solchen Zahlung. Vgl. a. *Jaeger/Gerhardt*, InsO § 14 Rz. 4 ff., der darauf hinweist (Rz. 6), dass allerdings der Antragsteller nicht als alleinigen Zweck die Durchführung eines gemeinschaftlichen Verfahrens verfolgen müsse.

638 So im Rahmen des § 123 BGB: *Flume*, AT II § 28 2b; MünchKomm/*Kramer*, BGB § 123 Rz. 47; *Soergel/Hefermehl*, BGB § 123 Rz. 53.

Deckung ausgegangen werden, abgesehen davon, dass die o.g. Rechtsprechung des BGH nicht nur diese verfahrensrechtlich unzulässigen Anträge erfasst.

Ebenso wie bei der durch Zwangsvollstreckung bewirkten Deckung muss vielmehr untersucht werden, ob hier neben dem Benachteiligungsvorsatz weitere Umstände hinzukommen, welche die erlangte Deckung als unlauter erscheinen lassen. Der Benachteiligungsvorsatz wird sich dabei regelmäßig bejahen lassen, da der Antrag des Gläubigers als Insolvenzgrund entweder die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung voraussetzt. Der Anfechtungsgegner wird sich danach regelmäßig entgegenhalten lassen müssen, dass sowohl dem Schuldner als auch ihm die Krise des Schuldners bekannt war. Fraglich ist, ob nicht generell in der auf den Antrag erfolgenden Deckung ein unlauterer Eingriff in den Wettlauf der Gläubiger liegt. Hierfür spricht, dass bereits zur Unzulässigkeit des Antrages Gesagte; dass nämlich ein solcher Antrag im Verhältnis zu anderen Gläubigern nicht das verfahrensrechtlich vorgesehene Mittel ist, um sich eine Priorität zu verschaffen. Allerdings kann danach zunächst nur festgehalten werden, dass sich der Gläubiger hiermit regelmäßig unlauterer Mittel bedient. Daraus folgt nicht ohne weiteres zugleich, dass auch der Schuldner in sozialinadäquater Weise in den Wettlauf der Gläubiger eingreift. Allerdings ist zu beachten, dass zwar der Schuldner nur unter dem Druck des Antrages leistet, er aber durchaus die Zahlung auch ablehnen kann. Diesem Druck standzuhalten ist dem Schuldner durchaus zuzumuten. Ist bereits das Verfahren eingeleitet, welches eine gleichmäßige Befriedigung aus dem insgesamt nicht mehr ausreichenden Schuldnervermögen ermöglichen soll, stellt es einen sozialinadäquaten Eingriff dar, wenn der Schuldner dieses Verfahren durch eine bevorzugte, vollständige Befriedigung eines einzelnen Gläubigers abzuwenden versucht. Der Schuldner ist zwar nur in bestimmten Fällen verpflichtet, einen Insolvenzantrag zu stellen (§ 42 Abs. 2 BGB, § 64 Abs. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, §§ 130a, 177a HGB), daraus folgt aber umgekehrt nicht das Recht, einen sonst berechtigten Insolvenzantrag mit allen Mitteln zu beseitigen.[639] Tut er es dennoch unter Außerachtlassen der Interessen aller seiner Gläubiger ist darin ein unlauterer Eingriff zu sehen und die vom Schuldner erbrachte Leistung anfechtbar.[640]

---

[639] Insoweit stellt sich auch die Frage, ob der Schuldner durch einen solchen unlauteren, aber i.Ü. nicht zu beanstandenen Antrag überhaupt beschwert wäre und sofortige Beschwerde nach § 34 Abs. 2 InsO einlegen könnte.

[640] Deswegen kommt, wie *Schneider/Hörmann* (ZInsO 2005, 133 [136]) zu Recht ausführen, dem Anfechtungsrecht im Ergebnis auch eine auf den einzelnen Gläubiger wirkende, „disziplinierende" Funktion zu, den „Todeskampf" insolventer Schuldner im Interesse aller Gläubiger an einer frühen Eröffnung nicht unnötig zu verlängern. Umgekehrt kommt es für die Anfechtung nicht auf einen

4. Deckungen im Zusammenhang mit sonstigen „Drucksituationen“

Den durch Drohung mit Zwangsvollstreckung oder Insolvenzantrag entstehenden „Drucksituationen“ werden teilweise andere Vorgänge gleichgestellt. Inkongruenz und deshalb erleichterte Anfechtbarkeit soll etwa anzunehmen sein, wenn im Falle der Nichtzahlung von Altforderungen ein Lieferant mit der Nichtauslieferung der zur Betriebsfortführung erforderlichen Ware[641] bzw. einer Strafanzeige[642], ein Anwalt mit der Niederlegung des Mandats[643] oder eine Behörde mit der Verweigerung ihrer Zustimmung zu einem privatrechtlichen Rechtsgeschäft[644] droht.

Bereits auf Grundlage der, hier freilich abgelehnten Rechtsprechung des BGH vermag diese Ansicht nicht zu überzeugen. Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung ist, wie bereits erwähnt, dass der Gläubiger ab einem bestimmten Zeitpunkt nicht mehr über den Weg der Zwangsvollstreckung, also unter Zuhilfenahme staatlicher Zwangsmittel, die Befriedigung seines Anspruchs verlangen kann. Der Gläubiger soll dann, wenn die Mittel des Schuldners nicht mehr genügen, alle Gläubiger zu befriedigen, nur noch im Wege des den *par conditio creditorum* verwirklichenden Insolvenzverfahrens seine Forderung durchsetzen, nicht aber durch die diesen Grundsatz gerade verletzende Einzelvollstreckung. Entsprechendes muss dann auch für die Androhung einer solchen Vollstreckung gelten, da zutreffend insoweit kein Unterschied bestehen kann. Dabei folgt die erleichterte Anfechtung der Vollstreckungsandrohung nicht aus dem auf den Schuldner bewirkten psychologischen Druck, sondern vielmehr als Reflex daraus, dass die angedrohte Handlung selbst erleichtert anfechtbar ist und die Androhung hiermit gleichgestellt wird. Allein in dem Be-

---

irgendwie gearteten Unrechtsvorwurf gegenüber dem Gläubiger an. Entscheidend ist allein das Wahlrecht des Schuldners. Unmaßgeblich ist es deswegen, wenn die wiederholte Stellung von Insolvenzanträgen, wie im Falle der Forderungseintreibung durch Sozialversicherungsträger (vgl. *Brückl/Kersten*, NZI 2004, 422 f.), das einzige Mittel ist, um das weitere Anwachsen der Rückstände zu verhindern. Die letztgenannten Zwänge dürften freilich dadurch zukünftig entfallen, dass nach dem RegE 2005 dem § 14 Abs. 1 InsO ein Satz angefügt werden soll, nach welchem die Antragstellung nicht allein dadurch unzulässig wird, dass der Schuldner die Forderung erfüllt.

641 OLG Rostock ZInsO 2004, 454.

642 *Homan*, EWiR 2003, 1041 [1042]; *Kübler*, FS f. Greiner (2005) S. 159 [170]; *Flöther/Bräuer*, DZWiR 2005, 441 [443]. *Homan* nennt ferner u.a. den Einsatz einer „Schlägerbande“ als Beispiel einer Drucksituation. In einem solchen Fall dürfte aber schon eine zivilrechtlich wirksame Erfüllung zu verneinen sein (ebenso *Kirchhof*, ZInsO 2004, 1168 [1171]).

643 *Lindemann*, EWiR 2003, 1153 [1154].

644 OLG Rostock ZIP 2004, 1515.

wirken des psychologischen Drucks auf den Schuldner besteht die Gemeinsamkeit zu den hier zu betrachtenden Vorgängen. Die angedrohten Handlungen selbst können demgegenüber nicht gleichgesetzt werden, da allein die Vollstreckung geeignet ist, dem Gläubiger eine Befriedigung zu verschaffen. Sie haben im Falle ihrer Verwirklichung eine Befriedigung des Gläubigers nicht zur Folge und können damit auch keinen Eingriff in den Gleichbehandlungsgrundsatz bewirken.[645]

Schließlich kann auch auf Grundlage der hier vertretenen Ansicht diese Erweiterung nicht überzeugen. Denn keiner der o.g. Vorgänge kann als unlauterer, weil sozialinadäquater Eingriff interpretiert werden, dem der Schuldner im Interesse seiner anderen Gläubiger zu widerstehen hätte.[646]

C. Vorsatzanfechtung einer durch Einzelanfechtung erlangten Deckung

Problematisch ist, ob auch eine Deckung, welche ein Gläubiger in Folge einer Anfechtung nach dem AnfG erlangt hat, nach § 133 InsO angefochten werden kann. Anders als bei gewöhnlichen Deckungen erhält der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung hier nicht aus dem Vermögen des Schuldners, sondern, sei es freiwillig oder zwangsweise, aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners.[647] Nach § 16 Abs. 2 AnfG (früher § 13 Abs. 2 AnfG a.F.) gilt § 130 InsO entsprechend, wenn ein Insolvenzgläubiger bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Grund seines Anfechtungsanspruchs Sicherung oder Befriedigung erlangt hat. Hieraus wird teilweise in der Umkehr geschlossen[648], dass die Anfechtung solcher Deckungen nach anderen Anfechtungstatbeständen nicht in Betracht komme, jede Art der Deckung also nur unter den in § 130 InsO genannten Voraussetzungen angefochten werden könne. Hiergegen wird teilweise vertreten[649], dass § 16 Abs. 2 AnfG lediglich an-

---

645 BGH ZIP 2004, 324 [325]; OLG Düsseldorf ZIP 2003, 1163.

646 Zum erstgenannten Fall vgl. bereits Fn. 524.

647 Folgt man der haftungsrechtlichen Theorie (s. S. 11) erfolgt auch in einem solchen Fall die Befriedigung aus dem „Haftungsvermögen" des Schuldners. Vgl. a. Begründung AnfG a.F. S. 30: „*als zum Vermögen des Schuldners gehörig anzusehen*".

648 So *Dauernheim*, Anfechtungrecht S. 231; wohl auch *Zeuner*, Anfechtungsrecht Rz. 442, 445. Ebenso zum AnfG a.F. *Jaeger*, AnfG § 13 Anm. 23; *Voss*, LZ 1910 Sp. 592 [598].

649 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 5. Vor dem Hintergrund, dass *Kirchhof* (s. Fn. 581) ebenfalls mit der Rechtsprechung und h.L. davon ausgeht, dass eine durch Zwangsvollstreckung erlangte Deckung inkongruent sei, vermag diese Argumentation jedoch nicht zu überzeugen. Sie stellt eine weder durch den Wortlaut noch durch historische bzw. teleologische Auslegung (dazu sogleich) gebotene Privilegierung des mittels Gläubigeranfechtung in das Haftungsvermögen des Schuldners vollstreckenden Gläubigers dar (kritisch hierzu auch *Jaeger*, AnfG § 13 Anm. 23).

ordne, dass die hier erlangten Deckungen als kongruent gelten würden. Bedeutsam wird dieser Meinungsstreit insbesondere für § 133 InsO, weil nach beiden Ansichten eine Anfechtung nach § 131 InsO ausgeschlossen ist und im Übrigen die Anfechtung nach den §§ 132, 134, 135 BGB bei Deckungshandlungen keine große praktische Relevanz besitzt. Besonders vor dem Hintergrund der stark divergierenden Anfechtungszeiträume in § 130 und § 133 InsO erscheint diese Fragestellung einer näheren Betrachtung wert.

Ein Umkehrschluss ist methodisch nur dann zulässig ist, wenn es ersichtlich der Gesetzgeber gewollt hat oder es teleologisch geboten ist, dass die Rechtsfolge der Norm allein auf den nach dem Wortlaut bestimmten Tatbestand beschränkt ist.[650] Ein solcher Wille des Gesetzgebers ist zunächst nicht erkennbar. Nach der Begründung AnfG a.F.[651] wird dann, wenn der anfechtende Gläubiger im Zeitpunkt der Deckung die Zahlungseinstellung oder den Konkursantrag kenne, der Konkursanspruch der übrigen Gläubiger in gleicher Weise verletzt wie im Falle des § 23 Nr. 1 (§ 30 Nr. 1) KO. Eine ausdrückliche Bestimmung empfehle sich jedoch, da die unmittelbare Anwendung der Vorschriften aus dem Grunde bezweifelt werden könne, weil die Handlung nicht von dem Schuldner oder gegen diesen erfolgt sei. Es handelt sich danach hier lediglich um eine deklaratorische Bestimmung. Auch ein ausdrücklicher Ausschluss der Absichtsanfechtung findet sich in der Begründung AnfG a.F. nicht.[652] Nahe liegt deswegen die Vermutung, dass der Gesetzgeber an die Absichtsanfechtung in diesem Zusammenhang gar nicht gedacht hat, weil es bei solchen Vorgängen zumeist an einer Rechtshandlung des Schuldners mangeln wird.

Schließlich ist es auch nach dem Sinn und Zweck nicht geboten, die Anfechtung in solcher Weise zu beschränken. Allein der Umstand, dass der Gläubiger die Gläubigeranfechtung bemühen muss, um Deckung für seine Forderung zu erlangen, macht dieselbe nicht zu einer privilegierten, von der Anfechtung partiell ausgenommenen. Die Gläubigeranfechtung erweitert das dem Gläubiger zur Verfügung stehende Haftungsvermögen, schließt jedoch nicht aus, dass - neben der Möglichkeit

---

650 *Larenz*, Methodenlehre S. 390; *Palandt/Heinrichs*, BGB Einleitung Rz. 50.

651 S. 30.

652 Ein solcher Ausschluss ist m.E. entgegen *Jaeger* (AnfG § 13 Anm. 23) auch nicht daraus zu schließen, dass es in der Begründung AnfG a.F. S. 30 heißt: „*Hatte die Geltendmachung des Anfechtungsanspruches bereits zu einer freiwillig ... geleisteten Befriedigung ... geführt, so hat es hierbei sein Bewenden, es sei denn, daß dem Gläubiger ... die Zahlungseinstellung ... oder der Konkursantrag bekannt war*". Die hervorgehobene Textstelle bezieht sich auf die vorhergehenden Absätze, die sich mit der in § 12 Abs. 1 und 2 des Entwurfes (§ 13 Abs. 1 und 2 AnfG a.F., § 16 Abs. 1, § 17 Abs. 1 AnfG) angeordneten Überleitung eines Anspruches aufgrund Gläubigeranfechtung auf den Konkursverwalter nach Verfahrenseröffnung befassen.

einer Verletzung des Grundsatzes des *par conditio creditorum* – bei Mitwirkung des Schuldners auch in sozialinadäquater Weise in den Wettlauf der Gläubiger eingegriffen wird. Die Anfechtung einer solchen Deckung muss auch nach § 133 InsO möglich sein. Nicht ausgeschlossen ist es schließlich auch, dass ein weiterer Gläubiger die erlangte Deckung nach § 3 AnfG anficht.

D. Unmittelbare Benachteiligung

In Fällen, in denen die Rechtshandlung die Gläubiger bereits unmittelbar benachteiligt, erscheint es besonders naheliegend, dass der Schuldner den erforderlichen bedingten Benachteiligungsvorsatz und der Anfechtungsgegner Kenntnis hiervon hat. Allerdings ist auch hier zu berücksichtigen, dass mit den § 132, § 133 Abs. 2 sowie § 134 InsO Regelungen bestehen, welche unmittelbar benachteiligende Rechtshandlungen zum Inhalt haben. Auch für diese Rechtshandlungen muss daher untersucht werden, inwiefern § 133 Abs. 1 InsO einzuschränken ist oder nicht. Dabei soll mit der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen (§ 134 InsO) begonnen werden, da deren unmittelbare benachteiligende Wirkung am offensichtlichsten ist. Sodann sollen die sonstigen Fälle unmittelbarer Benachteiligung untersucht werden.

1. Unentgeltliche Leistungen

Nach § 134 Abs. 1 InsO sind unentgeltliche Leistungen, die innerhalb von 4 Jahren vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden sind, ohne weitere objektive oder subjektive Voraussetzungen anfechtbar. Innerhalb dieses Zeitraums stellt sich damit nicht die Frage, ob hier zusätzlich eine Anfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO gegeben ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus § 143 Abs. 2 InsO. Zwar beschränkt sich die Haftung des Gegners einer Anfechtung nach § 134 InsO danach grundsätzlich auf die vorhandene Bereicherung, d.h. diesem steht der Entreicherungseinwand zu. Allerdings wird er bösgläubig und haftet damit unbeschränkt, wenn er weiß oder den Umständen nach wissen muss, dass die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt. Diese zumindest grobfahrlässige Unkenntnis ist für den Insolvenzverwalter eher darzulegen und zu beweisen als die in § 133 Abs. 1 InsO genannten subjektiven Anforderungen. Eine Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes ohne Kenntnis von der Benachteiligung selbst ist logisch ausgeschlossen. Von daher stellt sich die Frage der Anfechtung unentgeltlicher Leistung nach § 133 Abs. 1 InsO primär für den Zeitraum der weiter als vier Jahre vor dem Antrag liegt. Ferner spielt die Vorsatzanfechtung für die sog. gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke eine Rolle, die nach § 134 Abs. 2 InsO von der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen ausgenommen sind.

Eine unentgeltliche Leistung kann als solche nicht genügen, um auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners schließen zu können. Wie bereits im Zusammenhang mit der Erläuterung des Begriffes „unmittelbare Benachteiligung" besprochen (s. S. 77), ist auch eine wirtschaftlich für das Schuldnervermögen nachteilige Rechtshandlung solange für die Gläubiger nicht benachteiligend, solange dieses Vermögen ausreicht alle Gläubiger zu befriedigen. Solange der Schuldner deshalb davon ausgeht, sich eine solche Rechtshandlung „leisten" zu können, rechnet er nicht mit der Möglichkeit einer Gläubigerbenachteiligung. Wie allgemein im Rahmen von § 133 Abs. 1 InsO muss deshalb auch hier hinzukommen, dass der Schuldner entweder für den Fall der Krise die unentgeltliche Leistung vornimmt oder er sich bereits in einer wirtschaftlichen Lage befindet, die es ihm nicht erlaubt, sein Aktivvermögen ohne jedwede Gegenleistung zu vermindern. In dem letzteren Fall folgt dann bereits aus den objektiven Umständen ein Indiz für den Vorsatz.[653]

Fraglich ist, ob es auch hier des Merkmals der „Unlauterkeit" bedarf. Grundsätzlich besteht dafür keine Veranlassung, da es für § 133 Abs. 1 InsO des Handelns in oder mit Bezug auf eine wirtschaftliche Krise bedarf, um den Vorsatz zu bejahen. § 134 InsO erfasst demgegenüber unentgeltliche Verfügungen ohne jedweden Bezug zur wirtschaftlichen Krise des Schuldners. Aus systematischer Sicht hat die Vorsatzanfechtung zwar gegenüber § 134 Abs. 1 InsO den weiteren zeitlichen Anwendungsbereich, allerdings bei erhöhten inhaltlichen Anforderungen, was eine interessengerechte Abgrenzung erlaubt.

Problematisch ist die Abgrenzung jedoch für die Fälle der Anfechtung von gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenken geringen Werts, für welche § 134 Abs. 2 InsO die Anfechtung ausschließt. Fraglich ist, ob sich hieraus eine Privilegierung für den Beschenkten auch über die Schenkungsanfechtung hinaus dergestalt ergibt, dass in solchen Fällen das Kriterium der „Unlauterkeit" hinzugezogen werden muss, um die Vorsatzanfechtung auszuschließen. In den Motiven zur KO findet sich hierzu die Ausführung, dass in einem solchem Fall der Empfänger nicht bereichert werden soll, sondern ihm nur ein Zeichen der Zuneigung zu teil werden soll. Die Ausnahme der gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke bedürfe deswegen keiner Rechtfertigung.[654] Da die Absichts- bzw. Vorsatzanfechtung anders als die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nicht auf dem Gedanken der Abschöpfung einer vorhandenen Bereicherung beruht, lässt sich dieser Gedanke ebenso wenig auf § 133 Abs. 1 InsO

---

653 OLG Düsseldorf ZIP 1992, 1488; vgl. a. Motive KO S. 133.

654 Motive KO S. 135. In diese Richtung auch *Jaeger/Lent*, KO § 32 Anm. 13: Die Ausnahme trage der Verkehrssitte Rechnung.

wie auf die § 130 – 132 InsO übertragen. Dies erscheint im Ergebnis auch als gerechtfertigt. Zwar mutet es auf den ersten Blick befremdlich an, wenn die schenkweise Zuwendung von 20€ an das Patenkind mittels Anfechtung nach den § 130 – 132, 133 Abs. 1 InsO rückgängig gemacht werden kann. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Ausnahme der gebräuchlichen Gelegenheitsgeschenke auch in anderem Zusammenhang keine Rolle spielt. So handelt es sich bei dem Anspruch aus einem Schenkungsversprechen um eine lediglich nachrangig zu berücksichtigende Insolvenzforderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO) ohne Rücksicht darauf, ob es sich um gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke geringen Werts handelt.[655] Ferner würde es zu nicht nachvollziehbaren Ergebnissen führen, wenn die Erfüllung einer entgeltlichen Forderung in geringer Höhe nach den vorgenannten Vorschriften anfechtbar wäre, nicht aber die unentgeltliche Leistung. § 134 Abs. 2 InsO ist danach nicht als allgemeines Prinzip, sondern als eine auf die Schenkungsanfechtung allein beschränkte Ausnahme aufzufassen. Auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO kann danach diese Ausnahme, insbesondere über das Kriterium der „Unlauterkeit" keine Rolle spielen.

Damit bedarf es des Merkmals der „Unlauterkeit" nicht, um bei der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach § 133 Abs.1 InsO zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen. Dies schließt allerdings nicht aus, solche Leistungen, wenn sie mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners erfolgen, als sozialinadäquaten Eingriff und damit als unlauter anzusehen.

2. Sonstige Fälle unmittelbarer Benachteiligung

a) Der Meinungsstand unter Geltung der KO

Im Falle einer wertmäßig über eine Krediterhöhung hinausgehenden Sicherungsübertragung hat der BGH[656] in einer jüngeren Entscheidung geurteilt, dass der bloße Umstand einer objektiv unmittelbaren Benachteiligung noch keine Beweislastumkehr - vergleichbar der Inkongruenz einer Deckung - zu Lasten des Anfechtungsgegners begründe. Den hierbei bestehenden Unsicherheiten in Bewertungsfragen müsse im subjektiven Tatbestand Rechnung getragen werden. Der bloße Umstand einer unmittelbaren Benachteiligung begründe, wie § 30 Nr. 1 Fall 1 KO zeige, keine Beweislastumkehr. § 31 Nr. 2 KO sehe eine solche nur vor, wenn ein Verwandter des Schuldners Anfechtungsgegner sei. Die denkbaren Fälle einer un-

655 MünchKomm/*Ehricke*, InsO § 39 Rz. 24 aE; *Jaeger/Henckel*, InsO § 39 Rz. 27 aE.

656 ZIP 1998, 248 [251]. Ebenso BGH ZIP 1998, 830 [836].

mittelbaren Gläubigerbenachteiligung seien auch zu verschiedenartig, als dass sie ausnahmslos einen Rückschluss, insbesondere auf die Benachteiligungsabsicht zuließen. Die unmittelbare Benachteiligung sei nur als ein Umstand neben allen anderen im Rahmen der Beweiswürdigung abzuwägen, wobei insbesondere auch das Ausmaß der Benachteiligung zu beachten sei. Selbst wenn der Schuldner die unmittelbare Benachteiligung erkenne, könne seine Absicht ausgeschlossen sein, wenn er davon überzeugt gewesen sei, in absehbarer Zeit alle seine Gläubiger befriedigen zu können.[657]

In Geschäften, bei welchen der Schuldner eine Sache unter Wert veräußert (sog. „Verschleuderungsgeschäfte"), wurde besonders im Schrifttum ebenso wie bei inkongruenten Deckungen allerdings ein Indiz für den Benachteiligungsvorsatz gesehen.[658] Eine Entscheidung des OLG Köln[659] geht sogar davon aus, dass in einem „Schleuderverkauf" ein starkes Indiz für eine „inkongruente Deckung" zu sehen sei. In Einklang mit der zuvor dargestellten Rechtsprechung des BGH lässt sich dies dann bringen, wenn man bei Verschleuderungsgeschäften das Ausmaß der unmittelbaren Benachteiligung als besonders ausgeprägt annimmt.

b) Der Meinungsstand unter Geltung der InsO

Nach der überwiegenden Ansicht im Schrifttum ist dieser Ansatz auch bei Anwendung der InsO zu Grunde zu legen.[660] Hierfür spräche insbesondere auch, dass der Gesetzgeber anders als bei der Anfechtung inkongruenter Deckungen in § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO diese Rechtsprechung nicht gesetzlich nachempfunden habe.[661]

---

657 BGH ZIP 1998, 248 [252].

658 *Jaeger/Henckel*, KO § 31 Rz. 13. Eine in diesem Zusammenhang als Beleg für die Rechtsprechung zitierte Entscheidung des RG (JW 1902, 24 Nr. 17) gibt dies allerdings nur bedingt her. Das Gericht hat dort aus den Tatsachen, dass der Schuldner bei Abschluss des Geschäfts überschuldet gewesen war und den größten Teil seines Warenlagers zu einem „Spottpreis" verkauft hatte, den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners hergeleitet. Dabei kann nicht erkannt werden, dass es auch nur im Rahmen der Tatsachenwürdigung eine Erleichterung zugunsten des anfechtenden Verwalters gewährt hatte.

659 OLG Köln juris Nr. KORE534602001 = EWiR 2001, 775 (*Gerhardt*): „*Inkongruente Deckung in Form der Verschleuderung*".

660 *Smid/Zeuner*, InsO § 133 Rz. 8, 44; *Braun/de Bra*, InsO § 133 Rz. 17; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 133 Rz. 6 a.E; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 32; HK-*Kreft*, InsO § 133 Rz. 15; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.82.

661 *Smid/Zeuner*, InsO § 133 Rz. 92.

Dieser Auffassung hat insbesondere *Henckel*[662] unter Hinweis auf § 132 InsO widersprochen. § 132 InsO dehne die Anfechtung unmittelbar nachteiliger Rechtshandlungen auf bis zu drei Monaten aus und erfasse damit die Fälle, in denen nach der KO eine Beweiserleichterung für die Absichtsanfechtung von Verschleuderungen gerechtfertigt sein konnte. Sei der Schuldner noch nicht zahlungsunfähig oder ein Eröffnungsantrag gestellt, sei es nicht zu beanstanden, wenn er Gegenstände seines Vermögens unter Wert veräußere. Ein Indiz für den Vorsatz sei allenfalls dann anzunehmen, wenn der Schuldner bereits vor der Drei-Monatsfrist in Vermögensverfall geraten sei und haftende Vermögensgegenstände verschleudere.

c) Stellungnahme

Die Ansicht, dass allein aus dem Umstand eines Verschleuderungsgeschäftes ein von dem Anfechtungsgegner zu entkräftendes Beweisanzeichen folge, vermag nicht zu überzeugen. Hiergegen spricht bereits die Regelung in § 133 Abs. 2 InsO, die eine Beweiserleichterung in Form der Beweislastumkehr nur gegenüber nahestehenden Personen vorsieht. Das Vorliegen eines Verschleuderungsgeschäftes ist nicht als solches bereits ein Umstand, aus welchem ohne weiteres folgt, dass der Schuldner mit Vorsatz handelt. Denn Hintergrund solchen Verkaufs kann nicht nur eine wirtschaftliche Krise sein, sondern diese kann auch durch andere betriebliche Maßnahmen veranlasst sein, etwa die Auflösung eines Warenlagers. Um auf den Vorsatz des Schuldners schließen zu können, muss vielmehr hinzukommen, dass sich der Schuldner bereits in einer wirtschaftlichen Krise befindet oder das Geschäft für den Fall des Eintritts einer solchen vornimmt.

Aus dem Vorgenannten allein folgt allerdings noch nicht, dass das Geschäft dann auch bereits nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar wäre. Ebenso wie bei der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen gibt auch bei unmittelbar benachteiligenden Rechtshandlungen der Spezialtatbestand in § 132 InsO den Rahmen vor, in welchem solche Geschäfte anfechtbar sind. Die Vorsatzanfechtung kann danach, insbesondere vor Beginn des Drei-Monats-Zeitraums, nicht bereits deswegen eröffnet sein, weil der Schuldner bereits zahlungsunfähig war und der Anfechtungsgegner dies erkannte. Erst recht kann die Kenntnis einer der Zahlungsunfähigkeit vorgelagerten wirtschaftlichen Krisenstufen nicht ausreichen. Hierbei ist, mangels Anhaltspunkten im Gesetz oder in den Motiven zu § 30 Nr. 1 KO bzw. § 132 InsO, auch nicht zwischen Masseverschleuderungen und sonstigen unmittelbar benachteiligenden Rechtshandlungen zu unterscheiden. Daraus kann geschlos-

[662] Insolvenzrecht Rz. 51.

sen werden, dass die Vornahme einer unmittelbar nachteiligen Rechtshandlung, insbesondere der Verkauf einer Sache unter Wert selbst nach Eintritt der Krise noch keinen sozialinadäquaten Eingriff in die Haftungsverwirklichung der Gläubiger bedeutet. Vielmehr müssen auch hier weitere Umstände hinzukommen, welche das Geschäft als unlauter erscheinen lassen. Gegen die hier vertretene Ansicht spricht auch nicht, dass ein solches zusätzliches Kriterium in § 133 Abs. 2 InsO nicht erwähnt ist. Denn wie bereits festgestellt, handelt es sich bei dieser Norm nicht um einen eigenständigen Anfechtungstatbestand, sondern lediglich um eine Erweiterung zum Anfechtungstatbestand in § 133 Abs. 1 InsO hinsichtlich der Beweislast.

Ein unlauteres Geschäft kann etwa anzunehmen sein, wenn dessen einziger Zweck derjenige ist, den Gläubigern Haftungsmasse in verschleierter Form zu entziehen. So dürfte der Sachverhalt in der oben angeführten Entscheidung des *OLG Köln* gelegen sein. Dort wurde die wesentliche Geschäftsausstattung unter Wert veräußert, ohne dass der Käufer ein irgendwie geartetes Verwendungsinteresse an den Gegenständen hatte. Diese verblieben vielmehr beim Schuldner, wobei nicht einmal eine entgeltliche Nutzungsvereinbarung getroffen wurde. Gerade an dieser umfangreich begründeten Entscheidung zeigt sich auch, dass die Verwendung der Beweisanzeichenregel und ihre „Verstärkung“ durch Heranziehen weiterer Umständen zumeist verdeckt, dass auch ohne diese Regel der Tatbestand in § 133 Abs. 1 InsO durch Subsumtion und Beweiswürdigung eröffnet sein kann.

Gegenüber nahestehenden Personen wird man die Beweislastumkehr in § 133 Abs. 2 InsO auch auf das Kriterium der Unlauterkeit anwenden können, da gegenüber solchen Personen nicht nur die Vermutung naheliegt, dass sie von der wirtschaftlichen Situation des Schuldners Kenntnis hatten, sondern auch diejenige, dass das Geschäft nicht im Rahmen eines betrieblich veranlassten, sei es auch ökonomisch ungünstigen Vorgangs vorgenommen wurde, sondern vielmehr dazu, den Gläubigern Haftungsmasse zu entziehen.

E. Rechtshandlungen für den Fall der Insolvenz, insb. bei Bestellung von Sicherheiten

Der Schuldner kann, ohne dass bereits Anzeichen einer Krise bestehen müssen, Rechtshandlungen vornehmen, die gerade für den Fall seiner wirtschaftlichen Krise ihre Wirkungen entfalten. Wie bereits erwähnt, hält der Schuldner hier die Benachteiligung nicht nur für möglich, sondern weiß um ihren sicheren Eingriff, handelt also mit *dolus directus* 1. Grades (s.o. S. 85). Hierunter fallen zunächst die ohne weiteres als anfechtungswürdig zu erkennenden Fälle, dass der Schuldner

Vermögensgegenstände an Familienangehörige überträgt, um sie dem Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen.

Fraglich ist, wie insofern die Bestellung von Sicherheiten zu behandeln ist. Regelmäßiger Zweck einer solchen Rechtshandlung ist es ja, den Gläubiger und Sicherungsnehmer für den Fall der Insolvenz des Schuldners abzusichern, seinen Anspruch also „insolvenzfest" zu machen.[663] Für die Frage der Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO wird hier danach unterschieden, ob die Sicherheitenbestellung unter der aufschiebenden Bedingung der Insolvenz oder sofort erfolgt. Nur im ersteren Fall seien der Benachteiligungsvorsatz sowie die Kenntnis des Gläubigers anzunehmen.[664] Die Beteiligten hätten dann den unbedingten Willen, gerade bei Eintritt *des* Falles das Schuldnervermögen zu schmälern, in welchem dieses nicht mehr zur Befriedigung der übrigen, ungesicherten Gläubiger ausreiche. Die Gläubigerbenachteiligung sei daher die nahezu zwangsläufige Folge dieser Rechtshandlung, sodass der Benachteiligungsvorsatz sowie die Kenntnis hiervon ohne weiteres regelmäßig anzunehmen seien.[665] Anders sei dies nur dann, wenn die Parteien die Insolvenz nicht konkret erwogen hätten oder der Schuldner davon überzeugt gewesen sei, dass dieser Fall nicht eintreten werde.[666] Eine Vermutung hinsichtlich der subjektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO bestehe demgegenüber nicht in den Fällen, in welchen die Sicherheitenbestellung sofort wirksam und unbedingt sei.[667] Nach *Kirchhof*[668] könne der Umstand alleine, dass alle Sicherheiten insbesondere vor einer Insolvenz des Sicherungsgebers schützen sollten, nicht zur Konkretisierung des Vorsatzes und der entsprechenden Kenntnis genügen. Die Vermutung des Benachteiligungsvorsatzes hält der BGH[669] hier nur dann für begründet, wenn der Sicherungsgeber den Eintritt seiner Insolvenz während der Dauer des Sicherungsgeschäftes konkret für wahrscheinlich halte.

Zuzustimmen ist der obigen Ansicht zunächst darin, dass der Vorsatz des Schuldners dann nicht angenommen werden kann, wenn er über die Möglichkeit seiner In-

---

663 *Wolf*, Sachenrecht Rz. 657; *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 21.07.

664 BGH ZIP 1998, 830 [834f]; BGH ZIP 1997, 1596 [1600]; BGH ZIP 1993, 521 [522]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 28. Vgl. a. BGH ZIP 1994, 40 [44f.]

665 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 28.

666 BGH ZIP 1994, 40 [44f.].

667 BGH ZIP 1997, 1596 [1600]; MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 28 aE.

668 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 133 Rz. 28.

669 ZIP 1997, 1596 [1600]. Diese erscheint jedoch deswegen bereits bedenklich, weil zwischen der Wahrscheinlichkeit und der Möglichkeit des Erfolgseintritts keine akzentuierte Grenze besteht und nicht ein winziges Mehr an Wahrscheinlichkeit über die Annahme des Vorsatzes entscheiden darf (vgl. *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, StGB § 15 Rz. 76.).

solvenz überhaupt nicht reflektiert hat bzw. dies für ihn ausgeschlossen ist. Hält nämlich der Handelnde den Eintritt des Erfolges nicht einmal für möglich, kann Vorsatz selbst dann nicht angenommen werden, wenn er diesen Erfolg anstrebt.[670] Im Übrigen muss der Vorsatz jedoch in beiden Fällen gleichermaßen angenommen werden und es besteht nicht in einem Fall eher und in dem anderen Fall weniger eine Vermutung für den Benachteiligungsvorsatz. In beiden Fällen müssen sich die Beteiligten darüber bewusst sein, dass für den Fall der Insolvenz die Gläubiger zwangsläufig benachteiligt werden. Auch bei einer sofortigen und unbedingten Sicherungsübertragung kommt es zu einer haftungsrechtlichen Zuweisung des in dem Sicherungsgegenstand verkörperten Vermögenswertes erst dann, wenn der Sicherungsfall eintritt. Dies zeigt sich etwa daran, dass dem Sicherungsgeber bei Insolvenz des Sicherungsnehmers ein Aussonderungsrecht zusteht[671]. Der hinsichtlich des sachenrechtlichen Eigentums zwischen beiden Fällen bestehende Unterschied vermag danach keine Differenzierung zu rechtfertigen.[672] Vielmehr muss in beiden Fällen gleichermaßen davon ausgegangen werden, dass der Schuldner mit Vorsatz handelt und der Anfechtungsgegner hiervon Kenntnis hat.

Eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle ist jedoch im Ergebnis deswegen gerechtfertigt, weil es sich im ersteren um einen sozialinadäquaten Vorgang handelt, nicht aber im letzteren. Die gewöhnliche Sicherheitenbestellung, also eine solche welche sofort wirksam ist, ist volkswirtschaftlich erwünscht[673] und findet in den §§ 49 ff. InsO schließlich auch ihre gesetzliche Anerkennung für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Die Anfechtung solcher Rechtshandlung innerhalb eines Zehn-Jahreszeitraums würde dem entgegenstehen. Daneben ist zu berücksichtigen, dass die Anfechtung solcher Rechtshandlungen sich vorrangig nach den §§ 130, 131 InsO richtet. Ein sozialadäquater Vorgang kann bei der Sicherheitenbestellung im erstgenannten Falle nicht mehr angenommen werden, weil sie mit einer Täuschung des Rechtsverkehrs einhergeht. Durch diese Konstruktion erscheint es nämlich für den Rechtsverkehr so, als stünde der Sicherungsgegenstand als Haftungsobjekt im Falle der Insolvenz noch zur Verfügung. Zwar ist auch das Objekt einer sofort wirksamen Sicherungsübertragung (noch) im Vermögen des Sicherungsgebers zu aktivieren (§ 247 Abs. 1 S. 2 HGB). Allerdings ist die Sicherungsübertragung jedenfalls bei Kapitalgesellschaften aus dem Anhang ersichtlich

670 Vgl. *Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben*, StGB § 15 Rz. 67.

671 MünchKomm/*Ganter*, InsO § 47 Rz. 375.

672 Im Ergebnis ebenso *Häsemeyer*, ZIP 1994, 418 [419].

673 S. *Wolf*, Sachenrecht Rz. 661.

(§ 285 Nr. 1b HGB). Hierdurch ist der Rechtsverkehr darüber informiert, in welchem Umfang das Vermögen der Gesellschaft durch Bestellung von Sicherheiten dem möglichen Zugriff neuer Gläubiger bereits entzogen ist.[674]

F. Die Anfechtung von Bargeschäften

1. Anfechtung nach § 133 InsO

Bargeschäfte sind nach § 142 InsO grundsätzlich von der Anfechtung ausgenommen. Hintergrund dieser bereits unter der KO[675] anerkannten, allerdings nicht kodifizierten Privilegierung ist es, dass der Schuldner, der sich in einer Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen werden würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen.[676] Aufgrund des Erfordernisses der Wertäquivalenz liegt hier lediglich eine als solche die Gläubiger nicht benachteiligende Umschichtung im Vermögen des Schuldners vor.[677] Möglich bleibt trotz des Bargeschäfts nach § 142 InsO allerdings die Anfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO.

Fraglich ist, ob auch die Regelung in § 133 Abs. 2 InsO trotz Vorliegens eines Bargeschäftes anwendbar ist. Diese im Schrifttum teilweise vertretene Auffassung[678] hat trotz der Nichterwähnung dieser Regelung in § 142 InsO zunächst für sich, dass es sich bei § 133 Abs. 2 InsO nur um eine Beweislastregel und nicht um einen selbständigen Anfechtungsgrund handelt. Aus systematischer Sicht spricht also nichts dagegen, über § 133 Abs. 1 InsO auch die Regelung in Abs. 2 in die Rückausnahme bei Bargeschäften einzubeziehen. Trotzdem kann § 133 Abs. 2 InsO bei Bargeschäften letztlich deswegen nicht herangezogen werden, weil die dort geforderte unmittelbare Benachteiligung bei dem eine gleichwertige Gegenleistung erfordernden Bargeschäft nicht vorliegen kann.[679]

Problematisch ist ferner, wann eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO wegen mittelbarer Benachteiligung überhaupt in Betracht kommen kann. Die durch das Bargeschäft bewirkte Vermögensumschichtung ist als solche nicht geeignet eine

---

674 *Staub/R. Hüttenmann*, HGB § 285 Rz. 11.

675 Hierzu *Raschke*, Diss. Jur. (1999) S. 11ff.

676 Amtl. Begr. InsO S. 167. Vgl. bereits BGH WM 1984, 1430.

677 BGH WM 1977, 254 [255]; FK-*Dauernheim*, InsO § 142 Rz. 1.

678 *Henckel*, Insolvenzanfechtung Rz. 47; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 142 Rz. 15; FK-*Dauernheim*, InsO § 142 Rz. 1.

679 MünchKomm/*Kirchhof*, InsO § 142 Rz. 24 aE; *Gottwald/Huber*, InsOHdb § 46 Rz. 59. Vgl.a. Amtl. Begr. InsO S. 167.

Gläubigerbenachteiligung herbeizuführen. Veräußert der Schuldner eine Sache zu einem angemessenen Preis und ist der Kaufpreis bei der Verfahrenseröffnung noch in seinem Vermögen vorhanden, fehlt es bereits an der mittelbaren Benachteiligung. Hinzukommen muss vielmehr der Umstand, dass der Kaufpreis nicht mehr in dessen Vermögen vorhanden ist und hierauf müssen sich auch der Vorsatz des Schuldners sowie die Kenntnis des Anfechtungsgegners erstrecken. Ein solcher Umstand ist allerdings bereits darin zu sehen, dass der Schuldner das erlangte Geld nimmt, um einen seiner Gläubiger zu befriedigen. Letzteres ist sogar der Regelfall, weswegen üblicherweise davon ausgegangen werden kann, dass der Schuldner mit dem entsprechenden Vorsatz handelt und der Anfechtungsgegner Kenntnis hiervon hat.[680] Würde dies alleine genügen, um eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO zu eröffnen, wäre jedoch § 142 InsO überflüssig und der mit dieser Vorschrift verfolgte Zweck würde nicht erreicht. Auch hier vermögen die subjektiven Momente des Vorsatzes sowie der Kenntnis davon also nicht zu genügen, um die sozialinadäquaten Fälle zu identifizieren. Ein anfechtbares Bargeschäft kann vielmehr nur dann angenommen werden, wenn der Schuldner dadurch in unlauterer Weise eine Benachteiligung seiner Gläubiger verursacht.

Die Vorsatzanfechtung ist danach etwa eröffnet, wenn der Schuldner nicht mehr im Rahmen des gewöhnlichen Geschäftsverkehrs handelt, sondern der Vorgang vor allem dazu dient, Mittel seinen Gläubigern zu entziehen[681], etwa der Schuldner beabsichtigt, den erlangten Kaufpreis ins Ausland zur Verschleierung zu transferieren.[682] Allerdings muss auch in einem solchen Fall sorgsam geprüft werden, ob das

---

680 Dagegen kann auch nicht argumentiert werden, dass die mit dem erlangten Kaufpreis ermöglichte Befriedigung des Gläubigers ebenfalls anfechtbar und deswegen in haftungsrechtlicher Sicht noch dem Vermögen des Schuldners zuzurechnen sei. Nicht jede Bevorzugung eines Gläubigers bewirkt nämlich, dass die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes erfüllt sind, sodass eine Anfechtung eröffnet sein kann, aber nicht muss.

681 BGH ZIP 1993, 1653 [1654]; OLG Köln ZInsO 2004, 452 [453f.]; *Nerlich/Römermann*, InsO § 142 Rz. 13; vgl. a. OLG München, ZInsO 2005, 496 [497 f.]: Anfechtung bei „unangemessener" Bevorzugung.

682 Entgegen der Ansicht von *Paulus* (in *Kübler/Prütting*, InsO § 142 Rz. 14) ist darüber hinausgehend ein besonders gravierendes Vorgehen beider Parteien nicht erforderlich. Solches soll etwa zu bejahen sein, wenn der Erwerber neben seiner Kenntnis noch ein gesteigertes Eigeninteresse besitzt. Eine solch restriktive Auslegung ist auch im Hinblick auf die Abschaffung des § 419 BGB mit Einführung der Insolvenzordnung nicht veranlasst. Abgesehen davon, dass sich § 419 BGB a.F. nur auf das gesamte Vermögen und nicht auf lediglich ein Teilvermögen ausmachende Gegenstände bezog, ist aus der Amtl. Begr. EGInsO (S. 76 f.) nicht zu erkennen, dass der Gesetzgeber neben der Ausschaltung des Haftungsrisikos aus § 419 BGB auch die aus Anfechtung einschränken wollte. Dort heißt es vielmehr (S. 77 re.Sp.), dass die mit der InsO angestrebte Verschärfung des Anfechtungsrechtes den über sein

konkrete Geschäft wirklich dazu dient, schwerer zu verschleiernde Vermögensgegenstände „zu Geld zu machen" oder ob es sich um einen normalen Geschäftsvorgang handelt, in dessen Folge der Schuldner das erlangte Geld verschleiert. Letzteres wird zumeist bei der Veräußerung von Umlaufvermögen, ersteres u.U. bei derjenigen von Anlagevermögen der Fall sein. Nur im ersteren Fall erscheint der Gesamtvorgang als sozialinadäquates Verhalten des Schuldners gegenüber seinen Gläubigern. Im zweiten Fall demgegenüber folgt das unlautere Verhalten der unter Anfechtungsgesichtspunkten zu betrachtenden Rechtshandlung erst nach. Für diese Unterscheidung spricht auch folgende ergebnisorientierte Erwägung: Erwerben mehrere Käufer in Kenntnis der Insolvenz Gegenstände zu marktüblichen Preisen, kann dies gegenüber einem von ihnen nicht deswegen anfechtbar sein, weil ihm allein der Schuldner bei Bezahlung des Kaufpreises mitteilt, er werde das erlangte Geld sogleich verschleiern.

2. Anfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG

Problematisch ist, ob die zuvor gewonnenen Ergebnisse auch auf die Vorsatzanfechtung nach § 3 Abs. 1 AnfG übertragen werden können. Fraglich ist, ob dieser Tatbestand bei einem Bargeschäft überhaupt eröffnet ist. Teilweise wird in der Literatur davon ausgegangen, dass die Gläubigeranfechtung in einem solchen Fall generell ausgeschlossen ist, weil im AnfG auf die Aufnahme einer dem § 142 letzter Halbsatz InsO vergleichbaren Regelung verzichtet worden ist.[683] Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen.[684] Einmal fehlt es in den Gesetzesmaterialien an einem Hinweis, dass diese Regelung nur für die InsO nicht aber für die Anfechtung nach dem AnfG gelten sollte. Ferner ist zu berücksichtigen, dass § 142 letzter Halbsatz InsO eine Rückausnahme von der Ausnahme ist, dass Bargeschäfte grundsätzlich nicht der Anfechtung ausgesetzt sind. Eine letzteres anordnende Bestimmung fehlt aber in dem AnfG; man könnte deshalb auch vertreten, dass Bargeschäfte generell nicht von der Gläubigeranfechtung ausgenommen sind. Überträgt man aber demgegenüber zu Recht die in § 142 InsO nunmehr auch gesetzlich anerkannte Wertung auch auf das AnfG[685], kann man nicht vor der Rückausnahme stehen bleiben. Im Übrigen

Ziel hinausschießenden Gläubigerschutz nach § 419 BGB entbehrlich mache. Schließlich wurde die Regelung vor allem deswegen als verfehlt angesehen, weil sie nach h.M. auch in dem Falle den Erwerber haften ließ, wenn sich das Entgelt noch im Schuldnervermögen befand (Vgl. *Larenz*, Schuldrecht AT § 35 II (S. 613 ff.)). Letzteres ist hier aber gerade nicht der Fall.

683 *Nerlich/Niehus*, AnfG § 3 Rz. 8; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO § 3 AnfG Rz. 3.

684 Ebenso OLG Köln ZInsO 2004, 452 [453f.]; *Huber*, AnfG § 1 Rz. 42, § 3 Rz. 17.

685 Näher *Huber*, AnfG § 3 Rz. 17, 46ff.

stellt sich die Frage, warum, wie *Huber*[686] zutreffend bemerkt, der Anfechtungsgegner bei der Anfechtung nach dem AnfG besser stehen soll als bei derjenigen nach der InsO.

G. Leistungen eines Drittschuldners

Ebenso wie bei der Anfechtung von Bargeschäften kann auch bei der Leistung eines Drittschuldners die Anfechtung nicht allein daraus folgen, dass letzterer weiß, dass der Schuldner mutmaßlich die Erfüllungsleistung zur Benachteiligung seiner Gläubiger beiseite schaffen wird. Hier kommt noch hinzu, dass dem Drittschuldner die Handlungsalternative fehlt. Er gehorcht nur dem Rechtsbefehl auf Zahlung seiner Forderung. Hiergegen eröffnen sich für ihn keinerlei Alternativen. Er kann etwa keine Verfahrenseröffnung bewirken, da § 14 Abs. 1 InsO nur den Gläubigern des Schuldners, nicht aber seinen Schuldnern das Recht zur Stellung eines Antrags gewährt. Man kann es dem Drittschuldner sicherlich auch nicht zumuten, trotz Anerkennung seiner Zahlungsverpflichtung die Erfüllung im Interesse der Gläubigerallgemeinheit schlicht zu verweigern, da dies durch Verzugs- und auch Rechtsverfolgungskosten seine Schuld nur vergrößern würde. Damit ist eine Anfechtung von Leistungen eines Drittschuldners abzulehnen.[687] Anders ist es nur dann, wenn zunächst eine inhaltliche Änderung der Schuld erforderlich war, damit der Erfüllungsvorgang eine gläubigerbenachteiligenden Wirkung entfalten konnte. So etwa, wenn die Parteien statt der ursprünglich vereinbarten Erfüllung durch eine schwer veräußerbare Sache die Leistung von Geld vereinbaren, weil diese leichter für den Schuldner beiseite geschafft werden kann. In einem solchen Fall ist aber diese Vereinbarung und nicht die Erfüllungshandlung mit der Folge anfechtbar, dass die geschuldete Leistung im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB nicht erbracht wurde und deshalb keine Erfüllungswirkung eintrat. Entsprechendes gilt für die Vereinbarung einer Leistung an Erfüllungs statt (§ 364 Abs. 1 BGB). Eine deliktische Haftung nach § 826 BGB kommt schließlich in Betracht, wenn der Drittschuldner den Benachteiligungsvorgang über die Erfüllungshandlung hinaus dadurch befördert, dass er dem Schuldner bei dem Beiseiteschaffen tatsächlich hilft.

---

686 *Huber*, AnfG § 3 Rz. 17.

687 Ebenso *Cosack*, Anfechtungsrecht S. 92 f, 117.

XI. DER REGIERUNGSENTWURF ZUR ANPASSUNG DES RECHTS DER INSOLVENZANFECHTUNG

Nach einem Gesetzentwurf der Bundesregierung (RegE 2005) vom 10.08.2005 ist geplant[688], das bisherige Anfechtungsrecht in seiner Ausgestaltung durch die Rechtsprechung des IX. Zivilsenates des BGH zukünftig gesetzlich einzuschränken. Anlass hierfür sind besonders die bereits einleitend (S. 1) erwähnten Forderungsausfälle der Sozialversicherungsträger.[689] Diese müssten jeden Arbeitgeber annehmen und hätten damit kein besonders von der Bonität beeinflusstes Wahlrecht hinsichtlich ihrer potenziellen Schuldner.[690] Da ihre Leistungspflicht gegenüber dem Arbeitnehmer unabhängig von erlangten Beitragszahlungen sei, seien sie von einem stringenten Forderungseinzug abhängig, der teilweise nur durch Zwangsvollstreckung oder das Androhen einer solchen möglich sei.[691] Entsprechendes gelte für den Fiskus, der einen Steuerpflichtigen weder „ablehnen" noch „kündigen" könne, wenn er Zweifel an dessen Vermögensverhältnissen habe.[692] Geplant sind daher sowohl Einschränkungen der Anfechtung von im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckung erlangten Deckungen, als auch derjenigen von kongruenten Deckungen nach § 133 InsO.

Anders als im Vorfeld des RegE 2005 diskutiert[693], sollen sogleich näher darzustellende Einschränkungen nicht nur den Träger der Sozialversicherung zu Gute

---

688 Von Seiten der insolvenzrechtlichen Praxis hat der Entwurf teils in inhaltlicher, aber überwiegend in rechtspolitischer Hinsicht heftige Kritik erfahren; vgl. etwa *Schmerbach*, ZInsO 2005, 865 [867]: „*Rückfall ins Konkursmittelalter*"; *Pape*, ZInsO 2005, 842: „*'Von der Perle der Reichsjustizgesetze' zur Abbruchhalde*"; *Förster* ZInsO 2005, 785: „*Klartext: Bananenrepublik!*"; *Vallender*, NZI 2005, 599 [602]: „*Frontaler Angriff auf die par conditio creditorum*"; *Flöther/Bräuer*, InVo 2005, 387: „*Sakrileg im Raubzug gegen die par conditio creditorum*".

689 Vgl. auch *Brückl/Kersten*, NZI 2004, 422.

690 RegE 2005, ZIP 2005, 1201; *Brückl/Kersten*, NZI 2004, 422 f. Die Literatur steht dem weitestgehend ablehnend gegenüber und führt insbesondere an, dass auch private Gläubiger, etwa unterhaltsberechtigte Kinder häufig nicht die Möglichkeit hätten, sich ihre Schuldner auszusuchen (*Kreft*, DStR 2005, 1192 [1193 f.]; *Flöther/Bräuer*, InVo 2005, 387 [388 f.]; *Vallender*, NZI 2005, 599 [600]; vgl. bereits ausführlich Erster Kommissionsbericht Ziffer 3.8 (S. 341 ff.)). Gegen letzteres mag man aber wiederum entgegnen, dass nach dem RegE 2005 auch diese Gruppen von der Gesetzesänderung profitieren würden.

691 RegE 2005, ZIP 2005, 1201. Vgl. auch den Fall bei BGH ZIP 2004, 319; ferner *Stiller*, ZInsO 2002, 793 ff.

692 *Prade*, ZInsO 2005, 251.

693 So wurde etwa angeregt, dem § 133 Abs. 1 InsO folgenden Satz anzufügen: „*Handelt es sich bei dem anderen Teil um einen Gläubiger i.S.d. § 12 Abs. 3 InsO oder einen Träger der Sozialversicherung einschließlich der Arbeitsförderung finden die Sätze 1 und 2 keine Anwendung.*" (zitiert nach Uhlenbruck, ZInsO 2005, 505

kommen. Einer solchen, teilweisen Wiedereinführung des mit der InsO abgeschafften Konkursprivilegs (§ 61 Abs. 1 Nr. 1e und Nr. 2 KO) geht der RegE 2005[694] nicht nach und sieht deswegen allgemeine, für alle Gläubiger geltende Regelungen vor. Einer nur auf Sozialversicherungsträger bezogenen Einschränkung wären auch verfassungsrechtliche Bedenken begegnet.[695] Aus rechtspolitischer Sicht bedenklich bleibt freilich bei dem RegE 2005, dass das urspüngliche Anliegen des Gesetzgebers der InsO der Abschaffung der Konkursvorrechte[696] genauso undiskutiert bleibt wie die besseren Möglichkeiten der Forderungsdurchsetzung für die von dem Entwurf in den Mittelpunkt gerückten Gläubigergruppen (vgl. bei Fn. 94 (S. 27)).

A. Deckungen im Zusammenhang mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

Durch Zwangsvollstreckung erlangte Sicherungen oder Befriedigungen sollen nicht mehr *per se* inkongruent sein, wenn sie innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums vorgenommen wurde, indem § 131 Abs. 1 InsO folgender Satz angefügt wird:

„*Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erlangt.*"

Der RegE 2005 stellt sich damit ausdrücklich gegen die 120 Jahre alte ständige Rechtsprechung (vgl. o. Punkt X.B.2 (S. 130). Bei der Bewertung der Inkongruenz solle wieder auf die gewährte Deckung und nicht auf die Art und Weise ihrer Herbeiführung abgestellt werden. Die Zwangsvollstreckung stelle nicht lediglich ein Erfüllungssurrogat dar, sondern sei echte Erfüllung.[697]

---

[509]).

694 ZIP 2005, 1201. Bedenklich erscheint (ebenso *Vallender*, NZI 2005, 599 [600]; *Huber*, ZInsO 2005, 786), dass die Gesetzesbegründung dabei offenbar noch von dem rechtsdogmatischen Ansatz des RG ausgeht (s. Punkt X.B.2.a) (S. 130)), ohne die 1997 insoweit vollzogene Änderung durch die Rechtsprechung des BGH (s. Punkt X.B.2.b) (S. 131)) zu berücksichtigen.

695 *Schneider/Hörmann*, ZInsO 2005, 133 [137]; *Pape/Uhlenbruck*, ZIP 2005, 417 [422]; *Uhlenbruck*, ZInsO 2005, 505 [510]; vgl. a. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht Rz. 2.20 sowie BVerfG ZIP 1984, 78 [80 f.].

696 Amtl. Begr. InsO S. 90.

697 RegE ZIP 2005, 1201 [1202 f.]. Methodisch richtig, allerdings als Aussage einer Gesetzesbegründung bedenklich ist es, soweit der RegE ausführt, dass auch im Falle „rüder Inkassomethoden" eine kongruente Deckung anzunehmen sei (zu Recht kritisch *Huber*, ZInsO 2005, 786 [788]; *Frind*, ZInsO 2005, 790 [793]). Hieraus könnte geschlossen werden, der Gesetzgeber billige eine Vorgehensweise, Forderungen bis an die Sittenwidrigkeitsschwelle heran (und u.U. über die Unlauterkeitsschwelle hinaus, vgl. S. 144) mit allen Mitteln abseits staatlicher Verfahren einzutreiben.

Gegen die vorgesehene Änderung wird eingewendet[698], dass sie die Insolvenzanfechtung zur Bedeutungslosigkeit verurteile und ferner zur Folge haben werde, dass - gleichsam dem Zustand unter der KO - die masselosen Verfahren wieder den Regelfall darstellen würden. Das „Windhunderennen" werde eröffnet; die *par conditio creditorum* sei weitestgehend abgeschafft. Denn in den seltensten Fällen werde dem Insolvenzverwalter, wie bereits früher bei § 30 Nr. 1 KO, der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit nach § 130 InsO gelingen.[699]

Die vorgenannten Überlegungen sind Folge der bereits kritisierten Überbetonung der Inkongruenz im Rahmen der Insolvenzanfechtung. Nicht die Inkongruenz muss Ausgangspunkt aller Überlegungen im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung sein, sondern ob Umstände dargetan sind, welche die Annahme rechtfertigen, der Schuldner habe sich bereits im Zustand der Zahlungsunfähigkeit befunden. Die Inkongruenz ist lediglich einer der Umstände, welche die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit begründen. Die Darlegung anderer Umstände ist damit nicht ausgeschlossen, der Vorteil der Inkongruenz liegt allein darin, dass die hieraus folgende Vermutung nicht widerlegbar ist. Muss ein Sozialversicherungsträger trotz der Strafbewehrtheit der Nichtzahlung nach § 266a StGB zu dem Mittel der Zwangsvollstreckung greifen, liegt ein, wenn auch (theoretisch) widerlegbarer Umstand vor, welcher auf die Zahlungsunfähigkeit und die Kenntnis hiervon hindeutet.[700] Der in der Kritik gezogene Vergleich zwischen § 130 InsO und § 30 Nr. 1 KO vermag deswegen nicht zu überzeugen, weil das Verständnis des Krisenzustandes „Zahlungsunfähigkeit" sich durch die InsO maßgeblich gewandelt hat.[701] Würde man, anders als es rechtspraktisch zur Zeit überwiegend geschieht, dieses veränderte Verständnis der Zahlungsunfähigkeit konsequent beachten, wäre die nunmehr weitestgehend aus § 130 InsO herzuleitende Insolvenzanfechtung nicht notwendigerweise erheblich weniger erfolgreich als bisher die Anfechtung nach § 131 InsO.

Zutreffend wird freilich auf den Wertungswiderspruch zu § 88 InsO hingewiesen[702], welcher auch der hier vertretenen Auffassung entgegengesetzt werden kann (vgl. S. 138). Der Gesetzgeber sollte dies zum Anlass nehmen, die allgemein als system-

---

698 *VID*, Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005, 1384; *Leithaus*, NZI 2005, 436 [438].

699 *VID*, Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005, 1384.

700 Ebenso *Leithaus*, NZI 2005, 436 [438]; *Schmerbach*, ZInsO 2005, 865; a.A. *Brückl/Kersten*, NZI 2004, 422 [427].

701 Siehe S. 137.

702 *Huber*, ZInsO 2005, 786 [787]; *Vallender*, NZI 2005, 599 [600]; *Gravenbrucher Kreis*, Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005, 1386 [1387]; *Smid*, DZWiR 2005, 414 [416]; *DAV*, Stellungnahme RegE 2005, ZInsO 2005, 798 [799].

und wertungswidrig empfundene Vorschrift der Rückschlagsperre[703] neu zu regeln, um hiermit auch Befriedigungen infolge oder unter Androhung der Zwangsvollstreckung zu erfassen. Damit würde auch ein Ausgleich zwischen den Beitragsinteressen der Sozialversicherungsträger und der rechtspolitischen Befürchtung der Insolvenzpraxis geschaffen, dass es infolge der vorgesehenen Änderungen wieder vermehrt zu massearmen Verfahren und damit zur „Insolvenz des Insolvenzverfahrens" kommen könnte[704].

Unklarheiten könnten, ausgehend vom Wortlaut des Änderungsvorschlags („*durch Zwangsvollstreckung*"), schließlich dahingehend bestehen, ob auch unter dem Druck der Zwangsvollstreckung vom Schuldner gewährte Deckungen hierunter fallen.[705] Dass dies gewollt ist, ergibt sich jedenfalls aus der Begründung zum RegE 2005.[706] Eine ausdrückliche Klarstellung, etwa mit dem Wortlaut „*durch und unter der Androhung der Zwangsvollstreckung*", erscheint jedoch entbehrlich, da man mit dem *argumentum a majore ad minus* in jedem Fall davon ausgehen können wird, dass unter Androhung der Vollstreckung erwirkte Deckungen keine inkongruente Deckung begründen.

B. Die Anfechtung kongruenter Deckungen nach § 133 Abs. 1 InsO

Nach dem RegE 2005[707] soll § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ersetzt und ein neuer Satz 3 angefügt werden:

„*Bei einer Rechtshandlung, die nicht eine nach § 130 Abs. 1 ist, wird diese Kenntnis vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass diese*

---

703 Vgl. o. Fn. 620 (S. 138).

704 Vgl. o. Fn. 3 (S. 1).

705 Keine Unklarheiten dürften demgegenüber, entgegen *Frind* (ZInsO 2005, 790 [793]), dahin bestehen, ob durch die Änderung auch Zahlungen zur Abwendung oder Beseitigung eines Insolvenzantrages betroffen sind (vgl. S. 141). Dagegen spricht bereits, neben dem Wortlaut, dass es keinerlei Hinweis hierfür in der Begründung zum RegE 2005 gibt. *Smid* (DZWiR 2005, 414 [415]) sieht die Formulierung insgesamt als weitgehend gegenstandslos an. Es bleibe hiernach bei der konkreten Fallbearbeitung allein die Feststellung, dass der Gläubiger auch ohne Titel die Leistung in dieser Weise und zu diesem Zeitpunkt hätte verlangen können (*Smid* a.a.O.). M.E. soll aber gerade mit dem Entwurf normiert werden, dass die Sicherung oder Befriedigung im Wege einer (gewöhnlichen) Vollstreckung eine zu der Zeit und in der Art und Weise zu beanspruchende und damit kongruente Deckung ist (vgl. hierzu bereits bei Fn. 599).

706 ZIP 2005, 1201 [1203]

707 ZIP 2005, 1201 [1203]. Hiergegen jedoch Stellungnahme des Bundesrates vom 23.09.2005 (Drucksache Bundesrat 618/05 (Beschluss)), S. 7.

Handlung die Gläubiger benachteiligte. Eine Rechtshandlung nach § 130 kann nach Satz 1 nur angefochten werden, wenn ein unlauteres Verhalten des Schuldners vorliegt."

Die bisherige Beweislastumkehr in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO für die Kenntnis des Anfechtungsgegners bei Wissen um die drohende Zahlungsunfähigkeit sowie die Benachteiligung soll danach bei kongruenten Deckungen nicht mehr gelten. Ferner soll eine Vorsatzanfechtung von kongruenten Deckungen nur noch in den Fällen der Unlauterkeit möglich sein. Angesichts des langen Anfechtungszeitraums von 10 Jahren müsse der Anfechtungstatbestand klar umrissen sein. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass zahlreiche Geschäftsbeziehungen durch kaum noch prognostizierbare Anfechtungsrisiken belastet würden.[708]

Unklar bleibt im RegE 2005[709], ob die Unlauterkeit als selbstständiges Unwerturteil neben den Vorsatz treten oder bereits bei der Annahme des Vorsatzes berücksichtigt werden soll.[710] Der Wortlaut der vorgeschlagenen Änderung spricht zwar für ersteres. Hiergegen führt die Begründung allerdings aus[711], dass „*Will man ... eine Rechtshandlung, die dem Gläubiger lediglich das gewährt, worauf er einen Anspruch hat, als vorsätzliche Benachteiligung werten, so muss, um dieses Unwerturteil zu rechtfertigen, ein unlauteres Verhalten des Schuldners hinzutreten.*". Dabei wird ausdrücklich auf die frühere Rechtsprechung des BGH[712] Bezug genommen, welche gleichfalls die Unlauterkeit im Rahmen der Vorsatzprüfung berücksichtigte. Wie i.Ü. allgemein der RegE 2005 an die frühere Rechtsprechung des BGH anknüpfen möchte, welche regelmäßig diese Voraussetzungen nur dann als erfüllt ansah, wenn Schuldner und Gläubiger kollusiv zusammengewirkt hatten.[713] Um Unklarheiten zwischen Wortlaut und Begründung

---

708 RegE 2005, ZIP 2005, 1201 [1203].

709 Gegen den RegE 2005 wird diesbezüglich weiter eingewendet (*DAV*, Stellungnahme RegE 2005, ZInsO 2005, 798 [800]), der beizufügende Satz 3 sei falsch angesiedelt. Wenn *„die Anfechtung nach § 130 Abs. 1 grundsätzlich nur dann möglich sein soll, wenn ein unlauteres Verhalten des Schuldners vorliegt', sollte dies auch in § 130 verankert werden ...".* Dieser Einwurf verkennt den divergierenden dogmatischen Ansatz, welcher der besonderen Insolvenzanfechtung einerseits und der Vorsatzanfechtung andererseits zu Grunde liegt. Die damit verbundene weitere Einschränkung entspricht auch nicht dem Anliegen des RegE 2005. Gleichermaßen unzutreffend ist es, wenn dem Erfordernis des Unlauterkeitsbegriffes entgegen gehalten wird (*DAV*, a.a.O.), das dem § 133 InsO zu Grunde liegende Unwerturteil rechtfertige sich allein aus dem Vorsatz und der daraus „folgenden" Ungleichbehandlung der Gläubiger.

710 Ebenso die Stellungnahme des Bundesrates vom 23.09.2005 (Fn. 707), S. 7.

711 RegE 2005, ZIP 2005, 1201 [1203]. Dergestalt wird der RegE 2005 auch vom *DAV* (Stellungnahme RegE 2005, ZInsO 2005, 798 [800]) verstanden.

712 Vgl. oben 108.

713 Dass das kollusive Zusammenwirken allein nicht entscheidend sein kann, wurde bereits auf S. 117 dargelegt. Genausowenig kann es entgegen dem RegE 2005 (ZIP 2005, 1201 [1203]) genügen, wenn es

zu vermeiden, wäre es besser zu formulieren, dass „*Eine Rechtshandlung nach § 130 kann nach Satz 1 nur angefochten werden, wenn der Schuldner mit dem Vorsatz gehandelt hat, seine Gläubiger in unlauterer Weise zu benachteiligen*".

Abgesehen davon, dass das Merkmal der Unlauterkeit sinnvollerweise entsprechend dem Wortlaut neben dem Vorsatz stehen sollte, greift die Beschränkung auf die Fälle des § 130 InsO zu kurz. Zu begrüßen wäre es vielmehr, wenn dieses Merkmal allgemein in den Tatbestand aufgenommen werden würde. Der RegE 2005 möchte jedoch die vom BGH entwickelte Beweiserleichterung bei inkongruenten Deckungen ausdrücklich aufrechterhalten.[714] Sollte der RegE 2005 in dieser Form gesetzlich umgesetzt werden, wird sich die hier vertretene Ansicht, abgesehen von der rechtspolitischen Diskussion, wegen des *argumentum e contrario* nicht mehr aufrecht erhalten lassen.

Bei der Änderung in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO geht der RegE 2005 offensichtlich von falschen Voraussetzungen aus. Nach der Begründung habe der Insolvenzverwalter aufgrund des Wegfalls der Erleichterungen „*künftig ohne Erleichterungen den Beweis zu erbringen, dass der Schuldner mit Benachteiligungsvorsatz handelt und dies dem anderen Teil bekannt ist.*". Die dahinter erkennbar stehende Annahme, § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO finde auch hinsichtlich des Vorsatzes des Schuldners und nicht nur hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners Anwendung, widerspricht dem Wortlaut und den Ausführungen der Amtl. Begr. InsO.[715] Allgemein erscheint die Frage der Kenntnis des Vorsatzes auch vernachlässigbar, da die Annahme des Vorsatzes bereits nach der Begründung des RegE 2005 (s.o.) regelmäßig ein kollusives Zusammenwirken von Schuldner und Anfechtungsgegner voraussetzt. Eine solche Kollusion ist ohne einhergehende Kenntnis allerdings kaum möglich. Aus rechtspraktischer Sicht bringt daher die vorgesehene Änderung keine weiteren Einschränkungen der Anfechtung und sollte daher fallengelassen werden. Dabei muss auch bedacht werden, dass die Vorsatzanfechtung, in der Tradition der klassischen actio pauliana stehend, als generelle Klausel von kasuistischen Regelungen[716] möglichst frei gehalten werden sollte.

---

dem Schuldner ausschließlich auf die Benachteiligung ankommt (vgl. S. 114). Zuzustimmen ist dem RegE 2005 (a.a.O.) allerdings insofern, als er ausführt, dass unlauteres Verhalten nicht bereits vorliege, wenn der Schuldner wegen des Risikos der Strafverfolgung nach § 266a StGB zahlt (hiergegen offenbar *Schmerbach*, ZInsO 2005, 865 [866]).

714 RegE 2005, ZIP 2005, 1201 [1203].

715 S. o. S. 98.

716 Vgl. *Larenz/Wolf*, BGB AT § 3 Rz. 81 ff.

Unabhängig des Vorgenannten ist die Formulierung „*nicht eine nach § 130 Abs. 1 ist*" nicht befriedigend, jedenfalls anfällig für Missverständnisse.[717] Nach dem RegE 2005[718] soll die Beweiserleichterung nicht mehr gelten bei kongruenten Deckungen, bei welchen zu berücksichtigen sei, dass eine geschuldete Leistung erbracht und somit lediglich das vermögensrechtlich Gewollte realisiert werde. Durch den Bezug auf § 130 InsO werden jedoch diese Deckungen nicht ausschließlich erfasst. § 130 InsO enthält keine Definition der „kongruenten Deckung"; die Norm erfasst vielmehr jede Rechtshandlung, welche einem Gläubiger eine Sicherung oder Befriedigung ermöglicht hat, also auch inkongruente Deckungen.[719] Die in § 131 InsO definierte „inkongruente Deckung" ist vielmehr neben § 130 InsO zusätzlich unter erleichterten Voraussetzungen nach vorgenannter Norm anfechtbar. Die kongruenten Deckungen erschließen sich nach dem Gesetz nur aus einer Negativabgrenzung zur Definition in § 131 InsO. Noch weniger befriedigend ist die in einer (kritischen) Stellungnahme[720] zum RegE 2005 vorgeschlagene Positivformulierung „*die zu inkongruenter Deckung nach § 131 Abs. 1*" führt. Diese Ansicht übersieht, dass § 133 InsO nicht nur kongruente und inkongruente Deckungen erfasst, sondern alle Rechtshandlungen. Die abweichend vorgeschlagene Regelung würde daher weiter einschränken, als der im RegE 2005 angedachte Ausschluss. Das Risiko etwaiger Missverständnisse ließe sich etwa durch die Formulierung „*die nicht ausschließlich nach § 130 und (§ 133) Abs. 1 angefochten werden können*" vermeiden.

Schließlich sollte der Gesetzgeber, was bisher offenbar übersehen wurde, die in § 133 InsO vorgesehen Änderungen auch im AnfG (§ 3) nachvollziehen, um den bisherigen Gleichlauf der Regelungen beizubehalten.

---

717 Ebenso *Gravenbrucher Kreis*, Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005, 1386 [1387].

718 ZIP 2005, 1201 [1203].

719 Vgl. FK-*Dauernheim*, InsO § 130 Rz. 3. Missverständlich ist deswegen bereits die gesetzliche Überschrift „Kongruente Deckung" in § 130 InsO.

720 *DAV*, Stellungnahme RegE 2005, ZInsO 2005, 798 [800]. Die dort gleichfalls vorgeschlagenen Formulierung „*die nicht zu einer kongruenten Deckung im Sinne von § 130 Abs. 1 führt*" bringt gegenüber dem Vorschlag des RegE 2005 keinen wesentlichen Fortschritt.

XII. ERGEBNIS UND AUSBLICK DER UNTERSUCHUNG

Ist nun die Vorsatzanfechtung die in Verwalterkreisen zum Teil gepriesene „Wunderwaffe“ zur Anreicherung der Masse? Hat die Insolvenzordnung die *actio pauliana* des römischen und gemeinen Rechts aus ihrem über hundertjährigen „Dornröschenschlaf“ unter der KO geweckt? Die Untersuchung hat gezeigt, dass dies zu verneinen ist. Zwar war es ein maßgebliches Ziel der Bemühungen um die Reform des Insolvenzrechts, die Anfechtung im Sinne der Masse schlagkräftiger auszugestalten. Die maßgeblichen Änderungen wurden dabei jedoch im Recht der besonderen Insolvenzanfechtung vorgenommen. Die Umgestaltungen im Bereich der Vorsatzanfechtung sind demgegenüber, aus praktischer Sicht, marginal ausgefallen. Ein massefreundlicheres Verständnis des § 133 InsO konnte schließlich auch nicht im Wege der Auslegung gewonnen werden.

Die Vorsatzanfechtung hat ihr Motiv anders als die Regeln der besonderen Insolvenzanfechtung nicht in der Vorverlagerung der Gläubigergleichbehandlung bereits auf den Zeitraum der materiellen Insolvenz, sondern kann bereits vor diesem Krisenzustand eingreifen, um solche Vorgänge zu erfassen, welche die Gläubiger in sozialinadäquater Weise beeinträchtigen. Der Schuldner darf nicht die Möglichkeit der Gläubiger, die aus dem Schuldverhältnis folgende Haftung seines Vermögens zu verwirklichen, bewusst und gewollt beeinträchtigen. Erfolgt eine solche Beeinträchtigung und erlangt ein anderer im Bewusstsein dessen einen Vermögenswert aus dem Vermögen des Schuldners, muss er diesen an die Gläubiger herausgeben. Auch wenn die Grundlagen insbesondere der §§ 130 – 132 InsO und § 133 InsO unterschiedlich sind, steht dem nicht entgegen, dass sie in einem systematischen Verhältnis zueinander stehen. Dieses Verhältnis hat eine besondere Bedeutung für die Auslegung des § 133 InsO, da die Insolvenzanfechtung als nachgelagerter Eingriff in den Erfolg einer privatautonom gesetzten Rechtshandlung auch eine grundrechtlich geschützte Position des Anfechtungsgegners berührt. Deshalb folgt aus einer umgekehrten Sicht der Anfechtungsbestimmungen auch ein Bereich, innerhalb dessen der Anfechtungsgegner einen Eingriff in seine Vermögensposition trotz späterer Insolvenz seines Vertragspartners nicht besorgen muss. Der hieraus zu entwickelnde Vertrauensschutz beeinflusst die Auslegung des § 133 InsO in besonderer Weise, da diese Bestimmung mit ihrem weitgehend auf subjektive Merkmale abstellenden und einen ausgedehnten Zeitraum umfassenden Tatbestand einen weiten Anwendungsbereich zulässt.

Unverzichtbarer Anknüpfungspunkt jeder Vorsatzanfechtung ist eine Handlung des Schuldners. Nur er ist dazu verpflichtet, das Haftungsverwirklichungsinteresse seiner

Gläubiger zu berücksichtigen, währenddessen ein außerhalb dieses Verhältnisses stehender Dritter grundsätzlich seine Ziele auch dann verfolgen darf, wenn eine Schädigung dieses Interesses damit verbunden ist. Deshalb kann es nicht genügen, wenn lediglich der Anfechtungsgegner, wie insbesondere im Falle der Einzelzwangsvollstreckung möglich, handelt. Ausreichend ist eine Handlung des Schuldners freilich auch dann, wenn diese keine Rechtswirkungen unmittelbar zur Folge hat, aber tatsächlich den Zugriff eines Dritten auf sein Vermögen fördert. Anstatt die eigentliche Rechtshandlung des Dritten dem Schuldner zuzurechnen, erscheint es dabei überzeugender, § 133 InsO entsprechend auf die tatsächliche Handlung des Schuldners anzuwenden. Insbesondere nach der Insolvenzrechtsreform kann davon ausgegangen werden, dass für den nach § 133 InsO geforderten Vorsatz des Schuldners bereits *dolus eventualis* ausreichend ist. Dieses zunächst schwer zu fassende subjektive Merkmal wird dadurch handhabbarer, indem man anknüpfend an das objektive Merkmal der Benachteiligung maßgeblich auf ein wissentliches, auf das Haftungsvermögen bezogenes Verhalten in bzw. für den Fall der Krise abstellt. Für den Krisenbegriff genügt dabei ein bereits weit vor der eigentlichen Insolvenz liegendes Stadium des wirtschaftlichen Niedergangs, wenn dieses eine Beeinträchtigung der Haftungsinteressen gegenwärtiger und zukünftiger Gläubiger überwiegend wahrscheinlich besorgen lässt.

Hinsichtlich der für die Anwendungspraxis besonders wichtigen Fallgruppen der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen wirkt sich das o.g. systematische Verhältnis in besonderer Weise aus. Aus den §§ 130, 131 InsO folgt, dass eine Anfechtung von Deckungen nicht bereits deswegen möglich sein kann, weil sich der Schuldner in der materiellen Insolvenz oder einem diesem vorgelagerten Stadium befindet. In der Untersuchung hat sich deshalb des Merkmal des Vorsatzes alleine als ungeeignet erwiesen, die Deckungshandlungen zu identifizieren, welche aus dem im Umkehrschluss[721] zu den §§ 130, 131 InsO zu gewinnenden Vertrauensschutz herauszunehmen und der Vorsatzanfechtung zu unterwerfen sind. Insbesondere hat es sich als nicht überzeugend gezeigt, die dabei nötige Differenzierung im Rahmen der Beweiswürdigung für dieses Merkmal durch die Anwendung von Erfahrungssätzen vorzunehmen. Vielmehr erscheint es nötig, den Anfechtungsgrund der Vorsatzanfechtung als Kriterium unmittelbar heranzuziehen, wobei als begriffliche Umschreibung des Erfordernisses der sozialen Inadäquanz der in der früheren Rechtsprechung bereits verwandte Terminus der „Unlauterkeit“ naheliegt. Des Merkmals der Unlauterkeit bedarf es auch im Falle der Anfechtung inkongruenter Deckungen;

[721] Hierzu bei Fn. 650 (S. 146).

die auf den Vorsatz gerichtete Beweisanzeichenregel der h.L. bei inkongruenten Deckungen vermag nicht zu überzeugen. Allerdings kann aus der Inkongruenz ein Umstand folgen, welcher die Unlauterkeit begründet, wobei es hierfür weniger auf die Intensität der Inkongruenz als vielmehr auf die Art derselben ankommt. Kein Fall der Inkongruenz liegt dabei vor, wenn der Gläubiger im Zusammenhang mit einer Einzelzwangsvollstreckung oder einem Gläubigerantrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Deckung erlangt. Im letzteren Fall werden allerdings allgemein Umstände geschaffen, welche die Unlauterkeit begründen. Im Rahmen der Betrachtung der weiteren einschlägigen Fallgruppen hat sich gezeigt, dass auch im Übrigen der unbestimmte Rechtsbegriff der „Unlauterkeit" herangezogen werden muss, um die anfechtungswürdigen Fälle zu identifizieren. Lediglich im Falle der Anfechtung unentgeltlicher Leistung kann auf dieses Merkmal verzichtet werden, weil in oder für den Fall der Krise vorgenommene unentgeltliche Vermögensbeeinträchtigungen des Schuldners allgemein als sozialinadäquate Vorgänge zu betrachten sind.

Insgesamt hat die Untersuchung gezeigt, dass besonders vor dem Hintergrund der übrigen bereits die meisten Fallgruppen erfassenden Anfechtungstatbestände der Vorsatzanfechtung ein zu weiter Anwendungsbereich in der Praxis zuerkannt wird. Auch wenn man hierfür, gerade zur Vermeidung zu geringer Insolvenzmassen, einen rechtspraktischen Bedarf erkennen mag, ist doch auf der anderen Seite zu berücksichtigen, dass die Anfechtung durch die Insolvenzordnung bereits eine Ausdehnung erfahren hat, die auch im Interesse der Verkehrssicherheit *de lege lata* nicht ohne weiteres überschritten werden darf. § 133 InsO kann die bereits nach anderen Tatbeständen bestehenden Anfechtungsmöglichkeiten nicht ohne weiteres weiter ausdehnen und stellt deshalb, ähnlich der Regelung in § 826 BGB, eine *ultimatio ratio* des Eingriffs dar.

Abzuwarten bleibt, wie sich die Anwendung des § 133 InsO in der maßgeblich durch die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH geprägten Praxis entwickeln wird. Die Einschränkung der Behandlung von durch Zwangsvollstreckung erlangten Deckungen als inkongruent auf drei Monate sowie die vollständige Herausnahme von in besonders engem Bezug zu einer konkreten Vollstreckungsmaßnahme stehenden Schuldnerzahlungen zeigen immerhin, dass auch der BGH bemüht ist, einer übermäßigen Ausweitung entgegenzusteuern. Abzuwarten bleibt auch, ob *de lege ferenda* die Vorsatzanfechtung eingeschränkt werden wird, wie es der RegE 2005 vorsieht. Auch wenn die vorgeschlagenen Änderungen grundsätzlich in die richtige Richtung gehen, ist an diesen zu bemängeln, dass sie eine tiefere dogmatische Aus-

einandersetzung mit dem Recht der Insolvenzanfechtung vermissen lassen und primär von den vom Fiskus sowie den Sozialversicherungsträgern vorgetragenen Interessen geleitet sind. Daneben erscheinen die angedachten Korrekturen im Detail nachbesserungsbedürftig. Im Rahmen einer zukünftigen Neugestaltung der *actio pauliana* sollte besser darüber nachgedacht werden, ob nicht für alle Anwendungsfälle mit der Kodifizierung des hier mit „Unlauterkeit" bezeichneten Merkmals die Anwendung des § 133 InsO erleichtert, insbesondere einer an einen unbestimmten Rechtsbegriff anknüpfenden Fallgruppenbildung durch die Rechtspraxis Vorschub geleistet werden könnte.

LITERATURVERZEICHNIS

***App**, Michael*
Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 18.07.2002 – 19 U 29/02 -;
KKZ 2003, 38.

***Bauer**, Joachim*
Ausdehnung der Vorsatzanfechtung durch die Rechtsprechung des BGH;
ZInsO 2004, 594.

Baum
Anfechtung von Pfändungen im Konkurse;
Das Recht 1901, 612.

***Baumbach**, Adolf; **Lauterbach**, Wolfgang; **Albers**, Jan; **Hartmann**, Peter*
Zivilprozessordnung;
62. Aufl. München 2004;
Baumbach/Lauterbach/Bearbeiter, ZPO.

***Baur**, Fritz; **Stürner**, Rolf*
Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht; Band II Insolvenzrecht;
12. Aufl. Heidelberg 1990;
Zitiert: *Baur/Stürner*, Insolvenzrecht.

***Becker,** Christoph*
Insolvenzrecht;
Köln 2005;
Zitiert: *Becker*, Insolvenzrecht.

Beinert, Hennerkes, Binz, Rauser
Zum Insolvenzschutz betrieblicher Versorgungsansprüche von
Gesellschaftergeschäftsführern;
DB 1980, 2323.

***Berges**, A. M.*
Die rechtlichen Grundlagen der Gläubigergleichbehandlung;
KTS 1957, 49.

***Bindseil**, Reinhart*
Die Absichtsanfechtung außerhalb und innerhalb des Konkurses im Verhältnis zu den
§§ 138 I, 823, 826 BGB;
Diss. Jur. Heidelberg 1965;
Zitiert: *Bindseil*, Diss. Jur. (1965).

***Bischoff**, Heinz*
Leistungserhalt nach einem bereits gestellten Insolvenzantrag zur Abwendung der
Verfahrenseröffnung als inkongruente Deckung;
ZInsO 2002, 1071.

***Bley**, Jürgen; Mohrbutter, Harro*
Vergleichsordnung;
Erster Band §§ 1 – 81, 4. Aufl. Berlin, New York 1979;
Zitiert: *Bley/Mohrbutter*, VglO.

***Bork**, Reinhard*
Die Renaissance des § 133 InsO;
ZIP 2004, 1684.

***Bork**, Reinhard;* ***Koschmieder**, Kurt-Dieter* (Hrsg.)
Fachanwaltshandbuch Insolvenzrecht;
Köln Loseblatt Stand 06/03;
Zitiert: *Bork/Koschmieder/Bearbeiter*, Insolvenzrecht.

***de Bra**, Peter*
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.07.2003 – IX ZR 272/02-;
LMK 2003, 238.

Anmerkung zu BGH Urt. v. 13.3.2003, IX ZR 64/02;
LMK 2003, 135.

Brandt
Anmerkung zu RG Urt. v. 15. Dezember 1939, VII 134/39;
DR 1940, 542.

Braun
Insolvenzordnung;
2. Aufl. München 2004;
Zitiert: *Braun/Bearbeiter*, InsO.

***Breutigam**, Axel;* ***Blersch**, Jürgen;* ***Götsch**, Hans-W.*
Berliner Kommentare, Insolvenzrecht;
Loseblatt Berlin Stand 08/2004;
Zitiert: BK-*Bearbeiter*, InsR.

***Brox**, Hans;* ***Walker**, Wolf-Dietrich*
Zwangsvollstreckungsrecht;
7. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 2003;
Zitiert: *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht.

Allgemeines Schuldrecht
29. Aufl. München 2003;
Zitiert: *Brox/Walker*, Schuldrecht AT.

***Brückl**, Daniel;* ***Kersten**, Markus*
Vom Dilemma der Sozialversicherungsträger bei Zahlungsschwierigkeiten von Arbeitgebern;
NZI 2004, 422.

***Bundesministerium der Justiz** (Hrsg.)*
Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht;
Köln 1985;
Zitiert: Erster Kommissionsbericht.

***Burgstaller**, Alfred*
Zur Absichtsanfechtung;
ÖJZ 1979, 148.

***Campe von,** Moritz*
Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich;
Köln, Berlin, Bonn, München 1996;
Zitiert: *von Campe*, Anfechtung in Deutschland und Frankreich.

***Canaris**, Claus-Wilhelm; **Schilling**, Wolfgang; **Ulmer**, Peter* (Hrsg.)
Handelsgesetzbuch: Großkommentar / begr. von Hermann Staub;
Bd. 3 Teilbd. 1. §§ 238 – 289;
4. Aufl. Berlin, New York 2002;
Zitiert: *Staub/R. Hüttenmann*, HGB

***Cosack**, Eduard*
Das Anfechtungsrecht der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners innerhalb und außerhalb des Konkurses;
Stuttgart 1884.
Zitiert: *Cosack*, Anfechtungsrecht.

***Dauernheim**, Jörg*
Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz;
Neuwied 1999;
Zitiert: *Dauernheim*, Anfechtungsrecht.

***Dörner**, Heinrich; **Ebert**, Ina; u.a.*
Bürgerliches Gesetzbuch; Handkommentar;
2. Aufl. Baden-Baden 2002;
Zitiert: HK-*Bearbeiter*, BGB.

***DAV**, Insolvenzrechtsausschuss des DAV*
Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins durch den DAV Insolvenzrechtsausschuss zum Referentenentwurf eines Gesetzes zum Pfändungssschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung, hier: Art. 2 Änderung der Insolvenzordnung aus dem Juli 2005 (40/05);
ZInsO 2005, 798;
Zitiert: *DAV*, Stellungnahme RegE 2005, ZInsO 2005, 798.

Eck
Buchbesprechung; *Cosack*, Anfechtungsrecht;
ZHR 31 (1885), 492ff.

Buchbesprechung: Neueste Literatur, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners;
ZHR 29 (1884), 296 ff.

***Eckardt**, Diederich*
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.2.2005 - IX ZR 211/02 (OLG Dresden);
EWiR 2005, 607 [608].

***Eickmann**, Dieter;* ***Flessner**, Axel; u.a.*
Heidelberger Kommentar zur InsolvenzO;
3. Aufl. Heidelberg 2003;
Zitiert: HK-*Bearbeiter*, InsO.

***Ehrenzweig**, Albert*
Das Phantom der „Benachteiligung der Gläubiger";
AÖG 1915, 145.

***Ewald**. H.*
Über das Verhältnis von § 31 Ziff. 2 und 2 KO und § 3 Ziff. 1 und 2 RAnfechtungsgesetz zu §§ 138, 823, 826 BGB;
AcP 120 (1922), 251.

***Fischer**, Gero*
Bewirken Leistungen, die zur Erledigung des Insolvenzantrages führen, eine kongruente Deckung?;
in: Insolvenzrecht im Wandel der Zeit, FS f. Kirchhof S. 73 ff.;
Recklinghausen 2003;
Zitiert: *Fischer*, FS f. *Kirchhof.*

***Flöther**, Lucas f.;* ***Bräuer**, Gregor*
Anmerkung zu OLG Stuttgart vom 13.11.2002 – 3 U 19/02 -;
DZWiR 2003, 253.

Die Inthronisierung des Gläubigersouveräns – Zur Privilegierung von Fiskus und Sozialkassen durch Änderung des Insolvenzanfechtungsrechts;
InVo 2005, 387.

Zur Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters insbesondere gegenüber Sozialversicherungsträgern;
DZWiR 2005, 441.

***Flume**, Werner*
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft;
2. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York 1975;
Zitiert: *Flume*, AT II.

Foerste, Ulrich
Insolvenzrecht
2. Aufl. München 2004;
Zitiert: *Foerste*, Insolvenzrecht.

Zwangsvollstreckung und Insolvenzanfechtung – ein Prüfstein subjektiver Auslegung;
FS f. Musielak, München, 2004;
Zitiert: *Foerste*, FS f. Musielak (2004).

Franke
Über die Zulässigkeit der *actio pauliana* bei Zahlungen, Pfandbestellung, Hingabe an Zahlungs-Statt;
AcP 16 (1833), 125 ff. und 251 ff.

***Frege**, Michael C.; **Keller**, Ulrich; **Riedel**, Ernst*
Handbuch der Rechtspraxis, Band 3, Insolvenzrecht;
6. Aufl. München 2002;
Zitiert: *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht.

***Frind**, Frank*
InsO – Quo Vadis?;
ZInsO 2005, 66.

Kleine Reform-, große (Fehl-)Wirkung?, Anmerkung zum „Entwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung";
ZInsO 2005, 790.

***Ganter**, Hans Gerhard*
Die Ausübung unzulässigen wirtschaftlichen Drucks auf den vorläufigen Insolvenzverwalter beim Abschluss zur Fortführung des Schuldner-Unternehmens notwendiger Geschäfte;
in: FS f. Walter Gerhardt S. 237;
Köln 2004;
Zitiert: *Ganter*, FS f. Gerhardt (2004).

***Gaul**, Hans Friedhelm*
Rechtsverwirklichung und Zwangsvollstreckung aus rechtsgrundsätzliche und rechtsdogmatischer Sicht;
ZZP 112 (1999), 135.

***Gerhardt**, Walter*
Inkongruenz von Leistungen zur Abwendung eines angedrohten Insolvenzantrages - Ein langer abwechslungsreicher Weg zu einem problematischen Ergebnis? -;
in: Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz, FS f. Kreft S. 267;
Recklinghausen 2004;
Zitiert: *Gerhardt*, FS f. Kreft (2004).

Zur Reform des Insolvenzrechts: das Anfechtungsrecht im Konkurs;
ZIP 1985, 582.

Sie systematische Einordnung der Gläubigeranfechtung;
Göttingen 1969;
Zitiert: *Gerhardt*, Gläubigeranfechtung.

***Gerhardt**, Walter; **Kreft**, Gerhart*
Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung;
9. Aufl. Köln 2005;
Zitiert: *Gerhardt/Kreft*, Insolvenzanfechtung.

***Germann**, Klaus*
Die Anfechtung von Unterlassungen nach dem Anfechtungsgesetz und der Konkursordnung;
Diss. Jur. Würzburg 1968.
Zitiert: *Germann*, Diss. Jur. (1968).

***Gessner**, Volmar;* ***Rhode**, Barbara; u.a.*
Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland;
Köln 1978;
Zitiert: *Gessner u.a.*, Praxis der Konkursabwicklung.

***Glunz**, Olaf*
Vertragliche Regelung des Abfindungsanspruchs bei der Offenen Handelsgesellschaft in den Fällen des Ausscheidens unter Lebenden;
Diss. Jur. Münster 1963;
Zitiert: *Glunz*, Diss. Jur. (1963).

***Godbersen**, Klaus*
Das Verhältnis der §§ 138 Abs.1, 826 BGB zu den Vorschriften über die Gläubigeranfechtung innerhalb und außerhalb des Konkurses, besonders im Hinblick auf die Behandlung der Sicherungsübertragungen;
Diss. Jur. Goettingen 1968;
Zitiert: *Godbersen*, Diss. Jur (1968).

Goltdammer
Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 und zu dem Gesetze betreffend die Befugnis der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses vom 9. Mai 1855;
Berlin 1858;
Zitiert: *Goltdammer*, Preuß. KO.

***Gottwald**, Peter* (Hrsg.)
Insolvenzrechtshandbuch;
2. Aufl. München 2001;
Zitiert: *Gottwald/Bearbeiter,* InsOHdb.

Gravenbrucher Kreis
Referentenentwurf zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung: Stellungnahme des Gravenbrucher Kreises vom 11.07.2005;
ZIP 2005, 1386;
Zitiert: *Gravenbrucher Kreis*, Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005, 1386.

***Gross**, Paul J.*
Grundsatzfragen der Unternehmenssanierung;
DStR 1991, 1572.

***Grothe**, Helmut*
Die vollstreckungsrechtliche „Rückschlagsperre“ des § 88 InsO;
KTS 2001, 205.

***Grützmann**, Paul*
Das Anfechtungsrecht der benachteiligten Konkursgläubiger nach gemeinem Rechte und nach der Reichs-Konkurs-Ordnung, unter theilweiser Berücksichtigung des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879;
Leipzig 1882;
Zitiert: *Grützmann*, Anfechtungsrecht.

***Haarmeyer**, Hans;* ***Wutzke**, Wolfgang;* ***Förster**, Karsten*
Gesamtvollstreckungsordnung;
4. Aufl. Köln 1998;
Zitiert: *Haarmeyer/Wutzke/Förster*, GesO.

***Häsemeyer**, Ludwig*
Aktuelle Tendenzen in der Rechtsprechung zur Konkurs- und Einzelanfechtung;
ZIP 1994, 418.

Insolvenzrecht;
3. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 2003
Zitiert: *Häsemeyer*, Insolvenzrecht.

Die Gleichbehandlung der Konkursgläubiger;
KTS 1982, 509.

Hassenpflug;
Zur Anfechtung erlangter Befriedigung aus § 23 der Reichs-Konkursordnung;
Gruchot 32 (1888) S. 81.

***Helwich**, Günther*
Das Zusammentreffen von Lohnpfändung und Verbraucherinsolvenz;
NZI 2000, 460.

***Hellwig**, Konrad*
Anfechtungsrecht und Anfechtungsanspruch nach der neuen Konkursordnung;
ZZP 26 (1899), 474.

***Henckel**, Wolfram*
Zur Auslegung anfechtungsrechtlicher Normen;
in: FS f. Walter Gerhardt S. 361 ff.;
Köln 2004;
Zitiert: *Henckel*, FS f. Gerhardt (2004).

Insolvenzanfechtung;
in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung
2. Aufl. Herne, Berlin 2000;
Zitiert: *Henckel*, Insolvenzanfechtung.

Altes und Neues zur Gläubigeranfechtung im Konkurs;
in Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof Band III;
München 2000;
Zitiert: *Henckel*, FS f. BGH.

Die Gläubigeranfechtung – ein taugliches Mittel zur Beseitigung von Verkürzungen der Konkursmasse?;
ZIP 1982, 391.

***Henckel**, Wolfram;* ***Gerhardt**, Walter* (Hrsg.)
Jaeger, Insolvenzordnung, Erster Band §§ 1 – 55;
Berlin 2004.
Zitiert: *Jaeger/Bearbeiter*, InsO.

***Hess**, Harald*
Insolvenzordnung, Band I;
Heidelberg 1999;
Zitiert: *Hess*, InsO.

***Hohmann,** Reinhold*
Die Anfechtung außerhalb und innerhalb des Konkurses in vergleichender Darstellung;
Diss. Jur. Heidelberg 1910;
Zit.: *Hohmann*, Diss. Jur. (1910).

***Holzer**, Johannes*
Krisenerkennung bei insolvenzgefährdeten Unternehmen aus Sicht der gerichtlichen Praxis;
NZI 2005, 308.

***Homann**, Stefan*
Kurzkommentar zu BGH, Urteil vom 18.12.3003 – IX ZR 199/02 (OLG Celle);
EWiR 2004, 865.

***Honsell**, Heinrich; **Mayer-Maly**, Theo; **Selb**, Walter*
Römisches Recht;
4. Aufl. Berlin, Heidelberg, New York, London, Paris, Tokyo 1987;
Zitiert: *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht.

***Huber**, Michael*
Anfechtungsgesetz (AnfG);
9. Aufl. München 2000;
Zitiert: *Huber*, AnfG.

Inkongruente Deckung und Vorsatzanfechtung;
in: Insolvenzrecht im Wandel der Zeit, FS f. Kirchhof S. 247;
Recklinghausen 2003;
Zitiert: *Huber*, FS f. Kirchhof (2003).

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 27.05.2003 – IX ZR 169/02 -;
NZI 2003, 536.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 17.07.2003 – IX ZR 272/02-;
NZI 2003, 599.

Ausdehnung der Vorsatzanfechtung durch die Rechtsprechung des BGH;
ZInsO 2003, 1025.

Referentenentwurf: „Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ – oder: Das Feigenblatt zur Anpassung des IX. Zivilsenats an die Wünsche der Sozialversicherungsträger und Finanzbehörden;
ZInsO 2005, 786.

***Huhn**, Christoph; **Bayer**, Heiko*
Bedingung auf den Insolvenzfall -Möglichkeit der Kreditsicherung oder Anfechtungsgefahr;
ZIP 2003, 1965.

***Hüper**, Otto*
Zwangsvollstreckung als inkongruente Deckung;
Diss. Jur. Göttingen 1983;
Zitiert: *Hüper*, Diss. Jur. (1983).

***Immenga**, Ulrich*
Konkursanfechtung und Gesellschafterdarlehen;
GmbHR 1970, 258.

***Jaeckel**, Paul*
Die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Konkurses auf Grund des Reichsgesetzes vom 21. Juli 1879 mit besonderer Berücksichtigung des preussischen Rechts;
Berlin 1889;
Zitiert: *Jaeckel*, Anfechtungsrecht.

***Jaeger**, Ernst*
Gläubigeranfechtung;
2. Aufl. Berlin 1938;
Zitiert: *Jaeger*, Gläubigeranfechtung.

Lehrbuch des Deutschen Konkursrechts;
8. Aufl. Berlin und Leipzig 1932;
Zitiert: *Jaeger*, Konkursrecht.

Konkursordnung;
Erster Band (KO §§ 1 - 46)
6. und 7. Aufl. Berlin und Leipzig 1931;
Zitiert: *Jaeger*, KO.

***Jaeger**, Ernst; **Lent**, Friedrich*
Konkursordnung;
Erster Band §§ 1 – 70 KO;
8. Aufl. Berlin und Leipzig 1958;
Zitiert: *Jaeger/Lent*, KO.

***Janca**, Marcus*
Anfechtung einer „Druckzahlung“ bei umgekehrter Drucksituation;
ZInsO 2003, 209.

***Jeschek**, Hans-Heinrich; **Weigend**, Thomas*
Lehrbuch des Strafrechts;
5. Aufl. Berlin 1996;
Zitiert: *Jeschek/Weigend*, Strafrecht AT.

***Kaser**, Max*
Das Römische Privatrecht;
3. Bände München 1955-1966;
Zitiert: *Kaser*, Römisches Privatrecht.

Kessler
Kommt Ziffer 1 oder Ziffer 2 des § 23 K.O. zur Anwendung, wenn ein Gläubiger nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrag ein Vollstreckungspfandrecht erwirkt und durch Veräusserung der gepfändeten Gegenstände vor Eröffnung des Konkurses Befriedigung erlangt?;
ZZP 7 (1885), 329.

Kilger*, Joachim*; ***Schmidt****, Karsten*
Insolvenzgesetze KO/VglO/GesO;
17. Aufl. München 1997;
Zitiert: *Kilger/K.Schmidt*, InsolvenzG.

Kirchhof*, Hans-Peter*
Anfechtungen von Leistungen unter Vollstreckungsdruck;
ZInsO 2004, 1168.

Kirchhof*, Hans-Peter;* ***Lwowski****, Hans-Jürgen* (Hrsg.)
Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung
Band 1: §§ 1 – 102, InsVV; 2001;
Band 2: §§ 103 – 269; 2002;
München;
Zitiert: MünchKomm/*Verfasser*, InsO.

Korn*, L.*
Anfechtung von Rechtshandlungen der Schuldner in und außer dem Konkurse;
Berlin 1882;
Zitiert: *Korn*, Anfechtungsrecht.

Kornitzer
Gedanken zum Begriffe der „Benachteiligungsabsicht" im Anfechtungsgesetze;
GrünhutsZ 15 (1888), 585.

Kraemer*, Joachim*
Inkongruente Deckung und Krisenkenntnis;
Rpfleger 1993, 425.

Krasnopolski*, Horaz*
Das Anfechtungsrecht der Gläubiger nach österreichischem Recht / In seinen Grundzügen und mit Berücksichtigung des deutschen Reichsrechtes;
1889;
Zitiert: *Krasnopolski*, Anfechtungsrecht.

Studien zum Gesetze über die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner;
GrünhutsZ 15 (1888), 1.

Kreft*, Gerhart*
Zum Verhältnis von Judikative und Legislative am Beispiel des neuen Insolvenzrechts;
KTS 2004, 205.

Neue Entwicklungen im Anfechtungsrecht;
DStR 2005, 1193, 1232.

Kübler, *Bruno M.*
Entwicklung und Tendenzen in der Rechtsprechung zu § 133 Abs. 1 InsO, insbesondere zur Anfechtung von Druckzahlungen;
FS f. Greiner S. 159 ff.;
Köln, Berlin, München 2005;
Zitiert: *Kübler*, FS f. Greiner (2005).

Kübler, *Bruno M.*; ***Prütting***, *Hanns*
InsO – Kommentar zur Insolvenzordnung;
Köln Loseblatt Stand 1 Lfg. 8/1998.
Zitiert: *Kübler/Prütting/Bearbeiter*, InsO.

Kühl, *Kristian*
Strafrecht Allgemeiner Teil;
4. Aufl. München 2004;
Kühl, Strafrecht AT.

Kuhn, *Georg;* ***Uhlenbruck***, *Wilhelm*
Konkursordnung;
11. Aufl. München 1994;
Zitiert: *Kuhn/Uhlenbruck*, KO.

Kummer, *Joachim*;
Die actio Paulina im 21. Jahrhundert oder: Was blieb von D.42.8 – Eine Bestandsaufnahme -;
in: Verschuldung, Haftung, Vollstreckung, Insolvenz, FS f. Kreft S. 393;
Recklinghausen 2004;
Zitiert: *Kummer*, FS f. Kreft (2004).

Larenz, *Karl*
Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil;
14. Aufl. München 1987;
Zitiert: *Larenz*, Schuldrecht AT.

Larenz, *Karl;* ***Canaris***, *Claus-Wilhelm*
Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Band, Besonderer Teil 2. Halbband;
13. Aufl. München 1994;
Zitiert: *Larenz/Canaris*, Schuldrecht BT II.

Larenz, *Karl****;*** ***Wolf***, *Manfred*
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts;
9. Aufl. München 2004;
Zitiert: *Larenz/Wolf*, BGB AT.

Leithaus, *Rolf*
Anmerkungen zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung;
NZI 2005, 436.

Levin
Empfiehlt es sich, das Recht der Gläubigeranfechtung, insbesondere auch mit Rücksicht auf die Verträge unter Ehegatten oder eines Ehegatten mit einem Dritten zugunsten des anderen Ehegatten einer Änderung zu unterziehen?;
in Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages (Düsseldorf), 1. Band, Berlin 1914;
Zitiert: *Levin*, 32. DJT (1914), 35.

***Lind**, Thorsten Patric*
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 15.05.2003 - IX ZR 194/02 (OLG Stuttgart);
LMK 2003, 36.

Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.03.2004 - IX ZR 160/02 (OLG Schleswig);
LMK 2003, 148.

***Lüke**, Gerhard; **Wax**, Peter* (Hrsg.)
Zivilprozessordnung;
Band 2 §§ 355 – 802;
2. Aufl. München 2000;
Zitiert: MünchKomm/*Bearbeiter*, ZPO.

***Marotzke**, Wolfgang*
Dingliche Wirkung der Gläubiger- und der Konkursanfechtung;
KTS 1987, 1.

Die Anfechtbarkeit von Vollstreckungsmaßnahmen wegen Benachteiligung konkurrierender Gläubiger;
ZZP 105 (1992), 451.

Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht;
Neuwied, Kriftel, Berlin 3. Aufl. 2001.
Zitiert: *Marotze*, Gegenseitige Verträge.

***Maunz**, Theodor; **Dürig**, Günter; **Herzog**, Roman; **Scholz**, Rupert*
Grundgesetz Kommentar;
Band 2. Art. 6 – 16a
Loseblatt München Stand Februar 2004;
Zitiert: *Maunz/Dürig/Bearbeiter*, GG.

***Maurach**, Reinhart; **Schroeder**, Friedrich-Christian; **Maiwald**, Manfred*
Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte;
9. Aufl. Heidelberg 2003;
Zitiert: *Maurach/Schroeder/Maiwald*, Strafrecht BT 1.

Mitglieder des BGH (Hrsg.)
Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes;
Band I, §§ 1 – 240, 12. Aufl. 1982
Band II, 5. Teil §§ 812 – 831, 12. Aufl. 1989;
Berlin, New York
Zitiert: RGRK-*Bearbeiter*, BGB.

***Münch**, Ingo von;* ***Kunig**, Phillip*
Grundgesetz-Kommentar;
Band 1: Präambel bis Art. 19;
5. Aufl. München 2000;
Zitiert: *Münch/Kunig/Bearbeiter*, GG.

***Münzberg**, Wolfgang*
Zur Konkursanfechtung bei der Geldpfändung nach Ablieferung an den Vollstreckungsgläubiger;
JZ 1998, 308.

***Nerlich**, Jörg;* ***Niehus**, Christoph*
Anfechtungsgesetz (AnfG);
München 2000;
Zitiert: *Nerlich/Niehus*, AnfG.

***Nerlich**, Jörg;* ***Römermann**, Volker*
Insolvenzordnung;
Loseblatt München Stand 11/2000;
Zitiert: *Nerlich/Römermann/Bearbeiter*, InsO.

***Oberheim**, Rainer*
Beweiserleichterung im Zivilprozess;
JuS 1996, 636, 729, 918, 1111; JuS 1997, 61, 358.

***Otto**, Viktor*
Die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche ein Schuldner, zu dessen Vermögen Konkurs nicht eröffnet ist, zum Nachteil seiner Gläubiger vornimmt: Nach gemeinem, sächsischen und deutschem Reichsrechte;
Leipzig 1881;
Zitiert: *Otto*, Anfechtungsrecht.

***Pape**, Gerhard;* ***Uhlenbruck**, Wilhelm*
Insolvenzrecht;
München 2002;
Zitiert: *Pape/Uhlenbruck,* Insolvenzrecht.

30 Jahre Insolvenzrechtsreform für die Katz;
ZIP 2005, 417.

Przibilla
Zur Behandlung der Sicherungsverträge in Rechtsprechung und Gesetzgebung;
JW 1911, 300.

***Paulus**, Christoph G.*
Der subjektive Tatbestand der Insolvenzanfechtung;
WM 2000, 2225.

***Paulus**, Christoph G.;* ***Allgayer**, Peter*
Erwerb durch Zwangsvollstreckung als inkongruente Deckung?;
ZInsO 2001, 241.

***Paulus**, Christoph G.; **Schröder**, Wolfgang*
Über die Verschärfungen des Rechts der Insolvenzanfechtung;
WM 1999, 253.

***Paulus**, Gotthard*
Sinn und Formen der Gläubigeranfechtung;
AcP 155 (1955), 277.

***Petersen**, Julius*
Zur Lehre vom Anfechtungsrecht;
ZZP 10 (1887), 17.

***Plander**, Harro*
Die Gewährung kongruenter Deckung und ihre Anfechtung wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung;
BB 1972, 1480.

***Prade**, Hans-Otto*
Die Änderungswünsche der Finanzverwaltungen zum Insolvenzanfechtungsrecht - oder: die Wiedereinführung des "Windhund"-Prinzips, Anmerkung zum Beitrag von *Schneider/Hörmann*, ZInsO 2005, 133;
ZInsO 2005, 251.

***Raschke**, Thorsten*
Funktion und Abgrenzung des Bargeschäftstatbestandes;
Diss. Jur. Hamburg 1999;
Zitiert: *Raschke*, Diss. Jur. (1999).

***Rebmann**, Kurt; **Säcker**, Franz; **Rixecker**, Roland* (Hrsg.)
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch;
Band 1: Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2001;
Band 5: §§ 705 – 853; 4. Aufl. 2004;
München;
Zitiert: MünchKomm/*Verfasser*, BGB.

***Rebmann**, Thilo*
Die Anfechtung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nach § 131 InsO und die Vollstreckungssperren (v.a. § 88 InsO);
Diss. Jur. Tübingen 2003;
Zitiert: *Rebmann*, Diss. Jur. (2003).

***Rendels**, Dietmar*
Wann ist eine Vollstreckungshandlung als Rechtshandlung des Schuldners nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar?;
ZIP 2004, 1289.

Nochmals: Wann ist eine Vollstreckungshandlung als Rechtshandlung des Schuldners nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar?;
ZIP 2004, 2085.

Riehl
Das System des Deutschen Gläubigeranfechtungsrechts;
GruchotsBeitr. 53 (1909), 161.

***Rosenberg**, Leo;* ***Gaul**, Hand Friedhelm;* ***Schilken**, Eberhard*
Zwangsvollstreckungsrecht;
11. Aufl. München 1997;
Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht.

***Rosenberg**, Leo;* ***Schwab**, Karl Heinz;* ***Gottwald**, Peter*
Zivilprozessrecht;
16. Aufl. München 2004;
Zitiert: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht.

***Roth**, Jan*
Interessenwiderstreit im Insolvenzeröffnungsverfahren;
Diss. Jur. Frankfurt am Main 2004;
Zitiert: *Roth*, Diss. Jur. (2004).

***Runkel**, Hans P.* (Hrsg.)
Anwalts-Handbuch Insolvenzrecht;
Köln 2005;
Zitiert: AHB-*Bearbeiter*, Insolvenzrecht.

***Rutkowsky**, Stefan*
Rechtsnatur und Wirkungsweise der Gläubigeranfechtung;
Diss. Jur. Frankfurt am Main 1969;
Zitiert: *Rutkowsky*, Diss. Jur. 1969.

***Sarwen**, von*
Konkurs-Ordnung für das Deutsche Reich;
Berlin 1879;
Zitiert: *Sarwen*, KO.

***Schellhammer**, Kurt*
Zivilprozess;
9. Aufl. Heidelberg 2001;
Zitiert: *Schellhammer*, Zivilprozess.

***Schmerbach**, Ulrich*
Stellungnahme zu Art. 2 des Entwurfs eines Gesetzes zum Pfändungsschutz der Altersvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung;
ZInsO 2005, 865.

***Schmidt**, Karsten*
Das Vollstreckungs- und Insolvenzrecht der stillen Gesellschaft;
KTS 1977, 1 und 65.

Gesellschaftsrecht;
4. Aufl. Köln, Berlin, Bonn, München 2002;
Zitiert: *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht.

***Schmidt**, Karsten;* ***Uhlenbruck**, Wilhelm* (Hrsg.)
Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz;
2. Aufl. Köln 1999;
Zitiert: *K. Schmidt/Uhlenbruck/Bearbeiter*, Die GmbH in der Krise.

***Schmidt**, Reinhard H.*
Ökonomische Analyse des Insolvenzrechts;
1980;
Zitiert: *Schmidt*, Ökonomische Analyse.

***Schneider**, Werner**; Hörmann**, Martin*
Die Änderungswünsche der Finanzverwaltungen zum Insolvenzanfechtungsrecht - oder: die Wiedereinführung des "Windhund"-Prinzips;
ZInsO 2005, 133.

***Schönke**, Adolf; **Schröder**, Horst*
Strafgesetzbuch;
26. Aufl. München 2001;
Zitiert: S*chönke/Schröder/Bearbeiter*, StGB.

***Schoppmeyer**, Heinrich*
Besondere und allgemeine Insolvenzanfechtung am Beispiel der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen;
NZI 2005, 185.

***Schulte**, Heinz*
Zum Anwendungsverständnis der Absichtsanfechtung (§ 31 Nr. 1 KO) in der Konkursordnung von 1877;
Diss. Jur. Frankfurt am Main 1984;
Zitiert: *Schulte*, Diss. Jur. 1984.

***Serick**, Rolf*
Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung; Band III Die einfache Sicherungsübertragung – Zweiter Teil;
1970;
Zitiert: *Serick*, Sicherungsübertragung Bd. III.

***Smid,** Stefan (Hrsg.)*
Insolvenzordnung;
2. Aufl. Stuttgart, Berlin, Köln 2001;
Zitiert: *Smid/Bearbeiter*, InsO.

Grundzüge des Insolvenzrechts;
4. Aufl. München 2002.
Zitiert*: Smid*, Insolvenzrecht.

Zur „Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung“ und anderen Fragen der gegenwärtigen Gesetzgebung;
DZWiR 2005, 414.

***Soergel**, Th.*
Bürgerliches Gesetzbuch;
Allgemeiner Teil Band 2, 13. Aufl. 1999
Schuldrecht Band 2, 12. Aufl. 1990;
Stuttgart, Berlin, Köln;
Zitiert: *Soergel*/Bearbeiter, BGB.

***Staudinger**, Julius von*
Bürgerliches Gesetzbuch;
§§ 134-163, 13. Aufl. 2003;
§§ 823 – 825, 13. Aufl. 1999;
Berlin;
Zitiert: *Staudinger*/Bearbeiter, BGB.

***Steinbach,** Emil*
Commentar zu den Gesetzen vom 16. März 1884 über die Anfechtung von Rechtshandlungen, welche das Vermögen eines zahlungsunfähigen Schuldners betreffen und über die Abänderung einiger Bestimmungen der Concursordnung und des Executionsverfahrens;
2. Aufl. Wien 1884;
Zitiert: *Steinbach*, Österr. Anfechtungsrecht.

***Stiller**, Jörn*
Die Insolvenzanfechtung gegenüber Sozialversicherungsträgern wegen nach der Durchführung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gezahlter Gesamtsozialversicherungsbeiträge gem. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO;
ZInsO 2002, 793.

Anfechtbarkeit der nach Vollstreckungsmaßnahmen vorgenommenen Schuldnerzahlung;
ZInsO 2003, 595.

***Uhlenbruck**, Wilhelm* (Hrsg.)
Insolvenzordnung;
12. Aufl. München 2003;
Zitiert: *Uhlenbruck/Bearbeiter*, InsO.

Wiedereinführung der Vorrechte durch die Hintertür?;
ZInsO 2005, 505.

***Vallender**, Heinz*
Par conditio creditorum ade?;
NZI 2005, 599.

VID – Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands e. V.
Referentenentwurf zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung: Stellungnahme des VID vom 06.07.2005;
ZIP 2005, 1384;
Zitiert: *VID*, Stellungnahme RegE 2005, ZIP 2005, 1384.

Voss
Die Wechselbeziehungen zwischen Schuldanfechtungsrecht und Veräußerungsverbot (§§ 135 f. BGB);
LZ 1910, 592.

***Wacke**, A.*
Wer zuerst komm, mahlt zuerst – Prior tempore potior iure;
JA 1981, 94.

***Weber**, Friedrich*
Fragen der Gestaltung des Konkursverfahrens in rechtspolitischer und rechtsvergleichender Sicht;
KTS 1959, 80.

***Weiss**, Egon*
Institution des römischen Privatrechts;
2. Aufl. Basel 1949;
Zitiert: *Weiss*, Römisches Privatrecht.

***Wessels,** Johannes**; Beulke,** Werner*
Strafrecht, Allgemeiner Teil;
31. Aufl. Heidelberg 2001.
Zitiert*: Wessels/Beulke*, Strafrecht AT.

***Wessels**, Johannes; **Hillenkamp**, Thomas*
Strafrecht Besonderer Teil/2;
27. Aufl. Heidelberg 2004;
Zitiert: *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT/2.

***Westermann**, Harm Peter* (Hrsg.)
Erman Bürgerliches Gesetzbuch;
11.Aufl. Münster 2004;
Erman/Bearbeiter, BGB.

***Wiedersperg**, Axel Freiherr von*
Die besondere Anfechtung in der Insolvenz;
Diss. Jur. Regensburg 2001;
Zitiert: *Wiedersperg*, Diss. Jur. 2001.

***Wimmer**, Klaus* (Hrsg)
Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung;
Neuwied, Kriftel, 3. Aufl. 2002;
Zitiert: FK/*Bearbeiter,* InsO.

***Wimmer**, Klaus; **Dauernheim**, Jörg; **Wagner**, Martin; **Weidekind**, Sabine-Sofie* (Hrsg)
Handbuch des Fachanwalts Insolvenzrecht;
Neuwied, Kriftel 2002;
Zitiert: *Wimmer/Bearbeiter*, Insolvenzrecht.

***Windscheid**, Bernhard; **Kipp**, Theodor*
Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2
9. Aufl. 1906;
Zitiert: *Windscheid/Kipp*, Pandektenrecht.

***Wolf**, Manfred*
Sachenrecht;
21. Aufl. München 2005;
Zitiert: *Wolf*, Sachenrecht.

Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung;
in: Insolvenzrecht im Umbruch (Hrsg. Leipold), KTS Schriften zum Insolvenzrecht Bd. 1;
Köln, Berlin, Bonn München 1991, S. 113;
Zitiert: *Wolf*, Insolvenzrecht im Umbruch.

***Zeuner**, Marc*
Die Anfechtung in der Insolvenz;
München 1999;
Zitiert: *Zeuner*, Anfechtungsrecht.

***Zöller**, Richard*
Zivilprozessordnung;
24. Aufl. Köln 2004
Zitiert: *Zöller/Bearbeiter*, ZPO.