

# Betriebs Berater

## // WIRTSCHAFTSRECHT

Dr. Rolf Otto Seeling, RA, FAArbR, FAHaGesR, und Martin Zwickel,  
Maitre en droit

**Das Entsenderecht in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft als „Ewigkeitsrecht“**

622

Dr. André Meyer, LL.M.

**Die uneingeschränkte Kommanditistenhaftung gemäß § 176 Abs. 1 HGB**

628

**BGH:** Prüfung der Zahlungsunfähigkeit – Keine Berücksichtigung der von einem Stillhalteabkommen erfassten Forderungen  
BB-Kommentar von Prof. Dr. Martin Hörmann, LL.M., RA

634

## // STEUERRECHT

Dr. Thomas Peppersack, LL.M., RA

**Grunderwerbsteuer bei Public Private Partnerships (PPP)**

640

**EuGH:** Geltendmachung von ausländischen Betriebsstättenverlusten beim inländischen Stammhaus – die Rechtssache Lidl Belgium beim EuGH

BB-Kommentar von Oliver Dörfler, StB, und Dr. Martin Ribbrock, RA

649

## // BILANZRECHT & BETRIEBSWIRTSCHAFT

Prof. Dr. Karlheinz Küting und Dipl.-Kfm. Michael Reuter

**Abbildung von eigenen Anteilen nach dem Entwurf des BilMoG – Auswirkungen in der Bilanzierungs- und Bilanzanalysepraxis**

658

**BFH:** Bindung an den Wertansatz des aufnehmenden Unternehmens bei Einbringung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft  
BB-Kommentar von Dr. Stefan Behrens, RA, StB, FASr, und Matthias Lowa, WP, StB

662

## // ARBEITSRECHT

Alexander Bissels, RA, und Dr. Martin Lützel, RA

**Rechtsprechungsübersicht zum AGG**

666

**BAG:** Genehmigungswirkung eines nachträglichen Betriebsratsbeschlusses

BB-Kommentar von Prof. Dr. Burkhard Boemke

671

## // BB-MAGAZIN

Manfred Dehler, StB, vBP, RB

**BilMoG-Entwurf aus Steuerberatersicht: Der Mittelstand braucht ein modernisiertes HGB**

M1

Norbert Jumpertz

**Der Liechtenstein-Steuerskandal: Macht und Ohnmacht der Berater**

M16

Die Verschärfung der Haftung kommt folglich nur in wenigen Fällen zum Tragen – was dem Verhältnis der Haftungsverfassungen von BGB-Außengesellschaft und OHG entspricht.<sup>80</sup> Geriert sich dagegen eine Gesellschaft als KG, die nicht als KG eingetragen werden kann oder soll, so ist für die Anwendung des § 176 Abs. 1 HGB von vornherein kein Raum.<sup>81</sup>

### VI. Fazit

Festzuhalten ist, dass § 176 Abs. 1 HGB in einer Weise ausgelegt werden kann, auf Grundlage derer die Norm nicht unstimmig oder gar in sich widersprüchlich (geworden) ist. Der Ist-Kommanditist haftet im Anwendungsbereich des § 176 Abs. 1 S. 1 Halbs. 1 HGB nach OHG-rechtlichen Grundsätzen, d.h. grundsätzlich für sämtliche Verbindlichkeiten; die Einordnung des § 176 Abs. 1 S. 1 HGB als Vertrauensschutznorm ist aufzugeben. Nach der hier vorgeschlagenen Lesart des § 176 Abs. 1 S. 2 HGB laufen die Haftungsverfassungen von Ist- und Kann-KG weithin parallel. Sie unterscheiden sich in der

gleichen Weise wie die Gesellschafterhaftungen bei OHG und normaler BGB-Außengesellschaft. § 176 Abs. 1 S. 1 Halbs. 2 HGB ist sowohl auf die Ist- als auch auf die Kann-KG anzuwenden. Er trägt jeweils – als Ausnahmevorschrift – dem Umstand Rechnung, dass es sich wertungsmäßig um Mischformen aus OHG/KG bzw. BGB-Gesellschaft/KG handelt.

### // Autor

**Dr. André Meyer, LL.M.**, ist seit Juli 2007 Habilitand bei Professor Dr. Rainer Hüttemann am Institut für Steuerrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn. Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten Osnabrück und Leiden/Niederlande. Anschließend Studium der Steuerwissenschaften (LL.M. Taxation).



<sup>80</sup> Ausführlich A. Meyer, Der Grundsatz der unbeschränkten Verbandsmitgliederhaftung, 2006, S. 190 ff. Vgl. oben bei Fn. 76.

<sup>81</sup> Siehe oben Fn. 11.

## BGH: Prüfung der Zahlungsunfähigkeit – Keine Berücksichtigung der von einem Stillhalteabkommen erfassten Forderungen

**BGH**, Urteil vom 20.12.2007 – IX ZR 93/06

Volltext des Urteils: [// BB-ONLINE](#) BBL2008-634-1  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

### LEITSÄTZE

1. Bei der Prüfung, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, darf eine Forderung, die früher ernsthaft eingefordert war, nicht mehr berücksichtigt werden, wenn inzwischen ein Stillhalteabkommen – das keine Stundung im Rechtssinne enthalten muss – mit dem Gläubiger geschlossen wurde (vgl. BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, WM 2007, 1796, 1798).

2. Nimmt eine Bank Ratenzahlungen des Schuldners entgegen, die sie mit diesem in einem Stillhalteabkommen vereinbart hat, so ist zu vermuten, dass sie die Absicht des Schuldners kennt, die Gläubiger zu benachteiligen, wenn sie weiß, dass der Schuldner noch weitere Gläubiger hat, die erfolglos zu vollstrecken versucht haben, und die Raten auch nur unregelmäßig gezahlt werden.

InsO § 17 Abs. 2, § 133 Abs. 1 Satz 2

### SACHVERHALT

N. (im Folgenden: Schuldner) betrieb ein Fitness-Studio und war daneben als Makler tätig. Er nahm bei der verklagten Bank mehrere Darlehen auf. Außerdem räumte ihm die Beklagte einen Kontokorrentkredit ein. Als Sicherheit dienten ihr die Sicherungsübereignung der Geschäftsausstattung des Fitness-Studios und die Sicherungsabtretung von Ansprüchen aus einer Lebensversicherung des Schuldners. Obendrein wurden die Kredite durch den Vater des Schuldners besichert. Dieser bestellte an einem ihm gehörenden und von ihm bewohnten Hausgrundstück eine Grundschuld in Höhe von 250 000 DM und verbürgte sich für alle bestehenden und zukünftigen Forderungen der Beklagten gegen seinen Sohn in unbegrenzter Höhe.

In den Jahren 1996 und 1997 verschlechterten sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners. Er überzog sein bei der Beklagten bestehendes Konto; mehrere Gläubiger pfändeten die dem Schuldner aus dem Kontokorrentvertrag zustehenden Ansprüche. Daraufhin kündigte die Beklagte am 17.4.1997 die dem Schuldner gewährten Kredite und forderte ihn auf, ihre Forderungen von ca. 590 000 DM bis zum 30.4.1997 zu begleichen. Gleichzeitig drohte sie an, bei nicht fristgerechter Rückzahlung die ihr eingeräumten Sicherheiten zu verwerten. Auf Bitten des Schuldners erklärte sich die Beklagte im Oktober 1997 damit einverstanden, auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen zu verzichten, sofern ab dem 1.12.1997 monatliche Raten von 3000 DM gezahlt würden.

Der Schuldner geriet mit den vereinbarten Raten wiederholt in Rückstand. Die Beklagte mahnte ihn jeweils und drohte mit der Zwangsvollstreckung. Im August 2000 beantragte sie die Zwangsversteigerung des dem Vater des Schuldners gehörenden Hausgrundstücks; nach Anordnung der Zwangsversteigerung durch das Amtsgericht bot sie dem Schuldner nochmals an, auf eine Zwangsversteigerung zu verzichten, wenn die Raten regelmäßig gezahlt würden. Zu einer Zwangsversteigerung kam es nicht.

Auf Eigenantrag vom 24.6.2002 eröffnete das Insolvenzgericht am 7.11.2002 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners und bestellte den Kläger zum Verwalter. Der Kläger verlangt von der Beklagten die vom Schuldner in der Zeit vom 2.5.1997 bis 7.11.2001 geleisteten Zahlungen – insgesamt 40 477,16 € – im Wege der Insolvenzanfechtung zurück. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Die vom Senat zugelassene Revision des Klägers führte zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

### AUS DEN GRÜNDEN

#### Rückforderungsanspruch des Klägers

II. ... Der Kläger kann die vom Schuldner geleisteten Zahlungen nach § 133 Abs. 1, § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO, Art. 104, Art. 106 EGVinsO zurückfordern. 9

**Die Anfechtbarkeit sämtlicher Zahlungen beurteilt sich nach § 133 InsO**

- 10 1. Die Anfechtbarkeit sämtlicher Zahlungen ist nach § 133 InsO zu beurteilen. Auch diejenigen, die vor dem Inkrafttreten der Insolvenzordnung am 1.1.1999 erbracht wurden, waren nach den Vorschriften der Gesamtvollstreckungsordnung der Anfechtung weder entzogen noch in geringerem Umfang unterworfen (vgl. Art. 106 EGlinsO).
- 11 a) Nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner mit dem Vorsatz vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, sofern der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Gemäß Satz 2 wird diese Kenntnis vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.
- 12 b) Die Zahlungen des Schuldners vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung waren schon nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO anfechtbar. Danach kann der Verwalter Rechtshandlungen des Schuldners anfechten, wenn sie nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung der Zwangsvollstreckung gegenüber Personen vorgenommen wurden, denen zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder der Antrag auf Eröffnung der Gesamtvollstreckung bekannt war oder den Umständen nach bekannt sein musste. Wie später noch darzulegen sein wird, zahlte der Schuldner an die Beklagte, nachdem er seine Zahlungen eingestellt hatte, und der Beklagten war seine Zahlungsunfähigkeit bekannt.
- 13 Das Berufungsgericht hat die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO keiner näheren Prüfung unterzogen, weil sie „aufgrund der §§ 130, 131 InsO nicht mehr anwendbar“ sei (Hinweisbeschluss vom 20.1.2006). Dabei hat es nicht beachtet, dass es für die Frage, ob auch die Zahlungen, welche der Beklagten vor Inkrafttreten der Insolvenzordnung zugeflossen sind, den neuen Anfechtungsbestimmungen unterliegen, auf einen Vergleich mit sämtlichen korrespondierenden Normen des früheren Rechts ankommt, deren tatbestandliche Voraussetzungen seinerzeit erfüllt waren.
- 14 c) Die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO unterwirft Rechtshandlungen nicht in geringerem Umfang der Anfechtung als § 133 InsO. Jene ist sogar strenger. Sie verlangt subjektive Merkmale lediglich beim Anfechtungsgegner, wobei es ausreicht, dass er die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag den Umständen nach kennen musste. Sind ihm Tatsachen bekannt, die den Verdacht der Zahlungsunfähigkeit begründen, genügt schon einfache Fahrlässigkeit (BGH, Urt. v. 8.10.1998 – IX ZR 337/97, WM 1998, 2345, 2347).

**Die Voraussetzungen des § 133 InsO sind im Streitfall erfüllt**

- 15 2. Die Zahlungen des Schuldners erfüllen die Voraussetzungen des § 133 InsO.

**Denn neben der objektiven Gläubigerbenachteiligung ...**

- 16 a) Die Zahlungen benachteiligten objektiv die Gläubiger des Schuldners (vgl. § 129 InsO). Gegen die entsprechenden Feststellungen des Berufungsgerichts wendet sich die Revisionserwiderung nicht.

**... ist auch der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners ebenso zu bejahen ...**

- 17 b) Der Schuldner handelte mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen.

aa) Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz setzt kein unlauteres Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger voraus; vielmehr genügt – auch bei kongruenter Deckung – bedingter Vorsatz (BGH, Urt. v. 17.7.2003 – IX ZR 272/02, WM 2003, 1923, 1925; Urt. v. 13.5.2004 – IX ZR 190/03, WM 2004, 1587, 1588; v. 8.12.2005 – IX ZR 182/01, WM 2006, 190, 192).

bb) Gewährt der Schuldner dem Gläubiger mit der angefochtenen Rechtshandlung nur das, worauf dieser einen Anspruch hatte, also eine kongruente Deckung, sind an die Darlegung und den Beweis des Benachteiligungsvorsatzes, wovon das Berufungsgericht zu Recht ausgeht, allerdings erhöhte Anforderungen zu stellen (BGH, Urt. v. 13.5.2004 – IX ZR 190/03, a.a.O.). Der Benachteiligungsvorsatz ist aber gleichwohl zu vermuten, wenn der Schuldner zum Zeitpunkt der Zahlung zahlungsunfähig ist und seine Zahlungsunfähigkeit kennt (BGHZ 155, 75, 83 f.; 162, 143, 153; 167, 190, 195; BGH, Urt. v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, BB 1998, 1023 m. Komm. Wiester, BB 1998, 1025 = WM 1998, 248, 251; v. 8.12.2005 – IX ZR 182/01, a.a.O. S. 193). Vorliegend sind die Voraussetzungen dieser Vermutung erfüllt.

(1) Nach Ablauf der in dem Kündigungsschreiben der Beklagten vom 17.4.1997 gesetzten Zahlungsfrist zum 30.4.1997 war der Schuldner zahlungsunfähig.

Nach § 17 Abs. 2 InsO ist der Schuldner zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen; Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat. Die Zahlungseinstellung ist dasjenige äußerliche Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise eine Zahlungsunfähigkeit ausdrückt. Es muss sich mindestens für die beteiligten Verkehrskreise der berechnete Eindruck aufdrängen, dass der Schuldner nicht in der Lage ist, seine fälligen und eingeforderten Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen (BGHZ 149, 178, 184 f.; BGH, Urt. v. 25.1.2001 – IX ZR 6/00, WM 2001, 689, 690; v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, WM 2006, 2312, 2313; v. 21.6.2007 – IX ZR 231/04, WM 2007, 1616, 1618). Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus (BGH, Urt. v. 13.4.2000 – IX ZR 144/99, BB 2000, 1213 = WM 2000, 1207, 1208; v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, a.a.O.; v. 21.6.2007 – IX ZR 231/04, a.a.O.). Eigene Erklärungen des Schuldners, eine fällige Verbindlichkeit nicht begleichen zu können, deuten auf eine Zahlungseinstellung hin. Daran ändert eine gleichzeitig geäußerte Stundungsbitte nichts; dies kann vielmehr gerade auf die Nachhaltigkeit der Liquiditätskrise hindeuten (BGH, Urt. v. 4.10.2001 – IX ZR 81/99, WM 2001, 2181, 2182; v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, a.a.O.).

Die zum 30.4.1997 fälligen Darlehensrückzahlungsansprüche der Beklagten konnte der Schuldner nicht erfüllen. Er hatte allein bei der Beklagten Schulden in Höhe von ca. 590 000 DM. Davon tilgte er unstreitig bis zum Abschluss der Gespräche über eine Stillhaltevereinbarung im Oktober 1997 nur ca. 2600 DM.

(2) Die Zahlungsfähigkeit hat der Schuldner auch mit dem Abschluss der Stillhaltevereinbarung im Oktober 1997 nicht wieder erlangt.

Eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung wirkt grundsätzlich fort (BGHZ 149, 100, 109; 149, 178, 188). Sie kann nur dadurch wieder beseitigt werden, dass der Schuldner seine Zahlungen allgemein wieder aufnimmt; dies hat derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich auf den nachträglichen Wegfall einer zuvor eingetretenen Zahlungseinstellung beruft (BGHZ 149, 100, 109; 149, 178, 188). Die allgemeine Aufnahme der Zahlungen durch den Schuldner hat die Beklagte nicht darzulegen.

- 25 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 (BGH, Urt. v. 25.9.1997 – IX ZR 231/96, WM 1997, 2134, 2135; Urt. v. 8.10.1998 – IX ZR 337/97, WM 1998, 2345, 2346; Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, WM 2007, 1796, 1798; vgl. auch BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, a. a. O.; Urt. v. 21.6.2007 – IX ZR 231/04, a. a. O.). Unter eine derartige Stundung fällt auch ein bloßes Stillhalteabkommen.
- 26 Bei der Prüfung, ob der Schuldner zahlungsunfähig ist, darf eine Forderung, die früher ernsthaft eingefordert war, nicht mehr berücksichtigt werden, wenn inzwischen ein Stillhalteabkommen – das keine Stundung im Rechtssinne enthalten muss – mit dem Gläubiger geschlossen wurde (vgl. BGH, Beschl. v. 19.7.2007 – IX ZB 36/07, WM 2007, 1796, 1798). Hat der Gläubiger das Stillhalten an die Erbringung gewisser Leistungen, insbesondere Ratenzahlungen, geknüpft, kann der Schuldner allerdings von neuem zahlungsunfähig werden, wenn er nicht in der Lage ist, diese Leistungen zu erbringen.
- 27 Selbst wenn die Hauptforderung der Beklagten von ca. 590 000 DM mit Abschluss der Stillhaltevereinbarung (Schreiben vom 17.10.1997) zunächst nicht mehr „ernsthaft eingefordert“ worden, somit im Sinne von § 17 Abs. 2 InsO nicht mehr fällig gewesen wäre, bedeutete dies nicht, dass der Schuldner nunmehr wieder zahlungsfähig war. Denn im Oktober 1997 bestanden mindestens Forderungen von drei weiteren Gläubigern in Höhe von ca. 20 000 DM. Diese Ansprüche waren im Vergleich zu den monatlichen Raten von 3 000 DM, die der Schuldner ab 1.12.1997 an die Beklagte zu erbringen hatte, durchaus bedeutsam. Die Forderungen der anderen Gläubiger blieben unerfüllt; die Gläubiger meldeten sie zur Insolvenztabelle an. Dies rechtfertigt die Annahme der Zahlungsunfähigkeit (vgl. BGH, Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 228/03, a. a. O. S. 2314). Der Schuldner war zu keinem Zeitpunkt imstande, diese Forderungen zu erfüllen. Selbst die monatlich an die Beklagte zu entrichtenden Raten von 3 000 DM zahlte er nur unregelmäßig. Schon mit der ersten Rate für Dezember 1997 geriet er in Rückstand. Per 1.12.1998 war er zwar mit den Zahlungen auf dem Laufenden. Zu einer Erhöhung auf monatlich 6 000 DM, wie von der Beklagten mit Schreiben vom 22.12.1998 verlangt, oder monatlich 5 000 DM (vgl. das Schreiben der Beklagten vom 5.2.1999) war er jedoch nicht in der Lage. Legt man nur eine monatliche Ratenzahlungsverpflichtung von 3 000 DM zugrunde, hätte er in der Zeit vom 1.12.1997 bis 7.11.2001 (Datum seiner letzten Zahlung) 48 mal 3 000 DM = 144 000 DM aufbringen müssen. Tatsächlich hat er nur 40 477,16 € (das entspricht 79 166,44 DM) gezahlt. Für den Zeitraum zwischen dem 5.8.1999 und dem 20.12.2000 hat das Berufungsgericht sogar einen totalen „Zahlungsausfall“ festgestellt.
- 28 Danach kommt es nicht mehr darauf an, ob der Schuldner, wie der Kläger behauptet hat, gegenüber anderen Gläubigern über die von Anfang an bestehenden Verbindlichkeiten von ca. 20 000 DM hinaus weitere in Höhe von ca. 370 000 € angehäuft hat.
- 29 (3) Der Schuldner kannte seine Zahlungsunfähigkeit. Dass er in dem hier interessierenden Zeitraum zu irgendeinem Zeitpunkt überzeugt war, in absehbarer Zeit alle seine Gläubiger, welche Forderungen ernsthaft einforderten, befriedigen zu können (zu diesem Erfordernis vgl. BGH, Urt. v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, BB 1998, 1023 m. Komm. Wiester, BB 1998, 1025 = WM 1998, 248, 251), ist auszuschließen.
- 30 Für die Zeit vor Vereinbarung des Stillhalteabkommens ergibt sich die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit daraus, dass der Schuldner nach der fristlosen Kündigung und Fälliggstellung der Kredite der Beklagten

diese um Stundung bat und anbot, ab Dezember 1997 – also sieben Monate später – Raten in einer Höhe zu zahlen, die allenfalls die laufenden Zinsen abdeckten. Danach war dem Schuldner bewusst, die fällig gestellten Kredite in Höhe von ca. 590 000 DM auf unabsehbare Zeit nicht zurückführen zu können.

Umstände, aufgrund derer er hätte annehmen können, durch Abschluss 31 der Stillhaltevereinbarung mit der Beklagten seine Zahlungen allgemein wieder aufgenommen zu haben, sind nicht ersichtlich. Die Stillhaltevereinbarung verhielt sich nicht über die Forderungen der anderen Gläubiger. Diese waren dem Schuldner bekannt, weil jene Gläubiger versucht hatten, die Ansprüche des Schuldners gegen die Beklagte zu pfänden. Weiter war dem Schuldner bekannt, dass die Beklagte ihr Stillhalten von der regelmäßigen und pünktlichen Zahlung der Raten abhängig gemacht hatte. Dass seine Zahlungen nicht regelmäßig und pünktlich erfolgten, wusste der Schuldner, und er wurde obendrein durch die ständigen Mahnungen der Beklagten daran erinnert. Dass der Schuldner damals über ein schlüssiges Sanierungskonzept verfügt habe, ist nicht vorgetragen.

cc) Ob der Schuldner außerdem zur Abwendung einer unmittelbar dro- 32 henden Zwangsvollstreckung geleistet hat – was ebenfalls die Vermutung für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz begründen würde (vgl. BGHZ 155, 75, 84; Urt. v. 13.5.2004 – IX ZR 190/03, a. a. O.) –, kann danach offen bleiben.

## ... wie die entsprechende Kenntnis der Beklagten

c) Der Beklagten war der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuld- 33 ners den Umständen nach bekannt.

Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass 34 die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die angefochtene Handlung die Gläubiger benachteiligte (§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO).

aa) Auf die Kreditkündigung und die Aufforderung, 590 000 DM bis zum 35 30.4.1997 zu zahlen, reagierte der Schuldner erst über zwei Monate später; er bat um Stundung. Daraus konnte und musste die Beklagte entnehmen, dass der Schuldner nicht in der Lage war, die Kredite innerhalb von drei Wochen nach dem 30.4.1997 zurückzuführen. Sie hat dies auch erkannt, weil sie sich durch Abschluss des Stillhalteabkommens auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners eingerichtet hat.

Da die Beklagte von der einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des 36 Schuldners wusste, oblag es ihr, darzulegen und zu beweisen, warum sie später davon ausging, der Schuldner habe seine Zahlungen allgemein wieder aufgenommen (vgl. BGH, Urt. 8.12.2005 – IX ZR 182/01, a. a. O. S. 194). Derartige Umstände hat sie nicht dargetan. Die Beklagte wusste, dass der Schuldner noch weitere Gläubiger hatte; denn diese hatten versucht, die dem Schuldner aus dem Kontokorrent zustehenden Ansprüche zu pfänden. Dass der Schuldner jene Gläubiger bediente, konnte die Beklagte nicht annehmen, war der Schuldner doch – trotz des von der Beklagten beständig ausgeübten massiven Drucks – nicht einmal in der Lage, die ihr geschuldeten monatlichen Raten vollständig aufzubringen.

bb) Die Beklagte hatte auch Kenntnis davon, dass die Zahlungen die wei- 37 teren Gläubiger des Schuldners objektiv benachteiligten. Wer weiß, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist, dem ist in aller Regel auch bewusst, dass dieser nicht in der Lage ist, seine weiteren fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen (vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2003 – IX ZR 215/02, ZIP 2003, 1900, 1902; HK-InsO/Kreft, a. a. O. § 133 Rn. 23). So lag es hier.

III. Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da 38 die Sache im Sinne der Klage entscheidungsreif ist, kann der Senat eine Endentscheidung treffen und das erstinstanzliche Urteil wiederherstellen (§ 563 Abs. 3 ZPO).



// **BB-Kommentar**

Prof. Dr. Martin Hörmann, LL.M., RA, Neu-Ulm



## „Der IX. Zivilsenat setzt seine Rechtsprechung zur Zahlungsunfähigkeit sowie zur Gläubigerbenachteiligung konsequent fort“

**Problem**

Der BGH hatte im Streitfall über die Insolvenzanfechtung einer kongruenten Deckung zu entscheiden. Da sich die Bank auf ein Stillhalteabkommen und eine Ratenzahlung mit dem Schuldner eingelassen hat, war neben der Frage der Gläubigerbenachteiligungsabsicht das Problem, welche Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit Berücksichtigung finden, von besonderer Bedeutung.

**Entscheidung**

Das Gericht bestätigt seine ständige Rechtsprechung zur Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung nach § 133 Abs. 1 S. 1 InsO. Eine Anfechtung ist demnach auch dann möglich, wenn der Schuldner dem Gläubiger mit der angefochtenen Rechtshandlung nur das gewährt hat, worauf dieser einen Anspruch hatte (sog. kongruente Deckung). Ein bedingter Vorsatz ist hierfür ausreichend. Wenn der Schuldner zum Zeitpunkt der Zahlung zahlungsunfähig war und seine Zahlungsunfähigkeit kannte, ist auch der Benachteiligungsvorsatz zu vermuten. Der BGH bekräftigt weiterhin seine Rechtsprechung, dass eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung grundsätzlich fortwirkt und es Aufgabe des Anfechtungsgegners sei, die allgemeine Aufnahme der Zahlungen durch den Schuldner darzulegen. Anhand des konkreten Geschehensablaufs kommt der BGH dann zu der Auffassung, dass diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall vorlagen, da der Schuldner zu keinem Zeitpunkt im Stande war, selbst die monatlich vereinbarten Ratenzahlungen pünktlich zu erbringen. Darüber hinaus sei aus der von dem Insolvenzverwalter vorgelegten Insolvenztabelle ersichtlich, dass die Forderungen der anderen Gläubiger unerfüllt blieben. Mit seinem Urteil bekräftigt der BGH schließlich seine jüngste Rechtsprechung zum Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit. Demnach

sind Forderungen, die früher ernsthaft eingefordert waren, bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht mehr zu berücksichtigen, wenn inzwischen ein Stillhalteabkommen – das keine Stundung im Rechtssinne enthalten muss – mit dem Gläubiger geschlossen wurde (Bestätigung von BGH, 19.7.2007 – IX ZB 36/07, ZIP 2007, 1666). Auf die Irritationen, die diese Rechtsprechung ausgelöst hat (hierzu nur *Tetzlaff*, ZInsO 2007, 1334) geht das Gericht nicht ein.

**Praxisfolgen**

Der Entscheidung des BGH ist in vollem Umfang zuzustimmen. Sie setzt konsequent die bisherige Rechtsprechung fort, die auf die frühzeitige Stellung von Insolvenzanträgen oder aber ordnungsgemäß ausgearbeitete Sanierungskonzepte abstellt (zuletzt BGH, 24.5.2007 – IX ZR 97/06, NJW-RR 2007, 1537; hierzu *Rendels*, INDat-Report, 2007, 36, 39). Sanierungsbemühungen stehen stets unter dem Damoklesschwert einer späteren Verfahrenseröffnung und dem damit verbundenen Risiko der Insolvenzanfechtung durch den Insolvenzverwalter (hierzu *Paulus*, BB 2001, 425, 426). Die Anfechtung wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO kann rückwirkend bis zu 10 Jahre vor Stellung des Insolvenzantrages vorgenommen werden (im vorliegenden Sachverhalt betrug sie immerhin mehr als vier Jahre). Dieses Risiko lässt sich aber ohne Weiteres durch einen ernsthaften Sanierungsversuch ausschließen. Nach der Rechtsprechung des BGH ist es bereits ausreichend, wenn ein in sich schlüssiges Konzept, das jedenfalls in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt wurde, vorliegt, selbst wenn der Sanierungsversuch später fehlschlägt (BGH, 12.11.1992 – IX ZR 236/91, NJW-RR 1993, 238, und 4.12.1997 – IX ZR 47/97, BB 1998, 1023, sowie *Schneider/Hörmann*, ZInsO 2005, 133, 135). In einem solchen Fall wird die für anfechtbar gehaltene Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet. Das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt infolgedessen in den Hintergrund. Ein Schuldner, der ernsthaft und mit aus seiner Sicht (wenn auch nicht objektiv) tauglichen Mitteln die Sanierung anstrebt, handelt subjektiv redlich (*Schneider/Hörmann*, ZInsO 2005, 133, 135). Eine Bank, die sich auf ein Stillhalteabkommen und Ratenzahlungen mit dem Schuldner einlässt, ohne entsprechende Vorkehrungen (wie z.B. die Vorlage eines Sanierungs- oder Liquidationskonzepts durch den Schuldner, in welchem sämtliche Verbindlichkeiten berücksichtigt werden) getroffen zu haben, trägt das Risiko der Insolvenzanfechtung beim Scheitern dieser Vereinbarungen in der Insolvenz des Schuldners zu Recht.

// **Entscheidungsreporte**// **INSOLVENZRECHT**

## Haftung des Gesellschafters wegen existenzvernichtenden Eingriffs auf Verzugszinsen

BGH, Urteil vom 13.12.2007 – IX ZR 116/06

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE](#) BBL2008-453-1  
unter [www.betriebs-berater.de](http://www.betriebs-berater.de)

**LEITSATZ**

Werden der Gesellschaft unter dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs Geldbeträge entzogen, so hat der rechtswidrig handelnde Gesellschafter Verzugszinsen ab der Entziehung zu entrichten.

**ZUSAMMENFASSUNG**

Der Beklagte war alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin. Er überwies in vier Teilbeträgen am 3., 7., 8. und 10.9.2004 aus dem Vermögen der Schuldnerin insgesamt 70 000 € auf sein eigenes Bankkonto. Am 20.9.2004 beantragte er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über die Schuldnerin. Das Verfahren wurde am 21.1.2005 eröffnet.

Der klagende Insolvenzverwalter verlangte vom Beklagten Rückzahlung nebst Verzugszinsen ab dem jeweiligen Folgetag der einzelnen Überwei-