



## Art. 133 InsO – Überspannt der BGH den Bogen?

### 1. Einführung

Am 4. August 2015 erschien in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung ein Artikel mit dem Titel „Wie aus heiterem Himmel“, mit dem auf ein seit kurzem auftretendes Phänomen aufmerksam gemacht wurde: Gläubiger, die sich im Rahmen einer längeren Geschäftsbeziehung mit der schlechten Zahlungsmoral ihrer Schuldner zu kämpfen hatten, mussten noch Jahre später die ohnehin ständig zu späten Zahlungen ihrer Schuldner an den anfechtenden Insolvenzverwalter zurückzahlen – trotz ordnungsmäß erbrachter Leistung ihrerseits - und wurden oft auf diese Weise selbst in die Insolvenz getrieben.

### 2. Hintergrund

Dieser Konstellation liegt das Szenario zugrunde, dass ein Schuldner, der in den letzten Jahren womöglich häufig zu spät - aus welchen Gründen auch immer – seine Zahlungen an den Gläubiger geleistet hatte, Insolvenz anmelden muss. Der Insolvenzverwalter wird schon im Eigeninteresse versuchen, im Wege der Insolvenzanfechtung soviel wie möglich zur Insolvenzmasse zu ziehen und so nicht nur die Gläubiger der Insolvenzschuldnerin zu befriedigen, sondern auch seine eigene Vergütung abzusichern. Hierzu ist es zweckmäßig die gesamte „Palette“ der Insolvenzanfechtungstatbestände auszunutzen und auf diese Weise soweit wie möglich in die Vergangenheit vorzudringen, in der noch „substanzhaltige“ Zahlungen von dem Unternehmen angewiesen wurden. Insbesondere § 133 InsO erfreut sich zuletzt großer Beliebtheit, da mit ihm Zahlungen auch nach 10 Jahren angefochten werden können.

So kommt es aber vor, dass durch die Insolvenzanfechtung ganz erhebliche Beträge bei klein- und mittelständischen Unternehmen eingeklagt werden, die diese weder kalkuliert haben und begleichen können. Da Ratenzahlungen von den Insolvenzverwaltern oft nicht akzeptiert werden, bleiben dem ehemaligen Gläubiger nur zwei Möglichkeiten: 1. Die eigene Insolvenz oder 2. der Gang zum Gericht.

Vielen Betroffenen muss die oben dargestellte Wahlmöglichkeit wie die Wahl zwischen „Pest und Cholera“ vorkommen, denn nicht jedes Unternehmen ist ohne weiteres im Stande, Anwaltskosten oft in Höhe von mehreren tausend Euro auszulegen, in der bloßen Hoffnung, die Summe letztlich nicht zahlen zu müssen und unbescholten weiter arbeiten zu können, oder zusätzlich alle Prozesskosten begleichen zu müssen. Aufgrund dieses bestehenden Risikos akzeptieren viele Unternehmer einen Vergleich.

Diejenigen aber, die den Gang zum Gericht dennoch nicht scheuten, wurden teilweise enttäuscht. Denn die zurzeit praktizierte und als maßgeblich betrachtete Rechtsprechung des (Kammer?) Bundesgerichtshofs erlaubt eine extensive Anwendung des § 133 I InsO. Ziel dieses Artikels ist es, zu untersuchen, ob diese extensive Anwendung noch vertretbar ist, oder ob an mancher Stelle der von der Insolvenzordnung angestrebte Gläubigerschutz bereits als ungerechtfertigte Gläubigerbenachteiligung einzelner Gläubiger verstanden werden muss, die mit Ihren Schuldnern zu nachsichtig waren.

### **3. Das Gesetz und seine Anwendung**

§ 133 Abs. 1 InsO hat den folgenden Wortlaut:

(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. 2 Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

(2) (...)

Der Grundsatz von § 133 Abs. 1 InsO lautet, dass für eine derart weitreichende Insolvenzanfechtung der besonders verwerfliche „Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung“ bewiesen werden muss. Einen derartigen Vorsatz zu beweisen bereitet dem Insolvenzverwalter erhebliche Schwierigkeiten. Aus diesem Grund fügte der Gesetzgeber Satz 2 hinzu, mit dem die Kenntnis dann vermutet werden kann, dass der Anfechtungsgegner sowohl von der Zahlungsunfähigkeit als auch von der Benachteiligung für die übrigen Gläubiger Kenntnis hatte. Das Prüfungsschema der Gerichte ist klar:

Zunächst muss eine objektive Gläubigerbenachteiligung gem. § 129 InsO festgestellt werden können. Dies ist unproblematisch, denn die Auskehr einer kongruenten oder inkongruenten Zahlung im Zeitpunkt der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO ist immer eine Benachteiligung der Gläubigersamtheit zum Wohle eines einzigen, dem Anfechtungsgegner.

Des Weiteren muss der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nachgewiesen werden. Dieses Tatbestandsmerkmal setzt sich einerseits aus der Kenntnis der objektiven Umstände, hier von der eigenen (drohenden) Zahlungsunfähigkeit, und zum anderen dem zumindest bedingten Vorsatz zur Gläubigerbenachteiligung zusammen.

Da der regelmäßig insolvenz- und bilanzrechtlich wenig bis gar nicht geschulte Schuldner den juristisch genauen Zeitpunkt für die (drohende) Zahlungsunfähigkeit nicht zwingend kennen kann, kommt an dieser Stelle eine Vermutungsregelung zum Tragen: Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung genügt es bereits, wenn der Schuldner Anknüpfungstatsachen kannte, die zwingend auf eine (drohende) Zahlungsunfähigkeit hinweisen.

Der bedingte Vorsatz wird bereits dann angenommen, wenn der Schuldner sich bewusst über die Kenntnis, dass er mit den vorhandenen Mitteln nicht mehr alle Gläubiger bedienen können, hinwegsetzt und trotzdem an den späteren Anfechtungsgegner eine Zahlung anweist.

Als letzte Voraussetzung neben der Einhaltung der Anfechtungsfrist von 10 Jahren muss nachgewiesen werden, dass der Gläubiger/Anfechtungsgegner vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bei der Auszahlung Kenntnis hatte. Da diese subjektive Tatbestandsvoraussetzung in den seltensten Fällen nachgewiesen werden kann, erlaubt die Rechtsprechung mit einer zweiten Vermutungsregelung erneut einen Rückgriff auf objektive, erheblich leichter beweisbare, Anknüpfungstatsachen. Demnach genügt es, wenn der Gläubiger seinerseits all die Umstände kannte, aus denen sich die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ergab, und der Gläubiger den Schluss ziehen musste, dass er mit der Zahlung des Schuldners bevorzugt und in der Konsequenz die anderen Gläubiger wissentlich benachteiligt werden.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup>BGH: NZI 2005, 692,

Es stellt sich nun die Frage, unter welchen Voraussetzungen genau ein Benachteiligungsvorsatz und vor allem die Kenntnis des Gläubigers hiervon anzunehmen ist.

Orientiert man sich an der Rechtsprechung des BGH, wird dieser Fall zumindest im Rahmen einer inkongruenten Deckung angenommen, wenn der Gläubiger auf den Anspruch keinen oder nicht auf diese Weise Anspruch auf die gewährte Leistung hatte.<sup>2</sup>

Dieses Beweisanzeichen für eine Benachteiligungsabsicht soll aber erst dann greifen, wenn zum Zeitpunkt der Bewirkung der Leistung Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Schuldners bestanden haben.<sup>3</sup> Treffen diese beiden Aspekte nicht zusammen, kann von einer Benachteiligungsabsicht und auch von einer Kenntnis dieser nicht ausgegangen werden.

Eine Inkongruenz wird im Falle einer sogenannten Druckzahlung nicht automatisch dann angenommen, wenn der Schuldner innerhalb der letzten drei Monate vor Stellung eines Insolvenzantrages zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung eine Zahlung leistet, da nach Wertung der alten Konkursordnung – welche die Insolvenzordnung übernommen hat – Gläubiger auch kurz vor Stellung eines Insolvenzantrages die Befugnis haben soll, mit staatlichen Mitteln seine Deckung zu erhalten. Im Umkehrschluss dürfe dann aber eine Zahlung des Schuldners zur Abwendung dessen nicht reflexartige als Bevorzugung einzelner Gläubiger vor anderen gewertet werden.<sup>4</sup>

#### **4. Anfechtung von kongruenten Leistungen**

Im Falle einer kongruenten Zahlung an den Gläubiger legt der BGH die Messlatte noch höher. Demnach sind erhöhte Anforderungen an die Darlegung und den Beweis des Benachteiligungsvorsatzes zu stellen.<sup>5</sup> Als Konsequenz daraus verlangt das Gericht besondere Anzeichen für einen Benachteiligungsvorsatz.<sup>6</sup> In diesem Rahmen kann eine Zahlung zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung wiederum Berücksichtigung finden, wenn ihm bekannt ist, dass nicht alle Gläubiger gleichzeitig befriedigt werden können und ein einzelner Gläubiger bevorzugt wird.<sup>7</sup>

---

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 7.11.2013 – IX ZR 248/12 – Gewährte Sicherung

<sup>3</sup> s. o.

<sup>4</sup> BGH, Urteil vom 27. 5. 2003 - IX ZR 169/02 (OLG Stuttgart)

<sup>5</sup> s.o.

<sup>6</sup> s.o.

<sup>7</sup>

Folglich wird eigentlich auf derselben Grundlage eine Benachteiligungsabsicht angenommen, auch wenn der Begriff der inkongruenten Deckung dogmatisch nicht mehr die korrekte Bezeichnung laut der Rechtsprechung des BGH ist.

Aber auch im Rahmen von kongruenten Zahlungen arbeitet der BGH mit Vermutungen. Demnach wird die Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes dann angenommen, wenn der Gläubiger die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt des Bewirkens der Leistung kannte und er von seiner Bevorzugung gegenüber anderen Gläubigern ausgehen musste.<sup>8</sup> Die Anforderungen werden lediglich dadurch erhöht, dass die Vermutungsregelung dann nicht zur Anwendung gelangt, wenn der Schuldner die Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt.<sup>9</sup> Demnach müsse ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfinden.<sup>10</sup>

Somit ergibt sich bis zu diesem Punkt das folgende Bild: Empfänger der Gläubiger vom Schuldner eine Leistung, unabhängig davon, ob er einen Anspruch darauf hatte oder nicht, und ist anzunehmen, dass er Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit hatte, ist die Zahlung im allgemeinen anfechtbar und eine Anfechtungsfrist von 10 Jahren ausschöpfbar.<sup>11</sup>

Fraglich ist, ab wann der BGH annimmt, dass der Gläubiger eine solche Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit hatte.

Beispiel 1:

Dies wird dann angenommen, wenn der Gläubiger Vermieter ist und wegen ausstehender Mietforderungen kündigt, aber auch darüber hinaus Mietzahlungen annimmt, die weder die Altforderungen tilgen, noch dem monatlichen Mietzins entsprechen. In diesem Fall war dem Gläubiger zudem durch den Steuerberater mitgeteilt worden, dass der Schuldner wegen Steuerrückständen Abzahlungsvereinbarungen vorgenommen hatte und erst daraufhin normal gezahlt werden könne, später die bloßen Teilzahlungen des Mietzinses aber fortgesetzt wurden. Aufgrund derart einschlägiger Indizien von dem Gläubiger Einsicht zu verlangen und von ihm zu erwarten, daß er seinerseits einen

---

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 20. 11. 2008 - IX ZR 188/07 (OLG Schleswig), Absatz 10.

<sup>9</sup> (BGH, NJW 1997, 3028 [3029])

<sup>10</sup> (BGH, NJW 2014, 2956)

<sup>11</sup> S.o.

Insolvenzantrag stellt, scheint nicht ungerechtfertigt zu sein, da in diesem Fall der Schuldner über mindestens 3 Jahre am wirtschaftlichen Abgrund operierte und der Gläubiger dies geschehen ließ.

## Beispiel 2

Nach neuerer BGH-Rechtsprechung<sup>12</sup> ist die Beibringung derart harter Fakten nicht notwendig. Demnach kann es genügen, wenn der Insolvenzverwalter belegt, dass „die Verbindlichkeiten des Schuldners bei dem Anfechtungsgegner, wie hier, über einen längeren Zeitraum hinweg ständig in beträchtlichem Umfang nicht ausgeglichen werden und diesem den Umständen nach bewusst ist, dass es noch weitere Gläubiger mit ungedeckten Ansprüchen gibt“. <sup>13</sup> Dem BGH zufolge, musste der Gläubiger mit einer solchen Situation rechnen. <sup>14</sup>

Auch wenn die Schlussfolgerung des BGH sich auf den dortigen Sachverhalt bezieht, ist anzunehmen, dass der BGH bei einem Anstauen von Verbindlichkeiten über einen längeren Zeitraum generell verlangt, dass man sich anderer Gläubiger bewusst wird und eine Benachteiligung der Gläubigersamtheit annimmt.

Der BGH ging einige Jahre zuvor sogar noch weiter und führte aus, dass es für den Benachteiligungsvorsatz nicht einmal auf das Vorhandensein von weiteren Gläubigern ankäme, sondern schon die mittelbare künftige Benachteiligung der Gläubiger im Rahmen von § 133 InsO genügen könne.<sup>15</sup> Diese Schlussfolgerung hat natürlich auch Auswirkungen auf die Anforderungen, die an die Kenntnis des Gläubigers von dem Benachteiligungsvorsatz gestellt werden. In dem Urteil versichert der BGH zwar, dass ein Nichtausgleichen von Zahlungsverbindlichkeiten in beträchtlichem Umfang nur ein Beweisanzeichen sei.<sup>16</sup> Aber tatsächlich bekommen diese Beweisanzeichen die Bedeutung einer widerleglichen Vermutung. Die dogmatische Unterscheidung ist eine künstliche!

Ein weiteres Anzeichen für BGH ist die Rückgabe von Lastschriften, unabhängig davon, ob diese wegen fehlender Deckung oder Widerspruchs zurückgegeben wurde.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> BGH, NJW-RR 2007, 1537

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 12.2.2015 – IX ZR 180/12, Absatz 29a.

<sup>14</sup> BGH, NZI 2009, 768 Rn. 14.

<sup>15</sup> BGH, Urteil vom 13. 8. 2009 - IX ZR 159/06

<sup>16</sup> s. o. Abs. 10.

<sup>17</sup> S. fn. 20.

Diese Vermutung könne auch nicht durch eine plausible Darstellung der erwarteten Verbesserung der wirtschaftlichen Lage entkräftet werden, da dies lediglich Hoffnungen seien.<sup>18</sup>

Daraus folgert der BGH letztlich, dass auf eine fällige Forderung kleinere unregelmäßige Zahlungen, möglicherweise verbunden mit einer Vollstreckungsandrohung, beim Gläubiger den Rückschluss hervorrufen müssen, dass auch andere Gläubiger nur mithilfe eines vollstreckbaren Titels bedient werden können und damit zumindest eine drohende Zahlungsunfähigkeit anzunehmen sei, was wiederum Beweisanzeichen dafür wäre, dass der Gläubiger Kenntnis vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners habe.<sup>19</sup>

## 5. Kommentar

Betrachtet man die Rechtsprechung des BGH, die in den letzten Jahren zu dem § 133 InsO ergangen ist, besticht diese mit dogmatischer Genauigkeit und zwingenden Rückschlüssen, die im Rahmen der letztlich drei notwendigen Vermutungsregelungen gemacht werden.

Mit den am Ende in Beispiel 2 dargestellten Grundsätzen verlässt der BGH diese einst gefundene Balance zwischen dem Schutz der Gläubigergesamtheit und den einzelnen Gläubigern. Denn ein Vorgang wie zuletzt beschrieben, in dem über lange Zeiträume Verbindlichkeiten nicht rechtzeitig ausgeglichen werden, Rücklastschriften entstehen, welche dann aber wieder nachträglich ausgeglichen werden, sind alltägliche Geschäftsvorgänge. Auch die Inanspruchnahme von Gerichtsvollziehern ist für sich alleine noch nichts ungewöhnliches. Verlangte der BGH nun tatsächlich, dass in all diesen Fällen der Rückschluss auf eine Zahlungsunfähigkeit gemacht wird, könnte es in Zukunft für mittelständische Betriebe ohne großes finanzielles Polster extrem schwer werden, betriebliche Durststrecken zu meistern. Denn der Betrieb müsste immer damit rechnen, dass Lieferanten, trotz Ausgleichs ihrer Forderungen, einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens stellen. Denn auch diese wären ihrerseits nunmehr in der Pflicht sich nicht über einen langen Zeitraum aus der Sicht des BGH ins Unrecht zu setzen und zu Recht beanspruchte Zahlungen in Empfang zu nehmen. Ein faires Miteinanderarbeiten ohne die permanente Gefährdung der eigenen wirtschaftlichen Existenz trotz beanstandungsloser Arbeit scheint aufgrund dieser Rechtsprechung erheblich schwieriger geworden

---

<sup>18</sup> s. fn. 20, Absatz 31.

<sup>19</sup> s. fn. 15Abs. 11 bb).

zu sein. Wer die hier in Bezug genommenen Urteile und seine Rückschlüsse liest, bekommt schnell den Eindruck, dass der BGH logisch und mithin berechtigt argumentiert. Dieser Eindruck soll vermittelt werden. Es ist aber gut möglich, dass insbesondere ein klein- oder mittelständisches rentables Unternehmen z.B. im Rahmen einer Expansionsphase nicht die personellen Kapazitäten hat, um sich in dem betriebswirtschaftlich gebotenen Maße um das Rechnungswesen zu kümmern und einige Forderungen regelmäßig zu spät oder aufgrund von ausgefallenen Zwischenfinanzierungen sogar mehrfach nur teilweise begleicht. Mit der dargestellten Rechtsprechung wird aber aus der Nachlässigkeit und vielleicht sogar unverschuldeten wirtschaftlichen „Hängepartie“ dem Schuldner Vorsatz unterstellt, den der Gläubiger - selbst auch ein gesundes Unternehmen - auch noch antizipieren soll.

Hinzukommt, dass für die Stellung eines Insolvenzantrages ein Kostenvorschuss zu leisten ist, der dann eigentlich vom antragsstellenden Gläubiger gem. § 54 InsO zu leisten ist. Zwar mag dieser letztlich nicht für diese aufkommen müssen, es ist aber ein finanzielles Risiko, was dem Gläubiger, aufgebürdet wird. Will er dieses nicht eingehen, bleibt nur eine Strafanzeige wegen Insolvenzverschleppung. Dies würde aber zu einer Kriminalisierung von Schuldnern, die womöglich weder Benachteiligungsvorsatz hatten, noch tatsächlich (drohend) zahlungsunfähig sind.

Nimmt man diese Rechtsprechung und seine Anforderungen ernst, wird in Zukunft das Mahnwesen sowie die ordentliche Zwangsvollstreckung durch die direkte Beantragung eines Insolvenzverfahrens ersetzt, wenn fällige Forderungen wiederholt nicht sofort vollständig bedient wurde. Ob eine solche Rechtsprechung die richtigen wirtschaftlichen Grundlagen legt, mag bezweifelt werden.

Hamburg, 8.09.2015

Dr. Rembert Graf Kerksenbrock, LL.M. (Beijing)

Rechtsanwalt