

Inhaltsverzeichnis

1. Ratenzahlungsverlangen wegen Unmöglichkeit sofortiger Forderungstilgung allein kein zwingendes Indiz für Zahlungseinstellung	3
<i>Urteil des BGH vom 14.07.2016 – IX ZR 188/15, ZIP 2016, 1686</i>	3
2. Indiz für Zahlungsunfähigkeit bei Bitte um Ratenzahlung gegenüber Inkassounternehmen nach mehreren erfolglosen Mahnungen und Zahlungszusagen.	5
<i>Beschluss des BGH vom 24.09.2015 – IX ZR 308/14, ZIP 2015, 2180</i>	5
3. Zur Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung	6
<i>Urteil des BGH vom 25.02.2016 – IX ZR 109/15, ZIP 2016, 627</i>	6
4. Zu den Voraussetzungen eines schlüssigen Sanierungskonzepts bei	7
Gläubigeranfechtung	7
<i>Urteil des BGH vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14, ZIP 2016, 1235</i>	7
5. Praktische Empfehlungen zur Gestaltung von Ratenzahlungsvereinbarungen vor dem Hintergrund der neueren BGH-Rechtsprechung.	12
6. Gläubigerbenachteiligung bei vorübergehender Wiedererlangung der Zahlungsfähigkeit.	14
<i>Beschluss des BGH vom 20.10.2016 – IX ZR 305/14, ZIP 2017, 28</i>	14
7. Zur Darlegungs- und Beweislast des Gläubigers für die Wiederaufnahme der Zahlungen nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit.	17
<i>Urteil des BGH vom 17.11.2016 – IX ZR 65/15, ZIP 2016, 2423</i>	17
8. Kein Gesamtüberblick des Anfechtungsgegners über die Liquiditätslage des Schuldners bei Kenntnis von Zahlungseinstellung erforderlich.	20
<i>Urteil des OLG Jena vom 22.06.2016 – 7U 843/15 - (rechtskräftig), ZIP 2017, 293</i>	20
9. Die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts.	22
10. Zur Kenntnis des Gläubigers von der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners	24
<i>Urteil des BGH vom 04.05.2017 – IX ZR 285/16</i>	24
11. Unanfechtbarkeit der Zahlung eines Komplementärs auf Verbindlichkeiten der KG.	27
<i>Urteil des BGH vom 29.10.2015 – IX ZR 123/13, ZInsO 2016, 36 ff</i>	27
12. Gesellschafterdarlehn: Insolvenzanfechtung der Rückgewähr binnen eines Jahres vor Insolvenzantrag ohne Krise der GmbH.	29
<i>Beschluss des BGH vom 30.04.2015 – IX ZR 196/13, GmbHR 2015, 704</i>	29
13. Praxisgerechte Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG	30
14. Keine Haftung wegen Zahlung nach Insolvenzreife bei unmittelbarem Ausgleich der Masseschmälerung.	34
<i>Urteil des BGH vom 18.11.2014 – II. ZR 231/13, ZIP 2015, 71</i>	34
15. Keine Haftungsminderung des organschaftlichen Vertreters auf Grund erfolgreicher Anfechtung.	36
<i>Urteil des BGH vom 03.06.2014 – II ZR 100/13, ZInsO 2014, 1615 ff</i>	36

16. Zur Haftung des Geschäftsführers wegen Einzugs sicherungsabgetretener Forderungen auf debitorischem Konto.....	37
<i>Urteil des BGH vom 23.06.2015 – II ZR 366/13, ZIP 2015, 1480.....</i>	<i>37</i>
17. Zur Masseschmälerung bei Einziehung einer erst nach Insolvenzreife entstandenen, zur Sicherheit an die Bank abgetretenen Forderung auf debitorisches Konto.	39
<i>Urteil des BGH vom 08.12.2015 – II ZR 68/14, ZIP 2016, 364.....</i>	<i>39</i>
18. Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 GmbHG (Schaubild).....	41
19. Masseschmälerung gemäß § 142 InsO analog –Geschäftsführerhaftung	42
<i>Urteil des OLG Düsseldorf vom 01.10.2015 – I – 6 U 169/14, NZI 2016, 642.....</i>	<i>42</i>
20. Berücksichtigung von Gegenleistungen im Rahmen des § 64 Satz 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 99 Satz GenG und § 130 a Abs. 1 Satz 1 HGB.....	44
21. Auswirkungen eines Britischen Austritts aus der Europäischen Union auf die in Deutschland tätigen Limiteds.	46
22. BFH kassiert den „Sanierungserlass“ - was kommt nun?	49
23. Wirksamkeit der insolvenzabhängigen Lösungsklausel in einem VOB-Bauvertrag.	53
<i>Urteil des BGH vom 07.04.2016 – VII ZR 56/15, ZIP 2016, 981</i>	<i>53</i>
24. Reichweite des Verwalter-Vergleichs mit Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (OHG) als Schuldnerin.	55
<i>Urteil des BGH vom 17.12.2015 – IX ZR 143/13, Beck RS 2016, 02258.....</i>	<i>55</i>
25. Keine Entbindung des Steuerberaters einer insolventen Gesellschaft von seiner Schweigepflicht im Strafprozess gegen Organe nur durch den Insolvenzverwalter.	57
26. Haftung des Steuerberaters für Jahresabschluss unter Zugrundelegung von Fortführungswerten trotz Insolvenzreife der Gesellschaft.	58
<i>Urteil des BGH vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14, ZIP 2017, 427</i>	<i>58</i>
27. Zur Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters für Wohnraummiete des Schuldners.	63
<i>Beschluss des BGH vom 16.03.2017 – IX ZB 45/15, ZIP 2017, 884.....</i>	<i>63</i>
28. Anwendung der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB auf den Vermieter	65
<i>Urteil des BGH vom 03.03.2017 – V ZR 268/15, ZInsO 2017, 1069</i>	<i>65</i>

Stand: August 2017

1. **Ratenzahlungsverlangen wegen Unmöglichkeit sofortiger Forderungstilgung allein kein zwingendes Indiz für Zahlungseinstellung .**

Urteil des BGH vom 14.07.2016 – IX ZR 188/15, ZIP 2016, 1686

InsO §§ 133 Absatz 1 Satz 2, 17 Absatz 2 Satz 2

Leitsätze des Gerichts:

Erklärt der Schuldner seinem Gläubiger, eine fällige Zahlung nicht in einem Zug erbringen und nur Ratenzahlungen leisten zu können, muss dieser allein aus diesem Umstand nicht zwingend darauf schließen, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

- Die Mitteilung des Schuldners deutete auf einen Liquiditätsengpass hin, brachte aber, weil eine vollständige ratenweise Tilgung der Forderung in Aussicht gestellt wurde, im Unterschied zu dem Hinweis auf einen ohne sofortigen Forderungsverzicht unabwendbaren Eintritt der Zahlungsunfähigkeit **nicht zweifelsfrei** zum Ausdruck, dass bereits Insolvenzreife vorlag und die Zahlungsschwierigkeiten unüberwindbar waren.

Das Indiz, das keine eindeutige Beurteilung der Vermögenslage des Schuldners gestattete, erscheint auch deshalb **in einem milderem Licht**, weil der Schuldner die Erklärung nicht als Reaktion auf ein Zahlungsverlangen des Beklagten, sondern von sich aus mit dem Ziel abgegeben hat, die Forderung der Beklagten durch Ratenzahlung zu befriedigen.

- Im Anschluss an die Mitteilung des Schuldners haben sich bis zur Vornahme der angefochtenen Zahlungen keine weiteren Beweisanzeichen verwirklicht, die sich aus der Sicht der Beklagten zu der zweifelsfreien Bewertung verdichteten, dass bei dem Schuldner Zahlungsunfähigkeit eingetreten war.

Vorliegend hatte der Gläubiger keine verhältnismäßig hohe Forderung gegen den Schuldner (€ 10.684,09), die sich zudem auf die Lieferung von Baumaterialien bezog,

die der Schuldner auch anderweitig hätte beziehen können und handelte es sich auch nicht um Forderungen **aus Steuern**, Sozialabgaben, Löhnen oder Mieten und war diese Forderung bislang **auch noch nicht tituliert** und demgemäß noch kein Vollstreckungsdruck auf den Schuldner ausgeübt worden.

Der Gläubiger musste also nicht davon ausgehen, durch den Erhalt der Teilzahlungen besser als die sonstigen Gläubiger des Schuldners gestellt zu werden.

- Bei dieser Sachlage geht es nicht um einen Sachverhalt, bei dem der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erkannt hatte und sich nunmehr darauf beruft, diese sei nachträglich bis zur Vornahme der anfechtbaren Zahlungen entfallen. Denn allein der Umstand der Ratenzahlungsvereinbarung legt nicht nahe, dass der Schuldner seine Zahlungsfähigkeit zurückgewonnen und seine Zahlungen im Wesentlichen vollständig wieder aufgenommen hat (vgl. BGH ZIP 2016, 874).

Diese Grundsätze sind in dessen **vorliegend nicht einschlägig**, weil die Beklagte allein aus der Erklärung des Schuldners, nicht sofort und nicht in einem Zug Zahlungen leisten zu können, nach den revisionsrechtlich hinzunehmenden Feststellungen des Berufungsgerichts nicht dessen Zahlungsunfähigkeit erkennen musste. Vielmehr hätte die Kenntnis der Zahlungseinstellung durch die Beklagte das Hinzutreten weiterer Indizien gefordert.

2. Indiz für Zahlungsunfähigkeit bei Bitte um Ratenzahlung gegenüber Inkassounternehmen nach mehreren erfolglosen Mahnungen und Zahlungszusagen.

Beschluss des BGH vom 24.09.2015 – IX ZR 308/14, ZIP 2015, 2180

InsO § 133 Absatz 1

Leitsatz des Gerichts:

Die Bitte des Schuldners um Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung entspricht nicht den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, wenn sie nach mehreren fruchtlosen Mahnungen und nicht eingehaltenen Zahlungszusagen gegenüber einem von dem Gläubiger mit dem Forderungseinzug betrauten Inkassounternehmen geäußert wird.

Die Beklagte zu 1. hatte gegenüber der Schuldnerin vor Abschluss der Ratenzahlungsvereinbarung wiederholt die Zahlung der rückständigen Rechnungen ohne Erfolg angemahnt. Ausweislich der 3. Mahnung hatte die Schuldnerin eine fernmündlich erteilte Zahlungszusage nicht eingehalten. Die erst nach Einschaltung eines Inkassounternehmens und Offenbarwerden der Zahlungsschwierigkeiten geschlossene Ratenzahlungsvereinbarung entspricht nicht mehr den üblichen Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs.

Bei dieser Sachlage konnte die Bitte der Schuldnerin um Ratenzahlung entsprechend der Auslegung des Berufungsgerichts dahin verstanden werden, ihre fälligen Verbindlichkeiten anders nicht begleichen zu können.

3. Zur Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung

Urteil des BGH vom 25.02.2016 – IX ZR 109/15, ZIP 2016, 627

InsO § 133 Absatz 1

Leitsatz des Gerichts:

Schweigt der Schuldner einer erheblichen Forderung während eines monatelangen Zeitraums auf Rechnungen und Mahnungen und bietet er nach Einschaltung eines Inkassounternehmens und Erwirken eines Mahnbescheides in dem auf seinen Widerspruch hin eingeleiteten gerichtlichen Verfahren die ratenweise Zahlung der Gesamtforderung einschließlich der Zinsen und der angefallenen Kosten an, hat der Gläubiger die Zahlungseinstellung des Schuldners, dessen Zahlungsverzug nicht mit einer fortdauernden Anspruchsprüfung erklärt werden kann, erkannt.

- Das monatelange völlige Schweigen der Schuldnerin auf die Rechnungen und vielfältigen Mahnungen der Beklagten begründete schon für sich genommen ein Indiz für eine Zahlungseinstellung. Durch die Einleitung des Mahnverfahrens und den Übergang in das streitige Verfahren waren erhebliche zusätzliche Kosten angefallen, die ein zahlungsunfähiger Schuldner durch Begleichung der begründeten Forderung vermieden hätte. Ein weiteres Indiz einer Zahlungseinstellung verkörperte sich in dem für die Beklagte in Folge des Zeitablaufs zu Tage getretenen Unvermögen des Schuldners, die erhebliche Verbindlichkeit (€ 16.195,70) der Beklagten zu tilgen.
- Daraus konnte und musste die Beklagte entnehmen, dass die Schuldnerin nicht in der Lage war, ihre Verbindlichkeiten zurückzuführen. Da die Beklagte mit weiteren Gläubigern der gewerblich tätigen Schuldnerin rechnen musste, war sie über deren Zahlungseinstellung unterrichtet.

4. Zu den Voraussetzungen eines schlüssigen Sanierungskonzepts bei Gläubigeranfechtung

Urteil des BGH vom 12.05.2016 – IX ZR 65/14, ZIP 2016, 1235

InsO § 133 Abs. 1 S. 2

Leitsätze des Gerichts:

1. Den Gläubiger, der die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und die Benachteiligung der Gläubiger kennt, trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erlangt hat.
2. Der Gläubiger kann nur dann von einem schlüssigen Sanierungskonzept des Schuldners ausgehen, wenn er in Grundzügen über die wesentlichen Grundlagen des Konzepts informiert ist; dazu gehören die Ursachen der Insolvenz, die Maßnahmen zu deren Beseitigung und eine positive Fortführungsprognose.
3. Der Gläubiger, der im Rahmen eines Sanierungsvergleichs quotal auf seine Forderungen verzichtet in der Annahme, andere Gläubiger verzichteten in ähnlicher Weise, kann von einer Sanierung des Schuldnerunternehmens allein durch diese Maßnahme nur ausgehen, wenn nach seiner Kenntnis die Krise allein auf Finanzierungsproblemen beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners.
4. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, das Sanierungskonzept des Schuldners fachmännisch zu prüfen oder prüfen zu lassen; er darf sich auf die Angaben des Schuldners oder dessen Berater zu den Erfolgsaussichten des Konzepts verlassen, solange er keine Anhaltspunkte dafür hat, dass er getäuscht werden soll oder dass der Plan keine Chancen auf dauerhaften Erfolg bietet.
5. Der Sanierungsplan des Schuldners muss nicht den formalen Erfordernissen entsprechen, wie sie das Institut für Wirtschaftsprüfer e.V. in dem IDW Standard S6 (IDW S 6) oder das Institut für die Standardisierung von Unternehmenssanierungen (ISU) als Mindestanforderungen an Sanierungskonzepte (MaS) aufgestellt haben.

FALL:

Der Kläger nimmt als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin die Beklagte auf Rückzahlung einer Vergleichszahlung in Anspruch. Die Beklagte erbrachte für die Schuldnerin Speditionsleistungen in Höhe von € 60.000,00, von denen € 30.000,00 rechtskräftig tituliert waren. Im Rahmen eines beantragten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses teilte die Volksbank als Drittschuldnerin mit, dass keine pfändbaren Guthaben der Schuldnerin vorhanden seien und Vorpfändungen in Höhe von € 16.000,00 bestünden.

Daraufhin wandten sich die von der Schuldnerin beauftragten Wirtschaftsprüfer an die Beklagte und teilten mit, dass eine buchmäßige Überschuldung der Schuldnerin in Höhe von € 3,5 Mio. bestehe. Die Kreditlinien seien eingefroren; es drohe in kürze Zahlungsunfähigkeit. Zur Vermeidung der Insolvenz sei ein Vergleichsvorschlag erarbeitet worden, nach dem die Gläubiger auf 65 % der Forderungen verzichten sollten, davon auf 15 % gegen Besserungsschein. Der Vergleichsvorschlag können dann umgesetzt werden, wenn von Dritten Liquidität zur Verfügung gestellt werde. Voraussetzung hierfür sei, dass alle Gläubiger dem Vorschlag bedingungslos zustimmen. Anderenfalls sei ein Insolvenzverfahren unabdingbar, das keine Befriedigungsquote erwarten lasse. Eine Antwort werde binnen 2 Wochen erbeten.

Nach Zustimmung durch die Beklagte wurde der Vergleichsbetrag dann 3 Wochen nach dem zunächst vorgesehenen Zahlungstermin an die Beklagte ausgezahlt.

- Die Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit kann nach ständiger Rechtsprechung des Senats ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Gläubigers hiervon verlieren, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, letztendlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs ist. Denn in diesem Fall ist die Rechtshandlung von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt in den Hintergrund (BGH vom 08.12.2011, ZIP 2012, 137).

- Voraussetzung ist auf Schuldnerseite, dass zu der Zeit der angefochtenen Rechtshandlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorlag, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt war und ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigte. Die bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Sanierung räumt seinen Benachteiligungsvorsatz nicht aus, wenn die dazu erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinaus gekommen sind (vgl. BGH, ZIP 2012, 137).
- Ein schlüssiges Sanierungskonzept setzt nicht notwendigerweise eine Einbeziehung sämtlicher Gläubiger voraus, da die Zustimmung aller Gläubiger häufig ohnehin nicht erreichbar sein wird. Erforderlich ist aber eine Analyse der Verluste und der Möglichkeit deren künftiger Vermeidung, eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Rentabilität des Unternehmens in der Zukunft und Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) Insolvenzreife. Ein solcher Sanierungsplan muss nicht den formalen Erfordernissen des IDW S 6 oder des ISU entsprechen.
- Ist dem Gläubiger – wie vorliegend – die drohende Zahlungsunfähigkeit bekannt gemacht worden (Mitteilung der Wirtschaftsprüfer des Schuldners und der Drittschuldnererklärung der Volksbank), obliegt ihm es, darzulegen und zu beweisen, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erlangt hat (vgl. BGH, ZIP 2014, 1032). **Hinsichtlich der Kenntnis vom Vorliegen der Voraussetzungen eines ernsthaften Sanierungsversuchs sind allerdings nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie sie für den Schuldner oder dessen Geschäftsführer gelten.** Der Anfechtungsgegner muss aber konkrete Umstände darlegen und beweisen, die es naheliegend erscheinen lassen, dass ihm im Hinblick auf den Sanierungsversuch der hier unterstellte Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners unbekannt geblieben war.
- Der Gläubiger ist hinsichtlich eines ernsthaften Sanierungsversuchs in der Regel auf die Informationen angewiesen, die ihm der Schuldner zur Verfügung stellt. Auf die Erteilung der erforderlichen Informationen muss der Gläubiger im Vorfeld einer Sanierungsvereinbarung im eigenen Interesse bestehen. Verzichtet er hierauf, handelt er mit Anfechtungsrisiko.

Zum Inhalt des Sanierungsplans hat der Gläubiger allerdings kein Auskunftsrecht gegen seinen Schuldner; der Schuldner muss einem Gläubiger auch keine entsprechende Prüfung ermöglichen. Lässt sich der Gläubiger aber auf einen Vergleich ein, mit dem er deutlich besser gestellt werden soll, als bei Durchführung eines Insolvenzverfahrens, muss er zumindest aber so viele Informationen verlangen, dass er die Frage der möglichen Benachteiligung anderer Gläubiger nach dem Konzept des Schuldners einschätzen kann.

- Das Sanierungskonzept des Schuldners muss der Gläubiger allerdings nicht selbst fachmännisch überprüfen oder durch Sachverständige überprüfen lassen. Er darf sich grundsätzlich auf schlüssige Angaben des Schuldners und seiner Berater verlassen, solange er keine (erheblichen) Anhaltspunkte dafür hat, dass er getäuscht werden soll oder dass der Sanierungsplan keine Aussicht auf Erfolg hat.
- Beschränkt sich der Sanierungsversuch allein darauf, dass alle oder ein Teil der Gläubiger quotal auf ihre Forderungen verzichten, ist dies nur dann erfolgsversprechend, wenn der Insolvenzgrund allein auf einem Finanzierungsproblem beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners, das Schuldnerunternehmen aber grundsätzlich profitabel arbeitet. Kann in diesem Fall durch einen Schuldenschnitt die Zahlungsfähigkeit dauerhaft wiederhergestellt und die Überschuldung beseitigt werden, werden hierdurch andere, auch künftige Gläubiger nicht benachteiligt.
- Dass der Sanierungserfolg mit einem reinen Quotenvergleich der Gläubiger herbeigeführt werden kann, ist jedoch ungewöhnlich. Hiervon kann der Gläubiger eines zahlungsunfähigen Schuldners nur ausgehen, wenn ihm derartige besondere Umstände vom Schuldner oder dessen Beratern schlüssig dargelegt worden sind.
- Beruht die Insolvenz des Schuldners nicht lediglich auf dem Ausfall berechtigter Forderungen, sondern – wie im Regelfall – vor allem auf dem dauerhaft unwirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens, kann ein Gläubiger von einem erfolgsversprechenden Sanierungskonzept nur ausgehen, wenn vom Schuldner oder dessen Beratern zumindest die Grundlagen einer weitergehenden Sanierung schlüssig dargelegt wurden. Details müssen den Gläubigern nicht mitgeteilt werden.

Aus den Informationen, die dem Gläubiger danach mitgeteilt worden sind, muss sich aus seiner Sicht das Sanierungskonzept als schlüssig darstellen und erfolgsversprechend erscheinen. Sicher muss der Erfolg nicht sein. Es genügen gute Chancen für eine Sanierung.

Von einem erfolgsversprechenden Sanierungsplan kann der Gläubiger nicht ausgehen, wenn er keine Kenntnis von den Ursachen der drohenden Insolvenz sowie den Gründen für eine positive Fortführungsprognose hat. Die Reduzierung allein der Schulden durch (Teil-) Verzicht der Gläubiger ist für eine Sanierung in der Regel nicht erfolgsversprechend, wenn dadurch die Ursachen der Krise nicht beseitigt werden und in der Zukunft unverändert fortwirken würden. Ihre Beseitigung ist die Grundlage jeder erfolgsversprechenden Sanierung, sofern die Krise – wie ausgeführt – nicht ausnahmsweise lediglich auf einem Zahlungsausfall beruht.

5. Praktische Empfehlungen zur Gestaltung vom Ratenzahlungsvereinbarungen vor dem Hintergrund der neueren BGH-Rechtsprechung.

Mit Urteil vom 06.12.2012 (IX ZR 3/12, ZInsO 2913, 190) hat der BGH die Rechte des Insolvenzverwalters zur Anfechtung erweitert. Die Entscheidung betrifft die Möglichkeit der Vorsatzanfechtung bei Zahlungen des Kunden, die im Zuge der Erfüllung eines mit dem Lieferanten vereinbarten Zahlungsplanes erfolgen. Läuft seitens des Kunden gegenüber dessen Lieferanten ein größerer Zahlungsrückstand auf, so liegt häufig eine Zahlungseinstellung dieses Kunden vor. Sogar bereits die Nichtzahlung einer einzigen, für den Kunden nicht unerheblichen Forderung des Lieferanten kann die Zahlungseinstellung zum Ausdruck bringen. Die Zahlungseinstellung wiederum führt wegen § 17 Absatz 2 Satz 2 InsO regelmäßig zu einer Zahlungsunfähigkeit des Lieferanten, die dann auch beiden, dem Kunden und dem Lieferanten, bekannt ist. Zwar kann der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung möglicherweise dazu führen, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen; dazu muss der Kunde aber seine Zahlungen neben den Raten gegenüber dem in Rede stehenden Lieferanten auch im Allgemeinen wieder aufnehmen. Dies müsste etwa folgendermaßen vereinbart werden:

„Der Schuldner erklärt, dass er bei gleichbleibenden wirtschaftlichen Verhältnissen zur Zahlung der vereinbarten Beträge in der Lage ist und seinen hier übernommenen und gegenüber anderen Gläubigern bestehenden Verpflichtungen jeweils zur Fälligkeit nachkommen wird und nachkommen kann. Diese Erklärung des Schuldners gilt auch für die absehbaren, zukünftig fällig werdende Verbindlichkeiten des Schuldners.“

- Die Ratenzahlungen sollten überdies nicht über einen zu langen Zeitraum hinweg getroffen werden. Denn je länger der Zahlungszeitraum ist, desto größer ist naturgemäß die Wahrscheinlichkeit, dass sich weitere, nicht beherrschbare Zahlungsschwierigkeiten auf Seiten des Kunden einstellen. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der Zusicherung des Kunden, seine Gläubiger gleichmäßig zu bedienen.

In der Praxis bewährt haben sich beispielsweise 5 Raten à 20 % der Gesamtforderung. Zeitlich sollten die jeweiligen Raten nicht länger, als einen Monat auseinander liegen. Vorzugswürdig wären aber Raten im Abstand von 2 Wochen.

- Überdies ist es wichtig, vor Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung die Zahlungsfähigkeit des Kunden gründlich zu überprüfen und das Ergebnis der Prüfung zu dokumentieren. Gelangt man so dann zu der Einschätzung, dass lediglich eine Zahlungsstockung vorliegt, kann man sich Gedanken über den Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung machen. Die Dokumentation der Prüfung ist wichtig, um einer späteren Beweislast gegenüber dem anfechtenden Insolvenzverwalter nachkommen zu können.

6. Gläubigerbenachteiligung bei vorübergehender Wiedererlangung der Zahlungsfähigkeit.

Beschluss des BGH vom 20.10.2016 – IX ZR 305/14, ZIP 2017,28

InsO §§ 129 Abs. 1, 130 Abs. 1, 133 Abs. 1, 140 Abs. 1; ZPO §§ 139, 543 Abs. 2, 544 Abs. 7; GG Art. 103 Abs. 1

FALL:

Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 09.12.2010 am 18.03.2011 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin. Die Schuldnerin war im April 2006 bei der Rechtsvorgängerin der beklagten Krankenkasse mit der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen im Gesamtbetrag von € 9.406,96 aus der Zeit von August 2005 im Rückstand. Nach fruchtlosen Vollstreckungsversuchen beantragte die Beklagte am 19.04.2006 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin. Die Schuldnerin zahlte bis Ende Juli 2006 in Teilbeträgen an die Beklagte € 11.031,31, worauf die Beklagte den Insolvenzantrag für erledigt erklärte. Zwischen dem 14.07.2006 und 26.11.2010 leistete die Schuldnerin an die Beklagte weitere Sozialversicherungsbeiträge im Gesamtbetrag von € 67.314,07, am 10.01.2011 erfolgte eine letzte Zahlung in Höhe von € 330,00.

Der Kläger begehrt von der Beklagten unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung die Erstattung der Zahlungen in Höhe von insgesamt € 77.051,03.

- Die Insolvenzgläubiger können durch Zahlungen des Schuldners auch dann im Sinne von **§ 129 Abs. 1** benachteiligt werden, wenn der zum Zeitpunkt der Zahlung zahlungsunfähige Schuldner vor dem Eintritt der zur Verfahrenseröffnung führenden Insolvenz **vorübergehend seine Zahlungsfähigkeit wiedererlangt**. Sowohl für die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO, als auch für die Deckungsanfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO genügt **eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung**. Diese setzt nicht eine durchgängige Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus, **weil der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatensacheninstanz den für**

die Beurteilung dieser Frage maßgeblichen Zeitpunkt bildet (vgl. BGH NZI 2012, 562 Rz 22).

- Von Relevanz ist die Unterbrechung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erst im Rahmen **der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 130 Abs. 1 Satz 1, 133 Abs. 1 InsO**. Gemäß § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO muss der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung objektiv zahlungsunfähig gewesen sein. Die Zahlungsunfähigkeit muss bis zur Verfahrenseröffnung ununterbrochen vorgelegen haben, da es anderenfalls an dem erforderlichen Ursachenzusammenhang zum später eröffneten Insolvenzverfahren fehlt.

Insofern kann der Anfechtungsgegner durchaus erfolgsversprechende, erhebliche Einwendungen erheben. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann der Anfechtungsgegner im Rahmen des Prozessrechts beantragen, durch einen Sachverständigen eine Liquiditätsbilanz erstellen zu lassen (vgl. BGH ZIP 2011, 1416, Rz 20). Daneben kann alternativ oder kumulativ die Vernehmung von Zeugen beantragt werden (vgl. BGH ZIP 2012, 735, Rz 18). Die Führung des Gegenbeweises gemäß § 292 Satz 1 ZPO ist also keinesfalls nur rein theoretisch, weil angeblich in der Praxis kaum möglich. Die Anforderungen, die an den Beklagtenvortrag gestellt werden, dürfen nämlich nicht überspannt werden, weil der Anfechtungsgegner im Regelfall keinen Einblick in die Interna des Schuldners hat. Sofern eine geeignete Buchhaltung existiert, werden sich die für die Gutachtenerstellung erforderlichen Unterlagen gemäß § 80 Abs. 1, § 148 Abs. 1, § 155 Abs. 1 Satz 1 InsO regelmäßig in Besitz des klagenden Verwalters befinden. In diesem Falle kann der Beweis gemäß § 421 ZPO durch den Antrag angetreten werden, dem Kläger die Vorlage der Unterlagen aufzugeben. Befinden sich die Unterlagen im Besitze eines Dritten, insbesondere des Steuerberaters, kommt ein Beweisantritt nach § 428 ZPO in Betracht.

Der Zeitpunkt, zu dem der Anfechtungsgegner den Wegfall der Zahlungsunfähigkeit behauptet und die Erstellung einer Liquiditätsbilanz durch einen Sachverständigen beantragt, wird sich zumeist aus der Natur der Sache ergeben. Hilfreich ist regelmäßig die Kontaktaufnahme zu anderen Gläubigern des Schuldners, um hierzu vortragen zu können. In prozesstaktischer Hinsicht gilt es schließlich zu beachten, dass sich die Liquiditätssituation der meisten Unternehmen zyklisch entwickelt.

So treten zum Monatsende / - Anfang üblicherweise wegen fälliger Gehälter, Sozialversicherungsbeiträge bzw. Mieten Engpässe auf, während sich die Situation im Laufe des Monats wieder entspannt. Kommt es in der Zeit um den Monatswechsel zu positiven Sondereffekten, wie etwa der Gewährung von Darlehn oder der Stundung wesentlicher Verbindlichkeiten, stehen die Chancen gut, dass sich eine nachhaltige Verbesserung der Liquiditätslage über einen Zeitraum von 3 Wochen wird nachweisen lassen.

- Es kann also festgehalten werden, dass ein Wegfall der Zahlungsunfähigkeit zwischen Deckungshandlung und Verfahrenseröffnung bei einer Anfechtung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1, 2 Alt. 1, § 131 Nr. 2 InsO den erforderlichen Ursachenzusammenhang unterbricht. Eine einmal eingetretene Zahlungsunfähigkeit wird dadurch beseitigt, dass der Schuldner seine Liquidität nachhaltig, d.h. über einen Zeitraum von mindestens 3 Wochen, wiedererlangt. Dem Anfechtungsgegner stehen geeignete prozessuale Mittel zur Verfügung, um den erforderlichen Nachweis im Anfechtungsprozess führen zu können (s.o.).

- Praktische Bedeutung kommt dem Erfordernis eines Ursachenzusammenhangs allerdings nicht zu. Denn eine Rechtshandlung, die nur deshalb nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar ist, weil die Zahlungsunfähigkeit im Zeitraum bis zur Verfahrenseröffnung vorübergehend beseitigt wurde, **kann in aller Regel nach § 133 Abs. 1 InsO angefochten werden**. Anders, als bei § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO bildet die Zahlungsunfähigkeit bei § 133 Abs. 1 InsO kein objektives Tatbestandsmerkmal. Mithin bedarf es auch keines ursächlichen Zusammenhangs zum eröffneten Verfahren (zu möglichen Lösungsansätzen, die von der Rechtsprechung aber bislang noch nicht getragen werden, vgl. Nils Ahrens „Der Ursachenzusammenhang zwischen Zahlungsunfähigkeit und eröffnetem Verfahren bei der Anfechtung von Deckungshandlungen“, ZIP 2017, 58ff).

7. Zur Darlegungs- und Beweislast des Gläubigers für die Wiederaufnahme der Zahlungen nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit.

Urteil des BGH vom 17.11.2016 – IX ZR 65/15, ZIP 2016, 2423

InsO § 133 Abs. 1

Leitsatz des Gerichts:

Zur Darlegungs- und Beweislast des Gläubigers für die Wiederaufnahme der Zahlungen nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit.

FALL:

Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 21.04.2010 über das Vermögen der Schuldnerin am 13.07.2010 eröffneten Insolvenzverfahren. Die Schuldnerin bezog im Rahmen der seit 2003 bestehenden Geschäftsbeziehung Möbelkomponenten von dem Beklagten.

In den Jahren 2004 und 2005 geriet die Schuldnerin in eine wirtschaftliche Schieflage und das Finanzamt drohte mit einem Insolvenzantrag. Um diese abzuwenden, leitete die Schuldnerin Sanierungsmaßnahmen ein, die im Wesentlichen in Teilforderungsverzichten der Hausbank und der Lieferanten und in dem Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an der Schuldnerin durch deren Hauptlieferanten bestanden. Auf Grund dieser Zahlungsprobleme wandte sich die Schuldnerin im Jahre 2005 auch an den Beklagten, um mit ihm eine Regelung über dessen offenen Forderungen zu treffen (unregelmäßige à conto Zahlungen).

Ab dem Jahre 2006 bestand eine Vereinbarung, dass die Schuldnerin Zahlungen auf rückständige Forderungen erst im Zusammenhang mit Neubestellungen bei dem Beklagten zu bezahlen hatte. Über die Höhe der Zahlungen stimmten sich die Schuldnerin und der Beklagte jeweils telefonisch ab. Die Liquiditätssituation der Schuldnerin blieb dennoch angespannt. Im Dezember 2007 gelang es ihr einmalig, die aufgelaufenen Verbindlichkeiten bei dem Beklagten vollständig auszugleichen.

In der Folgezeit wuchs der Rückstand der Schuldnerin bei der Beklagten trotz Teilzahlungen wieder auf einen fünfstelligen Betrag an. Mit seiner Klage hat der Kläger den Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzanfechtung auf Erstattung der **in der Zeit vom 02.01.2007 bis 04.09.2009** erhaltenen Zahlungen in Höhe von insgesamt € 270.883,16 in Anspruch genommen.

- Der Kläger kann von dem Beklagten Rückgewähr der ab Juli 2008 empfangenen Zahlungen gemäß §§ 143 Abs. 1 Satz, 133 Abs. 1 InsO nebst Zinsen verlangen (wird im Einzelnen ausgeführt...).
- Die Feststellung, die Schuldnerin habe schon vor der im Jahre 2005 mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung ihre Zahlungen eingestellt und sei deshalb, was dem Beklagten bekannt gewesen sei, zahlungsunfähig gewesen, wirkt fort, bis die Schuldnerin ihre Zahlungen im Allgemeinen wieder aufgenommen hat. Für eine solche Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit sind nicht nur die vereinbarten Zahlungen gegenüber dem Gläubiger zu erbringen, **sondern der Schuldner muss zumindest auch den wesentlichen Teil seiner übrigen Verbindlichkeiten bedienen**. Die Wiederaufnahme der Zahlungen gegenüber allen Gläubigern hat der Anfechtungsgegner als derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich hierauf beruft.
- Für die Annahme, die ein gewerbliches Unternehmen betreibende Schuldnerin habe ihre Zahlungen auch im Allgemeinen - also nicht nur gegenüber dem Beklagten, sondern im Wesentlichen gegenüber allen ihren Gläubigern - wieder aufgenommen, reicht es nicht aus, dass es der Schuldnerin im Dezember 2007 einmalig gelang, die offenen Verbindlichkeiten aus der Geschäftsbeziehung mit dem Beklagten vollständig zurückzuführen. Denn die finanziellen Schwierigkeiten der Schuldnerin sind in der Zeit nach dem Sanierungsversuch im Jahre 2005 unverändert geblieben (dies hatte der frühere Geschäftsführer der Schuldnerin als Zeuge ausgesagt).
- Aus der getroffenen Stundungsvereinbarung kann der Beklagte im Ergebnis keine Schlussfolgerung auf die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin ziehen. **Zwar sind rechtlich oder nur tatsächlich gestundete offene Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen**, sofern
 - die gewährte Stundung vom Schuldner nicht erzwungen wurde oder

- der Schuldner bereits vor Zustandekommen der Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung seine Zahlungen eingestellt hatte,

die im Streitfall getroffene Vereinbarung über die Zahlungsmodalitäten kam aber erst zustande, nachdem bereits Verbindlichkeiten der Schuldnerin bei dem Beklagten aufgelaufen waren und die Schuldnerin die ihr gestellten Rechnungen nicht mehr wie zuvor innerhalb der vereinbarten Zahlungsfrist begleichen konnte.

Die Parteien konnten die anlässlich jeder Bestellung erneuerte Zahlungsvereinbarung jederzeit beenden, eine gesicherte Aussicht, demnächst wieder Kredit zu erhalten oder die Forderungen realisieren zu können, bestand nicht. Von konsolidierten finanziellen Verhältnissen bei der Schuldnerin konnte der Beklagte deshalb zu keiner Zeit ausgehen.

8. Kein Gesamtüberblick des Anfechtungsgegners über die Liquiditätslage des Schuldners bei Kenntnis von Zahlungseinstellung erforderlich.

Urteil des OLG Jena vom 22.06.2016 – 7U 843/15 - (rechtskräftig), ZIP 2017, 293

InsO §§ 17, 133, 143

Leitsatz des Gerichts:

1. Ist eine Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners aufgrund einer Kenntnis der Zahlungseinstellung nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO festgestellt, bedarf es hierzu nicht mehr einer Feststellung eines „Gesamtüberblicks“ des Anfechtungsgegners über die Liquiditätslage des Gemeinschuldners.
2. Bloße Kreditverhandlungen mit einer Bank ergeben noch kein Sanierungskonzept, das einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Gemeinschuldners und eine Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon entfallen lassen könnte.

FALL:

Der Kläger verlangt vom Beklagten aufgrund von Insolvenzanfechtung die Rückzahlung von Steuerzahlungen im Zeitraum vom 17.07.2012 – 30.11.2012. Das Landgericht hat der Klage nur zur Hälfte stattgegeben, weil es eine Kenntnis des Beklagten vom Benachteiligungsvorsatz der Gemeinschuldnerin erst ab 28.09.2012 bejaht hat.

Mit seiner Berufung macht der Kläger geltend, der Beklagte habe bereits ab Juni 2012 Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Gemeinschuldnerin gehabt. Dies ergebe sich aus den vorgelegten und dem Beklagten bekannten Unterlagen, die das Landgericht nicht vollständig berücksichtigt habe.

- Nach § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO wird eine Zahlungsunfähigkeit vermutet, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils von fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus, auch wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen.

Eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung wirkt grundsätzlich fort. Sie kann nur dadurch wieder beseitigt werden, dass der Schuldner seine Zahlungen allgemein wieder aufnimmt.

- Kennt ein Anfechtungsgegner - wie hier - die Zahlungseinstellung, so ist gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO regelmäßig auch seine Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit anzunehmen (vgl. BGH Z 180, 63, 66). In einem solchen Fall ist ein Gesamtüberblick über die finanzielle Lage nicht erforderlich. Dementsprechend kommt es im Falle einer (nach außen hin zu Tage getretenen) Zahlungseinstellung im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO nicht mehr auf die 10%-Grenze an.
- Ein Gesamtüberblick ist nur dann zu verlangen, wenn es darum geht, von der Liquidität auf die Zahlungsunfähigkeit zu schließen (vgl. Schäfer, in Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 2014, Rz F 62). Nur dann bedarf es einer Beurteilung der sogenannten 10%-Grenze.

Vorliegend kommt hinzu, dass bei institutionellen Gläubigern, wie dem Finanzamt, der erforderliche Gesamtüberblick sogar zu bejahen ist (vgl. MünchKomm-Kayser, InsO, 3. Auflage 2013, § 130 Rz 35).

- Ein Sanierungskonzept liegt nur dann vor, wenn es mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und eine ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt (vgl. BGH ZIP 2016, 173).

9. Die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts.

Änderung der Insolvenzordnung

Die Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866), die zuletzt durch Artikel 8 Absatz 3 des Gesetzes vom 17. Juli 2015 (BGBl. I S. 1245) geändert worden ist, wird mit Wirkung zum 05.04.2017 wie folgt geändert:

1. § 14 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) Satz 2 wird wie folgt gefasst:

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

b) Satz 3 wird aufgehoben.

2. § 131 wird wie folgt geändert:

a) Dem Absatz 1 wird folgender Satz angefügt:

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

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

3. § 133 wird wie folgt geändert:

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

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

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

b) Der bisherige Absatz 2 wird Absatz 4.

4. § 142 wird wie folgt gefasst:

„§ 142

Bargeschäft

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

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

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

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

10. Zur Kenntnis des Gläubigers von der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners

Urteil des BGH vom 04.05.2017 – IX ZR 285/16

InsO § 133 Abs. 1 Satz 2

Tauscht der zahlungsunfähige Schuldner mit einem Gläubiger in bargeschäftsähnlicher Weise Leistungen aus, kann allein aus dem Wissen des Gläubigers um die zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht auf sein Wissen von einer Gläubigerbenachteiligung geschlossen werden; ein solcher Schluss setzt das Wissen des Gläubigers voraus, dass die Belieferung des Schuldners mit gleichwertigen Waren für die übrigen Gläubiger nicht von Nutzen ist, weil der Schuldner fortlaufend unrentabel arbeitet und weitere Verluste erwirtschaftet.

FALL:

Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 05.03.2012 am 06.06.2012 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Die Schuldnerin betrieb einen Getränkehandel. Der Beklagte belieferte sie in ständiger Geschäftsbeziehung mit Getränken. Seine Forderungen zog der Beklagte zunächst mittels Lastschrift von einem Bankkonto der Schuldnerin ein. Zwischen dem 23.11.2010 und dem 03.03.2011 wurden dem Beklagten neun Lastschriften zurückgegeben. In der Folgezeit belieferte der Beklagte die Schuldnerin nur noch gegen Vorkasse. Zwischen dem 07.03.2011 und dem 31.12.2011 zahlte die Schuldnerin an den Beklagten in 47 Einzelbeträgen insgesamt € 27.748,10. Der Kläger verlangt diesen Betrag nebst Zinsen unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung vom Beklagten – letztendlich vergeblich – zurück.

- Nach der Rechtsprechung des Senats handelt **ein Schuldner**, der zahlungsunfähig ist und seine Zahlungsunfähigkeit kennt in der Regel mit Benachteiligungsvorsatz. In diesem Fall weiß er, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu

befriedigen. In den Fällen **kongruenter Leistungen** hat der Senat allerdings anerkannt, dass **der Schuldner** trotz der Indizwirkung einer erkannten Zahlungsunfähigkeit **ausnahmsweise nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt**, wenn er seine Leistungen Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt. Der subjektive Tatbestand kann hiernach nicht festgestellt werden, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit der potenziell anfechtbaren Rechtshandlung eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, **also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet**. Dem liegt zu Grunde, dass dem Gläubiger in diesem Fall in Folge des gleichwertigen Leistungsaustausches die dadurch eingetretene mittelbare Gläubigerbenachteiligung **nicht bewusst geworden sein kann**.

Dies gilt allerdings nicht, wenn der Schuldner weiß, dass er trotz Belieferung zu marktgerechten Preisen fortlaufend unrentabel arbeitet und er deshalb bei der Fortführung seines Geschäftes mittels der durch bargeschäftsähnlich erworbene Gegenstände weitere Verlust anhäuft, die die Befriedigungsaussichten der Gläubiger weiter mindern, ohne dass auf längere Sicht Aussicht auf Ausgleich besteht (vgl. BGH vom 12.02.2015 – IX ZR 180/12).

- Für die in § 133 Abs. 1 InsO **vorausgesetzte Kenntnis des Anfechtungsgegners** vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners gelten die vorstehenden Grundsätze entsprechend. Die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wird nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Dem Gläubiger kann aber auch – wie beim Schuldner - bei einem gleichwertigen Leistungsaustausch trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die gläubigerbenachteiligende Wirkung der an ihn bewirkten Leistung nicht bewusst geworden sein. **Die gesetzliche Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO greift dann nicht ein**. Denn der zweite Teil des Vermutungstatbestandes ist nicht erfüllt, wenn der Gläubiger kongruente Leistungen erbringt, die zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens unentbehrlich sind. Anders liegt es nur, wenn der Anfechtungsgegner weiß, dass der Schuldner unrentabel arbeitet und bei der Fortführung seines Geschäftes weitere Verluste erwirtschaftet.

- Bei einem bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch, der zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes des Schuldners dringend erforderlich ist, obliegt es **dem Insolvenzverwalter, darzulegen und zu beweisen**, dass der Anfechtungsgegner von der Unwirtschaftlichkeit der Geschäftsführung des Schuldners wusste und er deshalb nicht annehmen durfte, der Leistungsaustausch werde der Gläubigergesamtheit nutzen.

11. Unanfechtbarkeit der Zahlung eines Komplementärs auf Verbindlichkeiten der KG.

Urteil des BGH vom 29.10.2015 – IX ZR 123/13, ZInsO 2016, 36 ff

InsO § 134 Absatz 1; HGB § 128 Absatz 1

Leitsatz des Gerichts:

Befriedigt ein persönlich haftender Gesellschafter die Forderung eines Gläubigers gegen die Gesellschaft und erlischt dadurch die Haftungsverbindlichkeit des Gesellschafters, ist seine Leistung im Insolvenzverfahren über sein Vermögen nicht als unentgeltliche Leistung anfechtbar.

- In Zweipersonenverhältnissen ist eine Leistung unentgeltlich, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Leistung gegenübersteht, dem Leistenden also keine dem von ihm aufgegebenen Vermögenswert entsprechende Gegenleistung zufließen soll – maßgeblich ist also das Kausalgeschäft.
- In Dreipersonenverhältnissen verschiebt sich die Perspektive mangels Kausalgeschäfts zwischen Leistendem und Leistungsempfänger zum „Vermögensopfer“ beim Leistungsempfänger durch das Erlöschen der Forderung des Leistungsempfängers gegen den Forderungsschuldner.

War diese Forderung zum Zeitpunkt der Zahlung werthaltig, so erfolgte die Zahlung entgeltlich – war diese Forderung im Zeitpunkt der Zahlung dagegen nicht werthaltig, so erfolgte die Zahlung unentgeltlich.

- Als Komplementärin haftete die Schuldnerin nach §§ 161 Absatz 2, 128 Satz 1 HGB persönlich und unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der KG. Ihre darauf resultierenden Verbindlichkeiten waren von denjenigen der KG verschieden. Es handelt sich um eine gesetzliche, primäre, zur Schuld der Gesellschaft akzessorische Haftung.

- Zahlt die Schuldnerin, wovon die Beklagte mangels einer abweichenden Tilgungsbestimmung (§ 366 Absatz 1 BGB) der Schuldnerin im Zweifel ausgehen musste, auf ihre Haftungsverbindlichkeit, erlosch diese. Die Zahlung stellt sich dann als eine entgeltliche Leistung im Zweipersonenverhältnis dar.
- Die Leistungen der Schuldnerin waren aber auch dann entgeltlich, wenn sie nicht auf ihre Haftungsverbindlichkeit, sondern auf die Verbindlichkeiten der KG zahlte. Es handelte sich dann um Leistungen in einem Dreipersonenverhältnis.

Mit der Erfüllung der Forderungen der Beklagten gegen die KG erlosch aber auch die darauf bezogene akzessorische Haftungsverbindlichkeit der Schuldnerin. Im Freiwerden von dieser Schuld liegt der Ausgleich im Verhältnis zwischen der Beklagten und der Schuldnerin, der die Anwendung von § 134 InsO ausschließt.

- In entsprechender Wertung hat der Senat bereits die Leistung desjenigen, der einer Schuld beigetreten ist und an den Gläubiger des insolventen Forderungsschuldners zahlt, als entgeltlich beurteilt, weil mit der Leistung auch die eigene Verpflichtung des Leistenden gegenüber dem Gläubiger aus dem Schuldbeitritt erlischt (vgl. BGH vom 03.03.2005 – IX ZR 441/00, ZinsO 2005, 431). Nichts anderes kann gelten, wenn auf Grund der Drittzahlung der Haftungsanspruch des Gläubigers aus §§ 161 Absatz 2, 128 Satz 1 HGB erlischt.
- Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Anspruch der Beklagten gegen die persönlich haftende Gesellschafterin aus §§ 161 Absatz 2, 128 Satz 1 HGB Aussicht auf Befriedigung bot und deshalb werthaltig war.

Bringt die Leistung der KG nämlich diesen Haftungsanspruch zum Erlöschen, sei es auch nur als Folge der Akzessorietät zu der getilgten Verbindlichkeit eines Dritten, dann liegt bereits darin die ausgleichende Gegenleistung des Empfängers, die es rechtfertigt, die empfangene Leistung in seinem Verhältnis zum Leistenden als entgeltlich zu beurteilen, gleichviel ob der Anspruch gegen den Leistenden im Voraus werthaltig erscheint, oder nicht.

12. Gesellschafterdarlehn: Insolvenzanfechtung der Rückgewähr binnen eines Jahres vor Insolvenzantrag ohne Krise der GmbH.

Beschluss des BGH vom 30.04.2015 – IX ZR 196/13, GmbHR 2015, 704

InsO § 135 Absatz 2 Nr. 2 und Absatz 2

Die Insolvenzanfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehns binnen eines Jahres vor Stellung eines Insolvenzantrages setzt keine Krise der Gesellschaft voraus. Entsprechendes gilt für die Rückgewähr eines durch den Gesellschafter abgesicherten Kredits.

- Der BGH hebt noch einmal ausdrücklich hervor, dass das Merkmal der Krise bei der Beurteilung der Rechtsbeziehung zwischen Gesellschafter und Gesellschaft ausgedient hat. Will der Gesellschafter Tilgungsleistungen auf ein von ihm gewährtes Darlehn endgültig behalten, so hat er dafür zu sorgen, dass die Tilgung mehr als ein Jahr vor der Stellung eines Eröffnungsantrages erfolgt.

Wie immer bei Fristen kommt es dabei nicht auf die Dauer der Frist, sondern auf Ihren Beginn bzw. ihr Ende an. So mag sich der ein oder andere Gesellschafter in der Versuchung sehen, dem Geschäftsführer seiner Gesellschaft nahe zu legen, einen Eröffnungsantrag erst dann zu stellen, wenn der 12-Monats-Zeitraum überschritten ist. Auch unter diesem Gesichtspunkt ist daher die Frage von Karsten Schmidt, GmbHR 2008, 449 ff, ob die GmbH-Reform durch das MoMiG auf Kosten des Geschäftsführers geht, nicht von der Hand zu weisen.

13. Praxisgerechte Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG

1. Normzweck des § 64 Satz 1 GmbHG.

§ 64 Satz 1 und 2 GmbHG verpflichten den Geschäftsführer zur Erstattung aller pflichtwidrigen, das heißt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns unvereinbaren Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder Feststellung Ihrer Über-schuldung. Erfasst sind auch Zahlungen während der 3 Wochenfrist des § 15 a InsO (vgl. instruktiv: Schmidt/Poertzgen, NZI 2013, 369). Die Norm bezweckt die Erhaltung des verteilungsfähigen Gesellschafts- vermögens in der Zeit zwischen dem Eintritt der Insolvenz und dem Verlust der Verfügungsbefugnis, mithin bereits im Vorfeld der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

2. Verbot der Masseschmälerung.

Der Tatbestand des § 64 Satz 1 GmbHG setzt zunächst „Zahlungen“ des Geschäftsführers - oder eines gleichgestellten Adressaten - aus dem Gesellschaftsvermögen voraus, wobei der Zahlungsbegriff unter Berücksichtigung des Normzwecks des § 64 Satz 1 GmbHG nach überwiegender Ansicht weit auszulegen ist (vgl. Kleindiek in: Luther/Hommelhoff, GmbHG, 18. Auflage 2012, § 64 Rz 7). § 64 Satz 1 GmbHG umfasst über reine Geldzahlungen hinaus somit auch sonstige masseschmälernde Leistungen, etwa die Erbringung von Dienst-leistungen oder die Lieferung von Waren.

Haftungs begründende Voraussetzung ist jedoch stets, dass die zu Lasten der Gläubigermehrheit verursachte Schmälerung des Gesellschaftsvermögens durch den Geschäftsführer **veranlasst worden ist**, ihm also zurechenbar ist (vgl. OLG München, NZI 2013, 317).

- a) Die Fallgruppen der „Gesamtschau“ miteinander zusammen-hängender Rechtshandlungen und der „Berücksichtigung von Vorteilen“ sind Ausprägung dieser wirtschaftlichen Betrachtungs-weise (vgl. hierzu Haas in:

Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Auflage 2013, § 64 Rz 70 ff). Ergibt die Gesamtschau beispielsweise, dass in Folge der Zahlung durch den Geschäftsführer nur ein Gläubiger gegen einen anderen oder ein Zugriffsobjekt gegen ein anderes ausgetauscht wurde, liegt keine Gläubigerbenachteiligung vor mit der Folge, dass eine Haftung entfällt.

- b) Hat die Gesellschaft unmittelbar für die Zahlung respektive Weggabe des Vermögensgegenstandes eine gleichwertige Gegenleistung erhalten, greift die Masseschmälerungshaftung ebenfalls nicht Platz (vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck, § 64 Rz 70).

3. Privilegierte Zahlungen im Sinne von § 64 Satz 2 GmbHG.

Die Ersatzpflicht des Geschäftsführers tritt nicht ein bei Zahlungen bzw. sonstigen Masseschmälerungen, die auch nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind (vgl. Schmidt/Pörtzgen, NZI 2013, 369, 373). Der Geschäftsführer ist in soweit darlegungs- und beweisbelastet.

- a) Nach § 64 Satz 2 GmbHG werden Zahlungen und andere Vermögensabflüsse privilegiert, die etwa auch von einem rechtzeitig eingesetzten (vorläufigen) Insolvenzverwalter geleistet würden oder durch die - aus der ex ante Sicht - größere Nachteile für die Masse abgewendet werden, als wenn der Geschäftsführer sich unreflektiert an das Zahlungsverbot halten würde (vgl. Götte, ZinsO 2005, 1, 5 und BGH NZI 2001, 196).
- b) Privilegiert sind in gewissem - engen - Rahmen Masseminderungen auf Grund der Ergreifung (aussichtsreicher) Maßnahmen zur Sanierung des Unternehmens bzw. zur Sicherung von Vermögenswerten, sofern diese unabdingbar erscheinen, um den Geschäftsbetrieb jedenfalls für die Zwecke des Insolvenzverfahrens aufrecht zu erhalten und eine Vorwegnahme der Entscheidung über die Fortführung des Betriebes, die in einem später eröffneten Insolvenzverfahren der Gläubigerversammlung obliegt, zu verhindern (vgl. Schmidt/Pörtzgen, NZI 2013, 369, 372).

- c) Zur Erhaltung von Sanierungschancen dient regelmäßig die Begleichung laufender Wasser-, Strom-, Heiz-, Lohn-, Miet- oder Steuerschulden bzw. Löhnen zur Aufrechterhaltung des Betriebes (vgl. Haas in: Baumbach/Hueck, § 64 Rz 73). Ebenfalls als sorgfaltsgemäß dürften solche Zahlungen anzusehen sein, die in Folge einer Fortsetzung der werbenden Tätigkeit letztlich zu einer Massemehrung geführt haben.
- d) Pflichtenkollision.

Ein Geschäftsführer unterliegt insbesondere in der Krise der Gesellschaft verschiedenen Handlungspflichten und Interessen, die im Zweifel nicht deckungsgleich sind. So muss der Geschäftsführer seinen gesetzlichen Verpflichtungen, insbesondere nach § 30 Absatz 1 Nummer 1 GmbHG (Pflicht zur Stammkapitalerhaltung; Auszahlungsverbot), § 43 Absatz 1 (Generalklausel; Sorgfalts- und Haftungsmaßstab), § 64 Satz 1 (Verbot der Masseschmälerung nach Insolvenzverfahrensreife), Satz 3 GmbHG (Verbot der Insolvenzverursachung) etc. sowie § 15 a Absatz 1 Nummer 1 InsO (Pflicht zur Insolvenzantragsstellung) nachkommen.

Der BGH hat dieses Dilemma von gleichzeitig bestehenden Pflichten, dem sich ein Geschäftsführer ausgesetzt sehen kann - beispielsweise Haftung bei Nichtzahlung (Zahlungsverbot) und Strafbarkeit auf der einen und Haftung auf Schadenersatz bei Zahlung (Zahlungsverbot) auf der anderen Seite, im Rahmen des pflichtgemäßen Verhaltens gemäß § 64 Satz 2 GmbHG aufgelöst. Das bedeutet, dass ein pflichtgemäßes Verhalten dann vorliegt, wenn der Geschäftsführer Zahlungen vorgenommen hat, die der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes entsprechen. Dies hat der BGH im Leitsatz des Urteils vom 14.05.2007 (BGH in NZI 2007, 477) klar zum Ausdruck gebracht:

Ein Geschäftsführer, der strafbewährten Normbefehlen folgt, handelt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns im Sinne von § 64 Satz 2 GmbHG. Eine Haftung gemäß § 64 Satz 1 GmbHG für auf Grund von solchen Vorgaben geleistete Zahlungen kommt nicht in Betracht.

Die Haftung nach § 64 Satz 1 GmbHG ist dann ausgeschlossen, wenn der Geschäftsführer durch die Nichtzahlung höherrangige Pflichten verletzt, sich insbesondere der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung aussetzen würde (BGH NZI 2008, 509). Der BGH hat hier insbesondere steuer- und sozialrechtliche Pflichten, die bei einer Nichtzahlung die persönliche Inanspruchnahme des Geschäftsführers nach sich ziehen würden, hinter die Massesicherungspflicht als Normbefehl des § 64 Satz 1 GmbHG zurücktreten lassen (BGH NZI 2010, 235). So ausdrücklich etwa die Haftung nach § 266 a StGB wegen Nichtabführens des Arbeitnehmeranteils zur Sozialversicherung sowie die Haftung wegen Verletzung steuerlicher Pflichten.

e) (vgl. auch b) + c)) Zahlungen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs sind gerechtfertigt, wenn innerhalb der 3 Wochenfrist des § 15 a InsO ernsthafte Sanierungschancen bestehen oder die einstweilige Weiterführung des Unternehmens gegenüber der sofortigen Stilllegung für die Masse günstiger ist (vgl. Haas in: Baumbach/Hueck, § 64 Rz 73). Maßstab ist hierbei grundsätzlich, welche Ausgaben ein besonnener vorläufiger Insolvenzverwalter tätigen würde.

Es müssen daher Zahlungen an wichtige Lieferanten erlaubt sein, um diese dazu zu bewegen, der Gesellschaft weiterhin Leistungen oder Waren zur Verfügung zu stellen, die für den Weiterbetrieb des Unternehmens dringend erforderlich sind. Entscheidend ist, ob die Zahlungen aus der ex ante Betrachtung eines ordentlichen Geschäftsleiters im wohlverstandenen Interesse der Gläubiger-gemeinschaft liegen; ob dies - aus ex post Sicht - letztendlich zutrifft, ist hingegen gleichgültig (vgl. Haas, in: Baumbach/Hueck, § 63 Rz 72). Damit dürften unter der Prämisse, dass realistische Sanierungschancen noch bestehen, Altverbindlichkeit innerhalb der 3 Wochenfrist des § 15 a InsO gezahlt werden dürfen.

14. Keine Haftung wegen Zahlung nach Insolvenzreife bei unmittelbarem Ausgleich der Masseschmälerung.

Urteil des BGH vom 18.11.2014 – II. ZR 231/13, ZIP 2015, 71

HGB §§ 130 a Absatz 1, 177 a Satz 1

Leitsätze des Gerichts:

1. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird.
 2. Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorhanden sein. Maßgeblich für die Bewertung ist der Zeitpunkt, in dem die Massekürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird.
- Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife nach § 130 a Absatz 1 i.V.m. § 177 a Satz 1 HGB entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr wieder ausgeglichen wird. Da der „Schaden“ bereits in dem Abfluss von Mitteln aus der im Stadium der Insolvenzreife der Gesellschaft zu Gunsten der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhaltenden Vermögensmasse liegt, ist nicht jeder beliebige weitere Massezufluss als Ausgleich der Masseschmälerung zu berücksichtigen. Vielmehr ist ein unmittelbarer Zusammenhang mit der Zahlung erforderlich, damit der Massezufluss der Masseschmälerung zugeordnet werden kann.
- Dagegen ist es nach dem Zweck der Vorschrift nicht erforderlich, dass der Gegenstand des Massezuflusses auch bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch vorhanden ist. An früherer Rechtsprechung (vgl. BGH ZIP 2010, 2400 – Fleischgroßhandel; BGH ZIP 2003, 1005, 1006; BGH vom 11.09.2000, ZIP 2000, 1896, 1897) **hält der Senat nicht mehr fest.**

- Maßgeblich für die Bewertung ist der Zeitpunkt, in dem die Massekürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird und nicht der Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung. Die Massekürzung ist ausgeglichen und die Haftung des Organs für die masseverkürzende Leistung entfällt, sobald und soweit ein ausgleichender Wert endgültig in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist.
- Eine dem Gesellschaftsorgan nicht zurechenbare, insbesondere zufällige Verschlechterung des Gegenstandes bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällt nicht unter den Schutzzweck des § 130 a Absatz 1 HGB. Das Organ ist nach dieser Vorschrift nicht für jede Massekürzung verantwortlich. § 130 a Absatz 1 HGB schützt nur vor Masseschmälerungen, die das Organ veranlasst hat und erfasst nicht jeden Schaden, der durch die Insolvenzverschleppung entsteht. Für Insolvenzverschleppungsschäden, die nicht in einer Masseschmälerung durch Zahlung bestehen, haftet das Organ nach § 15 a Absatz 1 i.V.m. § 823 Absatz 2 BGB.

15. Keine Haftungsminderung des organschaftlichen Vertreters auf Grund erfolgreicher Anfechtung.

Urteil des BGH vom 03.06.2014 – II ZR 100/13, ZInsO 2014, 1615 ff.

HGB a.F. § 130 a Absatz 3

Leitsatz des Gerichts:

Die erfolgreiche Anfechtung der von einem debitorischen Konto geleisteten Zahlungen an Gläubiger der Schuldnerin durch den Insolvenzverwalter ist bei einer Haftung des organschaftlichen Vertreters für Zahlungen auf das debitorische Konto nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen.

- Zwar kommt die erfolgreiche Ausübung des Anfechtungsrechts dem nach § 130 a Absatz 3 Satz 1 HGB a.F. haftenden organschaftlichen Vertreter zu Gute, wenn die haftungsbegründende masseschmälernde Leistung, etwa eine Zahlung an einen Gläubiger der Schuldnerin, dadurch ausgeglichen wird (vgl. BGH Z 131, 325, 327), vorliegend haftet der Beklagte Geschäftsführer aber für Zahlungseingänge auf das debitorische Konto.
- Mit der Zahlung auf ein debitorisches Konto liegt eine masseschmälernde Leistung an die kontoführende Bank vor, weil das Debet vermindert wird (vgl. BGH Z 143, 184, 187 f). Demgegenüber liegt bei Zahlungen von einem debitorischen Konto keine masseschmälernde Leistung vor, wenn die Bank über keine freien Gesellschaftssicherheiten verfügt (vgl. BGH Z 143, 184, 187 f).

16. Zur Haftung des Geschäftsführers wegen Einzugs sicherungsabgetretener Forderungen auf debitorischem Konto.

Urteil des BGH vom 23.06.2015 – II ZR 366/13, ZIP 2015, 1480

GmbHG § 64

Leitsätze des Gerichts:

1. Der Einzug von Forderungen, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem debitorischem Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo ist grundsätzlich keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung im Sinne von § 64 GmbH, wenn vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart und die Forderung der Gesellschaft entstanden und werthaltig geworden ist.
 2. Eine Zahlung kann auch ausscheiden, soweit in Folge der Verminderung des Debetsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei werden.
- Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Einzug von Forderungen einer insolvenzreifen GmbH auf ein debitorisches Konto grundsätzlich eine masseschmälernde Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG ist, weil dadurch das Aktivvermögen der Gesellschaft zu Gunsten der Bank geschmälert wird.
- Der Einzug von Forderungen, die an die Bank zur Sicherheit abgetreten waren, auf einem debitorischen Konto der GmbH und die anschließende Verrechnung mit dem Sollsaldo stellen aber dann keine vom Geschäftsführer einer GmbH veranlasste masseschmälernde Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG dar, wenn
- vor Insolvenzreife die Sicherungsabtretung vereinbart wurde **und**
 - die Forderung der Gesellschaft vor Insolvenzreife entstanden und auch werthaltig geworden ist.

- Die Verrechnung des in Folge der Einzahlung auf dem Konto gutgeschriebenen Betrages schmälert die Masse nicht, weil die zur Sicherheit an die Bank abgetretene und eingezogene Forderung den Gläubigern nicht zur Verwertung zur Verfügung steht und der Geschäftsführer die Verwertung zu Gunsten der Bank als ordentlicher Geschäftsmann nicht verhindern muss.
- Besteht keine Globalzession zu Gunsten der Bank, muss der Geschäftsführer einer GmbH nach der Rechtsprechung des BGH allerdings dafür Sorge tragen, dass Schuldner nicht auf ein debitorisches Konto einzahlen und obliegt es ihm, eine Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG an die Bank etwa durch Eröffnung eines kreditorisch geführten Bankkontos oder Vereinbarung von Barzahlung zu vermeiden.
- Eine masseschmälernde Leistung durch Zahlung auf ein debitorisches Bankkonto liegt aber dann vor, wenn die zur Sicherheit abgetretene Forderung erst nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden ist, oder zwar vor Eintritt der Insolvenzreife entstanden, aber erst danach werthaltig geworden ist und der Geschäftsführer dies verhindern konnte.
- Eine Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG kann aber dann ausscheiden, soweit in Folge der Verminderung des Debitsaldos durch die Einziehung und Verrechnung einer Forderung weitere sicherungsabgetretene Forderungen frei geworden sind. Auf das Freiwerden von solchen Sicherheiten hatte sich der Beklagte im Prozess aber nicht berufen.

17. Zur Masseschmälerung bei Einziehung einer erst nach Insolvenzreife entstandenen, zur Sicherheit an die Bank abgetretenen Forderung auf debitorisches Konto.

Urteil des BGH vom 08.12.2015 – II ZR 68/14, ZIP 2016, 364

GmbHG § 64 Satz 1

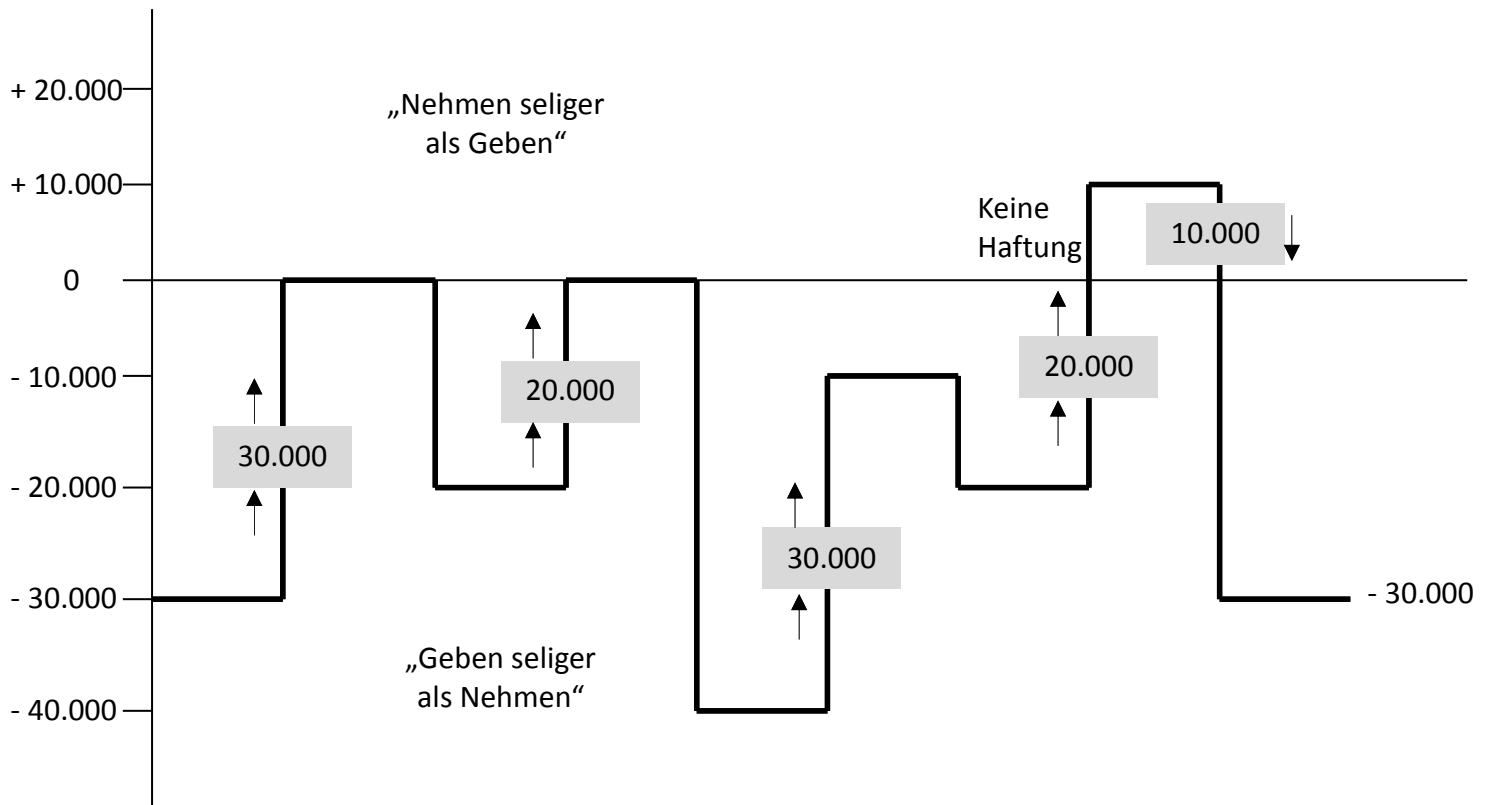
Leitsatz des Gerichts:

Wird auf ein debitorisches Konto einer GmbH eine zur Sicherheit an die Bank abgetretene Forderung eingezogen, die erst nach Insolvenzreife entstanden oder werthaltig geworden ist, kann es an einer masseschmälernden Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG gleichwohl fehlen, wenn die als Gegenleistung an den Forderungsschuldner gelieferte Ware im Sicherheitseigentum der Bank stand.

- Das Berufungsgericht wird zu prüfen haben, ob Zahlungen auf das Kontokorrentkonto als Gegenleistung für die Lieferung von Waren geleistet wurden, an denen die Volksbank auf Grund der Vereinbarung vom 09.06.2009 Sicherheitseigentum erworben hatte. In diesem Fall wäre in Höhe des Wertes der Warenlieferung eine Masseschmälerung auch dann zu verneinen, wenn die – auf Grund der Globalzession an die Volksbank zur Sicherheit abgetretene – Kaufpreisforderung erst nach Eintritt der Insolvenzreife entstanden bzw. werthaltig geworden ist.
- Wegen des nach § 51 Nr.1 InsO bestehenden Absonderungsrechts des Sicherungsnehmers stehen zur Sicherheit übereignete bewegliche Sachen, nicht anders als zur Sicherheit abgetretene Forderungen, der Gläubigergesamtheit nicht als freie Masse zur gleichmäßigen Befriedigung zur Verfügung.
- Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die auf das Kontokorrentkonto eingezogenen Forderungen von der Globalzession erfasst und vor dem – vom Insolvenzverwalter zu beweisenden – Eintritt der Insolvenzreife entstanden bzw. werthaltig gemacht worden sind, liegt bei dem beklagten Geschäftsführer. Das gleiche

gilt hinsichtlich der Frage, ob nach Insolvenzreife entstandene bzw. werthaltig gemachte Forderungen der Schuldnerin aus der Veräußerung von zur Sicherheit übereigneten Waren herrühren.

18. Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 GmbHG (Schaubild)



frei nach Karsten Schmidt, ZIP 2008, 1401

19. Masseschmälerung gemäß § 142 InsO analog –Geschäftsführerhaftung

Urteil des OLG Düsseldorf vom 01.10.2015 – I – 6 U 169/14, NZI 2016, 642

InsO §§ 15a, 142 analog; GmbHG § 64; BGB § 823 Abs. 2; § ZPO 531 Abs. 2 Nr. 1

Leitsätze des Gerichts:

1. Analog § 142 InsO wirkt sich eine vom Geschäftsführer veranlasste Zahlung dann nicht im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG masseschmälernd aus, wenn der Gesellschaft bei wirtschaftlicher Betrachtung im unmittelbaren Zusammenhang mit dieser Zahlung eine mindestens gleichwertige Gegenleistung zufließt, **unabhängig davon, ob mit dieser Gegenleistung ein dem unmittelbaren Gläubigerzugriff unterliegender Gegenstand zugeführt wird, oder nicht.** Dementsprechend wirken sich wiederkehrende Zahlungen der Gesellschaft für von ihr fortlaufend bezogene Versorgungsdienstleistungen nicht im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG masseschmälernd aus.
2. Um Wertungswidersprüche zum Recht der Insolvenzanfechtung zu vermeiden, wirken sich auch die vom Geschäftsführer veranlassten Vergütungszahlungen nicht im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG masseschmälernd aus, wenn mit ihnen Arbeitsleistungen abgegolten werden, die der Gesellschaft in **den letzten 3 Monaten** erbracht worden sind.

- Eine masseschmälernde Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG liegt dann nicht vor, wenn und sobald im „unmittelbaren Zusammenhang“ mit dieser Zahlung ein Gegenwert in das Gesellschaftsvermögen endgültig gelangt, der die mit der Zahlung bewirkte Masseschmälerung ausgleicht, ohne dass es darüber hinaus erforderlich ist, dass dieser Gegenwert bis zur Insolvenzeröffnung in dem Gesellschaftsvermögen verbleibt.
- Der Senat hält es für sachgerecht, unter Rückgriff auf die Wertungen des Anfechtungsrechts als eine Fallgruppe des von der vorgenannten Entscheidung

verlangten „unmittelbaren Zusammenhangs“ zwischen Leistung und Gegenleistung Bargeschäfte analog § 142 InsO anzuerkennen, ohne zusätzlich zu verlangen, dass der Gesellschaft ein unmittelbar dem Gläubigerzugriff unterliegender Gegenstand zugeführt wird.

- Ausgehend hiervon werden die erforderliche Werthaltigkeit der Gegenleistung und ihr unmittelbarer Zusammenhang mit der Zahlung des Schuldners gewahrt, wenn der Schuldner für von ihm bezogene Versorgungsleistungen wiederkehrende Zahlungen erbringt, da bei lebensnaher Betrachtungsweise die dadurch bewirkten Masseschmälerungen unmittelbar durch den gleichwertigen Bezug von Energie, Wasser und Kaffeeautomatenservice sowie Dienstleistungen der Telekommunikation, des Internets und des Kabelfernsehn ausgeglichen worden sind.

Das OLG Düsseldorf verzichtet also auf die Möglichkeit eines tatsächlichen Gläubigerzugriffs auf denjenigen Gegenstand, der für die dem Geschäftsführer vorgeworfenen Zahlung in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist.

- Aus meiner Sicht ist dieses Konstrukt gar nicht notwendig, sondern ist wie folgt zu verfahren:

Liegt eine dem Gläubigerzugriff unterliegende Gegenleistung vor, kann bereits eine Zahlung im Sinne von § 64 Satz 1 GmbHG nach den Grundsätzen des anfechtungsrechtlichen Bargeschäfts (§ 142 InsO) ausscheiden. Liegt dagegen eine sonstige Gegenleistung vor, kommt es für die Frage der persönlichen Haftung des Organvertreters darauf an, ob die Bezahlung der Gegenleistung unter die Rechtfertigungsklausel (§ 64 Satz 2 GmbHG) subsummiert werden kann.

Der BGH wird im Revisionsverfahren zum Aktenzeichen II ZR 319/15 hierauf sicherlich eine Antwort finden.

20. Berücksichtigung von Gegenleistungen im Rahmen des § 64 Satz 1 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 1 AktG, § 99 Satz GenG und § 130 a Abs. 1 Satz 1 HGB

1. Neuere Rechtsprechung des II Zivilsenats des BGH (vgl. vorstehend erläuterte Urteile)

- Notwendigkeit wirtschaftlicher Zuordnung von Leistung und Gegenleistung.
- Beachtlichkeit bei unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang.
- Ausgleichende Gegenleistung muss nicht bis zur Verfahrenseröffnung erhalten bleiben (Inanspruchnahme eines Kontokorrents).

2. Anforderungen entsprechen in gewissem Grade einem Bargeschäft gemäß 142 InsO.

- Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Zuordnung bei Vertrag gegeben.

Austausch in Dreiecksbeziehung kann genügen:

- Leistungen unter Einsatz eines Leistungsmittlers sind grundsätzlich inkongruent.
 - Allerdings kann dreiseitiges Zuwendungsverhältnis wirksam von den Beteiligten vereinbart werden.
 - Vertragsabrede muss vor Beginn des Leistungsaustauschs getroffen werden (BGH Z 208, 243 Rz 20).
- Unmittelbarer Zusammenhang:
- Wahrung des zeitlichen Zusammenhangs entsprechend § 286 Abs. 3 BGB bei Leistungsaustausch in 30 Tagen (BGH Z 202, 59 R 31f).
 - Leistung des Schuldners nach Eintritt der Krise (§ 130 InsO, § 64 GmbHG).
 - Gegenleistung kann vor oder nach Beginn der Krise erbracht werden (BGH WM 1984, 1430).
 - Ohne Bedeutung, welcher Teil vorleistet (BGH Z 150, 122,131).

– Wertäquivalenz:

- Kein Gläubigerzugriff notwendig.
- Zeitpunkt des Leistungsaustauschs entscheidend. Späterer Wertverlust und Unverkäuflichkeit ist bedeutungslos. Gleiches gilt für Diebstahl.
- Angemessene Lohn- und Mietzahlungen genießen unabhängig von Wertschöpfung Bargeschäftsprivileg.
- Ausgaben für Geschäftsessen und Luxusfahrzeug als Baraustausch.
- Nützlichkeit des Geschäfts nur bei § 133 Abs. 1 InsO gefordert (BGH WM 2015, 591 Rz 24).
- Mögliche Ersatzansprüche aus § 43 GmbHG bei zweckwidriger Verwendung von Gesellschaftsmitteln.

21. Auswirkungen eines Britischen Austritts aus der Europäischen Union auf die in Deutschland tätigen Limiteds.

Premierministerin Theresa May hat angekündigt, spätestens im März 2017 die Austrittsabsicht Großbritanniens formell nach Art. 50 Abs. 2 Satz 1 EUV anzuzeigen. Wenn die nun folgenden Verhandlungen kein Ergebnis bringen, tritt das EU-Recht für Großbritannien außer Kraft. Dies hätte erhebliche Auswirkungen auf die in Deutschland tätigen englischen Limiteds, von denen es nach wie vor mehrere Tausend gibt. Wenn alle aktuellen gesetzlichen Regelungen so bleiben, wie sie sind, gilt Folgendes:

1. Zwar gibt es kein europäisches Gesellschaftsrecht, nach der Rechtsprechung des EUGH ergibt sich jedoch aus der durch Art. 49, 54 AEUV verbürgten Niederlassungsfreiheit die Pflicht, Gesellschaften aus allen Mitgliedsstaaten in der gesamten europäischen Union anzuerkennen, auch wenn sie ihren tatsächlichen Sitz in ein anderes Mitgliedsland verlegen.
 - Daher ist auf diese Gesellschaften **die Gründungstheorie** anzuwenden, wenn deren Heimatrecht eine Sitzverlegung in Ausland zulässt.
 - In Deutschland gilt gewohnheitsrechtlich **die Sitztheorie**, nach der auf eine Gesellschaft das Recht **ihres tatsächlichen Verwaltungssitzes** anzuwenden ist. Daran ist trotz der daraus folgenden Divergenz für EU-Auslandsgesellschaften und Drittauslandsgesellschaften festzuhalten (vgl. BGH vom 27.10.2009 (Trabrennbahn), BGH Z 178,192).
2. Befindet sich nicht nur der Satzungssitz, sondern auch der tatsächliche Verwaltungssitz der Limited in Großbritannien, ist auf diese auch nach der Sitztheorie englisches Recht anzuwenden. Solche Gesellschaften hätten nach dem Brexit lediglich gemäß § 13 e Abs. 2 Satz 4 Nummer 4 HGB zusätzlich dem Handelsregister ihrer Zweigniederlassung anzumelden, dass auf sie englisches Recht anzuwenden ist. Die Registergerichte haben bei solchen Anmeldungen amtswegig zu prüfen, ob diese

Voraussetzungen tatsächlich auch vorliegen oder nur eine sogenannte „Scheinauslands-Limited“ vorliegt.

3. Hat die Limited nur ihren Satzungssitz in Großbritannien, den tatsächlichen Verwaltungssitz aber in Deutschland, findet ein Statutenwechsel statt. **Sobald das europäische Gemeinschaftsrecht gemäß Art. 50 Abs. 3 EUV für Großbritannien außer Kraft tritt, stehen den Limiteds die Grundfreiheiten der Art. 49,54 AEUV nicht mehr zu.** Ob auf sie englisches oder deutsches Recht anzuwenden ist, bestimmt sich dann **automatisch** nicht mehr nach der Gründungs- sondern nach der Sitztheorie (vgl. Seggewiße/Dr. Weber in GmbH R 24/2016, 1302 re.Sp. und 1303 li.Sp. oben).
4. Wegen des Statutenwechsels wird eine Scheinauslands-Limited entweder zu einer OHG oder zu einer GbR, wenn sie mehrere Gesellschafter hat. Sie verliert in Deutschland in diesem Augenblick ihre Rechtsfähigkeit als Gesellschaft englischen Rechts und wird gleichzeitig als deutsche Personengesellschaft wiederbegründet, die Gesamtrechtsnachfolgerin der Limited ist (vgl. Seggewiße/Dr. Weber, a.a.O.).

Durch die Gesamtrechtsnachfolge gehen alle Rechte und Pflichten auf die neue OHG/GbR bzw. den Alleingesellschafter als Einzelkaufmann über. Der Gesamtrechtsnachfolger haftet für die Verbindlichkeiten der Limited aber nur mit dem ihm zugefallenen Gesellschaftsvermögen und ist – da § 419 BGB a.F. nicht mehr in Kraft ist – nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung in jenes Vermögen verpflichtet.

Allerdings müssen die Gesellschafter die Liquidation der Personengesellschaft einleiten, um diese Haftungsbeschränkung behalten zu können. **Ansonsten haftet die OHG nach den Grundsätzen des § 25 Abs. 1 HGB auch für die Altverbindlichkeiten der Limited** (vgl. BGH vom 15.03.2004, GmbHR 2004,952). Für Verbindlichkeiten aus Arbeitsverträgen ergibt sich dies zudem aus § 613 a Abs. 1 Satz 1 BGB. Diese Haftung der Gesellschaft führt dann gemäß §§ 128, 130 HGB auch zur unbeschränkten persönlichen Haftung der Gesellschafter.

5. Wollen die Gesellschafter einer Limited ihre Geschäfte auch nach dem Austritt Großbritanniens nur mit einer Haftungsbeschränkung weiterführen, so haben sie bis zu dem in Art. 50 Abs. 3 EUV bestimmten Zeitpunkt folgende Möglichkeiten, dieses Ziel zu erreichen:

- Der tatsächliche Verwaltungssitz der Gesellschaft könnte an den Ort des Satzungssitzes verlegt werden, weil dann auch nach der Sitztheorie weiterhin englisches Recht anzuwenden wäre.
- Die Limited kann gemäß § 122 a ff UmwG auf eine neu gegründete deutsche GmbH verschmolzen werden, um die Haftungsbeschränkung zu erhalten.
- Hält man auf Grund europarechtlicher Vorgaben entgegen dem Wortlaut des § 191 UmwG auch einen Formwechsel für zulässig, wäre auch ein Formwechsel in eine GmbH denkbar.

6. Zur Limited & Co KG.

Wenn eine Limited Komplementär einer KG ist, tritt ihr Gesamtnachrechtsfolger in diese Rechtsstellung ein. Handelt es sich um eine gewerblich geprägte Limited & Co KG im Sinne von § 15 Abs. 3 Nr. 2 Satz 1 EStG, verliert diese im Augenblick des Statutenwechsels ihre gewerbliche Prägung, weil die Komplementär-Limited nach ihrem Formwechsel zur OHG oder GbR keine Kapitalgesellschaft mehr ist. **Dies führt steuerlich zur Aufgabe des Gewerbebetriebes und zur Aufdeckung aller stillen Reserven.**

- Eine Limited & Co KG kann ihre Struktur durch Neugründung einer GmbH oder UG (haftungsbeschränkt) erhalten, die der KG als persönlich haftender Gesellschafter beitrifft, während die Limited aus der Gesellschaft ausscheidet.
- Alternativ ist eine rechtzeitige Umwandlung der Komplementär-Limited oder deren rechtzeitige Sitzverlegung nach Großbritannien oder in einen anderen ausländischen Staat möglich, dessen internationales Gesellschaftsrecht der Gründungstheorie folgt.

22. BFH kassiert den „Sanierungserlass“ - was kommt nun?

Der große Senat des BFH hat mit Beschluss vom 28.11.2016 – 1 GrS 1/15 (NZI 2017,163) gesprochen und seine spektakuläre Entscheidung öffentlichkeitswirksam im Rahmen der Jahrespressekonferenz am 07.02.2017 bekannt gegeben:

Der Billigkeitserlass von Steuern auf einen Sanierungsgewinn gem. BMF-Schreiben vom 27.03.2003 (BStBl. I 2003,240), ergänzt durch das BMF-Schreiben vom 22.12.2009 (BStBl. I 2010, 18) verstößt gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung.

- Mit klaren Worten stellt der Große Senat heraus, dass es nicht Sache der Verwaltung ist, eine Maßnahme, die der Gesetzgeber abstrakt hätte treffen können, im Wege der Billigkeit anzuordnen. Eine Vorlage durch den Großen Senat an den EuGH, ob nämlich der „Sanierungserlass“ gegen das europäische Beihilfeverbot verstößt, konnte mithin unterbleiben.
- Die Rechtsfolgen dieser Entscheidung sind desaströs. Bislang stellt der Forderungsverzicht einzelner oder aller Gläubiger ein valides Mittel dar, einem Schuldner die Fortführung und Sanierung zu ermöglichen und einen potenziellen Investor zum Einstieg zu bewegen. Jedenfalls bei Schuldnern, die keinen Verlustvortrag haben, oder bei denen der Forderungsverzicht deutlich mehr als eine Million Euro beträgt, wird eine Sanierung durch einen Forderungsverzicht nur noch eingeschränkt Erfolg versprechend sein.
- Zwar soll auch zukünftig eine Einzelfallentscheidung im Wege der Billigkeitslösung (§ 163 AO) möglich sein, um dies jedoch rechtssicher vor einem Verzicht klären zu können, bedarf es einer Abstimmung mit dem jeweiligen Finanzamt, was zeitlich regelmäßig aber nicht machbar ist.
- Als Alternative verbleibt damit lediglich eine **langfristige Stundung der Forderung verbunden möglicherweise mit einer Rangrücktrittsvereinbarung**

(die natürlich den steuerlichen Voraussetzungen entsprechen muss). Die neueste Rechtsprechung des BGH vom 05.03.2015 (NZI 2015, 315) ist hierbei zu beachten.

Durch den vereinbarten Rangrücktritt wird die Zahlungsverpflichtung nach hinten verschoben und im Übrigen die Möglichkeit eingeräumt, „häppchenweise“ auf Forderungen zu verzichten und so die Besteuerung entweder ganz zu vermeiden (bei Vorhandensein entsprechender Verlustvorträge) oder erträglich zu gestalten.

- Eine weitere Alternative im eröffneten Insolvenzverfahren ist die **übertragende Sanierung**, also der Verkauf einzelner Vermögensgegenstände und/oder des (Teil-) Geschäftsbetriebes des Schuldners an eine neue Gesellschaft, da diese Maßnahme keine Auswirkungen auf den Sanierungserlass haben dürfte. Denn in diesen Fällen verzichten Gläubiger nicht auf Verbindlichkeiten.

- Eine weitere Alternative im Insolvenzplanverfahren wäre die Planregelung, dass der Insolvenzplan unter die aufschiebende Bedingung gestellt wird, dass mit dem zuständigen Finanzamt eine Einigung über den Verzicht auf die Besteuerung des Sanierungsgewinns erzielt wird (so, wie dies heute schon für die Gewerbesteuer praktiziert wird). Dies bedeutet allerdings eine deutliche Verlängerung des Prozesses der endgültigen Inkraftsetzung des Insolvenzplans.

- Da in einem Insolvenzplan sämtliche gesellschaftsrechtlichen und zivilrechtlichen Gestaltungen geregelt werden können, wäre es auch denkbar, die Gläubiger nicht auf ihre Forderungen verzichten zu lassen, sondern diese lediglich unter einen Rangrücktritt mit einer entsprechenden Stundungsabrede zu stellen. Auch hier gilt jedoch, dass die Zahlung der Schulden nur aufgeschoben und nicht aufgehoben ist – was wiederum den Eintritt eines Investors unwahrscheinlich werden lässt.

- Es kommt aber auch das sogenannte **Ausgliederungsmodell** in Betracht. Da der Asset-Deal keine Alternative in den Fällen darstellt, in denen Vertragsbeziehungen, Konzessionen, Lizenzen, Patente etc. nur mit Mitwirkung des Vertragspartners übertragbar sind und somit ein Blockadepotential dieser Vertragspartner besteht, kann in solchen Fällen das sogenannte Ausgliederungsmodell gewählt werden. Mit dem Ausgliederungsmodell wird der steuerliche Vorteil einer übertragenden Sanierung (Asset-Deal), nämlich die

Nicht-Auslösung eines Sanierungsgewinnes, mit den Vorteilen der im Rahmen von Insolvenzplänen möglichen Gesamtrechtsnachfolge kombiniert mit der Folge, dass kein Sanierungsgewinn anfällt.

Grundidee des Ausgliederungsmodells ist es, den fortführungsfähigen Teil des Unternehmens auf Grundlage eines verfahrensleitenden Insolvenzplans, der nur die Verfahrensabwicklung und nicht die Verfahrensbeendigung regelt, im Wege einer Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG aus der Insolvenzmasse herauszulösen.

Im Rahmen der Ausgliederung wird der fortführungsfähige Betrieb oder Betriebsteil bzw. werden die zur Fortführung erforderlichen Vermögensgegenstände und Vertragsbeziehungen im Wege der partiellen Gesamtrechtsnachfolge (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG gegebenenfalls i.V.m. § 135 Abs. 1 Satz 1 UmwG) gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten auf den übernehmenden Rechtsträger übertragen. Dieser übernimmt neben dem Vermögen quotal auch die zur Insolvenztabelle festgestellten Insolvenzforderungen und zwar in Höhe des Anteils der Hauptforderung, die der Quotenerwartung der Gläubiger nach den Festsetzungen der Vergleichsberechnung des Insolvenzplans entspricht. Die Verbindlichkeiten werden also in Höhe der nach dem Plan ausgelobten Insolvenzquote zur Befriedigung auf einen Dritten übertragen, der die Zahlungspflichten unter Befreiung der Insolvenzmasse übernimmt (vgl. Hölzle/Kahlert, Der sog. Sanierungserlass ist tot, es lebe die Ausgliederung, ZIP 2017, 512).

Einen über diese Quotenteilung hinausgehenden Investitionsbetrag zahlt der Investor als Kaufpreis für den Geschäftsanteil in die (zurückbleibende) Insolvenzmasse. Dort findet über das Restvermögen die insolvenzrechtliche Regelabwicklung – gegebenenfalls mit der Folge späterer Masseunzulänglichkeit – statt.

Da im Rahmen der Ausgliederung weder auf Ebene des übertragenden Rechtsträgers (Insolvenzschuldner), noch auf Ebene des übernehmenden Rechtsträgers (ausgegliederte Gesellschaft) eine Forderungsverzicht vereinbart wird, kommt es nicht zur Entstehung und damit nicht zur (Masse-) Besteuerung von Sanierungsgewinnen. In der Ausgliederung kann auch kein

Gestaltungsmisbrauch im Sinne von § 42 AO mit der Folge eines fiktiven Forderungsverzichts erblickt werden, da für die Wahl der Gestaltung außersteuerliche Gründe, nämlich die Sanierung des Unternehmens mittels Gesamtrechtsnachfolge durch Ausgliederung, um das Blockadepotential von Vertragspartnern auszuschließen, maßgeblich sind.

Haftungsrechtliche Folgen aus § 25 HGB ergeben sich ebenso wenig, wie aus § 75 AO, da beide Vorschriften auf den Erwerb vom Insolvenzverwalter keine Anwendung finden, § 75 Abs. 2 AO sowie BGH vom 23.10.2013, ZIP 2014, 29. Auch die fünfjährige Nachhaftung aus § 133 UmwG, wonach die an der Ausgliederung beteiligten Rechtsträger gesamtschuldnerisch für die im Zeitpunkt der Ausgliederung begründeten Verbindlichkeiten haften, besteht nicht, da die Gläubiger auf diesen Schutz verzichtet haben. Denn es sind die Gläubiger selbst, die die Spaltung beschließen, da der Insolvenzplan auf Grundlage des Gläubigerwillens (§§ 244 f InsO) zu Stande kommt. Zudem ergibt sich der zwingende Ausschluss der Anwendbarkeit des § 133 UmwG aus §§ 89,91 InsO, wonach Vollstreckungen für Insolvenzgläubiger in die Insolvenzmasse untersagt und ein Rechtserwerb an Gegenständen der Masse unwirksam ist, sowie aus den §§ 187 ff InsO, wonach die Befriedigung der Insolvenzgläubiger wegen ihrer Insolvenzforderungen nach Verwertung der Insolvenzmasse ausschließlich auf Grundlage des Verteilungsverzeichnisses erfolgt.

Der Gesetzgeber hat erfreulicherweise bereits reagiert und die Einführung eines neuen Paragraph 3 a EStG vorgeschlagen, damit der Bundestag noch vor den Wahlen darüber abstimmen kann (BR-Drucks. 59/1/17 vom 27.02.2017). Mit einer schnellen Lösung für die Praxis ist allerdings selbst dann nicht zu rechnen, wenn der Bundestag den Gesetzentwurf zügig verabschieden sollte, da die Neuregelung erst in Kraft treten kann, wenn die europäische Kommission die hierzu erforderliche beihilferechtliche Genehmigung erteilt hat, (vgl. Art. 3 Abs. 2 des Gesetzentwurfes).

23. Wirksamkeit der insolvenzabhängigen Lösungsklausel in einem VOB-Bauvertrag.

Urteil des BGH vom 07.04.2016 – VII ZR 56/15, ZIP 2016, 981

InsO §§ 103, 119; VOB/B § 8 Abs. 2; BGB §§ 307, 632a

Leitsätze des Gerichts:

1. Die in einem Bauvertrag einbezogenen Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Alt.2 i.V.m. Nr.2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen §§ 103, 119 InsO unwirksam.
 2. Die von einem Auftraggeber in einem Bauvertrag gestellten Regelungen des § 8 Abs. 2 Nr. 1 Alt.2 i.V.m. Nr.2 VOB/B (2009) sind nicht gemäß § 307 Abs. 1, 2 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Auftragnehmers unwirksam.
- Zwar handelt es sich bei § 8 Abs. 2 Nr.1 Alt.2 VOB/B (2009) um eine insolvenzabhängige Lösungsklausel, sie ist aber trotz der Zielsetzung der InsO unter Berücksichtigung der besonderen Interessenlage der an einem Bauvertrag Beteiligten mit §§ 103, 119 InsO zu vereinbaren. Denn die Beeinträchtigung des Wahlrechts des Insolvenzverwalters ist dann nicht zu beanstanden, wenn sich die Regelung **eng an eine gesetzliche Lösungsmöglichkeit anlehnt** (vgl. BGH vom 14.12.2006, ZIP 2007, 383).
 - Vor diesem Hintergrund verstößt die Kündigungsregelung des § 8 Abs. 2 Nr.1 Alt.2 VOB/B (2009) isoliert betrachtet nicht gegen die §§ 103,119 InsO, weil sie nicht weiter geht, als die gesetzliche Kündigungsmöglichkeit nach § 649 Abs. 1 Satz 1 BGB. Hinzu kommt, dass der Auftraggeber eines Bauvertrages regelmäßig ein schwerwiegendes, die Interessen der Insolvenzgläubiger an einer Fortführung des Bauvertrages erheblich überwiegendes Interesse daran hat, sich im Falle des Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers frühzeitig vom Vertrag lösen zu können und den ihm durch die anderweitige Vergabe der Restarbeiten etwa entstandenen Schaden geltend zu

machen, ohne gemäß § 649 Satz 2 BGB gegenüber dem Insolvenzverwalter zur Zahlung einer Vergütung für nicht erbrachte Leistungen verpflichtet zu sein.

- Es ist dem Auftraggeber im Falle des Eigeninsolvenzantrages des Auftragnehmers regelmäßig nicht zuzumuten, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die sich anschließende Entscheidung des Insolvenzverwalters zur Fortführung des Bauvertrages abzuwarten.
- Dem Auftraggeber ist es häufig auch in persönlicher Hinsicht nicht zuzumuten, den Vertrag gegen seinen Willen mit dem Auftragnehmer, der einen Eigeninsolvenzantrag gestellt hat, oder mit dem Insolvenzverwalter fortzusetzen, da bei solchen Bauverträgen die persönlichen Eigenschaften des Auftragnehmers (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) für den Auftraggeber von wesentlicher Bedeutung sind. Der Abschluss eines Bauvertrages erfolgt deshalb regelmäßig unter Inanspruchnahme besonderen Vertrauens.
- In diesem auf den Besonderheiten des Bauvertrages beruhenden Ergebnis liegt keine Abweichung vom Urteil des IX. Zivilsenats vom 15.11.2012 (IX ZR 169/11, ZIP 2013, 274), in welchem eine Lösungsklausel zu Gunsten eines Energielieferanten im Falle der Insolvenz des Kunden beurteilt wurde. **Die Entscheidung beschränkt sich auf die Verträge über die fortlaufende Lieferung von Waren oder Energie (vgl. Kayser ZIP 2013, 1353, 1362).**
- Die Regelungen des § 8 Abs.2 Nr.1 Alt.2 i.V.m. mit Nr.2 VOB/B (2009) weichen weder von den wesentlichen Grundgedanken des Gesetzes ab, § 307 Abs.2 Nr.1 BGB, noch sind sie wegen Verstoßes gegen § 307 Abs.1, 2 Nr.1 BGB, weil er einen verschuldensunabhängigen Schadenersatzanspruch regelt, unwirksam.

24. Reichweite des Verwalter-Vergleichs mit Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (OHG) als Schuldnerin.

Urteil des BGH vom 17.12.2015 – IX ZR 143/13, Beck RS 2016, 02258

InsO §§ 93, 178 Abs.1; BGB § 779, AnfG § 17 Abs.1 analog

Leitsätze des Gerichts:

1. Der Insolvenzverwalter ist berechtigt, sich mit einem Gesellschafter über die Höhe seiner Haftung zu vergleichen. Ein solcher Vergleich kommt den betroffenen Gesellschaftern auch zu Gute, wenn das Insolvenzverfahren aufgehoben ist.
2. Die Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters umfasst sämtliche Haftungsforderungen der Gesellschaftsgläubiger, die ihre Forderungen im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft angemeldet haben, selbst wenn die Insolvenzforderungen vom Insolvenzverwalter oder einem Gläubiger bestritten und die Widersprüche nicht beseitigt worden sind.
3. Der von einem Gesellschaftsgläubiger gegen die persönlich haftenden Gesellschafter eingeleitete Rechtsstreit wird kraft Gesetzes durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft unterbrochen.

FALL:

Der Kläger stand in dauernder Geschäftsbeziehung zu der späteren Schuldnerin, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Er macht im Prozesswege gegen deren Gesellschafter Forderungen in Höhe von rund € 70.000,00 geltend. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin schloss der Verwalter mit den Gesellschaftern eine Gesamtvereinbarung unter Berücksichtigung von deren Liquiditäts- und Finanzspielräumen. Danach zahlten die Gesellschafter zur Abgeltung der im Insolvenzverfahren angemeldeten Gläubigerforderungen insgesamt rund € 80.000,00 an die Insolvenzmasse. Die Forderungen des Klägers, die dieser zwischenzeitlich zur Tabelle angemeldet hatte, wurden vom Verwalter

bestritten. Nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens nimmt der Kläger den unterbrochenen Rechtsstreit wieder auf.

- Von § 93 InsO gehen zwei Wirkungen aus: **die Sperrwirkung** und die **Ermächtigungswirkung**. Die Sperrwirkung besteht darin, dass die Gläubiger nicht mehr gegen persönlich haftende Gesellschafter vorgehen und diese nicht mehr befreiend an den Gläubiger der Gesellschaft leisten können. Die Ermächtigungswirkung verleiht dem Insolvenzverwalter über das Vermögen der Gesellschaft die treuhänderisch gebundene Befugnis, die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger gegen die Gesellschafter gebündelt einzuziehen.
- **Die Sperrwirkung** des § 93 InsO bezieht sich auf sämtliche Insolvenzforderungen, gleich, ob angemeldet oder nicht und ob zur Tabelle festgestellt, oder nicht. **Die Ermächtigungswirkung** erfasst neben den zur Tabelle festgestellten die angemeldeten, aber bestrittenen und deswegen nicht zur Tabelle festgestellten Insolvenzforderungen, nicht jedoch **Forderungen von Gläubigern, die sich am Insolvenzverfahren nicht beteiligt haben**.
- Der Insolvenzverwalter hat nur das Recht, sich mit den Gesellschaftern über deren Haftung zu vergleichen, soweit seine Einziehungsermächtigung reicht und ein solcher Vergleich nicht insolvenzzweckwidrig ist. Das hat zur Folge, dass die Gesellschafter nicht von der Haftung gegenüber solchen Insolvenzgläubigern befreit werden, die ihre Forderungen nicht angemeldet haben, **weil der Insolvenzverwalter insoweit nicht einzugsermächtigt ist**.
- Der Insolvenzverwalter sollte, wenn er mit den Gesellschaftern einer GbR einen Abfindungsvergleich abschließt, die Insolvenz- und Haftungsforderungen benennen, die in den Vergleich einbezogen werden sollen. Dies ist schon deswegen von Bedeutung, weil der Vergleich wegen fehlender Bestimmtheit keine Wirkungen entfaltet, wenn sich nicht ermitteln lässt, welche Forderungen verglichen werden sollten.

25. Keine Entbindung des Steuerberaters einer insolventen Gesellschaft von seiner Schweigepflicht im Strafprozess gegen Organe nur durch den Insolvenzverwalter.

InsO § 80; StPO §§ 53,70

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08.12.2016 – 1Ws 334/16, ZIP 2017, 537

Der Insolvenzverwalter ist nicht allein berechtigt, einen Berufsgeheimnisträger (hier: Steuerberater) in einem gegen ehemalige Organe der insolventen Gesellschaft geführten Strafverfahren von seiner Schweigepflicht zu entbinden.

- Im vorliegenden Fall war die Schweigepflichtentbindung (nur) durch den Insolvenzverwalter der GmbH nicht ausreichend. Denn die dem Steuerberater als Geheimnisträger anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen über die juristische Person wurden durch das Verhalten ihrer Organe bestimmt und betreffen – jedenfalls für das Strafverfahren – deren persönliche Verantwortlichkeit. Hinzu kommt vorliegend, dass die angeklagten Geschäftsführer alleinige Gesellschafter der juristischen Person waren.
- Selbst wenn nicht per se von einer Erstreckung des Vertrauensverhältnisses auf die Organe einer juristischen Person ausgegangen werden könnte, so waren jedenfalls vorliegend auch die persönlichen und privaten Interessen der angeklagten Geschäftsführer von dem Mandatsverhältnis und der damit verbundenen Verschwiegenheitspflicht mit erfasst. Von dieser kann aber nur derjenige entbinden, zu dessen Gunsten das Vertrauensverhältnis mit dem Schweigepflichtigen im Sinne von § 53 StPO begründet wurde. Dieses Vertrauensverhältnis wäre vorliegend gestört, wenn die Entbindungserklärung der juristischen Person als ausreichend angesehen werden würde.

26. Haftung des Steuerberaters für Jahresabschluss unter Zugrundelegung von Fortführungswerten trotz Insolvenzreife der Gesellschaft.

HGB § 252 Abs. 1 Nr. 2; BGB § 675; InsO § 19 Abs. 2

Urteil des BGH vom 26.01.2017 – IX ZR 285/14, ZIP 2017, 427

Leitsätze des Gerichts:

1. Besteht für eine Kapitalgesellschaft ein Insolvenzgrund, scheidet eine Bilanzierung nach Fortführungswerten aus, wenn innerhalb des Prognosezeitraums damit zu rechnen ist, dass das Unternehmen noch vor dem Insolvenzantrag, im Eröffnungsverfahren oder alsbald nach Insolvenzeröffnung stillgelegt werden wird.
2. Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater ist verpflichtet, zu prüfen, ob sich auf der Grundlage der ihm zur Verfügung stehenden Unterlagen und der ihm sonst bekannten Umstände tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten ergeben, die einer Fortführung der Unternehmenstätigkeit entgegenstehen können. Hingegen ist er nicht verpflichtet, von sich aus eine Fortführungsprognose zu erstellen und die hierfür erheblichen Tatsachen zu ermitteln (Ergänzung zu BGH ZIP 2013, 829).
3. Eine Haftung des Steuerberaters setzt voraus, dass der Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft objektiv zu Unrecht von Fortführungswerten ausgeht.
4. Der mit der Erstellung eines Jahresabschlusses für eine GmbH beauftragte Steuerberater hat die Mandantin auf einen möglichen Insolvenzgrund und die daran anknüpfende Prüfungspflicht ihres Geschäftsführers hinzuweisen, wenn entsprechende Anhaltspunkte offenkundig sind und er annehmen muss, dass die mögliche Insolvenzreife der Mandantin nicht bewusst war (teilweise Aufgabe von BGH ZIP 2013, 829).

FALL:

Die schuldnerische GmbH beauftragte den beklagten Steuerberater im Jahre 2005, den Jahresabschluss für das Jahr 2003 zu erstellen. Hierzu übergab die Schuldnerin dem Beklagten unter anderem den Jahresabschluss für das Jahr 2002, der einen nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag in Höhe von € 33.127,93 auswies. In den Folgejahren erteilte die Schuldnerin dem Beklagten jeweils erneut Einzelaufträge, die Jahresabschlüsse zu erstellen. Der Beklagte kam diesen Aufträgen nach. Das Stammkapital der Schuldnerin betrug anfänglich € 25.564,59; im Jahre 2007 erfolgte eine Kapitalerhöhung auf € 50.000,00.

Die vom Beklagten erstellten Jahresabschlüsse wiesen jeweils folgende, nicht durch Eigenkapital gedeckte Fehlbeträge auf:

<u>Erstellung Abschluss</u>	<u>Stichtag</u>	<u>Verlust/Gewinn</u>	<u>Fehlbetrag</u>
Mai 2005	31.12.2003	- € 49.071,31	€ 82.199,24
2006	31.12.2004	- € 13.592,24	€ 95.791,48
März 2007	31.12.2005	- € 32.125,13	€ 127.552,50
August 2007	31.12.2006	+€ 54.192,28	€ 73.660,22
Januar 2009	31.12.2007	- € 44.216,94	€ 93.441,75

In Anschreiben vom 20.04. und 28.08.2007 wies der beklagte Steuerberater darauf hin, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin verpflichtet sei, „regelmäßig die Zahlungsunfähigkeit sowie die Vermögensverhältnisse der GmbH dahingehend zu überprüfen, ob die Zahlungsunfähigkeit gewährleistet ist und dass keine Überschuldung vorliegt“.

Mit Schreiben vom 29.11.2007 wies der Beklagte auf einen Rückgang der Umsatzerlöse im Vergleich zum Jahr 2006 um fast 50 Prozent bei gleichzeitig um 20 Prozent gestiegenem Personalaufwand hin. Mit Schreiben vom 15.01.2009 übersandte der Beklagte den vorläufigen Jahresabschluss für das Jahr 2007 und teilte mit, dass sich die Überschuldung durch den Jahresfehlbetrag weiter erhöht habe.

Der Insolvenzverwalter über das Vermögen der Schuldnerin geht im Wege der Feststellungsklage – beim BGH erfolgreich – gegen den Steuerberater vor mit dem Antrag,

festzustellen, dass der Beklagte für sämtliche Schäden verantwortlich ist, die der Schuldnerin ab dem 30.06.2005 durch eine verschleppte Insolvenzantragstellung entstanden sind.

- Fehler des Steuerberaters bei der Erstellung des Jahresabschlusses, durch welche eine tatsächlich bestehende rechnerische Überschuldung verschleiert wird, führt zur Haftung auf Grundlage von Werkvertragsrecht (vgl. BGH NZI 2013, 438). Gemäß §§ 280 Abs. 1, 634 Nr. 4, 675 Abs. 1 BGB kann der Steuerberater die durch eine verschleppte Insolvenzantragstellung bei der Schuldnerin entstandenen Schäden zu ersetzen haben, sofern hierfür eine mangelhafte Erstellung der Bilanz, § 242 Abs. 1 HGB ursächlich war. Da der Mandant seinen handelsrechtlichen Pflichten nachkommen will, muss der Abschluss rechtmäßig im Sinne des HGB erstellt werden, anderenfalls ist er mangelhaft.
- Ein Mangel liegt vor, wenn der Jahresabschluss angesichts einer bestehenden Insolvenzreife der Gesellschaft zu Unrecht von Fortführungswerten ausgeht. Allerdings ist grundsätzlich von der Fortführung der Unternehmstätigkeit auszugehen, sofern dieser keine tatsächlichen oder rechtlichen Gegebenheiten entgegenstehen, § 252 Abs.1 Nr. 2 HGB.
- Bewertungsfragen sind vom Steuerberater auf Grundlage **der ihm vorliegenden Erkenntnisse aktiv zu klären**. Wenn das Unternehmen in der Vergangenheit keine Gewinne erwirtschaftet hat, nicht leicht auf finanzielle Mittel zurückgreifen kann und eine bilanzielle Überschuldung droht oder sogar schon eingetreten ist, besteht angesichts der daraus folgenden Insolvenzgefährdung zunächst keine ausreichende Wahrscheinlichkeit, dass sich das Unternehmen außerhalb eines Insolvenzverfahrens fortführen lässt. Dann erfordert das Insolvenzrecht die Erstellung einer insolvenzrechtlichen Fortbestehensprognose, deren Ergebnis in die bilanzielle Fortführungsprognose einfließen muss.
- Bereits bei Anzeichen für wirtschaftliche Schwierigkeiten, insbesondere erheblichen Verlusten, einer zu geringen Eigenkapitalausstattung, Liquiditätsschwierigkeiten oder bilanzieller Überschuldung ist die Fortführungsfähigkeit näher zu prüfen. Dann muss aus Sicht des Steuerberaters entweder objektiv widerlegt sein, dass diese Umstände

der Fortführung entgegenstehen, oder aber er hat dafür zu sorgen, dass die Geschäftsleitung die Fortführbarkeit des Unternehmens näher prüft.

- Um die eigenen Haftung auszuschließen, muss der Steuerberater dafür sorgen, dass die Geschäftsleitung eine plausible Prognose vorlegt. **Anderenfalls entlastet nur der Nachweis, dass er von seinem Auftraggeber zu Erbringung einer objektiv mangelhaften Leistung ausdrücklich angewiesen wurde, was im Jahresabschluss selbst zu dokumentieren ist.**

Der Steuerberater muss auch dokumentieren, dass er die Mandantin vorab auf die Zweifel an der Fortführungsprognose und das Überprüfungserfordernis **genau und im Einzelfall** hingewiesen hat. Allgemeine Hinweise genügen nicht. Zu eigenen Ermittlungen ist demgegenüber der Steuerberater nicht verpflichtet.

- Bislang bestand für den Steuerberater bei einem allgemeinen steuerrechtlichen Mandat ohne einen ausdrücklichen Auftrag zur Prüfung der Insolvenzreife bei einer Unterdeckung in der Handelsbilanz keine Pflicht, den Vertragspartner auf die mögliche Insolvenzantragspflicht hinzuweisen; etwas anderes galt nur, wenn der Steuerberater positiv erklärte, es läge keine Insolvenzreife vor, diese Aussage aber objektiv unzutreffend und für die verspätete Insolvenzantragsstellung ursächlich war (vgl. BGH NZI 2013, 793). **An dieser Rechtsprechung hält der BGH ausdrücklich nicht mehr fest.**
- **Die drittschützende Wirkung des Vertrages zu Gunsten des Geschäftsführers** wird vom BGH nicht thematisiert, ist aber unbestritten. Daher rücken mit vorliegender Entscheidung mittelbar sämtliche an die Verletzung der Insolvenzantragspflicht anknüpfende Tatbestände der Geschäftsführerhaftung, mithin etwa das Auszahlungsverbot des § 64 GmbHG, der Ersatzanspruch des Neugläubigers gemäß § 15 a InsO i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB und sogar die Haftung für das Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen oder Steuern, § 266 a StGB und § 69 AO **ins Blickfeld einer möglichen Steuerberaterhaftung.**

Insolvenzverwalter werden sich künftig entsprechende Freistellungsansprüche des Geschäftsführers wohl häufiger abtreten lassen, da sich deren Durchsetzbarkeit mit vorliegender Entscheidung erheblich erleichtert hat. Die Zurechnung des

Mitverschuldens des Geschäftsführers folgt über § 31 BGB und kann im Übrigen der Schaden gemäß § 287 ZPO geschätzt werden.

- Für die insolvenznahe Restrukturierungs- und Sanierungspraxis ist von Bedeutung, dass gemäß BGH eine Bilanzierung zu Fortführungswerten zulässig bleibt, wenn **ein glaubhafter Fortführungsinsolvenzplan vorliegt, eine übertragende Sanierung innerhalb des Prognosezeitraums angestrebt wird und möglich ist** oder **die Unternehmstätigkeit auch nach einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens** jedenfalls innerhalb des Prognosezeitraums fortgeführt werden wird.

27. Zur Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters für Wohnraummiete des Schuldners.

Beschluss des BGH vom 16.03.2017 – IX ZB 45/15, ZIP 2017, 884

InsO § 109 Abs. 1 Satz 2

Gibt der Insolvenzverwalter für das Wohnraummietverhältnis des Schuldners eine Enthftungserklärung ab, wird der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung einer **die gesetzliche zulässige Höhe nicht übersteigenden Mietkaution** vom Insolvenzbeschluss frei.

- Vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des BGH zu den rechtlichen Konsequenzen der sogenannten Enthftungserklärung des Insolvenzverwalters gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO überrascht die Entscheidung nicht (vgl. Gehrlein, ZInsO 2016, 1456). Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Mietverhältnisses geht nach Auffassung des BGH mit Wirksamwerden der Enthftungserklärung im vollen Umfange auf den Schuldner über (vgl. BGH NZI 2014, 452). Eine Kündigung des Vermieters nach dem Zeitpunkt der Wirksamkeit der Erklärung ist an den Schuldner zu richten (vgl. BGH NZI 2014, 452). Die Kndigungssperre des § 112 Nr. 1 InsO verliert mit Freigabe ihre Wirkung (vgl. BGH NZI 2015, 809).

Die Frage, wem ein Kautionsrckzahlungsanspruch zusteht, der erst nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung fällig wird, hat der BGH nunmehr entschieden. Hierfür spricht insbesondere der Zweck der Mietkaution, die die Ansprüche des Vermieters während der gesamten Mietdauer und für einen angemessenen Zeitraum danach sichern soll. Fiele die Kautionsrckzahlung in die Insolvenzmasse, während der Mietvertrag mit Wirksamwerden der Enthftungserklärung auf den Schuldner übergeht, so wäre hinsichtlich der nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung entstehenden Ansprüche auf Mietzahlung das Gegenseitigkeitsverhältnis gemäß § 387 BGB nicht mehr gegeben, so dass eine

Verwertung der Mietkaution durch Aufrechnung des Vermieters gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 4 InsO unzulässig wäre. Die Mietzinsansprüche des Vermieters wären daher – entgegen der Zweckbestimmung der Kautions – **für Zeiträume nach Wirksamkeit der Enthftungserklärung** nicht mehr gesichert (vgl. so auch LG Berlin, ZInsO 2016, 1667).

- Unklar bleibt der Umgang mit Neumietverträgen des Schuldners. Schließt der Schuldner einen neuen Wohnungsmietvertrag ab und muss er dem neuen Vermieter insoweit eine Kautions stellen, erwirbt er gegen den neuen Vermieter einen Rückzahlungsanspruch, der als Vermögenswert nach § 35 Abs. 1 alt. 2 InsO **in die Masse fällt**. Mangels Erklärung des Insolvenzverwalters gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO bezüglich dieses neuen Mietverhältnisses müsste dieser Kautionsrückzahlungsanspruch Insolvenzmasse sein und jedenfalls bei Beendigung des Mietverhältnisses während des laufenden Insolvenzverfahrens – gegebenenfalls mit Nachtragsverteilung – an die Gläubiger verteilt werden. Dies entspricht der Rechtslage etwa bei im Insolvenzverfahren angesparten Bankguthaben, die Insolvenzmasse sind, auch wenn sie aus unpfändbaren Beträgen gebildet wurden (vgl. Uhlenbruck/Hirte § 36 Rz 33).

28. Anwendung der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB auf den Vermieter

Urteil des BGH vom 03.03.2017 – V ZR 268/15, ZInsO 2017, 1069

BGB § 1006

Leitsatz des Gerichts.

Dem Vermieter kommt zur Verteidigung seines Vermieterpfandrechts **gegenüber Dritten** die für seinen Mieter nach § 1006 BGB streitende Eigentumsvermutung zugute.

- Dem Vermieter kommt zur Verteidigung seines Vermieterpfandrechts **gegenüber Dritten** die für seinen Mieter nach § 1006 BGB streitende Eigentumsvermutung zugute, weil sonst der unmittelbare Besitz nicht effizient verteidigt werden könnte. Sie muss allen zugute kommen, die ihr Recht von dem durch die Vermutung begünstigten Besitzer ableiten und es Dritten gegenüber verteidigen wollen.

Auf dieser Grundlage hat der BGH die zu Gunsten des Besitzers streitende Eigentumsvermutung nach § 1006 BGB etwa auf einen Pfändungsgläubiger und auf den Gläubiger eines landwirtschaftlichen Inventarrechts angewandt, die ihre Pfandrechte gegenüber Dritten verteidigen wollten (BGH vom 16.10.2003 - IX ZR 55/02 und BGH vom 07.10.1970, VIII ZR 207/68).

- Die Vermutung des § 1006 BGB ist eine gesetzliche Vermutung. Es genügt nach § 292 Satz 1 ZPO nicht, sie zu entkräften. **Sie muss vielmehr durch den Beweis des Gegenteils widerlegt werden.**

Die Eigentumsvermutung tritt nach § 1006 Abs. 2 BGB zurück, wenn sich ein späterer Besitzer auch auf die Vermutung nach § 1006 Abs. 1 BGB berufen kann und beruft. Das gilt auch für diejenigen, die ihr Recht von einem solchen Besitzer ableiten.

- Als Folge dessen kann ein Dritter die für das Eigentum des Mieters streitende Vermutung nach § 1006 Abs. 1 BGB nicht schon durch den Nachweis widerlegen, dass er selbst zu einem früheren Zeitpunkt, als dem Besitzübergang, Eigentümer war. Erforderlich ist vielmehr der Nachweis, **dass der Besitzer - hier der Mieter – trotz des Besitzerwerbs nie Eigentümer geworden ist** (vgl. BGH vom 16.10.2003 - IX ZR 55/02).

Der Dritte muss also beweisen, dass der Mieter nie Eigentümer der Sache war, so dass auch das Vermieterpfandrecht nicht greifen konnte. Ansonsten verbleibt es bei der Vermutung des § 1006 Abs. 1 BGB, dass wegen des vermuteten Eigentums des Mieters die Sache dem Vermieterpfandrecht des Vermieters unterlag.