

## Insolvenzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO – zur bargeschäftsähnlichen Lage als Beweisanzeichen sowie dem verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt

Anmerkung zu BGH, Urt. v. 12. 2. 2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 (in diesem Heft)

von Rechtsanwalt Dr. Olaf Hiebert, Düsseldorf\*

Das vorliegende Urteil des BGH dämpft die Hoffnung, das Problem der Insolvenzanfechtung im Fall von Bargeschäften oder bargeschäftsähnlichen Lagen in den Griff zu bekommen, erheblich. Mit seinem Urt. v. 17.7.2014 (IX ZR 240/13)<sup>1</sup> hatte der Senat ausgeführt, dass der nach § 133 Abs. 1 InsO erforderliche Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners i.a.R. nicht gegeben ist, wenn der Schuldner in einem engen zeitlichen Zusammenhang eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringt, welche zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt.<sup>2</sup> Nunmehr stellt der BGH<sup>3</sup> klar, dass eine solche bargeschäftsähnliche Situation den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht ausschließt, wenn sich dieser einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung dadurch bewusst wird, dass er trotz Belieferung zu marktgerechten Preisen fortlaufend unrentabel arbeitet und deshalb bei der Fortführung seines Geschäfts weitere Verluste anhäuft, die die Befriedigungschancen der Gläubiger weiter mindern, ohne dass auf längere Sicht Aussicht auf einen Ausgleich besteht. Im Mittelpunkt stand damit die Frage, ob die Fortführung der Produktion für die Gläubiger von Nutzen war. Ferner verneint der Senat eine bargeschäftsähnliche Lage, wenn Gläubiger und Schuldner einen – in der Praxis üblichen – sog. verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt in der Form des Kontokorrentvorbehalts vereinbart haben, weil es an der nach § 142 InsO für das Bargeschäft erforderlichen Unmittelbarkeit und Gleichartigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung fehlt.

### I. Sachverhalt (zusammengefasst)

Der Sachverhalt kommt geradezu als Schulbeispiel für eine Insolvenzanfechtung gegenüber Lieferanten nach § 133 Abs. 1 InsO daher. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin, einer Herstellerin von Backwaren in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG wurde am 1.6.2007 eröffnet. Der klagende Insolvenzverwalter macht gegenüber der Beklagten als einer der Hauptlieferanten der Schuldnerin von Zutaten wie Mehl einen Rückgewähranspruch unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung u.a. nach § 133 Abs. 1 InsO i.H.v. 156.108,89 € geltend. Zahlungen in dieser Höhe

wurden von der späteren Insolvenzschuldnerin an die Beklagte zum Ausgleich von Forderungen aus Lieferungen in dem Zeitraum v. 5.9.2006 bis zum Insolvenzantrag am 10.4.2007

\* Dr. Olaf Hiebert ist Rechtsanwalt der Sozietät Buchalik Brömmekamp Rechtsanwälte | Steuerberater in Düsseldorf und auf das Recht der Insolvenzanfechtung spezialisiert.

1 ZInsO 2014, 1655 ff. Rn. 29.

2 Zu entsprechenden Stimmen in der Literatur MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl. 2013, § 133 Rn. 33; Ganter, WM 2014, 49 ff.; Buchalik/Hiebert, ZInsO 2015, 538.

3 BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 (in diesem Heft) Rn. 25.

geleistet. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen ließ die Schuldnerin ab April 2006 vermehrt Beitragsrückstände bei den Sozialversicherungsträgern entstehen und erfüllte ab August 2006 eine Mehrzahl von Lohnforderungen ihrer Arbeitnehmer nicht. Zum 1.9.2006 betrugen die Zahlungsrückstände gegenüber Lieferanten einschließlich der Beklagten 141.063,73 €. Der auf dem Hauptgeschäftskonto der Schuldnerin eingeräumte Kontokorrentkredit war seit dem 1.7.2006 fortwährend überzogen. In der Folge kam es zu Rücklastschriften bei den Lieferanten, u.a. auch der Beklagten. Soweit die Schuldnerin Erlöse aus Warenverkäufen realisieren konnte, bediente sie im Nachgang ausgewählte Forderungen im Wege des Lastschriftverfahrens oder durch Scheckzahlung. Der Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und der Schuldnerin lagen ihre AGB zugrunde, die u.a. einen sog. verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt in der Form des Kontokorrentvorbehalts enthielten. Die Vorinstanzen hatten die Klage abgewiesen, da es aufgrund des auf dem Eigentumsvorbehalts beruhenden Absonderungsrechts an einer Gläubigerbenachteiligung fehle und die Zahlungen für kongruente Leistungen erfolgten, die für die Fortführung des Unternehmens erforderlich gewesen waren. Der BGH verurteilte die Beklagte demgegenüber antragsgemäß.

## II. Entscheidung/Kritik

In den Entscheidungsgründen geht es – wie in der Praxis der Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO die Regel – wieder einmal um zwei Fragen: Handelte die spätere Insolvenzschuldnerin im Zeitpunkt der Zahlungen an die Beklagte mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und hatte die Beklagte zu diesem Zeitpunkt Kenntnis von einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin, sodass deren Kenntnis von diesem Vorsatz nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet werden kann. Daneben stellte sich im Hinblick auf den Eigentumsvorbehalt die Frage nach dem Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung.

### 1. Gläubigerbenachteiligung

Nach Ansicht des BGH ist die gem. § 129 Abs. 1 InsO erforderliche Gläubigerbenachteiligung gegeben. Die Schuldnerin habe mit ihren Zahlungen kein Absonderungsrecht der Schuldnerin abgelöst. Durch Einziehung der sicherungsabgetretenen Forderungen aus Warenveräußerungen seitens der Schuldnerin habe die Beklagte ein mögliches Absonderungsrecht verloren, ohne ein sonstiges Absonderungs- oder Ersatzabsonderungsrecht zu erhalten. Die Forderungen seien durch die Zahlung des Kunden auch mit Wirkung gegenüber der Beklagten erloschen (§§ 362 Abs. 1, 407 Abs. 1 BGB). Den Verlust dieser Sicherheiten hätte die Beklagte nur vermeiden können, wenn sie die Abtretung offengelegt und selbst die Forderungen eingezogen oder eine Anschlusssicherheit vereinbart hätte. Ein Ersatzabsonderungsrecht entstehe nur bei unberechtigt eingezogenen Forderungen.

### 2. Gläubigerbenachteiligungsvorsatz

Sodann werden die Beweisanzeichen für den nach § 133 Abs. 1 InsO erforderlichen Gläubigerbenachteiligungsvor-

satz der Schuldnerin als subjektives Tatbestandsmerkmal herausgearbeitet. Hierbei wird der Standardweg gewählt: Mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wer zahlungsunfähig ist und davon Kenntnis hat. Die Zahlungsunfähigkeit wird gem. § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO vermutet, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Die Zahlungseinstellung ihrerseits wird aus vorliegenden Beweisanzeichen gefolgert.<sup>4</sup> Auf diese Weise lässt sich der sicherere Weg der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit, die Erstellung einer qualifizierten, aussagekräftigen Liquiditätsbilanz, und damit Mehrarbeit für die Insolvenzverwalter, umgehen.

### a) Zahlungseinstellung

In dem hier zu entscheidenden Fall würdigt der BGH, dass die Schuldnerin „infolge der ständig verspäteten Begleichung ihrer Verbindlichkeiten einen Forderungsrückstand vor sich herschob“ und „demzufolge ersichtlich am finanziellen Abgrund operierte“.<sup>5</sup> Diese Wortwahl ist mindestens bemerkenswert. Abgründe tun sich insoweit auf, als dass die Rückstände nicht in ein Verhältnis zum Umsatz der Schuldnerin oder ihren sonstigen Ein- und Auszahlungen gesetzt werden. Auch die Gesamtverschuldung und das Volumen von der Schuldnerin noch geleisteter Zahlungen bleiben scheinbar völlig unberücksichtigt. Wenn die Entscheidungsgründe von einer sich vergrößernden „betriebswirtschaftlichen Unterdeckung“ sprechen, ist hoffentlich eine Liquiditätslücke gemeint. Anderenfalls ist dem BGH vorzuhalten, dass Ergebnisrechnung und Liquiditätslage nicht zwingend etwas miteinander zu tun haben. Und auch dort, wo der Aufwand den Ertrag übersteigt, müssen keineswegs Liquiditätsprobleme bestehen. Einigermaßen versöhnlich stimmt die weitere Beweiswürdigung, die zu Recht erhebliche Beitragsrückstände gegenüber Sozialversicherungsträgern und Verbindlichkeiten aus Lieferungen sowie gegenüber Arbeitnehmern in nicht benannter Höhe anführt, die ab dem 31.8.2006 aufgelaufen waren und bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr ausgeglichen wurden. Ferner werden gegenüber Hauptlieferanten entstandene mehrmonatige Zahlungsrückstände genannt. Zu kritisieren ist, dass auch diese Rückstände wiederum nicht in ein Verhältnis zu den sonstigen Ein- und Auszahlungen gesetzt werden. Scheinbar unerheblich ist, zu welchem Zeitpunkt denn eine Zahlungseinstellung konkret eingetreten sein soll. Dies ist nach § 140 Abs. 1 InsO bekanntlich nicht ganz unwichtig.

### b) Entfallen des Vorsatzes bei bargeschäftsähnlicher Lage? – Ja, aber ...

Der BGH<sup>6</sup> erkennt an, dass der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz entfallen kann, wenn in unmittelbarem Zusammen-

4 BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 (in diesem Heft) Rn. 18.

5 BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 (in diesem Heft) Rn. 19.

6 BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 (in diesem Heft) Rn. 22.

hang mit der potenziell anfechtbaren Rechtshandlung eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet. Leider setzt er ein großes Aber! Denn bei Zahlungen im Rahmen eines verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts soll eine solche bargeschäftsähnliche Lage gerade *nicht* vorliegen, weil es an einem unmittelbaren Austausch und der Gleichwertigkeit zwischen Leistung und Gegenleistung fehle.<sup>7</sup> Vollends demontiert der BGH<sup>8</sup> das Argument der bargeschäftsähnlichen Situation, indem er ausführt, dass selbst bei deren Vorliegen der Gläubiger mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er weiß, dass er trotz Belieferung zu marktgerechten Preisen fortlaufend unrentabel arbeitet und deshalb bei der Fortführung seines Geschäfts mittels der durch bargeschäftsähnliche Handlungen erworbene Gegenstände weitere Verluste anhäuft, die die Befriedigungsaussichten der Gläubiger weiter mindern, ohne dass auf längere Sicht Aussicht auf Ausgleich besteht. In der zugrunde liegenden Entscheidung reichte bereits ein unwirtschaftliches Arbeiten der Schuldnerin aus, das zu einer ständigen Erhöhung der Zahlungsrückstände führte. Auch vergrößerte sich in dem Zeitraum Mitte bis Ende 2006 die betriebswirtschaftliche Unterdeckung, sodass der Schuldnerin die berechnete Erwartung fehlte, durch die Fortsetzung der Produktion die eigene Insolvenz noch abwenden oder einen anderen Nutzen für ihre Gläubiger erzielen zu können. Leider fehlen auch hier Feststellungen zu der Frage, wann der Schuldnerin diese Umstände bewusst wurden. Maßgeblich ist gem. § 140 Abs. 1 InsO der Zeitpunkt der Zahlungen, also der Zeitraum 5.9.2006 bis zum Insolvenzantrag am 10.4.2007.

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung nützt eine bargeschäftsähnliche Lage dem Zahlungsempfänger nur dann etwas, wenn die Schuldnerin mit der zur Verfügung gestellten Lieferung oder Leistung einen positiven Deckungsbeitrag erwirtschaftet.

### 3. Kenntnis des Zahlungsempfängers

Hinsichtlich der Kenntnis der Beklagten beschränkt sich der BGH leider auf zwei Beweisanzeichen: Das Vorliegen beträchtlicher Verbindlichkeiten gegenüber der Beklagten, die über einen längeren Zeitraum nicht ausgeglichen werden und Lastschriftrückgaben. Allerdings hatte die Beklagte zugestanden, von Liquiditätsproblemen der Schuldnerin und deren Wunsch nach längeren Zahlungszielen Kenntnis gehabt zu haben, was als Beweisanzeichen hätte gewertet werden können. Dass der Geschäftsführer der Schuldnerin der Beklagten immer wieder versichert und plausibel dargestellt hat, er werde durch den Verkauf von Filialen und deren Umstellung auf Franchising die aufgelaufenen Verbindlichkeiten erfüllen können, sei nach Ansicht des BGH unerheblich. Hierbei handele es sich lediglich um die Wiedergabe einer entsprechenden Hoffnung, ohne deren Stichhaltigkeit zu begründen.

Dies überzeugt nur eingeschränkt. Im Rahmen der geforderten Gesamtschau alles Beweisanzeichen muss dem nachweisbaren Verhalten der Schuldnerin gegenüber dem Zahlungsempfänger größere Bedeutung zukommen. Legt die

Schuldnerin nachvollziehbar dar, wie sie Liquiditätsprobleme alsbald beseitigen möchte, muss der Zahlungsempfänger hierauf grds. vertrauen dürfen. Ebenso ist eine Kenntnis zu verneinen, wenn der Zahlungsempfänger von der Schuldnerin über deren tatsächliche wirtschaftliche Verhältnisse aktiv getäuscht wird, was in der Praxis relativ häufig vorkommen dürfte. Es ist für die am Wirtschaftsleben Beteiligten nicht nachvollziehbar und auch nicht darstellbar, dass sie geradezu detektivisch die Angaben ihrer Vertragspartner oder deren Liquiditätslage im Detail prüfen müssen. Gerade dieser – zumindest unterschwellige – Vorwurf rückt das Insolvenzanfechtungsrecht außerhalb der Insolvenzszenen in ein schlechtes Licht. Die Rechtsprechung täte gut daran, Beweisanzeichen wie bestehende Limite der Warenkreditversicherungen, Bonitätsauskünfte von Wirtschaftsauskunftsdateien, veröffentlichte Jahresabschlüsse und das Verhalten sowie die Kommunikation der Geschäftsführung der Schuldnerin stärker zu würdigen.<sup>9</sup> Anderenfalls wird sehr schnell der Eindruck erweckt, der Gläubiger müsse die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners besser kennen als dieser selbst und grds. sämtlichen Angaben seines Vertragspartners misstrauen. Deckungsbedingten Rücklastschriften im Rahmen der Gesamtschau eine hervorgehobene Stellung einzuräumen, überzeugt nicht.<sup>10</sup> Sie mögen ein „erhebliches Beweisanzeichen“ sein,<sup>11</sup> dürfen aber niemals losgelöst vom konkreten Sachverhalt und weiteren Tatsachen betrachtet werden.

### III. Fazit

Während die Ausführungen zu Absonderungsrecht und Gläubigerbenachteiligung überzeugen, ist die Entscheidung i.Ü. zu kritisieren. Der redliche Lieferant ist wieder einmal der Leidtragende. Er liefert die Zutaten, die von der Schuldnerin zu Backwaren verarbeitet und sodann veräußert werden. Er hat unstreitig einen Anspruch auf die Gegenleistung. Die Beweisanzeichen für eine Kenntnis des beklagten Lieferanten von der drohenden Zahlungsunfähigkeit sind reichlich dünn. Sie beschränken sich auf Rücklastschriften und aufgelaufene Forderungen in unbekanntem Umfang. Eine solche Interpretation wird die am Wirtschaftsleben Beteiligten sicherlich wieder einmal verblüfft zurücklassen und Anlass zur fortgesetzten Kritik am Insolvenzanfechtungsrecht bieten.

Dass der BGH schon das Vorhandensein einer bargeschäftsähnlichen Lage unter Hinweis auf das Sicherungsrecht des Gläubigers ablehnt, ist besonders bitter. Das Sicherungsrecht des verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalts darf in der Praxis als Standard bezeichnet werden. Liefere

7 BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 (in diesem Heft) Rn. 24.

8 BGH, Urt. v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 (in diesem Heft) Rn. 25.

9 Hierzu *Buchalik/Hiebert*, ZInsO 2015, 538.

10 So aber offenbar *Rissmann*, ZInsO 2015, 437, der jedoch zu Recht darauf hinweist, dass zumindest dann differenziert werden müsse, wenn die im Wege der Lastschrift nicht eingelösten Verbindlichkeiten kurze Zeit später mittels Überweisung gezahlt werden. Auch richtig ist, dass eine mangelnde Deckung sehr hoher Lastschriftbeträge wenig überraschend ist, wenn sie im Rahmen der Geschäftsbeziehung unüblich ist.

11 BGH, Urt. v. 1.7.2010 – IX ZR 70/08, ZInsO 2010, 1598 ff. Rn. 10.

ranten, die dieses Sicherungsmittel verwenden, werden sich nicht mit Erfolg auf die bargeschäftsähnliche Lage berufen können. Dem Lieferanten ist zu raten, in der Krise seines Kunden den Kontokorrent aufzugeben und Zahlungen zunächst auf die zuletzt erfolgte Lieferung zu akzeptieren, um durch eine entsprechende Tilgungsbestimmung die Voraussetzungen des Bargeschäfts zu erfüllen. Soweit ausnahmsweise einmal kein Eigentumsvorbehalt vereinbart wurde, müssen die Lieferungen oder Leistungen zur Erwirtschaftung eines positiven Deckungsbeitrages geführt haben, was

im Einzelfall schwierig nachzuweisen sein dürfte. Lieferanten ist zu raten, sich für den Fall der Weiterbelieferung die Erwirtschaftung positiver Deckungsbeiträge nachvollziehbar belegen zu lassen und dies vor allem entsprechend zu dokumentieren. Im Ergebnis wird das Argument der bargeschäftsähnlichen Lage auch weiterhin dem Anfechtungsgegner nicht zum Erfolg verhelfen können, sodass er sich auf das Bestreiten von Zahlungsunfähigkeit und Kenntnis im Zeitpunkt der Zahlungen der späteren Insolvenzschuldnerin konzentrieren muss.

