

Stephan M. Schubert*

Vorsatzanfechtung und Bargeschäft: Zur Insolvenzanfechtung von Arbeitslöhnen unter Berücksichtigung der aktuellen Reformbestrebungen

Abstract

Im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers muss der Arbeitnehmer häufig um seinen Arbeitsplatz fürchten – soll er zudem noch lange vor der Insolvenz erhaltene Arbeitslöhne zurückzahlen müssen? Das Insolvenzanfechtungsrecht in seiner Ausgestaltung, die es durch die Rechtsprechung des BGH seit dem Jahre 2003 erhalten hat, macht das unter Umständen möglich. Das inzwischen zuständige BAG grenzte diese Möglichkeit ein, und ganz aktuell fühlt sich der Gesetzgeber berufen, Klarheit zu schaffen. Der Beitrag betrachtet die Entwicklung der BGH-Rechtsprechung (II.), analysiert sie und den Umgang des BAG mit ihr (III.) und untersucht die vom BAG vorgenommene sowie allgemein mögliche Einschränkung der (Vorsatz-)Insolvenzanfechtung (IV.). Die zu den jeweiligen Problembereichen vom Gesetzgeber avisierten Reformvorhaben werden dabei einer kritischen Würdigung unterzogen.

* Der Verfasser ist cand. iur. und studiert im siebten Semester Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Gedankt sei an dieser Stelle *David Ostertag* und *Marcel Kabl* für die Ermutigung zur Veröffentlichung sowie Prof. *Dr. Andreas Piekenbrock* für seine Anmerkungen und Hinweise.

I. Kurze Einführung in die Insolvenzanfechtung

Das Insolvenzverfahren dient dazu, die Gläubiger eines Schuldners gemeinschaftlich zu befriedigen (§ 1 S. 1 InsO). Dies soll durch die Verwertung des Vermögens des (Insolvenz-)Schuldners geschehen, das nicht mehr zur vollen Befriedigung der Forderungen aller (Insolvenz-)Gläubiger genügt und daher quotaal nach dem Verhältnis der Beträge ihrer Forderungen verteilt wird (vgl. § 39 Abs. 1 InsO). Um Schmälerungen dieser zu verteilenden Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) durch Vermögensverschiebungen zulasten der Gläubigergesamtheit rückgängig zu machen, sieht das Gesetz in den §§ 129-147 InsO für bestimmte Fälle vor, vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommene Rechtshandlungen anzufechten und so das durch sie an Dritte gelangte Vermögen in die Masse zurückzuführen.¹ Folge der Insolvenzanfechtung ist ein (in der Regel dem Insolvenzverwalter zustehender) Anspruch auf Rückgewähr dessen, was durch die Rechtshandlung veräußert, weggegeben oder aufgegeben wurde (§ 143 InsO); die Insolvenzanfechtung steht also in keinem Zusammenhang mit der Anfechtung von Willenserklärungen wegen Willensmängeln nach den §§ 142 ff., 119 ff. BGB, die angefochtene Rechtshandlung ist weder nichtig noch unwirksam.² Im Folgenden besonders relevant sind die Anfechtungsgründe der §§ 130, 131, 133 InsO: § 130 InsO regelt die Anfechtung sog. kongruenter Deckungen. Dies sind Rechtshandlungen, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherheit oder Erfüllung gewähren, die er dem Grunde nach sowie in der Art und zu der Zeit zu beanspruchen hatte (*argumentum e contrario* § 131 Abs. 1 InsO). Dementsprechend ermöglicht die Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO die Anfechtung von Rechtshandlungen, auf die der Gläubiger gar keinen, keinen fälligen oder einen andersartigen Anspruch hatte. Während die §§ 130 f. InsO nur eine Anfechtung von bis zu drei Monate vor Antragstellung zurückliegenden Deckungen erlauben, erfasst die Vorsatzanfechtung des § 133 Abs. 1 InsO Rechtshandlungen (auch Deckungen), die bis zu zehn Jahre vor dem Insolvenzantrag vom Schuldner selbst vorgenommen wurden, wenn damit die Gläubiger wissentlich und willentlich benachteiligt werden sollten und „der andere Teil“ (meist der Begünstigte) diesen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners kannte.³

¹ BT-Drs. 12/2443, S. 160; *Reischl*, Insolvenzzrecht, 3. Aufl. (2014), Rn. 569 ff.; *Zwanziger*, Insolvenzanfechtung und Arbeitsentgelt, BB 2007, 42; die Gläubigergleichbehandlung ist aber nur Geltungsgrund der sog. besonderen Insolvenzanfechtung (§§ 130-132 InsO), vgl. BGHZ 162, 143 (148 ff.); siehe zur Differenzierung zwischen allgemeiner (§§ 133, 134 InsO) und besonderer Insolvenzanfechtung unten in Abschnitt III. 2. d) cc) (4) und (5).

² *Foerste*, Insolvenzzrecht, 6. Aufl. (2014), Rn. 288.

³ *Ebd.*, Rn. 301.

II. Einleitung und Hinführung zur Problematik

Der BGH hat durch eine Rechtsprechungsänderung im Jahre 2003 die Anfechtung kongruenter Deckungen nach § 133 Abs. 1 InsO stark ausgedehnt:⁴ Er gab das Merkmal unlauteren Schuldnerhandelns als Voraussetzung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes bei der Vornahme kongruenter Deckungen auf. Nicht mehr erforderlich sollte auch sein, dass es dem Schuldner mehr auf die Gläubigerbenachteiligung als auf die Schuldtilgung ankam (Mehr-als-Formel), stattdessen sollte von nun an bedingter Benachteiligungsvorsatz genügen. Darauf folgend wurden viele Beweiserleichterungen eingeführt,⁵ wodurch – vorbehaltlich einer Gesamtwürdigung – die Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen bereits durchgreift, wenn Gläubiger und Schuldner zur Zeit der Leistung wussten, dass der Schuldner (drohend) zahlungsunfähig war.⁶ Dies tangiert auch § 142 InsO, nach dem Bargeschäfte insolvenzanfechtungsfest sind, wenn nicht die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind – bei einem zu weiten Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung droht eine Aushöhlung des Bargeschäftsprivilegs.⁷ Der Schutz des Bargeschäfts vor der verschärften Vorsatzanfechtung ist somit quasi die „Nagelprobe“⁸ der Rechtsprechung seit 2003. Besondere Brisanz hat diese Problematik bzgl. „des Vertrauens der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in ausgezahlte Löhne“, weswegen die Bundesregierung angekündigt hat, das Insolvenzanfechtungsrecht „auf den Prüfstand zu stellen“.⁹ Dazu hat nun das *Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz* (BMJV) am 10.9.2014 ein Diskussionspapier mit dem Titel

⁴ BGHZ 155, 75 (83); BGH, NZI 2003, 597 (598).

⁵ BGH, ZIP 2006, 2222 (2223 ff. Rn. 19 ff.); BGH, WM 2010, 1756, (1756 f. Rn. 10); dazu *Lau*, Vorsatzanfechtung – Zum Nachweis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes und der Kenntnis des Anfechtungsgegners, DB 2013, 1219 ff.; *Hutschenreuther/Neugebauer*, § 133 InsO – Das „ungewollte“ Lenkungsinstrument mit ungewollter Reichweite, ZInsO 2013, 1221 ff.; siehe dazu noch unten in Abschnitt III. 2. c) bb) (2).

⁶ Krit. dazu *Bork*, Die Renaissance des § 133 InsO, ZIP 2004, 1684 ff.; *Foerste*, Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung, NZI 2006, 6 ff.; *ders.*, Die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) – zum politischen Potenzial der Begriffsjurisprudenz, in: FS Picker, 2010, S. 227 ff.; *ders.*, Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung – ein rechtsstaatliches Problem, ZInsO 2013, 897 ff.; *Jensen*, Stufenverhältnis zwischen §§ 130, 131 und § 133 InsO?, NZI 2013, 471 ff.; *Priebe*, Risiko Ratenzahlung – ein Gespenst geht um in Deutschland: die Vorsatzanfechtung, § 133 InsO, ZInsO 2013, 2479 ff.

⁷ *Kayser*, Der Rechtsgedanke des Bargeschäfts – Ein Beitrag zu den Grenzen des Anwendungsbereichs des § 142 InsO, in: FS Fischer, 2008, S. 267 (280); *Foerste*, Die Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) – zum politischen Potenzial der Begriffsjurisprudenz, in: FS Picker, 2010, S. 227 (246 f.).

⁸ So *Foerste*, Zum Ausschluss der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) bei „bargeschäftsähnlicher Lage“, WM 2014, 1213 (1214).

⁹ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 25 unter „Rechtsrahmen“.

„Eckpunkte für eine Reform des Anfechtungsrechts“ vorgelegt, mit dem es den Arbeitnehmerschutz stärken (bzw. einführen) und „für mehr Rechtssicherheit sorgen“ will.¹⁰ Auf den Inhalt im Einzelnen wird noch zurückzukommen sein.

Ein Urteil zur Thematik „Vorsatzanfechtung von als Bargeschäft qualifizierten Lohnzahlungen“¹¹ fällt Anfang dieses Jahres das *BAG*:

III. *BAG*, Urt. v. 29.01.2014 – 6 AZR 345/12

1. Sachverhalt¹²

Die Anfechtungsgegnerin war Alleinhalterin der Schuldnerin, einer Aktiengesellschaft, über deren Vermögen am 10.08.2007 ein Insolvenzverfahren beantragt und am 13.09.2007 eröffnet worden war. Die Beklagte hatte aufgrund ihrer Tätigkeit umfassenden Einblick in die internen Bilanzen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Schuldnerin, die seit Anfang 2007 zahlungsunfähig war und dies erkannt hatte. Löhne und Gehälter wurden aber weiterhin termingerecht zu Beginn des Folgemonats an die Mitarbeiter gezahlt. Der klagende Insolvenzverwalter begehrte nun von der Beklagten Rückzahlung des von der Schuldnerin gezahlten Nettoentgelts für die Monate Januar bis Juli zur Masse (knapp über 10 Tsd. €).

2. Rechtliche Würdigung

a) Rechtsweg, Anfechtungsgegner und „Existenzminimum“

Seit dem Beschluss des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 27.09.2010¹³ ist die Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig für Anfechtungsklagen bzgl. der Rückgewähr von Lohnzahlungen. Dies ist auf nicht unerhebliche Kritik gestoßen,¹⁴ da durch den nun möglichen Einfluss der Arbeitsgerichte auf das Insolvenzanfechtungsrecht eine Rechtszersplitterung in Folge der Rechtswegspaltung befürchtet wird.¹⁵

¹⁰ Papier „Eckpunkte für eine Reform des Anfechtungsrechts“ des *BMJV*, abrufbar unter http://www.mittelstandsverbund.de/_obj/6D8D55C6-36C1-4F11-B19D-7847CB95D733/outline/Eckpunktepapier-Insolvenzanfechtungsrecht.pdf, zuletzt abgerufen am 03.12.2014; *Jahn*, Insolvenzverwalter bangen um ihre Recht, *FAZ* v. 15.10.2014; krit. *Bork*, Neues Insolvenzanfechtungsrecht: Verschärfung oder Entmachtung?, *ZIP* 2014, 1905 ff. und *ZIP* 2014 A 82, Nr. 299.

¹¹ Werden im Folgenden nur „Löhne“ aufgeführt, sind damit auch „Gehälter“ gemeint.

¹² *BAG*, *ZIP* 2014, 628 (628 Rn. 1 ff.).

¹³ *GmS-OGB*, *BGHZ* 187, 105 ff.

¹⁴ Sogar mit verfassungsrechtlichen Bedenken: *Kreft*, Der Rechtsweg für Insolvenzanfechtungsklagen, *ZIP* 2013, 241 ff.

¹⁵ *Bork*, Anmerkung zu *GmS-OGB*, *Beschl.* v. 27.09.2010 – *GmS-OGB* 1/09, *EWiR* 2010, 765 f.; *Huber*, Anmerkung zu *BAG*, *Urt.* v. 06.10.2011 – 6 AZR 262/10, *EWiR*, 2011, 817 (818);

Da die Beklagte noch keinen Insolvenzgeldantrag gestellt hatte (§ 169 S. 1, 3 SGB III), ist sie, wie das BAG konstatierte, Anfechtungsgegnerin.¹⁶

Zunächst erörterte das BAG ausführlich, ob bei kongruenten (Lohnforderungs-)Deckungen die Anfechtung zum Schutz des im Entgelt enthaltenen Existenzminimums durch verfassungskonforme Auslegung der §§ 129 ff. InsO (teilweise) auszuschließen sei.¹⁷ Da die Anfechtung im Urteilsfall aber nicht durchgriff, konnte das BAG die Frage unbeantwortet lassen.¹⁸

b) Die Lohnzahlungen als Bargeschäft i.S.d. § 142 InsO

Eine Anfechtung der Lohnzahlungen nach § 130 InsO prüfte das BAG erst gar nicht, da bereits der Kläger davon ausgegangen war, dass die Lohnzahlungen unter das Bargeschäftsprivileg nach § 142 InsO fielen.¹⁹

Nach § 142 InsO liegt ein nur noch nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbares Bargeschäft vor, wenn für eine Leistung des Schuldners unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in dessen Vermögen gelangt.

aa) Leistung und (vereinbarte) gleichwertige Gegenleistung

Der Schuldner muss für seine Leistung aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner (rechtsgeschäftliche Verknüpfung) eine gleichwertige Gegenleistung erhalten haben.²⁰ Die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung ist nach objektiven Maßstäben zu beurteilen.²¹ Die Schuldnerin hatte durch Zahlung des streitgegenständlichen Lohns das Entgelt erbracht, das sie aus dem vor ihrer finanziellen Krise geschlossenen Arbeitsvertrag schuldete.²² Zahlt der Arbeitgeber nach Erbringung der Arbeitsleistung dem Arbeitnehmer den

a.A.: *Windel*, AP ArbGG 1979 § 2 Zuständigkeitsprüfung Nr. 14, Anm. unter II.; *Jacobs*, Rechtsweg bei Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters gegen Arbeitnehmer des Insolvenzschuldners, NJW 2009, 1932 ff.

¹⁶ BAG, ZIP 2014, 628 (629 Rn. 11-14); zum Problem des Insolvenzgeldantrags nach Deckungsanfechtung (inkl. § 133 InsO): *Windel*, Das Bargeschäftsprivileg für Lohnnachzahlungen, ZIP 2014, 2167 (2170 f.).

¹⁷ BAG, ZIP 2014, 628 (629 ff. Rn. 15-45): Begrenzung des Anspruchs aus § 143 I 1 InsO in seiner Höhe; krit.: *Lütcke*, Insolvenzanfechtung von im Wege des Bargeschäfts erfolgten Lohnzahlungen, NZI 2014, 350 (351).

¹⁸ Ergänzend zu dieser Thematik siehe unten in Abschnitt IV. 1. b).

¹⁹ BAG, ZIP 2014, 628 (632 Rn. 45).

²⁰ BT-Drs. 12/2443, S. 167; BGHZ 157, 350, (360); die nach h.M. erforderliche Kongruenz war im vorliegenden Fall gegeben, siehe dazu noch unten in Abschnitt IV. 2.

²¹ BT-Drs. 12/2443, S. 167; BGHZ 150, 122 (131); *Nerlich*, in: Nerlich/Römermann-InsO, 26. EL 2014, § 142 Rn. 6; *Riggert*, in: Braun-InsO, 6. Aufl. 2014, § 142 Rn. 3.

²² BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 51).

im Arbeitsvertrag vereinbarten Lohn, ist in der Regel von einem gleichwertigen Leistungsaustausch auszugehen.²³ Dem stand auch im vom *BAG* entschiedenen Fall nichts entgegen.²⁴

bb) Unmittelbarkeit

In Arbeitsverhältnissen ist das Merkmal der Unmittelbarkeit des Leistungsaustauschs näher zu betrachten: Da das Bargeschäft nach Parteiwillen, Verkehrsanschauung und tatsächlicher Abwicklung ein einheitliches Ganzes darstellt,²⁵ muss zwischen Leistung und Gegenleistung grundsätzlich ein enger zeitlicher – unmittelbarer – Zusammenhang bestehen.²⁶ Eine zwischen dem Leistungsaustausch liegende Zeitspanne ist solange unschädlich, wie das Rechtsgeschäft nach den üblichen Zahlensgepflogenheiten nicht das Wesen eines Kreditgeschäfts annimmt.²⁷ Auch länger andauernde Vertragsbeziehungen scheiden nicht von vornherein als Bargeschäft aus, es ist aber für die gegenseitige Zuordenbarkeit erforderlich, dass die jeweiligen Leistungen und Gegenleistungen zeitlich oder gegenständlich teilbar sind und zeitnah – entweder in Teilen oder abschnittsweise – erbracht werden.²⁸ Hier verwies das *BAG* auf ein *BGH*-Urteil, in dem bzgl. des Entgelts eines anwaltlichen Sanierungsberaters die Unmittelbarkeit noch für eine Vergütung bejaht wurde, die nicht später als 30 Tage nach Erbringung der Dienstleistung erfolgt war – in Ermangelung anderer Anhaltspunkte hatte der *BGH* die Verzugsfrist des § 286 Abs. 3 S. 1 BGB als Maßstab herangezogen.²⁹ Diese Voraussetzungen lagen im Fall des *BAG* vor: Die Beklagte und die Schuldnerin tauschten die wechselseitigen Leistungen abschnittsweise – nach dem Kalendermonat – aus (vgl. § 614 S. 2 BGB); da das Entgelt zudem pünktlich zum arbeitsvertraglich festgelegten Fälligkeitszeitpunkt zu Beginn des Folgemonats gezahlt wurde, war der enge zeitliche (30-Tage-)Zusammenhang gegeben und es lag trotz Vorleistungspflicht der Beklagten als Arbeitnehmerin (§ 614 S. 1 BGB) keine Kreditgewährung vor.³⁰ Das *BAG* musste somit nicht auf seine diesbezügliche Rechtsprechung abstellen, nach der für die

²³ *Zwanziger* (Fn. 1), 43; *Bork*, Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen, ZIP 2007, 2237 (2238); *Pieper*, Lohn- und Gehaltszahlungen in der Insolvenz des Arbeitgebers, ZInsO 2009, 1425 (1430); *Volbrath*, Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen, ZInsO 2011, 1665 (1666); *Knospe*, Insolvenzanfechtung versus Arbeitnehmerinteressen: Bringt der Koalitionsvertrag Veränderungen beim Bargeschäft?, ZInsO 2014, 748 (751).

²⁴ *BAG*, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 52).

²⁵ Zur identischen (aber nicht normierten) Rechtslage unter der Konkursordnung (KO): *BGH*, WM 1984, 1430 f.

²⁶ *BGHZ* 167, 190 (199 Rn. 31).

²⁷ *BT-Drs.* 12/2443, S. 167; *Huber*, in: *Gottwald*, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl. 2010, § 46 Rn. 81.

²⁸ *BGHZ* 167, 190 (201 Rn. 34).

²⁹ *Ebd.*, 201 Rn. 35.

³⁰ So auch *BAG*, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 53).

Unmittelbarkeit bei Lohnzahlungen noch ein zeitlicher Zusammenhang von drei Monaten genügen soll.³¹

Mithin lagen alle Voraussetzungen eines Bargeschäfts vor, sodass die Lohnzahlungen nur noch nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar waren.

c) Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO

aa) Objektive Voraussetzungen

Grundvoraussetzungen jeder Anfechtung sind gem. § 129 Abs. 1 InsO eine Rechtshandlung, die bei § 133 Abs. 1 InsO der Schuldner selbst maximal zehn Jahre vor dem Eröffnungsantrag bewirkt (§ 140 InsO) haben muss, und die objektiv gläubigerbenachteiligende Wirkung der Rechtshandlung.³²

(1) Rechtshandlung

Es kann das Grund- oder das Erfüllungsgeschäft angefochten werden.³³ Der Insolvenzverwalter griff letzteres an, die Zahlungen auf die Lohnforderungen, die (nur) bis zu sieben Monate vor dem Eröffnungsantrag erfolgt waren; somit lagen anfechtbare Rechtshandlungen der Schuldnerin vor.³⁴

(2) Keine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung

Bei Vorliegen eines Bargeschäfts scheidet eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, d.h. eine direkte Verkürzung, Vereitelung, Erschwerung oder Verzögerung der Befriedigung der Gläubiger³⁵, aus, weil die Leistung des Schuldners durch eine gleichwertige Gegenleistung aufgewogen wird und es daher zu keiner Vermögensverschiebung zulasten des Schuldners (und damit der späteren Haftmasse), sondern zu einer bloßen Vermögensumschichtung kommt.³⁶

³¹ BAGE 139, 235 (240 ff. Rn. 15 ff.); die dagegen eingewendete Kritik des insolvenzrechtlichen Schrifttums fasste der BGH jüngst in einem Urteil zusammen (obwohl auch dort die Frage nicht entscheidungserheblich war): BGH, NZI 2014, 775 (777 f. Rn. 16 ff.); siehe dazu ausführlich unten in Abschnitt IV. 1.

³² Huber (Fn. 27), § 46 Rn. 89; Leithaus, in: Andres/Leithaus-InsO, 3. Aufl. 2014, § 129 Rn. 3, 8 ff.

³³ Kayser, in: MünchKomm-InsO II, 3. Aufl., § 129 Rn. 57; Jauernig/Berger, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 23. Aufl., § 51 Rn. 15 f.

³⁴ BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 55).

³⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 157; Hirte, in: Uhlenbruck-InsO, 13. Aufl. 2010, § 129 Rn. 91.

³⁶ K.Schmidt, Anm. zu BGH, Urt. v. 26.01.1977 – VIII ZR 122/75, JuS 1977, 475; BT-Drs. 12/2443, S. 167; Zeuner, Die Anfechtung in der Insolvenz, 2. Aufl. 2007, Rn. 50; daher liefere auch die teils befürwortete (etwa von: Ebricke, in: Kübler/Prütting/Bork-InsO, 59. EL Juni 2014, § 142 Rn. 21; Riggert (Fn. 21), § 142 Rn. 22) Anwendung von § 133 Abs. 2 InsO im Rahmen von § 142 InsO leer, vgl. Kayser (Fn. 33), § 142 Rn. 22.

(3) Mittelbare Gläubigerbenachteiligung

Für die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO genügt jedoch auch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung, die anzunehmen ist, wenn die Rechtshandlung an sich zwar noch keinen Nachteil für die Gläubiger bewirkte, aber die Basis für einen weiteren gläubigerschädigenden Verlauf bildete.³⁷ Dies ist bspw. gegeben, wenn der Schuldner die Forderung eines Gläubigers befriedigt, der ohne diese Befriedigung Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) gewesen wäre und sich somit (trotz Verminderung der schuldnerischen Passiva) die Masse um den für die Erfüllung verwendeten Betrag verringert, weswegen sich letztlich die Quote der anderen Insolvenzgläubiger verkleinert.³⁸ Durch die Lohnzahlungen an die Beklagte von Januar bis Juli 2007 trotz seit Anfang 2007 bestehender Zahlungsunfähigkeit hat die Schuldnerin dafür gesorgt, dass sich die Beklagte bzgl. dieser Entgeltforderungen nicht als Insolvenzgläubigerin mit der Quote begnügen musste, sondern dass sie volle Befriedigung erhielt, wodurch die Quote der anderen Gläubiger verkürzt wurde. Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung lag also vor. Das BAG subsumierte nicht unter sein obiges Beispiel einer mittelbaren Benachteiligung, sondern konstatierte, dass die Arbeitsleistungen der Beklagten nicht die gleichen Zugriffschancen böten wie die abgeflossenen Zahlungsmittel. Auch dies ist zutreffend, da anerkanntermaßen eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt, wenn die vom Schuldner erhaltene Gegenleistung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht mehr mit ihrem ursprünglichen Wert verfügbar ist³⁹. Dies wäre, wie das BAG weiter ausführte, nur der Fall, wenn die buchhalterischen Arbeiten im Rahmen eines ernsthaften und aussichtsreichen Sanierungsversuchs erfolgt wären, da dann eine Chance auf Weiterführung des Betriebs und damit auf Vollbefriedigung der Gläubiger bestanden hätte.⁴⁰ Das Berufungsgericht hatte aber nicht festgestellt, ob ein schlüssiges Sanierungskonzept vorlag; im Ergebnis war somit eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung zu bejahen.⁴¹

bb) Subjektive Voraussetzungen

³⁷ BT-Drs. 12/2443, S. 157; BGHZ 143, 246 ff.

³⁸ BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 58); Henckel, in: Jaeger-InsO IV, 2008, § 129 Rn. 118; Kayser (Fn. 33), § 129 Rn. 123.

³⁹ Henckel, Anfechtung im Insolvenzrecht, § 129 Rn. 122.

⁴⁰ BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 59); nach dem Reformvorhaben des Gesetzgebers (Eckpunktepapier des BMJV (Fn. 10), S. 1 f.) soll an die Stelle der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung eine „Unlauterkeitsanfechtung“ treten – dabei soll diese Rechtsprechung normiert werden und Unlauterkeit bei Deckungen bereits ausgeschlossen sein, wenn sie „Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs“ sind.

⁴¹ BAG, ZIP 2014, 628 (633 Rn. 59).

Nach § 133 Abs. 1 InsO muss der Schuldner die Rechtshandlung mit dem Vorsatz vorgenommen haben, seine Gläubiger zu benachteiligen, und der Anfechtungsgegner muss diesen Vorsatz gekannt haben.

(1) Insolvenzantragspflicht und Zahlungsverbote

Überzeugend lehnte das BAG das mündliche Vorbringen des Klägers ab, aus der strafrechtlich sanktionierten Antragspflicht juristischer Personen gem. § 15a Abs. 1 S. 1 InsO bzw. aus dem Zahlungsverbot des § 92 Abs. 2 S. 1 AktG, das bei Zuwiderhandlung Schadensersatz- bzw. Ersatzpflichten eigener Art auslöst (§ 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG), folge, dass bei Zahlungen in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit immer ein Benachteiligungsvorsatz gegeben sei.⁴²

Anfechtungsrechtliche Bedeutung (quasi als „Vorsatzindikator“) hat keines der beiden Rechtsinstitute, denn sie dienen grundsätzlich jeweils anderen Zwecken.

Die Insolvenzantragspflicht des § 15a Abs. 1 S. 1 InsO für juristische Personen (AG, GmbH usw.), dient dem Vertrauensschutz der Gläubiger: Der Geschäftsverkehr wird durch die unternehmerische Tätigkeit derart haftungsbeschränkter Rechtsträger stark gefährdet, daher verlieren diese Rechtssubjekte ab ihrer materiellen Insolvenz ihre Existenzberechtigung und müssen einen Insolvenzantrag stellen.⁴³

Die Zahlungsverbote für Schuldner, die juristische Personen sind (§ 64 S. 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, § 99 S. 1 GenG) oder deren persönlich haftende Gesellschafter ausschließlich juristische Personen sind (§§ 130a Abs. 1 S. 1, 161 Abs. 2, 177a S. 1 HGB; v.a. die GmbH & Co. KG), sollen zusätzlich bezwecken, dass ab Insolvenzreife nicht mehr einzelne Insolvenzgläubiger befriedigt werden, sondern die verteilungsfähige Masse für die Befriedigung aller Gläubiger erhalten bleibt.⁴⁴ Zwar stellt eine Missachtung grundsätzlich eine Verletzung der Gläubigergleichbehandlung (§ 1 S. 1 InsO) und damit eine Gläubigerbenachteiligung dar. Doch ist unabhängig von der Frage, ob deswegen bereits ein Benachteiligungsvorsatz gegeben ist, schon nicht von einer Missachtung auszugehen, wenn masseneutrale Leistungen vorgenommen oder die zur Vermeidung der Betriebsstilllegung notwendigen Fixkosten (etwa Löhne)

⁴² *Ebd.*, 635 Rn. 78; a.A.: *Fischer*, Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter Deckung, NZI 2008, 588 (591); *Ganter*, Vorsatzanfechtung nach fehlgeschlagener Sanierung, WM 2009, 1441 (1443); *Bork*, Anfechtung als Kernstück der Gläubigergleichbehandlung, ZIP 2014, 797 (807 f.).

⁴³ *Foerste* (Fn. 7), 245; *Bremen*, in: Graf-Schlicker-InsO, 4. Aufl. 2014, § 15a Rn. 1.

⁴⁴ BGHZ 143, 184 (186); *Müller-Michaels*, in: Hölters-AktG, 2. Aufl. 2014, § 92 Rn. 1; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen-GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 64 Rn. 1.

gezahlt werden,⁴⁵ da dies mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar ist, § 92 Abs. 2 S. 2 AktG. Im vom *BAG* zu entscheidenden Fall waren die Lohnzahlungen einerseits als (masseneutrales) Bargeschäft zu qualifizieren und andererseits auf eine (nicht von vorneherein aussichtslose) Unternehmensfortführung und -rettung gerichtet, sodass § 92 Abs. 2 S. 2 AktG eingriff.

(2) Beweisbarkeit der subjektiven Tatbestandsmerkmale

Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung können in der Regel nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden, da es sich um innere Tatsachen handelt, die dem Beweis nur eingeschränkt zugänglich sind – aus Gründen des Eigenschutzes werden die Beteiligten den Benachteiligungsvorsatz und dessen Kenntnis kaum selbst einräumen.⁴⁶ Die Rechtsprechung hat deshalb verschiedene Fallgruppen entwickelt, bei denen vom Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen ausgegangen werden kann.⁴⁷ Selbst bei kongruenten Deckungen genügt – mittelbar aus § 133 Abs. 1 S. 2 InsO gefolgert – als Indiz für den Benachteiligungsvorsatz, dass der Schuldner von seiner (nur drohenden⁴⁸) Zahlungsunfähigkeit weiß, was dann auch eine tatsächliche Vermutung für das Wollen der Gläubigerbenachteiligung begründet⁴⁹. Bzgl. des Anfechtungsgegners wird meist auf § 133 Abs. 1 S. 2 InsO rekurriert, wonach die Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz bei Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und der gläubigerbenachteiligenden Wirkung der schuldnerischen Rechtshandlung vermutet wird. Bzgl. der Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit lässt der *BGH* auch die Kenntnis von Umständen genügen, aus denen diese zwingend folgt.⁵⁰ Das Wissen um die Gläubigerbenachteiligung folgt für den *BGH* regelmäßig aus der Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit, wenn der Anfechtungsgegner noch von anderen Gläubigern weiß und daraus folgern kann, dass deren Befriedigungsmöglichkeiten durch seine eigene Befriedigung beeinträchtigt werden – v.a. bei gewerblichen Schuldner ist grundsätzlich mit weiteren Gläubigern zu rechnen.⁵¹ Wie das *BAG* richtig

⁴⁵ Koch, in: Hüffer-AktG, 11. Aufl. 2014, § 92 Rn. 34; Müller-Micheals (Fn. 44), § 92 Rn. 25.

⁴⁶ Gehrlein, Subjektive Merkmale der Insolvenzanfechtung, in: FS Ganter, 2010, 169 (179).

⁴⁷ Gehrlein, Aktuelle Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung in systematischer Darstellung, WM 2009, Sonderbeilage Nr. 1, S. 41 ff.

⁴⁸ BGHZ 167, 190 (195 Rn. 14).

⁴⁹ Siehe dazu oben in Abschnitt II, sowie Fn. 4 und 5; krit. dazu Ganter, Weiterentwicklung der Rechtsprechung zu § 133 InsO, WM 2014, 49 (50).

⁵⁰ BGH, WM 2010, 1756 (1756 f. Rn. 10), hier werden die §§ 130 Abs. 2, (131 Abs. 2 S. 1.) 132 Abs. 3 InsO letztlich analog angewendet.

⁵¹ BGH, NJW 2013, 940 (940 f. Rn. 15).

resümiert hat,⁵² ist somit Dreh- und Angelpunkt der Vorsatzanfechtung der Nachweis der beiderseitigen Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit bzw. von auf eine solche hindeutenden Tatsachen.

(3) Kritischer Umgang des BAG mit diesen Beweisregeln

Die Schuldnerin hatte die bei ihr eingetretene Zahlungsunfähigkeit erkannt. Bzgl. Arbeitnehmern hatte der BGH noch vor der Rechtswegspaltung entschieden,⁵³ dass diejenigen, die etwa „in der Finanzbuchhaltung des Unternehmens eingesetzt“ wurden, über „Insiderkenntnisse“ verfügen, sodass sich ihnen der Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit ihres Arbeitgebers fast schon aufzwingt. Auch die Beklagte hatte als Alleinbuchhalterin Zugang zu Tatsachen (z.B. eine von ihr erstellte Arbeitsbilanz), die ihr unter Berücksichtigung ihrer bilanztechnischen Fachkenntnisse die Schlussfolgerung auf die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin aufdrängte. Ihre Kenntnis davon ergab sich zudem aus ihrem eigenen Sachvortrag und war damit unstrittig (§ 138 III ZPO). Hätte das BAG – wie die Revision – die BGH-Rechtsprechung „schematisch“,⁵⁴ „pauschal und stereotyp“⁵⁵ angewandt, hätte es aufgrund der beiderseitigen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit sowohl auf den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin als auch auf die Kenntnis der Anfechtungsgegnerin davon schließen und die Vorsatzanfechtung durchgreifen lassen müssen.

Stattdessen ging das Gericht auf die Kritik an der BGH-Rechtsprechung zur „Indizwirkung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit“ ein und nannte die systematisch-teleologischen Kritikpunkte wie den drohenden Leerlauf von § 142 InsO und das durch den „Superanfechtungstatbestand“⁵⁶ § 133 Abs. 1 verschwindende Stufenverhältnis zwischen den §§ 130, 131 und 133 InsO.⁵⁷

⁵² BAG, ZIP 2014, 628 (634 Rn. 61) unter Bezugnahme auf *Kayser*, Die Entkräftung der die Insolvenzanfechtung begründenden Vermutungen und Indizien, WM 2013, 293 (294 ff.).

⁵³ BGHZ 180, 63 (68 f. Rn. 15 ff.); etwas abschwächend dann BAGE 139, 235 (248 Rn. 32). Auch hier will der Gesetzgeber eingreifen: So heißt es im Eckpunktepapier des BMJV (Fn. 10) auf S. 2: „In der Begründung des Regierungsentwurfs soll überdies klargestellt werden, dass der erforderliche Gesamtüberblick auch bei Arbeitnehmern in herausgehobenen [kaufmännischen oder finanzbuchhalterischen] Funktionen [...] nicht per se unterstellt werden darf.“

⁵⁴ BAG, ZIP 2014, 628 (635 Rn. 77).

⁵⁵ *Ebd.*, 635 Rn. 75.

⁵⁶ So *Lütcke*, Vorsatzanfechtung – Andeutung einer Kurskorrektur durch den BGH?, ZInsO 2013, 1984 (1990), den das BAG damit zitiert.

⁵⁷ BAG, ZIP 2014, 628 (634 Rn. 73, 636 Rn. 79 ff.); siehe dazu unten in Abschnitt III. 2. d) cc) (3), (4) und (5).

Um diesbezüglich eine Korrektur vorzunehmen, zog das BAG die vom BGH⁵⁸ schon oft bemühte – fragwürdige⁵⁹ – Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls heran.⁶⁰ Bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder einer bargeschäftsähnlichen Lage könne die Beweiskraft des Indizes der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit im Einzelfall so schwach sein, dass daraus kein Rückschluss auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon möglich sei.⁶¹ Im Folgenden stellte das BAG fest, es sei davon auszugehen, dass sich der Wille der Schuldnerin wohl darin erschöpfte, eine gleichwertige Gegenleistung für die Arbeitsleistung zu erbringen, die zur Fortführung des Unternehmens nützlich sei und damit auch den Gläubigern hätte nützen können (bei Betriebsrettung), sodass ihr eine mit der Zahlung verbundene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden sei.⁶² „Jedenfalls“, so das BAG weiter, fehlte es an einer Kenntnis der Beklagten vom schuldnerischen Benachteiligungsvorsatz, da sie als Arbeitnehmerin davon ausging und ausgehen durfte, dass sie mit der Entgeltleistung im Rahmen des Arbeitsverhältnisses nur bekäme, was ihr zustünde, die Unternehmensfortführung erfolgsversprechend wäre, und sie die Erfüllung der Lohnforderungen daher nicht als gläubigerbenachteiligend ansah.⁶³

d) Bewertung der „Gesamtwürdigung“ als „Korrektiv“

Untersuchenswert erscheint, ob sich das Gericht im Rahmen der „Gesamtwürdigung“ nicht einfach an den normalen Ablauf eines Indizienprozesses gehalten hat. Sollte dem so sein, ist zu prüfen, wie sich dazu die Begründung seines Vorgehens und des Ergebnisses verhält.

aa) Vornahme eines Indizienbeweises

Während die Rechtsprechung⁶⁴ vom „Indiz der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit“ spricht, geht die Literatur⁶⁵ teilweise davon aus, dass die Zahlungsunfähigkeit einen Anscheinsbeweis für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners begründe. Da der Anscheinsbeweis seiner Struktur nach aber wie jeder

⁵⁸ BGH, NZI 2009, 768 (769 Rn. 8).

⁵⁹ Smid, „Gesamtbetrachtung“ als methodisches Instrument der Ergebniskorrektur in der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH, ZInsO 2014, 275 ff.; Gebrlein (Fn. 46), 183 f.; siehe dazu unten in Abschnitt III. 2. d) cc) (1).

⁶⁰ BAG, ZIP 2014, 628 (635 f. Rn. 75 ff.).

⁶¹ Ebd., 636 Rn. 84 f. unter Bezugnahme auf BGH, ZIP 2010, 246.

⁶² Ebd., 637 Rn. 89; hierzu Windel (Fn. 16), 2168 f.

⁶³ BAG, ZIP 2014, 628 (637 Rn. 90 f., 97).

⁶⁴ Siehe nur BAG, ZIP 2014, 628 (634 ff. Rn. 73, 77, 84).

⁶⁵ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 33 Rn. 101; Commandeur/Brocke, Aktuelle Entwicklungen im Insolvenzrecht, NZG 2014, 980 (981).

Beweis ein Indizienbeweis ist,⁶⁶ kann dies für die folgenden Erörterungen offen bleiben. Zum Indizienbeweis hat der *BGH* in seinem bekannten „Anastasia-Urteil“⁶⁷ ausgeführt: „Der Indizienbeweis bezieht sich auf andere, tatbestandsfremde Tatsachen, also Hilfstatsachen, die [...] den Schluss auf das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals selbst rechtfertigen sollen. [...] Ein Indizienbeweis ist überzeugungskräftig, wenn andere Schlüsse aus den Indiztatsachen ernstlich nicht in Betracht kommen. Hauptstück des Indizienbeweises ist also nicht die eigentliche Indiztatsache, sondern der daran anknüpfende weitere Denkprozess, kraft dessen auf das Gegebensein der rechtserheblichen weiteren Tatsache geschlossen wird.“⁶⁸

Daraus lässt sich ein Denkmodell beim Indizienbeweis mit fünf Schritten ableiten, das in jeder Verfahrensart und jeder Prozessordnung gleich ist:⁶⁹

Zuerst ist die gesuchte Haupttatsache zu bestimmen. Dies waren der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin und die Kenntnis der Beklagten davon.

Zweitens ist zu fragen, welches Indiz hierzu vorliegt. Dies ist im Fall des *BAG* die beiderseitige Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin. Bei der Anfechtungsgegnerin war der Bezugspunkt „Kenntnis der schuldnerischen Zahlungsunfähigkeit“ durch § 133 Abs. 1 S. 2 InsO vorgegeben – kann die positive Kenntnis dieser (tatbestandsfremden) Vermutungstatsache festgestellt werden, wird der Schluss auf die Haupttatsache gesetzlich vermutet.⁷⁰ Beachtlich ist, dass § 133 Abs. 1 S. 2 InsO eine widerlegliche Vermutung begründet, die (nur) eine Beweislastumkehr bewirkt: Ist der Vermutungstatbestand gegeben, obliegt dem Anfechtungsgegner der Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO).⁷¹

Drittens stellt sich die Frage nach der Beweisrichtung: Erhöht das Indiz (beiderseitige Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit) die Wahrscheinlichkeit für die

⁶⁶ *Huber*, Grundfragen der Entscheidungsgründe im Zivilurteil, JuS 1987, 464 (469); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 17. Aufl. 2010, § 113 Rn. 18.

⁶⁷ BGHZ 53, 245 ff.

⁶⁸ *Ebd.*, 260 f.

⁶⁹ Zum Ganzen *Huber*, Der Anfechtungsrechtliche Indizienprozess – am Beispiel der Kongruenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer, in: FS Ganter, 2010, 203 (206); *ders.*, Indiztatsachen und ihre Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, ZInsO 2012, 53 (53 f., 58).

⁷⁰ *Huber*, Indiztatsachen und ihre Beweiskraft im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess, ZInsO 2012, 53 (54).

⁷¹ *BGH*, NZI 2007, 512 (512 Rn. 7); zum Unterschied zwischen Anscheins-/Indizienbeweis und widerlegbarer gesetzlicher Vermutung vgl. *Piekenbrock/Kienle*, ZPO-Examinatorium, 2012, Rn. 289 und 294.

Existenz der Hauptsache (Benachteiligungsvorsatz und Kenntnis davon)? Der Richter hat sich folgende „Fragentrias“⁷² zu stellen: Wie häufig tritt das Indiz bei der Haupttatsache auf, wie häufig bei einer Nicht-Haupttatsache und wo häufiger? Hier waren dem *BAG* die Hände gebunden: Nach ständiger *BGH*-Rechtsprechung indizieren Zahlungen in Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz⁷³ und die Zahlungsannahme in dem Wissen, der Zahlende ist zahlungsunfähig, die Kenntnis dieses Vorsatzes – für den zweiten Teil von § 133 Abs. 1 S. 2 InsO (Gläubigerbenachteiligung) genügt regelmäßig das Wissen um weitere Gläubiger, was bei gewerblichen Schuldner vermutet wird⁷⁴.

bb) Indizwirkung bei Bargeschäft(slage)?

Das *BAG* war nun aber beim vierten Schritt kritisch: Es musste sich fragen, welche Beweiskraft (Beweisstärke)⁷⁵ dem Indiz der beiderseitigen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder einer bargeschäftsähnlichen Lage zuzumessen ist.⁷⁶

(1) *BGH*

Der *BGH* hat sich dazu nur einmal in einem Nichtannahmebeschluss insoweit geäußert, dass ein Schuldner in der Regel nicht mit Benachteiligungsvorsatz handle, wenn er eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringe und letztere zur Unternehmensfortführung nötig sei und damit den Gläubigern im Allgemeinen nütze.⁷⁷

(2) Literatur – bargeschäftsähnliche Lage?

Im Anschluss daran begründeten (ehemalige) Vorsitzende des IX. Zivilsenats die These einer von *Kayser*⁷⁸ sog. „bargeschäftsähnlichen Lage“:⁷⁹ Könne der Anfechtungsgegner darlegen, dass für die nach § 133 Abs. 1 InsO angefochtene Rechtshandlung in engem zeitlichen Zusammenhang eine gleichwertige

⁷² *Bender/Nack/Treuer*, *Tatsachenfeststellung vor Gericht*, 4. Aufl. 2014, S. 147 Rn. 568 ff.; siehe auch Fn. 70.

⁷³ Siehe nur *BGH*, NZI 2008, 231 (232 Rn. 19) m.w.N.

⁷⁴ Siehe oben Fn. 51.

⁷⁵ Fähigkeit des Indizes, den Richter von der gesuchten Haupttatsache zu überzeugen, siehe Fn. 72.

⁷⁶ *BAG*, ZIP 2014, 628 (634 Rn. 72, 636 f. Rn. 84 f.).

⁷⁷ *BGH*, ZIP 2010, 246 (LS); hierauf stützt sich das *BAG* (ZIP 2014, 628 (637 Rn. 85)) im Folgenden u.a.

⁷⁸ *Kayser* (Fn. 7), 272 ff. (hier noch „Bargeschäftslage“); *ders.* (Fn. 52), 298; *ders.*, *Vorsatzanfechtung im Spannungsverhältnis von Gläubigergleichbehandlung und Sanierungschancen*, NJW 2014, 422 (427).

⁷⁹ *Fischer* (Fn. 42), 594; *Ganter* (Fn. 42), 1444; *ders.* (Fn. 49), 51.

Gegenleistung in die künftige Masse gelangt sei, fehle es zunächst an einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung und somit an einem Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz – allerdings ist sie ohnehin nur ein schwaches Indiz, wie § 132 InsO zeigt, der trotz unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung zusätzlich vor allem Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit fordert⁸⁰. Darüber hinaus habe der Schuldner seine Rechtshandlung in der Regel nur mit Blick auf den im Gegenzug erhaltenen Vermögensvorteil vorgenommen. Damit liege zwar kein Bargeschäft vor, das im Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung gem. § 142 InsO ausgeschlossen sei. Fraglich sei aber, ob in diesen bargeschäftsähnlichen Lagen die subjektiven Tatbestandsmerkmale des § 133 Abs. 1 InsO erfüllt sein können. Selbst bei erkannter (drohender) Zahlungsunfähigkeit sei es naheliegend und im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen, dass dem Schuldner bzgl. des vollzogenen gleichwertigen Leistungsaustauschs eine ggf. trotzdem eingetretene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst wurde.⁸¹

Dagegen ist einzuwenden, dass der Vorsatz des Schuldners differieren kann:⁸² Ein fehlender Vorsatz zu unmittelbarer Benachteiligung (möglicherweise droht diese nicht einmal) steht einem Vorsatz zu mittelbarer Benachteiligung nicht entgegen. Wenn ein Benachteiligungsvorsatz bei Bargeschäften bereits fraglich ist, da sich der Schuldner möglichst mit der Wertäquivalenz des Leistungsaustauschs beschwichtigen wird, ist eine Vorsatzanfechtung in diesen Konstellationen quasi unvorstellbar. Die in § 142 InsO formulierte Ausnahme, die § 133 Abs. 1 InsO gerade auch bei Bargeschäften Raum gibt, wäre verfehlt.⁸³

(3) Die Entscheidung des BAG

Ungeachtet dieser Bedenken hat sich das BAG der „schuldnerfreundlichen“ Gesamtwürdigung aufgrund der vorliegenden bargeschäftsähnlichen Lage angeschlossen und festgestellt, dass die Beweiskraft auch im zu entscheidenden Fall nicht ausreiche, um von dem Indiz der Kenntnis der beiderseitigen Zahlungsunfähigkeit auf den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin und die Kenntnis der Anfechtungsgegnerin davon zu schließen; denn zugleich vollzog es den fünften Schritt des Indizienbeweises und berücksichtigte weitere Indizien anhand derer es festmachte, dass es beiden Seiten wohl schlicht auf die Erfüllung des Arbeitsvertrags zur Betriebsfortführung ankäme und ihnen allein die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen, aber keine

⁸⁰ Kayser (Fn. 33), § 133 Rn. 32.

⁸¹ Siehe Fn. 78 und 79.

⁸² Foerste (Fn. 8), 1216.

⁸³ Ebd.

Gläubigerbenachteiligung vor Augen stünde.⁸⁴ Hier ist beachtlich, dass das *BAG* die aufgegebene Mehr-als-Formel⁸⁵ zur Begründung heranziehen musste – ebenso verwies der *BGH* im oben genannten Nichtannahmebeschluss auf ein Urteil von 1997⁸⁶ zu dieser alten Rechtsprechung.

cc) Rechtliche Einordnung

Das *BAG* kam somit schlicht im Rahmen des gewöhnlichen Vorgehens bei einem Indizienbeweis zu dem Ergebnis, dass im zu entscheidenden Fall das Indiz der beiderseitigen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nicht die Beweiskraft hatte, um daraus auf den Benachteiligungsvorsatz bzw. die Kenntnis davon zu schließen. Das Ergebnis scheint also auf einem strengen beweisrechtlichen Vorgehen zu basieren. Doch inkonsistenterweise begründete das *BAG* den Weg zu seinem Ergebnis mit (materiell) anfechtungsrechtlichen Erwägungen: „Bei der Prüfung, welchen Beweiswert das Beweisanzeichen der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungen im Rahmen eines Bargeschäfts oder in bargeschäftsähnlicher Lage für die Vorsatzanfechtung hat, ist darauf zu achten, dass die Vorsatzanfechtung nicht über ihren Normzweck hinaus ausgedehnt wird“, um so dem „vom Gesetzgeber beabsichtigten Stufenverhältnis von § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und § 133 InsO Rechnung“ zu tragen.⁸⁷ Es folgten Ausführungen zum von den §§ 130-132 InsO verschiedenen Schutzzweck der Vorsatzanfechtung.⁸⁸ Abschließend nahm das *BAG* sogar anhand des Normzwecks von § 133 Abs. 1 InsO eine Kontrollüberlegung vor und stellte fest, dass bei Durchgreifen der Vorsatzanfechtung nicht ein durch missbilligtes Verhalten erlangter Sondervorteil der Beklagten zurück zur Masse geholt worden sei, sondern der Beklagten als Arbeitnehmerin, die ohne Handlungsalternative ihre Arbeitsleistung weiter zu erbringen verpflichtet war, ein Sonderopfer abverlangt worden sei, was dem Zweck von § 133 Abs. 1 InsO widersprochen habe.⁸⁹ Die Beweiskraft des Indizes der Zahlungsunfähigkeit scheint also nicht von der „Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls“ abzuhängen, sondern von vornherein systematischeologisch determiniert (gewesen) zu sein.

(1) Kritische Betrachtung der Gesamtwürdigung

⁸⁴ *BAG*, ZIP 2014, 628 (637 Rn. 87-97).

⁸⁵ Zuletzt BGHZ 155, 75 (83); siehe dazu oben in Abschnitt II.

⁸⁶ *BGH*, ZIP 1997, 1551 (1553).

⁸⁷ *BAG*, ZIP 2014, 628 (636 Rn. 79).

⁸⁸ *Ebd.*, 636 f. Rn. 80 ff.

⁸⁹ *Ebd.*, 637 f. Rn. 98 f., das *BAG* hat hier die der Arbeitnehmerin zwar theoretisch zustehende, praktisch aber kaum zumutbare Geltendmachung der Zurückbehaltungsrechte aus § 273 und § 321 BGB (sowie des Anspruchs auf Annahmeverzugslohn gem. §§ 296, 615 S. 1 BGB) unberücksichtigt gelassen, siehe dazu unten in Abschnitt IV. 1. a) bb) und Fn. 174.

Der Indizienbeweis muss aber in jedem Gerichtsprozess nach den gleichen Grundsätzen ablaufen, da die „Richtigkeit von richterlichen Entscheidungen“ darauf gründet, dass gleich gelagerte Sachverhalte gesetzmäßig-wiederholbar gleichbehandelt werden, sog. normative Gleichbehandlung.⁹⁰ Dagegen ist die Tendenz, an die Stelle eines normativen Denkens in Institutionen Verfahren einer Abwägung im Einzelfall zu setzen, mit einer Abkehr vom Prinzip normativer Gleichbehandlung verbunden⁹¹ – im schlimmsten Falle hin zu einer Billigkeitsrechtsprechung. Die materiellrechtlichen Voraussetzungen von § 133 Abs. 1 InsO und deren prozessualer Nachweis sind zu trennen.⁹² Nimmt das BAG nun unter dem Deckmantel der Gesamtwürdigung aller Umstände des *Einzelfalls* eine unter systematisch-teleologischen Gesichtspunkten geboten erscheinende „Feinabstimmung“⁹³ des materiellen Rechts vor, steht zu befürchten, dass BAG und BGH mit der Gesamtwürdigung es (dem Trichter) auf beweisrechtlicher Ebene ermöglichen wollen, – dem Zweck und der Systematik des materiellen Rechts entsprechend – „im Einzelfall zu einer angemessenen Entscheidung zu gelangen“⁹⁴. Dadurch kommt es zu einer Vermengung der materiellrechtlichen Anfechtungsvoraussetzungen mit ihrem prozessualen Nachweis. Ferner besteht die Gefahr einer Öffnung hin zu einer Einzelfallorientierung, die geeignet ist, die Funktionsweise der Rechtsprechung infrage zu stellen:⁹⁵ Die Judikative prägt, dass sie sich rechtlich an ihre eigenen Präjudizien bindet,⁹⁶ da die „Richtigkeit“ von gerichtlichen Entscheidungen eben danach zu beurteilen ist, ob sie dem Gleichbehandlungsgebot gleicher Sachverhalte entsprechen – letztlich kann auch nur diese Gleichbehandlung Rechtseinheit gewährleisten.⁹⁷

Berücksichtigt man dies, ist auffällig, dass die Rechtsprechung bei kongruenten Deckungen in der Regel dem Indiz der beiderseitigen Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit genügend Beweiskraft zumisst, um davon auf den Benachteiligungsvorsatz bzw. die Kenntnis davon zu schließen – nur wenn die Bargeschäftsvoraussetzungen vorliegen, soll die Beweiskraft für diesen Schluss zu gering sein. Das Bargeschäft müsste also eine Eigenheit haben, die aus

⁹⁰ Pawlowski, Methodenlehre, 3. Aufl. 1999, Rn. 53; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 155, 195.

⁹¹ Smid (Fn. 59), 279.

⁹² Soweit auch Bork (Fn. 42), 805, der dann aber die Gesamtwürdigung verteidigt.

⁹³ So krit. zur Gesamtwürdigung Smid (Fn. 59), 278.

⁹⁴ Lütcke (Fn. 56), 1991; Foerste (Fn. 8), 1216, Fn. 37: „Formen verdeckter Rechtsfortbildung“; großzügig dazu allg. Kreft, Zum Verhältnis von Judikative und Legislative am Beispiel des Insolvenzanfechtungsrechts, KTS 2004, 205 (209 ff., 226 ff.).

⁹⁵ Smid (Fn. 59), 279.

⁹⁶ Pawlowski (Fn. 90), Rn. 1028 ff.

⁹⁷ Smid (Fn. 59), 279 f.

tatrichterlicher Sicht von vornherein gegen diese Indizwirkung hinsichtlich des Benachteiligungsvorsatzes spricht; eine solche Eigenheit haben aber weder *BGH* noch *BAG* näher konturiert.⁹⁸ Die hierbei vom *BAG* im Anschluss an *BGH* und Literatur im Rahmen der Gesamtwürdigung getroffene Annahme, bei einem unmittelbaren Leistungsaustausch würde dem Schuldner das Risiko einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst, da ihm die Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen vor Augen stehe,⁹⁹ erscheint systemwidrig:¹⁰⁰ Der *BGH* bejaht ansonsten die Kenntnis (und sogar das Wollen) der Gläubigerbenachteiligung bereits, wenn der Schuldner sein Vermögen, das potentiell vom Insolvenzbeschluss erfasst wäre, im Bewusstsein der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (und sei es zwecks Schuldtilgung!) vermindert¹⁰¹ – unabhängig davon, ob irgendwann (vorher) eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen geflossen ist. Hielte die Rechtsprechung an ihren eigenen Präjudizien fest, müsste somit auch im Rahmen von § 142 InsO die Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit als Indiz für den Benachteiligungsvorsatz genügen.

(2) Untauglichkeit des Indizes bei kongruenten Deckungen?

Hat das Bargeschäft diese Eigenheit also nicht, ist die *BGH*-Rechtsprechung im Ganzen daraufhin zu hinterfragen, ob bei kongruenten Deckungen an das Indiz der Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit der Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners geknüpft werden kann.¹⁰² Denn der Richter hat sich vor der Beweiserhebung zu fragen, ob ihm ein Indiz die Überzeugung von der Wahrheit (vgl. § 286 Abs. 1 S. 1 ZPO) der behaupteten, streitigen, beweisbedürftigen und entscheidungserheblichen Tatsache vermitteln kann; andernfalls muss er von einer Beweiserhebung absehen, was dann nicht gegen das Verbot der Beweisantizipation verstößt, sondern denklogisch geboten ist.¹⁰³ Für den Anfechtungsgegner ist die Indizwirkung nach § 133 Abs. 1 S. 2 InsO vorgegeben. Mit dem Argument, für den Schuldner selbst könnten keine strengeren Anforderungen gelten, wendet der *BGH*¹⁰⁴ § 133 Abs. 1 S. 2 InsO auch auf Schuldnerseite an, obwohl dies vom Gesetzgeber wegen der „Gefahr eines

⁹⁸ *Foerste* (Fn. 8), 1215.

⁹⁹ Siehe oben Fn. 73 und 74.

¹⁰⁰ *Foerste* (Fn. 7), 246 f.; *ders.*, Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung – ein rechtsstaatliches Problem, *ZInsO* 2013, 897 (900).

¹⁰¹ Siehe nur *BGH*, *NZI* 2007, 512 (513 Rn. 19) m.w.N.

¹⁰² So auch *Foerste* (Fn. 8), 1214 f.

¹⁰³ *Huber*, Der Anfechtungsrechtliche Indizienprozess – am Beispiel der Kongruenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer, in: *FS Ganter*, 2010, 203 (206); *ders.* (Fn. 70), 53.

¹⁰⁴ *BGHZ* 167, 190 (194 Rn. 14).

Ungleichgewichts zulasten der Rechtssicherheit¹⁰⁵ ausdrücklich verworfen wurde. Dieser Erst-recht-Schluss ist zudem nicht logisch zwingend, der gegenteilige Schluss ist ebenso möglich; während der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners die Anfechtung allgemein begründet, will die Kenntnis davon individuell bestehendes Vertrauen des Anfechtungsgegners schützen – dieser wertungsmäßige Unterschied rechtfertigt es, differenzierte Beweisanforderungen an die beiden selbstständigen subjektiven Tatbestandsmerkmale zu stellen.¹⁰⁶ Daher ist die Eignung der Kenntnis des Schuldners von seiner (drohenden) Zahlungsunfähigkeit als Indiz des Benachteiligungsvorsatzes unter Berücksichtigung der vom BAG aufgegriffenen systematisch-teleologischen Kritik an der aktuell weiten Anwendung von § 133 Abs. 1 InsO zu untersuchen.

(3) Systematisch-teleologische Einordnung des § 133 Abs. 1 InsO – Ausgangspunkt: Privatautonomie, Art. 2 I GG

Ausgangspunkt der Betrachtung muss die verfassungsmäßig über Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Privatautonomie des Schuldners und seiner Gläubiger sein.¹⁰⁷ Grundsätzlich darf jeder Schuldner – auch der finanziell kriselnde – frei (privatautonom) entscheiden, welche Gläubiger er zu welcher Zeit, in welcher Höhe¹⁰⁸ und aus welchen Motiven¹⁰⁹ auch immer kongruent befriedigt.¹¹⁰ Denn es ist zu beachten, dass er damit nur einer Rechtspflicht nachkommt, seine bestehende, einredefreie und fällige Verbindlichkeit zu erfüllen¹¹¹ – jedem Gläubiger steht umgekehrt die ebenso durch die Privatautonomie garantierte Möglichkeit zu, seine Verbindlichkeit zwangsvollstreckungsrechtlich durchzusetzen.¹¹²

Auch daher müssen die Gläubiger eines Schuldners darauf vertrauen können, kongruent erhaltene Deckungen behalten zu dürfen, denn auf Gläubigerseite ist es

¹⁰⁵ BT-Drs. 12/2443, S. 254, 265.

¹⁰⁶ Fischer (Fn. 42), 592 f.; Schoppmeyer, § 133 Abs. 1 InsO versus §§ 130, 131 InsO: Ist die Deckungsanfechtung nur ein Unterfall der Vorsatzanfechtung, ZIP 2009, 600 (607).

¹⁰⁷ Paulus, Zur Auslegung anfechtungsrechtlicher Regelungen, in: FS Fischer, 2008, 445 (451).

¹⁰⁸ Plander, Die Gewährung kongruenter Deckungen und ihre Anfechtung wegen absichtlicher Gläubigerbenachteiligung, BB 1972, 1480 (1484).

¹⁰⁹ Foerste, Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung, NZI 2006, 6 (8).

¹¹⁰ Jacoby, Die Anfechtung von Deckungen durch Zwangsvollstreckung und aufgrund von Zwangsvollstreckungsdruck, KTS 2005, 371 (398); Kirchhof, Vorsatzanfechtung nach § 3 des Anfechtungsgesetzes im Vergleich mit § 133 der Insolvenzordnung, in: FS Ganter, 2010, 237 (237 f.); Schoppmeyer, Besondere und allgemeine Insolvenzanfechtung am Beispiel der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen, NZI 2005, 185 (186); Paulus (Fn. 107), 458.

¹¹¹ Plander (Fn. 108), 1484.

¹¹² Kozjol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung, 1991, S. 82; Jensen (Fn. 6), 474.

Teil der Privatautonomie, den Bestand von (privatautonom abgeschlossenen und gestalteten) Rechtsgeschäften zu gewährleisten.¹¹³

In diesen Schutzbereich der Privatautonomie greifen die besondere Insolvenzanfechtung der §§ 130-132 InsO und die allgemeine Insolvenzanfechtung der §§ 133, 134 InsO zwar jeweils ein, wenn Gläubigerinteressen beeinträchtigt sind, doch die konkreten Anlässe sind grundverschieden.

(4) Besondere Insolvenzanfechtung und *par condicio creditorum*

Grund des Eingriffs der §§ 130-132 InsO in die Privatautonomie ist die Insolvenz des Schuldners – deshalb gibt es diese Anfechtungstatbestände auch nur im Insolvenzverfahren, weswegen sie die sog. besondere Insolvenzanfechtung bilden.¹¹⁴ Hintergrund ist, dass das Insolvenzverfahren als Antragsverfahren¹¹⁵ (§ 13 Abs. 1 S. 1 InsO) formell erst viel später eröffnet wird (§ 27 InsO), als aus wirtschaftlicher Sicht bereits materielle Insolvenz des Schuldners vorliegt¹¹⁶ – insbesondere da die meisten Anträge zu spät gestellt werden.¹¹⁷ Die also in der Regel bereits vor Antragstellung (materiell) bestehende Krise kann aufgrund des Antragserfordernisses juristisch nur *ex post* geregelt werden, indem durch die Anfechtung im Nachhinein zur Masse zurückgeholt wird, was ihr im Zeitraum vor der Antragstellung an potentiell dem Insolvenzbeschluss unterliegenden Vermögenswerten entzogen wurde; in dieser Zeit beanspruchte der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz zwar schon materielle Geltung, er kann dort aber erst nach formeller Verfahrenseröffnung seine Wirkung *ex post* durch die Anfechtung entfalten.¹¹⁸ So wird rückwirkend die insolvenzrechtliche Haftungsordnung verwirklicht und der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz (*par condicio creditorum*, § 1 S. 1 InsO) geschützt.¹¹⁹ Letzterer gewährt nämlich allen Gläubigern des Schuldners ab dessen materieller Insolvenz ein Recht auf anteilige Befriedigung einhergehend mit dem Verbot der Ungleichbehandlung und dem Verbot gleichbehandlungswidriger Zugriffe einzelner Gläubiger vor Verfahrenseröffnung.¹²⁰ Infolgedessen ist zentrale Voraussetzung der §§ 130-

¹¹³ Paulus/Zenker, Grenzen der Privatautonomie, JuS 2001, 1 (9).

¹¹⁴ Henckel (Fn. 38), § 129 Rn. 3.

¹¹⁵ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus (Fn. 65), Kap. 18 Rn. 1.

¹¹⁶ Schoppmeyer (Fn. 110), 186; die §§ 130-132 InsO knüpfen daher neben dem Eröffnungsantrag an die Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO, an.

¹¹⁷ Reischl (Fn. 1), Rn. 571 f.

¹¹⁸ Boré, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 244; Reischl (Fn. 1), Rn. 571.

¹¹⁹ K.Schmidt, in: K.Schmidt-InsO, 18. Aufl. 2013, § 129 Rn. 1; Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 21.01 f.

¹²⁰ Häsemeyer (Fn. 119), Rn. 4.01.

132 InsO die materielle Insolvenz des Schuldners, sei es in Form der Zahlungsunfähigkeit oder in Form des gestellten Eröffnungsantrags.¹²¹ Die Kenntnis davon aufseiten des Anfechtungsgegners dient dagegen dem Vertrauensschutz der Gläubiger, da der Rechtsverkehr letztlich auf dem Bestand gegenseitiger Verträge basiert.¹²² Ebenso verhält es sich mit dem den §§ 130-132 InsO gemeinsamen Anfechtungszeitraum, der sich nur bis höchstens drei Monate vor Antragstellung erstreckt: Auch wenn die materielle Krise schon länger bestand,¹²³ war es die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers,¹²⁴ aus Gründen der Rechtssicherheit und des Verkehrsschutzes eine Anfechtung außerhalb des Dreimonatszeitraums nicht mit den in den Tatbeständen der §§ 130-132 InsO normierten Voraussetzungen zuzulassen.¹²⁵

(5) Der Regelungszweck der allgemeinen Insolvenzanfechtung

Die Tatbestände der allgemeinen Insolvenzanfechtung existieren auch außerhalb des Insolvenzverfahrens in den sachlich identischen §§ 3, 4 AnfG. Hieran zeigt sich, dass die §§ 133, 134 InsO nicht aufgrund materieller Insolvenz des Schuldners in die Privatautonomie eingreifen, sondern weil die ihnen unterfallenden Rechtshandlungen rechtlich missbilligtes Schuldnerverhalten darstellen.¹²⁶ Nicht entscheidend ist, dass das schuldnerische Vermögen nicht mehr zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger genügt oder dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, sondern es kommt darauf an, dass die Verbindlichkeiten des Schuldners gegenüber sämtlichen Gläubigern grundsätzlich gleichberechtigt sowie gleichrangig sind und deswegen alle Gläubiger die gleiche Chance haben müssen, auf das Schuldnervermögen zuzugreifen – dagegen ist es dem Schuldner untersagt, diese Chancengleichheit zu beeinträchtigen.¹²⁷ Deswegen fordern die §§ 133, 134 InsO auch ausdrücklich eine Rechtshandlung/Leistung *des Schuldners*. Denn Bedingung jeglichen Geschäftsverkehrs und Basis der Zivilrechtsordnung ist, dass derjenige, der Verpflichtungen eingeht, für deren Erfüllung mit seinem Vermögen einstehen muss; die Rechtsordnung muss folglich dafür sorgen, dass die Haftung für Verbindlichkeiten nicht dadurch umgangen

¹²¹ Schoppmeyer (Fn. 110), 186 f.

¹²² Kayser (Fn. 33), § 130 Rn. 31; Schoppmeyer (Fn. 110), 187; Jensen, Grundfragen des Rechts der Gläubiger- und Insolvenzanfechtung, S. 179 ff.; ders. (Fn. 6), 474.

¹²³ Siehe etwa im obigen BAG-Urteil (ZIP 2014, 628 (628 Rn. 2 f.)): Zahlungsunfähigkeit seit Anfang 2007, Antrag erst am 10.8.2007.

¹²⁴ BT-Drs. 12/2443, S. 157 f.

¹²⁵ Schoppmeyer (Fn. 110), 190.

¹²⁶ Bork, in: Kübler/Prütting/Bork-InsO, 59. EL Juni 2014, Vor § 129 Rn. 1, 10; Dauernheim, in: Frankfurter Kommentar-InsO, 7. Aufl. 2013, § 129 Rn. 17; Piekenbrock, in: Zur Integrationskraft zivilrechtlicher Dogmatik, 2014, S. 51 (55); Lind, Zur Auslegung von § 133 InsO, insbesondere im System der Anfechtungstatbestände, 2006, S. 7.

¹²⁷ Schoppmeyer (Fn. 110), 186 ff.; ders. (Fn. 106), 602.

werden kann, dass Vermögensgegenstände, d.h. Haftungsobjekte, beiseite geschafft werden, wenn deren Verwertung zur Haftungsverwirklichung droht; diesem Zweck dienen die §§ 133 f. InsO,¹²⁸ §§ 3 f. AnfG. Im Gegensatz zu den §§ 130-132 InsO geht es der allgemeinen Insolvenzanfechtung also nicht um die Vorverlegung der insolvenzrechtlichen, sondern um den Schutz der allgemeinen Haftungsordnung.¹²⁹ Das zur Masse nach § 143 Abs. 1 S. 1 InsO Zurückgewährte kommt zwar der Gläubigergesamtheit zugute, da im Insolvenzverfahren insoweit (auf Rechtsfolgende) der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz greift, aber durch seine Verletzung kann die allgemeine Insolvenzanfechtung nicht begründet werden.¹³⁰

dd) Rückschluss bzgl. der Tauglichkeit von Indizien für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Aus den aufgezeigten systematisch-teleologischen Wertungen ergibt sich zunächst, dass die materielle Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit) weder notwendiger noch hinreichender Grund sein kann, um auf einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners schließen zu können; dies ergibt sich aus § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO:¹³¹ Danach ist es schon für die Anfechtung kongruenter Deckungen im Dreimonatszeitraum vor Antragstellung erforderlich, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist und der Anfechtungsgegner dies wusste. Bedenkt man, dass dann auch der Schuldner in der Regel seine Zahlungsunfähigkeit kennt,¹³² wären kongruente Deckungen unter denselben Voraussetzungen, wie sie § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO für den Dreimonatszeitraum normiert, nach § 133 Abs. 1 InsO zehn Jahre vor Antragsstellung anfechtbar. Berücksichtigt man zudem, dass der *BGH* die Indizwirkung für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners an die Kenntnis der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit knüpft und selbiges über § 133 Abs. 1 S. 2 InsO für die Kenntnis des Anfechtungsgegners gilt,¹³³ ist die Anfechtung kongruenter Deckungen über § 133 Abs. 1 InsO sogar einfacher durchzuführen als über § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO.¹³⁴ Dies wäre mit Blick auf die deutlich längere Anfechtungsfrist nicht mit Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzaspekten vereinbar.

¹²⁸ *Jensen*, Grundfragen des Rechts der Gläubiger- und Insolvenzanfechtung, S. 179 ff.; *ders.* (Fn. 6), 474.

¹²⁹ *Zeuner* (Fn. 36), Rn. 171; *Häsemeyer* (Fn. 119), Rn. 21.77.

¹³⁰ *Schoßmeyer* (Fn. 106), 603.

¹³¹ *Ebd.*, 605.

¹³² *Ebd.*, 603 f. (Fn. 48 nennt mögliche Ausnahmekonstellationen).

¹³³ Siehe dazu oben in Abschnitt **III. 2. c) bb) (2)**.

¹³⁴ *Vollrath* (Fn. 23), 1672; *Lütcke* (Fn. 56), 1990 f.

Die Kenntnis der eigenen drohenden Zahlungsunfähigkeit kann auch nach folgender Überlegung kein Indiz für den Benachteiligungsvorsatz sein: Ein drohend zahlungsunfähiger Schuldner, der keinen Insolvenzantrag stellen will und dies auch nicht muss,¹³⁵ muss kongruente Deckungen vornehmen, auch wenn er damit rechnet, demnächst seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen zu können, denn das Recht gewährt ihm keine Möglichkeit, aus diesem Grund seine Zahlung zu verweigern – im Gegenteil: Seine Gläubiger haben sogar einen verfassungsmäßig garantierten Anspruch darauf, dass die staatlichen Vollstreckungsorgane ihn zu diesen kongruenten Deckungen zwingen.¹³⁶ Das Institut der drohenden Zahlungsunfähigkeit soll dem Schuldner gerade eine „goldene Brücke“ in Richtung Sanierung bauen und ihm dafür strategische Vorteile verschaffen, ihn jedoch nicht davon abhalten, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.¹³⁷

Auch droht der oben angesprochene Leerlauf von § 142 InsO, denn ein unmittelbarer wertäquivalenter Leistungsaustausch in Kenntnis der (eigenen) (drohenden) Zahlungsunfähigkeit wäre regelmäßig nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar. Da die oben beschriebene¹³⁸ Heranziehung der Gesamtwürdigung als „Stellschraube“¹³⁹ durch die Rechtsprechung systemwidrig erscheint,¹⁴⁰ steht tatsächlich eine Entwertung des Bargeschäftsprivilegs durch § 133 Abs. 1 InsO zu befürchten. Dabei gebietet die gesetzgeberische Wertung – wie das BAG richtig erkannt hat¹⁴¹ – ein Stufenverhältnis zwischen unanfechtbarer Bardeckung (§ 142 InsO), Deckungsanfechtung (§ 130 InsO) und Vorsatzanfechtung kongruenter Deckungen (§ 133 InsO): Alle drei fordern die objektive Zahlungsunfähigkeit und die Kenntnis davon; die Bardeckung begrenzt die Deckungsanfechtung durch das Hinzutreten weiterer Faktoren; wenn nun die Vorsatzanfechtung die Kongruenzanfechtung um neun Jahre und neun Monate

¹³⁵ Bei juristischen Personen besteht dann auch keine Antragspflicht, vgl. § 15a InsO.

¹³⁶ Jensen (Fn. 6), 474; § 275 I BGB findet auf Geldschulden keine Anwendung. Selbst die eingetretene Zahlungsunfähigkeit führt nicht zum Ausschluss der Leistungspflicht wegen subjektiver Unmöglichkeit – dies folgt bereits aus der Existenz der InsO. Den Schuldner trifft vielmehr eine unbeschränkte, verschuldensunabhängige Einstandspflicht. Zum Ganzen Looschelders, Schuldrecht AT, 12. Aufl. 2014, Rn. 424, 500; zur Unsicherheitseinrede auf Gläubigerseite siehe unten in Abschnitt IV. 2. b) cc).

¹³⁷ Ganter (Fn. 49), 50; Bork (Fn. 42), 808.

¹³⁸ Siehe oben in Abschnitt III. 2. d).

¹³⁹ So Kayser, Vorsatzanfechtung im Spannungsverhältnis von Gläubigergleichbehandlung und Sanierungschancen, NJW 2014, 422 (424).

¹⁴⁰ Foerste (Fn. 7), 246 f.; ders., Die Ausdehnung der Vorsatzanfechtung – ein rechtsstaatliches Problem, ZInsO 2013, 897 (900); siehe oben in Abschnitt III. 2. d) cc) (1).

¹⁴¹ BAG, ZIP 2014, 628 (636 ff. Rn. 79, 83, 98).

erweitert, müssen spiegelbildlich weitere – erschwerende – Gegebenheiten dazukommen.¹⁴²

Nach alledem ist zu konstatieren, dass die Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (alleine) nur sehr eingeschränkt als Indiz für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners bei Kongruenz taugt.¹⁴³ Geeignete Indizien müssten auf einen Vorsatz des Schuldners schließen lassen, nach dem es jenem nicht nur nicht vorrangig auf die Erfüllung seiner Verbindlichkeit ankam, sondern darauf, jedenfalls mit den veräußerten Vermögensgegenständen nicht für diese Verbindlichkeit (und seine anderen) einzustehen.¹⁴⁴

ee) Die hierzu angekündigten Vorhaben des Gesetzgebers

Der Gesetzgeber plant gegenwärtig, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz als Voraussetzung der Anfechtung nach § 133 InsO (zumindest) bzgl. Deckungen abzuschaffen und als Hauptvoraussetzung der neuen Unlauterkeitsanfechtung die beiderseitige Kenntnis von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners festzusetzen.¹⁴⁵ Wie gerade dargelegt, wäre dies aus systematisch-teleologischen Gesichtspunkten äußerst fragwürdig. Außerdem droht durch einen solchen (endgültigen) Verzicht auf ein voluntatives Element eine weitere Verschärfung der Norm.¹⁴⁶ Um vom Vorliegen der Unlauterkeit ausgehen zu können, soll weiterhin erforderlich sein, dass (jeweils in Kenntnis des Anfechtungsgegners) erstens die Deckung außerhalb eines ernsthaften Sanierungsversuchs erfolgt und zweitens für sie keine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt ist, die zur Unternehmensfortführung oder zur Sicherung seines Lebensbedarfs erforderlich war;¹⁴⁷ die Beweislast (auch für das Nichtvorliegen der Ausnahmetatbestände) soll der Insolvenzverwalter tragen, wodurch potentielle Anfechtungsgegner künftig „beweisrechtlich erheblich besser gestellt werden“ sollen als bisher.¹⁴⁸ Ob damit die fragwürdige Gesamtwürdigung des *BGH* beseitigt werden kann, darf bezweifelt werden, da „Beweisrecht nicht (klientel-)politisch funktioniert“,¹⁴⁹ nach den Planungen die Beweislast doch zu einseitig verteilt ist

¹⁴² *Schoppmeyer* (Fn. 106), 604; *Jensen* (Fn. 6), 471 ff.

¹⁴³ Ebenso *Jacoby*, Zur Bedeutung des § 133 InsO im System der Insolvenzanfechtungstatbestände, KTS 2009, 3 (11); *Schoppmeyer* (Fn. 106), 605 ff.; *Ganter* (Fn. 49), 50; *Foerste* (Fn. 8), 1216 f.; teilweise auch *Bork* (Fn. 42), 808.

¹⁴⁴ *Jensen* (Fn. 6), 475.

¹⁴⁵ Eckpunktepapier des *BMJV* (Fn. 10), S. 1 f.; siehe Fn. 40.

¹⁴⁶ Ebenso *Bork* (Fn. 10), 1907.

¹⁴⁷ Mit diesem zweiten Ausnahmetatbestand würde die abzulehnende bargeschäftsähnliche Lage (siehe oben in Abschnitt **III. 2. d)** cc) (1)) normiert.

¹⁴⁸ Eckpunktepapier des *BMJV* (Fn. 10), S. 1 f.

¹⁴⁹ So *Bork* (Fn. 10), 1907.

und die Rechtsprechung sich zu Korrekturen berufen fühlen dürfte.¹⁵⁰ Zudem zeigen auch die gesetzgeberischen Bestrebungen die fehlerhafte Tendenz auf, materiellrechtliche Regelungsprobleme prozessrechtlich lösen zu wollen.¹⁵¹

3. Ergebnis

Das BAG-Urteil zeigt exemplarisch, dass die Ausdehnung des § 133 Abs. 1 InsO durch den BGH seit 2003 besonders auch Bargeschäfte gefährdet. Dies geht, wie inzwischen erkannt wurde, zu weit, und nun wird – auf teils fragwürdige Art und Weise – versucht, Bargeschäfte vor der verschärften Vorsatzanfechtung zu schützen. Nach Betrachtung der beweisrechtlichen Ebene bei § 133 Abs. 1 InsO soll diesbezüglich nun § 142 InsO fokussiert werden.

IV. Ausweitung der Bargeschäftsvoraussetzungen zur „Eindämmung“ der verschärften Vorsatzanfechtung?

1. Zeitliche Erweiterung von § 142 InsO (BAG)

Bereits eine der ersten Entscheidungen des BAG zur Anfechtung von Entgelt aus Arbeitsverhältnissen nach Eröffnung des Rechtswegs zu den Arbeitsgerichten glich einem „Paukenschlag“:¹⁵² Hatte der BGH für die Unmittelbarkeit des Leistungsaustauschs im Sinne von § 142 InsO den engen zeitlichen Zusammenhang auf (maximal) 30 Tage beschränkt,¹⁵³ urteilte das BAG, dass ein Bargeschäft noch vorliege, wenn ein Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen zahle.¹⁵⁴

a) Argumentation des BAG und Kritik

aa) Rechtstatsächliche Argumentation

Das BAG brachte als „rechtstatsächliches Argument“¹⁵⁵ für diese „eigenwillige Auslegung“¹⁵⁶ von § 142 InsO bei Lohnzahlungen an, dass eine Verzögerung bei der Vergütungszahlung in vielen Branchen beinahe die Regel sei; wenn nun zur Bestimmung der Unmittelbarkeit i.S.d. § 142 InsO die Art der ausgetauschten Leistungen und die Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs berücksichtigt werden

¹⁵⁰ Ebenso *Bork* (Fn. 10), 1906.

¹⁵¹ Siehe oben in Abschnitt III. 2. d) cc) (1).

¹⁵² So *Wróblewski*, Bargeschäftseinwand gegen Lohnanfechtung, NJW 2012, 894 ff.

¹⁵³ Siehe oben in Abschnitt III. 2. b) bb) und Fn. 29.

¹⁵⁴ BAGE 139, 235 (239 ff. Rn. 14 ff.).

¹⁵⁵ *Ebd.*, 240 f. Rn. 17.

¹⁵⁶ So bzgl. dieser BAG-Rechtsprechung: *Jacobs/Doebert*, Die Insolvenzanfechtung von Lohnzahlungen in der Rechtsprechung des BAG, ZInsO 2012, 618 (619).

sollen,¹⁵⁷ sei anzunehmen, dass Arbeitnehmer bzgl. Entgeltzahlungen für Arbeitsleistungen in den letzten drei Monaten hinsichtlich des in § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III (ehemals § 183 Abs. 1 S. 1 SGB III) festgesetzten Insolvenzgeldzeitraums davon ausgingen, diese Zahlungen seien einerseits keine Kredittilgung und stünden andererseits noch in engem zeitlichem Zusammenhang mit der von den Arbeitnehmern erbrachten Gegenleistung. Hiergegen ist einzuwenden, dass die verzögerte Lohnzahlung als „Unsitte“¹⁵⁸ nicht durch die Rechtsprechung zur Verkehrssitte erhoben werden sollte. Eine schlechte Zahlungsmoral gibt es ferner nicht nur in Arbeitsverhältnissen, sondern auch bei vielen anderen Geschäften des Wirtschaftslebens; wendete man § 142 InsO dort überall großzügig an, liefe die Anfechtung nach § 130 InsO leer.¹⁵⁹ Auch die Bezugnahme auf den Insolvenzgeldzeitraum nach § 165 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 1 SGB III überzeugt nicht, da hier an die Eröffnung des Insolvenzverfahrens angeknüpft wird, während sich die §§ 130, 142 InsO auf die Antragstellung beziehen – das Insolvenzgeld greift nicht bzgl. Nachzahlungen von Vergütungsansprüchen vor dem Dreimonatszeitraum des § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III.¹⁶⁰ Zudem ist das Vertrauen, dass die eigene Forderung im Fall der Insolvenz des Schuldners (für die letzten drei Monate vor Insolvenzeröffnung) von dritter Seite aufgefangen wird, von dem Vertrauen in die Anfechtungsfestigkeit abgewickelter Geschäfte (für die letzten drei Monate vor dem Insolvenzantrag) zu unterscheiden.¹⁶¹ Die Frist des § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III hat nichts mit der Frage zu tun, wann haftungsrechtlich ein unmittelbarer Zusammenhang zweier Leistungen zu bejahen ist.¹⁶² Für die Unmittelbarkeit eines Bargeschäfts ist es ferner schädlich, wenn sich der Schuldner (Arbeitgeber) durch Verzögerung der Erfüllung (der Lohnforderungen) faktisch einfach selbst Kredit

¹⁵⁷ So schon BGHZ 167, 190 (199 Rn. 31).

¹⁵⁸ *Ganter*, Bargeschäfte (§ 142 InsO) von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037 (2043); häufig wird in solchen Fällen auch der Insolvenzantrag verschleppt, womit ein Fall von Wirtschaftskriminalität vorliegt, vgl. § 15a IV, V InsO.

¹⁵⁹ *Brinkmann*, Die Insolvenzanfechtung gegenüber Arbeitnehmern, ZZP 125 (2012), 197 (209).

¹⁶⁰ Anschaulich dazu *Huber*, Das anfechtungsrechtlich privilegierte, aber janusköpfige Bargeschäft nach § 142 InsO, ZInsO 2013, 1049 (1053 f.); das Insolvenzgeld hat sich gerade aufgrund der Anknüpfung an die *Eröffnung* des Insolvenzverfahrens (und die in der Praxis häufige Vorfinanzierung durch Banken) von einem Sicherungsinstrument für die Arbeitnehmer zu einem Sanierungsinstrument entwickelt: Der vorläufige Insolvenzverwalter ist in der Regelauch als Gutachter (und ggf. Sachverständiger) i.S.v. § 22 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 Hs. 2 InsO tätig und so in der Lage, die Dauer des Eröffnungsverfahrens entscheidend zu beeinflussen. Sind die Löhne bisher bezahlt worden, wird häufig drei Monate mit der Eröffnung des Verfahrens gewartet, um das maximale Insolvenzgeld zu erhalten und so die für eine Sanierung erforderlichen liquiden Mittel zu generieren (dazu *Reischl* (Fn. 1), Rn. 157 und 405) – siehe aber auch § 170 IV SGB III. Wenn nun aber Lohnzahlungen aus der Zeit vor dem Antrag angefochten werden, gibt es für die Arbeitnehmer keinen Schutz mehr.

¹⁶¹ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 623; *Ganter* (Fn. 158), 2043.

¹⁶² *Brinkmann* (Fn. 159), 209.

gewährt.¹⁶³ Außerdem besteht dann ein „Tilgungsproblem“:¹⁶⁴ Ein Bargeschäft wäre in der Regel nur zu bejahen, wenn der Arbeitgeber auf die jüngste offene Lohnforderung zahlt; dieser wird aber meistens auf die älteste zahlen wollen und eine entsprechende Tilgungsbestimmung treffen (§ 366 Abs. 1 BGB) – trifft er keine Bestimmung, greift § 366 Abs. 2 BGB, nach dem ebenso die älteste Forderung getilgt wird. Eine zweckorientierte Rechtsfortbildung des § 366 Abs. 2 BGB, die diejenige Lohnforderung als getilgt ansieht, die von § 142 InsO privilegiert ist, widerspräche dem Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz (§ 1 S. 1 InsO).¹⁶⁵ Insoweit misslang es dem BAG, die Erweiterung von § 142 InsO zu rechtfertigen.

bb) Arbeitsrechtliche und sanierungsbezogene Argumente

Weiterhin führte das BAG im Anschluss an *Windel* aus, im Arbeitsverhältnis werde dauernd, nicht abschnittsweise geleistet, und die Masse profitiere nicht nur von den erbrachten Arbeitsleistungen, sondern v.a. vom Fortbestand des Betriebs als funktionaler Einheit, wozu aber erforderlich sei, dass die Arbeitnehmer „bei der Stange“ blieben – dies werde mit der Zahlung rückständiger Löhne erkaufte.¹⁶⁶ Wenn § 142 InsO seinen Zweck erfüllen solle, den Schuldner auch in der Krise vorsichtig weiterwirtschaften zu lassen, sei es nötig, dass die Arbeitnehmer trotz Zahlungsverzugs ihre Arbeit erbringen, denn ohne ihre Unterstützung (bei Ausübung ihres Kündigungs- oder Zurückbehaltungsrechts) schwinde die Perspektive auf eine sanierende Insolvenz; die Anfechtung von Lohnzahlungen der letzten drei Monate stünde diesem § 142 InsO zugrunde liegenden Ziel entgegen.¹⁶⁷

Die These, im Arbeitsverhältnis werde nicht abschnittsweise, sondern dauernd geleistet und die Gegenleistung für die Zahlung rückständiger Löhne sei die unmittelbare Weiterarbeit, verfängt nicht: Selbst wenn man den Leistungsaustausch im Arbeitsverhältnis als Einheit betrachtet, besteht diese Einheit doch immer nur im jeweiligen, gesondert vergüteten Zeitabschnitt, der üblicherweise einen Monat beträgt und für den eine eigene Fälligkeit besteht (vgl.

¹⁶³ *Kreft*, in: Heidelberger Kommentar-InsO, 7. Aufl. 2014, § 142 Rn. 6.

¹⁶⁴ So *Windel* (Fn. 15), Anm. unter III. 4.

¹⁶⁵ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 623.

¹⁶⁶ BAGE 139, 235 (241 Rn. 18) unter Verweis auf *Windel* (Fn. 15), Anm. unter III. 3. – mit dieser Argumentation müssten aber auch etwa Energielieferungsverträge privilegiert werden, die InsO beschränkt die Erhaltung des Betriebs (als personelle und sächliche Einheit) vor Verfahrenseröffnung jedoch auf die insbesondere in § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 InsO genannten vorläufigen Maßnahmen.

¹⁶⁷ BAGE 139, 235 (241 f. Rn. 18).

auch § 614 S. 2 BGB).¹⁶⁸ Arbeitnehmer sind nach der gesetzlichen Grundkonzeption zur Vorleistung verpflichtet (§ 614 S. 1 BGB).¹⁶⁹ Die künftig zu erbringenden Arbeitsleistungen stellen daher nicht die Gegenleistung für die Zahlung rückständiger Löhne dar, für die künftig zu erbringenden Arbeitsleistungen schuldet der Arbeitgeber vielmehr neuen Lohn.¹⁷⁰ Auch ein Vergleich mit Kontokorrentverrechnungen bei debitorisch geführten Bankkonten¹⁷¹ trägt nicht, da es Bestandteil eines Girovertrags als paradigmatischem Zahlungsdiensterrahmenvertrag ist, dass dem Kunden ein vereinbarter Kreditrahmen zusteht, bis zu dessen Ausschöpfung die Bank grundsätzlich verpflichtet ist, Zahlungsanweisungen auszuführen, §§ 675f Abs. 2 S. 1, 675o Abs. 2 BGB.¹⁷² Die Bank ist also vertraglich zur Neukreditgewährung verpflichtet, sie kann eingehende Gutschriften ohne fälligen Rückzahlungsanspruch (bei ungekündigtem Kontokorrent) wegen Inkongruenzanfechtbarkeit auch gar nicht zu ihren Gunsten verrechnen (§§ 96 Abs. 1 Nr. 3, 131 InsO).¹⁷³ Die Arbeitnehmer hingegen könnten aufgrund der Lohnrückstände ihre Arbeit verweigern (§ 273 BGB) oder im Extremfall außerordentlich kündigen (§ 626 BGB) – auch wenn ihnen dies als „schwächstes Glied in der Gläubigerkette“¹⁷⁴ wohl kaum zuzumuten ist.

Die an § 286 Abs. 3 S. 1 BGB orientierte 30-Tage-Rechtsprechung des *BGH* ist daher nicht willkürlich und passt sehr wohl auch auf Arbeitsverhältnisse: 30 Tage beträgt die übliche Lohnperiode.¹⁷⁵ Dies trägt folgenden sachgerecht erscheinenden Grundsatz: Erfolgt bei abschnittweisem Leistungsaustausch die Lohnzahlung zu einem Zeitpunkt, zu dem bereits die nächste periodische Zahlung fällig ist, liegt ein kreditorisches Geschäft vor, das ein Bargeschäft ausschließt.¹⁷⁶ Wie gezeigt sind dagegen die Bezugnahme des *BAG* auf § 165 Abs. 1 S. 1 SGB III und der entsprechend gewählte Dreimonatszeitraum inkonsistent.¹⁷⁷ Zwar ist die

¹⁶⁸ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 621; *Ganter* (Fn. 158), 2044.

¹⁶⁹ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 622.

¹⁷⁰ *Ganter* (Fn. 158), 2043 f.

¹⁷¹ Diesen zieht *Wroblewski* (Fn. 152), 896 f.

¹⁷² Dazu *Omlor*, in: *Staudinger-BGB*, Neubearb. 2012, § 675f Rn. 12 und § 675o, Rn. 6.

¹⁷³ *Foerste* (Fn. 2), Rn. 315; *Reischl* (Fn. 1), Rn. 657 ff.; *Bork*, Kontokorrentverrechnung und Bargeschäft, in: *FS Kirchhof*, 2003, 57 ff.

¹⁷⁴ *Bork* (Fn. 23), 2340; zur Kündigung *Preis*, in: *Staudinger-BGB*, 15. Aufl. 2011, § 626 Rn. 245.

¹⁷⁵ So noch ausdrücklich *Müller-Glöge*, in: *ErfK*, 12. Aufl. 2012, 410. InsO, Einführung Rn. 24.

¹⁷⁶ *Ries*, Anfechtung der Zahlung von Arbeitnehmerlöhnen, *ZInsO* 2007, 1037 (1038); *Jacobs/Doebert*, *ZInsO* (Fn. 156), 623; *BGH*, *NZI* 2014, 775 (779 Rn. 33 ff.); zu beachten ist, dass der Arbeitgeber nicht erst 30 Tage nach dem gem. § 614 BGB üblichen Zahlungstermin in Schuldnerverzug kommt, sondern nach dem in § 286 II Nr. 1 BGB normierten Rechtsgrundsatz „*dies interpellat pro homine*“ (dazu *Looschelders* (Fn. 136), Rn. 559) bereits mit Ablauf des Lohnzahlungstags, siehe *Windel* (Fn. 16), 2168.

¹⁷⁷ *Plathner/Sajago*, Trendwende bei Insolvenzanfechtung rückständiger Lohnzahlungen an Arbeitnehmer, *ZInsO* 2012, 581 (584).

Orientierung hin zu einer sanierenden Insolvenz (Arbeitnehmer durch Nichtanfechtbarkeit „bei der Stange halten“) durchaus sinnvoll, doch kann § 142 InsO von seinem *Telos* her nicht immer dann bejaht werden, wenn durch eine Zahlung irgendein positiver Effekt für die Gläubiger entstehen könnte.¹⁷⁸ Den Betrieb als funktionale Einheit zu erhalten, kann zwar wirtschaftlich durchaus wertvoll sein, es ist aber nicht quantifizierbar und stellt keine äquivalente Kompensation für die aus dem Schuldnervermögen abgeflossenen Lohnzahlungen dar¹⁷⁹ – Gleichwertigkeit bestünde nur, wenn die Arbeitsleistungen im Rahmen eines ernsthaften, aussichtsreichen Sanierungsversuchs erbracht würden.¹⁸⁰ Wären verspätete Lohnzahlungen in zu hohem Maße anfechtungsfest, bestünde ferner die Gefahr, dass dem kriselnden Schuldner nicht nur ein „vorsichtiges Weiterwirtschaften“, sondern ein „weiteres Schlittern in die Krise“¹⁸¹ ermöglicht würde. Mithin verdient auch diese Argumentation des *BAG* keinen Beifall.

b) Fazit

Aus insolvenzrechtlicher Sicht darf das Bargeschäft aufgrund seines Ausnahmecharakters nicht überdehnt werden, da es auch ohne Erweiterung bereits die Grenze zwischen gläubigerneutralen und schon gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen zu Gunsten des Leistungsempfängers verschiebt.¹⁸² Die Ausweitung der Unmittelbarkeit i.S.d. § 142 InsO durch das *BAG* scheint aber auch gar nicht insolvenzrechtlich, sondern eher sozial- und arbeitspolitisch motiviert zu sein.¹⁸³ Historisch betrachtet waren nach § 59 Abs. 1 Nr. 3 lit. a) KO rückständige Lohnforderungen aus den letzten sechs Monaten vor Verfahrenseröffnung Masseschulden, sodass sich die Anfechtungsproblematik bzgl. rückständiger Lohnzahlungen nicht stellte: Es fehlte in der Regelan der Gläubigerbenachteiligung,¹⁸⁴ da diese Verbindlichkeiten im Konkursverfahren auch vom Verwalter zu tilgen gewesen wären.¹⁸⁵ Der Gesetzgeber etablierte aber in der InsO die Gläubigergleichbehandlung als Eckpfeiler, wollte keine Vorrechte einzelner Gläubigergruppen mehr zulassen und das Anfechtungsrecht schärfen^{186, 187} Diesem gesetzgeberischen Willen hat sich das

¹⁷⁸ *Brinkmann* (Fn. 159), 209; *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 623.

¹⁷⁹ *Ganter* (Fn. 158), 2044.

¹⁸⁰ Die Unmittelbarkeit wird aber auch im Rahmen einer Sanierung nicht weiter ausgelegt! Siehe Fn. 29.

¹⁸¹ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 624.

¹⁸² *Kayser* (Fn. 7), 271.

¹⁸³ *Brinkmann* (Fn. 159), 216; *Ganter* (Fn. 158), 2043.

¹⁸⁴ Zur möglichen Anfechtung bei Masseinsuffizienz vgl. aber BGHZ 79, 124 ff. (dort zu § 59 Abs. 1 Nr. 3 lit. e) KO).

¹⁸⁵ *Huber* (Fn. 160), 1049 f.; weiteres KO-Arbeitnehmerprivileg: § 61 Abs. 1 Nr. 1 a) KO.

¹⁸⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 82, 85, 156.

¹⁸⁷ *Huber* (Fn. 160), 1051; *Plathner/Sajago* (Fn. 177), 584 f.

BAG durch die Schaffung eines „Sonderinsolvenzrechts für Arbeitnehmer“¹⁸⁸ widersetzt: Durch die großzügige Auslegung des Bargeschäfts geht das *BAG* faktisch über die Rechtslage nach der KO hinaus; zwar sind Lohnforderungen keine Masseforderungen mehr, aber dafür bis maximal sechs Monate vor Stellung des Insolvenzantrags wegen § 142 InsO unanfechtbar.¹⁸⁹ Dabei hatte der Gesetzgeber gesehen, dass der Arbeitnehmer schutzbedürftig ist, da er zur ungesicherten Vorleistung verpflichtet ist, während sich Kapitalgeber regelmäßig über Kreditsicherheiten schützen – und das (heute sog.) Insolvenzgeld eingeführt, § 165 Abs. 1 SGB III.¹⁹⁰ Die Kosten dafür werden aber nicht wie bei einer Ausdehnung von § 142 InsO den Insolvenzgläubigern aufgebürdet (Quotenschmälerung), sondern über eine Umlage finanziert, die die insolvenzfähigen Arbeitgeber aufzubringen haben (§§ 358 ff. SGB III), sodass systemkonform der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz gewahrt bleibt.¹⁹¹ Liegt eine Schutzlücke vor, weil sich die Zeiträume aufgrund verschiedener Anknüpfungspunkte (Eröffnung/Antrag) nicht decken, darf nicht das materielle Insolvenzrecht durch richterliche Rechtsfortbildung systemwidrig verbogen und somit dogmatisch beschädigt werden,¹⁹² sondern es ist eine sozialrechtliche Lösung zu suchen.¹⁹³ Nach den Ausführungen des *BAG* zur Anfechtungsfreistellung des im Entgelt enthaltenen Existenzminimums¹⁹⁴ könnte man vermuten, dass das *BAG* die weite Auslegung von § 142 InsO nun nachträglich damit zu begründen gedenkt. Dies wäre allerdings wiederum der falsche Ort und Ansatz: Man würde auch nicht einen bereicherungsrechtlichen Anspruch zum Schutz des Existenzminimums im Voraus ausschließen; diesen Schutz müssen vielmehr die Pfändungsfreigrenzen der §§ 850 ff. ZPO gewährleisten, indem sie den Zwangsvollstreckungszugriff der Höhe nach begrenzen¹⁹⁵ – ein Ausschluss des Anfechtungsanspruchs selbst durch systemwidrige Auslegung des § 142 InsO ist dazu also nicht erforderlich.

Dieser Einsicht scheint sich der Gesetzgeber *de lege ferenda* zu verschließen: Er schickt sich an, die „Drei-Monats-Rechtsprechung“ des *BAG* im Rahmen der

¹⁸⁸ *Brinkmann* (Fn. 159), 201, 212.

¹⁸⁹ *Plathner/Sajago* (Fn. 177), 584; *Huber* (Fn. 160), 1051, 1054.

¹⁹⁰ BT-Drs. 7/1750, S. 11 f. noch zu §§ 141a ff. AFG; dazu *Niesert*, Grenzen der Anfechtung von Arbeitslohn, NZI 2014, 252 (254).

¹⁹¹ *Plathner/Sajago* (Fn. 177), 584; zwar meldet die BA die Lohnforderungen zur Tabelle an (§ 55 III 1 InsO), doch die Nichtanfechtbarkeit belastet die Masse stärker.

¹⁹² BGH, NZI, 2014, 775 (777 Rn. 16 ff.); *Brinkmann* (Fn. 159), 212, 216; *Foerste* (Fn. 2), Rn. 296.

¹⁹³ *Jacobs/Doebert* (Fn. 156), 627: etwa Ausweitung des Insolvenzgeldzeitraums.

¹⁹⁴ *BAG*, ZIP 2014, 628 (629 ff. Rn. 15 ff.); dazu *Niesert* (Fn. 190), 254 ff.; *Wroblewski* (Fn. 152), 897 f.

¹⁹⁵ BGH, NZI 2014, 775 (778 Rn. 28 ff.); *Lütcke* (Fn. 17), 351.

geplanten Reform des Anfechtungsrechts – vermutlich durch eine Ergänzung von § 142 InsO – zu kodifizieren.¹⁹⁶

c) Ist eine Ausdehnung des Bargeschäfts allgemein denkbar?

Insbesondere außerhalb des Krisenzeitraums des § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO erscheint es geboten, einen praktischen Ausschluss des Schuldners vom Geschäftsverkehr durch die drohende Anfechtbarkeit wertäquivalenter Leistungsaustausche nach § 133 Abs. 1 InsO zu vermeiden.¹⁹⁷ Anzudenken ist, inwieweit – unabhängig von den Besonderheiten in Arbeitsverhältnissen – eine maßvolle zeitliche Erweiterung des Merkmals der Unmittelbarkeit bei bargeschäftsähnlichen Lagen insolvenzrechtlich noch vertretbar sein könnte, ohne dadurch ein „Bargeschäft mit fließenden Grenzen“¹⁹⁸ zu konstruieren. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 142 InsO die dem gesamten Insolvenzanfechtungsrecht zugrunde liegende Abwägung zwischen dem Schutz der Gläubigergesamtheit sowie der Masseanreicherung einerseits und Rechtssicherheit und Vertrauensschutz der Gläubiger andererseits¹⁹⁹ für eine bestimmte Situation vornimmt: Die Trennlinie zwischen gläubigerneutralen und bereits gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen wird bei Vorliegen der in § 142 InsO genannten Bedingungen ausnahmsweise zum Vorteil des Leistungsadressaten verrückt.²⁰⁰ Denn in dieser Ausnahmesituation ist ein Schutz der bereits drei Monate vor Antragstellung durch die §§ 130(-132) InsO rückwirkend geltenden *par condicio creditorum* nicht erforderlich, da letztere bei Vorliegen der Bargeschäftsvoraussetzungen in der Regel nicht gefährdet werden kann. Außerhalb des Dreimonatszeitraums gilt die *par condicio* nicht, sondern das Prioritätsprinzip; vor allem hier gilt § 133 Abs. 1 InsO, aber auch der unabhängig von materieller Insolvenz geltende § 3 Abs. 1 AnfG – aufgrund ihrer sachlichen Identität ist zwischen beiden ein Gleichlauf geboten.²⁰¹ Das AnfG musste aber aufgrund seines Geltungsbereichs keine Ausnahme vom Schutz der *par condicio* statuieren;²⁰² daraus lässt sich als Rückschluss für § 133 Abs. 1 InsO ziehen: Will man bargeschäftsähnliche Lagen trotzdem im Anwendungsbereich der Vorsatzanfechtung privilegieren²⁰³ – quasi als Ausnahme des „Schutzes des

¹⁹⁶ Eckpunktepapier des BMJV (Fn. 10), S. 3.

¹⁹⁷ Lütcke (Fn. 56), 1991.

¹⁹⁸ So Ganter (Fn. 49), 51; siehe auch Lütcke (Fn. 56), 1991.

¹⁹⁹ BT-Drs. 12/2443, S 265; Lütcke (Fn. 56), 1991 f.

²⁰⁰ Kayser (Fn. 7), 271.

²⁰¹ BT-Drs. 12/3803, S. 55; Schoppmeyer (Fn. 106), 604 f.; siehe dazu oben in Abschnitt III. 2. d) cc) (5).

²⁰² Ein Bargeschäft scheidet bei den nicht auf den *par-condicio*-Schutz abzielenden Tatbeständen der §§ 3 ff. AnfG inhaltlich in der Regelaus, Kirchhof, in: MünchKomm-AnfG, 2012, § 3 Rn. 6.

²⁰³ Kirchhof (Fn. 202), § 3 Rn. 6 und 89) will bei Vorliegen der Bargeschäftsvoraussetzungen auch den Benachteiligungsvorsatz des § 3 Abs. 1 AnfG regelmäßig verneinen.

Prioritätsprinzips²⁰⁴ – dürfen nicht auch noch die Voraussetzungen (Unmittelbarkeit) des § 142 InsO ausgedehnt werden. Zudem ist das Merkmal des engen zeitlichen Zusammenhangs für das Bargeschäft von „ausschlaggebender Bedeutung“.²⁰⁵ Weichte man die Unmittelbarkeit auf, bliebe als Charakteristikum des Bargeschäfts nur noch die kongruente Erfüllung eines nach § 132 Abs. 1 InsO unanfechtbaren Rechtsgeschäfts, sofern nicht die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO vorlägen; maßgeblich wäre also das Fehlen einer (unmittelbaren) Gläubigerbenachteiligung. Dann ließen sich die zu erfassenden Konstellationen aber auch über § 129 Abs. 1 InsO lösen, der für alle Anfechtungstatbestände gilt.²⁰⁶ Da das Bargeschäft vom Gesetzgeber aber ausdrücklich normiert wurde, ist davon auszugehen, dass § 142 InsO nicht zuletzt durch das Merkmal der Unmittelbarkeit ein eigenständiger Anwendungsbereich neben § 129 Abs. 1 InsO zugewiesen ist. Ferner würde bei solch einer Ausdehnung der Unmittelbarkeit die Vorsatzanfechtung ggf. zu stark beschnitten²⁰⁷ – gerade unter Berücksichtigung der oben genannten höchstrichterlichen Rechtsprechung. Mithin erscheint die genannte 30-Tage-Rechtsprechung des *BGH* als angemessen.

2. Exkurs: § 142 InsO und Inkongruenz

Eine sehr umstrittene Frage im Zusammenhang mit dem Bargeschäftsprivileg ist, ob auch die Inkongruenzanfechtung nach § 131 InsO – d.h. die Anfechtung von Befriedigungen, die der Schuldner nicht oder (zeitlich) nicht so zu beanspruchen hatte – durch § 142 InsO ausgeschlossen wird. Dies wurde in ständiger Rechtsprechung²⁰⁸ und von der h.L. in der Literatur²⁰⁹ bejaht, bis der *BGH* mit seinem berühmten „Kundenscheckurteil“²¹⁰ 1993 die Anwendbarkeit des Bargeschäftsprivilegs im Rahmen von § 30 Nr. 2 KO ablehnte. Aus den Argumenten, mit denen der *BGH* seine Rechtsprechungsaufgabe begründete und denen sich die überwiegende Literatur²¹¹ mit weiteren Erwägungen anschloss, aber v.a. aus den Kritikpunkten der Gegenansicht, die an der Bargeschäftsprivilegierung inkongruenter Deckungen festhält, lassen sich erhellende Erkenntnisse über die

²⁰⁴ Dessen Schutz erscheint dann tatsächlich unnötig, da die gleichen Zugriffs-/Befriedigungschancen der Gläubiger dabei i.d.R. gewahrt sind, siehe dazu oben in Abschnitt **III. 2. d) cc) (5)** und Fn. 127.

²⁰⁵ *Ganter* (Fn. 158), 2039.

²⁰⁶ *Kayser* (Fn. 7), 270; freilich schließt § 129 InsO die Anfechtung nur aus, wenn weder eine unmittelbare noch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt.

²⁰⁷ *Foerste* (Fn. 8), 1215.

²⁰⁸ Siehe nur *BGH*, NJW 1992, 1960 m.w.Nw.

²⁰⁹ Siehe nur *Henckel*, in: *Jaeger-KO*, 9. Aufl. 1997, § 30 Rn. 110; *Kuhn/Uhlenbruck-KO*, 11. Aufl. 1994, § 30 Rn. 23 b.

²¹⁰ BGHZ 123, 320 ff.

²¹¹ *Kayser* (Fn. 33), § 142 Rn. 7; *Rogge/Leptien*, in: *HamKomm-InsO*, 4. Aufl. 2012, § 142 Rn. 4.

Rolle des § 133 Abs. 1 InsO im Rahmen von § 142 InsO und die Systematik beider Normen innerhalb der §§ 129 ff. InsO gewinnen. Hieraus können wiederum Rückschlüsse auf die an den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des § 133 Abs. 1 InsO zu stellenden Anforderungen und auf das Verhältnis zwischen § 142 und § 133 Abs. 1 InsO gezogen werden.

a) Wortlaut

Der *BGH* argumentierte, durch die Worte „für die“ in § 142 Hs. 1 InsO werde ausgedrückt, dass eine Bardeckung nur vorliege, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft seien.²¹² Dabei berief er sich zutreffend auf die amtliche Begründung zum InsO-Regierungsentwurf²¹³ – das Erfordernis einer Parteiabrede ist heute allgemein anerkannt.²¹⁴ Doch der *BGH* entnahm dem Wortlaut weiter, dass eine Deckung, die der Parteivereinbarung nicht entspricht, d.h. inkongruent i.S.v. § 131 InsO ist, keine Bardeckung sei. Die Literatur sieht inkongruente Deckungen teils sogar als „begrifflich“²¹⁵ von § 142 InsO ausgeschlossen an.

Dabei legt die Regierungsbegründung ein anderes Wortlautverständnis nahe: Die Worte „für die“ sollen nur die nötige Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung signalisieren, um die erhaltene Deckung der Gegenleistung zuordnen zu können; dem Wortlaut ist aber nicht zu entnehmen, dass die Parteien (vor allem der Schuldner) sich an die getroffene Abrede halten müssen, d.h. genau den versprochenen Gegenstand zur versprochenen Zeit leisten müssen (solange Gleichwertigkeit und Unmittelbarkeit gewahrt werden) – die Parteiabrede kann auch Leistung und erfüllungshalber (vor Fälligkeit) getätigte Gegenleistung miteinander verknüpfen.²¹⁶ Der Wortlaut spricht somit zumindest nicht für den *BGH* und die heute h.L.

b) Systematisch-teleologische Wertungen

Der *BGH* führte weiter aus, es bestehe weder rechtlicher noch wirtschaftlicher Anlass, Umsatzgeschäfte des Schuldners in der Krise zu begünstigen, soweit sie anders abgewickelt würden als vereinbart. Bzgl. des Zwecks des § 30 KO (heute §§ 130-132 InsO), die Gläubigergleichbehandlung während der wirtschaftlichen Krise des Gemeinschuldners zu verwirklichen, sei es nicht gleichgültig, ob eine

²¹² BGHZ 123, 320 (328).

²¹³ BT-Drs. 12/2443, S. 167 – hierauf beruft sich der *BGH*, obwohl 1993 noch die KO galt!

²¹⁴ Siehe nur *Kreft* (Fn. 163), § 142 Rn. 4; *Nerlich* (Fn. 21), § 142 Rn. 10.

²¹⁵ So *Ehrlicke* (Fn. 36), § 142 Rn. 12; *Kayser* (Fn. 33), § 142 Rn. 21.

²¹⁶ *Klönck*, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, 2011, S. 398 f.; sehr deutlich *Paulus* (Fn. 107), 454.

Deckung kongruent oder inkongruent erfolge, da der inkongruent befriedigte Gläubiger anfechtungsrechtlich auch dann eine einseitige Begünstigung erhalte, wenn der Gläubiger seinerseits eine gleichwertige Gegenleistung erbracht habe.²¹⁷

aa) Die Bedeutung der Inkongruenz im Rahmen der §§ 130, 131 InsO

Der *BGH* geht in seiner Argumentation davon aus, dass ein Gläubiger allein wegen Erhalts einer inkongruenten Deckung begünstigt wird. Die gesetzliche Konzeption verbindet Inkongruenz aber vorrangig damit, dass ein Gläubiger, der eine ihm nicht (so) zustehende Leistung erhält, Verdacht schöpfen muss, dass die Krise beim Schuldner eingetreten ist oder unmittelbar bevorsteht.²¹⁸ Aufgrund dessen wurde auf entsprechende subjektive Tatbestandsmerkmale bei § 131 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO im Vergleich zu § 130 Abs. 1 S. 1 InsO verzichtet.²¹⁹ Beide Normen knüpfen letztlich an die materielle Insolvenz an, der Unterschied zwischen Kongruenz und Inkongruenz besteht darin, welche Kenntnis aufseiten des Anfechtungsgegners nachzuweisen ist.²²⁰ *BGH* und h.L. wenden § 142 InsO bei § 130 InsO an, d.h. dann, wenn der Anfechtungsgegner positiv die materielle Insolvenz des Schuldners kennt. Steht diese Kenntnis einer Anwendung des Bargeschäftsprivilegs nicht entgegen, kann für die aus der Inkongruenz gefolgerte bloße „Verdächtigkeit“ aber nichts anderes gelten.²²¹ § 142 InsO zieht die Grenze der Bargeschäftsausnahme erst bei § 133 Abs. 1 InsO: Der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz (auf Rechtsfolgenseite der Vorsatzanfechtung) verdient solange keinen Vorrang vor dem Sicherungs- und Befriedigungsinteresse des Einzelgläubigers, der unmittelbar nach Empfang der Leistung dem Schuldnervermögen eine gleichwertige Gegenleistung zugeführt hat, wie keine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung vorliegt; diese Grenze darf nicht dadurch verschoben werden, dass jede inkongruente Deckung einem Generalverdacht und der Vorsatzanfechtung unterstellt wird.²²² Die Unterscheidung zwischen Kongruenz und Inkongruenz darf nicht mit derjenigen zwischen Inkongruenz und vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung vermischt werden – dass eben gerade nur § 133 Abs. 1 InsO ausdrücklich nicht ausgeschlossen ist, wenn die Voraussetzungen eines Bargeschäfts vorliegen, zeigt, welchen Stellenwert die Vorsatzanfechtung im System der Anfechtungstatbestände

²¹⁷ BGHZ 123, 320 (328).

²¹⁸ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 406; BT-Drs. 12/2443, S. 158 f.

²¹⁹ *Klinck* (Fn. 216), S. 338 ff., 400 f.

²²⁰ *Wagner*, in: Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 2. Aufl. 2014, § 142 Rn. O 13; zust. *Schoppmeyer*, Literaturrezension u.a. zu Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 2012, ZIP 2012, 1882 (1883).

²²¹ *Klinck* (Fn. 216), S. 401.

²²² *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 13, O 68.

hat²²³ und welche dementsprechend strengen Maßstäbe an den Benachteiligungsvorsatz und seinen Nachweis zu stellen sind.

bb) Systematische Trennung von Anfechtungsgrund (§§ 129-136 InsO) und Anfechtungsausschluss (§ 142 InsO)

In § 131 InsO sind ausschließlich die anspruchsbegründenden Tatbestände anfechtbarer Deckungshandlungen normiert – dass der Anfechtungsgegner keinen (derartigen) Anspruch auf die Deckung hatte, ist nur für § 131 InsO und seine Abgrenzung von § 130 InsO maßgeblich, nicht hingegen für den Einwendungstatbestand des § 142 InsO.²²⁴ Denn Anfechtungsgrund und Anfechtungsausschluss sind streng zu trennen: Die für den Ausschluss nach § 142 InsO entscheidende Frage, ob durch den wertäquivalenten Leistungsaustausch nur eine Vermögensumschichtung stattgefunden hat und daher keine (unmittelbare) Gläubigerbenachteiligung vorliegt, ist unabhängig von der Feststellung des konkreten Anfechtungsgrundes zu prüfen.²²⁵

cc) Verhältnis zur Unsicherheitseinrede, § 321 BGB

§ 321 Abs. 1 S. 1 BGB erlaubt es dem aus einem gegenseitigen Vertrag Vorleistungspflichtigen, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, wenn er erkennt, dass sein Anspruch auf die Gegenleistung durch mangelnde Leistungsfähigkeit des anderen Teils, d.h. drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit,²²⁶ gefährdet wird. Dieses Leistungsverweigerungsrecht entfällt nur, wenn die Gegenleistung bewirkt (§ 321 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 BGB) oder Sicherheit für sie geleistet wird (Alt. 2); diesbezüglich besteht aber kein Anspruch des Vorleistungspflichtigen, er kann nur eine Frist setzen, nach deren erfolglosem Ablauf er ein Rücktrittsrecht hat (Abs. 2). Da es sich bei einer nach § 321 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB gestellten Sicherheit daher grundsätzlich um eine inkongruente Deckung handelt und somit in der Regel § 131 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 InsO erfüllt ist, wird der Vorleistungspflichtige quasi in eine Falle getrieben: Die Anfechtbarkeit zeigt, dass die Stellung der Sicherheit, die zur Erfüllung der Vorleistungspflicht zwingt, dem Zweck des § 321 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB widersprechend, nicht das Insolvenzrisiko ausschließt, da der Vorleistungspflichtige mit der (inkongruenten) Sicherheit nach *BGH* und h.M. nicht so gestellt wird, als habe er statt dieser die wegen des Bargeschäftsprivilegs

²²³ *Paulus* (Fn. 107), 454; *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 16.

²²⁴ *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 12; zust. *Schoppmeyer* (Fn. 220), 1883.

²²⁵ *BGH*, NZI 2011, 675 (675 Rn. 8).

²²⁶ *Emmerich*, in: MünchKomm-BGB II, 6. Aufl. 2012, § 321 Rn. 11; *Otto*, in: Staudinger-BGB, Neubearb. 2009, § 321 Rn. 14.

anfechtungsfeste Gegenleistung erhalten.²²⁷ § 321 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB kann seine Funktion daher nur erfüllen, wenn inkongruente Deckungen nicht *a priori* vom Bargeschäftsprivileg ausgeschlossen sind.

c) Historische Betrachtung

Die Konkursordnung enthielt keine Bargeschäftsnorm, doch ihrem Gesetzgeber war dessen Ursprungsdogmatik bekannt, wie Andeutungen in der Begründung des KO-Entwurfs erkennen lassen: Ein Rechtsgeschäft, das weder Betrug noch Freigebigkeit enthält, sollte der Anfechtung nur ausgesetzt sein, wenn es die Masse negativ beeinträchtigt; dies sollte es dem Schuldner ermöglichen, eine Zahlungseinstellung wieder zu beseitigen.²²⁸

Die Gesetzesmaterialien zur Insolvenzordnung erklären ausdrücklich, das Bargeschäftsprivileg solle dem „Grundsatz des geltenden Konkursrechts“ entsprechen, dass „Bargeschäfte nicht der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckung unterliegen“.²²⁹ Diesen Grundsatz hatte die Rechtsprechung zur KO entwickelt.²³⁰ Der InsO-Gesetzgeber hat zwar (trotz Möglichkeit dazu) die Rechtsprechungsänderung von 1993 nicht berücksichtigt; umgekehrt lässt sich aber aus seinem diesbezüglichen Schweigen auch nicht schließen, dass er sie ablehnte.²³¹ Trotzdem sprechen Entstehungsgeschichte und Gesetzesmaterialien eher für die Gegenansicht.

d) Teleologische Erwägungen

Wie erwähnt formulierte der *BGH*, dass „weder rechtlich noch wirtschaftlich ein Anlass besteht, Umsatzgeschäfte des Schuldners in der Krise zu begünstigen, soweit sie anders abgewickelt werden als vereinbart“.²³²

aa) Schuldnerschutz

Wirtschaftlicher und rechtlicher „Anlass“ des Bargeschäfts ist der Schutz des Schuldners: Dieser soll auch in der Krise nicht gänzlich vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen werden; um ihm nicht jegliche wirtschaftliche Handlungsfreiheit zu

²²⁷ *Klinck* (Fn. 216), S. 401 f.; zust. *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 70; vgl. zu § 648a BGB a.F. (2002-2008): *BGH*, NZI 2007, 456 (456 f. Rn. 8).

²²⁸ *Hahn/Mugdan*, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Band 4: Materialien zur Konkursordnung, Neudruck 1983, S. 116, 121, 127; *Riggert*, Zur dogmatischen Entwicklung des insolvenzrechtlichen Bargeschäfts, in: FS Braun, 139 (144 ff.).

²²⁹ Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 75, 410; BT-Drs. 12/2443, S. 167.

²³⁰ Siehe Fn. 208.

²³¹ *Klinck* (Fn. 216), S. 399 f.; *Wagner* (Fn. 220), § 142 Rn. O 1-3.

²³² BGHZ 123, 320 (328).

nehmen, ermöglicht ihm das Bargeschäft einen unantastbaren Kern anfechtungsfester Rechtsgeschäfte. Der Rechtsverkehr ist so auch im Krisenfall kontrahierungsbereit, da er auf die Bestandsfestigkeit der abgeschlossenen Bargeschäfte vertrauen kann.²³³ Akzeptiert der Anfechtungsgegner nun einen (höchstens gleichwertigen) anderen Leistungsgegenstand als den ursprünglich vereinbarten, fördert das den Zweck des § 142 InsO sogar.²³⁴ Schutzwürdig ist der Schuldner erst dann nicht mehr, wenn er Gläubiger vorsätzlich benachteiligt.²³⁵

bb) Schutz der Gläubigergesamtheit

Wesentlicher Grund für die Privilegierung des Bargeschäfts und die Bemessung seiner Reichweite ist, dass die Gläubigergesamtheit durch seinen Abschluss und seine Erfüllung keinen Nachteil erleidet und der Schutz der Insolvenzgläubiger gewährleistet ist: Maßgebliches Element dafür ist der direkte, tatsächliche und wertäquivalente Leistungsaustausch, durch den eine (unmittelbare) Gläubigerbenachteiligung ausgeschlossen wird.²³⁶ Denn es liegt dann nur eine bloße Vermögensumschichtung, keine Vermögensverschiebung zulasten der Gläubigergesamtheit, vor.²³⁷ Der BGH geht aber davon aus, dass auch bei Vorliegen der sonstigen Bargeschäftsvoraussetzungen bei einem inkongruent befriedigten oder besicherten Gläubiger eine einseitige Begünstigung²³⁸ und *e contrario* eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger vorliege. Dies trifft bei genauerer Betrachtung aber nur selten zu:²³⁹ Leistet der Schuldner ein *aliud*, wird er aufgrund seiner angespannten Vermögenssituation darauf achten, dass es nicht höherwertig ist als der ursprünglich geschuldete Gegenstand. Leistet er vor Fälligkeit, hat der Gläubiger zwar einen Zinsvorteil, dieser wird aber im Vergleich zur Deckung in der Regel unerheblich sein. Ein Unterschied zu einer kongruenten Deckung besteht nur, wenn der Insolvenzgläubiger die Deckung überhaupt nicht zu beanspruchen hatte – dies wird relevant, wenn der Schuldner auf eine endgültig nicht durchsetzbare oder nicht bestehende Forderung leistet. In den letztgenannten Fällen ist schon fraglich, ob überhaupt noch ein Bargeschäft vorliegen kann (Parteiabrede vonnöten), jedenfalls deuten sie stark auf eine vorsätzliche Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 133 Abs. 1 InsO hin. Auch die inkongruente Sicherheitenbestellung verletzt die *par condicio creditorum* nicht mehr

²³³ BT-Drs. 12/2443, S. 167; Riggert (Fn. 228), 153.

²³⁴ Klinck (Fn. 216), S. 400.

²³⁵ Siehe dazu Abschnitt III. 2. d) bb).

²³⁶ BT-Drs. 12/2443, S. 167; so bereits Hahn/Mugdan (Fn. 228), S. 121, 127; zu letzterem Riggert (Fn. 228), 153 f.

²³⁷ So K. Schmidt (Fn. 36), 475.

²³⁸ BGHZ 123, 320 (328).

²³⁹ Zum Folgenden Klinck (Fn. 216), S. 335.

als die kongruente Befriedigung:²⁴⁰ Der inkongruent besicherte Insolvenzgläubiger kann nicht besser auf das Schuldnervermögen zugreifen, als ihm dies schon seine Forderung erlaubt. Zwar wird ein Gegenstand aus dem Schuldnervermögen gebunden, dies wäre aber auch bei kongruenter Erfüllung geschehen. Die Besicherung statt sofortiger Leistung kann für Schuldner und Restgläubiger sogar positiv sein, da ggf. liquide Mittel im Schuldnervermögen bleiben, die sonst abgeflossen wären. Somit gefährden inkongruente Deckungen nur ausnahmsweise (in der Regelwürde hier § 133 Abs. 1 InsO greifen) den von § 142 InsO bezweckten Insolvenzgläubigerschutz.

cc) Schutz des Vertragspartners des Schuldners

Weiterhin will § 142 InsO redliche Vertragspartner des Schuldners schützen; er ermöglicht auch den Abschluss von Rechtsgeschäften, bei denen der marktübliche Gewinn erzielt wird – die reguläre Gewinnspanne des Vertragspartners ist also mitprivilegiert.²⁴¹ Dem stehen inkongruente Deckungen nicht entgegen, wenn der Vertragspartner sie akzeptiert.

dd) Sanierungsfunktion des Bargeschäftsprivilegs

Zudem hat § 142 InsO eine Sanierungsfunktion:²⁴² Während der oben genannte Schutz des Schuldners diesem vor allem eine gewisse individuelle wirtschaftliche Handlungsfreiheit trotz Krise erhalten will, steht hier das allgemeine Interesse an einer funktionierenden Wirtschaft im Vordergrund. Der Schuldner soll wenigstens Bargeschäfte abschließen können, ohne im Falle des Scheiterns der Sanierung eine Rückabwicklung befürchten zu müssen. Da sich (außer bei einseitigen Rechtsgeschäften) immer Vertragspartner finden müssen, die mit dem kriselnden Schuldner kontrahieren, bietet § 142 InsO für diese Rechtssicherheit und bewirkt somit, dass der Schuldner seine Zahlungseinstellung wieder beseitigen kann. Akzeptieren die Vertragspartner bei Erfüllung inkongruente Deckungen, wäre deren durch § 142 InsO gewährte Anfechtungsfestigkeit sogar förderlich für die Sanierungsbemühungen.

ee) Deregulierungsfunktion des § 142 InsO

Schließlich kommt § 142 InsO eine Deregulierungsfunktion zu: Es ist impraktikabel, die massenweise abgeschlossenen, sofort abgewickelten Geschäfte des täglichen Lebens den komplizierten Insolvenzanfechtungsvorschriften zu

²⁴⁰ Zum Folgenden *ebd.*, S. 336.

²⁴¹ So bereits *Hahn/Mugdán* (Fn. 228), S. 121, 127; *Riggert* (Fn. 228), 153.

²⁴² Zum Folgenden: *Hahn/Mugdán* (Fn. 228), S. 127; *BGH*, ZIP 2010, 246; *BAG*, ZIP 2014, 628 (636 f. Rn. 85 ff.).

unterwerfen.²⁴³ Auch dem ist eine Bargeschäftsprivilegierung der Inkongruenzanfechtung zuträglich – zumal die Trennung zwischen Kongruenz und Inkongruenz nicht in jedem Fall überzeugend gelingt.²⁴⁴

e) Fazit und Rückschlüsse

In der Zusammenschau spricht vieles dafür, auch inkongruente Deckungen in der Regel (in Ausnahmefällen greift § 133 Abs. 1 InsO) dem Anwendungsbereich des Bargeschäftsprivilegs zu unterstellen.²⁴⁵ Ein Praxisbeispiel stützt dies: So hat sich der BGH mit seiner Rechtsprechung, § 142 gelte nur bei § 130 InsO, im Rahmen von Verrechnungen im Kontokorrent selbst „in Schwierigkeiten“²⁴⁶ gebracht: Da die Verrechnung im ungekündigten Kontokorrent inkongruent ist (kein fälliger Rückführungsanspruch der Bank), kann der IX. Zivilsenat die für Recht erkannte Anwendung des § 142 InsO auf die dennoch erfolgte Verrechnung von Ein- und Auszahlungen innerhalb der Kreditlinie in kritischer Zeit nicht überzeugend erklären.²⁴⁷

Jedenfalls lassen sich zwei Rückschlüsse ziehen: Zum einen ist auch die Inkongruenz, die ja nur die Kenntnis der materiellen Insolvenz, d.h. bei § 130 InsO der Zahlungsunfähigkeit, ersetzt – zumindest beim Vorliegen der Bargeschäftsvoraussetzungen – in der Regel nicht geeignet, den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz zu indizieren; dies bestätigt das obige Ergebnis, dass die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit an sich dann als Indiz nicht taugt.

Hier will nun auch der Gesetzgeber eingreifen – wenn auch aus anderen Motiven denn als Resultat methodischer Untersuchungen –, indem er die Voraussetzungen der Deckungsanfechtung im neuen § 133 InsO normiert, ohne der Inkongruenz eine (indizielle) Bedeutung zuzumessen; eine inkongruente Deckung ist danach nicht (mehr) zwangsläufig „unlauter“ und nach § 133 InsO anfechtbar.²⁴⁸ Dies ist begrüßenswert.

Zum Zweiten zeigt sich an dem hohen Grad der Inkongruenz in den (Ausnahme-)Fällen, in denen eine Gläubigerbenachteiligung durch die inkongruente Deckung

²⁴³ So zur KO Riggert (Fn. 228), 152 f.

²⁴⁴ Wagner (Fn. 220), § 142 Rn. O 69.

²⁴⁵ Dafür auch Bork (Fn. 173), 67; Paulus (Fn. 107), 453 f.; Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus (Fn. 65), Kap. 33 Rn. 35; Schoppmeyer (Fn. 220), 1883; Wagner (Fn. 220), § 142 Rn. O 11-13, O 66-71; Klinck (Fn. 216), S. 402.

²⁴⁶ So Bork (Fn. 173), 65 ff.; ders., Die anfechtbare Kontokorrentverrechnung, in: FS Fischer, 2008, 37 (41 ff.).

²⁴⁷ Wagner (Fn. 220), § 142 Rn. O 69.

²⁴⁸ Eckpunktepapier des BMJV (Fn. 10), S. 1 f.; dazu Bork (Fn. 10), 1906.

selbst im Rahmen eines Bargeschäfts eintritt (Deckung einer endgültig nicht durchsetzbaren oder nicht bestehenden Forderung), und die dann das Eingreifen der Vorsatzanfechtung nötig machen, welche strengen Maßstäbe an das Vorliegen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes i.S.d. § 133 Abs. 1 InsO anzulegen sind. Ob alle hier in Betracht kommenden Konstellationen, die offensichtlich von einer gewissen kriminellen Energie auf Schuldner- und Gläubigerseite geprägt sind, in einem abschließend aufzählenden, gesetzlichen Unlauterkeitskatalog erfasst werden können, wie es das Eckpunktetpapier des *BMJV* vorsieht,²⁴⁹ erscheint zweifelhaft.²⁵⁰

V. Ergebnis

Zum Abschluss der Betrachtung der (verschärften) Vorsatzanfechtung im Rahmen von § 142 InsO lassen sich drei zentrale Aspekte zusammentragen, die auch *de lege ferenda* zu beachten sind:

Erstens dürfen die Gerichte nicht im Rahmen der sog. Gesamtwürdigung versuchen, das materielle Recht zu korrigieren und so im Einzelfall eine „angemessene“ Entscheidung herbeiführen (Gefahr der Billigkeitsrechtsprechung).

Zweitens dürfen (über § 142 InsO) nicht einzelne Gläubigergruppen aus mit der Insolvenzrechtsdogmatik brechenden Gründen privilegiert werden.

Stattdessen gilt es drittens, die fein austarierte Systematik des Insolvenzanfechtungsrechts gerade bei der Anwendung der Vorsatzanfechtung und (bzw. im Rahmen) des Bargeschäfts sorgfältig zu berücksichtigen – insbesondere ist diesbezüglich zu überprüfen, welche Reichweite der Indizwirkung der Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit beigemessen werden kann.

²⁴⁹ Eckpunktetpapier des *BMJV* (Fn. 10), S. 1 ff.: Wegen unlauterer Benachteiligung sollen neben (kongruenten und inkongruenten) Deckungen noch „sonstige Rechtshandlungen (also keine Deckungen)“ des Schuldners wohl nach Maßgabe des bisherigen § 133 Abs. 1 S. 1 InsO und entgeltliche Verträge mit einer nahestehenden Person (bisheriger § 133 Abs. 2 InsO) anfechtbar sein.

²⁵⁰ Ebenso *Bork* (Fn. 10), 1906.