

Der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit anhand von Beweiszeichen – Gewichtung und Widerlegung – im Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO

von Rechtsanwalt Markus van Marwyk, Essen*

Dem Gläubiger des Schuldners, der das vertraglich Vereinbarte erhält, ist nur schwer verständlich, warum er im Fall der Insolvenz des Schuldners das Vereinbarte gem. § 143 InsO zur Insolvenzmasse zurückzugewähren hat. Dabei können gem. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO Beträge zurückverlangt werden, die der Schuldner Jahre vor Verfahrenseröffnung an den Gläubiger geleistet hat. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO hat seine Schlagkraft vor allem durch eine detaillierte Ausformung der Rechtsprechung erlangt. Der folgende Beitrag soll zum einen die Tatbestandsmerkmale des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO näher erläutern und die Zahlungsunfähigkeit als eines der wichtigsten Indizien für den Benachteiligungsvorsatz erörtern. Zum anderen soll der Beitrag Möglichkeiten aufzeigen, sich gegen einen Anfechtungsanspruch gem. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO durch Entkräftung der Beweiszeichen oder durch Durchbrechung der Regelvermutungen zu verteidigen.

I. Tatbestandsmerkmale des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO

Gem. § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO ist eine Rechtshandlung des Schuldners anfechtbar, die er in den letzten 10 Jahren vor dem Eröffnungsantrag mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen und wenn der andere Teil zzt. der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Sowohl der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners, als auch die Kenntnis des anderen Teils kann durch Indizien nachgewiesen werden.¹ Neben der inkongruenten Leistung kann die eingetretene Zahlungsunfähigkeit als wichtigstes Beweiszeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners bezeichnet werden. Gerade bei Letzterem spielen wiederum Indizien eine Rolle, deren Gewichtung und Bedeutung im Anfechtungsprozess gem. § 286 ZPO durch das Gericht im Einzelfall zu würdigen sind.²

1. Rechtshandlung des Schuldners

Wie alle insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestände verlangt auch § 133 Abs. 1 InsO zunächst eine Gläubigerbenachteiligung, die hier nicht näher erläutert werden soll.³

Der Begriff der Rechtshandlung ist denkbar weit auszulegen. Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln, das rechtliche Wirkungen auslöst und das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verändern kann.⁴ Erfasst werden insbesondere Willenserklärung als Teile von Rechtsgeschäften, rechtsgeschäftsähnliche Handlungen und Realakte. Sogar das bloße Einbringen einer beweglichen Sache in gemietete Räume erfüllt diese Voraussetzung, weil an den eingebrachten Sachen ein Vermieterpfandrecht entstehen kann.⁵ Die Voraussetzung gewinnt erst bei § 133 InsO an Trennschärfe, da hier nicht irgendeine Rechtshandlung verlangt wird, sondern eine solche des Schuldners. Ausgenommen sind demnach solche Rechtshandlungen, die von einem willensgesteuerten Handeln des Schuldners nicht abhängig sind. An einem solchen willensgesteuerten Handeln mangelt es, wenn etwas aus dem Vermögen des Schuldners gelangt, ohne dass dieser auf den Abfluss dieses Vermögensgegenstands Einfluss hatte. Das führt dazu, dass Vollstreckungsmaßnahmen als solche in Ermangelung einer Rechtshandlung des Schuldners nicht gem. § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sind.⁶ Etwas anderes gilt

jedoch dann, wenn die Zwangsvollstreckungsmaßnahme auf einer Mitwirkungshandlung des Schuldners beruht. Pfändet etwa der Gläubiger eine vermeintliche Forderung des Schuldners gegen seine Bank, die es jedoch in Wirklichkeit aufgrund mangelnder Kontodeckung nicht gab und zahlt der Schuldner daraufhin unter Inanspruchnahme seiner Kreditlinie, liegt die anfechtbare Rechtshandlung in eben dieser Ausschöpfung des Dispokredits vor.⁷ Als Rechtshandlung des Schuldners stellen sich auch Zahlungen dar, die dieser an einen Gerichtsvollzieher im Rahmen einer mit ihm geschlossenen Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen hat.⁸ Das Argument, der Gerichtsvollzieher hätte bei Weigerung des Schuldners auf die an ihm zu zahlende Summe zugreifen können, greift nicht durch, da der Gerichtsvollzieher bei Ratenzahlungsvereinbarungen seine Termine ankündigt.

Zu beachten ist, dass gem. § 129 Abs. 2 InsO ein Unterlassen einer Rechtshandlung gleich steht. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, inwiefern der Schuldner tätig werden muss, um die Befriedigungsmöglichkeiten eines Gläubigers im Interesse der Gläubigergesamtheit zu verhindern. Dazu hat der BGH jüngst entschieden, dass das Unterlassen des Schuldners, seine Drittschuldner anzuweisen, nicht länger auf das von einem Gläubiger gepfändete Konto, sondern auf ein anderes, ungepfändetes Konto zu zahlen, dessen Rechtshandlung nicht entspricht.⁹ Der BGH stützt seine Argumentation darauf, dass das Unterlassen einer Rechtshandlung wie eine solche gleichfalls auf einer Willensbetätigung beruhen muss, also bewusst und gewollt „nicht gehandelt wurde“. Dies gilt jedoch nur, wenn der Schuldner nach Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses untätig bleibt.

* Der Autor ist Rechtsanwalt bei Schulz Tegtmeyer Sozian in Essen.

1 Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010, § 133 Rn. 13, 15; Kayser, NJW 2014, 422.

2 MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl. 2013, § 133 Rn. 22.

3 Uhlenbruck/Hirte (Fn. 1), § 129 Rn. 91 ff.

4 BGH v. 9.7.2009 – IX ZR 86/08, ZInsO 2009, 1585 m.w.N..

5 BGH v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, ZInsO 2007, 91; zum Entstehen der Biersteuer durch bloßes Bierbrauen BGH v. 9.7.2009 – IX ZR 86/08, ZInsO 2009, 1585.

6 Uhlenbruck/Hirte (Fn. 1), § 133 Rn. 8.

7 BGH v. 25.10.2007 – IX ZR 157/06, ZInsO 2008, 161.

8 BGH v. 10.12.2009 – IX ZR 128/08, ZInsO 2010, 226; BGH v. 19.9.2013 – IX ZR 4/13, ZInsO 2013, 2213.

9 BGH v. 16.1.2014 – IX ZR 31/12, ZInsO 2014, 275.

Zahlt er in Kenntnis der Kontopfändung den gepfändeten Betrag auf das Konto ein, damit die Pfändung Erfolg haben kann, liegt eine Rechtshandlung des Schuldners und kein Unterlassen, vor.¹⁰ Dasselbe gilt für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das bewegliche Vermögen des Schuldners.¹¹

Die Frage, ob ein anfechtbares Unterlassen des Schuldners auch darin gesehen werden kann, dass dieser trotz Gebotenheit einen Insolvenzantrag nicht stellt, wird von der Rechtsprechung und der herrschenden Literatur abgelehnt.¹² Wegen der aktuellen Reform des Insolvenzanfechtungsrechts rückt diese Frage aber wieder in den Mittelpunkt.¹³

2. Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Der Benachteiligungsvorsatz ist gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge – sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils – erkannt und gebilligt hat.¹⁴ Demzufolge ist lediglich bedingter Vorsatz notwendig. Die Absicht des Schuldners, einen Gläubiger gezielt zu befriedigen, ist ebenso wenig Voraussetzung, wie ein kollusives Zusammenwirken zwischen Gläubiger und Schuldner.

Durchgesetzt hat sich die Formel, dass ein zahlungsunfähiger Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, regelmäßig mit Benachteiligungsvorsatz handelt, wenn er trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit einzelne Gläubiger befriedigt. Ein zahlungsunfähiger Schuldner weiß, dass seine ihm zur Verfügung stehenden Mittel gerade nicht ausreichend sind, die Gläubigersamtheit zu befriedigen.¹⁵ Dabei beschränkt sich die Indizwirkung nicht erst auf eingetretene Zahlungsunfähigkeit. Auch drohende Zahlungsunfähigkeit kann ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners darstellen.¹⁶

a) Zahlungsunfähigkeit

Den Begriff der Zahlungsunfähigkeit regelt die InsO auch für das Anfechtungsrecht in § 17 InsO. Nach § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO ist ein Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Für den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit obliegt es dem Insolvenzverwalter grds. durch Aufstellung einer Liquiditätsbilanz nachzuweisen, dass zzt. der Handlung Zahlungspflichten des Schuldners bestanden, die durch seine ihm zur Verfügung stehenden Mittel nicht vollständig gedeckt sind. Ergibt die Gegenüberstellung eine Liquiditätsunterdeckung von 10 % oder mehr, liegt Zahlungsunfähigkeit – wiederum – i.d.R. vor. Diese Regel wird dann durchbrochen, wenn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausnahmsweise davon ausgegangen werden kann, dass sich die Liquiditätslücke demnächst verringert.¹⁷ Beträgt die Liquiditätsunterdeckung 10 % oder weniger, kann gleichwohl Zahlungsunfähigkeit vorliegen, wenn ausnahmsweise davon ausgegangen werden kann, dass diese Grenze demnächst überschritten wird.¹⁸

b) Zahlungseinstellung

Gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auszugehen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Zahlungseinstellung ist dasjenige äußere Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise eine Zahlungsunfähigkeit ausdrückt, sich also für die beteiligten Verkehrskreise der berechnete Eindruck aufdrängen muss, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.¹⁹ Es ist nicht erforderlich, dass der Schuldner überhaupt keine Forderung mehr bezahlen konnte. Zahlungseinstellung des Schuldners kann eingetreten sein, obwohl er noch Zahlungen leistet.²⁰ Der Nachweis der Zahlungseinstellung kann auf mehr oder weniger bedeutsame Beweisanzeichen gestützt werden.²¹ Aufgrund der Tatsache, dass der Anfechtungsgegner in nur sehr geringem Umfang Einblick in die schuldnerischen Buchungsbelege hat, bleiben ihm wenige Mittel, sich gegen die Beweisanzeichen als solche zu verteidigen. Ihm bleibt aber die Möglichkeit, die Gewichtung der Beweisanzeichen zu beeinflussen.

aa) Offene Forderungen

Waren bei Vornahme der Rechtshandlung Forderungen fällig, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, liegt regelmäßig Zahlungsunfähigkeit vor.²² Allerdings führt nicht jede noch so geringe Forderung, die zur Insolvenztabelle angemeldet wurde, zu der Erkenntnis, dass der Schuldner seit Fälligkeit dieser Forderung zahlungsunfähig war. Der BGH lässt diesen Schluss nur für solche Forderungen zu, die einen wesentlichen Teil ausmachen.²³ Die frühere Rechtsprechung konnte noch so verstanden werden, als würde jede zzt. der Rechtshandlung bereits fällige Forderung, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht ausgeglichen wurde, ausreichen.²⁴

10 OLG Düsseldorf v. 14.3.2013 – I-12 U 52/12, ZInsO 2013, 935.

11 BGH v. 3.2.2011 – IX ZR 213/09, ZInsO 2011, 574.

12 BGH v. 10.2.2005 – IX ZR 211/02, ZInsO 2005, 260; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 1), § 129 Rn. 65 m.w.N.

13 Marotzke, ZInsO 2014, 417.

14 BGH v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190.

15 BGH v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 1), § 133 Rn. 13.

16 BGH v. 22.5.2014 – IX ZR 95/13, ZInsO 2014, 1326.

17 BGH v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04, ZInsO 2005, 807; weitere Hinweise zur Aufstellung einer Liquiditätsbilanz bei MünchKomm-InsO/Eilenberger (Fn. 2), § 17 Rn. 20.

18 BGH v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210.

19 Statt vieler Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 1), § 17 Rn. 29; BGH v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190.

20 Uhlenbruck/Uhlenbruck (Fn. 1), § 17 Rn. 29; BGH v. 21.6.2006 – IX ZR 231/04, ZInsO 2007, 816.

21 BGH v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190.

22 BGH v. 30.6.2011 – IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410.

23 BGH v. 29.3.2012 – IX ZR 40/10, ZInsO 2012, 976.

24 BGH v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210: „Bestehen im fraglichen Zeitpunkt fällige Verbindlichkeiten, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, ist regelmäßig von der Zahlungsunfähigkeit zu diesem Zeitpunkt auszugehen.“

Bei der Ermittlung der fälligen Verbindlichkeiten sind solche Forderungen aus der Gesamtbetrachtung herauszunehmen, die nicht „ernsthaft eingefordert“ wurden. Denn in einem solchen Fall hat sich der Gläubiger mit der – wenn auch erzwungenen – Stundung seiner Forderung abgefunden. Nicht ernsthaft eingeforderte Forderungen sind deshalb nicht fällig i.S.d. § 17 Abs. 2 InsO.²⁵ Die Hürde ist allerdings gering. Erst, wenn der Gläubiger Durchsetzungsversuche einstellt, werden Forderungen nicht länger ernsthaft eingefordert. Dabei ist auch ein zeitliches Moment zu beachten. Somit bringen fortgesetzte Mahnungen schon zum Ausdruck, dass der Gläubiger von der Durchsetzung seiner Forderung nicht ablässt.

Zur Ermittlung, ob es sich um wesentliche Teile handelt, sind die offen gebliebenen Forderungen vor dem Hintergrund des Geschäftsbetriebs des Schuldners zu würdigen.²⁶ Allerdings deutet der BGH an, dass auch ein Vergleich der Forderungen mit den gesamten Tabellenforderungen zulässig sein soll.²⁷ Letzteres kann nach genauerem Hinsehen nicht genügen. Denn die Summe der Tabellenforderungen sagt nichts über die Umsatzstärke des Schuldners im Zeitpunkt der Rechtshandlung aus. Exemplarisch würde von einem privaten Schuldner, dessen Bankkredite gekündigt werden und die dadurch entstehenden hohen Forderungen der Bank zur Insolvenztabelle angemeldet werden, ein völlig verzerrtes Bild über dessen wirtschaftliche Situation im Zeitpunkt der früheren erfolgten und angefochtenen Zahlung abgebildet.

Ungeklärt ist, ab wann eine Forderung als wesentlich gelten kann. Es erscheint sachgerecht, im Grunde an die von der Rechtsprechung aufgestellte Größenordnung von 10 % anzuknüpfen, wobei die offen gebliebene Forderung mit den regelmäßigen Umsätzen des Schuldners zu vergleichen ist. Dabei sollte diese Größe jedoch nicht als starre Grenze verstanden werden. Umso bedeutsamer der Gläubiger mit der offenen Forderung für den Geschäftsbetrieb des Schuldners ist, umso eher ist von einer wesentlichen Forderung auszugehen.

bb) Rücklastschriften/Schecks

Ein zur Zahlungseinstellung führendes Indiz kann dann vorliegen, wenn Lastschriften nicht eingelöst werden konnten. Dabei muss bereits eine einzige zurückgebuchte Lastschrift den Gläubiger alarmieren.²⁸ Die nicht eingelöste Lastschrift stellt eines der stärksten Indizien für die Zahlungseinstellung des Schuldners dar, da die mangelnde Liquidität des Schuldners kaum deutlicher zutage treten kann. In der zurückgebuchten Lastschrift liegt neben der Tatsache mangelnder Mittel zudem ein weiteres Beweisanzeichen. Die kontoführende Bank des Schuldners war nicht länger bereit, diesem weiteren – wenn auch nur geduldeten – Kredit zu gewähren.

Dem Schluss von zurückgebuchten Lastschriften auf die Zahlungseinstellung des Schuldners kann nicht damit begegnet werden, es sei nur versucht worden, geringe Beträge

einzulösen. Konnte der Schuldner auf seinem Konto nicht mal mehr für geringe Liquidität sorgen, so gewinnt das Beweisanzeichen an Bedeutung. Hat dagegen ein Gläubiger das Konto mit einem außergewöhnlich großen Betrag belastet, nimmt die Intensität des Beweisanzeichens ab. Der Schuldner wird gleichwohl noch seinen üblichen Zahlungspflichten nachkommen können.

Jedenfalls stellt eine zurückgebuchte Lastschrift nur eine Momentaufnahme dar. Zu einem bestimmten Zeitpunkt hatte der Schuldner ungenügende Liquidität auf seinem Konto. Daher ist aus Sicht des Insolvenzverwalters notwendig, einen gewissen Zeitraum abzudecken. Denn nur dann ist die Hürde der kurzfristigen Zahlungsstockung genommen. Ausreichend jedenfalls ist, dass der Schuldner an zwei aufeinanderfolgenden monatlichen Zahlungsterminen nur unzureichende Deckung auf seinem Konto hatte. Denn in diesem Fall konnte der Schuldner selbst, wenn zwischenzeitlich ausreichend Liquidität vorhanden war, diese nicht für die verabredete weitere Abbuchung vorhalten.

cc) Zahlungsverzug

Befindet sich der Schuldner mit der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, der Löhne oder anderer fälliger Verbindlichkeiten über einen Zeitraum von 3 Wochen in Verzug, ist für die beteiligten Verkehrskreise hinreichend erkennbar, dass die Nichtzahlung auf einen objektiven Mangel an Geld beruht.²⁹ Hier wird dem Beweisanzeichen umso größere Bedeutung zuzumessen sein, umso eher es sich um einen wichtigen Vertragspartner des Schuldners handelt. Als wichtige Verbindlichkeiten wird man jedenfalls Forderungen der Strom-, Gas- und Warenlieferanten sowie des Vermieters qualifizieren müssen.³⁰ Rückstände gegenüber solchen Gläubigern hätten empfindliche Folgen für den Geschäftsbetrieb des Schuldners.

dd) Sozialversicherungsbeiträge

Befindet sich der Schuldner mit fälligen Gesamtsozialversicherungsbeiträgen von mehr als 6 Monaten im Rückstand, hat der Gläubiger den Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit i.d.R. glaubhaft gemacht.³¹ Ein Rückstand bei Sozialversicherungsträgern kann ein erhebliches Beweisanzeichen darstellen. Dies wird vom BGH mit der Strafandrohung des § 266a StGB begründet.³² Demnach sei davon auszugehen, dass ein Schuldner grds. bis zuletzt seiner sozialversicherungsrechtlichen Pflicht nachkommt. Diese Sichtweise ent-

25 BGH v. 22.5.2014 – IX ZR 95/13, ZInsO 2014, 1326.

26 BGH v. 29.3.2012 – IX ZR 40/10, ZInsO 2012, 976.

27 BGH v. 29.3.2012 – IX ZR 40/10, ZInsO 2012, 976 Rn. 15.

28 BGH v. 1.7.2010 – IX ZR 70/08, ZInsO 2010, 1598 Rn. 19; BGH v. 20.11.2001 – IX ZR 159/00, ZInsO 2002, 125 zum „geplatzen Scheck“.

29 BGH v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210.

30 BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 143/12, ZInsO 2013, 2109 zur Bedeutung von elektrischem Strom für eine Bäckerei.

31 BGH v. 13.6.2006 – IX ZB 238/05, ZInsO 2006, 827.

32 BGH v. 20.11.2001 – IX ZR 48/01, ZInsO 2002, 29.

spricht nicht der Lebenswirklichkeit. Ein Schuldner, der am Mittwoch noch seinen Geschäftsbetrieb fortführen will, bezahlt am Dienstag die dafür notwendigen Waren mit den Mitteln, die er am Montag von seinem Konto erlangte und die dem Zugriff der Sozialversicherungsträger am Donnerstag fehlen. Die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen wirkt sich später negativ aus als die unterbliebene Bezahlung von Löhnen oder von Waren. Arbeitnehmer würden die Arbeit niederlegen, Lieferanten nicht mehr liefern.

Dagegen bedeutet ein Rückstand bei Sozialversicherungsträgern über einen Zeitraum von weniger als 6 Monaten nicht zwangsläufig, dass der Schuldner zahlungsfähig ist. Vielmehr verringert sich lediglich die Beweiskraft, weil gleichwohl eine fällige Forderung nicht beglichen wurde.

ee) Eingeständnis des Schuldners

Eigene Erklärungen des Schuldners, fällige Verbindlichkeiten nicht begleichen zu können, deuten auf eine Zahlungseinstellung hin, auch wenn sie mit einer Stundungsbitte versehen sind.³³ Dieses starke Beweisanzeichen ist nicht auf ausdrückliche Erklärungen des Schuldners beschränkt. Hinreichend ist auch eine Bitte des Schuldners, eine bereits fällige Forderung in Raten tilgen zu dürfen. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner ohne Absprache mit dem Gläubiger nur Teilzahlungen vornimmt.

Allerdings ist die Forderung des Gläubigers näher zu betrachten: Handelt es sich um eine solche, die über den üblichen Verbindlichkeiten des Schuldners deutlich hinausgeht und unerwartet entstanden ist, bspw. durch eine Steuererschätzung der Finanzverwaltung, eine Betriebsprüfung der deutschen Rentenversicherung oder einen Haftungsfall aus unerlaubter Handlung, folgt aus der ratenweisen Tilgung nur, dass er Forderung von entsprechender Größenordnung nicht bedienen kann. Dies ist nichts Ungewöhnliches. Die auftretende Forderung gehörte nicht zu den einkalkulierten Verbindlichkeiten des Schuldners. Schließt jedoch der Schuldner eine Teilzahlungsvereinbarung zur Begleichung einer solchen plötzlich auftretenden Forderung und kommt dieser nicht nach, liegt darin die entsprechende Erklärung des Schuldners mit gleicher Bedeutung.

c) Gegenläufige Indizien

Für einen Anspruch nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO genügt Zahlungseinstellung nicht per se. Zahlungseinstellung ist nur ein Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners. Dass der Schuldner auch trotz Zahlungsunfähigkeit einzelne Gläubiger befriedigen kann, ohne die Benachteiligung seiner sonstigen Gläubiger billigend in Kauf genommen zu haben, zeigen folgende Erwägungen:

aa) Bargeschäftsähnliche Lage

Gelingt dem Insolvenzverwalter der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit gem. § 17 InsO, so bedeutet das, dass der Schuldner mit seiner Rechtshandlung die Gläubiger regel-

mäßig benachteiligen wollte. Eine Ausnahme liegt nach Ansicht *Kaysers* und *Fischers* dann vor, wenn Schuldner und Gläubiger einen unmittelbaren Leistungsaustausch i.S.d. § 142 InsO vollziehen.³⁴ Liegt ein solcher Leistungsaustausch vor, spricht viel dafür, dass der Schuldner mit der Zahlung an den Gläubiger ausschließlich dessen Befriedigung bezwecken wollte und diese nicht mit dem Willen erbracht hat, andere Gläubiger zu benachteiligen. Demzufolge fehlt es am Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners.

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Gerade ein Schuldner, der auf Warenlieferungen angewiesen ist und dessen Lieferant die Übergabe von sofortiger Zahlung abhängig macht, wird grds. nur seinen Lieferanten befriedigen wollen, um die Ware zu erhalten. Dies darf jedoch nicht pauschal gelten. Ansonsten würde § 142 InsO auf § 133 Abs. 1 InsO erstreckt, was mit dem Wortlaut der Norm unvereinbar ist. Es muss Fälle geben, die trotz eines unmittelbaren Leistungsaustauschs gem. § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sind. Daraus folgt, dass die bargeschäftsähnliche Lage nicht ohne Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls zum Wegfall des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners führen kann. Hier wird zu berücksichtigen sein, dass sich ein Schuldner mit abnehmenden liquiden Mitteln zunehmend seiner Krise bewusst wird. Deshalb sind bei einer bargeschäftsähnlichen Lage an die Anforderungen des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Schuldners erhöhte Anforderungen zu stellen, wenn sich dieser aus der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ergeben soll.

bb) Sanierungsbemühungen des Schuldners

Zahlt ein Schuldner trotz seiner Zahlungsunfähigkeit an einen Gläubiger, kann der Vorsatz des Schuldners, mit dieser Zahlung seine Gläubiger zu benachteiligen, trotz Zahlungsunfähigkeit nicht vorliegen, wenn die Zahlung im Rahmen eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs vorgenommen wurde. Nach Auffassung des BGH ist dafür Voraussetzung, dass das Konzept des Schuldners in sich schlüssig war, eine ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg bestand und das Konzept jedenfalls in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt wurde.³⁵ Für die Frage der Prognose ist auf einen geschäftskundigen unvoreingenommenen Fachmann abzustellen, dem die üblichen Buchhaltungsunterlagen zeitnah vorliegen. Dieser hat auch die Krisenursachen und die Wirtschaftslage des Schuldners zu berücksichtigen.³⁶

Da jedoch § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO an den Vorsatz des Schuldners anknüpft, reicht dessen fahrlässiges Handeln nicht. Dementsprechend ist es unschädlich, wenn die Erfolgsaussichten der Sanierung vom Schuldner ex ante falsch beurteilt werden. Ein Schuldner, der aus seiner Sicht hin-

33 BGH v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190.

34 *Kayser*, NJW 2014, 422, 427; *ders.*, WM 2013, 293, 298; *Fischer*, NZI 2008, 588, 593 f.

35 BGH v. 21.2.2013 – IX ZR 52/10, ZInsO 2013, 780.

36 *Kummer/Schäfer/Wagner*, Insolvenzanfechtung, 2. Aufl. 2014, Rn. F42.

reichende Maßnahmen unternimmt, die Sanierung voranzutreiben, handelt subjektiv redlich. Er wollte eine Gläubigerbenachteiligung gerade vermeiden.³⁷

Hat sich bei dem Schuldner aufgrund konkreter Tatsachen die Überzeugung gebildet, in absehbarer Zeit alle seine Gläubiger befriedigen zu können, spricht dies ebenfalls gegen dessen Vorsatz. Nicht ausreichend ist die bloße Hoffnung des Schuldners, seine Krise zu überwinden.³⁸

II. Kenntnis des anderen Teils

Die positive Kenntnis des anderen Teils betrifft nicht nur den ganz seltenen Ausnahmefall, in dem bspw. der Schuldner mit dem Anfechtungsgegner kollusiv zusammenwirkt, um der Gläubigersamtheit Vermögensgegenstände zu entziehen. Bei genauer Betrachtung gilt für den anderen Teil nichts anderes als für den Schuldner selbst. Weiß dieser zu der Zeit, zu der er Zahlungen erhalten hat, von der tatsächlich eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, so weiß er auch, dass der Schuldner im Regelfall die Benachteiligung seiner Gläubiger billigend in Kauf genommen hat.

Unabhängig davon ist von größerer praktischer Bedeutung die Vermutungsregel des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO. Die Kenntnis des anderen Teils wird vermutet, wenn dieser wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (zumindest) drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Auf Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des anderen Teils kommt es mithin nicht an. Es reicht, wenn dieser weiß, dass der Schuldner erst in Zukunft zahlungsunfähig wird und sogar gegenwärtig noch alle Gläubiger befriedigen kann.

1. Benachteiligung anderer Gläubiger

Bei genauer Betrachtung stellt der Gesetzeswortlaut, dass der Anfechtungsgegner auch die Benachteiligung der übrigen Gläubiger gekannt haben muss, keine zusätzliche Voraussetzung auf. Denn die Tatsache, dass der Anfechtungsgegner von der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Kenntnis haben muss, setzt regelmäßig die Existenz weiterer Gläubiger voraus. Weiß der Anfechtungsgegner, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit im Wesentlichen zu erfüllen, so weiß er i.d.R. auch, dass die Rechtshandlungen des Schuldners die Gläubiger benachteiligen.³⁹ Ausnahmen kann es nur da geben, wo ein Anfechtungsgegner mit dem Geschäftsbetrieb des Schuldners nichts zu tun hatte. Denn anderenfalls muss er immer davon ausgehen, dass andere Gläubiger wie Vermieter, Lieferanten oder Arbeitnehmer existent sind.

Da der Gläubiger, in dessen Person ausreichende kenntnisauslösende Umstände vorhanden sind, nicht ohne Weiteres davon ausgehen kann, dass der Schuldner andere Gläubiger anders behandelt, hat dieser, sofern er von der Existenz anderer Gläubiger ausgehen muss, davon auszugehen, dass deren Forderungen in gleicher Weise nicht bedient werden.

2. Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit

Der in Anspruch genommene Gläubiger muss, sofern ihm gegenüber grds. kenntnisauslösende Umstände vorhanden sind, diesen im Einzelfall anhand o.a. Kriterien begegnen, soweit dies möglich ist. Er muss dem anfechtenden Insolvenzverwalter darlegen, warum er trotz der Beweisanzeichen nicht von der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners ausging. Lassen sich die Beweisanzeichen nicht entkräften, so bleibt dem Anfechtungsgegner noch die Möglichkeit, andere Gründe aufzuzeigen, die das mangelhafte Zahlungsverhalten des Schuldners erklären könnten.

Es kann neben mangelnden Geldmitteln nur zwei andere nachvollziehbare Erklärungen geben, warum ein solventer Schuldner Zahlungen nicht erbringt. Zum einen kann er schlicht vergessen haben, die Forderung auszugleichen. Dies bedeutet aber, dass dieser Einwand immer weniger überzeugt, umso ernsthafter der Gläubiger seine Forderung geltend macht. Bedeutsamer ist Zahlungsunwilligkeit des Schuldners, erst recht wenn Streit über das Bestehen der Forderung besteht. In diesem Fall kann sogar nach Titulierung zulasten des Schuldners die Nichtzahlung noch auf dessen Uneinsichtigkeit gestützt werden. Allerdings ist hier zu beachten, dass in dem Fall, in dem der Schuldner gleichwohl Zahlungen leistet, von Uneinsichtigkeit und Zahlungsunwilligkeit immer weniger gesprochen werden kann. Darüber hinaus spricht bereits die Tatsache, dass der Schuldner zum Anfechtungsgegner über einen längeren Zeitraum gute Geschäftsbeziehungen pflegte, gegen Zahlungsunwilligkeit.⁴⁰

III. Fazit

Dem Anfechtungsgegner sind durchaus Möglichkeiten gegeben, sich gegen einen Anfechtungsanspruch aus § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO zu verteidigen. Dies kann zum einen dadurch geschehen, die vorliegenden Beweisanzeichen, anhand derer die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Anfechtungsgegners nachgewiesen werden soll, zu entkräften. Ferner hat er die Möglichkeit, nachvollziehbare Gründe darzulegen, warum der Anfechtungsgegner die Forderung nicht beglich. Nachvollziehbare Gründe können insbesondere dann vorliegen, wenn über die Forderung gestritten wurde.

Schließlich bleibt selbst bei bestehender Zahlungsunfähigkeit und deren Kenntnis beim Anfechtungsgegner die Möglichkeit, gegenläufige Indizien ins Feld zu führen. Denn Zahlungsunfähigkeit führt regelmäßig, aber eben nicht immer zum Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners.

³⁷ BGH v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, ZIP 1998, 248.

³⁸ BGH v. 27.5.2003 – IX ZR 169/02, ZInsO 2003, 764.

³⁹ MünchKomm-InsO/Kayser (Fn. 2), § 133 Rn. 38a; BGH v. 13.8.2009 – IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1901; BGH v. 20.11.2008 – IX ZR 188/07, ZInsO 2009, 145; OLG Rostock, Urt. v. 11.6.2014 – 6 U 17/13, ZInsO 2014, 1446, 1449.

⁴⁰ OLG Rostock, Urt. v. 11.6.2014 – 6 U 17/13, ZInsO 2014, 1446, 1449.