

# Die Bestimmung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Anfechtungsprozess anhand der eingetretenen Liquiditätsentwicklung – ein institutionalisierter Rückschaufehler

Fabian Klinck\*

|  |     |
|--|-----|
| A. Die besondere Insolvenzanfechtung im Überblick .....                                | 171 |
| B. Zahlungsunfähigkeit iSd § 130 Abs. 1  |     |
| S. 1 Nr. 1 InsO .....  | 173 |
| I. Doppelrelevanz und Begriff der Zahlungsunfähigkeit.....                             | 173 |
| II. Auslösungs- und Begrenzungsfunktion der Krisentatsache „Zahlungsunfähigkeit“ ..... | 174 |
| C. Die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit im Anfechtungsprozess .....                  | 176 |
| I. BGH: Maßgeblichkeit der eingetretenen Liquiditätsentwicklung .....                  | 176 |
| II. Kritik.....  | 177 |
| D. Fazit: Ein institutionalisierter Rückschaufehler.....                               | 178 |

*Rückschaufehler können nur auftreten, wenn darüber zu urteilen ist, ob ex ante eine später eingetretene Entwicklung vorauszusehen war, wenn es für das in Frage stehende Tatbestandsmerkmal also auf die zu einem früheren Zeitpunkt zu prognostizierende und nicht auf die später tatsächlich eingetretene Entwicklung der Sachlage ankommt. Dies wiederum ist oftmals eine Auslegungsfrage. Der Kurzbeitrag soll am Beispiel eines speziellen Einzelproblems des Insolvenzanfechtungsrechts aufzeigen, dass dieselben Gründe, die zu Rückschaufehlern führen, schon für diese Auslegungsfrage relevant werden und den Blick darauf verstellen können, dass nach materiellem Recht nicht die später eingetretene, sondern die zu einem früheren Zeitpunkt zu prognostizierende Entwicklung entscheidend sein muss.*

## A. Die besondere Insolvenzanfechtung im Überblick

Das Insolvenzverfahren – jedenfalls das auf Liquidation ausgerichtete Regelverfahren – lässt sich als rechtliches Bestattungsinstitut für Unternehmen begreifen. In diesem etwas morbiden Bild ist der Insolvenzverwalter allerdings nicht nur Bestatter<sup>1</sup>, sondern vor allem Leichenbeschauer: Er kontrolliert das Verhalten der Beteiligten daraufhin, ob sie insbesondere nach Eintritt der wirtschaftlichen Krise, in der das Unternehmen gescheitert ist, die gesetzlichen Bestimmungen insbesondere zum Schutz der Gläubiger eingehalten haben. Eines der Instrumente, die das Recht ihm zu diesem Zweck zur Verfügung stellt, ist die in §§ 129 ff. InsO geregelte Insolvenzanfechtung. Wurde das Vermögen des Schuldners vor Eröffnung des Insol-

\* Prof. Dr. Fabian Klinck ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Römisches Recht und Zivilverfahrensrecht an der Ruhr-Universität Bochum. – Die Ausführungen beruhen weitgehend auf und sind vereinzelt identisch mit denjenigen in F. Klinck, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, Berlin 2010, dort insbesondere S. 203 ff.

<sup>1</sup> Zum Bild vom Insolvenzverwalter als „Totengräber“ etwa Chr. Thole, Vom Totengräber zum Heilsbringer - Insolvenzkultur und Insolvenzrecht im Wandel, JZ 2011, S. 765-774.

venzverfahrens in unerlaubter Weise geschmälert, kann der Insolvenzverwalter nach Eröffnung von demjenigen, der davon profitierte, Rückgewähr des Erlangten verlangen. Unerlaubt in diesem Sinne ist etwa eine Vermögensverschiebung, die der Schuldner mit dem Vorsatz vornahm, seine Gläubiger zu benachteiligen, wenn der Empfänger diesen Vorsatz kannte (§ 133 Abs. 1 InsO) oder eine unentgeltliche Leistung des Schuldners, sofern sie nicht länger als vier Jahre vor Stellung des Insolvenzantrags stattfand (§ 134 InsO). In der Praxis am relevantesten ist allerdings die Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO..

Als Gesamtvollstreckungsverfahren dient das Insolvenzverfahren ausweislich § 1 S. 1 InsO der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger; sofern das materielle Recht keine Sonderbehandlung einzelner Gläubigergruppen anordnet, gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO fußt auf der Wertung, dass diese *par condicio creditorum* nicht erst mit der Eröffnung des eigentlichen Insolvenzverfahrens, sondern schon mit Eintritt der wirtschaftlichen Krise herzustellen ist, die zur Verfahrenseröffnung führt<sup>2</sup>; ab diesem Zeitpunkt soll der Schuldner keinen potentiellen Insolvenzgläubiger mehr dadurch bevorzugen können, dass er ihm für seine Forderung eine Deckung, also Befriedigung oder Sicherung verschafft. Damit soll zugleich ein Anreiz dafür gesetzt werden, dass Gläubiger, die von der Krise ihres Schuldners erfahren, nicht mehr versuchen, zulasten der anderen Gläubiger nach dem Windhundprinzip noch volle Befriedigung zu erlangen, sondern das als gerechter empfundene Gesamtvollstreckungsverfahren einleiten, indem sie selbst Insolvenzantrag stellen.

Die Normierung dieses einfachen Grundsatzes ist mit §§ 130, 131 InsO aus zwei Gründen recht umfangreich ausgefallen: zum einen, weil der wirtschaftliche Tatbestand der Krise rechtlich nicht ganz leicht zu erfassen ist, zum anderen und vor allem aber, weil man den redlichen Verkehr in seinem Vertrauen schützen will, dass vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgte Verfügungen des Schuldners Bestand haben.<sup>3</sup> Im Hinblick die Schutzwürdigkeit dieses Vertrauens wird differenziert: Hat ein Gläubiger etwas erlangt, was er nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit verlangen konnte – also eine „inkongruente“, nicht mit seiner Forderung übereinstimmende Deckung –, soll schon dieser Umstand so verdächtig sein, dass sein Vertrauen in den Bestand der Deckung per se nicht schutzwürdig ist. Daher setzt die Anfechtbarkeit inkongruenter Deckungen nach § 131 Abs. 1 Nr. 1, 2 InsO nur voraus, dass sich der Schuldner bereits in der Krise befand, als er die Deckung

2 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 403; W. Henckel, in: Jaeger, Insolvenzordnung, Bd. 4, Berlin 2008, § 130 Rn. 8; Chr. Thole, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, Tübingen 2010, S. 292 ff., 347; F. Klinck, Die Grundlagen der besonderen Insolvenzanfechtung, Berlin 2011, S. 155 ff.

3 Begr. RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 158; Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, 1985, S. 405; Henckel (Fn. 2), § 130 Rn. 8; Thole (Fn. 2), S. 301 ff., 365 ff.; Klinck, Grundlagen (Fn. 2), S. 297 ff.

gewährte. Für die vorliegenden Zwecke interessanter ist die Anfechtbarkeit kontrahenter Deckungen nach § 130 Abs. 1 S. 1 InsO. Sie erfasst Fälle, in denen der Gläubiger genau das erhielt, was er vom Schuldner verlangen konnte. Daher setzt sie nicht nur voraus, dass sich der Schuldner bereits in der Krise befand, als er die Deckung gewährte, sondern auch, dass dem Gläubiger und Anfechtungsgegner diese Krise bekannt war, als er die Deckung erhielt.

Da sich die Anfechtbarkeit auslösende und den Bezugspunkt für die Redlichkeit des Verkehrs bildende Kriseneintritt *ex ante* und allemal für einen Außenstehenden kaum bestimmen lässt, knüpft der Gesetzgeber insoweit an bestimmte, mehr oder weniger äußerlich erkennbare Krisensymptome an: den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und die Stellung eines Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Diese beiden Merkmale prägen die beiden Anfechtungstatbestände des § 130 Abs. 1 Satz 1 InsO, von denen die Nr. 1 InsO für den Insolvenzverwalter meist relevanter ist: Danach können auch Rechtshandlungen anfechtbar sein, die in den letzten drei Monaten *vor* Stellung des Insolvenzantrags vorgenommen wurden, also in einer Zeit, in welcher der Schuldner oftmals noch in nennenswertem Umfang Vermögen umsetzte, das durch Anfechtung zur Masse gezogen werden könnte.

## B. Zahlungsunfähigkeit iSd § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO

### I. Doppelrelevanz und Begriff der Zahlungsunfähigkeit

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist in § 17 InsO definiert, also im Zusammenhang mit den Gründen, welche die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens rechtfertigen. Nach der Legaldefinition des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht mehr in der Lage ist, „die“ fälligen Zahlungspflichten (grundsätzlich also: alle!) zu erfüllen. Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit ist allerdings weit komplexer, als dieser Satz vermuten lässt. Denn obwohl dies im Wortlaut des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO keinen Anhalt findet, soll Zahlungsunfähigkeit einerseits von einer nur vorübergehenden Zahlungsstockung abgrenzen sein; andererseits soll auch im Falle einer dauerhaften Liquiditätslücke keine Zahlungsunfähigkeit vorliegen, wenn diese Lücke unerheblich ist. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH ist mithin regelmäßig nur dann von Zahlungsfähigkeit auszugehen, wenn der Schuldner über einen Zeitraum von mindestens drei Wochen nicht mehr als 90% seiner fälligen – und das heißt: der von den Gläubigern ernsthaft eingeforderten<sup>4</sup> – Verbindlichkeiten wird erfüllen können.<sup>5</sup>

Diese Einschränkungen sollen verhindern, dass Unternehmen zu früh vom Markt genommen werden, nämlich schon dann, wenn sie in Liquiditätsschwierigkeiten

4 Dazu BGHZ 173, 286 (289 ff. Rn. 9 ff.); BGH NJW 2018, S. 1089 f. Rn. 16.

5 Grundlegend BGHZ 163, 134 (139 ff.).

geraten, von denen sie sich womöglich wieder erholen können. Sie greifen aber nach wohl allgemeiner Ansicht auch dann, wenn der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit nicht als Eröffnungsgrund für ein Insolvenzverfahren zu prüfen ist, sondern als Krisentatsache im Anfechtungsrecht.<sup>6</sup> Dass dies auch in der Sache berechtigt ist, zeigt ein genauerer Blick auf die Funktion, welche die Zahlungsunfähigkeit als „Krisentatsache“ im Insolvenzanfechtungsrecht erfüllt.

## **II. Auslösungs- und Begrenzungsfunktion der Krisentatsache „Zahlungsunfähigkeit“**

Wie bereits angesprochen, dient die Deckungsanfechtung dazu, die Ablösung des Prioritätsgrundsatzes durch den Gleichbehandlungsgrundsatz und in diesem Sinne die Wirkungen der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf den Zeitpunkt vorzuverlegen, in dem die Voraussetzungen für eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingetreten sind. Jedenfalls eine Funktion der Krisentatsache liegt also darin, die besondere Insolvenzanfechtung genau zu diesem Zeitpunkt auszulösen.

Dass eine solche Begrenzung auch notwendig ist, lässt sich aus allgemeinen Erwägungen ableiten. Dass der Schuldner, solange er sich nicht in einer Krise befindet, frei über sein Vermögen verfügen kann, ist Ausdruck seiner Privatautonomie. Anlass dafür, diese einzuschränken, besteht erst ab dem Zeitpunkt, in dem ihre Betätigung schädliche Folgen für Dritte, nämlich für andere Gläubiger des Schuldners äußert. Das wiederum ist erst dann der Fall, wenn das haftende Vermögen nicht mehr ausreicht, alle Gläubiger vollständig zu befriedigen, wenn also die Leistung an den einen zum Ausfall der anderen Gläubiger führt. Mit anderen Worten: Der von der besonderen Insolvenzanfechtung zu verwirklichende Übergang vom Prioritäts- zum Gleichbehandlungsgrundsatz ist genau dann geboten, wenn der Schuldner in eine Lage gerät, in der er Vermögensabflüsse nicht mehr so kompensieren kann, dass rechtzeitig wieder genügend Vermögen vorhanden ist, um auch die Forderungen der ungesicherten Gläubiger zu befriedigen. Die Krisentatsache kann vor diesem Hintergrund als dasjenige Tatbestandsmerkmal begriffen werden, welches die besondere Insolvenzanfechtung erst und genau zu diesem Zeitpunkt auslöst.

Es fragt sich allerdings, ob es neben den allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen eines solchen begrenzenden Tatbestandsmerkmals überhaupt bedarf. Denn die besondere Insolvenzanfechtung ist ohnehin nur nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens anwendbar, wenn also – in aller Regel – die wirtschaftliche Betätigung des Schuldners zum Erliegen gekommen und daher mit der Erwirtschaftung neuen, für eine Verteilung an die ungesicherten Gläubiger zur Verfügung stehenden Vermögens nicht mehr zu rechnen ist. Und dass die besondere Insolvenzanfechtung nur eingreift, wenn das noch vorhandene Vermögen des Schuldners nicht zur Befriedi-

6 Ausdrücklich für § 64 GmbHG BGHZ 163, 134 (137); der Sache nach etwa auch BGH NJW 2018, S. 1089 f. Rn. 8 ff.; allgemein zu „§§ 17, 129 ff. InsO, § 64 GmbHG“ BGH NZI 2006, S. 591 (592).

gung aller Gläubiger ausreicht, ist allemal durch das aus § 129 InsO folgende, allgemeine Anfechtungserfordernis der Gläubigerbenachteiligung sichergestellt: Sie scheidet jedenfalls dann aus, wenn die vorhandene Masse zur Befriedigung aller Insolvenzgläubiger ausreicht.<sup>7</sup> Aus der *ex-post*-Perspektive, aus der über einen Anfechtungsstreit zu entscheiden ist, scheint der Anwendungsbereich der besonderen Insolvenzanfechtung also von vornherein auf diejenigen Vermögensverschiebungen begrenzt zu sein, die sie nach dem eben Gesagten erfassen soll, ohne dass es eines den Anwendungsbereich der besonderen Insolvenzanfechtung schon *ex ante* markierenden Krisenmerkmals bedürfte.<sup>8</sup>

Dass die besondere Insolvenzanfechtung schon aufgrund der dargestellten allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen der Gläubigerbenachteiligung und der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens auf die Fälle begrenzt wäre, die sie nach dem eben Gesagten erfassen soll, ist indes ein Trugschluss. Denn dass irgendwann kein Vermögen mehr erwirtschaftet wird und das in diesem Zeitpunkt vorhandene Vermögen nicht zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, bedeutet nicht, dass schon die fragliche Vermögensverschiebung nicht mehr kompensiert werden konnte und sich daher belastend auf die anderen Gläubiger ausgewirkt hat. Dies ist nur der Fall, wenn sich der Schuldner bereits bei ihrer Vornahme in einer wirtschaftlichen Krise befand, von der er sich nicht mehr erholt hat, oder wenn deren Eintritt wenigstens so unmittelbar bevorstand, dass eine Kompensierung gerade des in der Deckung liegenden Vermögensabflusses ausgeschlossen scheinen musste. Es bedarf also durchaus einer Krisentatsache als derjenigen Tatbestandsvoraussetzung der besonderen Insolvenzanfechtung, welche diese auf Vermögensverschiebungen begrenzt, die in der zur Verfahrenseröffnung führenden Krise vorgenommen wurden und daher durch nachträgliches Weiterwirtschaften des Schuldners nicht mehr kompensiert werden konnten. Als solche ist die Zahlungsunfähigkeit geeignet, weil und sofern es sich um eine Illiquidität handelt, die dazu führt, dass das Unternehmen des Schuldners vom Markt ausgeschlossen wird. Denn sofern die Illiquidität nur eine unwesentliche und/oder vorübergehende ist, besteht Aussicht, dass sich das Unternehmen des Schuldners wieder erholt und haftendes Vermögen in einem Umfang erwirtschaftet wird, dass alle Gläubiger befriedigt werden können. Auch als objektives Tatbestandsmerkmal der Deckungsanfechtung, als diese auslösende Krisentatsache also, ist Zahlungsunfähigkeit als eine Lage zu verstehen, in welcher der Schuldner über einen Zeitraum von mindestens drei Wochen nicht mehr als 90%

<sup>7</sup> BGH NJW 1988, S. 3143 (3148); BGH NJW-RR 1986, S. 991; *Henckel* (Fn. 2), § 129 Rn. 85; *G. Kayser*, in: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 2, 3. Aufl. 2013, § 129 Rn. 107.

<sup>8</sup> Diesem Gedanken entspricht es, wenn der IX. Senat des BGH für die Ablösung des Prioritätsgrundsatzes durch den Gleichbehandlungsgrundsatz wiederholt nicht darauf abgestellt hat, ob zur Zeit des fraglichen Erwerbs schon ein Eröffnungsgrund vorlag, sondern – *ex post* – darauf, ob er binnen dreier Monate vor Verfahrenseröffnung stattfand, vgl. etwa BGHZ 162, 143 (149 f.); BGH WM 2002, S. 1193 (1194).

der von den Gläubigern ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten wird erfüllen können

## C. Die Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit im Anfechtungsprozess

### I. BGH: Maßgeblichkeit der eingetretenen Liquiditätsentwicklung

Steht das Insolvenzgericht vor der Frage, ob Zahlungsunfähigkeit als Grund für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens vorliegt, hat es eine Prognose darüber anzustellen, ob der Schuldner in den nächsten drei Wochen in der Lage sein wird, 90% der eingeforderten Verbindlichkeiten zu begleichen – es denn, der Schuldner war hierzu schon in den vor der Entscheidung liegenden drei Wochen nicht in der Lage, oder das Unternehmen ist gar bereits eingestellt. Geht es dagegen nicht um die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, sondern im Anfechtungsprozess darum, ob der Schuldner zahlungsunfähig war, als er die angefochtene Deckung gewährte, steht die damals noch künftige Liquiditätsentwicklung bereits fest. Es stellt sich daher die Frage, ob auch das mit einem Anfechtungsprozess befasste Prozessgericht prüfen muss, ob aus damaliger Sicht davon auszugehen war, dass der Schuldner in den auf die Deckung folgenden drei Wochen in der Lage sein werde, 90% der eingeforderten Verbindlichkeiten zu begleichen, oder ob es auf die tatsächlich eingetretene Liquiditätsentwicklung abzustellen hat. Der BGH führt dazu aus: „Im Anfechtungsprozess lässt sich auch auf andere Weise feststellen, ob und was der Schuldner zahlen konnte. Haben im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von der Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auszugehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn auf Grund konkreter Umstände, die sich nachträglich geändert haben, damals angenommen werden konnte, der Schuldner werde rechtzeitig in der Lage sein, die Verbindlichkeiten zu erfüllen. Dass nicht lediglich eine Zahlungsstockung vorlag, ist im Nachhinein ohne weiteres feststellbar. Es bedarf insoweit keiner Prognose.“<sup>9</sup>

Es ist nicht leicht zu entscheiden, ob dies bedeuten soll, dass jedenfalls im Anfechtungsrechtsstreit über die Frage der Zahlungsunfähigkeit einschließlich der Frage, ob sich nach dem relevanten Stichtag hinreichend Aktivvermögen liquidieren oder

9 BGH WM 2006, S. 2314. In der Sache wohl auch schon BGHZ 163, 134 (140 f.), wo betont wird, für die Abgrenzung der Zahlungsstockung von der Zahlungsunfähigkeit komme es allein auf die objektiven Umstände an, und wo auf eine Prognose künftiger Entwicklungen nur im Rahmen der Prüfung eines Verschuldens nach § 64 Abs. 2 S. 2 GmbHG a. F. (nun § 64 S. 2 GmbHG) abgestellt wird; jedoch ließ der BGH die Entscheidung des Berufungsgerichts unbeanstandet, das im Rahmen der Prüfung eines Anspruchs aus § 64 GmbHG die objektive Zahlungsunfähigkeit aus der Kombination einer mindestens 9,2%igen Liquiditätsunterdeckung und einer auf unstreitige Tatsachen gegründeten, schlechten Zukunftsprognose abgeleitet hatte. Nicht ganz eindeutig auch BGH NJW 2018, S. 1089 f. Rn. 9 ff.: Dort wird – vor dem Hintergrund der Haftung nach § 64 GmbHG – bei der Definition der Zahlungsunfähigkeit zwar auf eine Prognose abgestellt (Rn. 10), dann aber nur auf die tatsächlich eingetretene Liquiditätsentwicklung abgehoben (etwa Rn. 11-14 und 69 f.).

generieren ließ und also nur eine Zahlungsstockung vorlag, rückblickend aus der Warte des entscheidenden Gerichts und folglich mit dem überlegenen Wissen des Späterkommenden zu entscheiden ist. Denn zwar soll sich das Vorliegen einer bloßen Zahlungsstockung offenbar nicht nach den seinerzeit zu erwartenden, sondern den tatsächlich eingetretenen Zahlungsflüssen beurteilen, also aus einer *ex-post*-Perspektive. Andererseits aber soll Zahlungsunfähigkeit auch dann, wenn fällige Verbindlichkeiten bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr bedient wurden, ausscheiden können, wenn „auf Grund konkreter Umstände, die sich nachträglich geändert haben, damals“ – also *ex ante!* – „angenommen werden konnte, der Schuldner werde rechtzeitig in der Lage sein, die Verbindlichkeiten zu erfüllen“. Ganz überwiegend wird der BGH jedoch, auch vom Vorsitzenden des zuständigen IX. Senats, so gedeutet, dass nach seiner Ansicht „im Anfechtungsprozess ... die Zahlungsunfähigkeit im Allgemeinen rückblickend festzustellen“ sei.<sup>10</sup> In der Sache stellt der BGH in ständiger Rechtsprechung tatsächlich nicht auf die im anfechtungsrelevanten Zeitpunkt zu prognostizierende, sondern auf die tatsächlich eingetretene Liquiditätsentwicklung ab.

## II. Kritik

Dass es Vorteile hat, schlicht auf die tatsächlich eingetretene Vermögensentwicklung abzustellen, liegt auf der Hand: Kommt es für den Eintritt der Krise allein darauf an, wie sich das Vermögen des Schuldners nach der fraglichen Deckung tatsächlich entwickelt hat, ist kein Raum für Einschätzungs- oder Wertungsspielräume, die zulasten der Rechtssicherheit gehen. Das Merkmal der Krise ist nur von äußeren Umständen abhängig und damit relativ einfach justizierbar. Auch im Hinblick auf ihre Funktion, die besondere Insolvenzanfechtung auf solche Vermögensverschiebungen zu begrenzen, die der Schuldner nicht mehr zugunsten anderer Gläubiger ausgleichen kann, böte es sich danach durchaus an, über das Vorliegen der Krisentsache allein aus einer *ex-post*-Perspektive zu entscheiden.

Dass sich die Funktion der Krisentsache „Zahlungsunfähigkeit“ hierin aber nicht erschöpft, wird schon dadurch deutlich, dass die Gesetzesverfasser das Eingreifen der besonderen Insolvenzanfechtung nicht schlicht davon abhängig gemacht haben, ob im anfechtungsrelevanten Zeitpunkt ein Eröffnungsgrund vorlag, sondern

<sup>10</sup> *Kayser* (Fn. 7), § 130 Rn. 28, unter Berufung auf die eben zitierten Ausführungen des BGH. Ebenso OLG Frankfurt ZInsO 2010, S. 1328 (1329), und die große Mehrheit in der Literatur: *Chr. Thole*, in: *G. Kayser/Chr. Thole* (Hrsg.), *Insolvenzordnung*, 9. Aufl. 2018, § 130 Rn. 26; *H. Schoppmeyer*, in: *B. Kübler/H. Prütting/R. Bork* (Hrsg.), *Kommentar zur Insolvenzordnung*, Stand: 08/2018, § 130 Rn. 84; *Th. Krüger/M. Wigand*, *Die Zahlungsunfähigkeit im Zahlungs- und Haftungsprozess*, ZInsO 2011, S. 314 (318); *V. Sander*, *Die Kenntnis des Arbeitnehmers von der Zahlungsunfähigkeit seines Arbeitgebers bei rückständigen Lohn- und Gehaltzahlungen*, ZInsO 2009, S. 702 (705); *G. Pape*, *Zahlungsunfähigkeit in der Gerichtspraxis*, WM 2008, S. 1949 (1951); *G. Hözle*, Nochmals: *Zahlungsunfähigkeit – Nachweis und Kenntnis im Anfechtungsprozess*, ZIP 2007, S. 613 (616).

eben von dem Vorliegen einer *Krisentatsache*, die sich äußerlich manifestiert oder – hier: mit der Zahlungseinstellung – wenigstens manifestieren kann. Dies hat seinen Grund wiederum in Verkehrsschutzerwägungen, genauer: dem Anliegen, den Verkehr in seinem redlichen Vertrauen zu schützen, das vom Schuldner Erworbene be halten zu dürfen. Der Zusammenhang zwischen diesem Anliegen und der objektiven Krisentatsache ist nicht auf den ersten Blick erkennbar, denn man könnte meinen, dieses Anliegen sei schon durch die Aufnahme von subjektiven Tatbestands voraussetzungen erfüllt, die in der Person des Anfechtungsgegners vorliegen müssen. Solche Tatbestandsvoraussetzungen müssen sich indes auf objektive Umstände beziehen, deren Vorliegen wenigstens potentiell äußerlich erkennbar ist, und bei diesen Umständen muss es sich hier konsequenterweise um die Krisentatsachen handeln, welche die besondere Insolvenzanfechtung objektiv auslösen. Dabei müssen die objektiven Tatbestandsmerkmale, auf welche sich die subjektiven beziehen, zwar nicht so beschaffen sein, dass für den Anfechtungsgegner jederzeit erkennbar ist, ob sie vorliegen. Da aber der Grundsatz, dass in der Krise des Schuldners gewährte Deckungen zurückzugewähren sind, gerade zum Schutze des Vertrauens des Anfechtungsgegners in den Bestand des Erwerbs eingeschränkt werden soll,<sup>11</sup> können dieser Grundsatz und mit ihm die besondere Insolvenzanfechtung umge kehrt nur eingreifen, wenn der Anfechtungsgegner im anfechtungsrelevanten Zeit punkt die anfechtungsauslösenden Momente, also das Vorliegen der Krisentatsa chen erkannte. Diese müssen also äußerlich erkennbar machen, wann der potentielle Anfechtungsgegner damit rechnen muss, das Erworbene im Falle der späteren Eröffnung eines Insolvenzverfahrens an die Masse auskehren zu müssen. Mit dieser Funktion, dem Rechtsverkehr das Umschwenken vom Prioritäts- auf den Gleichbehandlungsgrundsatz anzuzeigen, ist es unvereinbar, das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit im Anfechtungsprozess aus einer *ex-post*-Perspektive zu beur teilen. Denn eine entsprechende Signalfunktion kann die Krisentatsache nur erfüllen, wenn schon im anfechtungsrelevanten Zeitpunkt, also in diesem Sinne *ex ante*, beurteilt werden kann, ob die Krisentatsache gegeben ist oder nicht: Zu diesem Zeitpunkt muss für den Anfechtungsgegner potentiell erkennbar sein, ob sein Er werb der besonderen Insolvenzanfechtung unterliegt, damit ein Urteil darüber ge fällt werden kann, ob das Vertrauen in den Erwerb redlich ist oder nicht.

#### **D. Fazit: Ein institutionalisierter Rückschaufehler**

Die Krisentatsache dient dazu, die besondere Insolvenzanfechtung zum richtigen Zeitpunkt auszulösen und dem Rechtsverkehr die damit verbundene Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes anzuzeigen. Dazu muss sie die künftige Entwick lung des Vermögens des Schuldners miteinbeziehen, um den Zeitpunkt, in dem der

11 So deutlich der Erste Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, S. 405 f.; Begr. RegE, BT-Drucks. 12/2443, S. 158.

Gleichbehandlungs- den Prioritätsgrundsatz verdrängen soll, möglichst genau zu treffen. Zwar ließe sich theoretisch auf die aus der Entscheidungsperspektive des Anfechtungsrechtsstreits bekannte, tatsächlich eingetretene Vermögensentwicklung abstellen, was der Justizierbarkeit des Krisenmerkmals diente. Da bei dem mit der besonderen Insolvenzanfechtung verbundenen Eingriff in die Verfügungsmacht des Schuldners nach dem Willen des Gesetzgebers und der entsprechenden Konzeption des Gesetzes aber auch das redliche Vertrauen des Verkehrs geschützt werden soll, das vom Schuldner Erworbenen behalten zu dürfen, ist auf den Erkenntnisnshorizont zur Zeit der fraglichen Deckung abzustellen. Die Krisentatsache muss mithin prognostische Elemente enthalten, mögen diese wegen der mit einer Prognose notwendigerweise einhergehenden Wertungs- und Entscheidungsspielräume auch seine Justizierbarkeit erschweren. Insbesondere bereitete die hier vertretene Ansicht den idealen Nährboden für den Rückschaufehler, dass eine negative Liquiditätsentwicklung im Zeitpunkt der Deckung wahrscheinlich war, weil sie später tatsächlich eingetreten ist.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, wie die gegensätzliche herrschende Meinung einzuordnen ist: Indem sie von vornherein nicht auf die im Zeitpunkt der Deckung zu prognostizierende, sondern die später tatsächlich eingetretene Liquiditätsentwicklung abstellt, lässt sie für einen Rückschaufehler bei der richterlichen Bewertung keinen Raum mehr. Der Preis dafür liegt allerdings darin, dass sie diesen Rückschaufehler – die Gleichsetzung der *ex ante* zu prognostizierenden Liquiditätsentwicklung mit der tatsächlich eingetretenen – auf die Ebene des materiellen Rechts verschiebt.