

**Insolvenzrecht aktuell:**

**Neueste Rechtsprechung des  
BGH zu top-aktuellen Themen aus  
dem Unternehmensinsolvenzrecht**

Rainer Ferslev  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Insolvenzrecht  
Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht  
Rathausstraße 6  
20095 Hamburg  
Tel.: 040-386 53 433  
Fax: 040-386 53 436  
e-Mail: [info@RainerFerslev.de](mailto:info@RainerFerslev.de)  
[www.RainerFerslev.de](http://www.RainerFerslev.de)

Stand Januar 2019

<b>I. Was bei Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen zu beachten ist.....</b>	<b>4</b>
– Ratenzahlungsvereinbarungen wegen Unmöglichkeit sofortiger Forderungstilgung allein kein zwingendes Indiz zur Zahlungseinstellung. ....	4
– Indiz für Zahlungsunfähigkeit bei Bitte um Ratenzahlung gegenüber Inkassounternehmen nach mehreren erfolglosen Mahnungen und Zahlungszusagen.6	
– Zur Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung (BGH vom 25.02.2018) ....	7
– Zur Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung (BGH vom 18.01.2018) ....	8
– Praktische Empfehlungen zur Gestaltung von Ratenzahlungsvereinbarungen vor dem Hintergrund der neueren BGH-Rechtsprechung. ....	11
– Zahlungsvereinbarung mit Gerichtsvollzieher über geringfügige Forderung kein zwingender Hinweis auf Zahlungseinstellung. ....	13
– Zu den Voraussetzungen eines schlüssigen Sanierungskonzepts bei Gläubigeranfechtung.....	14
– Die Reform des Insolvenzanfechtungsrechts.....	19
<b>II. Das unanfechtbare Bargeschäft, § 142 InsO – eine Wunderwaffe ?!</b> .....	<b>21</b>
– Keine Massezugehörigkeit von Ansprüchen des Schuldners auf höchstpersönliche Dienstleistung (hier: Beratung in der Krise).....	21
– Zur Widerlegung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes durch ein Sanierungskonzept (Q-Cells).....	25
– Zur Kenntnis des Gläubigers von der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners .....	30
<b>III. Zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft wegen Insolvenzverschleppung, § 15 a InsO und veranlassten Vermögensabflüssen gemäß § 64 GmbHG .....</b>	<b>34</b>
– Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit.....	34
– Praxisgerechte Anwendung des § 64 Satz 1 GmbHG.....	44
– Keine Haftung wegen Zahlung nach Insolvenzureife bei unmittelbarem Ausgleich der Masseschmälerung .....	49
– Keine Haftungsminderung des organschaftlichen Vertreters auf Grund erfolgreicher Anfechtung.....	51
– Zur Haftung des Geschäftsführers wegen Einzugs sicherungsabgetretener Forderungen auf debitorischem Konto.....	52
– Zur Masseschmälerung bei Einziehung einer erst nach Insolvenzureife entstandenen, zur Sicherheit an die Bank abgetretenen Forderung auf debitorisches Konto.....	54
– Masseschmälerung gemäß § 142 InsO analog – Geschäftsführerhaftung .....	56
– 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.....	57

– Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 GmbHG (Schaubild) .....	59
– Haftung der Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung.....	60
<b>IV. Die Haftung des Gesellschafters bei Abschluss von Rechtsgeschäften .....</b>	<b>62</b>
– Gesellschafterdarlehn: Insolvenzanfechtung der Rückgewähr binnen eines Jahres vor Insolvenzantrag ohne Krise der GmbH .....	62
– Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Gesellschafter auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung. ....	64
– Reichweite des Verwalter-Vergleichs mit Gesellschaftern einer OHG.....	68
<b>V. Die (neue) Haftung des Steuerberaters wegen Insolvenzverschleppung bei Vorlage eines einen Jahresfehlbetrag ausweisenden Jahresabschlusses.....</b>	<b>70</b>
– Entbindung des Steuerberaters einer insolventen Gesellschaft von seiner Schweigepflicht im Strafprozess gegen Organe nur durch den Insolvenzverwalter. ...	70
– Haftung des Steuerberaters für Jahresabschluss unter Zugrundelegung von Fortführungswerten trotz Insolvenzreife der Gesellschaft.....	72
<b>VI. Neue Rechtsprechung zum Vermieterpfandrecht und zum Werkvertragsrecht in der Insolvenz sowie zur Durchsetzung von Wohngeldansprüchen in der Insolvenz des Wohnungseigentümers.....</b>	<b>77</b>
– Anwendung der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB auf den Vermieter betreffend sein Pfandrecht .....	77
– Zur Kündigung von Werkverträgen in der Insolvenz des Werkunternehmers .....	79
– Zur Geltendmachung bevorrechtigter Hausgeldforderungen der WEG in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers, § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ZVG. ....	82

**I. Was bei Abschluss von Ratenzahlungsvereinbarungen zu beachten ist.**

- **Ratenzahlungsvereinbarungen wegen Unmöglichkeit sofortiger Forderungstilgung allein kein zwingendes Indiz zur 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.

- **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.

- **Zur Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung (BGH vom 25.02.2018)**

**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.

- **Zur Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungseinstellung (BGH vom 18.01.2018)**

#### **Urteil des BGH vom 18.01.2018 – IX ZR 144/16, ZIP 2018, 432**

InsO § 133 Absatz 1

Leitsätze des Gerichts:

Schweigt der Schuldner einer erheblichen, seit mehr als neun Monaten fälligen Forderung nach anwaltlicher Mahnung und Androhung gerichtlicher Maßnahmen bis zum Erlass eines Vollstreckungsbescheides und bietet er erst nach dessen Rechtskraft die Begleichung der Forderung in nicht näher bestimmten Teilbeträgen aus seinem laufenden Geschäftsbetrieb an, hat der Gläubiger die Zahlungseinstellung des Schuldners erkannt.

- Das monatelange völlige Schweigen der Schuldnerin auf die Rechnung der Beklagten kann schon für sich genommen ein Indiz für eine Zahlungseinstellung begründen (BGH ZIP 2016,627). Als im Wirtschaftsverkehr allein realistische Schlussfolgerung begründete der knapp einjährige Zahlungsverzug der Schuldnerin, die keine Einwendungen gegen die Forderung erhob, die Annahme unüberwindlicher Zahlungsschwierigkeiten.
- Durch das weitere Schweigen auf die Androhung gerichtlicher Maßnahmen bis hin zum Erlass des Vollstreckungsbescheides waren erhebliche zusätzliche Kosten angefallen, die ein zahlungsfähiger Schuldner durch die Begleichung der begründeten Forderung vermieden hätte.



- Ein Gläubiger kennt die Zahlungseinstellung schon dann, wenn er selbst seine Ansprüche ernsthaft eingefordert hat, diese verhältnismäßig hoch sind und er weiß, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, die Forderung zu erfüllen (BGH ZIP 2016,627). Aus Rechtsgründen genügt es, wenn die Zahlungseinstellung auf Grund der Nichtzahlung nur einer – nicht unwesentlichen – Forderung dem Anfechtungsgegner bekannt wird (vgl. BGH ZIP 2010, 682).
- Mit dem Fall, dass sich der Schuldner einer geringfügigen Forderung gegenüber dem Gerichtsvollzieher zum Abschluss einer Zahlungsvereinbarung bereit erklärt und diese dann auch einhält, ist dies nicht vergleichbar (vgl. BGH ZIP 2017, 1677).
- Es entspricht nicht den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs, einem Gläubiger, dessen Forderung seit über einem Jahr rückständig ist, **eine Starthilfe abzuverlangen**. Ein solches Ansinnen kann vielmehr nur **als erzwungene weitere Stundung zu Gunsten eines insolventen Schuldners** verstanden werden.
- **Aus der Neuregelung des §133 Absatz 1 InsO ergibt sich die Übernahme der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur anfechtungsfesten bzw. zur anfechtbaren Ratenzahlungsvereinbarung.** Die Einführung einer Vermutungsregelung soll zwar den Eindruck erwecken, als gäbe es bei der Anfechtung von Ratenzahlungsvereinbarungen und sonstigen Zahlungserleichterungen etwas Neues; diesen Eindruck widerlegt aber ein Blick in die Begründung zum Regierungsentwurf, in dem die bisherige Rechtsprechung des BGH aufgeführt ist. Der nichtabschließende Katalog in der Begründung des Regierungsentwurfes ist nahezu deckungsgleich mit den Beweisanzeichen, welche nach der Rechtsprechung des BGH für eine Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes sprechen, ohne diese allerdings vollständig auszuschöpfen (vgl. Prof. Dr. Pape, „Anfechtungsrecht 2017 – Abschied von der Insolvenzrechtsreform auf Raten“, ZInsO 2018, 300, 301).
- **Das Gesetz enthält insoweit nicht viel mehr, als eine Kodifizierung der bisherigen Rechtsprechung. Die Vorstellung, bezüglich der**

**Anfechtungsresistenz von Ratenzahlungsvereinbarungen große Fortschritte gemacht zu haben, wird sich als Trugschluss erweisen.**

- Bedeutende Änderungen sind deshalb auch hier eher nicht zu erwarten, es sei denn, die Rechtsprechung ignoriert den Indizienkatalog, der nach der Begründung des Regierungsentwurfs auf ein Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes schließen lässt. In diesem Fall wäre wohl mit dem Eingreifen des BGH zu rechnen. Der Versuch, die Kriterien unbeachtet zu lassen – so verlockend dies auch sein mag – , sollte jedenfalls nicht gemacht werden, ohne wenigstens die Revision zuzulassen (vgl. Prof. Dr. Pape, a.a.O. und Seite 302, auf der er ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Nichtzulassungsbeschwerde hinweist).

– **Praktische Empfehlungen zur Gestaltung von 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. Zur Vermeidung dessen wird folgende Vereinbarung empfohlen:

„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 werdenden 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; nach spätestens 8 Monaten sollte alles bezahlt sein.

- 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.

- **Zahlungsvereinbarung mit Gerichtsvollzieher über geringfügige Forderung kein zwingender Hinweis auf Zahlungseinstellung.**

**Urteil des BGH vom 06.07.2017 – IX ZR 178/16, ZIP 2017,1677**

InsO § 17 Absatz 2 Satz 2, § 133 Absatz1; ZPO a.F. § 806 b

Leitsatz des Gerichts:

Erklärt sich der Schuldner einer geringfügigen Forderung gegenüber dem Gerichtsvollzieher zum Abschluss einer Zahlungsvereinbarung bereit, muss der Gläubiger allein aus diesem Umstand nicht zwingend darauf schließen, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

- Die Würdigung, wonach der im erstmaligen Geschäftskontakt zu dem Schuldner stehende Beklagte aus der Tatsache, dass dieser die verhältnismäßig geringfügige Forderung in Höhe von € 1.770,80 erst nach dreimaliger außergerichtlicher Mahnung und Erlass eines Vollstreckungsbescheides im Rahmen einer vom Gerichtsvollzieher gemäß § 806 b ZPO a.F. geschlossenen Zahlungsvereinbarung beglich (zwischen Anfang April und Ende August zahlte der Schuldner in fünf Raten insgesamt die offenen € 1.770,80), nicht zwingend auf die aus einer Zahlungseinstellung herrührende Zahlungsunfähigkeit schließen musste, ist nicht zu beanstanden.
- Die Vorsatzanfechtung beruht nicht auf dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, sondern schützt das Interesse der Gläubiger,

dass der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt.

– **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.
1. 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.
2. 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.

3. 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 Vorphändungen 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.

**Anmerkung:**

**Mit Urteil vom 14.06.2018 (IX ZR 22/15, BeckRS 2018, 19548)** hat der BGH seine Rechtsprechung bestätigt und ausgeführt:

**Ist die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften Sanierungsversuchs, kann die Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit ihre Bedeutung als Beweisanzeichen im Rahmen der Vorsatzanfechtung**

**verlieren, auch wenn der Sanierungsversuch letztendlich fehlgeschlagen ist.**

– **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. § 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.

3. § 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.“

4. 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.“

## II. Das unanfechtbare Bargeschäft, § 142 InsO – eine Wunderwaffe ?!

- **Keine Massezugehörigkeit von Ansprüchen des Schuldners auf höchstpersönliche Dienstleistung (hier: Beratung in der Krise).**

**Urteil des BGH vom 21.02.2013 – IX ZR 69/12, ZIP 2013, 586**

InsO§ 36 Abs. 1 Satz 1; ZPO §§ 851, 857; BGB § 613

Ansprüche des Schuldners auf eine höchstpersönliche Dienstleistung unterliegen nicht dem Insolvenzbeschluss, denn sie sind nicht übertragbar und deshalb auch nicht pfändbar.

### **FALL:**

Der kaufmännisch tätige Schuldner beauftragte den beklagten Rechtsanwalt im Januar 2008, ihn in einer wirtschaftlichen Krise zu beraten. Die Abrechnung sollte nach erbrachter Dienstleistung erfolgen. Am **01.02.2008** leistete der Schuldner an den Beklagten einen Vorschuss in Höhe von € 6.842,50. Mit Beschluss vom **04.02.2008** bestellte das AG auf den Eigenantrag des Schuldners hin einen vorläufigen Insolvenzverwalter und ordnete an, dass Verfügungen des Schuldners nur noch mit dessen Zustimmung wirksam sind. Am **17.03.2008** wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.

Im April 2010 rechnete der beklagte Rechtsanwalt den erhaltenen Vorschuss in Höhe von € 6.842,50 ab. Aus dieser Abrechnung ergab sich für Beratungsleistungen vor dem 04.02.2008 eine Vergütung in Höhe von brutto € 2.586,47, für Leistungen zwischen dem 04.02. und dem 17.03.2008 eine Vergütung in Höhe von brutto € 4.105,50 und für später erbrachte Leistungen eine Vergütung in Höhe von brutto € 985,32.

Der Insolvenzverwalter verklagte den beratenden Rechtsanwalt durch die Instanzen erfolgreich auf Zahlung des erhaltenen Vorschusses, soweit er nicht durch die Tätigkeit des Beklagten vor dem 04.02.2008 verbraucht wurde. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte erfolgreich die Abweisung der Klage in Höhe des Teilbetrages von € 4.105,50, der den Zeitraum der vorläufigen Insolvenzverwaltung betrifft.

- Verfügungsbeschränkungen im vorläufigen Insolvenzverfahren und ihre Rechtsfolgen (§§ 24 Abs. 1, 81,82 InsO) erstrecken sich nur auf Gegenstände der (künftigen) Insolvenzmasse und nicht auf das beschlagsfreie Vermögen des Schuldners. Nicht zur Insolvenzmasse gehören Forderungen, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, § 36 Abs. 1 Satz 1 InsO. Um eine solche unpfändbare Forderung handelt es sich bei dem Anspruch des Schuldners auf die Beratungsleistungen, denn dieser war nach der gesetzlichen Regelung nicht übertragbar und deshalb nicht pfändbar, § 613 Satz 2 BGB, §§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 und 3 ZPO.
- Der fällig und durchsetzbar entstandene Vergütungsanspruch des Beklagten wurde durch Anrechnung des gezahlten Vorschusses erfüllt, ohne dass es einer besonderen Aufrechnung bedurfte. Im entsprechenden Umfang verringerte sich der Anspruch des Schuldners auf Rückzahlung des nicht verbrauchten Teils des Vorschusses.
- Nach dem Vortrag der Parteien erbat der Beklagte mit Schreiben vom 01.02.2008 einen Vorschuss auf das zu erwartende Honorar mit der Maßgabe, dass die Abrechnung nach erbrachter Leistung erfolgen sollte. Leistet der Dienstberechtigte dem aus einem Dienstvertrag Verpflichteten einen Vorschuss, handelt es sich regelmäßig **um eine vorweggenommene Tilgung des Vergütungsanspruchs, die ohne Aufrechnung oder sonstige Erklärung die Erfüllung des später entstehenden Lohnanspruchs bewirkt** (vgl. Münchener Kommentar - Müller/Glöge, BGB, 6. Aufl., § 614 Rd.-Ziffer 18).

- Auch über diesen Einzelfall hinaus lässt der BGH die Tendenz erkennen, dass ein vor Eröffnung an den Berater gezahlter Honorarvorschuss, der erkennbar ins Antragsverfahren „hereingetragen“ werden soll, ungestört aufgebraucht werden darf.
  
- Folgende Honorare von Dienstleistern sind generell einer Anfechtung gemäß § 142 InsO entzogen:
  - Wenn zwischen dem Beginn der Tätigkeit und der Erbringung einer Gegenleistung weniger, als 30 Tage liegen, bejaht der BGH ein unanfechtbares Bargeschäft (vgl. BGH Z 167, 190). Auch verkehrsübliche - und insolvenzfeste - Vereinbarungen, welche den Zeitraum zwischen Leistungserbringung und Vergütung **maßvoll** erweitern, fallen hierunter (vgl. Ganter, Bargeschäfte von Dienstleistern, ZIP 2012, 2037, 2040, re. Sp.).
  
  - Bei Abschluss einer Vergütungsvereinbarung nach § 3 a RVG auf Grundlage eines Zeithonorars ist diese Rechtsprechung unproblematisch anwendbar. Was aber gilt, wenn die gesetzlichen Gebühren geschuldet werden, bleibt auch nach der Rechtsprechung des BGH offen (vgl. Ganter, a. a. O., S. 2041 li. Sp.).
  
  - Wer einen Sanierungsberater aufsucht, weil er ernsthaft an eine Sanierungsmöglichkeit glaubt und den Sanierer für seine Dienste bezahlt, hat nicht den Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung, so dass § 133 Abs. 1 InsO ausscheidet. Anders verhält es sich nur dann, wenn die Bezahlung erst erfolgt, nachdem die Sanierung erkennbar gescheitert ist.
  
  - Nach § 8 Abs. 1 KHEntgG kann das Krankenhaus eine angemessene Vorauszahlung verlangen, wenn und soweit ein Krankenversicherungsschutz nicht nachgewiesen wird. Ab dem 8 Tag des Krankenhausaufenthalts kann das Krankenhaus eine angemessene Abschlagszahlung verlangen, deren Höhe sich an den bisher erbrachten Leistungen in Verbindung mit der Höhe der voraussichtlich zu zahlenden Entgelte zu orientieren hat.

- Zahlt der Arbeitgeber in der Krise Arbeitsentgelt für vom Arbeitnehmer in den vorhergehenden drei Monaten erbrachte Arbeitsleistungen, liegt grundsätzlich ein Bargeschäft vor (vgl. BAG, ZIP 2011, 2366).



- **Zur Widerlegung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes durch ein Sanierungskonzept (Q-Cells)**

**Urteil des Landgerichts Frankfurt Main vom 07.05.2015 – 2-32 O 102/13 (nicht rechtskräftig), ZIP 2015, 1358 ff**

InsO § 133 Absatz 1; Schuldverschreibungsgesetz §§ 5, 24 Absatz 2

1. Einem anwaltlichen Sanierungskonzept, dessen Umsetzung von rechtlichen und tatsächlichen Unwägbarkeiten abhängt, kann die notwendige Erfolgsaussicht fehlen, um den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz auszuschließen.
2. Bei einer höchstrichterlich noch nicht geklärten Rechtsfrage kann ein abweichendes, erstinstanzliches Urteil der Erfolgsaussicht des Sanierungskonzepts selbst dann entgegenstehen, wenn sich der BGH später der Auffassung der Rechtsberater anschließt.

- Der Kläger kann von der beklagten Rechtsanwaltsgesellschaft im Wege der Vorsatzanfechtung gemäß § 143 Absatz 1 Satz 1, § 133 Absatz 1 InsO die Rückzahlung von € 4.530.807,16 zzgl. Zinsen an Honorar für eine 3 ½ - monatige Beratungstätigkeit verlangen. Die Schuldnerin war zahlungsunfähig und handelte auch mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz.

Droht die Zahlungsunfähigkeit, bedarf es konkreter Umstände, die es nahe legen, dass die Krise noch abgewendet werden kann. Der Schuldnerin drohte im Zeitpunkt aller angefochtenen Zahlungen die Zahlungsunfähigkeit.

- Die Indizwirkung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist nicht auf Grund der Sanierungsbemühungen ausgeschlossen. 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 hinausgekommen sind (vgl. BGH vom 06.12.2012, ZIP 2013, 228). Nach diesen Grundsätzen

war das Sanierungskonzept nicht hinreichend aussichtsreich. Der Erfolg des Sanierungskonzepts hing maßgeblich von 3 Bedingungen ab:

- Die Anwendbarkeit des Schuldverschreibungsgesetzes 2009 auf die Wandelschuldverschreibungen 2012 und 2014, um einen wirksamen Opt-in-Beschluss und den anschließenden Debt-to-Equity-Swap zu ermöglichen,
  - der Zustimmung der Aktionäre und der Schuldverschreibungsgläubiger,
  - der Stundung der Verbindlichkeiten jedenfalls aus der WSV 2012 für einen Zeitraum, der die Umsetzung der genannten Maßnahmen ermöglicht.
- Ein Sanierungskonzept muss von den tatsächlichen Gegebenheiten – wozu auch die Rechtsprechung der ausschließlich zuständigen Gerichte gehört – ausgehen. Etwas anderes könnte nur gelten, wenn die Rechtsprechung evident abwegig wäre, was nicht der Fall ist.
- Angesichts des bevorstehenden Endes einer Stundung wäre eine rechtsverbindliche Zusage der Unterstützung der Sanierung notwendig gewesen, um mehr als die Hoffnung auf eine erfolgreiche Sanierung zu begründen.

Des Weiteren war der Hauptaktionär nicht zu Verhandlungen bereit und waren Verhandlungen mit den weiteren Aktionären (noch) nicht geführt worden.

Damit war das Sanierungskonzept nicht nur erkennbar mit Risiken belastet, sondern es fehlte an einer positiven Prognose auf Grund konkreter Umstände, denn die Sanierungsbemühungen sind über die Entwicklung von Plänen und die Erörterungen von Möglichkeiten nicht wesentlich hinaus gekommen.

- Die Beklagte hatte auch die erforderliche Kenntnis von dem Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin. Die subjektive Einschätzung von überwiegenden Erfolgsaussichten im Hinblick auf die beabsichtigte Forderungsstundung und die Restrukturierung genügt jedoch nicht, um die Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit zu widerlegen. Vielmehr ist die Kenntnis des Anfechtungsgegners spiegelbildlich zum Benachteiligungsvorsatz des Schuldners zu beurteilen.
  
- Kritikpunkte Dr. Ganter an dieser Entscheidung in ZIP 2015, 1413, 1418:  
Es fehlt am Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn an einen Sanierungsberater die Vergütung für die Erarbeitung und Begleitung eines Sanierungs- Restrukturierungskonzepts gezahlt wird, das den Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe erkennen lässt, in sich schlüssig ist, die Bereinigung sämtlicher Verbindlichkeiten des Schuldners (nicht notwendig auf die gleiche Art und Weise und in dem gleichen Umfang) und seine dauerhafte wirtschaftliche Stabilisierung innerhalb eines überschaubaren Zeitraumes zum Ziele hat und nicht offensichtlich undurchführbar ist.
  
- Kritik Prof. Dr. Thole an dieser Entscheidung, ZIP 2015, 2145, 2155:  
Zu kritisieren ist, dass das Urteil nicht auf Fragen der bargeschäftsähnlichen Lage eingeht und sich das Gericht mit der angenommenen fehlenden Aussicht des Sanierungskonzepts auf Zustimmung bei Aktionären und Gläubigern nur oberflächlich auseinandersetzt.

Richtigerweise kann in Fällen der Sanierungsberatung im Rahmen des Bargeschäfts die Gleichwertigkeit der erbrachten Gegenleistung nur dann verneint werden, wenn unangemessene Konditionen vereinbart sind oder eine Schlechtleitung des Beraters vorliegt. Insoweit kommt es entscheidend auf die konkret übertragenen Aufgaben an. Hat der Berater beispielsweise nur die Aufgabe übernommen, eine rechtliche Einschätzung über verschiedene Sanierungsstrategien abzugeben, so fehlt es nicht deshalb an der Nützlichkeit **dieser** Leistung, weil sich der Schuldner im Anschluss für die risikoreiche Strategie entscheidet.

- Die Q-Cells-Urteile des Landgerichts und Oberlandesgerichts Frankfurt haben in der Praxis für Verunsicherung und Erstaunen gesorgt. Im konkreten Verfahren ist das letzte Wort noch nicht gesprochen; der Bankberatungs-Fall liegt aktuell dem BGH vor (IX ZR 261/16). Die Sorge, dass nun massenhaft Beraterhonorare im Wege der Insolvenzanfechtung zurückverlangt werden könnten, erweist sich jedoch auch im Hinblick auf die neue Gesetzeslage (ab April 2017) als nicht begründet. Im Referentenentwurf des nun in Kraft getretenen Änderungsgesetzes war noch ein echtes Sanierungsprivileg enthalten, das den Beweis darüber, dass **kein** ernsthafter Sanierungsversuch vorlag, dem Insolvenzverwalter aufbürden wollte (vgl. Ganter, ZIP 2015, 1413, 1418). Obwohl der entsprechende Passus nicht übernommen wurde, sind nun Änderungen in Kraft getreten, welche im Ergebnis ähnliche Wirkungen haben. Auf Grund des neugefassten Wortlauts der §§ 133, 142 InsO wird ein Sanierungsberater Honorare, die er vor dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erhalten hat, nicht an den Insolvenzverwalter zurückgewähren müssen. **Erforderlich ist lediglich, dass er mit dem Schuldner einen eigenständigen Beratungsvertrag abschließt und nicht kollusiv zum Nachteil der Unternehmensgläubiger handelt. Auch sollte er seine Leistungen stets zeitnah – d.h. innerhalb von 30 Tagen – abrechnen.**

Ein „Freifahrtsschein“ für von vorneherein aussichtslose Beratungen ist dies jedoch nicht. Sofern der Insolvenzverwalter aus den Gesamtumständen zur Überzeugung des Gerichts darlegen kann, dass das verfolgte Sanierungskonzept objektiv und ex-ante erkennbar ungeeignet war, ist eine Anfechtung der Honorarzahlung weiterhin möglich.

**Anmerkung:**

In diesem Zusammenhang hat **das Landgericht Würzburg mit Urteil vom 06.02.2018 (71 O 1592/16 Ins, ZIP 2018, 1891 ff.** nicht rechtskräftig) entschieden:

- 1. In Sanierungsberatungsfällen ist für die Unmittelbarkeit des Leistungsaustauschs im Sinne**

**von § 142 InsO auf die Zeitspanne zwischen der zeitnahen Rechnungstellung und der Bezahlung durch den Schuldner abzustellen.**

**2. In Sanierungsfällen ist es weder üblich, noch notwendig, auf Vorkasse zu bestehen.**

Das Landgericht Würzburg hält eine Abrechnung nach Erledigung einzelner Leistungsstufen und Bezahlung innerhalb der Höchstfrist von 30 Tagen für zulässig, um ein Bargeschäft im Sinne von § 142 InsO anzunehmen.

Dies entspricht aber (noch) nicht der herrschenden Meinung.

- **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 Schuldner 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 Geschäfts 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.
- Gemäß § 142 Absatz 1 InsO n.F. ist eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Absatz 1 – 3 InsO gegeben sind und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner **unlauter** handelte. **Mit dieser Regelung wird der in der Rechtsprechung des BGH in den letzten Jahren entwickelte Gedanke der Ausweitung des Bargeschäfts auf „bargeschäftsähnliche Handlungen“ im Rahmen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Absatz 1 InsO in das Gesetz aufgenommen.**
- Zwar stellt die gesetzliche Regelung nur noch darauf ab, dass eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangen muss; auf den Nutzen für die Gläubiger und die Bedeutung für die Fortführung des schuldnerischen Unternehmens soll es nicht mehr ankommen. **Die Neuregelung privilegiert damit – anders als die bisherige Rechtsprechung des BGH – auch solche Geschäfte, die im**



**Rahmen einer erkennbaren Insolvenzverschleppung vom Schuldner zu Lasten seiner Gläubiger getätigt wurden.**

- Nimmt man den Gesetzestext / die Gesetzesbegründung wörtlich, bliebe der Anfechtungsgegner, der die Insolvenzverschleppung des Schuldners durch die Weiterbelieferung fördert und von ihr profitiert anfechtungsrechtlich ungeschoren, es sei denn, die Praxis geht über die Begründung des Gesetzes hinweg und sieht – Gesetzesbegründung hin oder her – **auch in der Insolvenzverschleppung ein unlauteres Schuldnerhandeln.**
- Die Unlauterkeit des Schuldnerhandelns im Rahmen des § 142 Absatz 1 InsO ist also praxisgerecht dahingehend zu verstehen, **die Kenntnis des Gläubigers von einer Insolvenzverschleppung des Schuldners und der Benachteiligung seiner Gläubiger ausreichen zu lassen, um von einer Unlauterbarkeit auszugehen** (vgl. Prof. Dr. Pape „Anfechtungsrecht 2017 – Abschied von der Insolvenzrechtsreform auf Raten“, ZInsO 2018, 303 und 304). Kennt der Gläubiger die Tatsachen, aus denen sich die Zahlungseinstellung des Schuldners ergibt, weiß er jedenfalls bei einer antragspflichtigen juristischen Person aber auch um die Verschleppung, an der er sich beteiligt und von der er zu Lasten der übrigen Gläubiger profitiert; allerdings nur, wenn er dies auch erkennt, vgl. BGH vom 04.05.2017 – IX ZR 285/16.

### III. Zivilrechtliche Haftung des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft wegen Insolvenzverschleppung, § 15 a InsO und veranlassten Vermögensabflüssen gemäß § 64 GmbHG

#### – Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

1. **Begriff der Zahlungsunfähigkeit** (nachstehende Ausführungen beruhen auch auf dem Aufsatz des Richters am BGH Prof. Dr. Markus Gehrlein in ZInsO 2018, 354 – 362)

#### **Urteil des BGH vom 19.12.2017 – II ZR 88/16, ZInsO 2018, 381**

GmbHG § 64 Satz 1 ; InsO § 17 Absatz 2 Satz 1

Leitsatz des Gerichts:

1. Einen vom Insolvenzverwalter zur Darlegung der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gemäß § 17 Absatz 2 Satz 1 InsO aufgestellten Liquiditätsstatus, der auf den Angaben aus der Buchhaltung des Schuldners beruht, kann der Geschäftsführer nicht mit der pauschalen Behauptung bestreiten, die Buchhaltung sei nicht ordnungsgemäß geführt worden. Er hat vielmehr im Einzelnen vorzutragen und gegebenenfalls zu beweisen, welche der in den Liquiditätsstatus eingestellten Verbindlichkeiten trotz entsprechender Verbuchung zu den angegebenen Zeitpunkten nicht fällig und eingefordert gewesen sein sollen.
2. Bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 17 Absatz 2 Satz 1 InsO anhand einer Liquiditätsbilanz sind auch die innerhalb von 3 Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) einzubeziehen.

## I. Zahlungseinstellung

### 1. Begriff der Zahlungseinstellung

Zahlungseinstellung ist gemäß § 17 Absatz 2 Satz 2 InsO dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Es muss sich mindestens für die beteiligten Verkehrskreise der berechnete Eindruck aufdrängen, dass der Schuldner außer Stande ist, seine fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen.

### 2. Indizien einer Zahlungseinstellung

Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweiszeichen gefolgert werden (sog. wirtschaftskriminalistische Methode). Sind derartige Indizien vorhanden, bedarf es nicht einer darüber hinausgehenden Darlegung und Feststellung der genauen Höhe der gegen den Schuldner bestehenden Verbindlichkeiten **oder gar einer Unterdeckung von mindestens 10%**.

#### – Eigene Erklärungen des Schuldners

Eigene Erklärungen des Schuldners, fällige Verbindlichkeiten nicht begleichen zu können, deuten auf eine Zahlungseinstellung hin, auch wenn sie mit einer Stundungsbitte verbunden sind.

- Nicht beglichene gleichalte Forderungen

Haben im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlung fällige Verbindlichkeiten anderer Gläubiger bestanden, die bis zur Verfahrenseröffnung nicht mehr beglichen worden sind, kann darin im Blick auf die angefochtene Zahlung ein Indiz für eine Zahlungseinstellung zu erkennen sein. Das Beweisanzeichen findet seine Rechtfertigung in dem Umstand, dass eine Zahlungseinstellung naheliegt, wenn der Anfechtungsgegner Zahlung erlangte, während gleichzeitig fällige Verbindlichkeiten sonstiger Gläubiger bis zur Verfahrenseröffnung nicht befriedigt wurden.

- Operieren am finanzwirtschaftlichen Abgrund

Zahlungseinstellung kann auch gegeben sein, wenn der Schuldner durch ständige, verspätete Begleichung auch seiner sonstigen Verbindlichkeiten einen Forderungsrückstand vor sich herschiebt und demzufolge ersichtlich am Rande des finanzwirtschaftlichen Abgrundes operiert.

- Rückstände gegenüber unentbehrlichem Gläubiger

Dem Schuldner ist regelmäßig an einer möglichst störungsfreien Geschäftsabwicklung gerade im Verhältnis zu seinem Hauptlieferanten gelegen. In der Nichtbegleichung allein einer solchen Forderung kann sich folglich die Zahlungseinstellung des Schuldners äußern. Insoweit fällt ins Gewicht, wenn es sich um einen wichtigen, zur

Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes unentbehrlichen Lieferanten des Schuldners handelt.

### Vollstreckungsmaßnahmen

Gegen den Schuldner betriebene Vollstreckungsverfahren legen die Schlussfolgerung der Zahlungseinstellung nahe.

- Sozialversicherungsbeiträge, Steuern

Besonderes Gewicht für den Nachweis einer Zahlungseinstellung kommt dem Beweisanzeichen der Nichtbegleichung von Sozialversicherungsbeiträgen zu, weil diese Forderungen in der Regel wegen der drohenden Strafbarkeit (§ 266 a StGB) bis zuletzt entrichtet werden.

- Androhung einer Liefersperre

Bei einer durch die Androhung einer Liefersperre erwirkten Zahlung ist für den Empfänger die eingetretene Zahlungsunfähigkeit regelmäßig unübersehbar.

- Keine bloße Zahlungsstockung bei Rückstand über mehr, als 3 Wochen

Ist der Schuldner nicht in der Lage, sich innerhalb von 3 Wochen die zur Begleichung der fälligen Forderungen benötigten finanziellen Mittel zu beschaffen, so handelt es sich nicht mehr um eine rechtlich unerhebliche Zahlungsstockung (vgl. auch Rechtsgedanken aus § 15 a Absatz 1 Satz 1 InsO). **Die von dem Schuldner in Anspruch genommenen Zahlungsfristen von jeweils rund einem Monat bilden mithin ein Indiz für eine Zahlungseinstellung** (vgl. BGH vom 09.06.2016, ZInsO 2016, 1357, Rz 27).

– Zahlungsunwilligkeit

Eine insolvenzrechtlich beachtliche Zahlungsunwilligkeit liegt nur vor, wenn der Schuldner tatsächlich noch zahlungsfähig ist (vgl. BGH vom 24.03.2016 – XI ZR 239/09).

– Beseitigung der Zahlungseinstellung

Eine verwirklichte Zahlungseinstellung kann nur überwunden werden, indem der Schuldner sämtliche Zahlungen wieder aufnimmt. Ein Gläubiger, der von der einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wusste, hat darzulegen und zu beweisen, warum er später davon ausging, der Schuldner habe seine Zahlungen allgemein wieder aufgenommen.

– Gegenbeweis

Eine Zahlungseinstellung begründet eine Vermutung für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit, die von dem Prozessgegner widerlegt werden kann.

## II. Zahlungsunfähigkeit

In eine Prüfung der Zahlungsunfähigkeit ist einzutreten, wenn eine Zahlungseinstellung ( §17 Absatz 2 Satz 2 InsO ) nicht festzustellen ist. Gleiches gilt, wenn zwar eine Zahlungseinstellung vorliegt, der dadurch begründeten Vermutung aber durch den Gegenbeweis, dass Zahlungsfähigkeit vorliegt, entgegengetreten wird. Mithin bedarf es der Klärung, unter welchen Voraussetzungen gemäß § 17 Absatz 2 Satz 1 InsO (Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen) Zahlungsunfähigkeit vorliegt.

### 1. Maßgebliche Verbindlichkeiten

#### – Fälligkeit

In die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit sind grundsätzlich alle gegen den Schuldner gerichteten fälligen Zahlungsforderungen einzubeziehen. Einredebehaftete Forderungen sind nicht fällig und damit unbeachtlich (vgl. HK – InsO / Rüntz, 8. Aufl., § 17 Rz 6).

Eine Forderung ist bereits dann i.S.d. § 17 Absatz 2 Satz 1 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Zahlung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt. Hierfür genügen bereits alle denkbaren fälligkeitsbegründenden Handlungen des Gläubigers.

Das Merkmal des ernsthaften Einforderns dient lediglich dem Zweck, solche fälligen Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit auszunehmen, die rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärungen – gestundet sind (vgl. BGH vom 06.12.2012, ZInsO 2013, 190). Maßgeblich ist allein die Geldliquidität, so dass nur Zahlungspflichten, nicht etwa sonstige Verbindlichkeiten, **wie etwarückständige Lieferpflichten** zu berücksichtigen sind.

– Rechtliche oder faktische Stundung

Allerdings dürfen Forderungen, die rechtlich oder auch nur tatsächlich – also ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – gestundet sind, bei der Feststellung der Zahlungseinstellung und Zahlungsunfähigkeit nicht berücksichtigt werden, es sei denn, es handelt sich um **erzwungene Stundungen** (vgl. BGH vom 14.02.2008 – IX ZR 38/04). Unter eine faktische Stundung fällt auch ein bloßes Stillhalteabkommen.

2. Maßgebliche Mittel

Fällige Zahlungspflichten (§ 17 Absatz 2 Satz 1 InsO) können nur mit Geld oder anderen üblichen Zahlungsmitteln erfüllt werden. Grundsätzlich sind in die zur Prüfung der Voraussetzungen des § 17 InsO zu erstellende Liquiditätsbilanz daher nur die aktuell verfügbaren liquiden Mittel und die kurzfristig verwertbaren Vermögensbestandteile aufzunehmen, also regelmäßig ein Bankguthaben, der Kassenbestand, ein kurzfristig



veräußerungsfähiger PKW und die monatlich zu erwartenden Zahlungen.

Alle denkbaren Quellen, Liquidität zu erhalten, können berücksichtigt werden, wenn mit einer kurzfristigen Realisierung dieser Mittel gerechnet werden kann.

### 3. Liquiditätsbilanz

Die Liquiditätslage des Schuldners kann mit Hilfe eines Finanzplanes ermittelt werden, wobei in zeitlicher Reihenfolge die verfügbaren Zahlungsmittel und die fälligen Verbindlichkeiten ausgewiesen werden. Dementsprechend ist zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit von § 17 Absatz 2 Satz 1 InsO eine Liquiditätsbilanz aufzustellen (sog. betriebswirtschaftliche Methode).

#### – Berücksichtigung von Neuverbindlichkeiten

Mit der hier besprochenen Entscheidung des II. ZS Senats hat der BGH nunmehr in Einklang mit der weit überwiegenden Auffassung entschieden, dass auch die innerhalb der Dreiwochenfrist hinzukommenden Forderungen gegenüber dem Schuldner den Verbindlichkeiten hinzuzurechnen sind.

Nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 24.05.2005 hierzu (ZInsO 2005, 897) wird dem Schuldner eine Zeitspanne von 3 Wochen zur Bereinigung seiner Verbindlichkeiten eingeräumt. Der BGH erachtet als Zeitspanne zur Generierung von Liquidität in Anlehnung an § 286 Absatz 3 BGB, § 15 a InsO eine Frist von 3 Wochen für angemessen.

Gelten alle fälligen Verbindlichkeiten als ernsthaft eingefordert, sind neben den bereits fälligen auch die binnen 3 Wochen fällig werdenden Verbindlichkeiten zur Vermeidung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen, zumal der Schuldner binnen 3 Wochen nicht sämtliche Verbindlichkeiten tilgen muss, sondern **eine fortbestehende Lücke von weniger als 10% hingenommen wird.**

- Streitig bleibt, ob bei einer Unterdeckung von weniger, als 10%, bereits die Liquidität für die nächsten 3 Wochen prognostiziert werden muss, oder aber abgewartet werden kann, bis die 10% - Grenze überschritten ist.

Billigt man der Zahlungsstockung eigenen Charakter neben der Zahlungsunfähigkeit zu, dann beginnt eine Zahlungsunfähigkeit erst bei einer Unterdeckung von mehr, als 10%.

Sieht man hingegen die Zahlungsstockung als eine Ausnahme von der Zahlungsunfähigkeit an, sind auch bei einer Zahlungsstockung auf Grund geringfügiger Unterdeckung alle künftigen Verbindlichkeiten bereits einzubeziehen. **Konsequenz dieser Sichtweise ist, dass bei einer geringfügigen Unterdeckung täglich erneut die Liquidität der nächsten 21 Tage prognostiziert werden muss,** um den möglichen Zeitpunkt zu erkennen, der die Unterdeckung anschwellen lässt und somit zur Zahlungsunfähigkeit führen kann (vgl. hierzu Mylich, Zur Abgrenzung von Zahlungsstockung und Zahlungsunfähigkeit, ZIP 2018, 514,518).

- Eine einmal nach außen hin in Erscheinung getretene Zahlungseinstellung wirkt grundsätzlich fort. Sie kann nur

dadurch wieder beseitigt werden, dass die Zahlungen im Allgemeinen wieder aufgenommen werden. Dies erfordert, dass – bis auf unwesentliche Ausnahmen – alle Zahlungen geleistet werden können (vgl. BGH vom 25.10.2012 – IX ZR 117/11).

#### 4. Beseitigung der Liquiditätslücke in überschaubarer Zeit

Welche Dauer für die Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit gewährt werden kann, harrt bisher auch nur einer annähernden Konkretisierung. Immerhin wurde aus berufenem Munde geäußert, dass als Ausnahme in aller Regel nur Verzögerungen bis zu 3 Monaten in Betracht kommen können und solche, die länger als 6 Monate dauern, generell indiskutabel sind (vgl. Fischer, ZGR 2006, 403,406).

Sollen Eröffnungsentscheidungen nicht auf unabsehbare Zeit hinausgeschoben werden, dürfte ein Zeitraum von nicht mehr, als einem Monat zu veranschlagen sein (vgl. AG Hamburg, ZInsO 2008, 52,53).

Ein Abwarten über 3-6 Monate hinaus kann den Gläubigern in aller Regel schwerlich zugemutet werden. Ein Abwarten mag in Betracht kommen, wenn das Vermögen des Schuldners unzweifelhaft sämtliche Verbindlichkeiten deckt, die Umsetzung in Geld aber mit speziellen, zeitlichen Schwierigkeiten behaftet ist.

## – 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 Überschuldung. 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 Gesellschaftsvermögens 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 Dienstleistungen oder die Lieferung von Waren.

Haftungsbegründende 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 zusammenhängender Rechtshandlungen und der „Berücksichtigung von Vorteilen“ sind Ausprägung dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise (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 Gläubigergemeinschaft 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.



- **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.

- **Keine Haftungsminde rung 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).

– **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 GmbHG, 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 debitorischem 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.

- **Zur Masseschmälerung bei Einziehung einer erst nach Insolvenzzreife 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 Insolvenzzreife 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 Sicherungseigentum 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 Insolvenzzreife 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.

– **Masseschmälerung gemäß § 142 InsO analog – Geschäftsführerhaftung**

**Urteil des BGH vom 04.07.2017 – II ZR 319/15**

GmbHG § 64 Satz 1

Leitsätze des Gerichts:

1. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursacht Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Zahlung durch eine Gegenleistung ausgeglichen wird. Die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a.F. sind insoweit nicht entsprechend anwendbar.
2. Die in die Masse gelangte Gegenleistung muss für eine Verwertung durch die Gläubiger geeignet sein. Das sind Arbeits- oder Dienstleistungen in der Regel nicht.
3. Wenn die Gesellschaft insolvenzreif und eine Liquidation zugrunde zu legen ist, ist die in die Masse gelangende Gegenleistung grundsätzlich nach Liquidationswerten zu bemessen.



- **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:

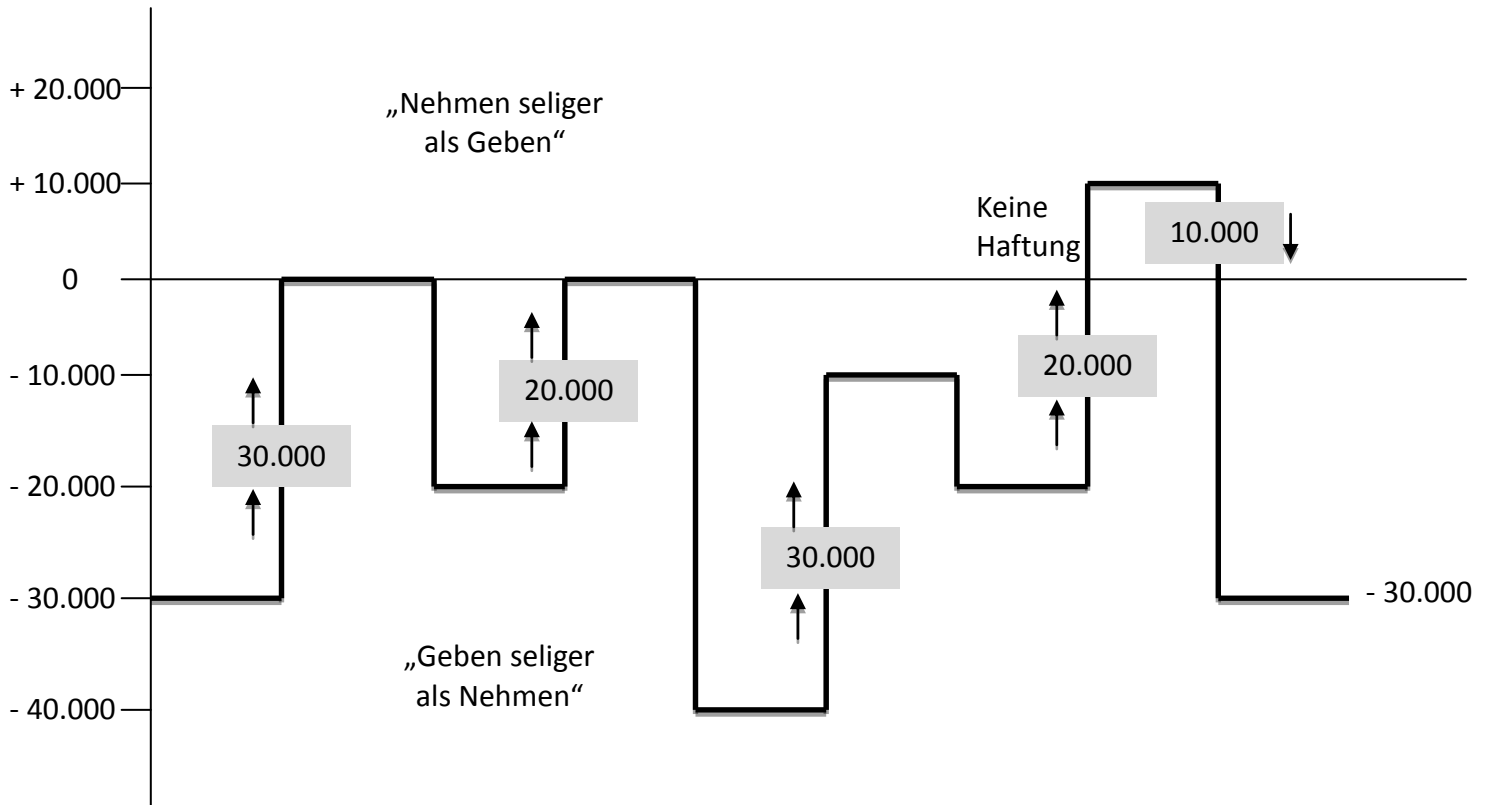
- Leistungen unter Einsatz eines Leistungsmittlers sind grundsätzlich inkongruent.
  - Allerdings kann dreiseitiges Zuwendungsverhältnis wirksam von den Beteiligten vereinbart werden.
  - Vertragsabrede muss vor Beginn des Leistungsaustauschs getroffen werden (BGH Z 208, 243 Rz 20).
- Unmittelbarer Zusammenhang:
    - 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 Rz24).
- Mögliche Ersatzansprüche aus § 43 GmbHG bei zweckwidriger Verwendung von Gesellschaftsmitteln.

– Insolvenzverschleppungshaftung nach § 64 GmbHG (Schaubild)



frei nach Karsten Schmidt, ZIP 2008, 140

– **Haftung der Geschäftsleitung in der Eigenverwaltung**

**Urteil des BGH vom 26.04.2018 – IX ZR 238/17, ZIP 2018, 977 ff**

InsO § 270 Absatz 1 Satz 2, §§ 60, 61

Leitsatz des Gerichts:

Wird im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft Eigenverwaltung angeordnet, haftet der Geschäftsleiter den Beteiligten analog §§ 60,61 InsO.

**Argumente zur Anwendung des § 61 InsO zu Lasten des eigenverwaltenden Schuldners**

**Pro**

- Disziplinierung der Geschäftsführung im Gläubigerinteresse.  
Ansonsten lückenhafte Haftung, da nur der Sachwalter und dann nur gemäß § 60 InsO haftet, § 274 InsO.
- Umfangreichere Haftung als die Geschäftsführerhaftung nach § 43 GmbHG notwendig, da der eigenverwaltende Geschäftsführer auch insolvenzrechtliche Aufgaben übernimmt.
- Die Haftung gemäß § 61 InsO würde den Haftungszeitraum des

**Contra**

- Der eigenverwaltende Schuldner haftet ehemals nach § 35 InsO und es werden Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 InsO begründet.
- Der Gesetzgeber hat bewusst nur die Sachwalterhaftung gemäß §§ 274, 60 InsO angeordnet und nicht auch die weitergehende Haftung nach § 61 InsO.  
Es liegt also keine Regelungslücke vor.
- Die Anwendung des § 61 InsO auf den geschäftsführenden Schuldner

- Schuldners überdauern, vgl. § 201 InsO.
- Ein Individualschaden des Gläubigers wäre außerhalb des Insolvenzverfahrens durchsetzbar.
  - Bei Masseunzulässigkeit wäre kein Haftungsfond mehr vorhanden.
  - Regelmäßig keine Haftung des (natürlichen) Schuldners nach Verfahrensbeendigung, § 201 InsO.
- wäre nur im Wege der doppelten Analogie möglich.
- Der eigenverwaltende Schuldner übt keine eigenständige Amtsfunktion aus und hat damit keine einem vom Gericht bestellten Insolvenzverwalter vergleichbare Rechtsstellung.
  - Der Rechtsverkehr weiß, dass keine Amtsperson eingesetzt wurde, sondern der Schuldner sich selbst verwaltet.
  - Bei Missbrauch der Geschäftsführerfunktion des eigenverwaltenden Schuldners ist jederzeit die Aufhebung der Eigenverwaltung möglich, §§ 274 Absatz 3, 21 InsO.
  - Über einen auch bei der Gesellschaft (Schuldnerin) eingetretenen Schaden haftet der Geschäftsführer bereits über die Innenhaftung gemäß § 43 GmbHG bei Verletzung insolvenzrechtlicher Vorschriften (Legalitätspflicht).
  - Ein Einzel-Gläubiger-Schaden und auch ein Gläubigergesamtschaden kann durch den Sachwalter entsprechend § 93 InsO über die eigenverwaltende Schuldnerin geltend gemacht werden. Einzel-Gläubiger-Schäden würden dann treuhänderisch vom Sachwalter zu Gunsten der Gläubiger eingezogen werden.

#### **IV. Die Haftung des Gesellschafters bei Abschluss von Rechtsgeschäften**

- **Gesellschafterdarlehn: Insolvenzanfechtung der Rückgewähr binnen eines Jahres vor Insolvenzantrag ohne Krise der GmbH**

##### **Beschluss des BGH vom 30.04.2015 – IX ZR 196/13, GmbH 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, GmbHHR 2008, 449 ff, ob die GmbH-Reform durch das MoMiG auf Kosten des Geschäftsführers geht, nicht von der Hand zu weisen.

**Anmerkung:**

In diesem Zusammenhang hat der **BGH am 23.11.2018 (IX ZR 218/16, NZI 2018, 71 ff.)** entschieden:

**Hat ein Gesellschafter zusätzlich zu seiner Beteiligung als Gesellschafter eine (typische) stille Beteiligung übernommen, stellt der Anspruch auf Rückgewähr der stillen Einlage eine einem Darlehen gleichgestellte Forderung dar.**

Die Rückzahlung der von der Gesellschafterin zusätzlich übernommenen (typischen) stillen Beteiligung ist als Befriedigung eines Anspruches auf Rückzahlung einer einem Darlehen im Sinne von § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO gleichgestellten Forderung anfechtbar.

- **Anspruch des Insolvenzverwalters gegen Gesellschafter auf unentgeltliche Nutzungsüberlassung.**

**Urteil des BGH vom 29.01.2015, ZIP 2015, 589**

1. Nach Wegfall des Eigenkapitalersatzrechts besteht kein Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Nutzung von Betriebsanlagen, die der Gesellschafter seiner Gesellschaft vermietet hat.
  2. Eine Aussonderungssperre kann in der Insolvenz einer Gesellschaft auch gegenüber einem mittelbaren Gesellschafter geltend gemacht werden. Das hierfür zu entrichtende Nutzungsentgelt bemisst sich nach dem Durchschnitt des im letzten Jahr vor Stellung des Insolvenzantrages anfechtungsfrei tatsächlich Geleisteten. Eine Aussonderungssperre scheidet aus, wenn der Überlassungsvertrag fortwirkt und der Gesellschafter gegenüber dem Insolvenzverwalter keine Aussonderung verlangen kann.
  3. Die Zahlung eines Nutzungsentgelts kann gegenüber dem Gesellschafter nicht als Befriedigung eines Darlehns, sondern nur als Befriedigung einer darlehnsgleichen Forderung angefochten werden.
- Das zwischen der Klägerin und der Schuldnerin geschlossene Mietverhältnis währte ungeachtet der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin im vollen Umfange bis zur kündigungsbedingten Beendigung ein Jahr nach Verfahrenseröffnung fort, § 108 Absatz 1 Satz 1 InsO. Bei den entsprechenden Mietzinsansprüchen des Vermieters handelt es sich



also um vorweg zu befriedigende Masseverbindlichkeiten im Sinne von § 55 Absatz 1 InsO.

Alle Auslegungsversuche, in diesen Fällen § 39 Absatz 1 Nr. 5 InsO einen Anspruch des Insolvenzverwalters auf unentgeltliche Gebrauchsüberlassung zu entnehmen, entbehren einer tragfähigen Grundlage.

Auch § 135 Absatz 3 InsO gibt dem Insolvenzverwalter in diesen Fällen kein Recht, den Miet- oder Pachtgegenstand des Gesellschafters kostenlos zu nutzen. § 135 Absatz 3 InsO setzt nämlich ein beendetes Mietverhältnis voraus und gewährt dem Insolvenzverwalter nur unter den besonderen Voraussetzungen des § 135 Absatz 3 InsO das Recht, dem die Aussonderung (Herausgabe) begehrenden Gesellschafter zeitlich befristet eine Aussonderungssperre entgegenzuhalten. Allerdings gilt § 135 Absatz 3 InsO auch für einen mittelbaren Gesellschafter, der in Folge einer horizontalen oder vertikalen Verbindung einem Gesellschafter gleichsteht.

- Im Anwendungsbereich des § 135 Absatz 3 InsO bestimmt sich die Höhe des Mietzinses (Ausgleichs) nach dem im letzten Jahr tatsächlich vom Schuldner Geleisteten. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift können nur solche Zahlungen bei der Bemessung des Anspruchs angerechnet werden, die der Gesellschafter trotz der Verfahrenseröffnung behalten darf. Darum haben **anfechtbare Zahlungen außer Acht zu bleiben**, weil sie dem Gesellschafter keine dauerhaft verbleibende Befriedigung gewähren.

Abweichend vom Wortlaut des § 135 Absatz 3 Satz 2 InsO ist nicht der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, sondern entsprechend den allgemeinen anfechtungsrechtlichen Grundsätzen **der Zeitpunkt der Antragsstellung als Stichtag der Jahresfrist für die Berechnung**

**des Ausgleichsanspruchs** heranzuziehen. Bei dem anders lautenden Gesetzestext handelt es sich um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers.

- Da mit der Regelung des § 135 Absatz 3 InsO eine Ausgleichspflicht für eine vertragslose Zeitspanne geschaffen wird, begründet die Norm ein gesetzliches Schuldverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Masse. Fehlt es an einem Aussonderungsrecht, ist § 135 Absatz 1 Satz 3 InsO unanwendbar und das volle vertraglich vereinbarte Nutzungsentgelt geschuldet.

Die von dem Gesetzgeber angesprochene Notwendigkeit einer Kündigung verdeutlicht, dass der geminderte Entgeltanspruch nur im Rahmen des gesetzlichen Schuldverhältnisses maßgeblich und deshalb an die – gleich ob von dem Gesellschafter oder dem Insolvenzverwalter veranlasste – Beendigung des Nutzungsvertrages geknüpft ist.

Während der Laufzeit des Vertrags bleibt folgerichtig die vertragliche Vergütungsvereinbarung wirksam. Durch den Hinweis auf das Sonderkündigungsrecht wird dem Insolvenzverwalter ein Weg vorgezeichnet, in Ausübung dieses Gestaltungsrechts den Nutzungsvertrag zu beenden und den Entgeltanspruch auf den Durchschnitt des vor Verfahrenseröffnung Geleisteten zu senken.

Im Übrigen ist § 135 Absatz 3 InsO nicht einschlägig, wenn der Betrieb stillgelegt wird und keine Betriebsfortführung beabsichtigt ist.

- Verspätete Mietzinszahlungen der Schuldnerin an die Klägerin sind nicht gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO anfechtbar. Nur Kreditrückzahlungen unterliegen gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO als Befriedigung einer Forderung auf Rückgewähr eines Darlehns **ohne zusätzliche tatbestandliche Voraussetzungen der Anfechtung**. Werden von der Gesellschaft hingegen

Nutzungsentgelte entrichtet, greift § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO wegen **der abweichenden Forderungsart** nicht unter dem Gesichtspunkt der Rückgewähr eines Darlehns durch.

Denn eine Nutzungsüberlassung durch den Gesellschafter ist nach heutigem Verständnis mit einer Darlehnsgewährung nicht mehr wirtschaftlich vergleichbar. Deshalb kann die Tilgung von Nutzungsentgelten nicht als Darlehnsrückzahlung, sondern nur im Falle einer vorherigen Stundung oder eines Stehenlassens als Befriedung einer darlehnsgleichen Forderungen gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO der Anfechtung unterworfen werden, wenn trotz Stundungsvereinbarung Zahlungen auf die Mietzinsschuld geleistet werden.

- Ungeachtet des Entstehungsgrundes entsprechen einem Darlehn alle aus Austauschgeschäften herrührende Forderungen, die der Gesellschaft rechtlich oder rein faktisch gestundet wurden, weil jede Stundung bei wirtschaftlicher Betrachtung eine Darlehnsgewährung bewirkt. Wird eine Leistung bargeschäftsähnlich abgewickelt, scheidet eine rechtliche oder rein faktische Stundung, die zur Umqualifizierung als Darlehn führt, aber aus (vgl. BGH ZIP 2014, 1491).
- Ein Baraustausch liegt bei länger währenden Vertragsbeziehungen in Anlehnung an § 286 Absatz 3 BGB vor, wenn Leistung und Gegenleistung binnen eines Zeitraumes von 30 Tagen abgewickelt werden. Wird ein Baraustausch durchgeführt, handelt es sich nicht um eine stehengelassene und damit einem Darlehn wirtschaftlich entsprechende Forderung, die gemäß § 135 Absatz 1 Nr. 2 InsO der Anfechtung zugänglich ist.

– **Reichweite des Verwalter-Vergleichs mit Gesellschaftern einer OHG**

**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.

**V. Die (neue) Haftung des Steuerberaters wegen Insolvenzverschleppung bei Vorlage eines einen Jahresfehlbetrag ausweisenden Jahresabschlusses.**

- **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.

- **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).
- **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.

## VI. Neue Rechtsprechung zum Vermieterpfandrecht und zum Werkvertragsrecht in der Insolvenz sowie zur Durchsetzung von Wohngeldansprüchen in der Insolvenz des Wohnungseigentümers.

- Anwendung der Eigentumsvermutung des § 1006 BGB auf den Vermieter betreffend sein Pfandrecht

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.

– **Zur Kündigung von Werkverträgen in der Insolvenz des Werkunternehmers**

**Urteil des BGH vom 14.09.2017 – IX ZR 261/15, ZIP 2017, 1915**

InsO § 103; BGB §§ 649,651

Eigene Leitsätze:

1. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers stellt für sich genommen keinen aus § 314 BGB analog oder § 648 Absatz 1 BGB (n.F.) wichtigen, die Vergütungsansprüche des Unternehmers ausschließenden Grund für die Kündigung eines Werklieferungsvertrages dar, wohl aber ein auf Eigenantrag hin gestellter Insolvenzantrag des Werkunternehmers, wenn die VOB vereinbart war (vgl. BGH vom 07.04.2016 – VII ZR 56/15).
2. Werkverträge können gemäß § 649 BGB auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gekündigt werden.

- Gesetzliche Lösungsrechte vom Vertrag, die nicht an eine Leistungsverpflichtung des Schuldners anknüpfen, sind insolvenzfest. Beispielhaft sind die außerordentlichen Kündigungsrechte nach §§ 314, 543, 626 BGB genannt. Für das Kündigungsrecht nach § 649 BGB ergibt sich nichts anderes. Das in § 649 BGB geregelte Kündigungsrecht des Bestellers besteht auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Unternehmers fort.
- In der Entscheidung vom 14.09.2017 setzt sich der BGH in den Rz 18-21 mit der Frage auseinander, ob der Verwalter die Erfüllung des Vertrages abgelehnt hat, weil in diesem Fall die Kündigung des Bestellers unwirksam sei. Der BGH arbeitet heraus, dass der Verwalter die Erfüllung nicht abgelehnt hat und stellt in diesem Zusammenhang nochmals klar, dass die

Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters gemäß § 103 InsO unabhängig davon erst mit Verfahrenseröffnung gilt, ob der Insolvenzverwalter schon vorläufiger Verwalter war und welche Erklärungen er gegenüber dem Besteller des Werkes als vorläufiger Verwalter abgegeben hatte.

**Das Kündigungsrecht gemäß § 649 Satz 1 BGB wird weder von der Verfahrenseröffnung, noch von einer Erfüllungswahl des Verwalters berührt. Das Kündigungsrecht besteht fort** (vgl. Zeyns, Das Kündigungsrecht des Bestellers in der Unternehmensinsolvenz, zugleich Besprechung BGH vom 14.09.2017, ZIP 2018, 12).

- Die Voraussetzungen einer Kündigung aus wichtigem Grund, der den grundsätzlich nach ordentlicher Kündigung gemäß § 649 BGB fortbestehenden Vergütungsanspruch zu Fall gebracht hätte, waren ebenfalls nicht erfüllt. Die Vorschrift des § 314 BGB greift nicht ein, da kein Dauerschuldverhältnis vorlag.

Zwar sieht § 649 BGB in seiner zur Zeit der BGH-Entscheidung noch geltenden Fassung eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht vor, nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Auftraggeber eines Werkvertrages jedoch berechtigt, den Vertrag zu kündigen, wenn durch ein schuldhaftes Verhalten des Auftragnehmers der Vertragszweck so gefährdet ist, dass der vertragstreuen Partei die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann (§ 648 a Absatz 1 Satz 2, Absatz 5 BGB – NEU normiert jetzt einen solchen wichtigen Grund zur Kündigung des Werkvertrages). **Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, welche die Beklagte vorliegend zum Anlass ihrer Kündigung genommen hat und die auf den von der Schuldnerin zu vertretenden Mangel an Zahlungsmitteln zurückzuführen war, stellt jedoch keinen wichtigen Grund für die Kündigung des zuvor geschlossenen Werklieferungsvertrages dar.**

- Die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats (BGH vom 07.04.2016, VII ZR 56/15) ist auf den vorliegenden Fall der Kündigung einzelner



Werk(lieferungs)verträge nicht übertragbar, da die Beklagte ihre Kündigung nicht auf den Eigenantrag der Schuldnerin gestützt hat, sondern auf Ereignisse nach Insolvenzantragstellung in der Eröffnungsphase und im Übrigen nicht die VOB galt, nach dessen § 8 Absatz 2 eine Kündigung bei Insolvenz des Unternehmers zulässig ist.

- **Zur Geltendmachung bevorrechtigter Hausgeldforderungen der WEG in der Insolvenz eines Wohnungseigentümers, § 10 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 ZVG.**

a) Hier möchte ich auf **folgende Entscheidung des BGH vom 21.07.2011, ZIP 2011, 1723 mit folgenden Leitsätzen** hinweisen:

1. In der Insolvenz eines Wohnungseigentümers ist die Wohnungseigentümergeinschaft wegen der nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten, vor der Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Hausgeldansprüche ohne die Notwendigkeit einer vorherigen Beschlagnahme des Wohnungseigentums absonderungsberechtigt.
  
2. Sofern die Berechtigten gegen den säumigen Wohnungseigentümer vor der Insolvenzeröffnung keinen Zahlungstitel erlangt haben, können sie den das Absonderungsrecht bestreitenden Insolvenzverwalter mit der Pfandklage auf Duldung der Zwangsversteigerung in die Eigentumswohnung in Anspruch nehmen. Das Prozessgericht muss in diesem Fall prüfen, ob die Voraussetzungen des Vorrechts gegeben sind.

Mit dieser Entscheidung dürfte geklärt sein, dass § 49 InsO der Wohnungseigentümergeinschaft nunmehr ein Mittel in die Hand gibt, wegen des in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG normierten Vorrechts im Rahmen der Insolvenz die abgesonderte Befriedigung zu verlangen.

Allerdings muss **die Entscheidung des BGH vom 13.09.2013, ZIP 2013, 2122 beachtet werden**, nach der

das in § 10 Absatz 1 Nr. 2 ZVG enthaltene Vorrecht kein dingliches Recht der Wohnungseigentümergeinschaft begründet.

Dies bedeutet, **dass § 10 Absatz 1 Nr. 2 ZVG lediglich eine Privilegierung schuldrechtlicher Ansprüche im Zwangsversteigerungsverfahren, und gemäß § 49 InsO im Insolvenzverfahren enthält**, aber kein schuldrechtsloses dingliches Recht. Zum Sachverhalt der Entscheidung des BGH vom 13.09.2013:

In dem zu Grunde liegenden Verfahren war der Sohn des Beklagten Eigentümer einer Wohnung, die zu der Anlage der Wohnungseigentümergeinschaft (Klägerin) gehört. Er beglich in den Jahren 2009 und 2010 Hausgelder aus den Jahresabrechnungen für 2008 und 2009 nicht. Die offenen Hausgeldforderungen beliefen sich insgesamt auf € 1.125,23. Im April 2010 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Die Klägerin meldete die Forderungen in dem Insolvenzverfahren zur Tabelle an.

Mit notariellem Vertrag vom 09.06.2010 erwarb der Beklagte die Wohnung von dem Insolvenzverwalter und wurde am 13.07.2010 in das Grundbuch als Eigentümer eingetragen.

Die WEG ist der Auffassung, der Beklagte hafte nunmehr mit dem Wohnungseigentum für die Hausgeldrückstände des Voreigentümers.

Ihre Klage auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Wohnungseigentum wegen der offenen Forderungen ist in den Vorinstanzen erfolglos geblieben und hat auch der BGH die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

b) Im Falle des **freihändigen Verkaufs der Immobilie durch den Insolvenzverwalter** außerhalb des Zwangsversteigerungsverfahrens (im Einvernehmen mit dem Grundpfandgläubiger) muss die Wohnungseigentümergeinschaft Folgendes beachten:

- Eine dingliche Surrogation in Bezug auf den Verkaufserlös findet wohl nicht statt. Der BGH hat dies in seiner Entscheidung vom 13.09.2013, NJW 2013, 3515 ausdrücklich offengelassen. Für eine dingliche Surrogation sprechen sich das Landgericht Landau, Urteil vom 17.08.2012 – 3 S 11/12, IMRRS 2012, 3184 und das Amtsgericht Bochum, Urteil vom 22.04.2016 – 94 C 12/16, IMRRS 2016, 0977 aus; dagegen insbesondere Prof, Ulrich Keller, [www.imr-online.de](http://www.imr-online.de) /IVR 4 Dez. 2016.
- Um eine Ersatzaussonderung wegen der rückständigen Wohngelder beim Insolvenzverwalter entsprechend § 48 InsO geltend machen zu können, müssen unverzüglich nach Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters und in jedem Falle (nochmals) mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Bestellung des Insolvenzverwalters die Absonderungsrechte der WEG an den gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten Wohngeldern geltend gemacht werden, da nur dann der Insolvenzverwalter im Sinne von § 48 InsO „unberechtigt veräußert“. **Nur dann ist eine Ersatzabsonderung entsprechend § 48 InsO mit einer entsprechenden persönlichen Haftung des Insolvenzverwalters gem. § 60 InsO möglich** (s.o. Prof. Ulrich Keller, [www.imr-online.de](http://www.imr-online.de) /IVR 4. Dez. 2016); ansonsten verbleiben nur Bereicherungsansprüche gegenüber der Masse, § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO.
- Die Haftung des jeweiligen Eigentümers für Hausgeldrückstände in der in § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG genannten Höhe betreffend die jeweilige Eigentumseinheit kann in der Gemeinschaftsordnung

verankert werden, so dass diese Regelung auch jeden Rechtsnachfolger trifft. Auf diese Weise entfaltet § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG diejenige Wirkung, die ihm von der bislang herrschenden Meinung bereits zugeschrieben wird.

- c) Gibt der Insolvenzverwalter **die Wohnung frühzeitig aus dem Beschlagnahme** frei, bleiben für die Wohnungseigentümergeinschaft und für die Wohnungseigentümer die vorgeschilderten Möglichkeiten bestehen. Dies stellt auch die einzige Chance dar, im Wege einer Vollstreckung den nicht zahlenden Wohnungseigentümer aus der Gemeinschaft zu "entfernen". Denn die Individualvollstreckung ist auch bei einer Freigabe der Wohnung aufgrund des § 89 InsO weiterhin ausgeschlossen (vgl. BGH in ZfIR 2010,251). Trotz der Freigabe können die Wohnungseigentümer also nicht auf die Erträge der Wohnung, insbesondere die Mieten, zwangsweise zurückgreifen. Die Regelung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG wirkt sich daher im Ergebnis wie eine dingliche, wenn auch nicht eingetragene Belastung des Wohnungseigentums aus.

Der BGH führt allerdings aus, dass dieses Absonderungsrecht für die Wohnungseigentümergeinschaft nur fruchtbar gemacht werden kann, wenn es sich um **Insolvenzforderungen** im Sinne des § 38 InsO handelt. Wegen der ab Verfahrenseröffnung entstehenden Wohngelder muss also eine Titulierung erfolgen.

Überdies entsteht das Vorrecht aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht erst mit der Beschlagnahme des Grundstückes im Sinne von § 20 ZVG, sondern bereits mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Miteigentümers.

Für die Geltendmachung des Rechts aus § 49 InsO ist ein Titel über die Ansprüche aus den §§ 16, 28 WEG **nicht erforderlich**. Wie sich aus § 45 Abs. 3 ZVG ergibt, reicht die Glaubhaftmachung hinsichtlich des Bestandes der Forderung im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG aus. Geht nunmehr die

Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Insolvenzverwalter hinsichtlich der Duldung der Zwangsversteigerung vor, muss sie im Zweifel lediglich nachweisen, dass diese Forderungen gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bestehen.

Zu dieser Problematik auch der Aufsatz von Prof. Dr. Sinz und Rechtsanwalt Dr. Hiebert: § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG - Absonderungsrecht der Wohnungseigentümergeinschaft ohne Beschlagnahme? **ZInsO 2012, 205 ff.**

Diese Absonderungsrechte sind zusammenfassend wie folgt durchzusetzen:

- In der Insolvenz eines Wohnungseigentümers ist die Wohnungseigentümergeinschaft wegen der nach § 10 Absatz 1 Nr. 2 ZVG bevorrechtigten, vor der Insolvenzeröffnung fällig gewordenen Wohngeldansprüche ohne die Notwendigkeit einer vorherigen Beschlagnahme des Wohnungseigentums und Titulierung der Ansprüche absonderungsberechtigt.
- Sofern die Berechtigten gegen den säumigen Wohnungseigentümer vor der Insolvenzeröffnung keinen Zahlungstitel erlangt haben, können sie den das Absonderungsrecht bestreitenden Insolvenzverwalter mit der Pfandklage auf Duldung der Zwangsversteigerung in die Eigentumswohnung in Anspruch nehmen. Das Prozessgericht muss in diesem Fall prüfen, ob die Voraussetzungen des Vorrechts gegeben sind.
- Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Wohnungseigentümers entsteht das Vorrecht wegen der Wohngeldansprüche an der bis dahin nicht beschlagnahmten Eigentumswohnung mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.

- Im Falle der Freigabe kann der insolvente Miteigentümer wegen der vor Verfahrenseröffnung entstandenen Wohngeldansprüche im Wege der Pfandklage auf Duldung der Zwangsversteigerung der Eigentumswohnung in Anspruch genommen werden (solange das Insolvenzverfahren noch eröffnet ist) oder kann bei Vorliegen eines Titels über Neuforderung die Zwangsversteigerung des freigegebenen Wohnungseigentums betrieben werden. Wegen der Wohngeldansprüche vor Insolvenzverfahrenseröffnung gilt das allgemeine Vollstreckungsverbot des § 89 InsO.