

## Die neue Rechtsprechung des BGH zur Kenntnis des Gläubigers von drohender Zahlungsunfähigkeit des Schuldners (§ 133 Abs. 1 InsO)

Zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 14. 7. 2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft)

von Rechtsanwalt Dr. Olaf Hiebert, Düsseldorf\*

Mit dem am 23.8.2016 veröffentlichten<sup>1</sup> Urteil<sup>2</sup> hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung sehr deutlich präzisiert und die zuletzt sichtbare Verschärfung des Anfechtungsrechts abgemildert. Ob der Senat bewusst den 14.7., also den Jahrestag des Sturmes auf die Bastille in Paris, gewählt hat, wird kaum bekannt werden. Für die Behandlung der Insolvenzanfechtung gegenüber Lieferanten dürfte die nunmehr vorliegende Entscheidung jedenfalls als revolutionär einzuschätzen sein; sie wird zumindest mittelbar auch auf die Anfechtung gegenüber solchen Gläubigern Einfluss haben, die keine Lieferanten sind. In der Literatur<sup>3</sup> wurde verschiedentlich darauf hingewiesen, dass ein interessengerechtes Insolvenzanfechtungsrecht weniger durch Maßnahmen des Gesetzgebers, sondern vielmehr durch eine sachgerechte, am konkreten Einzelfall orientierte Beweiswürdigung der Gerichte erreicht werden kann. Der schematischen Anwendung der von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Beweiszeichen hat der IX. Senat in erfreulich deutlicher Weise eine klare Absage erteilt. Das Urteil liefert zudem wertvolle Hinweise für die Behandlung des § 133 Abs. 1 InsO in der Praxis, die von den Prozessbeteiligten und den Instanzgerichten zwingend zu berücksichtigen sind. Zudem kristallisiert sich immer deutlicher heraus, wie redliche Gläubiger Insolvenzanfechtungsansprüche vermeiden können.

### I. Der Fall

Die Beklagte belieferte den späteren Insolvenzschuldner, einen Dachdecker, mit Baumaterialien. Vor dem Hintergrund eines eingetretenen Forderungsrückstands teilte der Schuldner der Beklagten Anfang des Jahres 2011 mit, dass er die gesamte offenstehende Forderung nicht sofort und nicht in einem Zuge zahlen könne. Auf wiederholte Mahnungen zahlte der Schuldner sodann Ende der Monate März, April und Mai 2011 jeweils einen Teilbetrag i.H.v. 1.000 €, Ende Juni 2011 weitere 1.015,18 € und Ende September 2.000 € an die Beklagte. Ausweislich einer Mahnung der Beklagten von Ende Mai 2011 beliefen sich die Verbindlichkeiten des Schuldners zu diesem Zeitpunkt auf 10.684,09 €. Zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens stand noch eine Gesamtforderung des Gläubigers i.H.v. 7.484,30 € offen. Der nach Insolvenzantrag v. 30.12.2011 am 1.2.2012 zum Insolvenzverwalter bestellte Kläger verlangte von der Beklagten die erhaltenen 6.015,18 € heraus und behauptete, der Schuldner und die Beklagte hätten eine Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen. Die Klage blieb in allen Instanzen erfolglos.

### II. Inhalt der Entscheidung und Konsequenzen für die Praxis

Der IX. Senat hatte sich aus prozessualen Gründen alleine noch mit der Frage auseinanderzusetzen, ob das Berufungsgericht ohne Verstoß gegen § 286 ZPO zu dem Ergebnis gelangen konnte, dass dem beklagten Gläubiger zum Zeitpunkt der Zahlungen des Schuldners keine Umstände bekannt waren, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zweifelsfrei folgte (Kenntnis des Gläubigers).<sup>4</sup>

Die Urteilsgründe<sup>5</sup> verweisen zunächst auf Altbekanntes. Unter Bezugnahme auf die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung wird klargestellt, dass ein Gläubiger die Zahlungseinstellung des Schuldners kennt, wenn er selbst seine Forderungen eingefordert hat, diese verhältnismäßig hoch sind und er weiß, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, diese Forderungen zu erfüllen. Wenn ein gewerblich tätiger Schuldner monatelang in einen Rückstand von erheblicher Höhe mit betriebsnotwendigen fortlaufenden Verbindlichkeiten gerät – genannt werden hier Steuern, Sozialabgaben, Löhne und Mieten – und danach unregelmäßige Teilzahlungen ohne Minderung der Gesamtschuld leistet, so deuten diese Tatsachen auf seine Zahlungsunfähigkeit hin.<sup>6</sup>

#### 1. Erklärung des Schuldners als isoliertes Beweiszeichen – auf die Details kommt es an

Im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des BGH überraschend ist die Feststellung, dass der Gläubiger aus der Äußerung des Schuldners, er könne die insgesamt offenstehende Forderung nicht sofort und nicht in einem Zuge bezahlen, nicht zwingend den Schluss ziehen musste, der

\* Dr. Olaf Hiebert ist Rechtsanwalt der Sozietät Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater in Düsseldorf.

1 [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

2 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft).

3 Buchalik/Hiebert, ZInsO 2015, 538 ff.

4 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 15.

5 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 21.

6 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 21.

Schuldner habe ihm gegenüber seine Zahlungen eingestellt, mit der Folge, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und dementsprechend die Kenntnis des Gläubigers hiervon zu vermuten sind.<sup>7</sup>

Der Senat erkennt selbst,<sup>8</sup> dass dies nach der bislang st. Rspr.<sup>9</sup> noch ganz anders klang und seine gegebenen Hinweise, es komme in jedem Fall auf eine Gesamtwürdigung aller konkreten Umstände des Einzelfalls an, in der Praxis der Instanzgerichte kaum Beachtung fanden. Der Grund hierfür dürfte auch darin zu sehen sein, dass der BGH<sup>10</sup> mehrfach entschieden hat, dass eine Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, er könne bei Fälligkeit der Forderung nicht oder nicht vollständig zahlen, als isoliertes Beweisanzeichen bereits den Schluss des Gläubigers auf eine Zahlungseinstellung und damit die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zulässt.

Die schematische Anwendung dieses isolierten, leicht feststellbaren Beweisanzeichens entwickelte sich zu einer bequemen Lösung in der gerichtlichen Praxis. Der Insolvenzverwalter beschränkte seinen Vortrag zur Kenntnis des Gläubigers nicht selten auf eben dieses Beweisanzeichen; die erkennenden Gerichte griffen dies gerne auf; auch zum Zwecke von Vergleichsverhandlungen. Erschwerend kam hinzu, dass der BGH<sup>11</sup> viele Urteile der ersten und zweiten Instanz aufhob, soweit diese bei Vorliegen des isolierten Beweisanzeichens im Rahmen ihrer Würdigung zu dem Ergebnis gelangten, dass der Gläubiger keine Kenntnis hatte; die Beweiswürdigung wurde als fehlerhaft verworfen.

In erfreulicher Klarheit bringt der Senat<sup>12</sup> nunmehr zum Ausdruck, dass die Beweiswürdigung des OLG Frankfurt/M. die bisherige Rechtsprechung „nicht verkannt“ habe, sondern anhand des ihm nach § 286 ZPO eröffneten Wertungsrahmens zu dem Ergebnis gekommen sei, dass aus dem „isolierten Beweisanzeichen“, wie es im zu entscheidenden Fall mit der Erklärung des Schuldners vorliegt, nicht notwendigerweise die Schlussfolgerung einer Zahlungseinstellung hergeleitet werden muss.

Die Entscheidung<sup>13</sup> macht deutlich, dass eine Äußerung des Schuldners, wonach dieser eine fällige Forderung nicht vollständig oder nicht pünktlich zahlen kann, dann nicht als Kundgabe einer Zahlungseinstellung oder Insolvenzreife gewertet werden muss, wenn er eine vollständige ratenweise Tilgung der Forderung in Aussicht stellt. Eine solche Erklärung deutet auf einen „bloßen Liquiditätsengpass“ hin; der Schuldner bringt aus der maßgeblichen Sicht des Gläubigers nicht zweifelsfrei zum Ausdruck, dass Insolvenzreife vorliegt und die Zahlungsschwierigkeiten unüberwindbar sind. Hierbei wird sehr klar eine Abgrenzung zu jenem Fall vorgenommen, bei dem der Schuldner erklärt, ohne sofortigen Forderungsverzicht sei der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners unabwendbar. Steht die Erklärung im ersten Fall sogar noch im Kontext eines Herantretens des Schuldners an den Gläubiger, ohne ein vorheriges Zahlungsverlangen oder eine Mahnung, so ist die Erklärung in einem noch „milderen Licht“ zu würdigen.<sup>14</sup> Der Schuldner bringt durch sein Verhalten zum Ausdruck, dass er das Ziel verfolgt, die

Forderung des Gläubigers durch Ratenzahlungen zu befriedigen; bei dieser Sachlage muss der Gläubiger nicht zwingend davon ausgehen, dass der Schuldner sich in einer existenziellen wirtschaftlichen Krise befindet.<sup>15</sup>

## 2. Prozessuale Konsequenzen und Schlüssel-funktion der Schuldnererklärung

Die jetzt ergangene Entscheidung verhält sich auch zu der wichtigen Frage der Darlegungs- und Beweislast und präzisiert das Urteil des Senats<sup>16</sup> v. 25.2.2016. Hat der Gläubiger aufgrund der Erklärung des Schuldners den Eintritt drohender Zahlungsunfähigkeit nicht erkannt, so liegt die Darlegungs- und Beweislast für dieses Tatbestandsmerkmal weiter bei dem anfechtenden Insolvenzverwalter. Nur wenn der Gläubiger die einmal eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erkannt hat, kommt es insoweit zu einem Wechsel der Lasten, als dass der Gläubiger dann darzulegen und zu beweisen hat, weshalb er zu einem späteren Zeitpunkt davon ausging, der Schuldner habe seine Zahlungen im Allgemeinen möglicherweise wieder aufgenommen. Die Klarstellung des Gerichts hebt noch einmal sehr deutlich hervor, dass hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast strikt danach unterschieden werden muss, ob es um die Frage des Erkennens der drohenden Zahlungsunfähigkeit seitens des Gläubigers oder aber dessen Behauptung geht, diese habe gar nicht vorgelegen bzw. sei nachträglich entfallen. Mit anderen Worten sind der Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung und die pünktliche Zahlung der Raten nicht geeignet, eine einmal bestehende Kenntnis des Gläubigers von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners *entfallen* zu lassen. Sie lassen als isoliertes Beweisanzeichen – gewissermaßen in einem früheren Schritt – aber auch nicht zwingend den

7 BGH, Urte. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 16.

8 Der Senat nimmt Bezug auf die Entscheidungen: BGH, Urte. v. 6.12.2012 – IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190 ff. Rn. 21; BGH, Urte. v. 10.7.2014 – IX ZR 280/13, ZInsO 2014, 1949 ff. Rn. 28; BGH, Urte. v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 ff. Rn. 20 f.; BGH, Urte. v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, ZInsO 2016, 910 ff. Rn. 8.

9 Zu nennen sind hier aus der jüngeren Vergangenheit insbesondere: BGH, Urte. v. 16.6.2016 – IX ZR 23/15, ZInsO 2016, 1427 ff.; BGH, Urte. v. 9.6.2016 – IX ZR 174/15, ZInsO 2016, 1357 ff.; BGH, Urte. v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, ZInsO 2016, 910 ff.; BGH, Urte. v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 ff.

10 Zuletzt wieder: BGH, Urte. v. 9.6.2016 – IX ZR 174/15, ZInsO 2016, 1357 ff. Rn. 17: „Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweisanzeichen gefolgert werden.“

11 Allein in jüngerer Vergangenheit: BGH, Urte. v. 16.6.2016 – IX ZR 23/15, ZInsO 2016, 1427 ff.; BGH, Urte. v. 9.6.2016 – IX ZR 174/15, ZInsO 2016, 1357 ff.; BGH, Urte. v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, ZInsO 2016, 910 ff.; BGH, Urte. v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 ff.

12 BGH, Urte. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 17.

13 BGH, Urte. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 17.

14 BGH, Urte. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 19.

15 BGH, Urte. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 19.

16 BGH, Urte. v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 ff.

Schluss zu, dass der Gläubiger überhaupt Kenntnis von diesem Umstand erlangt hat.

### 3. Weitere Beweisanzeichen und deren Gewichtung

Die nunmehr ergangene Entscheidung hebt unmissverständlich hervor, dass eine Erklärung des Schuldners zu seiner Fähigkeit, eine fällige Forderung begleichen zu können, für die Kenntnis des Gläubigers von drohender Zahlungsunfähigkeit entscheidend sein kann, aber nicht zwingend muss, und die Erklärung schon gar nicht losgelöst von den weiteren Umständen des Einzelfalls gewürdigt werden darf. Nuancen können streitentscheidend sein. Hinsichtlich der einzelnen Beweisanzeichen<sup>17</sup> ist ebenfalls eine stärkere Differenzierung notwendig, mit der Folge, dass sich ihre schematische Übertragung verbietet.<sup>18</sup>

#### a) Mahnung ist nicht gleich Mahnung

Deutlich sichtbar wird dies an dem Beweisanzeichen der Mahnung. Das monatelange völlige Schweigen des Schuldners auf Rechnungen und vielfältige Mahnungen kann für sich genommen ein wichtiges Indiz für eine Zahlungseinstellung begründen, die sich dem Gläubiger dann als Zahlungsunfähigkeit offenbart.<sup>19</sup> Haben die Mahnungen hingegen insoweit Erfolg, als dass der Schuldner Teilzahlungen erbringt, ist dies völlig anders zu beurteilen.<sup>20</sup> Gehen die Mahnungen wiederum mit einer nicht eingehaltenen Ratenzahlungsvereinbarung einher, spricht dies insgesamt für die Kenntnis des Gläubigers von eingetretener Zahlungsunfähigkeit.<sup>21</sup> Mithin sind nicht nur die einzelnen Mahnungen, sondern auch die Reaktionen des Schuldners nebst weiteren Begleitumstände im Rahmen der Beweiswürdigung durch den Tatrichter zwingend in den Blick zu nehmen. Für die beteiligten Prozessbevollmächtigten ist entsprechender Tatsachenvortrag das Gebot der Stunde.

#### b) Keine Zwangsmaßnahmen des Gläubigers

Auch das weitere Verhalten des Gläubigers ist umfassend zu würdigen. Unterlässt er etwa Maßnahmen der Titulierung oder Vollstreckung in der Erwartung, der Schuldner werde freiwillig zahlen, spricht dies gegen eine Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit.<sup>22</sup> Hiervon abzugrenzen sind wiederum jene Fälle, in denen der Gläubiger mit Zwangsmaßnahmen droht oder diese bereits eingeleitet hat.<sup>23</sup>

#### c) Aufrechterhalten der Geschäftsbeziehung und Veränderung des Zahlungsmodus

Hält der Gläubiger die Geschäftsbeziehung zu dem Schuldner aufrecht und verhängt er nicht etwa zur Durchsetzung seiner Forderungen eine Liefersperre, so ist auch dies zugunsten des Gläubigers zu gewichten.<sup>24</sup> Dabei soll es unschädlich sein, wenn der Gläubiger die weitere Belieferung des Schuldners von einer Barzahlung abhängig macht. Es entspreche einer „vernünftigen kaufmännischen Vorsicht“ keine zusätzlichen Kredite zu gewähren; aus diesem Verhalten, könne nicht notwendigerweise auf eine Zahlungseinstel-

lung geschlossen werden.<sup>25</sup> Diese Erwägung überrascht. Galt doch bislang das Umstellen des bisherigen Zahlungsmodus auf eine Leistung Zug-um-Zug oder Vorkasse eher als Indiz für die Kenntnis des Gläubigers.

#### d) Saisonale Liquiditätsengpässe

Beachtenswert ist ferner, dass der BGH offenbar nichts daran auszusetzen hatte, dass das Berufungsgericht der Ansicht war, der Beklagte habe davon ausgehen können, dass Zahlungseingänge vor dem Hintergrund der „witterungsbedingt schlechten Jahreszeit“ aufgetreten seien und sich die „Auftragslage im Frühling und Frühsommer“ – wie tatsächlich geschehen – verbessern würde. Für Lieferanten wird es von unschätzbarem Wert sein, wenn übliche, saisonale Schwankungen künftig im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung stärker berücksichtigt werden können. Dass der BGH hier seine Rechtsprechung an die Realität der am Wirtschaftsleben Beteiligten anpasst, verdient grds. Zustimmung. Offenbar haben die anhaltende Kritik an der Rechtsprechung und die Diskussion<sup>26</sup> den Zusammenhang mit einer Reform des Rechts der Insolvenzanfechtung ihre Wirkung nicht verfehlt.

#### e) Branchenübliches Zahlungsverhalten

Der nächste Schritt dürfte in der Anerkennung des in der jeweiligen Branche vorherrschenden Zahlungsverhaltens liegen. Erfolgt der Ausgleich einer Rechnung – ungeachtet des dort vermerkten Zahlungsziels – branchenüblich oder im Rahmen einer jahrelang praktizierten Geschäftsbeziehung stets erst nach einiger Zeit, z.B. 2 – 3 Monate nach Rechnungsstellung, so müsste auch dies konsequenterweise Eingang in die Beweiswürdigung<sup>27</sup> finden. Die Anerkennung einer u.U.

17 Zu den in Betracht kommenden Beweisanzeichen und deren Gewichtung vgl. auch *Ludwig*, InsbÜO 2016, 319 ff.; *van Marwyk*, ZInsO 2014, 1734 ff.; *Wuschek*, ZInsO 2015, 2505, 2507 ff.

18 Insoweit haben Übersichten und Fallgruppen wie z.B. bei *Ludwig*, InsbÜO 2016, 319 ff. nur einen sehr eingeschränkten Nutzen.

19 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 23 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628.

20 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 24.

21 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 24 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 25.2.2016 – IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 Rn. 26.

22 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 25; so schon OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.8.2013 – 4 U 74/13, JurionRS 2013, 49960 Rn. 5.

23 BGH, Urt. v. 21.1.2016 – IX ZR 32/14, ZInsO 2016, 507 ff. Rn. 15 m.w.N.; BGH, Urt. v. 8.1.2015 – IX ZR 203/12, ZInsO 2015, 396 ff. Rn. 23.

24 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 26.

25 BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 26.

26 Zum aktuellen Stand und Nachweisen zu den Stellungnahmen der Beteiligten s. *Dahl/Schmitz/Taras*, ZInsO 2016, 20 ff.

27 In diese Richtung weisen z.B. schon LG Hamburg, Urt. v. 18.6.2015 – 327 O 126/14, Rn. 51; OLG Brandenburg, Urt. v. 21.10.2015 – 7 U 125/14, ZInsO 2016, 451 Rn. 21: „Angesichts des Zuschnitts der schon vor dem Anfechtungszeitraum über mehrere Jahre hinweg existierenden →

auch nur vermeintlichen Lebenswirklichkeit führt indes auch zu deutlichen Schwierigkeiten.<sup>28</sup> Schon stellt sich die Frage, ob bspw. ein Schuldner, der an den Gläubiger stets erst dann zahlt, wenn sein Kunde gezahlt hat, aus der Sicht des Gläubigers bereits als drohend zahlungsunfähig anzusehen ist. Ein derartiges Schuldnerverhalten ist bei größeren Bauvorhaben, aber auch der schlichten Weiterverarbeitung und Veräußerung gelieferter Ware nicht ungewöhnlich. Ob der Schuldner – möglicherweise auch in Abstimmung mit dem Gläubiger – Lieferantenkredite in wirtschaftlich sinnvollem, wenngleich ausgedehntem Maße in Anspruch nimmt, oder über unzureichende Liquidität verfügt, dürfte – zumal aus der Sicht des Gläubigers – im Einzelfall schwer abzugrenzen sein. Einige Jahre spätere vorzunehmende prozessuale Aufarbeitung der damaligen Umstände des Einzelfalls gestaltet sich schwierig. Auch hier stellt sich erneut die Frage der Beweislast.

#### f) Entwicklung der Gesamtverbindlichkeiten und Bedeutung des Lieferanten

Einen weiteren gewichtigen Faktor stellt die Entwicklung und die Qualität der Gesamtverbindlichkeiten des Schuldners gegenüber demjenigen Gläubiger dar, der die erhaltenen Zahlungen unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung an die Insolvenzmasse erstatten soll. Im konkreten Fall wurden die Gesamtverbindlichkeiten um rd. 1/3 zurückgeführt. Zudem betrafen sie ausschließlich nicht betriebsnotwendige laufende Verbindlichkeiten. Der Schuldner hätte den Gläubiger als Lieferanten ohne Weiteres austauschen und die Baustoffe von Dritten beziehen können. Dass der Schuldner die Gesamtverbindlichkeiten deutlich reduziert hat, die Zahlungsrückstände jedenfalls nicht sprunghaft angestiegen sind, wird künftig ebenso verstärkt zu würdigen sein wie die Abgrenzung eines Hauptgläubigers mit entsprechendem Druckpotenzial gegenüber dem Schuldner von einem austauschbaren Kleingläubiger.<sup>29</sup> Gelingt es dem Schuldner trotz der von ihm geleisteten Zahlungen indes nicht, die Verbindlichkeiten gegenüber dem konkreten Gläubiger insgesamt wesentlich zurückzuführen, so stellt dies ein Beweisanzeichen für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und die Kenntnis des Gläubigers dar.<sup>30</sup>

### III. Handlungsempfehlungen für Gläubiger

Die Entwicklung der Rechtsprechung zur Kenntnis des Gläubigers von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO bietet gute Möglichkeiten, Ansprüche aus Insolvenzanfechtung zu vermeiden und nötigenfalls erfolgreich abzuwehren. Präventiv verbessert der Gläubiger seine Ausgangslage erheblich, wenn er keinen Druck gegenüber seinem Vertragspartner ausübt und insgesamt austauschbar bleibt. Die Stellung als unverzichtbarer Hauptgläubiger ist demgegenüber gefährlich. Grds. sollte der Gläubiger seinem Schuldner großzügige Zahlungsziele einräumen, damit es dem Schuldner leichter fällt, fristgerecht zu zahlen. Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung (nicht Rechnungstellung) kann in der Praxis ohnehin nur sehr selten eingehalten werden, sodass der Bargeschäftsein-

wand regelmäßig nicht verfährt; zumal wenn verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalte die Regel sind.<sup>31</sup> Gerät der Schuldner in Verzug, sollte der Gläubiger rechtzeitig Kontakt aufnehmen, um größere Rückstände zu vermeiden. Der Schuldner wird dem Gläubiger kaum Einsicht in seine Geschäftsunterlagen gewähren und die eigene Zahlungsfähigkeit nachweisen. Ein dokumentiertes Gespräch über die wirtschaftliche Lage – so sie denn positiv ist – und eine Vereinbarung zur Rückführung der Verbindlichkeiten können unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung aber schon helfen, eine spätere Insolvenzanfechtung zu vermeiden. Idealerweise wird der Schuldner ohne Druck dazu gebracht, selbst ein Angebot zur Tilgung der Rückstände zu unterbreiten. Dies sollte selbstredend so ausgestaltet sein, dass der Schuldner dieser Verpflichtung nachkommen kann. Vorteilhaft erscheint es auch, wenn die bisherige Geschäftsbeziehung aufrechterhalten wird, zumal die Verweigerung weiterer Lieferantenkredite dem Gläubiger im Rahmen der Beweiswürdigung nicht mehr zum Nachteil reichen soll. Die Androhung oder Vornahme eines Lieferstopps ist demgegenüber unbedingt zu vermeiden. Der Gläubiger sollte regelmäßig prüfen, ob die Gesamtverbindlichkeiten durch die Zahlungen tatsächlich zurückgeführt werden. Ist dies nicht der Fall, ist weiteres Handeln erforderlich. Konkret wird dann nur der Nachweis der Zahlungsfähigkeit anhand sehr konkreter Umstände durch den Schuldner genügen. Dem Gläubiger ist dringend die Dokumentation der Prüfung zu empfehlen, um sicherzustellen, dass der Sachverhalt auch viele Jahre später noch dargelegt und bewiesen werden kann. Allgemeine Angaben des Schuldners reichen i.d.R. nicht.<sup>32</sup> Dass der Gläubiger auf ausufernde Mahnungen, die Drohung mit Vollstreckungshandlungen, Inkassobüros oder Rechtsanwälten verzichten sollte, versteht sich angesichts der skizzierten Rechtsprechung von selbst. Es gilt der Grundsatz, dass derjenige der Vollstreckung droht, auch tatsächlich vollstrecken muss. Freiwillige Zahlungen des Schuldners sind ab dem Zeitpunkt der Drohung i.a.R. anfechtbar. Der Gläubiger sollte die Geschehnisse für seine Zwecke in jedem Fall hinreichend dokumentieren, um den Sachverhalt auch Jahre später noch rekonstruieren zu können, da vor Gericht derjenige gewinnt, der etwas darlegen und beweisen kann.

*Geschäftsbeziehungen zwischen der Schuldnerin und dem Beklagten und ihres Zahlungsverhaltens sind die genannten Rückstände weder beträchtlich gewesen noch bestanden sie ständig über einen längeren Zeitraum hinweg. Hinzu kommt, dass es sich bei den Forderungen des Beklagten zwar um wiederkehrende, aber der Höhe nach – von den beiden genannten Ausnahmen abgesehen – um vergleichsweise übersichtliche Forderungen im niederschweligen vierstelligen Bereich gehandelt hat, die auch in Bezug auf die beiden genannten höheren Forderungen vollständig oder nahezu vollständig ausgeglichen worden sind".* Für die Berücksichtigung saisonaler oder witterungsbedingter geschäftlicher Schwankungen OLG Koblenz, ZInsO 2016, 1156 ff. Rn. 74.

28 Zu den Problemen im Zusammenhang mit dem Argument der Branchenüblichkeit s. *Bograkos/Rissmann*, ZInsO 2014, 2213, 2214; *Hutschenreuther/Neugebauer*, ZInsO 2013, 1221, 1223 ff.

29 Vgl. BGH, Urt. v. 14.7.2016 – IX ZR 188/15, ZInsO 2016, 1749 (in diesem Heft), Rn. 24, 26.

30 BGH, Urt. v. 9.6.2016 – IX ZR 174/15, ZInsO 2016, 1357 ff. Rn. 23.

31 Zu den Konsequenzen für das Bargeschäft BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 ff.; *Hiebert*, ZInsO 2015, 621 ff.

32 BGH, Urt. v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13, ZInsO 2016, 910 ff. Rn. 14, 16.

#### IV. Zusammenfassung

1. Das Urteil bietet Gläubigern deutlich bessere Chancen, Insolvenzanfechtungsansprüche zu vermeiden und erfolgreich abzuwehren. Die an Gläubiger zu richtenden Handlungsempfehlungen können weiter konkretisiert werden. Andererseits wird einmal mehr deutlich, dass ein auf die Vermeidung solcher Ansprüche gerichtetes Verhalten in der Praxis nur schwer umzusetzen und die Rechtsprechung sehr häufig weder vorhersehbar noch ohne eine eingehende Befassung überschaubar ist.

2. Die Äußerung des Schuldners, er könne die insgesamt offene Forderung nicht sofort und nicht in einem Zuge bezahlen, vermittelt dem Gläubiger im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO nicht zwingend Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Eine solche Äußerung ist nur ein Beweisanzeichen von vielen und für seine Würdigung sind Nuancen in der Formulierung sowie das weitere Verhalten von Schuldner und Gläubiger maßgeblich.

3. Zwingend sind im Rahmen einer Gesamtwürdigung auch weitere Beweisanzeichen einzubeziehen, die für oder gegen

die Kenntnis des Gläubigers zum Zeitpunkt der Zahlungen sprechen. Äußerungen des Schuldners als isoliertes Beweisanzeichen schematisch zu verwenden, verbietet sich ebenso wie eine schematische Anwendung der weiteren, von der Rechtsprechung entwickelten Beweisanzeichen. Je nach Kontext kann ein Beweisanzeichen für oder gegen die Kenntnis des Gläubigers sprechen.

4. Da der Tatrichter gem. § 286 ZPO nach freier Überzeugung entscheidet, bleibt eine prozessuale Auseinandersetzung über einen behaupteten Anspruch aus Insolvenzanfechtung ein großes Wagnis. Die vollständige Erfassung sämtlicher Tatsachen, die entscheidungserhebliche Beweisanzeichen betreffen, stellt an alle Prozessbeteiligten sehr hohe Anforderungen.

5. Die Beweiswürdigung der Gerichte rückt künftig noch stärker in den Fokus. Urteile der ersten Instanz werden im Wege der Berufung vor allem mit dem Argument angefochten werden können, dass die Tatsachen zur Frage der Kenntnis des Gläubigers in entscheidungserheblicher Weise nicht vollständig festgestellt sind.