

Vortrag von Präsident des Landgerichts a.D.  
Prof. Dr. Michael Huber, Passau, für  
Institut für Insolvenzrecht e.V.  
in Hannover am Montag, 11. Juli 2022

**Vorsatzanfechtung nach InsO gemäß dem neuen  
Grundsatzurteil des BGH vom 6.5.2021 (IX ZR 72/20)  
in zwei Teilen mit einem Zwischenakkord:**

- 1. Teil. Die neuen Grundlagen gemäß BGHZ 230, 28 (Folien 1 bis 14).**
- Weiterhin gültiger Zwischenakkord: Zum Indizienbeweis (auch im Anfechtungsprozess (Folien 15 bis 25))**
- 2. Teil. Ausblick: Umsetzung der Neuausrichtung in der Praxis an einem fiktiven Model-Fall (ab Folien 26 ff.).**

## Gesamtübersicht zum 1. Teil (Folien 1 - 14):

**I. Prolog.** Kleiner Rückblick auf die Diskussion der Insolventrechtsreform 2017.

**II. Das Urteil vom 6.5.2021 - IX ZR 72/20 mit seinen sechs amtlichen Leitsätzen (LS) – eine wahrlich revolutionäre Entwicklung.**

**III. Erläuterungen (Kommentierungen) zu den LS**

**IV. Epilog**

- Ansatz im Schrifttum;
- praktische Konsequenz;
- der langen Rede kurzer Sinn!

**Schrifttumshinweise** (auf abgekürzt zitierte Literatur, die für das gesamte Seminar gelten!):

- Graf-Schlicker (Hrsg.), InsO, 6. Aufl. 2021 (dort von mir bearbeitet: §§ 129 – 147, aber ohne § 135);
- *Michael Huber*, AnfG, 12. Aufl. 2021.

(alle §§ ohne nähere Bezeichnung sind solche der InsO).

## I. Prolog.

Starten wollen wir mit einem kleinen **Rückblick** auf die Systematik der (schon am **5.4.2017** in Kraft getreten) Reform, wozu hier vorab zu bemerken ist, dass der Gesetzgeber den **Grundtatbestand des § 133 Abs. 1 InsO** bei der Reform 2017 völlig unberührt gelassen hat, weshalb dieser unverändert weiter gilt, denn betroffen von den Änderungen des Gesetzgebers sind „**nur**“

- § 133 Abs. 2 (Anfechtungsfrist),
- § 133 Abs. 3 (dort insbesondere Satz 2, nämlich die **begrifflich kongruenten Deckungen**) und
- § 133 Abs. 4 (der freilich vollständig dem früheren § 133 Abs. 3 entspricht).

Ganz präzise gesagt lag bzw. liegt der absolute Reformschwerpunkt bei der **Vorsatzanfechtung gem. § 133 InsO** (näher dazu Graf-Schlicker, § 133 Rn. 5 ff.) bzw. **gem. § 3 AnfG** (näher dazu Michael Huber, AnfG § 3 Rn. 3 ff.).

Denn beide Vorschriften lauten vollkommen identisch nach dem (historisch bedingten) **Prinzip des Gleichklangs bei der Vorsatzanfechtung** (näher dazu Huber, FS Pannen, 2017, 381).

Zuvor aber dazu noch eine doch **dringliche Präzisierung**:

- Begonnen hat die neueste Entwicklung im Anfechtungsrecht beim BGH nämlich erstaunlicherweise in der **Gläubigeranfechtung** außerhalb des Insolvenzverfahrens, also in der nach dem Anfechtungsgesetz (**AnfG**).
- Da diese aber **nicht** Gegenstand des heutigen Seminars ist, muss insoweit der **Verweis** auf das zeitlich vorangegangene **Urteil des IX. ZS v. 25.3.2021 (IX ZR 70/20)** genügen, das die klassische Problematik der Anfechtbarkeit bei Lebensversicherungen nach § 4 AnfG betrifft;
- *Übersicht dazu bei: Huber, AnfG (§ 4 Rn.36 ff.) und speziell zum soeben zitierten Urteil (IX ZR 70/20) → ZInsO 2021,2649, 2650.*

***Doch „der Worte sind genug gewechselt, ....“ also hinein in das Seminarthema und → .... :***

→ ... zurück **zum neuen Urteil nach InsO v. 6.5.2020 (IX ZR 72/20), BGHZ 230, 28 = NJW 2021, 2651 = ZInsO 2021, 1627.**

Diesem Urteil hat der Senat selbst plakativ den Titel „**Änderung der Rechtsprechung**“ gegeben und ihm **sechs amtliche Leitsätze** (zu InsO §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 2 und §133 Abs. 1) beigefügt, nämlich:

- LS 1.** Die Annahme der **subjektiven** Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung kann **nicht allein darauf** gestützt werden, dass der Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung erkanntermaßen zahlungsunfähig ist.
- LS 2.** Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners setzt im Falle der erkannten Zahlungsunfähigkeit **zusätzlich** voraus, dass der Schuldner im maßgeblichen Zeitpunkt wusste oder jedenfalls billigend in Kauf nahm, seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht vollständig befriedigen zu können; dies richtet sich nach den ihm bekannten objektiven Umständen.

- LS 3.** Für den **Vollbeweis** der Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners muss der Anfechtungsgegner im Falle der erkannten Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im maßgeblichen Zeitpunkt **zusätzlich** wissen, dass der Schuldner seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht wird befriedigen können; dies richtet sich nach den ihm bekannten objektiven Umständen.
- LS 4.** Auf eine im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung nur **drohende Zahlungsunfähigkeit** kann der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners *in der Regel nicht* gestützt werden.
- LS 5.** Eine besonders aussagekräftige Grundlage für die Feststellung der Zahlungseinstellung ist die Erklärung des Schuldners, aus Mangel an liquiden Mitteln nicht zahlen zu können; fehlt es an einer solchen Erklärung, müssen die für eine Zahlungseinstellung sprechenden sonstigen Umstände ein entsprechendes Gewicht erreichen.
- LS 6.** Stärke und Dauer der Vermutung für die Fortdauer der festgestellten Zahlungseinstellung hängen davon ab, in welchem Ausmaß die Zahlungsunfähigkeit zutage getreten ist; dies gilt insbesondere für den Erkenntnishorizont des Anfechtungsgegners.

Allerdings dürften diese Leitsätze, die entgegen ihrer klassischen Definition (*LS = kurze Zusammenfassung*) *ohnehin* breit ausgefallen sind, wegen ihrer Komplexität gleichwohl **nicht** alleine aus sich heraus verständlich sein; um sie besser erfassen und in der Praxis umsetzen zu können, sind deshalb hier folgende Erläuterungen nach Art von Kommentierungen angefügt:

### III. Erläuterungen (= Kommentierungen zu den Leitsätzen).

- Bei **LS 1** knüpft der Senat daran an, dass der Schuldner **zahlungsunfähig** ist. Der gesetzliche Begriff der Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1) wird gem. § 17 Abs. 2 S.2 dadurch nach außen sichtbar gemacht, dass „der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.“
- Bei **LS 2** muss man folglich **erkannte Zahlungsunfähigkeit** als „**erkannte Zahlungseinstellung**“ lesen. Bemerkenswert ist, was im **subjektiven Bereich** begrifflich für Vorsatz und bedingten Vorsatz definiert wird, wobei der BGH zur Sache selbst trefflich darauf hinweist, dass das Berufungsgericht die Feststellungen zum subjektiven Tatbestand (des § 133 Abs.1) **nicht** gemäß der nach **§ 286 ZPO** erforderlichen Gesamtwürdigung vorgenommen hat, obgleich auf die „**ihm**“ (dem Schuldner) bekannten objektiven Umstände abzustellen sei.

- Bei **LS 3** wird dann das im allgemeinen Beweisrecht der **ZPO** an sich bekannte Merkmal „**Vollbeweis**“ anfechtungsrechtlich näher präzisiert: Insoweit dürfe nämlich nur auf die ihm bekannten objektiven Umstände abgestellt werden; gemeint mit „**ihm**“ jetzt aber **der Anfechtungsgegner!**
- Bei **LS 4** stellt der Senat lediglich zur Grundregel des neuen (gesetzlichen) Anfechtungsrechts 2017 klar, dass bei (nur) „**drohender Zahlungsunfähigkeit**“ der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners (in der Regel) darauf **nicht** gestützt werden kann.
- Bei **LS 5** ist mit „besonders aussagekräftiger Grundlage“ das besonders aussagekräftige **Indiz** in der Erklärung des Schuldners gemeint, „aus Mangel an liquiden Mitteln, nicht zahlen zu können. Da ein solches ausdrückliches Eingeständnis in der Praxis freilich **eher selten** vorkommt, hat der **Zusatz** elementare Bedeutung, wonach ein vergleichbares Indiz ein „**entsprechendes Gewicht erreichen**“ muss.
- Bei **LS 6** legt der Senat dar, wovon die „**Stärke der Vermutung**“ für die Fortdauer der festgestellten Zahlungseinstellung“ abhängt, und zwar insbesondere für den Erkenntnishorizont des Anfechtungsgegners; insoweit geht es also nach dem Sprachgebrauch der **ZPO** um das → **Beweismaß**.

## 2. Zwischenergebnis:

Beides (Leitsätze **und** kurze Erläuterungen) belegen, was schon einleitend (Folie 2) als **revolutionäre Entwicklung** gekennzeichnet wurde.

- Diese Vorhersage deckt sich (allerdings nur zum Teil) mit der Bewertung des Urteils (v. 6.5.2021 – IX ZR 72/20 im Schrifttum), nämlich zum Beispiel in EWiR 2021, 467, 468 von **Raimund Bork**, der geschrieben hat:
- *„Die Entscheidung stellt einen weiteren Schritt auf dem Weg zur Beschneidung der Insolvenzanfechtung dar. Sie macht dem Insolvenzverwalter das Anfechtungsleben und den Gläubigern die Prognose schwerer, ob die erhaltenen Leistungen anfechtungsfest sind. Sie führt zu mehr Rechtssicherheit im Anfechtungsrecht, das in den Tatsacheninstanzen kaum mehr zu handhaben ist. Der Dschungel des § 133 InsO wird immer undurchdringlicher.“*
- Der erste Teil dieser eben zitierte Aussage ist richtig, *wonach* die neue BGH-Entscheidung den Insolvenzverwaltern das Anfechtungsleben schwerer machen wird, **nicht** überzeugt mich freilich deren zweiter Teil, dass auch für die Gläubiger die Prognose schwerer wird, ob die erhaltenen Leistungen insolvenzfest sind.
- Denn zu Letzterem trifft **meiner Meinung nach** eher das Gegenteil zu, wie gleich im **IV. Epilog** dargelegt!

## IV. Epilog. Eigene Beurteilung zum neuen Grundsatzurteil:

- Der IX. Zivilsenat hat mit dem neuen Grundsatzurteil der Sache nach einen **Seitenwechsel** vollzogen bzw. ist (anders ausgedrückt) der Sache nach „**übergelaufen**“ in das Lager der früheren Gegner seiner damaligen (früheren) Rechtsprechung.
- Diese Gegner hatten nämlich damals in der der Reformdiskussion die „**Ausdehnung des Tatbestandes durch Ausweitung der Vorsatzanfechtung unter Verletzung des Abstandsgebots zur kongruenten Deckungsanfechtung nach § 130**“ heftig bekämpft, wie an anderer Stelle zum Vorfeld der Reform 2017 ausführlich beschrieben, (*Huber ZIP 2018, 519*).
- Außerdem muss man in Zusammenhang mit dem zitierten Schlagwort (Abstandsgebot) auch auf **LS 2** Rücksicht nehmen, wonach der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz im Falle der erkannten Zahlungsunfähigkeit „**zusätzlich**“ voraussetzt, dass der Schuldner im maßgeblichen Zeitpunkt mindestens billigend in Kauf nimmt, „seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht vollständig befriedigen zu können“.

Schließlich hat man auch noch **LS 4** zu berücksichtigen, wonach bei einer im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung *nur drohenden Zahlungsunfähigkeit* der Gläubigerbenachteiligungsvorsatzvorsatz des Schuldners gem. § 133 Abs. 1 *in der Regel* darauf (auf bedingten Vorsatz) *nicht* gestützt werden kann; doch was meint „*in der Regel nicht*“?

Die Antwort lautet:

- Gemeint ist damit die **Ausnahme** von der Grundregel (der 10 – jährigen Anfechtungsfrist des § 133 Abs.1 S.1). Das sind die vom Gesetzgeber der Anfechtungsreform 2017 selbst so bezeichneten „*klassischen oder paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung*“,
- also hauptsächlich **Bankrotthandlungen, Vermögensverschiebungen, anrühige sowie einseitig zu Lasten anderer Gläubiger wirkenden Vertragsgestaltungen und nachteilige Änderungen für den Insolvenzfall**, wie von mir näher schon in ZInsO 2021, 2649, 2652 dargelegt.
- Und Achtung: Kennen Sie **wirklich** diese **Begrifflichkeiten im RegE?!?**
- Jedenfalls Sie sollten diese (fett gesetzten Begriffe) gut merken!

## Der Langen Rede kurzer Sinn:

- Es versteht sich von selbst, dass die Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung **ab sofort** in jedem Prozess **zwingend** umzusetzen ist, der in den **Tatsacheninstanzen** *entweder vom klagenden Insolvenzverwalter ex pressis verbis auf Vorsatzanfechtung gestützt ist oder darauf vom Tatgericht gemäß dem Prinzip iura novit curia* gestützt werden muss, mithin also in jedem Anfechtungsprozess,
- weil damit für alle Beteiligten (Verwaltung, Gläubiger und **Tatgerichte**) die beschriebenen **erhöhten Anforderungen** an die Darlegungs- und Beweisführungslast gelten, wobei es (nach der hier vertretenen Auffassung) **nicht** schwerer vorherzusehen ist, ob die erhaltenen Leistungen insolvenzfest sein werden, **sofern** nur alle Grundsätze **lückenlos** eingehalten werden, was *begriffliche Kongruenz* der Deckung im Sinn des **§ 133 Abs. 2 S. 2** mit seiner inzwischen (schon **berühmten** „**Negativvermutung**“ ) voraussetzt,
- während bei *begrifflicher Inkongruenz* der Deckung das neue Urteil am Beweisanzeichen der **Inkongruenz** grundsätzlich **nichts** ändert (ebenso und richtig *Rickert/Klupsch ZInsO 2021, 2244, 2245*).

Mit diesem ( → in Folien 10 ff. dargelegten) **Seitenwechsel** ist die Debatte (um die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung unter Verletzung des Abstandsgebots zur kongruenten Deckungsanfechtung gem. § 130) hoffentlich (!) nun **endgültig** erledigt, nachdem die erhöhten subjektiven Anforderungen ja dem besprochenen Urteil des Insolvenzsenats des BGH (**IX. ZR 72/20**) immanent, also höchstrichterlich übernommen sind.

- Durch diese Änderung der Rechtsprechung ist nun (aus meiner Sicht) zugleich **dogmatisch und tatsächlich** alles wieder in das richtige Lot gebracht,
- was den IX. ZS des BGH zunächst **im Juni 2017** veranlasst hatte, bei der Vorsatzanfechtung gem. § 133 Abs.1 (in Abgrenzung zum Gesetzgeber 2017) neue Wege zu beschreiten, die damals von mir in ZIP 2018, 519, 521 ff. näher beschrieben worden waren, was jetzt folglich nur noch **rechtshistorische** Bedeutung hat.

Vom hohen IX. Zivilsenat ist damit ein **geflügeltes Wort** eindrucksvoll selbst umgesetzt worden, wonach „*drei berichtigende Worte ganze Bibliotheken Makulatur*“ werden lassen, wobei man sich jetzt nur noch in das Gedächtnis rufen muss, dass das Originalzitat natürlich auf den damaligen, historischen Gesetzgeber gemünzt war und zurück geht auf die Rede des Herrmann v. Kirchmann „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft“ vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin im Jahre **1847**, wo es heißt:

- **“Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und Bibliotheken werden Makulatur.“**

Zwar brauchte jetzt der IX. Zivilsenat des BGH (wie gezeigt) mehr als „drei Worte“ zur „Berichtigung“ bzw. zur grundlegenden Änderung seiner höchstrichterlichen Rechtsprechung, die jetzt ab sofort von allen Beteiligten in Verwaltung, Gläubigerkanzleien und Tatgerichten in einem wahren Kraftakt umzusetzen sind.

- Zunächst folgt aber ein **Zwischenakkord** zum Indizienbeweis (auch) im Anfechtungsprozess (→ Folien 15 bis 26) und erst dann nach einer Pause von ca. 15 Minuten der → **2. Teil des Vortrags.**

## **Weiterhin gültiger Zwischenakkord: Zum Indizienbeweis (auch) im Anfechtungsprozess Folien 15 - 26)**

- **Weiterhin gültig**, weil von dem neuen (im 1. Teil besprochenen Grundsatzurteil) nicht berührt sind natürlich die schon immer geltenden Grundsätze zum **Indizienbeweis (auch) im Anfechtungsprozess**, womit sich ausführlich schon das frühere Seminar am **10.Mai 2012** beschäftigt hatte (Titel war damals „Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und Kenntnis des Anfechtungsgegners davon).
- Das alles wird nun als **Zwischenakkord zum Indizienbeweis (auch) im Anfechtungsprozess** wiederholt, nachdem sich an den Grundsätzen dazu nichts geändert hat,
- also → „repetitio est mater studiorum“:

## Prolog zur Theorie: Vom unmittelbaren und vom mittelbaren Beweis

Grundlegend: BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, BGHZ 53, 245 = NJW 1970, 946

„Anastasia“

Schrifttumshinweis: Huber, Was ist „Wahrheit“ – forensisch betrachtet und was der Weg zum Ziel, in FS für Klaus-Peter Schroeder, 1917, 419.

*Achtung Serviceangebot in eigener Sache: Da Sie bitte den zitierten FS – Beitrag unbedingt nachlesen sollten, dieser aber normalerweise nicht zugänglich ist, kann ich allen interessierten Teilnehmern eine (mir vom Verlag zur Verfügung gestellte PDF - Datei übermitteln lassen; wer das wünscht (bitte → melden): Die Lektüre lohnt, versprochen!*

Gegenstand des *unmittelbaren* Beweises ist das streitige Tatbestandsmerkmal selbst, hier also das objektive Merkmal der Zahlungsunfähigkeit und das subjektive der Kenntnis davon. Doch wann sollte das in Betracht kommen?

Der *mittelbare* Beweis bezieht sich demgegenüber auf andere tatbestandsfremde Tatsachen, die eben deshalb Indizien oder Hilfstatsachen oder Beweisanzeichen genannt werden; sie erlauben – selten für sich alleine betrachtet, meist erst durch ihr Zusammenwirken mit anderen – den Schluss auf das gesuchte gesetzliche Tatbestandsmerkmal.

Und genau so spielt das Leben. Doch wie funktioniert das?

## **I. Denkmodell jeder Indizienbeweisführung - in welchem Verfahrensrecht auch immer: *Grundlektüre:***

Bender/Häcker/ Schwarz, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 5. Aufl. 2021, Rn. 621 ff.

Stufe 1: Was ist die gesuchte Haupttatsache?

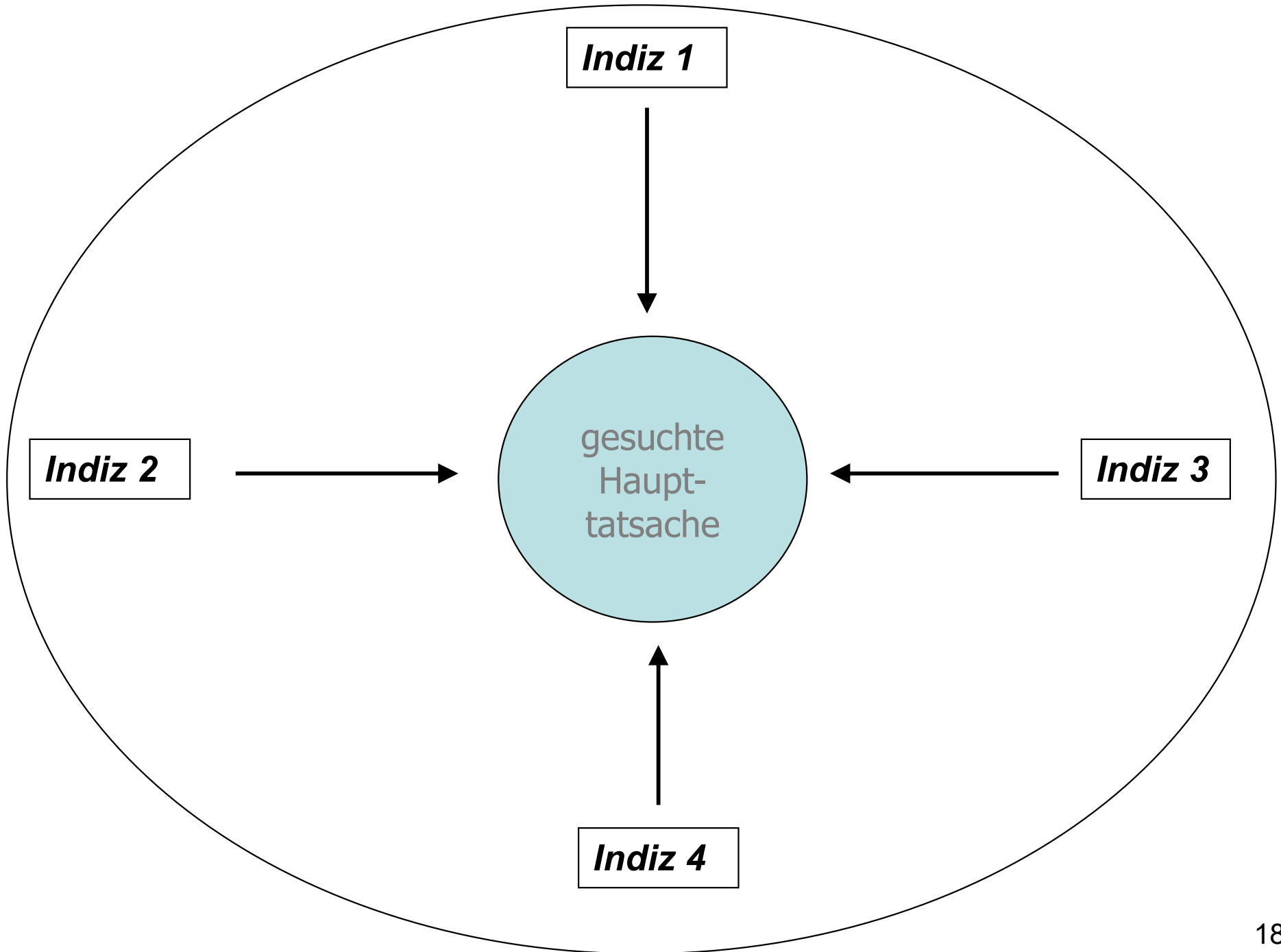
Stufe 2: Welches Indiz liegt hierzu vor?

Stufe 3: Welche Beweisrichtung hat dieses Indiz und wird dadurch die Wahrscheinlichkeit für die Existenz der Haupttatsache erhöht oder ist es (bloß) wertneutral?

Stufe 4: Wie ist dessen Beweiskraft (Beweisstärke) zu beurteilen?

Stufe 5: Liegen mehrere Indizien für eine Hauptsache vor, muss nach der Bestimmung des Beweiswerts für jedes einzelne Indiz nach dem Gesamtbeweiswert aller gefragt werden. Die Grundregel dazu lautet: Deutet jedes Indiz auf die gesuchte Haupttatsache hin (sog. Beweisring) erhöht sich der Gesamtbeweiswert aller Indizien

**Wer sehen will, der sieht ihn – den Beweisring:**



## II. Von der Theorie in die Praxis – Indizienbeweis auch im Anfechtungsprozess

*Schrifttumshinweis: Huber* Indiztatsachen und ihre Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, ZInsO 2012, 53

### 1. Ansatz

- Die meisten unter Ihnen werden jetzt vermutlich an den Beweis zu den subjektiven Merkmalen der Insolvenzanfechtung denken (dazu *Gehrlein* FS Ganter, 2010, S. 169 ff.), die man auch „innere Tatsachen“ nennt. Und wo spielt dort die anfechtungsrechtliche Musik?
- Natürlich → beim Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und der Kenntnis des anderen Teils von der Zahlungsunfähigkeit.

Aber selbstverständlich gibt es einen Indizienbeweis auch beim objektiven Tatbestand. Und die Pointe ist gerade die Wechselwirkung, nämlich das Zusammenspiel zwischen Indizien für objektive und subjektive Merkmale; dann spricht man von **doppelrelevanten Indiztatsachen** - wie sich gleich zeigen wird.

## 2. Feststellung des objektiven Tatbestandsmerkmals der Zahlungseinstellung des *Insolvenzschuldners* mit Hilfe von Indiztatsachen bei der Kongruenzanfechtung

**BGH, Urt. v. 30.6.2011 - IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410** (Urteil = nach wie vor gültig!)

Dazu zählt der Senat auf und bewertet wie folgt:

- Beträchtliche Zahlungsrückstände = „regelmäßig ein Indiz“;
- jahrelanges Nichtbegleichen von Sozialversicherungsbeiträgen = „erhebliches Beweisanzeichen“;
- Nicht- sowie schleppende Zahlung von Steuerforderungen = „zusätzliches Indiz“;
- vor sich Herschieben eines Forderungsrückstands = ??? (widerlegt die Annahme des Berufungsgerichts zu einer „geringfügigen Liquiditätslücke“):
- verschiedene Vollstreckungsverfahren = „legen Schlussfolgerung der ... nahe“;
- Nichteinlösung eines Schecks mangels Deckung = „manifestiert Indiz“;
- Nichteinhaltung einer Ratenzahlungsvereinbarung mit dem Finanzamt = „gestattet Schluss auf ...“.

Wahrhaft ein grandioses Urteil, das in „Handbuch eines geübten Insolvenzverwalters“ auf vorderster Seite einsortiert gehört!

Und erst bei den Tatrichtern! **Gleichwohl** wären zur Beweisstärke der einzelnen Indizien (= Stufe (4) des vorstehenden Schemas) präzisere Aussagen wünschenswert gewesen, wie gleich zu sehen.

Übrigens: Darüber hinaus gibt es natürlich eine Vielzahl weiterer, möglicherweise einschlägiger Indizien für das **objektive** Merkmal „Zahlungseinstellung“ (vgl. die Auflistung bei *Gottwald/Huber*, Insolvenzrechtshandbuch, 6. Aufl. 2020, § 47 Rn. 12).

### 3. Indizienbeweis zur Kenntnis des *Anfechtungsgegners* von der Zahlungseinstellung des Schuldners (§ 130 Abs. 1 InsO)

#### a) Rückblick auf die Vorderseite der Medaille

- Gesuchte Haupttatsache war dort das **objektive** Merkmal „Zahlungseinstellung“. Alle dazu verwendeten Indizien sind aber nicht etwa verbraucht, sondern grundsätzlich (weiter) von Bedeutung auch für die andere Seite der Medaille.
- Gesuchte Haupttatsache ist jetzt dort „nur“ das **subjektive** Merkmal „Kenntnis von der Zahlungseinstellung“.
- Folge: Es handelt sich um sog. **doppelrelevante Indiztatsachen**. Die Pointe ist: Man muss nur logisch weiterprüfen!

#### b) Zwischenschritte

- Welche dieser – für das objektive Merkmal der Zahlungseinstellung sprechenden – Indizien waren dem Anfechtungsgegner positiv bekannt?
- Herrscht Streit zur Kenntnis des Anfechtungsgegners von einem bestimmten Indiz, ist darüber Beweis zu erheben. Scheitert dieser oder kommt es zum non liquet, bleibt das Indiz unberücksichtigt. Denn die Beweislast trägt nach allgemeinen Regeln der Insolvenzverwalter.

#### c) Fortsetzung nach „Bereinigung“

- Die so dem Anfechtungsgegner als positiv bekannt festgestellten Indiztatsachen werden nun nach dem Schema Folie 5 weiter abgearbeitet, also nach
- (3) Beweisrichtung; (4) Beweisstärke; (5) Gesamtbeweiswert;
- soweit so gut. Aber wie misst man Stärke/Wert? .....

## **nolens volens eher „grob“ als „fein“. Aber eine Grobbestimmung ist besser als überhaupt keine Bestimmung!**

- Exakte Wahrscheinlichkeitswerte (%-Angaben) wie in der Naturwissenschaft sind uns im hier einschlägigen Bereich noch (!) nicht möglich;
- auf eine Wahrscheinlichkeitsaussage darf und braucht man aber deshalb nicht zu verzichten;
- auch sonst arbeiten wir doch mit relativ groben Werten wie **„wahrscheinlich, überwiegend wahrscheinlich, hoch wahrscheinlich und sehr wahrscheinlich“** (als Vorstufen zur **„mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit“**);
- schließlich haben sich die Menschen auch vor Erfindung des Thermometers nicht davon abhalten lassen, die Wärmegrade mit den **objektiven Werten „kalt, lauwarm, warm und heiß“** zu bestimmen.

Wenn das keine schlagende Beweisführung ist!?

### **Daraus folgt:**

Nur eine (wenigstens so) konkretisierte Bestimmung der Beweisstärke verleiht dem Schluss auf die gesuchte Haupttatsache die erforderliche Überzeugungskraft, die das Anastasia – Urteil als „Hauptstück des Indizienbeweises“ bezeichnet.

**d) Verba docent, exempla trahunt –  
Kenntnis von der Zahlungseinstellung bei der Kongruenzanfechtung,  
(dazu vgl. ausführlich *Huber FS Ganter 2011, S. 203*):**

- Welche Indizien sprechen für das **objektive** Merkmal „Zahlungseinstellung“ zum anfechtungsrelevanten Zeitpunkt? *Beispiele*: Aufkündigung von Geschäftsbeziehungen durch Großkunden; häufiger Wechsel der Lieferanten; Zurückholung von Vorbehaltsware; Nichtzahlung oder nur schleppende Zahlung von Mieten, Energie- bzw. Rohstofflieferungen, Steuern, Sozialversicherungsbeiträgen, Löhnen; Ausbleiben fälliger Teilzahlungen bei einer vom Schuldner selbst vorgeschlagenen Ratenzahlungsvereinbarung; Häufung von Vollstreckungsbescheiden, Versäumnisurteilen, Zwangsvollstreckungsmaßnahmen von Gläubigern.
- Welche dieser Indizien waren dem Anfechtungsgegner **positiv bekannt**?
- Wie ist die **Beweisrichtung** der einzelnen Indiztatsachen? Erhöht sie die Wahrscheinlichkeit der Existenz der Haupttatsache (Zahlungseinstellung)? Wie ist die **Beweisstärke**? Beispiel zur Bestimmung siehe nächste Folie.
- Herrscht Streit zur Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Indiz, ist darüber Beweis zu erheben. Scheitert dieser oder kommt es zum non liquet, bleibt das Indiz unberücksichtigt. Denn die **Beweislast** trägt nach allgemeinen Regeln der Insolvenzverwalter.
- Wie ist der **Gesamtbeweiswert** aller Indizien? Dafür gilt als Regel, dass mehrere Indizien, die für sich alleine einen Nachweis nicht erlauben, in ihrer Gesamtheit doch den Beweis der gesuchten Haupttatsache erbringen können.

**Beispiel:** Gläubiger G hat ein ungesichertes Gelddarlehen hingegeben und Rückzahlung zu einem Zeitpunkt erlangt, zu dem der Schuldner schon objektiv zahlungsunfähig war.

**Frage:** Wie wahrscheinlich ist seine Kenntnis von diesem Tatbestandsmerkmal, wenn er dabei wusste, dass der Schuldner

- erst nach mehrfacher Stundung und Nichteinhalten von Raten geleistet hat = bloß wahrscheinlich, denn Schuldner pflegen typischerweise die Geduld ihrer Gläubiger so weit wie möglich auszureizen („così fan tutte“),
- die Details der dann nicht realisierbaren Ratenzahlungsvereinbarung selbst vorgeschlagen hatte = da die Einstellung der Raten das Scheitern der Strategie des „sich über Wasser Haltens“ nach außen wahrscheinlicher macht als deren Erfolg: wenigstens überwiegend wahrscheinlich bis stark wahrscheinlich, je nachdem, wie groß/klein die Zeitspanne zwischen Ausbleiben der Zahlung und Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung ist,
- aus seinem Geschäft nicht (z.B nicht saisonbedingt) erklärbare Abverkäufe getätigt hat = hoch wahrscheinlich, denn Vermögenswerte zu verschleudern, signalisiert den Beginn vom Ende,
- gezwungen war, die Rückholung von Vorbehaltsware durch Lieferanten hinzunehmen = sehr wahrscheinlich, weil jetzt ist offen erkennbar der Überlebenskampf verloren.

Die Antworten lesen sie bitte ausführlich in zitierten FS-Beitrag auf Seite 425.

### III. Praktische Konsequenzen für den Anfechtungsprozess

- Nur eine am beschriebenen Denkmodell zur Indizienbeweisführung ausgerichtete **Klagebegründung** bietet hinreichende Gewähr für einen Prozesssieg.
- Mit einem kunstgerechten Angriff ist die Arbeit für den Insolvenzverwalter allerdings noch nicht getan; er muss vielmehr auch später in jeder Lage des Prozesses kontrollieren, ob das Gericht „auf dem richtigen Weg des Indizienbeweises“ ist.
- Sicher zu stellen ist das **bei** Beweisaufnahme durch entsprechende Anträge/Fragestellungen und **im Anschluss daran** im – bei den Tatgerichten freilich meist vernachlässigten, aber im Gesetz vorgeschriebenen – Rechtsgespräch nach **§ 279 Abs. 3 ZPO**.
- Bei alledem geht es stets um eine Sachdiskussion dazu, wie ein konkretes Indiz einzustufen ist (also beispielsweise nicht als bloß wahrscheinlich oder überwiegend wahrscheinlich, sondern als hoch wahrscheinlich) und dass jedenfalls bei Gesamtbetrachtung aller Indizien der Schluss auf die Haupttatsache zu ziehen ist.
- Gegebenfalls muss – wenn ein Rechtsgespräch unterbleibt oder unbefriedigend verläuft – eine Frist für eine Stellungnahme zur Beweiswürdigung beantragt und dann ein entsprechend verfasster Schriftsatz rechtzeitig eingereicht werden.
- Im Ergebnis nichts anderes gilt für die Begründung des **tatrichterlichen Urteils**. Zwar entscheidet das Gericht gemäß § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO nach freier Überzeugung, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei. Gemäß S. 2 der Vorschrift sind im Urteil aber die Gründe anzugeben, die für die richterliche Überzeugung leitend gewesen sind.
- Letzteres wird nur gelingen, wenn selbstverständlich auch der Tatrichter die Denkgesetze beim Indizienbeweis samt den Regeln zur Bestimmung der Beweiskraft von Indiztatsachen nicht nur beherrscht, sondern sie auch lege artis in seiner Entscheidungsbegründung umzusetzen vermag.

## 2. Teil. Exemplum docet: Modell - Fall für die Umsetzung der Neuausrichtung in der Praxis.

### **Anschluss.**

Nach dem **Zwischenakkord** zum Indizienbeweis (auch) im Anfechtungsprozess (→ Folien 15 bis 25) folgt nun als Abschluss des Seminars ein **fiktiver** Modell-Fall, in dem die **aktuelle** gerade **im 1. Teil beschriebene Rechtslage** für die Praxis eingearbeitet ist; wobei – eben wegen des Modellcharakters konkrete Daten nicht interessieren.

### **Modell-Fall:**

Y hat als Großhändler seinen Geschäftspartner **S** mit Getränken beliefert; nachdem 20.000 Euro Rückstände aufgelaufen sind, wird das Geschäftsmodell auf Barzahlung Zug um Zug gegen Lieferung der Ware umgestellt und außerdem eine Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen, wonach monatlich monatlich tausend Euro auf die Rückstände zu zahlen sind, was **S** pünktlich und vollständig erledigt. 4 Monate später wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des S eröffnet.

**Jetzt fragt Y, ob unter Berücksichtigung des neuen Grundsatzurteils vom 6. 5. 2021 (BGHZ 230, 28) eine Insolvenzanfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO droht?**

## Die Antwort findet, wer folgende (freilich sehr komplizierte) Schritte der Reihe nach geht:

- Trotz der gezielten Fragestellung darf man sich nicht vorschnell auf Fährte des § 133 locken lassen, weil ein Bargeschäft im Sinn des § 142 vorliegt; denn es handelt sich ersichtlich um einen gleichwertiger Leitungsaustausch (Ware gegen Geld).
- Also ist der Blick zunächst einmal auf § 142 Abs. 1 zu richten, wonach eine Anfechtbarkeit nur beseht, „wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind **und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelt.**“
- **Neben** einem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist also auch **unlauteres** Handeln des Schuldners erforderlich, eine Kombination, die im Schrifttum (auch von mir) aus grundsätzlichen Erwägungen heraus abgelehnt wird (vgl. § 142 Rn.5), was hier durchaus zu vertiefen ist, obgleich das natürlich an der Systematik des Gesetzes an sich nichts ändert.
- Allerdings ist die Frage schon, wie diese Divergenz im praktischen Fall aufzulösen ist, wie sich gleich zeigen wird.

## Folgen der Einfügung des Merkmals „unlauter“ in § 142 Absatz 1

- Als Erstes muss man erkennen, dass dadurch das Regel–Ausnahme–Verhältnis in Bezug auf §§ 133, 142 umgekehrt wird, also ein Bargeschäft künftig eine **Rarität** sein wird, was aus **Verwaltersicht** um die es hier geht, besonderer Darlegung bedarf;
- denn ein unlauteres Verhalten des Schuldners setzt mehr voraus als die Vornahme der Rechtshandlung in dem Bewusstsein, nicht mehr alle Gläubiger befriedigen zu können. Vielmehr müssen **weitere wichtige Umstände** hinzutreten.
- Um beantworten zu können, was damit gemeint ist, muss man die Ausnahme von der 10-jährigen Anfechtungsfrist des § 133 Abs.1 in den Muster-Fall implementieren, nachdem es ja um ein **Deckungsgeschäft** geht, also sich die Anfechtungsfrist nach **§ 133 Abs. 2** richtet,
- Folglich ist zu prüfen, ob einer der in Leitsatz 4 des neuen Grundsatzurteils (BGHZ 230, 28) beschriebenen Fälle auf den Muster-Fall zutrifft.
- Das waren (bitte erinnern Sie sich) die *klassischen oder paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung*, also hauptsächlich Bankrotthandlungen, Vermögensverschiebungen, anrühige sowie einseitig zu Lasten anderer Gläubiger wirkenden Vertragsgestaltungen.
- **Nichts** davon ist hier verwirklicht.

- Allerdings herrscht inzwischen bereits großer Streit darüber, ob ein Schuldner, der sein Unternehmen im Wege des bargeschäftähnlichen Leistungsaustausches fortführt, damit aber zugleich weitere Verluste anhäuft, unlauter handelt (so z.B. *Pape ZInsO*, 2018, 1242, 1246; dagegen z. B. *Ganter NZI* 2018, 585, 587).
- *Ich glaube, Ganter hat Recht, und Sie???*
- *Welch eine Problemstelle!!!*

*Nun geht es bei § 133 Abs.3 S. 2 weiter.*

- Diese Vorschrift einhält bekanntlich eine **widerlegliche Vermutung** (§ 133 Rn. 69).
- Also muss der Insolvenzverwalter darlegen und gegebenenfalls beweisen, dass dem Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der Handlung (hier also der Ratenvereinbarung bzw. der Ratenzahlungen) doch bekannt war; eine sehr schwere Hürde.

Wie also lautet das Gesamtergebnis?  
Was ist das Ergebnis der Diskussion im Publikum?

Vielen Dank für die freundliche Aufmerksamkeit