

## Gesetzentwurf der Bundesregierung

### Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

#### A. Problem und Ziel

Der Entwurf verfolgt das Ziel, den Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen. Zudem sollen die unter dem geltenden Recht gewährten Möglichkeiten der Insolvenzanfechtung punktuell neu justiert und das Gläubigerantragsrecht gestärkt werden, um übermäßige Belastungen des Geschäftsverkehrs und von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu vermeiden.

In den vergangenen Jahren ist zunehmend beklagt worden, dass das geltende Insolvenzanfechtungsrecht, namentlich die Praxis der Vorsatzanfechtung nach § 133 Absatz 1 der Insolvenzordnung, den Wirtschaftsverkehr mit unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken belaste. Der Geschäftsverkehr sieht sich insbesondere vor die Frage gestellt, ob und unter welchen Umständen Zahlungserleichterungen das Risiko einer späteren Vorsatzanfechtung der erhaltenen Zahlungen begründen.

Von Rechtsunsicherheiten sind auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betroffen. Für sie besteht vor allem Ungewissheit, unter welchen Voraussetzungen verspätet gezahltes Arbeitsentgelt unter das grundsätzlich anfechtungsausschließende Bargeschäftsprivileg fällt.

Darüber hinaus erscheinen die unter dem geltenden Recht eröffneten Möglichkeiten der Insolvenzanfechtung nicht immer interessengerecht. Das betrifft zum einen die Anfechtung von Sicherungen und Befriedigungen, die ein Gläubiger in den letzten drei Monaten vor der Stellung des Insolvenzantrags durch Zwangsvollstreckung erwirkt hat. Wenig interessengerecht ist zum anderen die geltende Regelung zur Verzinsung des Anfechtungsanspruchs, weil sie Anreize zu dessen verzögerter Geltendmachung schafft und den Rechtsverkehr übermäßig belastet.

#### B. Lösung

Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen sollen gewährleisten, dass das Insolvenzanfechtungsrecht in seiner praktischen Handhabung einen angemessenen Ausgleich zwischen den Insolvenzgläubigern und denjenigen schafft, gegen die sich insolvenzanfechtungsrechtliche Ansprüche richten. Der Entwurf trägt dabei

der Bedeutung und Tragweite des Insolvenzanfechtungsrechts für die Funktionsfähigkeit des Insolvenzrechts Rechnung. Er beschränkt sich auf eine punktuelle Neujustierung und lässt die Regelungssystematik des geltenden Rechts unberührt.

Die Praxis der Vorsatzanfechtung soll für den Geschäftsverkehr kalkulier- und planbarer werden. Gläubiger, die ihren Schuldnern Zahlungserleichterungen gewähren, sollen künftig gewiss sein können, dass dies für sich genommen eine Vorsatzanfechtung nicht begründen kann.

Auch sollen die Rechtsunsicherheiten beseitigt werden, die in Bezug auf die Anfechtbarkeit von Arbeitsentgeltzahlungen bestehen. Zu diesem Zweck soll gesetzlich klargestellt werden, dass in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Bargeschäft gegeben ist, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Auszahlung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.

Vollstreckende Gläubiger sollen besser davor geschützt werden, dass sie einen errungenen Vollstreckungserfolg wieder herausgeben müssen. Die Verzinsung des Anfechtungsanspruchs soll neu geregelt werden, um die bestehenden Fehlansätze zu einer schleppenden Durchsetzung von begründeten Anfechtungsansprüchen zu beseitigen und den Rechtsverkehr besser vor einer übermäßigen Zinsbelastung zu schützen.

Darüber hinaus soll das Gläubigerantragsrecht gestärkt werden. Damit soll die Möglichkeit insbesondere der Sozialversicherungsträger, auf eine frühzeitige Abklärung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hinzuwirken, weiter verbessert werden.

Schließlich sollen die Änderungen im Insolvenzanfechtungsrecht auch im Recht der Einzelgläubigeranfechtung nachvollzogen werden, soweit das Anfechtungsgesetz entsprechende Regelungen vorsieht.

### **C. Alternativen**

Keine.

### **D. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand**

Keine.

### **E. Erfüllungsaufwand**

#### **E.1 Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger**

Keiner.

#### **E.2 Erfüllungsaufwand für die Wirtschaft**

Keiner.

#### **Davon Bürokratiekosten aus Informationspflichten**

Keine.

### E.3 Erfüllungsaufwand der Verwaltung

Keiner.

### F. Weitere Kosten

In dem Maße, in dem die vorgesehenen Einschränkungen des Insolvenzanfechtungsrechts potentielle Anfechtungsgegner entlasten, steht den jeweiligen Insolvenzgläubigern weniger an Masse zur Verfügung. Die damit vorgenommene Neujustierung der Insolvenzrisiken zwischen Insolvenzgläubigern und potentiellen Anfechtungsgegnern erfolgt mit Augenmaß und stellt vor allem im Hinblick auf die Fallgruppe der Ratenzahlungsvereinbarungen und die Verzinsung der Ansprüche einen angemessenen Interessenausgleich her, der unter dem geltenden Recht oftmals nicht gewährleistet war. Auch darüber hinaus sind keine weiteren Kosten für die Wirtschaft oder die öffentlichen Haushalte zu erwarten.

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

**BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND**

Berlin, 16. Dezember 2015

**DIE BUNDESKANZLERIN**

An den  
Präsidenten des  
Deutschen Bundestages  
Herrn Prof. Dr. Norbert Lammert  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

Sehr geehrter Herr Präsident,

hiermit übersende ich den von der Bundesregierung beschlossenen

Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit  
bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem An-  
fechtungsgesetz

mit Begründung und Vorblatt (Anlage 1).

Ich bitte, die Beschlussfassung des Deutschen Bundestages herbeizufüh-  
ren.

Federführend ist das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucher-  
schutz.

Die Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gemäß  
§ 6 Absatz 1 NKRK ist als Anlage 2 beigelegt.

Der Bundesrat hat in seiner 939. Sitzung am 27. November 2015 gemäß  
Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes beschlossen, zu dem Gesetzent-  
wurf wie aus Anlage 3 ersichtlich Stellung zu nehmen.

Die Auffassung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundes-  
rates ist in der als Anlage 4 beigelegten Gegenäußerung dargelegt.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Angela Merkel

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anlage 1

## Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1

#### Änderung der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 8 Absatz 3 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 14 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

„Der Antrag wird nicht allein dadurch unzulässig, dass die Forderung erfüllt wird.“

b) Satz 3 wird aufgehoben.

2. § 131 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.“

b) In Absatz 2 Satz 1 wird die Angabe „Nr. 3“ durch die Wörter „Satz 1 Nummer 3“ ersetzt.

3. § 133 wird wie folgt geändert:

a) Nach Absatz 1 werden die folgenden Absätze 2 und 3 eingefügt:

„(2) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.

(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Absatz 1 Satz 2 die eingetretene. Hatte der andere Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 4.

4. § 142 wird wie folgt gefasst:

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

„§ 142

#### Bargeschäft

(1) Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 bis 3 gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte.

(2) Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt. Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt.“

5. Dem § 143 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen; ein darüber hinaus gehender Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen eines erlangten Geldbetrags ist ausgeschlossen.“

### Artikel 2

#### Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung

Vor Artikel 104 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 4 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist, wird folgender Artikel 103... [einsetzen: bei der Verkündung nächster freier Buchstabenzusatz] eingefügt:

„Artikel 103... [einsetzen: bei der Verkündung nächster freier Buchstabenzusatz]

Überleitungsvorschrift zum Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

Auf Insolvenzverfahren, die vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 4 dieses Gesetzes] eröffnet worden sind, sind die bis dahin geltenden Vorschriften weiter anzuwenden.“

### Artikel 3

#### Änderung des Anfechtungsgesetzes

Das Anfechtungsgesetz vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911), das zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes vom 9. Dezember 2010 (BGBl. I S. 1900) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 3 wird wie folgt geändert:

- a) Nach Absatz 1 werden die folgenden Absätze 2 und 3 eingefügt:

„(2) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, beträgt der Zeitraum nach Absatz 1 Satz 1 vier Jahre.

(3) Hat die Rechtshandlung dem anderen Teil eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, welche dieser in der Art und zu der Zeit beanspruchen konnte, tritt an die Stelle der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nach Absatz 1 Satz 2 die eingetretene. Hatte der andere

Teil mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte.“

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 4.

2. Dem § 11 Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

„Eine Geldschuld ist nur zu verzinsen, wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorliegen; ein darüber hinaus gehender Anspruch auf Herausgabe von Nutzen eines erlangten Geldbetrags ist ausgeschlossen.“

3. Dem § 20 wird folgender Absatz 4 angefügt:

„(4) Auf Fälle, bei denen die Anfechtbarkeit vor dem ... [einsetzen: Datum des Inkrafttretens nach Artikel 4 dieses Gesetzes] gerichtlich geltend gemacht worden ist, sind die bis dahin geltenden Vorschriften weiter anzuwenden.“

#### **Artikel 4**

#### **Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft.

*Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.*

## Begründung

### A. Allgemeiner Teil

#### I. Zielsetzung und Notwendigkeit der Regelungen

Der Entwurf verfolgt das Ziel, den Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von Rechtsunsicherheiten zu entlasten, die von der derzeitigen Praxis des Insolvenzanfechtungsrechts ausgehen. Zudem sollen die unter dem geltenden Recht gewährten Möglichkeiten der Insolvenzanfechtung punktuell neu justiert und das Gläubigerantragsrecht gestärkt werden, um übermäßige Belastungen des Rechtsverkehrs und von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu vermeiden.

Die Insolvenzanfechtung nach den §§ 129 ff. der Insolvenzordnung (InsO) erlaubt den Zugriff des Insolvenzverwalters auf vorinsolvenzliche Abflüsse aus dem schuldnerischen Vermögen, um diese als Haftungsgrundlage für die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger wieder verfügbar zu machen. Sie trägt damit wesentlich dazu bei, dass das Insolvenzrecht seinem Anspruch gerecht werden kann, den Gläubigern im Rahmen eines geregelten Verfahrens gleichmäßige Befriedigung zu verschaffen. Das Insolvenzanfechtungsrecht muss dabei allerdings auf die Wahrung der Rechtssicherheit im Geschäftsverkehr bedacht sein, welche durch die Möglichkeit einer zwangsweisen Rückabwicklung bereits abgeschlossener Vorgänge beeinträchtigt werden kann. Es bedarf daher eines angemessenen Ausgleichs zwischen den durch das Insolvenzanfechtungsrecht geschützten Befriedigungsaussichten der Insolvenzgläubiger und den legitimen Erwartungen und Interessen derjenigen, die sich insolvenzanfechtungsrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sehen. Zu diesem Ausgleich gehört es, für die Insolvenzanfechtung Tatbestände zu formulieren, die von den Betroffenen erkannt und nachvollzogen werden können und die im Zusammenspiel mit den sich an sie knüpfenden Rechtsfolgen auch im Übrigen Gewähr dafür bieten, dass die Betroffenen nicht in unverhältnismäßiger Weise belastet werden.

In den vergangenen Jahren ist vermehrt kritisiert worden, dass das geltende Insolvenzanfechtungsrecht – jedenfalls in seiner praktischen Handhabung durch die Insolvenzverwalter und die Instanzgerichte – den Wirtschaftsverkehr mit unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken belaste. Entsprechende Fehlentwicklungen des Insolvenzanfechtungsrechts wurden nicht nur von betroffenen Wirtschaftsverbänden (Überblick bei Paschen, ZInsO 2014, 2485; Trams, NJW Spezial 2014, 597 f.; Positionspapier des Bundesverbands der Deutschen Industrie und des Zentralverbands des Deutschen Handwerks, ZInsO 2013, 2312), sondern auch von wissenschaftlicher Seite (Bork, ZIP 2008, 1041 ff.; Fawzy/Köchling, ZInsO 2014, 1073 ff.; Foerste, ZInsO 2013, 897; ders., NZI 2006, 6 ff.; Jacoby, KTS 2009, 3 ff.; Köper/Pfoster, ZInsO 2014, 2341 ff.; Marotzke, ZInsO 2014, 417 ff.) diagnostiziert. Rechtsunsicherheiten, welche die Praxis vor erhebliche Probleme bei der Prognose über den Ausgang anfechtungsrechtlicher Streitigkeiten stellen, wurden etwa von Bork (a. a. O., S. 1049) konstatiert und unter anderem darauf zurückgeführt, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung zu einer überbordenden Ausdifferenzierung der Rechtsmaterie geführt habe, welche die Instanzgerichte überfordere. Dass sich das Insolvenzanfechtungsrecht aus diesem Grund auch in der Beratungspraxis nicht mehr angemessen vermitteln lässt, wird selbst von denjenigen konzediert, die einen Bedarf für gesetzgeberische Korrekturen letztlich verneinen (Thole, ZIP 2013, 2081 (2084)).

1. Überbordende Komplexität wird insbesondere der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO attestiert, mit welcher sich Rechtshandlungen anfechten lassen, die zum Zeitpunkt der Stellung des Insolvenzantrags bis zu zehn Jahre zurückliegen können. Die Vorsatzanfechtung ist in den vergangenen Jahren ausgeweitet worden. Den Boden für diese Ausweitung hat die höchstrichterliche Rechtsprechung bereitet, indem sie die Anforderungen an den Nachweis des auf Tatbestandsseite vorausgesetzten Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners herabsetzte (vgl. Bork, a.a.O., S. 1044 ff.; Fischer, NZI 2008, 588 ff.). Infolge dieser Entwicklung werden vermehrt auch Erfüllungsleistungen der Anfechtung unterworfen, die von ihrer äußeren Erscheinungsform nicht ohne weiteres den Verdacht begründen, anderen Gläubigern werde in ungebührlicher Weise die Haftungsgrundlage entzogen.

Da zu den Beweisanzeichen, auf deren Grundlage der Tatrichter das Vorliegen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes bejahen kann, auch das Ersuchen des Schuldners um Zahlungserleichterungen wie insbesondere Stundungen oder Ratenzahlungen, gehört (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 – IX ZR 134/10 Rn. 17; Urteil vom 4. Oktober 2001 – IX ZR 81/99 Rn. 15), sieht sich der Wirtschaftsverkehr vor die Frage gestellt, ob und unter welchen Umständen die zuweilen verkehrüblichen Zahlungserleichterungen das Risiko einer Anfechtung der später erhaltenen Zahlungen begründen. Zwar hat der Bundesgerichtshof zwischenzeitlich entschieden, dass die Bitte des Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält, als solche kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ist (BGH, Beschluss vom 16. April 2015, IX ZR 6/14 Rn. 3). Es bleibt allerdings unklar, ob dies auch in dem praktisch häufigen Fall gelten soll, dass das Ersuchen um Ratenzahlung zur Überbrückung eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses erfolgt. Vergleichbare Probleme können sich ergeben, wenn Gläubiger im Rahmen der Durchsetzung ihrer Forderung auf eine gütliche Erledigung bedacht sind und auf der Grundlage gesetzlicher Regelungen (vgl. etwa § 802b der Zivilprozessordnung – ZPO, §§ 222, 258 der Abgabenordnung – AO, § 76 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch – SGB IV, § 42 des Strafgesetzbuchs – StGB, § 459a der Strafprozessordnung – StPO) mit dem Schuldner Zahlungsvereinbarungen abschließen oder diesem Zahlungserleichterungen gewähren.

Unklar sind auch die Voraussetzungen, unter denen der Austausch gleichwertiger Leistungen von einer Vorsatzanfechtung nach § 133 Absatz 1 InsO ausgenommen ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein bargeschäftsähnlicher Austausch zwar gegen das Vorliegen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes sprechen, wenn die Gegenleistung, die in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, für die Fortführung des Unternehmens notwendig ist und den Gläubigern im Allgemeinen nutzt (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014, IX ZR 192/13, Rn. 44). Dem bargeschäftsähnlichen Austausch kommt insoweit aber nur der Stellenwert eines „entkräftenden“ Beweisanzeichens zu, dessen Voraussetzungen der Anfechtungsgegner darlegen und ggf. beweisen muss. Die Beweiskraft dieses Beweisanzeichens soll überdies entfallen, wenn der Schuldner weiß, dass mit der Fortführung des Unternehmens weitere Verluste anfallen, die für die Gläubiger auch auf längere Sicht ohne Nutzen sind (BGH, Urteil vom 12. Februar 2015, IX ZR 180/12 Rn. 25). Da es im Vorlauf zu den meisten Verfahrenseröffnungen zur Fortschreibung von Verlusten kommen dürfte, ist unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen der bargeschäftsähnliche Austausch unter diesen Rechtsprechungsgrundsätzen noch einer Vorsatzanfechtung entgegensteht.

An diesen Befund knüpft sich die rechtspolitische Forderung, durch gesetzgeberische Korrekturen und Klarstellungen dafür Sorge zu tragen, dass sich der Ausgang von Anfechtungsstreitigkeiten auch auf der Ebene der Instanzgerichte und im Wege der außergerichtlichen Verhandlungen künftig wieder mit einem für praktische Bedürfnisse verträglichen Grad an Sicherheit prognostizieren lässt.

2. Von Rechtsunsicherheiten sind auch Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betroffen, die von Insolvenzverwaltern auf die Rückerstattung erhaltenen Arbeitsentgelts in Anspruch genommen werden. Zwar hat das Bundesarbeitsgericht zwischenzeitlich weitgehende Rechtssicherheit in der Frage geschaffen, ob und unter welchen Voraussetzungen Arbeitsentgelt in insolvenzanfechtungsfester Weise vereinnahmt werden kann: Nach seiner Rechtsprechung liegt ein grundsätzlich anfechtungsausschließendes Bargeschäft vor, wenn der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen bezahlt (BAG, Urteil vom 6. Oktober 2011 – 6 AZR 262/10 Rn. 15 ff.). Darüber hinaus hat das Gericht Entgeltzahlungen „in bargeschäftsähnlicher Lage“ weitgehend auch der Vorsatzanfechtung nach § 133 Absatz 1 InsO entzogen, indem es insoweit hohe Anforderungen an den Nachweis der subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen festgelegt hat (BAG, Urteil vom 29. Januar 2014 – 6 AZR 345/12 Rn. 72 ff.). Schließlich hat es, gestützt auf das Sozialstaatsprinzip, sogar in Erwägung gezogen, den Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in den Fällen, in denen weitgehend pünktlich gezahltes Arbeitsentgelt noch einer Anfechtung unterliegen kann, um einen betragsmäßig auf das Existenzminimum begrenzten Anfechtungsausschluss zu erweitern (BAG, Urteil vom 29. Januar 2014 – 6 AZR 345/12 Rn. 15 ff.). Wesentliche Pfeiler dieser Rechtsprechung sind jüngst allerdings durch den Bundesgerichtshof unter anderem mit dem Argument in Zweifel gezogen worden, das Bundesarbeitsgericht habe die Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Rechtsfortbildung überschritten und setze seine rechtspolitischen Vorstellungen an die Stelle des Gesetzes (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 – IX ZR 192/13 Rn. 20 ff.). Deshalb stellen sich die angesprochenen Fragen des Schutzes von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vor Insolvenzanfechtungen weiterhin.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

3. Unabhängig von diesen Rechtsunsicherheiten erscheinen die unter dem geltenden Recht eröffneten Möglichkeiten der Insolvenzanfechtung in zwei Punkten nicht interessengerecht.
- Dies gilt zum einen für die Anfechtung von Sicherungen oder Befriedigungen, die ein Gläubiger in den letzten drei Monaten vor der Stellung des Insolvenzantrags, der zur Verfahrenseröffnung führt, durch Zwangsvollstreckung erwirkt. Nach der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre ist die im Vollstreckungswege erlangte Sicherung oder Befriedigung unter den erleichterten Voraussetzungen einer inkongruenten Deckung nach § 131 InsO anfechtbar. Vollstreckende Gläubiger können deshalb auch dann einer Anfechtung ausgesetzt sein, wenn sie bei Beitreibung ihrer Forderung keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners haben. Es erscheint wenig interessengerecht, dass ein Gläubiger, der lediglich von den ihm zur Verfügung stehenden gesetzlichen Zwangsmitteln Gebrauch gemacht hat, unabhängig von der Kenntnis der schuldnerischen Krise um die Früchte seiner Anstrengungen gebracht werden kann.
  - Wenig interessengerecht ist es zudem, dass der Anfechtungsgegner unabhängig vom Eintritt eines Verzugs Prozesszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab Verfahrenseröffnung zu entrichten hat. Dies schafft, zumal in einer Niedrigzinsphase, wie sie derzeit vorliegt, Anreize zu einer verzögerten Geltendmachung des Anfechtungsanspruchs. Auch kann die nach Maßgabe des § 143 Absatz 1 Satz 2 InsO, § 819 Absatz 1, § 818 Absatz 4, § 292 Absatz 2 und § 987 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) geschuldete Herausgabe von Nutzungen zu unstimmgigen Ergebnissen führen. Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sind Nutzungen vom Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung an herauszugeben. Da die Rechtshandlung unter Umständen mehrere Jahre vor der Verfahrenseröffnung liegen kann, kommt es bisweilen vor, dass die Summe der Nebenleistungen an die Hauptforderung heranreicht oder diese übertrifft.
4. Verluste, die Gläubiger durch Insolvenzanfechtungen erleiden, lassen sich dadurch verringern, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners möglichst frühzeitig abgeklärt und die wirtschaftliche Tätigkeit insolventer Unternehmen eingeschränkt wird. Deshalb ist durch das Haushaltsbegleitgesetz 2011 das Gläubigerantragsrecht gestärkt und § 14 Absatz 1 InsO neu gefasst worden: Wird die einem Gläubigerantrag zugrunde liegende Forderung nach Antragstellung erfüllt, wird alleine deswegen der Antrag nicht unzulässig, wenn in einem Zeitraum von zwei Jahren vor der Antragstellung bereits ein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners gestellt worden war. Dieses Erfordernis eines „Erstantrags“ stellt ein Hemmnis für eine frühzeitige Sachaufklärung dar. Ein Gläubiger, der Kenntnis von der Insolvenz des Schuldners hat, dringt erst mit dem Zweitantrag durch, sofern der Schuldner den Erstantrag durch Erfüllung der dem Antrag zugrundeliegenden Forderung „abwendet“. In der Zwischenzeit kann der insolvente Schuldner zum Schaden der Gläubiger und des Rechtsverkehrs weiter wirtschaften.

## II. Wesentlicher Inhalt des Entwurfs

Der Entwurf verfolgt das Ziel, das Insolvenzanfechtungsrecht so auszugestalten, dass es in seiner praktischen Handhabung einen angemessenen Ausgleich zwischen den Insolvenzgläubigern und denjenigen schafft, gegen die sich insolvenzanfechtungsrechtliche Ansprüche richten. Er beschränkt sich dabei auf punktuelle Änderungen und lässt die Regelungssystematik des geltenden Rechts unberührt. Für einige, praktisch besonders relevante Fallgruppen sollen gesetzliche Klarstellungen erfolgen, um deren Behandlung für die Betroffenen und den Verkehr gegenüber der derzeitigen Rechtspraxis kalkulierbarer zu machen. Dies betrifft zum einen die Behandlung von Zahlungserleichterungen im Rahmen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Absatz 1 InsO, zum anderen die Behandlung von verspätet ausgezahltem Arbeitsentgelt im Rahmen des anfechtungsausschließenden Bargeschäftsprivilegs nach § 142 InsO. Daneben zielt der Entwurf auf eine punktuelle Neujustierung der durch das geltende Recht eröffneten Anfechtungsmöglichkeiten, um Anfechtungsgegner vor einer übermäßigen Inanspruchnahme zu bewahren. Der Entwurf trägt dabei der Bedeutung und Tragweite des Anfechtungsrechts für die Funktionsfähigkeit des Insolvenzrechts Rechnung. Die in ihm vorgesehenen Einschränkungen der Insolvenzanfechtung sind aber erforderlich und angemessen, um die Belastungen des Geschäftsverkehrs sowie der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf ein verträgliches Maß zu reduzieren.

Im Einzelnen:

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

## 1. Einschränkung der Vorsatzanfechtung von Deckungshandlungen (§ 133 Absatz 2 und 3 InsO-E)

Die Neuregelung lässt die bisherige Grundstruktur der Vorsatzanfechtung unberührt. Sie differenziert aber zwischen Deckungshandlungen einerseits und sonstigen Rechtshandlungen wie etwa Vermögensverschiebungen andererseits. Bei den Deckungsfällen soll wiederum zwischen kongruenten und inkongruenten Deckungen unterschieden werden.

§ 133 Absatz 1 soll unverändert bleiben und weiter als Grundtatbestand der Vorsatzanfechtung fungieren, der grundsätzlich für sämtliche Schuldnerhandlungen gilt. Die Vorsatzanfechtung von Deckungshandlungen soll allerdings durch Sonderregelungen in den Absätzen 2 und 3 maßvoll zurückgenommen werden. Dabei enthält Absatz 2 eine Regelung für alle (kongruenten und inkongruenten) Deckungshandlungen, während die Regelung in Absatz 3 nur kongruente Deckungshandlungen betrifft. In den neuen Absatz 4 soll ohne inhaltliche Änderungen die im bisherigen Absatz 2 enthaltene Regelung über die Anfechtung entgeltlicher Verträge mit nahestehenden Personen übernommen werden.

Für die paradigmatischen Fälle der Vorsatzanfechtung wie z. B. die Rückgängigmachung von Bankrotthandlungen und Vermögensverschiebungen werden sich dadurch keine Änderungen im Vergleich zur geltenden Rechtslage ergeben. Insbesondere verbleibt es für diese Fälle bei dem bisherigen zehnjährigen Anfechtungszeitraum und dabei, dass die gesetzliche Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz an die drohende Zahlungsunfähigkeit anknüpft.

Für die Fälle der Vorsatzanfechtung einer inkongruenten Deckung wird es künftig insofern eine Änderung geben, als dass nach dem neuen Absatz 2 der Anfechtungszeitraum vier Jahre beträgt. Auch für diese Fälle verbleibt es aber bei der in § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO verankerten Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz.

Für die Fälle der Vorsatzanfechtung einer kongruenten Deckung werden sich nach Maßgabe der Absätze 2 und 3 folgende Änderungen ergeben:

Der Anfechtungszeitraum soll künftig nur noch vier Jahre betragen (Absatz 2).

Die gesetzliche Vermutung der Kenntnis des Anfechtungsgegners von dem schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz soll abgeschwächt werden. Nach dem neuen Absatz 3 Satz 1 soll die Vermutung nunmehr an die Kenntnis der tatsächlich eingetretenen (statt bisher der nur drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anknüpfen. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bei Gewährung einer kongruenten Deckung eine geschuldete Leistung erbracht wird und dass der Schuldner vor Eintritt der Insolvenz grundsätzlich frei ist zu entscheiden, welche Forderungen er erfüllt.

Absatz 3 Satz 2 enthält schließlich eine wichtige Klarstellung für die Behandlung der praktisch relevanten Fallgruppe der Zahlungserleichterung: Hatte der Anfechtungsgegner mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Damit wird der Erosion bewährter und effizienter Verkehrsübungen begegnet, auf deren Grundlage Unternehmen vorübergehende Liquiditätsengpässe überbrücken können und die funktional der Gewährung von Überbrückungsfinanzierungen entsprechen können. Darüber hinaus wird denjenigen Gläubigern Rechtssicherheit verschafft, die im Rahmen der Durchsetzung ihrer Forderung auf eine gütliche Erledigung bedacht sind und auf der Grundlage gesetzlicher Regelungen mit dem Schuldner Zahlungsvereinbarungen abschließen oder diesem in anderer Weise Zahlungserleichterungen gewähren.

## 2. Konkretisierung des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO-E)

Der Entwurf beseitigt Rechtsunsicherheiten, die bei der Reichweite und Auslegung des Bargeschäftsprivilegs bestehen.

Zum einen bezieht der Entwurf einen Teil der Vorsatzanfechtung in das Bargeschäftsprivileg ein: Nach § 142 Absatz 1 InsO-E soll die Vorsatzanfechtung nicht mehr zur Gänze, sondern nur noch insoweit vom Bargeschäftsprivileg ausgenommen sein, als der Schuldner unlauter handelte und der Leistungsempfänger dies erkannt hat. Damit schränkt der Entwurf im Vergleich zur Judikatur die Vorsatzanfechtung von Bargeschäften weiter ein.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Zum anderen fasst der Entwurf die höchstrichterliche Rechtsprechung zur Konkretisierung des nach § 142 InsO erforderlichen zeitlichen Zusammenhangs zwischen Leistung und Gegenleistung zusammen und löst dabei die Divergenzen auf, die in der Frage der Anfechtbarkeit von Arbeitsentgeltzahlungen zwischen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bestehen (vgl. § 142 Absatz 2 InsO-E). § 142 Absatz 2 Satz 2 InsO-E stellt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts klar, dass die für ein Bargeschäft notwendige Unmittelbarkeit des Austausches im Rahmen von Arbeitsverträgen dann zu bejahen ist, wenn der Zeitraum zwischen dem Beginn der Arbeitsleistung, deren Vergütung in Streit steht, und der Auszahlung des Arbeitsentgelts drei Monate nicht übersteigt. Werden diese zeitlichen Grenzen eingehalten, wird eine Anfechtung von Arbeitsentgeltzahlungen künftig im Regelfall nicht mehr möglich sein, da bei Vorliegen eines Bargeschäfts auch die Anforderungen an die Vorsatzanfechtung erhöht werden (§ 142 Absatz 1 InsO-E). Damit erübrigt sich auch die vom Bundesarbeitsgericht in diesen Fällen erwogene Anfechtungssperre in Höhe des auf den Vergütungszeitraum entfallenden Existenzminimums.

### **3. Einschränkung der Inkongruenzanfechtung (§ 131 Absatz 1 Satz 2 InsO-E)**

Eine Sicherung oder Befriedigung soll nicht alleine deswegen inkongruent sein, weil sie in der „kritischen“ Zeit durch Zwangsvollstreckung erwirkt worden ist. Eine solche Deckung soll, sofern sie nicht aus einem anderen Grund inkongruent ist, künftig nur unter den weitergehenden Voraussetzungen des § 130 Absatz 1 InsO anfechtbar sein. Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass Gläubiger, die lediglich von den gesetzlich vorgesehenen Zwangsmitteln Gebrauch machen, nur dann um die Früchte ihrer Anstrengungen gebracht werden können, wenn sie bei der Vollstreckung Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners haben. Da dies namentlich bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie bei kleinen und mittelständischen Unternehmen die Ausnahme sein dürfte, werden Zahlungen, die diese Gläubiger im Wege oder unter dem Druck der Zwangsvollstreckung erhalten, künftig in aller Regel anfechtungsfest sein.

### **4. Begrenzung von Prozesszinsen und Nutzungsherausgabe (§ 143 Absatz 1 Satz 3 InsO-E)**

Mit dem neuen § 143 Absatz 1 Satz 3 InsO-E soll der Anfechtungsgegner besser vor einer übermäßigen Zinsbelastung geschützt werden. Zugleich sollen die Fehlanreize zu einer verzögerten Geltendmachung von begründeten Anfechtungsansprüchen beseitigt werden. Die Neuregelung sieht zu diesem Zweck vor, dass eine Rückgewährschuld, die auf eine Geldleistung gerichtet ist, nur unter den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 BGB zu verzinsen ist und dass ein darüber hinaus gehender Anspruch auf Herausgabe von Nutzungen eines erlangten Geldbetrags ausgeschlossen ist. Demgemäß können künftig Zinsen auch nicht mehr als gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herausverlangt werden.

### **5. Stärkung des Gläubigerantragsrechts (§ 14 Absatz 1 InsO-E)**

Der Entwurf verfolgt ferner das Ziel, eine möglichst frühzeitige Abklärung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu fördern, damit insolvente Unternehmen nicht zum Schaden späterer Anfechtungsgegner weiter wirtschaften können. Zu diesem Zweck sollen das in § 14 Absatz 1 Satz 2 InsO vorgesehene Erfordernis eines Erstantrags gestrichen und § 14 Absatz 1 Satz 3 InsO entsprechend aufgehoben werden. Damit soll die Möglichkeit insbesondere der Sozialversicherungsträger, auf eine frühzeitige Sachaufklärung hinzuwirken, weiter verbessert werden.

### **6. Änderungen im Anfechtungsgesetz**

Der Entwurf stellt sicher, dass die Änderungen im Insolvenzanfechtungsrecht auch im Recht der Einzelgläubigeranfechtung nachvollzogen werden, soweit das Anfechtungsgesetz entsprechende Regelungen vorsieht.

## **III. Alternativen**

Alternative, gleich effektive Lösungen sind nicht ersichtlich.

#### IV. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ergibt sich aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 des Grundgesetzes (bürgerliches Recht und gerichtliches Verfahren).

#### V. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union und völkerrechtlichen Verträgen

Der Entwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union und bestehenden Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus völkerrechtlichen Verträgen vereinbar.

#### VI. Gesetzesfolgen

##### 1. Rechts- und Verwaltungsvereinfachung

Ziel des Entwurfs ist es, im Interesse des Wirtschaftsverkehrs und von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bestehende Rechtsunsicherheiten bei Insolvenzanfechtungen, namentlich im Bereich der Vorsatzanfechtung und bei der Auslegung und der Reichweite des anfechtungsausschließenden Bargeschäftsprivilegs, zu beseitigen. Durch die vorgeschlagene Neujustierung soll diese sehr komplexe Materie für die Rechtsanwender handhabbarer und verständlicher werden.

Verwaltungsverfahren werden durch den Entwurf nicht unmittelbar berührt.

##### 2. Nachhaltigkeitsaspekte

Der Entwurf steht im Einklang mit den Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie. Der Entwurf will im Interesse des Wirtschaftsverkehrs Anfechtungsrisiken kalkulier- und planbarer machen und kann auf diese Weise einen Beitrag zur Steigerung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit insbesondere der mittelständischen Unternehmen leisten (Indikator 10 der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie).

##### 3. Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand

Es sind keine Haushaltsausgaben ohne Erfüllungsaufwand zu erwarten.

##### 4. Erfüllungsaufwand

Die vorgeschlagenen Regelungen verursachen keinen Erfüllungsaufwand bei Bürgerinnen und Bürgern, Wirtschaft sowie der öffentlichen Verwaltung.

##### 5. Weitere Kosten

In dem Maße, in dem die vorgesehenen Einschränkungen des Insolvenzanfechtungsrechts potentielle Anfechtungsgegner entlasten, steht den jeweiligen Insolvenzgläubigern weniger an Masse zur Verfügung. Die damit vorgenommene Neujustierung der Insolvenzrisiken zwischen Insolvenzgläubigern und potentiellen Anfechtungsgegnern erfolgt mit Augenmaß und stellt vor allem im Hinblick auf die Fallgruppe der Ratenzahlungsvereinbarungen und die Verzinsung der Ansprüche einen angemessenen Interessenausgleich her, der unter dem geltenden Recht oftmals nicht gewährleistet war. Auch darüber hinaus sind keine weiteren Kosten für die Wirtschaft oder die öffentlichen Haushalte zu erwarten.

##### 6. Weitere Gesetzesfolgen

Von den im Entwurf vorgesehenen Regelungen können auch Verbraucherinnen und Verbraucher profitieren, soweit sie sich – was eher selten der Fall sein dürfte – insolvenzanfechtungsrechtlichen Ansprüchen ausgesetzt sehen. Profitieren können Verbraucherinnen und Verbraucher aber auch in den Fällen, in denen sie als Schuld-

ner auf die Gewährung einer Zahlungserleichterung angewiesen sind. Denn derartige Zahlungsvereinbarungen auf eine rechtssichere Grundlage zu stellen, ist eines der Ziele des Entwurfs.

Der Entwurf hat keine erkennbaren gleichstellungspolitischen Auswirkungen. Männer und Frauen sind von den Vorschriften des Entwurfs in gleicher Weise betroffen.

Demografische Auswirkungen sind ebenfalls nicht erkennbar.

## VII. Befristung; Evaluierung

Mit dem Entwurf sollen bestehende Gesetze geändert werden, die unbefristet gelten und auch künftig in der geänderten Fassung auf noch unbestimmte Zeit erforderlich sein werden.

Die Auswirkungen der vorgeschlagenen Neuregelungen im Insolvenzanfechtungsrecht sollen fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes evaluiert werden.

### B. Besonderer Teil

#### Zu Artikel 1 (Änderung der Insolvenzordnung – InsO)

##### Zu Nummer 1 (§ 14 InsO-E)

##### Zu Buchstabe a (§ 14 Absatz 1 Satz 2 InsO-E)

Mit der Änderung werden die Anforderungen an einen zulässigen Gläubigerantrag insofern herabgesetzt, als das Erfordernis eines Erst- bzw. Vorantrags gestrichen wird. Dadurch soll das Antragsrecht insbesondere der Sozialversicherungsträger effektiver ausgestaltet werden. Die Neuregelung verfolgt das Ziel, eine möglichst frühzeitige Abklärung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu fördern. Hierdurch kann die Fortsetzung der wirtschaftlichen Aktivitäten insolvenzreifer Unternehmen rechtzeitig unterbunden und verhindert werden, dass Gläubiger wegen der Fortsetzung ihrer Geschäftsbeziehung zum Schuldner zu einem späteren Zeitpunkt insolvenzanfechtungsrechtlich in Anspruch genommen werden. Das Erfordernis eines „Erstantrags“ stellt ein Hemmnis für eine frühzeitige Sachaufklärung dar. Ein Gläubiger, der Kenntnis von der Insolvenz des Schuldners hat, dringt erst mit dem Zweitantrag durch, sofern der Schuldner den Erstantrag durch Erfüllung der dem Antrag zugrundeliegenden Forderung „abwendet“. In der Zwischenzeit kann der insolvente Schuldner zum Schaden der Gläubiger und des Rechtsverkehrs weiter wirtschaften.

Das Erfordernis eines Erstantrags war in den parlamentarischen Beratungen zum Haushaltsbegleitgesetz 2011 eingefügt worden, um Unternehmen vom Anwendungsbereich der Regelung auszunehmen, die aufgrund einer lediglich temporären Liquiditätslücke ihre Verbindlichkeiten, insbesondere die Sozialversicherungsbeiträge oder Steuerforderungen, nicht bedienen können, obwohl sie aus eigener Kraft noch sanierungsfähig wären (Bundestagsdrucksache 17/3452, S. 6).

Auch bei Wegfall des Erfordernisses eines Erstantrags sind die Hürden für einen zulässigen Gläubigerantrag hinreichend hoch, um zu vermeiden, dass Schuldner bei lediglich vorübergehenden Zahlungsschwierigkeiten in ein Insolvenzeröffnungsverfahren gezwungen und den damit einhergehenden Nachteilen und Reputationsverlusten ausgesetzt werden. Ein Gläubiger muss – damit sein Antrag zulässig ist – nach § 14 Absatz 1 Satz 1 InsO ein rechtliches Interesse an der Verfahrenseröffnung haben und einen Eröffnungsgrund glaubhaft machen. An das Vorliegen dieser Voraussetzungen sind bei Erfüllung der Forderung nach Antragstellung strenge Anforderungen zu stellen (BGH, Beschluss vom 12. Juli 2012 – IX ZB 18/12 Rn. 7; BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2014 – IX ZB 34/14 Rn. 13). Ein rechtliches Interesse ist in diesem Fall regelmäßig nur bei Finanzbehörden und Sozialversicherungsträgern anzuerkennen, weil diese öffentlichen Gläubiger nicht verhindern können, dass sie weitere Forderungen gegen den Schuldner erwerben (BGH, Beschluss vom 12. Juli 2012 – IX ZB 18/12 Rn. 7). Ein Eröffnungsgrund ist nur glaubhaft gemacht, wenn sein Vorliegen nach dem Vortrag des Gläubigers überwiegend wahrscheinlich ist. Die Beurteilung, ob die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auch nach Erfüllung der Antragsforderung wahrscheinlich ist, hat das Insolvenzgericht im Einzelfall unter Berücksichtigung des gesamten Sachvortrags des Gläubigers, der indiziellen Bedeutung bestimmter Tatsachen für das Bestehen eines

Eröffnungsgrundes und der Wirkung gesetzlicher Vermutungen vorzunehmen (BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2014 – IX ZB 34/14 Rn. 10).

#### **Zu Buchstabe b (Aufhebung des § 14 Absatz 1 Satz 3 InsO)**

Entfällt künftig das Erfordernis eines Erstantrags, bedarf es insoweit auch keiner Anordnung der Glaubhaftmachung der vorherigen Antragstellung mehr. § 14 Absatz 1 Satz 3 soll daher aufgehoben werden.

#### **Zu Nummer 2 (§ 131 InsO-E)**

##### **Zu Buchstabe a (§ 131 Absatz 1 InsO-E)**

Rechtshandlungen, die einem Gläubiger in den letzten drei Monaten vor der Stellung des Insolvenzantrags oder im Zeitraum zwischen Antragstellung und Verfahrenseröffnung eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht haben (Deckungen), unterliegen der Deckungsanfechtung. Dabei differenziert das geltende Recht zwischen Deckungen, die der Gläubiger zum Zeitpunkt der Handlung auch in der Art beanspruchen konnte (kongruente Deckungen), und solchen, die der Gläubiger nicht, nicht zu der Zeit oder nicht in der Art beanspruchen konnte (inkongruente Deckungen). Während die Anfechtung kongruenter Deckungen die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraussetzt, ist die Anfechtung inkongruenter Deckungen schon bei nur objektiv vorliegender Zahlungsunfähigkeit (§ 131 Absatz 1 Nummer 2 InsO), im letzten Monat vor Antragstellung sogar ohne weitere Voraussetzungen (§ 131 Absatz 1 Nummer 1 InsO), möglich. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass inkongruenten Deckungshandlungen eine gewisse Verdächtigkeit anhaftet, die dem Gläubiger Anlass zu Zweifeln an der finanziellen Solidität des Schuldners gibt. In ständiger Rechtsprechung sehen der Bundesgerichtshof und das Bundesarbeitsgericht eine während der Krise durch Zwangsvollstreckung oder unter Vollstreckungsdruck erlangte Deckung als inkongruent an. Dies hat zur Folge, dass vollstreckende Gläubiger auch dann mit einer Anfechtung rechnen müssen, wenn sie bei Beitreibung ihrer Forderung keine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners haben.

Der durch den Entwurf hinzugefügte Absatz 1 Satz 2 soll demgegenüber gewährleisten, dass Gläubiger, die lediglich von den im Gesetz vorgesehenen Zwangsmitteln Gebrauch machen, künftig keine Inkongruenzanfechtung befürchten müssen. Zu diesem Zweck wird bestimmt, dass eine Deckung nicht schon deshalb als inkongruent anzusehen ist, weil sie durch Zwangsvollstreckung erwirkt oder zu deren Abwendung bewirkt worden ist.

Damit bringt der Entwurf zur Geltung, dass der Schuldner auch im Rahmen einer Zwangsvollstreckung nur dasjenige erhält, was er nach dem materiellen und formellen Recht beanspruchen kann. Die im Zuge der Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung ist kein Erfüllungssurrogat, sondern führt zu einer echten Erfüllung des Anspruchs, dessentwegen vollstreckt wird. Ob eine Deckung kongruent ist oder nicht, hat sich deshalb danach zu richten, ob der Gläubiger das erhält, worauf er nach dem Inhalt des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses einen Anspruch hat. Dass die Vollstreckung ihre Rechtsgrundlage nicht in diesem Rechtsverhältnis findet, soll demgegenüber unbeachtlich sein.

Die im Wege oder unter dem Druck der Zwangsvollstreckung erlangte Deckung kann künftig nur noch dann nach § 131 Absatz 1 Satz 1 InsO angefochten werden, wenn die Deckung ausnahmsweise aus einem anderen Grund inkongruent ist, etwa dann, wenn zur Abwendung der Zwangsvollstreckung eine andere als die geschuldete Leistung erbracht wird.

Grundsätzlich immer möglich bleibt eine Deckungsanfechtung nach § 130 InsO. Allerdings muss der Insolvenzverwalter dem Gläubiger hierfür, ggf. unter Zuhilfenahme der Vermutung des § 130 Absatz 2 InsO, nachweisen, dass er zum Zeitpunkt der anfechtbaren Handlung Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte. Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gilt dabei, dass ihre Stellung oder Funktion im Unternehmen bei der Beurteilung, ob sie Kenntnis von der tatsächlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers oder von Vermutungstatsachen hatten, nicht per se maßgebend ist (vgl. BAG, Urteil vom 6. Oktober 2011, 6 AZR 262/10 Rn. 32). Bei ihnen und anderen Kleingläubigern dürfte der Nachweis der subjektiven Voraussetzungen der Kongruenzanfechtung in der Regel nicht möglich sein. Die Neuregelung leistet daher einen wichtigen Beitrag zum Schutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie kleinen und mittleren Unternehmen. Zahlungen, die diese Gläubiger im Wege oder unter dem Druck der Zwangsvollstreckung erhalten, werden künftig in aller Regel anfechtungsfest sein.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Daneben verbleibt es auch bei der so genannten Rückschlagsperre des § 88 InsO. Gemäß § 88 Absatz 1 InsO werden im Interesse der Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger Sicherungen, die im letzten Monat vor Insolvenzantragstellung durch Zwangsvollstreckung erlangt worden sind, mit Verfahrenseröffnung ipso jure unwirksam. Die vorgeschlagene Einordnung der durch Zwangsvollstreckung erwirkten Sicherung als kongruente Deckung setzt sich hierzu nicht in Widerspruch. Zwar beruht § 88 Absatz 1 InsO auf der Wertung, dass der vollstreckende Gläubiger im unmittelbaren zeitlichen Vorfeld der Antragstellung so zu behandeln ist, als habe er Kenntnis von einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Die zugrunde liegende Unterstellung der Kenntnis des Gläubigers von einer bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit lässt sich indessen nicht auf den gesamten Dreimonatszeitraum erstrecken, der für die Deckungsanfechtung relevant ist. Dem steht auch § 88 Absatz 2 InsO nicht entgegen, weil die dort angeordnete Erstreckung der Rückschlagsperre auf den Dreimonatszeitraum im Bereich der Verbraucherinsolvenzverfahren lediglich dem Zweck dient, Störungen des außergerichtlichen Einigungsversuchs zu unterbinden.

#### **Zu Buchstabe b (§ 131 Absatz 2 InsO-E)**

Es handelt sich um eine Folgeänderung zur Änderung des § 131 Absatz 1 InsO.

#### **Zu Nummer 3 (§ 133 InsO-E)**

#### **Zu Buchstabe a (§ 133 Absatz 2 und 3 InsO-E)**

Mit den vorgeschlagenen Änderungen soll die Planungssicherheit für den Wirtschaftsverkehr erhöht und die Vorsatzanfechtung von Deckungshandlungen maßvoll zurückgenommen werden. Dabei enthält Absatz 2 eine Regelung für alle (kongruenten und inkongruenten) Deckungshandlungen, während die Regelung in Absatz 3 nur kongruente Deckungshandlungen betrifft.

Der neue Absatz 2 sieht für die Vorsatzanfechtung von Deckungshandlungen einen deutlich kürzeren Anfechtungszeitraum von vier Jahren vor. Damit soll das Risiko einer Anfechtung in dem in der Praxis bedeutsamen Bereich der Deckungshandlungen kalkulierbarer werden. Für alle sonstigen Rechtshandlungen verbleibt es bei dem bisherigen zehnjährigen Anfechtungszeitraum. Damit wird sichergestellt, dass etwa nachteilige Vereinbarungen gerade für den Insolvenzfall und Vermögensverschiebungen weit im Vorfeld der Krise nicht generell anfechtungsfest sind.

Mit dem neuen Absatz 3 Satz 1 soll für die Vorsatzanfechtung von kongruenten Deckungen die Vermutungsregel abgeschwächt werden hinsichtlich der Frage, ob der Anfechtungsgegner Kenntnis vom schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz hatte oder nicht. Die gesetzliche Vermutung soll erst eingreifen, wenn der Anfechtungsgegner zur Zeit der Handlung die eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte. Damit soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass bei Gewährung einer kongruenten Deckung eine geschuldete Leistung erbracht wird und dass der Schuldner vor Eintritt der Insolvenz grundsätzlich frei ist zu entscheiden, welche Forderungen er erfüllt. In diesem Fall rechtfertigt die Kenntnis der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit daher den Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht.

Absatz 3 Satz 2 enthält schließlich eine wichtige Klarstellung für die Behandlung der praktisch bedeutsamen Fallgruppe der Zahlungserleichterung: Hatte der Anfechtungsgegner mit dem Schuldner eine Zahlungsvereinbarung getroffen oder diesem in sonstiger Weise eine Zahlungserleichterung gewährt, wird vermutet, dass er zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Die in Teilen der Wirtschaft verbreitete und bewährte Praxis, mit Schuldnern bei vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten einen Zahlungsaufschub oder Ratenzahlungen zu vereinbaren und diesen damit eine Art Überbrückungsfinanzierung zu gewähren, wird so auf rechtssicheren Boden gestellt. Darüber hinaus wird denjenigen Gläubigern Rechtssicherheit verschafft, die im Rahmen der Durchsetzung ihrer Forderung auf eine gütliche Erledigung bedacht sind und auf der Grundlage gesetzlicher Regelungen (vgl. etwa § 802b ZPO, §§ 222, 258 AO, § 76 SGB IV, § 42 StGB, § 459a StPO) mit dem Schuldner Zahlungsvereinbarungen treffen oder diesem in anderer Weise Zahlungserleichterungen gewähren.

Hinter der Regelung steht der Gedanke, dass die mit einer Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte dem Gläubiger offenbar werdende Liquiditätslücke mit Gewährung der Stundung respektive Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung regelmäßig beseitigt sein wird. Bei der Feststellung der Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit sind Forderungen, die rechtlich oder tatsächlich gestundet sind, nicht zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012 – IX ZR 3/12 Rn. 29). Ein Gläubiger, der einer Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte seines

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Schuldners entspricht, hat daher grundsätzlich keinen Anlass, von der Insuffizienz des schuldnerischen Vermögens auszugehen.

Zur Widerlegung der Vermutung des Absatzes 3 Satz 2 muss der Insolvenzverwalter konkret Umstände darlegen und ggf. beweisen, die darauf schließen lassen, dass dem Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der angefochtenen Handlung doch bekannt war. Die Vermutung hat vor diesem Hintergrund die Wirkung, dass der Insolvenzverwalter den ihm ohnehin obliegenden Beweis der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners weder auf die Gewährung der Zahlungserleichterung noch auf die dieser Gewährung typischerweise zugrunde liegende Bitte des Schuldners stützen kann. Umstände, die hierüber hinausgehen, kann der Verwalter hingegen uneingeschränkt geltend machen. Solche Umstände können im Verhältnis des Schuldners zum Anfechtungsgegner angelegt sein, wie es z. B. der Fall ist, wenn der Schuldner die geschlossene Ratenzahlungsvereinbarung nicht einhält oder anderweitig, etwa mit neu entstandenen Forderungen, in erheblichen Zahlungsrückstand gerät. In Betracht kommen ferner Umstände, die darauf hindeuten, dass der Schuldner gegenüber weiteren Gläubigern erhebliche fällige Verbindlichkeiten hat, die er nicht, auch nicht ratenweise, bedienen kann. Zu denken ist dabei an die eigene Erklärung des Schuldners, alle oder einen erheblichen Teil seiner fälligen Zahlungspflichten nicht mehr erfüllen zu können, oder an dem Anfechtungsgegner bekannte erfolglose Vollstreckungsversuche durch andere Gläubiger. Von Bedeutung kann insoweit auch sein, ob der Anfechtungsgegner Grund zur Annahme hat, der Schuldner werde bis zuletzt nur seine Forderung (und nicht die anderer Gläubiger) bedienen. So kann es etwa liegen, wenn der Anfechtungsgegner in einem persönlichen Näheverhältnis zum Schuldner steht, er Großgläubiger des Schuldners ist oder ihm bekannt ist, dass die Nichterfüllung seiner Forderung für den Schuldner strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen würde. Sucht der Schuldner in einem solchen Fall um die Anpassung einer gewährten Zahlungserleichterung oder um weitere Zahlungserleichterungen nach, ohne seine Zahlungsfähigkeit plausibel zu erläutern, liegt die Annahme nahe, dass der Schuldner auch fällige Zahlungspflichten, die er gegenüber anderen Gläubigern hat, nicht (mehr) erfüllen kann.

#### **Zu Buchstabe b (§ 133 Absatz 4 InsO-E)**

Der neue Absatz 4 entspricht inhaltlich vollständig dem bisherigen Absatz 2. Entgeltliche Verträge mit nahestehenden Personen können unter den gleichen Voraussetzungen wie bisher angefochten werden.

#### **Zu Nummer 4 (§ 142 InsO-E)**

Die Neuregelung erstreckt das Bargeschäftsprivileg teilweise auf die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO (Absatz 1). Darüber hinaus wird das bislang gesetzlich nicht näher definierte Erfordernis eines „unmittelbaren“ Leistungsaustausches im Lichte der Vorstellungen des historischen Gesetzgebers und der Rechtsprechung konkretisiert (Absatz 2 Satz 1). Die Neuregelung schafft dabei insbesondere Klarheit in der Frage, binnen welchen Zeitraums verspätet ausgezahltes Arbeitsentgelt noch vom Bargeschäftsprivileg erfasst ist (Absatz 2 Satz 2). Im Übrigen sind mit der Neuregelung keine Änderungen verbunden.

Absatz 1 schränkt die für die Vorsatzanfechtung bestehende Ausnahme vom Bargeschäftsprivileg ein. Die Vorsatzanfechtung nach § 133 Absätze 1 bis 3 InsO-E soll bei Bargeschäften künftig nur noch dann möglich sein, wenn der Schuldner unlauter handelte und der andere Teil dies erkannt hat. Damit geht der Entwurf über die Grundsätze hinaus, die die Rechtsprechung für die Fallgruppe des fortführungsnotwendigen Bargeschäfts entwickelt hat. Nach diesen Grundsätzen spricht ein bargeschäftlicher Leistungsaustausch als entkräftendes Beweisanzeichen gegen das Vorliegen eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes. Dies soll aber nicht gelten, wenn der Schuldner erkennt, dass die Fortführung des Unternehmens unrentabel ist, so dass sie für die Gläubiger auch auf längere Sicht ohne Nutzen ist (BGH, Urteil vom 12. Februar 2015, IX ZR 180/12 Rn. 25). Da es im Vorlauf zu den meisten Verfahrenseröffnungen zur Fortschreibung von Verlusten kommen dürfte, ist unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen der bargeschäftsähnliche Austausch unter diesen Rechtsprechungsgrundsätzen einer Vorsatzanfechtung überhaupt noch entgegenstehen kann.

Nach dem neugefassten Absatz soll es deshalb nicht mehr darauf ankommen, ob die in das Vermögen des Schuldners gelangende Gegenleistung den Gläubigern konkreten Nutzen verspricht. Stattdessen sollen bargeschäftliche Austausche grundsätzlich vom Bargeschäftsprivileg erfasst werden. Anfechtbar sollen sie allein dann sein, wenn der Leistungsempfänger erkennt, dass der Schuldner unlauter handelt.

Ein unlauteres Verhalten des Schuldners setzt mehr voraus als die Vornahme der Rechtshandlung in dem Bewusstsein, nicht mehr in der Lage zu sein, alle Gläubiger befriedigen zu können. Unter den Bedingungen eines

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Bargeschäfts, bei dem der Abfluss des Leistungsgegenstands aus dem schuldnerischen Vermögen zeitnah durch den Zufluss der Gegenleistung kompensiert wird, müssen hinreichend gewichtige Umstände hinzutreten, um in dem vollzogenen Austausch einen besonderen Unwert zu erkennen. Ein solcher ist für die Annahme eines unlauteren Handelns erforderlich. Ein unlauteres Handeln liegt bei gezielter Benachteiligung von Gläubigern vor, wie sie etwa gegeben ist, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen. Unlauter handelt ein Schuldner bei Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit auch, wenn er Vermögen für Leistungen verschleudert, die den Gläubigern unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt nutzen können, wie dies etwa bei Ausgaben für flüchtige Luxusgüter der Fall ist. Auch das Abstoßen von Betriebsvermögen, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist, kann unlauter sein, wenn der Schuldner den vereinnahmten Gegenwert seinen Gläubigern entziehen will. Solange der Schuldner allerdings Geschäfte führt, die allgemein zur Fortführung des Geschäftsbetriebs erforderlich sind, fehlt es demgegenüber auch dann an der Unlauterkeit, wenn der Schuldner erkennt, dass die Betriebsfortführung verlustträchtig ist.

Der Leistungsempfänger muss erkannt haben, dass der Schuldner unlauter handelte. Da in § 133 Absatz 3 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 2 InsO-E allein eine Vermutung für die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners aufgestellt wird, reichen die Anknüpfungstatsachen dieser Vermutung nicht aus, um auf die Kenntnis eines unlauteren schuldnerischen Verhaltens im Sinne von § 142 Absatz 1 InsO-E schließen zu können.

In letzter Zeit ist Rechtsunsicherheit dahingehend entstanden, unter welchen Voraussetzungen bei verspäteten Zahlungen von Arbeitsentgelt das Erfordernis eines „unmittelbaren“ Leistungsaustausches erfüllt ist und mithin ein grundsätzlich anfechtungsfreies Bargeschäft vorliegt. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist ein Bargeschäft gegeben, wenn der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen bezahlt (BAG, Urteil vom 6. Oktober 2011, 6 AZR 262/10 Rn. 17f.). Der Bundesgerichtshof vertritt demgegenüber die Ansicht, dass Lohnzahlungen an vorleistungspflichtige Arbeitnehmer nur dann das Bargeschäftsprivileg genießen, wenn sie binnen 30 Tagen nach Fälligkeit bewirkt werden, wobei es unschädlich sein soll, wenn der Fälligkeitszeitpunkt entsprechend den tarifvertraglichen Übungen anstelle des ersten Tages des Folgemonats nicht länger als bis zum 15. Tag des Folgemonats hinausgeschoben wird (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014, IX ZR 192/13, Rn. 37). Im Ergebnis kann der Bundesgerichtshof daher im Einzelfall auf eine Höchstzeitspanne von zwei Monaten und 15 Tagen kommen.

Ziel der Neuregelung ist es, die bestehenden Zweifel zu beseitigen. Dies wird zum Anlass genommen, das bislang gesetzlich nicht näher definierte Unmittelbarkeitserfordernis im Lichte der Vorstellungen des historischen Gesetzgebers und der Rechtsprechung zu konkretisieren.

Bereits bei Schaffung der Insolvenzordnung hatte der Gesetzgeber ausgeführt, dass das Erfordernis der „Unmittelbarkeit“ zwar voraussetze, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehe. Der Annahme eines Bargeschäfts stehe aber nicht entgegen, dass zwischen Leistung und Gegenleistung eine gewisse Zeitspanne liege. Die Zeitspanne dürfe nur nicht so lang sein, dass das Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung der üblichen Zahlungsbräuche den Charakter eines Kreditgeschäfts annehme (Bundestagsdrucksache 12/2443, S. 167 rechte Spalte). Dies lediglich verdeutlichend sieht der neue Absatz 2 Satz 1 vor, dass der Austausch von Leistung und Gegenleistung dann unmittelbar ist, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt.

Absatz 2 Satz 2 stellt klar, dass bei Zahlungen von Arbeitsentgelt in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben ist, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung von Arbeitsentgelt drei Monate nicht übersteigt. Der Begriff „Arbeitsentgelt“ ist im sozialversicherungsrechtlichen Sinn zu verstehen (vgl. § 14 Absatz 1 Satz 1 SGB IV). Er umfasst daher alle laufenden oder einmaligen Einnahmen aus einer abhängigen Beschäftigung, somit auch Fälle der Entgeltfortzahlung etwa bei Krankheit oder Urlaub. Die gesetzliche Klarstellung soll die Rechtssicherheit für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erhöhen und ihr Vertrauen darin stärken, dass sie Arbeitsentgelt, das sie spätestens drei Monate nach der Arbeitsleistung erhalten haben, auch behalten dürfen. Nach der Verkehrsanschauung stellt die Lohnzahlung durch den Arbeitgeber an den Arbeitnehmer für Arbeitsleistungen, die nicht mehr als drei Monate zurückliegen, nicht die Tilgung eines Kredits dar, sondern ist Entgelt für im engen zeitlichen Zusammenhang erbrachte Arbeit. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass Entgeltausfälle für die einem Insolvenzer-

eignis (oder der vorherigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses) vorausgegangen drei Monate bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen durch einen Anspruch auf Insolvenzgeld abgesichert werden können (§ 165 Absatz 1 Satz 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch). Auch vor dem Hintergrund, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Falle eines Insolvenzgeldanspruches kein existenzgefährdendes Ausfallrisiko tragen, ist es also im Arbeitsleben nicht unüblich, dass sie in diesem Rahmen Lohnsäumnisse noch hinnehmen.

### **Zu Nummer 5 (§ 143 InsO-E)**

Nach geltendem Recht schuldet der Anfechtungsgegner, der zur Rückgewähr einer Geldleistung verpflichtet ist, ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens Prozesszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz. Nach § 143 Absatz 1 Satz 2 InsO steht der Anfechtungsgegner einem Bereicherungsempfänger gleich, dem der Mangel des rechtlichen Grundes bekannt ist. Der Umfang des Rückgewähranspruchs richtet sich daher nach § 819 Absatz 1 und § 818 Absatz 4 BGB, die auf die allgemeine Vorschrift des § 291 BGB verweisen. Danach ist der Rückgewähranspruch ab Fälligkeit mit dem Verzugszinssatz des § 288 Absatz 1 Satz 2 BGB zu verzinsen. Die Fälligkeit tritt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein. Das geltende Recht bietet damit einen Anreiz für Insolvenzverwalter, Anfechtungsansprüche gegen solvente Anfechtungsgegner erst spät, mitunter erst kurz vor der Verjährung, geltend zu machen, um auf diese Weise in den Genuss hoher Zinszahlungen zu kommen. Dies gilt umso mehr, als bei dem Verzugszinssatz der absolute Zuschlag von fünf Prozentpunkten auf den jeweiligen Basiszinssatz angesichts des derzeitigen Niedrigzinsniveaus eine attraktive Verzinsung des Rückgewähranspruchs ermöglicht.

Daneben können Zinsen als tatsächlich oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herauszugeben sein (vgl. § 143 Absatz 1 Satz 2 InsO, § 819 Absatz 1, § 818 Absatz 4, § 292 Absatz 2, § 987 BGB). Nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung sind Nutzungen vom Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung an herauszugeben. Da die Rechtshandlung unter Umständen mehrere Jahre vor der Verfahrenseröffnung liegen kann, mag es deshalb bisweilen durchaus vorkommen, dass die Nebenleistungen in Summe an die Hauptforderung heranreichen oder diese übertreffen.

Mit dem neuen Absatz 1 Satz 3 sollen Fehlanreize zu einer verzögerten Geltendmachung von begründeten Anfechtungsansprüchen beseitigt und Anfechtungsgegner besser vor einer übermäßigen Zinsbelastung geschützt werden. Die Neuregelung sieht zu diesem Zweck vor, dass eine Rückgewährschuld, die auf eine Geldleistung gerichtet ist, allein unter den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 BGB zu verzinsen ist. Der Schuldnerverzug setzt neben der Fälligkeit des Anspruchs, die ab Verfahrenseröffnung besteht, grundsätzlich eine Mahnung durch den Insolvenzverwalter voraus (vgl. § 286 Absatz 1 Satz 1 BGB), wobei die Erhebung der Anfechtungsklage der Mahnung gleichsteht (vgl. § 286 Absatz 1 Satz 2 BGB). Künftig sind daher ab Verzugsbeginn Verzugszinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz geschuldet (§ 288 Absatz 1 Satz 2 BGB). Die Anwendung des erhöhten Verzugszinssatzes des § 288 Absatz 2 BGB kommt hingegen nicht in Betracht, weil es sich bei der Rückgewährforderung nicht um eine „Entgeltforderung“ handelt.

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des Schuldnerverzugs sind nach dem neuen Absatz 1 Satz 3 in Verbindung mit den §§ 291 und 288 Absatz 1 Satz 2 BGB vom Eintritt der Rechtshängigkeit der Anfechtungsklage an Prozesszinsen in Höhe von fünf Prozent über dem Basiszinssatz geschuldet.

Der neue Absatz 1 Satz 3 ist hinsichtlich der Verzinsung als abschließende Regelung zu verstehen, was durch das Wort „nur“ und die weitere Klarstellung im zweiten Halbsatz zum Ausdruck kommt. Demgemäß können künftig Zinsen nicht mehr als gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herausverlangt werden.

### **Zu Artikel 2 (Änderung des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung)**

Mit der Überleitungsvorschrift soll Klarheit darüber geschaffen werden, wann die Regelungen dieses Gesetzes zur Anwendung kommen. Im Bereich der Insolvenzanfechtung sind die neuen Regelungen anwendbar, wenn das Verfahren, in dessen Rahmen der Anfechtungsanspruch erhoben wird, am Tag des Inkrafttretens dieses Gesetzes oder später eröffnet wird. Dies gilt auch, wenn die angefochtene Rechtshandlung vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes vorgenommen sein sollte. Eines Vertrauensschutzes nach dem Vorbild des Artikels 103d Satz 2 und des Artikels 106 des Einführungsgesetzes zur Insolvenzordnung bedarf es nicht, weil der Entwurf ausnahmslos Erleichterungen für den Rechtsverkehr enthält. Auf Verfahren, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes eröffnet worden sind, sind die bis dahin geltenden Vorschriften der Insolvenzordnung über die Anfechtung von Rechtshandlungen weiter anzuwenden.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

**Zu Artikel 3 (Änderung des Anfechtungsgesetzes – AnfG)****Zu Nummer 1 (§ 3 AnfG-E)**

Bereits nach geltendem Recht entspricht die Vorsatzanfechtung nach dem Anfechtungsgesetz weitestgehend der insolvenzrechtlichen Vorsatzanfechtung. Es gibt keinen Grund, diesen Gleichklang im Anfechtungsrecht aufzugeben. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb Schuldnerhandlungen außerhalb des Insolvenzverfahrens in weiterem Umfang der Vorsatzanfechtung unterliegen sollen. Die Änderungen bei § 133 InsO sollen daher auch im Rahmen des § 3 AnfG nachvollzogen werden.

**Zu Nummer 2 (§ 11 AnfG-E)**

Wurde Geld anfechtbar weggegeben, ist der Anfechtungsgegner nach geltendem Recht verpflichtet, von der Vornahme der Rechtshandlung an Zinsen als gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen bereitzustellen. Ab Fälligkeit des anfechtungsrechtlichen Bereitstellungsanspruchs ist dieser gemäß § 11 Absatz 1 Satz 2 AnfG, § 819 Absatz 1, § 818 Absatz 4, § 291 und § 288 Absatz 1 Satz 2 BGB in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Mit der Neuregelung soll ein Gleichlauf mit § 143 Absatz 1 Satz 3 InsO-E erzielt werden. Künftig soll – wie bei der Insolvenzanfechtung – eine Geldschuld allein unter den Voraussetzungen des Schuldnerverzugs oder des § 291 BGB zu verzinsen sein. Demgemäß können künftig Zinsen auch nicht mehr als gezogene oder schuldhaft nicht gezogene Nutzungen herausverlangt werden.

**Zu Nummer 3 (§ 20 AnfG-E)**

Mit der Übergangsregelung soll für die Fortführung anhängiger Prozesse das anwendbare Recht geklärt werden. Ist der Anfechtungsanspruch vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes gerichtlich geltend gemacht worden, so sind die bis dahin geltenden Vorschriften auch weiter anzuwenden.

**Zu Artikel 4 (Inkrafttreten)**

Artikel 4 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes. Sämtliche Neuregelungen sollen schon am Tag nach der Verkündung in Kraft treten. Mittelstand sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sollen möglichst rasch von den vorgesehenen Erleichterungen profitieren können.

**Stellungnahme des Nationalen Normenkontrollrates gem. § 6 Abs. 1 NKR-G****Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz (NKR-Nr. 3258)**

Der Nationale Normenkontrollrat hat den Entwurf des oben genannten Regelungsvorhabens geprüft.

**1. Zusammenfassung**

Erfüllungsaufwand für Bürgerinnen und Bürger, Wirtschaft und Verwaltung	Das Regelungsvorhaben hat keine unmittelbaren Auswirkungen.
Weitere Kosten:	Der Regelungsentwurf hat zur Folge, dass die Rechtssicherheit für die Beteiligten eines Insolvenzverfahrens gestärkt wird. Zudem werden mit dem Regelungsvorhaben Anpassungen vorgenommen, durch die die Interessengewichtung des Insolvenzanfechtungsrechts korrigiert wird. Die verbesserte Rechtssicherheit führt im Ergebnis zu einer Entlastung des Wirtschaftsverkehrs und der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jeweils in der Rolle der Gläubiger, d. h. derjenigen, gegen die sich insolvenzanfechtungsrechtliche Ansprüche richten. Parallel dazu wird die Position der Insolvenzgläubiger im Ergebnis geschmälert.
Evaluation	Das Ressort wird die durch das Regelungsvorhaben vorgenommenen Änderungen nach dem Ablauf von 5 Jahren evaluieren.
Der NKR erhebt im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags keine Einwände gegen die Darstellungen der Gesetzesfolgen im vorliegenden Regelungsvorhaben.	

**2. Im Einzelnen****2.1 Inhalt des Regelungsvorhabens**

Das Regelungsvorhaben verfolgt das Ziel, einen angemessenen Ausgleich zwischen Insolvenzgläubigern und denjenigen zu schaffen, gegen die sich potentiell insolvenzanfechtungsrechtliche Ansprüche richten (Gläubiger). Zudem sollen Rechtsunsicherheiten beseitigt werden, die vor allem für die Wirtschaft und für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus der aktuellen Rechtslage bei der Insolvenzanfechtung resultieren.

- (1) Das Regelungsvorhaben verfolgt mit § 131 Abs. 1 InsO-E den Zweck, Gläubiger, die einen Zwangsvollstreckungstitel erwirkt haben, besser vor einer Herausgabe des Vollstre-

ckungserfolgs zu schützen. Die Früchte einer solchen Zwangsvollstreckung sollen künftig nur dann Gegenstand einer Insolvenzanfechtung sein können, wenn der Gläubiger bei der Vollstreckung Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hatte.

- (2) Die aktuell geltenden Regelungen zur Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO-E führen in zahlreichen Fällen dazu, dass nicht eindeutig klar ist, ob und unter welchen Umständen verkehrsübliche Zahlungserleichterungen das Risiko einer Vorsatzanfechtung begründen.
- a) Nach § 133 Abs. 1 S.1, 2 InsO sind Handlungen anfechtbar, die der Schuldner mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen und der Anfechtungsgegner Kenntnis über den Benachteiligungsvorsatz hatte. Diese Kenntnis über den Benachteiligungsvorsatz wurde bisher vermutet, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass dem Schuldner eine Zahlungsunfähigkeit droht. Künftig greift die Vermutungsregel nur dann ein, wenn der Anfechtungsgegner zur Zeit der Handlung wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bereits eingetreten ist, § 133 Abs. 3 S. 1 InsO-E.
  - b) Mit § 133 Abs. 3 S. 2 InsO-E wird für Zahlungserleichterungen die Vermutungsregel eingeführt, dass der Anfechtungsgegner zum Zeitpunkt der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht kannte. Damit soll Rechtssicherheit für die Gläubiger geschaffen werden, die einem Schuldner bei vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten einen Zahlungsaufschub gewähren oder eine Ratenzahlung vereinbaren.
  - c) Mit § 133 Abs. 2 InsO-E wird schließlich die Anfechtungsfrist bei Deckungshandlungen von zehn auf vier Jahre verkürzt.
  - d) Mit der Neuregelung wird die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 bis 3 InsO-E für das Bargeschäftsprivileg nach § 142 InsO teilweise eingeschränkt. Eine Vorsatzanfechtung soll nur erfolgen können, wenn der Schuldner unlauter handelte und der andere Teil darüber Kenntnis hatte. Zudem wird klargestellt, dass das Bargeschäftsprivileg eingreift, wenn zwischen der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und der entsprechenden Zahlung des Arbeitsentgelts nicht mehr als drei Monate liegen. Ziel dieser Regelung ist es, vor allem für verspätet gezahltes Arbeitsentgelt mehr Rechtssicherheit zu erzeugen.
- (3) Mit dem Regelungsvorhaben sollen in §143 InsO-E außerdem Fehlanreize bei der Verzinsung des Anfechtungsanspruchs und der Nutzungsherausgabe beseitigt werden. Dazu sollen Rückgewährschulden und Nutzungen erst ab dem Zeitpunkt verzinst werden können, ab dem die Voraussetzungen eines Schuldnerverzugs nach § 291 BGB erfüllt sind.

Bisher waren Rückgewährschuld und Nutzung bereits ab dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zu verzinsen.

- (4) Mit dem Vorhaben soll zudem das Gläubigerantragsrecht gestärkt werden, § 14 Abs. 1 InsO-E, indem die Zulässigkeithürden für den Antrag eines Gläubigers auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesenkt werden.
- (5) Um den Gleichlauf von Insolvenzanfechtung und Einzelgläubigeranfechtung zu gewährleisten, werden die Änderungen des Insolvenzanfechtungsrechts auch im Anfechtungsgesetz nachvollzogen.

## 2.2 Darstellung der Gesetzesfolgen

Mit dem Regelungsvorhaben werden bestehende Unklarheiten beseitigt und Anpassungen bei der Insolvenzanfechtung vorgenommen. Dies führt im Ergebnis zu mehr Rechtssicherheit für alle Beteiligten. Daraus folgen Entlastungen für die Beteiligten, die durch die neue Rechtslage begünstigt werden und Belastungen für die Beteiligten, deren Position durch die Änderungen geschmälert wird. Der vorliegende Gesetzentwurf stärkt im Ergebnis die Rechtssicherheit vor allem für die Gruppe der Gläubiger, d. h. für diejenigen, gegen die sich potentiell insolvenzanfechtungrechtliche Ansprüche richten. Im Gegenzug wird durch das Regelungsvorhaben die Position der Insolvenzgläubiger geschmälert, wie beispielsweise durch die Verkürzung der Anfechtungsfrist von zehn auf vier Jahren.

Dem Ressort liegen auch nach der Länder- und Verbändebeteiligung keine qualitativen oder quantitativen Einschätzungen dazu vor, zu welchen Verschiebungen die genannten Anpassungen im Wirtschaftsverkehr und bei den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern führen. Der NKR bedauert, dass die Interessengruppen, auf den Bedarf der Anpassungen aufmerksam gemacht und auf ein entsprechendes Regelungsvorhaben gedrungen haben, sich nicht stärker in das Verfahren der Gesetzesfolgenabschätzung eingebracht haben. Im Übrigen hat das Ressort die Regelungsfolgen nachvollziehbar und plausibel dargestellt.

## 2.3 Abschließende Stellungnahme

Der NKR erhebt im Rahmen seines gesetzlichen Auftrags keine Einwände gegen die Darstellungen der Gesetzesfolgen im vorliegenden Regelungsvorhaben.

Dr. Ludewig  
Vorsitzender

Prof. Versteyl  
Berichterstatteerin i. V.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

## Stellungnahme des Bundesrates

Der Bundesrat hat in seiner 939. Sitzung am 27. November beschlossen,  
zu dem Gesetzentwurf gemäß Artikel 76 Absatz 2 des Grundgesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zu Artikel 1 Nummer 1a -neu- (§ 35 Absatz 2 Satz 2 InsO),  
Nummer 6 -neu- (§ 303a Satz 2 InsO)

Artikel 1 ist wie folgt zu ändern:

- a) Nach Nummer 1 ist folgende Nummer einzufügen:

'1a. In § 35 Absatz 2 Satz 2 wird die Angabe "Absatz 3" durch die Angabe "Absatz 2" ersetzt.'

- b) Folgende Nummer ist anzufügen:

'6. In § 303a Satz 2 wird die Angabe "Absatz 2" durch die Angabe "Absatz 3" ersetzt.'

### Begründung:

Es handelt sich um Korrekturen zweier redaktioneller Versehen. Durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15. Juli 2013 (BGBl. I 2013, S. 2379) sind zwei fehlerhafte Verweisungen in § 35 Absatz 2 Satz 2 und in § 303a Satz 2 InsO aufgenommen worden:

Zu Buchstabe a:

In § 35 InsO wird die Insolvenzmasse definiert. § 35 Absatz 2 Satz 1 InsO sieht vor, dass der Insolvenzverwalter eine selbständige Tätigkeit des Schuldners freigeben kann, so dass Vermögen aus der selbständigen Tätigkeit nicht zur Masse gehört. In diesem Fall soll es dem Schuldner aber obliegen, durch Zahlungen an den Verwalter die Gläubiger so zu stellen, als wäre er ein "angemessenes Dienstverhältnis" eingegangen. Diese Verpflichtung ergibt sich aus § 295 Absatz 2 InsO. Die Verweisung in § 35 Absatz 2 Satz 1 InsO auf den - nicht bestehenden - Absatz 3 des § 295 InsO ist irrtümlich erfolgt.

Zu Buchstabe b:

In § 303a Satz 2 Nummer 1 InsO wird unter anderem eine Eintragung in das Schuldnerverzeichnis angeordnet, wenn dem Schuldner die Restschuldbefreiung "auf Antrag

eines Insolvenzgläubigers nach § 300 Absatz 2 versagt worden ist". Jene Versagungsvoraussetzungen, auf die die Vorschrift verweist, finden sich aber in § 300 Absatz 3 InsO.

2. Zu Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe a (§ 131 Absatz 1 Satz 2 InsO)

In Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe a sind in § 131 Absatz 1 Satz 2 nach dem Wort "Abwendung" die Wörter "oder zur Abwendung einer angedrohten Ersatzfreiheitsstrafe" einzufügen.

Begründung:

Mit der Ergänzung von § 131 Absatz 1 InsO bezweckt der Gesetzentwurf die Herausnahme von Sicherungen und Befriedigungen durch Zwangsvollstreckung sowie von Zahlungen unter dem Druck drohender Zwangsvollstreckung aus dem Tatbestand der Inkongruenzanfechtung.

Eine vergleichbare Situation besteht bei der Zahlung auf eine strafgerichtlich verhängte Geldstrafe gemäß § 40 StGB. Soweit diese nicht eingebracht werden kann oder eine Vollstreckung von vornherein unterbleibt, weil zu erwarten ist, dass diese erfolglos bleiben wird, ordnet die Vollstreckungsbehörde die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 43 StGB an (§ 459e StPO). Die mögliche Anordnung der Ersatzfreiheitsstrafe wird dem Verurteilten im Rahmen der an ihn gerichteten Zahlungsaufforderungen angekündigt. Erfolgt seitens des Verurteilten eine Zahlung, wird dies vielfach zur Abwendung der Ersatzfreiheitsstrafe erfolgen.

Die Rechtsprechung stellt die Geldleistung auf eine verhängte Geldstrafe gemäß § 40 StGB unter dem Druck der drohenden Ersatzfreiheitsstrafe der Zahlung zur Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung gleich (vgl. BGH, Urteil vom 14. Oktober 2010, Gz.: IX ZR 16/10, Rn. 8). Daher muss im Rahmen von § 131 Absatz 1 Satz 2 InsO-E konsequenterweise ein Gleichlauf von Geldstrafenvollstreckung und Zwangsvollstreckung hergestellt werden. Da der Begriff "Zwangsvollstreckung" nach allgemeinem Verständnis dem zivilrechtlichen Bereich zugeordnet wird, ist hierfür die Zahlung nach Androhung einer Ersatzfreiheitsstrafe in der Vorschrift ausdrücklich zu nennen.

3. Zu Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a (§ 133 Absatz 3 Satz 2 InsO),

Artikel 3 Nummer 1 Buchstabe a (§ 3 Absatz 3 Satz 2 AnfG)

a) In Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a ist § 133 Absatz 3 Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Eine Zahlungsvereinbarung oder die sonstige Gewährung einer Zahlungserleichterung durch den anderen Teil an den Schuldner erbringt keinen Beweis dafür, dass der andere Teil zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte."

b) In Artikel 3 Nummer 1 Buchstabe a ist § 3 Absatz 3 Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Eine Zahlungsvereinbarung oder die sonstige Gewährung einer Zahlungserleichterung durch den anderen Teil an den Schuldner erbringt keinen Beweis dafür, dass der andere Teil zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte."

Begründung:

§ 133 Absatz 3 Satz 2 InsO-E sowie der wortgleiche § 3 Absatz 3 Satz 2 AnfG-E sollen eine wichtige Klarstellung für die Behandlung der praktisch bedeutsamen Fallgruppe der Zahlungserleichterungen treffen und die verbreitete und bewährte Praxis, mit Schuldner bei vorübergehenden Liquiditätsschwierigkeiten einen Zahlungsaufschub oder Ratenzahlungsvereinbarungen zu vereinbaren und diesen damit eine Art Überbrückungsfinanzierung zu gewähren, auf rechtssicheren Boden stellen.

Die rechtstechnische Umsetzung dieses berechtigten und zu unterstützenden Anliegens durch die in § 133 Absatz 3 Satz 2 InsO-E und § 3 Absatz 3 Satz 2 AnfG-E enthaltene "Vermutung" ist allerdings nicht überzeugend, weil sie sich nicht in die Struktur des § 133 InsO beziehungsweise des § 3 AnfG einfügt.

Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Anfechtende - in den Fällen des § 133 InsO der Insolvenzverwalter - die Darlegungs- und Beweislast unter anderem für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des anderen Teils von diesem Vorsatz (vgl. MüKo-Kayser, InsO (3. Aufl. 2013), § 133 Rn. 22). § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO (ebenso § 3 Absatz 1 Satz 2 AnfG)

statuiert zu Gunsten des Insolvenzverwalters beziehungsweise des Anfechtenden eine Vermutung, die an die Kenntnis objektiver Umstände anknüpft.

Es handelt sich um eine Vermutung im Sinne von § 292 ZPO (vgl. MüKo-Kayser, a.a.O., § 133 Rn. 26). Die Vermutungsbasis des § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO beziehungsweise des § 3 Absatz 1 Satz 2 AnfG, die nach allgemeinen Grundsätzen ebenfalls vom Anfechtenden (Insolvenzverwalter) darzulegen und zu beweisen ist, besteht aus zwei Teilen:

- Der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte.
- Der andere Teil wusste, dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Gelingt dem Insolvenzverwalter beziehungsweise dem Anfechtenden dieser Nachweis, wird die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vermutet. Der Anfechtungsgegner muss dann seinerseits den Beweis des Gegenteils führen und beweisen, dass er diese Kenntnis nicht hatte. Die Vermutung führt somit zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast zu Lasten des Anfechtungsgegners.

§ 133 Absatz 3 Satz 2 InsO-E (ebenso § 3 Absatz 3 Satz 2 AnfG-E) knüpft an die Vermutung des § 133 Absatz 1 Satz 2 InsO an (beziehungsweise § 3 Absatz 1 Satz 2 AnfG) und stellt für einen Teil der Vermutungsbasis ("Der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte.") eine Art "Gegenvermutung" auf.

Das fügt sich nicht in die Systematik des Gesetzes ein, weil der Insolvenzverwalter beziehungsweise der Anfechtende ohnehin die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte. Gesetzliche Vermutungen sind besondere Normen der Beweislast-

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

verteilung (siehe nur MüKo-Prütting, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 292 Rn. 26). Zu einer Änderung der Beweislastverteilung kommt es hier aber gerade nicht. Die Vermutung des § 133 Absatz 3 Satz 2 InsO-E soll zu Gunsten des Anfechtungsgegners wirken, der ohnehin nicht darlegungs- und beweisbelastet ist. Gleiches gilt für § 3 Absatz 3 Satz 2 AnfG-E.

Hinzu kommt Folgendes:

- Nach allgemeinen Grundsätzen müsste der Anfechtungsgegner die ihm günstige Vermutungsbasis, nämlich die Gewährung einer Zahlungserleichterung an den Schuldner, darlegen und beweisen, um von der Vermutungsfolge "zu profitieren". Bislang muss der Insolvenzverwalter die Gewährung einer Zahlungserleichterung darlegen und beweisen, um daraus (zu Lasten des Anfechtungsgegners) ein Beweisanzeichen für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ableiten zu können. Das ist widersprüchlich und verwirrend.
- Die im Gesetzentwurf enthaltene Formulierung deutet zudem darauf hin, dass sich die Position des Anfechtungsgegners durch Gewährung einer Zahlungserleichterung an den Schuldner sogar verbessern soll. Eine unbefangene Lektüre des Textes könnte nahelegen, dass der Insolvenzverwalter in den Fällen, in denen eine Zahlungserleichterung gewährt wurde, "mehr" beweisen muss als in den Fällen, in denen es eine solche gar

nicht gegeben hat. Das entspricht aber nicht den Ausführungen in der Begründung.

Richtiger ist es daher, das Ziel des Gesetzentwurfes durch eine (negative) gesetzliche Beweisregel im Sinne von § 286 Absatz 2 ZPO zu erreichen:

Der Tatrichter soll im Rahmen seiner Beweiswürdigung daran gehindert sein, aus der Gewährung einer Zahlungserleichterung auf die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu schließen. Die bloße Gewährung einer Zahlungserleichterung und die dieser typischerweise zugrundeliegende Bitte des Schuldners soll im Rahmen der Beweiswürdigung nach § 286 Absatz 1 ZPO "neutral" sein und nicht als Beweisanzeichen/Indiz zu Lasten des Anfechtungsgegners herangezogen werden dürfen. Umstände, die darüber hinausgehen, soll der Insolvenzverwalter uneingeschränkt geltend machen dürfen (BR-Drucksache 495/15, Einzelbegründung zu § 133 Absatz 2 und 3 InsO-E, S. 14).

Als eine solche Beweisregel war auch noch der Referentenentwurf ausgestaltet (§ 133 Absatz 3 Satz 2 InsO-Referentenentwurf und § 3 Absatz 3 Satz 2 AnfG-Referentenentwurf).

Die vorgeschlagene Formulierung entspricht Eins-zu-eins dem Regelungsgehalt des Gesetzentwurfes, fügt sich aber zudem harmonisch in die Struktur des § 133 InsO beziehungsweise des § 3 AnfG ein.

#### 4. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 142 Absatz 1 InsO)

In Artikel 1 Nummer 4 sind in § 142 Absatz 1 die Wörter "erkannt hat, dass der Schuldner unlauter handelte." durch die Wörter "erkennen musste, dass die Gegenleistung weder zur Sicherung des Lebensbedarfs erforderlich ist noch der Fortführung oder Sanierung des Unternehmens dient." zu ersetzen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Begründung:

Der Gesetzentwurf sieht vor, die Vorsatzanfechtung nicht mehr in Gänze, sondern nur noch insoweit vom Bargeschäftsprivileg auszunehmen, als der Schuldner unlauter handelte und der Leistungsempfänger dies erkannt hat.

Ein unlauteres Handeln liege bei gezielter Benachteiligung von Gläubigern vor, wie sie etwa gegeben ist, wenn es dem Schuldner in erster Linie darauf ankommt, durch die Befriedigung des Leistungsempfängers andere Gläubiger zu schädigen. Unlauter handele ein Schuldner bei Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit auch, wenn er Vermögen für Leistungen verschleudert, die den Gläubigern unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt nutzen können, wie dies etwa bei Ausgaben für flüchtige Luxusgüter der Fall ist. Auch das Abstoßen von Betriebsvermögen, das zur Aufrechterhaltung des Betriebs unverzichtbar ist, kann unlauter sein, wenn der Schuldner den vereinnahmten  
Gegenwert  
seinen Gläubigern entziehen will.

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

Der Leistungsempfänger muss laut dem Gesetzentwurf erkannt haben, dass der Schuldner unlauter handelte.

Damit schränkt der Gesetzentwurf im Vergleich zur Judikatur die Vorsatzanfechtung von Bargeschäften erheblich weiter ein.

Letztendlich sind nach dem Gesetzentwurf nur noch Fälle vom Bargeschäftsprivileg ausgenommen, bei denen der Insolvenzverwalter nachweisen kann, dass Schuldner und Leistungsempfänger kollusiv mit der Absicht, die Gläubigergemeinschaft bewusst zu schädigen, zusammengewirkt haben.

Es ist absehbar, dass eine Anfechtung dieser gläubigerbenachteiligenden Bargeschäfte selbst bei unlauterem Verhalten des Schuldners häufig daran scheitern wird, dass der andere Teil entweder keine Kenntnis von der Unlauterbarkeit des schuldnerischen Handelns hat oder ihm diese nicht gerichtsfest nachgewiesen werden kann. Den insolventen Unternehmen ist es dadurch möglich, vor Stellung eines Insolvenzantrags das gesamte Betriebsvermögen ohne Kontrolle durch einen vorläufigen Insolvenzverwalter zulasten der Gläubigergemeinschaft anfechtungssicher zu veräußern oder sonstige Bargeschäfte zu tätigen, die unter keinem erdenklichen Gesichtspunkt den Gläubigern nutzen können. Ob die hierfür erhaltene Gegenleistung tatsächlich gleichwertig war, bei Insolvenzantrag noch im schuldnerischen Vermögen vorhanden ist oder gar insgesamt nur fingiert wurde, kann nachträglich vom späteren Insolvenzverwalter nur schwer nachgeprüft und bewiesen werden. Aufgrund der erheblich erschwerten Beweislast kann es dem Schuldner sogar gelingen, elementares Betriebsvermögen an Strohleute anfechtungssicher zu verschieben.

Der Nachweis der Kenntnis des Leistungsempfängers von der Absicht des Schuldners, dass es ihm in erster Linie auf die Schädigung der Gläubiger ankommt, bedarf erst der Entwicklung einer Rechtsprechung, die aus objektiven Be-

weisanzeichen auf die subjektive Kenntnis des Leistungsempfängers von den subjektiven Absichten des Schuldners schließen lassen. Dies ist nicht im Sinne einer Verbesserung der Rechtssicherheit.

Der Gesetzentwurf sieht zudem ausdrücklich vor, dass die Aufrechterhaltung eines unrentablen Geschäftsbetriebs vom Bargeschäftsprivileg geschützt werden soll. Dies widerspricht dem Ziel der Insolvenzordnung, auf eine Sanierung von Unternehmen abzielen. Es wird dem Schuldner so ermöglicht, trotz eingetretener Zahlungsunfähigkeit weiterhin am Markt zu verbleiben, sich durch Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs durch anfechtungssichere Bargeschäfte und bewussten Ausfall der übrigen Gläubiger wettbewerbswidrige Vorteile zu verschaffen und die Insolvenzmasse ohne ernsthaften Fortführungswillen nachhaltig zu schmälern. Hierdurch besteht im besonderen Maße die Gefahr, dass andere Marktteilnehmer durch ruinösen Wettbewerb mit in die Insolvenz gezogen werden. Dies kann auch nicht im Interesse der Wirtschaft sein.

Die im Gesetzentwurf enthaltene Regelung widerspricht den Zielen der Insolvenzordnung, gefährdet akut die Insolvenzmasse und verfestigt selbst im Rahmen von Insolvenzstraftaten begangene Vermögensverschiebungen.

Durch die vorgeschlagene Änderung des § 142 Absatz 1 InsO-E wird von dem wertenden, unbestimmten Rechtsbegriff der Unlauterbarkeit Abstand genommen. Vom Bargeschäftsprivileg ausgenommen sind nunmehr diejenigen Bargeschäfte, bei denen die Voraussetzungen einer Vorsatzanfechtung vorliegen (und der Leistungsempfänger folglich Kenntnis von dem Vorliegen eines Insolvenzgrundes hat), wenn der Leistungsempfänger erkennen musste, dass das gläubigerbenachteiligende Bargeschäft die Krise weiter verschärft. In diesem Fall ist der Leistungsempfänger nicht schutzwürdig, da er mit seinem Handeln die Gläubigergemeinschaft sowie kostendeckend wirtschaftende Mitbewerber schädigt.

Den Geschäftspartnern des Schuldners wird auch kein unverhältnismäßiges Anfechtungsrisiko aufgebürdet. Im Regelfall dient die Abwicklung normaler Geschäftsvorfälle unstreitig der Fortführung des schuldnerischen Unternehmens und ist bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen als Bargeschäft anfechtungssicher. Lediglich in Fällen, in denen der erkannt insolvente Schuldner anfängt, seinen Warenbestand unter Wert zu verschleudern oder zum Beispiel die Geschäftseinrichtung verkauft, wird durch die vorgeschlagene Regelung verhindert, dass hier anfechtungssichere Fakten geschaffen werden. Denn es soll sichergestellt werden, dass die Auflösung des Geschäftsbetriebes im Interesse der Gläubigergemeinschaft gegebenenfalls unter Überwachung durch einen vom Gericht eingesetzten vorläufigen Insolvenzverwalter geschieht.

Durch das Abstellen auf objektive Tatbestandsmerkmale soll der Verbesserung der Rechtssicherheit Rechnung getragen werden.

##### 5. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 142 Absatz 2 Satz 1 InsO)

In Artikel 1 Nummer 4 sind in § 142 Absatz 2 Satz 1 die Wörter "und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs" zu streichen.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Begründung:

Nach dem sogenannten Bargeschäftsprivileg in § 142 Absatz 1 InsO-E sind Leistungen des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt ist, nur unter erschwerten Voraussetzungen anfechtbar.

Im neugeschaffenen § 142 Absatz 2 InsO-E wird das Kriterium der "Unmittelbarkeit" zwischen Leistung und Gegenleistung definiert: Danach ist der Austausch von Leistung und Gegenleistung unmittelbar, wenn er "nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt".

Die gesetzliche Bezugnahme auf die "Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs" ist abzulehnen, weil sie zu Lasten des Wirtschaftsverkehrs und der Justiz zu Rechtsunsicherheiten und Verfahrensverzögerungen führen dürfte, die mit dem Gesetzentwurf gerade vermieden werden sollen.

Die Begründung des Gesetzentwurfes enthält keine Kriterien, wie der unbestimmte Rechtsbegriff der "Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs" auszulegen ist. Insoweit dürften sich - vergleichbar mit dem Begriff des Handelsbrauchs in § 346 HGB - diese Gepflogenheiten künftig jeweils nur im Einzelfall und unter Zuhilfenahme von Sachverständigen gerichtlich feststellen lassen. Dabei dürfte erschwerend zu berücksichtigen sein, dass diese Gepflogenheiten branchen- und gegebenenfalls sogar regional- oder saisonabhängig differenziert ermittelt werden müssten. Im Ergebnis führt dies zu spürbaren

Verfahrensverzögerungen und erheblichen Mehrkosten für die beteiligten Parteien sowie zu einer Mehrbelastung der entscheidenden Gerichte und damit zu Effekten, die gerade verhindert werden sollen.

Die Streichung des unbestimmten Rechtsbegriffs in § 142 Absatz 2 Satz 1 InsO-E führt auch nicht zu unbilligen Ergebnissen, weil die "Unmittelbarkeit" des Leistungsaustauschs noch immer einen "engen zeitlichen Zusammenhang" erfordert und sich an der "Art der ausgetauschten Leistung" orientiert. Diese Begriffe lassen der Rechtsprechung angemessenen und ausreichenden Spielraum, um über die Unmittelbarkeit eines Leistungsaustauschs unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden, ohne zusätzliche zeit- und kostenintensive Ermittlungen anstellen zu müssen.

6. Zu Artikel 1 Nummer 4 ( § 142 Absatz 2 Satz 1 InsO)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine klare zeitliche Festlegung des "engen zeitlichen Zusammenhangs" in § 142 Absatz 2 Satz 1 InsO zu prüfen. In die Prüfungen sollten - neben der Angleichung an die Frist von drei Monaten (§ 142 Absatz 2 Satz 2 InsO) - auch kürzere Fristen einbezogen werden, soweit sie den Be-

dürfnissen der Wirtschaft gerecht werden.

Begründung:

Im Gesetzentwurf wird der enge zeitliche Zusammenhang lediglich für die Frage der Anfechtbarkeit von Arbeitsentgeltzahlungen näher konkretisiert (§ 142 Absatz 2 Satz 2 InsO-E). Weiterhin undefiniert ist der enge zeitliche Zusammenhang bei allen übrigen Bargeschäften (§ 142 Absatz 2 Satz 1 InsO-E). Aus der bisher hierzu ergangenen Rechtsprechung ist eine klare zeitliche Vorgabe nicht erkennbar, so dass Rechtsunsicherheiten bei allen Beteiligten fortbestehen. Anstelle des unbestimmten Rechtsbegriffs sollte auch für alle übrigen Bargeschäfte (§ 142 Absatz 2 Satz 1 InsO-E) eine klare gesetzliche Regelung aufgenommen werden.

7. Zu Artikel 1 Nummer 4 (§ 142 Absatz 2 Satz 2 InsO)

In Artikel 1 Nummer 4 ist § 142 Absatz 2 Satz 2 wie folgt zu fassen:

"Gewährt der Schuldner seinem Arbeitnehmer Arbeitsentgelt oder führt er Teile des Arbeitsentgelts aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen an Dritte ab, ist ein enger zeitlicher Zusammenhang gegeben, wenn der Zeitraum zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts oder der Abführung von Teilen an Dritte drei Monate nicht übersteigt."

Begründung:

Der Gesetzentwurf macht das gezahlte Arbeitsentgelt insolvenzfester. Klarstellend sollten jedoch die auf den (Brutto-)Arbeitslohn entfallende und vom Arbeitgeber abgeführte Lohnsteuer und die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung einbezogen werden, weil diese zum Arbeitsentgeltanspruch des Arbeitnehmers und damit zur adäquaten Gegenleistung gehören. Die Lohnsteuer und die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung sind nämlich als Teil des Bruttolohns zugleich auch Teil der im Gegenseitigkeitsverhältnis stehenden Gegenleistung für die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers; der arbeitsrechtliche Anspruch des Arbeitnehmers umfasst den gesamten Bruttolohn.

Unter das Bargeschäftsprivileg fallen daher auch die Teile des Arbeitsentgelts, die aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen an Dritte (Lohnsteuer und Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung) abgeführt werden. Der Arbeitgeberanteil ist damit nicht umfasst.

8. Zu Artikel 1 Nummer 5 (§ 143 Absatz 1 Satz 4 -neu- InsO)

Artikel 1 Nummer 5 ist wie folgt zu fassen:

'5. Dem § 143 Absatz 1 werden folgende Sätze angefügt:

"Eine Geldschuld <... weiter wie Vorlage ...>. § 5 Absatz 4 des Gerichtskostengesetzes, § 7 Absatz 4 des Gesetzes über Gerichtskosten in Familiensachen, § 6 Absatz 4 des Gerichts- und Notarkostengesetzes, § 5 Absatz 4 des Justizverwaltungskostengesetzes und § 8 Absatz 4 des Gerichtsvollzieherkostengesetzes bleiben unberührt."

Begründung:

Nach den vorgenannten kostenrechtlichen Bestimmungen besteht für Ansprüche auf Rückzahlung von Justizkosten - ebenso wie für Ansprüche auf deren Zahlung - ein Verzinsungsausschluss. Es sollte klargestellt werden, dass diesem Verzinsungsausschluss Vorrang gegenüber der allgemeinen Verzinsungspflicht für insolvenzrechtliche Forderungen nach Maßgabe des § 143 Absatz 1 Satz 3 InsO-E zukommt. Dies erscheint zur Vermeidung eines gerade bei marginalen Zinsforderungen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwandes angezeigt und ist im Hinblick darauf, dass Zinsen für Ansprüche auf Zahlung von Justizkosten gleichfalls nicht geltend gemacht werden können, sachlich gerechtfertigt.

9. Zum Gesetzentwurf insgesamt (Evaluationsklausel)

Der Bundesrat bittet, im weiteren Gesetzgebungsverfahren eine Evaluationsklausel gesetzlich einzuführen. Anhand von geeigneten und präzisen Kriterien soll eine Evaluation der Auswirkungen der vorgesehenen Neuregelungen im Insolvenzanfechtungsrecht vorgenommen werden.

Begründung:

Die im Gesetzentwurf vorgesehenen Änderungen des Insolvenzanfechtungsrechts werden mit der Behauptung begründet, die Praxis der Insolvenzanfechtung auf Grundlage der bestehenden Anfechtungsvorschriften stelle eine Belastung des Wirtschaftsverkehrs mit "unverhältnismäßigen und unkalkulierbaren Risiken" dar. Diese Behauptung entbehrt bislang einer durch Fakten und Zahlen unterlegten Grundlage; eine fachliche Notwendigkeit für Änderungen im Insolvenzanfechtungsrecht ist aufgrund empirischer Datenerhebung bislang nicht begründet.

Soweit in der Begründung des Gesetzentwurfes im Allgemeinen Teil Abschnitt VII. lediglich pauschal eine Evaluation der Auswirkungen der Neuregelungen im Insolvenzanfechtungsrecht angekündigt ist, erscheint dies dem Bundesrat nicht ausreichend. Vielmehr ist eine verbindliche, gesetzlich verankerte Evaluationsklausel geboten.

Es sollen geeignete Evaluationskriterien entwickelt werden, die nach Ablauf der Evaluationsperiode eine Bewertung der fachlichen Notwendigkeit und gegebenenfalls bestehenden Anpassungsbedarf der vorgenommenen Änderungen im Insolvenzanfechtungsrecht ermöglichen. Die Evaluation sollte unter anderem die Auswirkungen des Gesetzes nach Zahl und Höhe der Insolvenzanfechtungen und ihre Verteilung auf die verschiedenen Gläubigergruppen darstellen sowie nach den verschiedenen Anfechtungstatbeständen differenzieren.

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

Anlage 4

### Gegenäußerung der Bundesregierung

Die Bundesregierung äußert sich zu der Stellungnahme des Bundesrates wie folgt:

**Zu Nummer 1** (Artikel 1 Nummer 1a -neu- – § 35 Absatz 2 Satz 2 InsO; Artikel 1 Nummer 6 -neu- – § 303a Satz 2 InsO)

Die Bundesregierung stimmt dem Vorschlag des Bundesrates zu.

**Zu Nummer 2** (Artikel 1 Nummer 2 Buchstabe a – § 131 Absatz 1 Satz 2 InsO)

Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates prüfen.

**Zu Nummer 3** (Artikel 1 Nummer 3 Buchstabe a – § 133 Absatz 3 Satz 2 InsO, Artikel 3 Nummer 1 Buchstabe a – § 3 Absatz 3 Satz 2 AnfG)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab.

Eine klare Regelung der für die Praxis wichtigen Fallgruppe der Zahlungserleichterung ist eines der Hauptanliegen des Reformvorhabens. Die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehene gesetzliche Vermutung schafft die erforderliche Verlässlichkeit für den Wirtschaftsverkehr. Sie fügt sich auch in die bestehende Systematik des Gesetzes ein. Bereits nach geltendem Recht muss der Insolvenzverwalter den Beweis erbringen, dass der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kannte. Vor diesem Hintergrund hat die Vermutung lediglich die Wirkung, dass der Verwalter den ihm obliegenden Beweis weder auf die Gewährung der Zahlungserleichterung noch auf die dieser Gewährung typischerweise zugrunde liegende Bitte des Schuldners stützen kann. Umstände, die hierüber hinausgehen, kann der Verwalter hingegen uneingeschränkt geltend machen. Demgegenüber bleibt der Vorschlag des Bundesrates hinter der Regelung im Gesetzentwurf der Bundesregierung zurück. Zudem ist in der Regel nicht die Gewährung der Zahlungserleichterung ein Indiz für die Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit, sondern das Ersuchen des Schuldners um eine solche Erleichterung, mit dem er dem Gläubiger eine Liquiditätslücke offenbart. Es bleibt offen, ob die vom Bundesrat vorgeschlagene Beweisregel auch die Stundungs- oder Ratenzahlungsbitte umfasst.

**Zu Nummer 4** (Artikel 1 Nummer 4 – § 142 Absatz 1 InsO)

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab.

Der Wirtschaftsverkehr sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer müssen darauf vertrauen können, dass Leistungen des Schuldners, für die zeitnah eine gleichwertige Gegenleistung in dessen Vermögen gelangt ist, grundsätzlich nicht mehr angefochten werden können. Das Merkmal der „erkannten Unlauterkeit“ stellt dies

Vorabfassung - wird durch die lektorierte Fassung ersetzt.

sicher und gewährleistet zugleich, dass missbräuchliche Vermögensdispositionen im Gewand von Bargeschäften auch künftig rückgängig gemacht werden können. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung knüpft mit dem Kriterium der „erkannten Unlauterkeit“ an die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an, die dem Unlauterkeitsbegriff im Kontext der Vorsatzanfechtung von kongruenten Deckungshandlungen deutliche Konturen verliehen hat. Zudem enthält die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung eine Reihe von Beispielen für unlauteres Verhalten, auf deren Grundlage sich der Unlauterkeitsbegriff konkretisieren lässt. Demgegenüber belastet der Änderungsvorschlag des Bundesrates den Rechtsverkehr mit erheblichen Rechtsunsicherheiten, etwa mit der Frage, in welchen Fällen eine Leistung noch der Fortführung oder Sanierung des Unternehmens dient. Die Stellungnahme des Bundesrates neigt dabei der Auffassung zu, dass das Bargeschäftsprivileg nicht greifen soll, wenn der schuldnerische Betrieb nicht mehr profitabel ist. Dies würde jedoch zu einer mit den Zielen des Gesetzentwurfs der Bundesregierung nicht zu vereinbarenden Einschränkung des Bargeschäftsprivilegs führen. Von Relevanz wäre das Bargeschäftsprivileg allein in den seltenen Fällen, in denen der Schuldner profitabel gewirtschaftet hat. Schließlich belastet der Änderungsvorschlag den Rechtsverkehr auch insoweit mit Rechtsunsicherheiten und Anfechtungsrisiken, als das Bargeschäftsprivileg schon bei einfacher Fahrlässigkeit im Hinblick auf die fehlende Fortführungsnotwendigkeit („erkennen musste“) nicht eingreifen würde.

#### **Zu Nummer 5 (Artikel 1 Nummer 4 – § 142 Absatz 2 Satz 1 InsO)**

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab.

Mit § 142 Absatz 2 Satz 1 der Insolvenzordnung in der Fassung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung (InsO-E) wird das bislang gesetzlich nicht näher definierte Erfordernis eines „unmittelbaren“ Leistungsaustauschs, das Voraussetzung eines Bargeschäfts ist, im Lichte der Vorstellungen des historischen Gesetzgebers und der höchstrichterlichen Rechtsprechung konkretisiert. Die Formulierung „und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs“ ist fester Bestandteil der Judikatur des Bundesgerichtshofs und des Bundesarbeitsgerichts. Das Merkmal hat auch eine eigenständige Bedeutung. So hat etwa das Bundesarbeitsgericht zur Begründung des 3-Monats-Zeitraums als Grenze eines „unmittelbaren“ Leistungsaustauschs bei Arbeitsleistungen maßgeblich auf die Verkehrsauffassung abgestellt (vgl. BAG, Urteil vom 6. Oktober 2011 – 6 AZR 262/10 Rn. 17). Mit Blick auf die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hat auch der Bundesgerichtshof für eine Reihe von weiteren Fallgruppen die Zeiträume und Anknüpfungspunkte für den Beginn dieser Zeiträume konkretisiert (vgl. etwa BGH, Urteil vom 13. April 2006 – IX ZR 158/05 Rn. 31 ff.). Rechtsunsicherheiten oder Verfahrensverzögerungen sind daher nicht zu gewärtigen.

#### **Zu Nummer 6 (Artikel 1 Nummer 4 – § 142 Absatz 2 Satz 1 InsO)**

Nach Auffassung der Bunderegierung ist eine allgemeine gesetzliche Festlegung des Bargeschäftszeitraums schwierig. Auch in der höchstrichterlichen Judikatur wird immer wieder darauf hingewiesen, dass sich der für ein Bargeschäft unschädliche Zeitraum kaum allgemein festlegen lasse (vgl. etwa BGH, Urteil vom 13. April 2006 – IX ZR 158/05 Rn. 31; BAG, Urteil vom 6. Oktober 2011 – 6 AZR 262/10 Rn. 14). Die Frage, ob ein Austausch gleichwertiger Leistungen in einem engen zeitlichen Zusammenhang erfolgt und damit Bargeschäft ist, hängt wesentlich von der Art der ausgetauschten Leistungen und den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs ab. Im Übrigen hat für eine Reihe von Fallgruppen die Rechtsprechung die Zeiträume und Anknüpfungspunkte für den Beginn dieser Zeiträume bereits hinreichend konkretisiert. Für Arbeitsleistungen ist die gesetzliche Klarstellung geboten, um Rechtsunsicherheiten zu beseitigen, die durch eine uneinheitliche höchstrichterliche Rechtsprechung entstanden sind.

#### **Zu Nummer 7 (Artikel 1 Nummer 4 – § 142 Absatz 2 Satz 2 InsO)**

Die Bundesregierung hält den Vorschlag des Bundesrates nicht für zielführend.

Sie ist der Auffassung, dass die Interessen der öffentlich-rechtlichen Gläubiger durch die anderweitigen Regelungen ihres Gesetzentwurfs hinreichend gewahrt sind.

**Zu Nummer 8 (Artikel 1 Nummer 5 – § 143 Absatz 1 Satz 4 -neu- InsO)**

Die Bundesregierung wird den Vorschlag des Bundesrates prüfen.

**Zu Nummer 9 (Zum Gesetzentwurf insgesamt – Evaluationsklausel)**

Die Bundesregierung lehnt den Vorschlag des Bundesrates ab.

Im Allgemeinen Teil der Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ist bereits festgelegt, dass die Auswirkungen der vorgeschlagenen Neuregelungen im Insolvenzanfechtungsrecht fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes evaluiert werden sollen. Die Bundesregierung wird diese Evaluation anhand von geeigneten und präzisen Kriterien vornehmen. Eine gesetzliche Evaluationsklausel erscheint vor diesem Hintergrund entbehrlich.