

§ 26. Die einzelnen Tatbestände der Insolvenzanfechtung

Literatur: Ahrens, Der Ursachenzusammenhang zwischen Zahlungsunfähigkeit und eröffnetem Verfahren bei der Anfechtung von Deckungshandlungen, ZIP 2017, 58; Bartels, Insolvenzanfechtung und Leistungen Dritter, 2015; Berbuer: Inkongruenz durch Drohung des Gläubigers nicht nur bei Drohung mit Zwangsvollstreckung oder Insolvenzantrag?, NZI 2016, 717; Bork, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach § 134 InsO, NZI 2018, 1; Gehrlein, Gedanken zur Vorsatzanfechtung, DB 2020, 156; ders., Unanfechtbarkeit der Rückzahlung von für eine Gesellschafterfinanzierung eingesetzten Drittmitteln?, WM 2021 Heft 33, 1576; ders., Anfechtbarkeit der Erstattung eines auf der Grundlage ausländischen Rechts gewährten Gesellschafterdarlehens, ZinsO 2020, 2591; ders., Die Schenkungsanfechtung (134 InsO) im Drei Personen Verhältnis, WM 2019, 1241; Hain, Die Anfechtung der teilweise unentgeltlichen Leistung und deren Rückabwicklung in der aktuellen Rechtsprechung des IX. Zivilsenats, NZI 2021, 309; Hallermann, Die Risiken einer Insolvenzanfechtung für den Käufer eines Unternehmens, 2007; Held, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO, 2017; Hermreck, Anfechtung bei Gesellschafterdarlehen gleichgestellten Forderungen, NJW-Spezial 2019, 597; Huber, Auf der Hochebene des Anfechtungsrechts, ZIP 2020, 15; Kayser, Vorsatzanfechtung im Spannungsverhältnis von Gläubigergleichbehandlung und Sanierungschancen, NJW 2014, 422; Klinck, Anfechtbarkeit von Gesellschafterdarlehen in der Doppelin solventz von Gesellschaft und Gesellschafter, DB 2019, 2729; ders., Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, 2011; Lütcke, Der Begriff der Rechtshandlung im Rahmen der Vorsatzanfechtung, NZI 2017, 701; Mylich, Kreditsicherheiten für Gesellschafterdarlehen – Perspektiven und offene Fragen trotz und wegen der zwingenden Anwendung von § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO, ZIP 2019, 2233; Neuberger, Vorsatzanfechtung und Fortbestehensprognose: Wann wächst zusammen, was zusammen gehört?, ZInsO 2018, 1242; Pickartz, Zur Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO, 2018; Riewe, Neuausrichtung in der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung, NJW 2021, 2619; Rodi, Die Vermögensauskunft des Schuldners als eine die Vorsatzanfechtung legitimierende Mitwirkungshandlung NZI 2020, 822; Schlinkmann, Der Begriff der Unentgeltlichkeit im Insolvenzrecht, 2015; Schubert, Neues zur Vorsatzanfechtung? Aktuelle BGH-Urteile zur Anfechtungsfrist bei Deckungen und zur „Neuausrichtung“ der Feststellung (der Kenntnis) des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes, NZI 2021, 761; Schwarz, Der subjektive Tatbestand der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO, 2013; Spiekermann, Anfechtung von Zahlungen auf Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Forderungen, NZI 2019, 840; Strandmann, Ein erster Schritt zur Heilung des gequälten § 133 InsO, ZInsO 2021, 1539; ders., Der gequälte § 133 InsO oder: Grenzfälle der Abgrenzung zwischen Vermögensverschiebung und Deckungshandlung im § 133 I und II InsO, ZInsO 2021, 1045; Trams, Anfechtung der teilweise unentgeltlichen Leistung nach § 134 InsO, NJW-Spezial 2018, 533; Wiehe, Die Bank als Gesellschaftern gleichgestellte Dritte bei der Insolvenzanfechtung, BKR 2020, 636; Wilhelm, Grundsätze der Haftung Dritter im Recht der Gesellschafterdarlehen, ZIP 2020, 2591; Willemsen/Kühn: Vorsatzanfechtung: Praktische Handhabung und Grenzen bei kongruenten Deckungen, BB 2020, 1353.

Die Tatbestände der Insolvenzanfechtung unterscheidet man gemeinhin **in allgemeine Tatbestände und besondere Tatbestände**. Die allgemeinen Anfechtungstatbestände betreffen insbesondere § 133 InsO und § 134 InsO. Sie sind deshalb allgemeiner Natur, weil sie auch ein entsprechendes Pendant im Bereich der für die Einzelzwangsvollstreckung maßgeblichen Anfechtung gemäß dem AnfG haben, § 3, 4 AnfG. Demgegenüber umfasst die besondere Insolvenzanfechtung die §§ 130–132 InsO und darunter insbesondere die Deckungsanfechtung der §§ 130 und 131 InsO, die kein entsprechendes Spiegelbild im Bereich der Einzelgläubigeranfechtung haben. 1

A. Die Deckungsanfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO

§ 130 und § 131 InsO bilden voneinander zu trennende, eigenständige Anfechtungstatbestände (sind also jeweils als eigene Anfechtungsgründe zu prüfen!). Gleichwohl gehören sie systematisch und wertungsmäßig zusammen und können daher hier im Zusammenhang dargestellt werden. Die Anfechtung gemäß §§ 130, 131 InsO hat 2

das Ziel, eine Bevorzugung eines einzelnen Insolvenzgläubigers rückgängig zu machen und den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz zu wahren. **Sie knüpft an eine Sicherung und Befriedigung eines Insolvenzgläubigers** – sog. Deckung – an. Es geht mit hin um die Deckung eines Gläubigers, der in dem im Zeitpunkt der Deckung künftigen Insolvenzverfahren nur die Position als Insolvenzgläubiger i. S. d. §§ 38, 39 InsO hätte und folglich wie alle anderen Insolvenzgläubiger allenfalls Anspruch auf die Quote hätte. Wird ein solcher Insolvenzgläubiger vor Verfahrenseröffnung gesichert oder befriedigt, erhält er also mehr, als es seiner Rechtsposition entspricht. Daher greifen die Tatbestände der §§ 130 und 131 InsO. Dabei erfasst § 130 InsO die Anfechtung sog. **kongruenter Deckung** und § 131 InsO die Anfechtung **inkongruenter Deckungen**. Eine inkongruente Deckung ist unter den gegenüber § 130 InsO erleichterten Voraussetzungen des § 131 InsO anfechtbar. Natürlich könnte eine inkongruente Deckung auch nach § 130 InsO angefochten werden, doch wenn eine Inkongruenz vorliegt, kommt man über § 131 InsO leichter zum Ziel einer Anfechtung. Eine inkongruente Deckung liegt vor, wenn ein künftiger Insolvenzgläubiger vor dem Insolvenzantrag oder während des Eröffnungsverfahrens eine Deckung seiner Forderung erhält oder ihm ermöglicht wird, die er nicht oder nicht so nach Art und Zeit beanspruchen konnte. Inkongruenz bezeichnet also eine Deckung, auf die der Gläubiger keinen Anspruch hatte. Insofern ist eine inkongruente Deckung als Vermögensverschiebung besonders verdächtig. Das ist der Grund, warum das Gesetz die Anfechtung erleichtert. Wenn nämlich der Gläubiger kurz vor dem Insolvenzantrag etwas erhält, worauf er keinen Anspruch hat, liegt der Verdacht nahe, dass dieser Gläubiger zu Lasten der Gläubigersamtheit privilegiert werden sollte.¹ Folgerichtig sagt die Rechtsprechung, dass die Inkongruenz einer Leistung nicht nur zu § 131 InsO führt, sondern auch bei § 133 InsO eine Beweiswirkung entfalten kann. Das ist für die Fristen wichtig, denn § 131 InsO betrifft allein den Drei-Monats-Zeitraum, die Vorsatzanfechtung geht weiter zurück (4 Jahre bei Deckungen, § 133 Abs. 2 InsO).

I. Voraussetzungen des § 131 InsO

- 3 Die Voraussetzungen des § 131 InsO sind dann im Einzelnen zu unterscheiden:
- 4 (1) Eine Rechtshandlung, deren Wirkung nach dem Eröffnungsantrag eintritt (§ 140 InsO) und dem Insolvenzgläubiger eine ihm nicht zustehende Deckung verschafft, ist stets anfechtbar; dasselbe gilt für Rechtshandlungen, die im letzten Monat vor dem Antrag wirksam geworden sind: § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO (Anfechtung unnötig hinsichtlich der in dieser Zeit durch Zwangsvollstreckung erlangten Sicherheiten, § 88 InsO). Wann Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist, ist unerheblich. *Subjektive Voraussetzungen* bestehen nicht.
- 5 (2) Ist die Rechtshandlung im zweiten oder dritten Monat vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden (dazu § 140 InsO) und war der Insolvenzschuldner zu dieser Zeit zahlungsunfähig, so ist ebenfalls Anfechtbarkeit gegeben, § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO. *Subjektive Voraussetzungen* sind hier ebenso wenig aufgestellt wie in § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO.
- 6 (3) § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO erfasst ebenso wie die Nr. 2 (→ Rn. 5) Handlungen, die innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen

¹ Vgl. KPB/Schoppmeyer InsO § 131 Rn. 6.

worden sind. Die weitere objektive Voraussetzung der Nr. 2 – Zahlungsunfähigkeit – ist durch eine *subjektive Voraussetzung* ersetzt: dem späteren Insolvenzgläubiger muss z. Zt. der Handlung (dazu § 140 InsO) bekannt gewesen sein, dass sie die künftigen Insolvenzgläubiger benachteiligt.

§ 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO setzt nicht voraus, dass der Insolvenzschuldner die Gläubiger benachteiligen wollte und der Anfechtungsgegner das wusste. Ist eine dem Insolvenzschuldner *nabestehende Person* (§ 138 InsO) begünstigt, so wird ihre Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung vermutet (Umkehr der Beweislast), § 131 Abs. 2 S. 2 InsO; Beweis des Gegenteils durch Nachweis der Unkenntnis ist möglich, § 292 ZPO.

Der Kenntnis von der Benachteiligung steht die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen, § 131 Abs. 2 S. 1 InsO.

Beispiel: Der Gläubiger weiß, dass der Schuldner mit der Deckung sein letztes verbliebenes Vermögen überträgt, dass aber noch andere Gläubiger mit offenen Forderungen vorhanden sind, die dann erwartungsgemäß leer ausgehen werden.

(4) Weitere Beispiele für Rechtshandlungen, die eine Sicherung oder Befriedigung gewähren oder ermöglichen, die der begünstigte spätere Insolvenzgläubiger nicht oder nicht so beanspruchen konnte, bilden Zahlungen oder sonstige Leistungen *vor Fälligkeit*.²

Ein Anspruch auf Sicherung genügt zur Herstellung von Kongruenz zudem nur, wenn er hinreichend bestimmt ist, insbesondere auf einen von vornherein individualisierbaren Gegenstand gerichtet ist. Absprachen, die es dem Ermessen der beteiligten oder dem Zufall überlassen, welche Sicherheit konkret erfasst wird, genügen nicht.³ Globalversicherungsverträge indes begründen eine kongruente Deckung (Anfechtung nur nach § 130 InsO), obgleich auch hier das künftige Sicherungsgut nicht konkret bestimmt ist.⁴

Nach Ansicht des BGH sind inkongruent auch Sicherungen oder Befriedigungen, die in der kritischen Zeit (im Drei-Monats-Zeitraum) im **Wege der Zwangsvollstreckung** erlangt wurden. Die Inkongruenz wird dabei gestützt, dass der Gläubiger seinen Anspruch unter Zuhilfenahme staatlicher Machtmittel durchsetzt.⁵ Inkongruenz soll sogar vorliegen, wenn der Schuldner zur Abwendung der Zwangsvollstreckung⁶ oder eines Insolvenzantrags (hier sogar außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums)⁷ zahlt. Immerhin ist eine außerhalb des Zeitraums der §§ 130–132 InsO im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Sicherung oder Befriedigung nicht nach § 133 InsO anfechtbar und damit anfechtungsfest, da eine Rechtshandlung des Schuldners nicht vorliegt.⁸

² BGH NZI 2005, 497.

³ BGHZ 150, 122 (126): „Anspruch auf Bestellung bankmäßiger Sicherheiten“ in AGB-Banken, genügt nicht; MüKoInsO/Kayser/Freudenberg InsO § 131 Rn. 39.

⁴ BGHZ 174, 297 (306) Rn. 28 ff; BGH NZI 2015, 765 (766) Rn. 14; MüKoInsO/Kayser/Freudenberg InsO § 131 Rn. 39 c.

⁵ BGH NJW 97, 3445 (3446) [zu § 30 Nr. 2 KO]; ZIP 2019, 279 (281) Rn. 23.

⁶ BGH NJW 2002, 2568 (2569); BGH ZIP 2014, 330 (334) Rn. 37; 2019, 279 (281) Rn. 21.

⁷ BGH NJW 2004, 1385 (1388); BGH ZIP 2013, 838 (839) Rn. 11.

⁸ BGH NJW 2005, 1121 (1122).

II. Voraussetzungen des § 130 InsO

- 13 Liegt keine inkongruente Deckung vor, so kommt eine **Deckungsanfechtung** über § 130 InsO in Betracht. Die Hürden für die Anfechtung sind hier aber höher, da mangels Inkongruenz der begünstigte Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung verlangen durfte.
- 14 Erfasst ist auch hier der Fall, dass die Deckung in den letzten drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag erfolgte oder nach dem Eröffnungsantrag, d. h. während des Eröffnungsverfahrens. Für die Deckungen vor dem Eröffnungsantrag muss aber der Insolvenzschuldner zu diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig gewesen sein und der Gläubiger muss dies gewusst haben, § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO. Erfolgte die Deckung erst nach Eröffnungsantrag, so muss der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit oder – was ausreicht – den Eröffnungsantrag gekannt haben, § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO. Genügend ist die Unkenntnis von Umständen, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen, § 130 Abs. 2 InsO. Das ist z. B. gegeben, wenn der Gläubiger Kenntnis der Zahlungseinstellung hatte. Es genügt, dass objektiv der Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Antrag möglich war. Es ist unerheblich, ob der konkrete Gläubiger diesen Schluss wirklich gezogen hatte oder warum er unterblieb.
- 15 Den Eintritt der Deckung (vgl. § 140 InsO) innerhalb der relevanten Zeiträume (das ist die Zeit nach Antragstellung oder drei Monate davor) sowie die Kenntnis i. S. v. § 130 Abs. 1 oder Abs. 2 InsO hat der Verwalter zu beweisen. Ist eine dem Insolvenzschuldner nahestehende Person (§ 138 InsO) begünstigt, so wird die **Beweislast** umgekehrt: Ihre Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Antrags wird vermutet, § 130 Abs. 3 InsO, da anzunehmen ist, dass sie dank ihrer engen Beziehungen zum Insolvenzschuldner über dessen Vermögenslage informiert ist (Beweis des Gegenteils durch Nachweis der Unkenntnis möglich, § 292 ZPO).
- 16 Befriedigung ist jede Zahlung oder sonstige Leistung des (künftigen) Insolvenzschuldners an den Gegner. Die Sicherung eines Anspruchs kann z. B. durch Einräumung eines Pfandrechts oder einer Hypothek geschehen. Die Sicherung und die Befriedigung sind in den zeitlichen Grenzen des § 130 InsO anfechtbar, selbst wenn dem Anfechtungsgegner ein Anspruch auf die Leistung zustand. Das ist schuldrechtlich gesehen schwer verständlich; der Gläubiger erhält nur, was ihm gebührt. Die empfangene Leistung deckt sich mit seinem Anspruch (daher: „kongruente Deckung“). Erklärt werden kann § 130 InsO haftungsrechtlich mit dem *Prinzip der Gläubigergleichbehandlung*, dessen Wirkungen bis zu drei Monate vor Stellung des Insolvenzantrags *vorverlagert* werden. Ein einzelner Gläubiger soll nicht noch rasch gesichert oder befriedigt werden, während sich die Mehrzahl der Gläubiger mit der geringen Insolvenzquote zufriedengeben muss. Rechtfertigen lässt sich der Vorrang haftungsrechtlicher Verteilungsprinzipien damit, dass der Gläubiger zum Zeitpunkt der Vornahme der Handlung die Zahlungsunfähigkeit (oder den Eröffnungsantrag, § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO) kannte. § 130 InsO erfasst aber auch (und „erst recht“) die inkongruente Deckung. Von der Anfechtung nach § 130 InsO ausgeschlossen sind die sog. Bargeschäfte (zum Grund → § 25 Rn. 35). Sie sind nur im Wege der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO) anfechtbar, § 142 InsO, und dies auch nur dann, wenn eine Unlauterkeit festgestellt werden kann, § 142 Abs. 1 InsO.

Der vom Verwalter zu führende Beweis der Kenntnis von Zahlungsunfähigkeit oder Insolvenzantrag wird in § 130 Abs. 2 InsO erleichtert; es genügt der Beweis von Umständen, die „zwingend“ auf Zahlungsunfähigkeit bzw. Eröffnungsantrag schließen lassen. 17

Beispiel: Der Gläubiger kennt fruchtlose Vollstreckungsversuche beim Schuldner, „geplatzte“ Lastschriften, verzögerte Zahlungen oder auch die Nichtabführung von Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung (letzteres wegen des Strafbarkeitsrisikos des § 266a StGB ein gewichtiges Indiz für die Unfähigkeit zur Zahlung, denn ein Schuldner würde unter gewöhnlichen Umständen dieses Risiko nicht auf sich nehmen⁹). 18

B. Voraussetzungen des § 132 InsO

Die Anfechtung nach § 132 InsO hat schon wegen der engen Zeitperiode von drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag wenig Relevanz. Insbesondere bedarf es hier einer **unmittelbaren Benachteiligung** im Fall des § 132 Abs. 1 InsO. 19

Anfechtbar ist ein **Rechtsgeschäft** des späteren Insolvenzschuldners, das die künftigen Insolvenzgläubiger (§§ 38, 39 InsO) unmittelbar benachteiligt (zum Begriff → § 25 Rn. 31), wenn es in den letzten drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist (dazu § 140 InsO), der Insolvenzschuldner in diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig war und der Anfechtungsgegner das bei Vornahme des Rechtsgeschäfts wusste, § 132 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Ist das Rechtsgeschäft erst nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden, so genügt auch die Kenntnis des Antrags, § 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO. 20

Die Kenntnis hat der Verwalter zu beweisen; die Beweiserleichterung nach § 130 Abs. 2 InsO gilt auch hier, ebenso die Beweislastumkehr nach § 130 Abs. 3 InsO zu Lasten nahestehender Personen (§ 138 InsO), § 132 Abs. 3 InsO (dazu → Rn. 15). 21

§ 132 Abs. 1 InsO erfasst alle **Rechtsgeschäfte** (nicht jede Rechtshandlung). Zu den Rechtsgeschäften gehören *sowohl* einseitige (z. B. Kündigung) als auch mehrseitige. Allerdings gehen §§ 130, 131 InsO (Anfechtung von Sicherung und Befriedigung gegenüber Insolvenzgläubigern), die eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung genügen lassen, als speziellere Regelungen vor. Nach § 132 Abs. 1 InsO anfechtbar sind insbesondere Verpflichtungsgeschäfte des Schuldners,¹⁰ z. B. durch „Verschleuderung“ von Waren weit unter ihrem Wert oder ihren Ankauf weit über Marktwert in der kritischen Zeit. § 132 Abs. 1 InsO erfordert eine *unmittelbare Gläubigerbenachteiligung*. Sind Leistung und Gegenleistung, zu denen sich die Parteien verpflichtet haben, gleichwertig, scheidet eine Anfechtung des Schuldvertrags daher aus; auch der dingliche Leistungsaustausch ist als Bargeschäft (§ 142 InsO) nicht anfechtbar, wenn der Schuldner für seine Leistung vereinbarungsgemäß und in engem zeitlichen Zusammenhang eine gleichwertige Leistung erhält. 22

§ 132 Abs. 2 InsO stellt bestimmte Rechtshandlungen des Schuldners den unmittelbar benachteiligenden Rechtsgeschäften gleich. Die Gleichstellung bedeutet, dass die Rechtshandlungen nicht unmittelbar benachteiligen, die übrigen Anfechtungsvoraussetzungen nach § 132 Abs. 1 InsO aber vorliegen müssen. § 132 Abs. 2 InsO enthält einen **Auffangtatbestand** für Fälle, die weder durch § 132 Abs. 1 InsO noch 23

⁹ BGH NZI 2014, 23 (24) Rn. 13.

¹⁰ MüKoInsO/Kayser/Freudenberg InsO § 132 Rn. 1.

durch §§ 130, 131 InsO erfasst werden, aber anfechtungsbedürftig sind. Die Vorschrift ist primär auf Unterlassungen (auch von Prozesshandlungen) des Insolvenzschuldners zugeschnitten (vgl. § 129 Abs. 2 InsO), wie sich aus den in § 132 Abs. 2 InsO geforderten Folgen der Rechtshandlungen ergibt.

- 24 Der Insolvenzschuldner muss ein Recht verloren haben (z. B. das Eigentum durch Nichtbehinderung der Ersitzung, vgl. § 941 BGB) oder nicht mehr geltend machen können (z. B. infolge Nichterhebung einer Klage (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB) oder infolge Nichteinlegung eines Rechtsbehelfs), oder ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen ihn bleibt erhalten (z. B. durch Unterbleiben rechtzeitiger Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB) oder wird durchsetzbar (oder bleibt durchsetzbar, z. B. durch Nichterheben einer begründeten Verjährungseinrede).

C. Die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

I. Systematik

- 25 Die einzelnen Tatbestände der Anfechtung schließen sich regelmäßig nicht gegenseitig aus. Auch wenn die engen Voraussetzungen der §§ 130, 131 InsO nicht erfüllt sind, kann bspw. die Vorsatzanfechtung unter § 133 InsO greifen. Während die Deckungsanfechtung mit der Anknüpfung an den Dreimonatszeitraum zeitlich eng begrenzt ist, lässt sich mit der Vorsatzanfechtung des § 133 InsO auf **bis zu 10 Jahre** vor dem Antrag zurückgehen. Das ist deshalb gerechtfertigt, weil es hier um gläubigerbenachteiligende Vermögensverschiebungen geht, die vom Schuldner mit einem **Gläubigerbenachteiligungsvorsatz** vorgenommen wurden und bei denen dem Anfechtungsgegner dieser Benachteiligungsvorsatz bekannt war. Allerdings ist zunächst die Systematik des § 133 InsO zu beachten. In den praktisch relevanten Fällen einer Deckung einer Forderung greift § 133 Abs. 2 InsO. Danach kann eine solche Deckung nur angefochten werden, wenn sie in den letzten vier Jahren vor dem Antrag vorgenommen wurde. Die Abgrenzung zwischen der 10-Jahres-Frist des § 133 Abs. 1 InsO und der 4-Jahres-Frist des § 133 Abs. 2 InsO ist nicht vollständig geklärt, denn fast jede Zuwendung lässt sich als Deckung begreifen. Wer ein Grundstück verschenkt oder für einen symbolischen Betrag überträgt, deckt den zugrundeliegenden Anspruch auf einem etwaigen Schenkungsversprechen oder Kaufvertrag. Die Abgrenzung hängt davon ab, ob es sich um eine echte Vermögensverschiebung handelt. In diesem Fall greift § 133 Abs. 1 InsO. Bei eher gewöhnlichen Deckungsgeschäften, die nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, Vermögen außer Reichweite der Gläubiger zu setzen, wird in der Regel § 133 Abs. 2 InsO greifen.¹¹ In allen Fällen des § 133 Abs. 1–3 InsO ist Voraussetzung, dass der Schuldner mit dem Vorsatz gehandelt hat, seine Gläubiger zu benachteiligen. Zudem muss auch der andere Teil zur Zeit der Handlung (und nicht erst später) den Vorsatz des Schuldners gekannt haben.
- 26 Die praktisch relevante Frage ist natürlich, wie ein solcher Vorsatz und die Kenntnis des Vorsatzes nachgewiesen werden können. § 133 Abs. 1 S. 2 InsO enthält eine *gesetzliche Vermutung* für die Kenntnis des Anfechtungsgegners, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Hier genügt es also für die Feststellung der Kenntnis, darzulegen, dass eine drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vorlag und die Handlung benachteiligende Wirkung hat. Dann muss der andere Teil die Vermutung für die Kenntnis widerlegen. § 133 Abs. 1 S. 2 InsO gilt nach seinem Wortlaut *nicht für die Feststellung des Benachteiligungsvorsatzes*. Insofern hat jedoch die Rechtsprechung schon seit jeher

¹¹ Näher BGH NJW 2021, 1538 zum AnfG.

die Vorgaben des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO erst recht auf den Benachteiligungsvorsatz erstreckt.¹² Wer weiß, dass er sich im Zustand der drohenden Zahlungsunfähigkeit oder der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit befindet und nunmehr eine benachteiligende Handlung vornimmt, handelt regelmäßig mit Benachteiligungsvorsatz, da ihm dann bewusst ist, dass vorhandene andere Gläubiger leer ausgehen werden.¹³ Allerdings ist der BGH davon im Urteil vom 6. 5. 2021¹⁴ (lesen!) wieder für kongruente Deckungen abgerückt. Jetzt soll es für den Benachteiligungsvorsatz erforderlich sein, dass der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit kennt, aber zugleich auch die Vorstellung hat, er werde seine Gläubiger auch in Zukunft nicht befriedigen können, also die Zahlungsunfähigkeit nicht überwinden können.¹⁵ Das Urteil hat weitreichende Konsequenzen. Es reicht also nicht, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Zahlung weiß, dass er zahlungsunfähig ist, es kommt auch die Frage hinzu, ob er sich berechnete Hoffnungen machen durfte, die schwierige Lage zu überwinden, so dass dann letztlich doch alle Gläubiger befriedigt werden können (nach der Vorstellung des Schuldners im Zeitpunkt der Rechtshandlung).

Zudem hat die Rechtsprechung einige Beweisanzeichen und Indizien entwickelt, die für einen Benachteiligungsvorsatz und für die entsprechende Kenntnis des Anfechtungsgegners sprechen. Das können bspw. misslungene Vollstreckungsversuche, geplatzte Lastschriften und sonstige verdächtige Umstände sein wie etwa die Inkongruenz einer Deckung im Stadium zweifelhafter Liquidität.¹⁶ 27

II. Einschränkung bei kongruenter Deckung

Die Anfechtungsreform von 2017 hat für einen praktisch wichtigen Bereich, nämlich kongruente Deckungen, eine Einschränkung mit sich gebracht. Gemäß § 133 Abs. 3 S. 1 InsO gilt die gesetzliche Kenntnisvermutung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO erst bei **tatsächlich eingetretener Zahlungsunfähigkeit**. Der Anfechtungsgegner sieht sich also noch nicht mit der Bürde der Entlastung konfrontiert, wenn er von der drohenden Zahlungsunfähigkeit wusste, sondern erst dann, wenn ihm klar war und er Kenntnis davon hatte, dass der Schuldner tatsächlich zahlungsunfähig ist. Das kann praktisch einen erheblichen Unterschied machen, da dem Gläubiger möglicherweise gewisse Krisenanzeichen bekannt sind, nicht aber das gesamte Ausmaß der Liquiditätssituation des Schuldners. 28

Weiter eingeschränkt wird die Anfechtung auch durch die für kongruente Deckungen geltende Vermutung des § 133 Abs. 3 S. 2 InsO. Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder ihm eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Der Sinn dieser gesetzlichen Vermutung für die Nichtkenntnis der Zahlungsunfähigkeit bleibt allerdings dunkel. Der Gesetzgeber wollte hier Gläubiger schützen, die sich auf eine Ratenzahlungsvereinbarung mit dem Schuldner eingelassen hatten. In der Praxis war teilweise aus dieser Ratenzahlungsvereinbarung gerade darauf geschlossen worden, dass der Gläubiger von der Zahlungsunfähigkeit 29

¹² BGH NJW 2021, 2651 Rn. 9.

¹³ BGH ZIP 2020, 2135 Rn. 16; BGH NJW 2009, 1601 (1602) Rn. 10.

¹⁴ BGH NZI 2021, 720 (723) Rn. 32ff.

¹⁵ BGH NZI 2021, 720 (723) Rn. 36.

¹⁶ Vgl. BGH NJW 2014, 465 (467) Rn. 18f. (Vollstreckung); BGH NZI 2017, 620 Rn. 4 (Lastschriften); NZI 2014, 266 (268) Rn. 17 (Inkongruenz).