

Skript Insolvenzrecht

und Anfechtungsrecht

Bearbeitet von
Von Wolfgang C. Fahlbusch, Rechtsanwalt und Dozent

10. Auflage 2018. Buch. 274 S. Kartoniert
ISBN 978 3 86752 557 2
Format (B x L): 19,5 x 24,9 cm

[Recht > Zivilverfahrensrecht, Berufsrecht, Insolvenzrecht > Insolvenzrecht,
Unternehmenssanierung](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

1. Teil: Das Insolvenzrecht

1. Abschnitt: Zweck und Begriff des Insolvenzverfahrens

Am 01.01.1999 ist die Insolvenzordnung in Kraft getreten. Sie beseitigt die Dualität von Konkurs- und Vergleichsordnung in den alten Bundesländern durch ein einheitliches Insolvenzverfahren und stellt die innerdeutsche Rechtseinheit wieder her, indem sie diese mit der Gesamtvollstreckungsordnung der neuen Bundesländer in sich vereint.¹

1

Nach Art. 5 des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes vom 18.10.2008 wurde mit dem § 19 Abs. 2 InsO n.F. – befristet bis zum 31.12.2010, durch Art. 1 des Gesetzes zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 24.09.2009 bis zum 31.12.2013 verlängert und aufgrund Gesetzes vom 05.12.2012 nunmehr unbefristet – wieder an den sog. zweistufigen modifizierten Überschuldungsbegriff angeknüpft, wie er vom BGH² bis zum Inkrafttreten der InsO vertreten wurde.

Das am 01.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen hat insbesondere aufgrund der Reform des Kapitalersatzrechts erhebliche Änderungen der Insolvenzordnung herbeigeführt.

Am 01.03.2012 ist das Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG) sowie am 01.07.2014 das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte in Kraft getreten.

Weiterhin sind am 05.04.2017 das Gesetz zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz sowie am 26.06.2017 die europäische Insolvenzordnung (EuInsVO) in Kraft getreten. Das Gesetz zur Erleichterung der Bewältigung von Konzerninsolvenzen vom 13.04.2017 trat am 21.04.2018 in Kraft (BGBl. I S. 866).

Im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung der ZPO dient das Insolvenzverfahren nicht der Befriedigung eines Gläubigers, sondern führt zu einer Gesamtbereinigung aller Schulden durch gleichmäßige Befriedigung aller persönlichen Gläubiger aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners, sog. „Gesamtvollstreckung“.

2

Dieses Ziel wird dadurch erreicht, dass bei Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens zur Befriedigung aller Gläubiger das Prioritätsprinzip der Einzelzwangsvollstreckung, vgl. insbesondere § 804 Abs. 3 ZPO, ersetzt wird durch das Prinzip der gleichmäßigen, quotenmäßigen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, sog. „Verlustgemeinschaft der Gläubiger“, unabhängig davon, ob die Forderung titulierte ist oder nicht und wann sie entstanden ist.

Während die Einzelzwangsvollstreckung auf der Initiative des einzelnen Gläubigers beruht, wird das Insolvenzverfahren durch die Gläubigergemeinschaft selbst – d.h. durch deren Organe, die Gläubigerversammlung, §§ 74–79 InsO, und den Gläubigerausschuss, §§ 67–73 InsO – bzw. durch den Insolvenzverwalter „als zentrale Figur des Insolvenzverfahrens“, §§ 56–66 InsO, durchgeführt, und zwar unter Aufsicht des Insolvenzgerichts, § 58 Abs. 1 InsO.

¹ Vgl. zu den Reformzielen Graf/Schlicker ZIP 2002, 1166 ff.

² BGHZ 119, 201, 214.

- 3** Die Befriedigung der Gläubiger erfolgt durch Verwertung des Schuldnervermögens, wofür gleichrangig drei Wege zur Verfügung stehen:
1. Liquidation des Vermögens und Verteilung des Erlöses;
 2. Sanierung des Unternehmens und Erwirtschaftung von Gewinnen, die an die Gläubiger verteilt werden – sog. „investive Verwertung“;
 3. Übertragende Sanierung, bei der das Unternehmen (oder selbstständige Teile davon) an Dritte übertragen und der Kaufpreis an die Gläubiger verteilt wird – sog. sanierende Liquidation.

2. Abschnitt: Das Insolvenzeröffnungsverfahren

A. Die Voraussetzungen der Eröffnung

Fall 1:

Das Amtsgericht A (Insolvenzgericht) hat auf Antrag des Gläubigers G das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners S durch Beschluss eröffnet.

- I. Das Insolvenzverfahren über das Vermögen des/der ... wird heute, den ..., 12.00 Uhr, eröffnet (§ 27 Abs. 2 Nr. 1, 3, Abs. 3 InsO).
- II. Zum Insolvenzverwalter wird ernannt ... (§ 27 Abs. 2 Nr. 2 InsO).
- III. Die erste Gläubigerversammlung zur Beschlussfassung über den Fortgang des Insolvenzverfahrens auf der Grundlage eines Berichts des Verwalters wird bestimmt auf ... (§§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 156 InsO).
- IV. 1. Die Gläubiger werden aufgefordert, ihre Forderungen bis zum ... beim Verwalter anzumelden (§§ 28 Abs. 1, 174 InsO).
2. Sie haben dem Verwalter unverzüglich mitzuteilen, welche Sicherungsrechte sie an beweglichen Sachen oder Rechten des Schuldners in Anspruch nehmen. Der Gegenstand, an dem das Sicherungsrecht beansprucht wird, die Art und der Entstehungsgrund des Sicherungsrechts sowie die gesicherte Forderung sind zu bezeichnen (§ 28 Abs. 2 InsO).
- V. Prüfungstermin der Gläubigerversammlung über die angemeldeten Forderungen wird bestimmt auf ... (§§ 29 Abs. 1 Nr. 2, 176, 177 InsO).
- VI. Alle Personen, die eine zur Masse gehörige Sache im Besitz haben oder zur Masse etwas schuldig sind, werden aufgefordert, nicht mehr an den Schuldner zu leisten, sondern an den Verwalter (§ 28 Abs. 3 InsO).“

Gegen diesen Beschluss legt S sofortige Beschwerde bei dem Amtsgericht A mit der Begründung ein, dass G zwischenzeitlich befriedigt worden sei.

4 A. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

I. Statthaftigkeit

Gemäß §§ 6 Abs. 1, 34 Abs. 2 InsO, § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO ist die sofortige Beschwerde des Schuldners gegen die Eröffnung des Insolvenzverfahrens statthaft. Sie hat keine aufschiebende Wirkung, § 4 InsO i.V.m. §§ 567 Abs. 1, 570 Abs. 1 ZPO. Diese kann aber gemäß § 570 Abs. 2 u. 3 ZPO ausdrücklich angeordnet werden.³

³ Thomas/Putzo § 570 Rn. 2, 3; Pape NJW 2001, 23 ff.

II. Zuständigkeit

Zuständig ist das Landgericht als Beschwerdegericht, § 4 InsO i.V.m. § 569 Abs. 1 ZPO. Das Insolvenzgericht kann gemäß §§ 567 Abs. 1, 572 Abs. 1 ZPO der Beschwerde abhelfen.

III. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

Die allgemeinen Prozessvoraussetzungen, insbesondere die Partei- und Prozessfähigkeit sowie die Prozessvollmacht, vgl. aber § 88 Abs. 2 ZPO, müssen gegeben sein.

IV. Form

Die sofortige Beschwerde kann, auch in nicht dringenden Fällen, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle bei dem Beschwerdegericht eingelegt werden, § 4 InsO i.V.m. §§ 569 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 u. 3, 567 Abs. 1 ZPO.

V. Frist

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen einzulegen, § 4 InsO i.V.m. § 569 Abs. 1 S. 1 ZPO. Diese beginnt gemäß §§ 6 Abs. 2, 30 Abs. 1 S. 1, 9 Abs. 3 InsO mit der Wirksamkeit der öffentlichen Bekanntmachung des Eröffnungsbeschlusses,⁴ also mit Ablauf des zweiten Tages nach der Veröffentlichung, § 9 Abs. 1 S. 3 InsO, dagegen nicht mit der Zustellung des Eröffnungsbeschlusses an den Insolvenzschuldner.

Nach Ablauf dieser Notfrist ist die sofortige Beschwerde nur nach Maßgabe des § 4 InsO i.V.m. § 569 Abs. 1 S. 3 ZPO, d.h. bei Vorliegen der Voraussetzungen einer Nichtigkeits- oder Restitutionsklage⁵ zulässig.

VI. Beschwerdebefugnis

Nur der Insolvenzschuldner kann den Beschluss, durch den das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet wurde, mit der sofortigen Beschwerde anfechten, § 34 Abs. 2 InsO.⁶

Die Begrenzung des Rechtsmittels der sofortigen Beschwerde auf die Person des Schuldners verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.⁷

Gegen die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde des S bestehen keine Bedenken.

B. Begründetheit der sofortigen Beschwerde

Die sofortige Beschwerde ist begründet, wenn das Insolvenzgericht die Voraussetzungen für den Erlass des Eröffnungsbeschlusses zu Unrecht angenommen hat, wobei gemäß **§ 4 InsO i.V.m. § 571 ZPO** auf den Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts abzustellen ist.⁸

5

4 Holzer ZIP 2008, 391 ff.

5 Zöller/Heßler § 569 Rn. 6 b m.w.N.

6 Hess/Pape Rn. 180.

7 BVerfG NJW 1990, 1902.

8 BGH ZIP 2008, 2285; 1034, 1035; Zöller/Heßler § 571 Rn. 2.

Es sind somit die Voraussetzungen für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu prüfen.

6 I. Zulässigkeit des Insolvenzantrags

1. Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens, § 13 Abs. 1 S. 1 InsO

Das Insolvenzverfahren wird nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag, der schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle oder des Rechtspflegers gestellt werden muss, § 4 InsO i.V.m. § 496 ZPO, § 24 Abs. 2 RPflG, eröffnet.

Antragsberechtigt sind:

- jeder (künftige) Insolvenzgläubiger, §§ 13 Abs. 1 S. 2, 14 InsO
- der (künftige) Insolvenzschuldner, § 13 Abs. 1 S. 2 InsO, bei Prozessunfähigkeit sein gesetzlicher Vertreter, Nachlasspfleger;⁹

Nach § 13 Abs. 1 S. 3 InsO ist dem Antrag des Schuldners generell ein Verzeichnis der Gläubiger und ihrer Forderungen beizufügen. Bei laufendem Geschäftsbetrieb sind fakultativ nach § 13 Abs. 1 S. 4 Nr. 1–5 InsO die dort bezeichneten Forderungen kenntlich zu machen, nach Abs. 1 S. 5 sind die Angaben zur Bilanzsumme, zu den Umsatzerlösen und zur durchschnittlichen Zahl der Arbeitnehmer des vorangegangenen Geschäftsjahres zwingend, vgl. dazu §§ 21 Abs. 2 Nr. 1 a, 22 a InsO. Nach Abs. 1 S. 6 sind die Angaben nach S. 4 weiterhin zwingend, wenn der Schuldner **Eigenverwaltung** beantragt hat, die Voraussetzungen des § 22 a Abs. 1 Nr. 1–3 InsO vorliegen oder die Einsetzung eines **vorläufigen Gläubigerausschusses** im Eröffnungsverfahren beantragt wird.¹⁰

- Zum Antragsrecht bei juristischen Personen und Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit vgl. § 15 InsO (Antragsrecht des einzelnen Vorstandsmitgliedes zur Stellung eines Insolvenzantrags auch bei Gesamtvertretung;¹¹ Antragsrecht des Geschäftsführers einer insolventen Komplementär-GmbH hinsichtlich der KG).¹²
- Zur Antragspflicht bei juristischen Personen im Falle der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vgl. § 15 a Abs. 1 InsO.¹³

Im Fall der Antragspflicht ist der Eröffnungsantrag ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung zu stellen. Nach der Rspr. des BGH¹⁴ beginnt die Drei-Wochenfrist bei Überschuldung mit der Kenntnis des zuständigen Organs vom Vorliegen dieses Insolvenzgrundes, wobei ein Aufwand zu verlangen ist, der eine zuverlässige Eigenprüfung ermöglicht. Im Falle der Zahlungs-

⁹ BGH ZIP 2007, 1868.

¹⁰ AG Hannover ZInsO 2015, 1693; AG Hamburg ZInsO 2013, 134; Marotzke Der Betrieb 2012, 560 ff., 617 ff.

¹¹ AG Göttingen ZIP 2011, 394.

¹² AG Dresden ZIP 2003, 3151 ff.

¹³ Schmidt ZInsO 2014, 2325 ff.; Cymutta BB 2012, 3151 ff.

¹⁴ BGH ZIP 2012, 1557, 1558; 2007, 1256.

unfähigkeit beschränkt sich die Verpflichtung zur Eigenprüfung auf die Liquidität des Unternehmens.

Der Geschäftsführer als Ersteller der Prognose hat die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten, konkretisiert nach § 43 Abs. 1 GmbHG.¹⁵ Das beinhaltet die Verpflichtung, nach Eintritt erster Krisenanzeichen die Informationssammlung und Dokumentation zu beginnen.¹⁶ Die kontinuierliche Überprüfung der Fortführungsfähigkeit des Unternehmens ist Aufgabe des Geschäftsführers.¹⁷ Spätestens ab dem Zeitpunkt der Erkennbarkeit rechnerischer Überschuldung wird das Vorliegen des Insolvenzverschleppungstatbestandes vermutet.¹⁸ Der Geschäftsführer trägt die Beweislast, dass aus damaliger Sicht eines sorgfältig handelnden Geschäftsführers eine positive Fortführungsprognose gerechtfertigt war.¹⁹ Nicht ausreichend ist der pauschale Hinweis auf stille Reserven, vielmehr bedarf es der nachvollziehbaren Darlegung, aus welcher Bilanzposition stille Reserven realisiert werden können. Weiterhin sind auch stille Lasten aufzudecken.²⁰

Zur Insolvenzantragspflicht bei Führungslosigkeit der Gesellschaft vgl. § 15 a Abs. 3 InsO.²¹

Der Antrag kann mit der Kostenfolge des § 4 InsO, § 269 Abs. 3 S. 2 ZPO zurückgenommen werden, jedoch nicht mehr **nach** der Insolvenzeröffnung oder **nach** rechtskräftiger Abweisung des Antrags, § 13 Abs. 2 InsO, da nach diesem Zeitpunkt der Antragsteller auf den Fortgang des Verfahrens keinen Einfluss mehr hat.²²

2. Allgemeine Verfahrensvoraussetzungen

7

a) Zuständigkeit

Das Amtsgericht, in dessen Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat (vgl. aber § 2 Abs. 2 InsO), ist als Insolvenzgericht zur Entscheidung über den Insolvenzantrag **sachlich** zuständig, **§ 2 Abs. 1 InsO. Örtlich** ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk der Schuldner seinen allgemeinen Gerichtsstand hat bzw. der Schwerpunkt seiner selbstständigen wirtschaftlichen Tätigkeit liegt, **§ 3 Abs. 1 S. 1 und 2 InsO.**²³

Bei Unternehmen kommt es in erster Linie darauf an, wo sich ihre Hauptniederlassung befindet.²⁴ Zu deren Begründung genügen die bloße Anmeldung eines Gewerbebetriebs und die Eintragung im Handelsregister nicht, vielmehr ist es erforderlich, dass ein Erwerbsgeschäft ständig betrieben

15 BGH a.a.O.; Blöse GmbHR 2005, 832.

16 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noak § 43 Rn. 17.

17 BGH ZIP a.a.O.; Tamm BB 2012, 1944 ff.

18 BGH ZIP 2012, 1455, 1456; 2007, 2171; 2000, 184, 185.

19 BGH a.a.O.

20 Blöse ZIP 2003, 1687, 1689, 1690.

21 AG Oldenburg ZIP 2016, 1936; Pape ZInsO 2011, 2154, 2157; Passarge GmbHR 2010, 295, 297.

22 BGH ZIP 2008, 1596; MK-Schmah § 13 Rn. 122 ff.

23 BayObLG ZIP 2003, 676; AG Göttingen ZIP 2010, 640; Gehrlein ZInsO 2012, 2117, 2118; zum Insolvenzgerichtsstand des persönlich haftenden Gesellschafters einer OHG/KG, BGB-Gesellschaft KG ZIP 2000, 1170; zur Zuständigkeitserschleichung OLG Celle ZIP 2010, 489; AG Göttingen ZIP 2007, 1281.

24 AG Göttingen ZIP 2010, 640; Gehrlein ZInsO 2012, 2117 ff.

wird und sich dieses in äußeren Erscheinungen kundtut.²⁵ Der Wohnsitz des neu bestellten Geschäftsführers begründet keine Zuständigkeit des für den Wohnsitz des Geschäftsführers zuständigen Insolvenzgerichts.²⁶

Funktionell zuständig ist der Richter, vgl. **§ 18 Abs. 1 RPflG**.

b) Insolvenzfähigkeit, §§ 11, 12 InsO

Die Parteifähigkeit für das Insolvenzverfahren wird auf der Schuldnerseite als Insolvenzfähigkeit bezeichnet.

Insolvenzfähig sind alle natürlichen und juristischen Personen, wobei der nicht rechtsfähige Verein einer juristischen Person gleichsteht, **§ 11 Abs. 1 S. 1 u. 2 InsO**.²⁷

Weiterhin sind auch Vorgesellschaften, z.B. Vor-GmbH,²⁸ insolvenzfähig. Nach **§ 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO** kann ein Insolvenzverfahren auch über das Vermögen einer **Gesellschaft ohne Rechtspersönlichkeit** eingeleitet werden.²⁹

Auch eine in Vollzug gesetzte fehlerhafte Gesellschaft ist hinsichtlich des gebildeten Gesellschaftsvermögens insolvenzfähig.³⁰

c) Verfahrensvollmacht

Gemäß § 4 InsO gelten insoweit die §§ 80 ff. ZPO. Anwaltliche Vollmachten sind im Insolvenzverfahren nicht von Amts wegen zu prüfen, nur die von nicht anwaltlichen Vertretern.

d) Rechtsschutzinteresse

Voraussetzungen zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens durch einen Gläubiger ist gemäß **§ 14 Abs. 1 InsO** das Vorliegen eines Rechtsschutzinteresses, was von Amts wegen zu prüfen ist.³¹ Es ist grundsätzlich aufgrund der Gläubigereigenschaft gegeben, fehlt jedoch dann, wenn der Gläubiger auf einfachere und zweckmäßigere Art und Weise die Befriedigung seiner Forderung erreichen kann. Dies liegt insbesondere dann vor, wenn die Forderung zweifelsfrei vollständig dinglich gesichert ist.³²

Der Insolvenzantrag ist als rechtsmissbräuchlich anzusehen, wenn mit dem Insolvenzverfahren der ausschließliche Zweck verfolgt wird, einen Konkurrenten aus dem Wettbewerb zu entfernen.³³

Das Rechtsschutzinteresse für den Insolvenzantrag fehlt auch nicht schon dann, wenn die Forderung des antragstellenden Gläubigers gering ist, da

25 BayObLG RpfI. 1980, 486; Haarmeyer/Wutzke/Förster S. 51.

26 OLG Celle ZIP 2006, 921.

27 BGH ZIP 2003, 2123: Insolvenzfähigkeit der Vor-GmbH.

28 BGH ZIP 2003, 2123.

29 BGH ZIP 2003, 2123.

30 BGH ZIP 2006, 2174, 2175.

31 BGH WM 2008, 227; 1996, 652.

32 BGH ZInsO 2011, 1216; 2008, 103, 104; Geißler ZInsO 2014, 14 ff.

33 BGH ZIP 2011, 1161, 1162.

anderenfalls insbesondere die kleinen und damit häufig die wirtschaftlich schwächeren Gläubiger benachteiligt würden.³⁴ Zur Befriedigung der Forderung vgl. § 14 Abs. 1 S. 2 InsO unter Rn. 13.

Auch ein nachrangiger Insolvenzgläubiger, vgl. § 39 InsO, hat ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Befriedigungsaussichten ein Rechtsschutzinteresse für die Stellung eines Insolvenzantrags.³⁵

3. Angabe des Eröffnungsgrundes, sog. materieller Eröffnungsgrund, § 16 InsO

Als Eröffnungsgründe kommen die **Zahlungsunfähigkeit**, die **drohende Zahlungsunfähigkeit** und die **Überschuldung** in Betracht, wobei es von der Person des Schuldners abhängt, welcher Insolvenzgrund geltend gemacht werden kann. 8

a) Zahlungsunfähigkeit, § 17 InsO

Die Zahlungsunfähigkeit ist der allgemeine Eröffnungsgrund, vgl. § 17 Abs. 1 InsO, d.h., sie kann bei natürlichen und juristischen Personen, dem nicht rechtsfähigen Verein und den Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit i.S.d. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO vorliegen. 9

Zahlungsunfähig ist der Schuldner, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, § 17 Abs. 2 S. 1 InsO. In die zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit aufzustellende Liquiditätsbilanz sind auf der Aktivseite neben den verfügbaren Zahlungsmitteln (sog. Aktiva I) die innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel (sog. Aktiva II) einzubeziehen und zu den am Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva I) sowie den innerhalb von drei Wochen fällig werdenden und eingeforderten Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) in Beziehung zu setzen. Auch die innerhalb von drei Wochen nach dem Stichtag fällig werdenden Verbindlichkeiten (sog. Passiva II) sind bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit zu berücksichtigen.³⁶ Nach außen erkennbar wird die Zahlungsunfähigkeit in der Regel, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat, § 17 Abs. 2 S. 2 InsO. Diese – widerlegbare – gesetzliche Vermutung indiziert die Zahlungsunfähigkeit.³⁷

Von der Zahlungsunfähigkeit ist die sog. Zahlungsstockung³⁸ zu unterscheiden, bei der ein nur kurzfristiger Geldmangel umgehend durch Kreditaufnahme behoben werden kann. Ist der Schuldner nicht in der Lage, sich innerhalb von drei Wochen die zur Begleichung der fälligen Forderungen benötigten finanziellen Mittel zu beschaffen, handelt es sich nicht nur um eine bloße Zahlungsstockung. Beträgt die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% ihrer fälli-

34 BGH WM 1986, 652; LG Berlin NJW-RR 1992, 831; Hess/Pape Rn. 119; Gerhardt Z郑 1995, 467, 482 ff.

35 BGH ZIP 2010, 2055, 2056; Gundlach/Müller ZInsO 2011, 84 ff.

36 BGH ZIP 2018, 283, 288; 2015, 585; 437; 2013, 2015; Mylich ZIP 2018, 514 ff.

37 BGH ZIP 2017, 2368, 2369; 2007, 1469.

38 BGH ZIP 2015, 437; 2005, 1468, 1469; 2003, 488, 391; Krüger/Wigand ZInsO 2011, 314 ff.; Bork ZIP 2008, 1749 ff.; Hess/Pape Rn. 97.

gen Gesamtverbindlichkeiten, ist allerdings regelmäßig Zahlungsunfähigkeit noch nicht eingetreten, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10% erreichen wird. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10% oder mehr, ist dagegen regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist.³⁹

Es ist ausreichend, wenn die Zahlungseinstellung aufgrund der Nichtbezahlung nur einer – nicht unwesentlichen – Forderung gegenüber einer Person besteht.⁴⁰ Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung auch dann aus, wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen.⁴¹ Gestundete Forderungen können im Rahmen einer zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit zu erstellenden Liquiditätsbilanz außer Betracht bleiben.⁴²

Eine Forderung ist in der Regel i.S.d. § 17 Abs. 2 InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im allgemeinen ergibt, sog. ernsthaftes Einfordern.⁴³

Eine einmal eingetretene Zahlungsunfähigkeit wird regelmäßig erst beseitigt, wenn die geschuldeten Zahlungen an die Gesamtheit der Gläubiger wieder aufgenommen werden können.⁴⁴

Anhang: Es wird ergänzend auf die IDW-Standards IDW S 11 zur Beurteilung des Vorliegens von Insolvenzeröffnungsgründen verwiesen.⁴⁵

b) **Drohende Zahlungsunfähigkeit, § 18 InsO**

10

Der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit liegt vor, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen, § 18 Abs. 2 InsO. In die Prognose sind auch Zahlungspflichten einzubeziehen, deren Fälligkeit im Prognosezeitraum nicht sicher, aber überwiegend wahrscheinlich ist. Auch eine unstreitige Forderung, die für eine begrenzte Zeit gestundet ist, kann bei der Prognose, ob drohende Zahlungsunfähigkeit vorliegt, zu berücksichtigen sein.⁴⁶

39 BGH ZIP 2010, 683, 687; 2009, 1235, 1237; 2007, 1666; 1469; MK-Ellenberger § 17 Rn. 10 ff.; HK-Kreft § 17 Rn. 18, 45.

40 BGH WM 2012, 998, 999; 2011, 1429; ZIP 2010, 683, 686; 2003, 410, 412.

41 BGH ZIP 2006, 2222, 2223.

42 BGH ZInsO 2012, 732; Gehrlein ZInsO 2012, 2117, 2120.

43 BGH ZIP 2013, 228, 231; 2009, 1235, 1237 m. Anm. Schulz ZIP 2009, 2281; 2008, 706, 707; 420, 422; 2007, 1796, 1798.

44 BGH ZIP 2010, 683, 687; 2007, 1469, 1471; AG Hamburg ZIP 2002, 2270.

45 Steffan/Solmecke ZInsO 2015, 1365 ff.

46 BGH ZIP 2014, 1289, 1292; Gehrlein BB 2014, 1539 ff.

Die „besonderen“ Insolvenzanfechtungsgründe der §§ 130–132 InsO			
	§ 130 InsO	§ 131 InsO	§ 132 InsO
Anfechtungstatbestand	Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht (kongruente Deckung)	Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hat (inkongruente Deckung)	Rechtsgeschäft, das die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt
Zeitraum der Vornahme des Rechtsgeschäfts und weitere Voraussetzungen	§ 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO in den letzten drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag + Zahlungsunfähigkeit des Schuldners + entspr. Kenntnis des Gläubigers	§ 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO im letzten Monat vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag	§ 132 Abs. 1 Nr. 1 InsO in den letzten drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag + Zahlungsunfähigkeit des Schuldners + entspr. Kenntnis des anderen Teils
	§ 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 InsO nach Eröffnungsantrag: Kenntnis des Gläubigers von Zahlungsunfähigkeit oder Eröffnungsantrag	§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor Eröffnungsantrag + Zahlungsunfähigkeit des Schuldners	§ 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO nach Eröffnungsantrag; Kenntnis des anderen Teils bzgl. Zahlungsunfähigkeit oder Eröffnungsantrag
		§ 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor Eröffnungsantrag + Kenntnis des Gläubigers von der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger	
Kenntnis von Umständen	§ 130 Abs. 2 InsO Kenntnis von Umständen, die zwingend auf Zahlungsunfähigkeit oder Eröffnungsantrag schließen lassen, reicht aus	§ 131 Abs. 2 S. 1 InsO Kenntnis von Umständen, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen, reicht aus	§ 132 Abs. 3 InsO § 130 Abs. 2 InsO gilt entsprechend
Rechtshandlung gegenüber nahestehenden Personen (§ 138 InsO)	§ 130 Abs. 3 InsO Vermutung der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags	§ 131 Abs. 2 S. 2 InsO Vermutung der Kenntnis der Benachteiligung des Insolvenzgläubigers	§ 132 Abs. 3 InsO § 130 Abs. 3 InsO gilt entsprechend

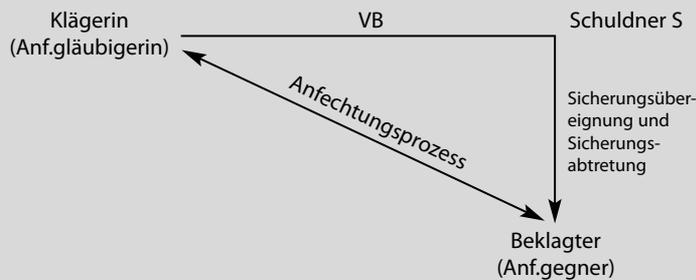
Fall 12:

Die klagende Bank nimmt den Beklagten aus Anfechtung nach dem AnfG auf Zahlung i.H.v. 100.000 € in Anspruch. Der Schuldner S, der eine Einzelfirma betrieb, hatte dem Beklagten nach Zahlungsrückständen im Januar zur Absicherung bestehender Forderungen aus Warenlieferungen den gesamten Warenbestand seiner Einzelfirma übereignet und sämtliche Forderungen abgetreten. Nachdem der Schuldner mit seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem Beklagten weiter in Rückstand geraten war, zog dieser unter Offenlegung der Globalabtretung die Forderungen ein und verwertete das Warenlager. Er erzielte einen Gesamterlös i.H.v. 25.000 €.

Im Juni wies das Insolvenzgericht den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners mangels Masse ab, vgl. § 26 Abs. 1 S. 1 InsO. Im Juli gab der Schuldner die eidesstattliche Versicherung, vgl. § 802 a ZPO, mit dem Inhalt ab, über kein verwertbares Vermögen zu verfügen.

Die Klägerin erwirkte wegen ihrer Forderungen gegen den Schuldner einen rechtskräftigen Vollstreckungsbescheid. Die Zwangsvollstreckung aus dem Titel blieb erfolglos.

Mit ihrer im Oktober erhobenen Klage erklärt die Klägerin die Anfechtung der zugunsten des Beklagten bestellten Sicherheiten und trägt – unwidersprochen – vor, dass aus den Sicherheiten mindestens 50.000 € zu realisieren gewesen wären.

**A. Zulässigkeit der Klage**

515

I. Allgemeine Prozessvoraussetzungen

Hinsichtlich der **Ordnungsgemäßheit** der **Klageerhebung** gemäß **§ 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO** i.V.m. **§ 13 AnfG** – Stellung des richtigen **Klageantrags** – ergibt sich vorliegend die Besonderheit, dass die Zwangsvollstreckung in die – unterstellt – anfechtbar erworbenen Gegenstände aufgrund der zwischenzeitlichen Einziehung der Forderungen und der Verwertung des Warenlagers nicht mehr möglich ist, **§ 11 Abs. 1 S. 1 AnfG**.

Der Anspruch aus **§ 11 Abs. 1 S. 2 AnfG** i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989, 990 BGB ist danach durch **Wertersatz** in Geld zu erfüllen.

Der Klageantrag auf Zahlung ist somit ordnungsgemäß.

Hinsichtlich des Vorliegens der allgemeinen Prozessvoraussetzungen bestehen im Übrigen keine Bedenken.

II. Besondere Prozessvoraussetzungen

Die **besonderen Prozessvoraussetzungen** des **§ 2 AnfG** – vollstreckbarer Schuldtitel, fälliger Anspruch und Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens – liegen vor. Weiterhin ist über das Vermögen des Schuldners auch **nicht** das **Insolvenzverfahren** eröffnet worden, **§ 16 Abs. 1 AnfG**.

Die Klage ist danach zulässig.

516 B. Begründetheit der Klage

- I. Der Klägerin könnte ein schuldrechtlicher Anspruch auf **Wiederherstellung** der Zugriffslage gegen den Beklagten gemäß **§ 11 Abs. 1 S. 1 AnfG** zustehen.

Da die **Zwangsvollstreckung** durch die zwischenzeitliche Einziehung der Forderungen und der Verwertung des Warenlagers **nicht** mehr **möglich** ist, ist dieser Anspruch durch **Wertersatz** in **Geld** zu erfüllen, **§ 11 Abs. 1 S. 2 AnfG** i.V.m. §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4, 292 Abs. 1, 989, 990 BGB.

Zu dessen Ermittlung ist der **Verkehrswert** maßgebend, den der Anfechtungsgegenstand im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des Anfechtungsprozesses hat. Nach dem – unbestrittenen – Vortrag der Klägerin betrug der Verkehrswert der Sicherheiten mindestens 25.000 €.

- II. Als **Anfechtungsgrund** könnte **§ 3 Abs. 1 AnfG** in Betracht kommen.

1. Durch den Abschluss der Sicherungsverträge – sog. Deckungsgeschäfte – hat der Schuldner **Rechtshandlungen** vorgenommen.
2. Diese haben zu einer **Gläubigerbenachteiligung** geführt – es genügt eine **mittelbare** –, da ohne diese Sicherungsgeschäfte die Gläubiger des Schuldners in die an den Beklagten übertragenen Vermögenswerte hätten vollstrecken können.¹³²⁶
3. Weiterhin muss der Schuldner die Rechtshandlungen mit dem **Vorsatz** vorgenommen haben, seine Gläubiger zu benachteiligen.
 - a) Dieser ist dann anzunehmen, wenn Beweggrund und Endzweck seiner Rechtshandlung ist, den Zugriff anderer Gläubiger auf seine Vermögenswerte zu verhindern. Es genügt sog. **bedingter Vorsatz**, der vorliegt, wenn der Schuldner das Bewusstsein gehabt hat, seine Handlungsweise könnte sich zum Nachteil aller oder einzelner Gläubiger auswirken, und wenn er diese Folge in Kauf nimmt.¹³²⁷ Er muss dagegen nicht die Benachteiligung gerade des bestimmten, jetzt anfechtenden Gläubigers erstrebt haben.¹³²⁸
 - b) Ob der Schuldner S dieses Bewusstsein hatte, ist den Tatumständen zu entnehmen. Nach Abschluss der Sicherungsverträge im Januar hatte S keine Mittel mehr zur Verfügung, fällige Forderungen anderer Gläubiger zu befriedigen, sodass die Annahme naheliegt, dass er sich bewusst war, dass er

¹³²⁶ BGH WM 2000, 324, 326.

¹³²⁷ BGH ZIP 2015, 1447, 1449; 2014, 1639.

¹³²⁸ BGH ZIP 2015, 1447, 1449; 2014, 1639.

seine Gläubiger in absehbarer Zeit weder wird freiwillig befriedigen können werden, noch dass diese mit Erfolg die Zwangsvollstreckung betreiben können.

Die Klägerin als **Anfechtende** trägt grundsätzlich die **Darlegungs- und Beweislast** – wie auch für alle anderen Voraussetzungen des **§ 3 Abs. 1 AnfG** – für das Vorliegen des Vorsatzes des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen.¹³²⁹

- c) Nach ganz h.M.¹³³⁰ greifen jedoch in den Fällen, in denen ein **illiquider Schuldner** einem **Gläubiger** eine sog. **inkongruente Sicherung** gewährt, die Grundsätze des **Beweises des ersten Anscheins** ein, mit der Folge, dass – tatsächlich – vermutet wird, dass der Schuldner das Bewusstsein hatte, seine übrigen Gläubiger infolge der Bevorzugung des einzelnen zu benachteiligen, und dass sein Wille auf die Benachteiligung gerichtet war.¹³³¹ Die gewährte **Sicherheit** ist dann **inkongruent**, wenn der **Anfechtungsgegner** nach dem Grundgeschäft **keinen Anspruch** auf deren **Bestellung** hat¹³³² (vgl. im Übrigen die Darstellung unter Rn. 200). Im vorliegenden Fall hatten der Schuldner und der Beklagte die Sicherungsverträge zur Sicherung bereits bestehender Kaufpreisforderungen des Beklagten abgeschlossen, ohne dass dies bei deren Begründung vereinbart worden war. Damit liegt ein sog. **inkongruentes Sicherungsgeschäft** vor. Da der Beklagte keine Tatsachen behauptet hat, die die tatsächliche Grundlage für das Eingreifen der Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins ausräumen, ist vom **Vorsatz** des **Schuldners** zur **Gläubigerbenachteiligung** auszugehen.

4. Schließlich muss der andere Teil zum Zeitpunkt der Rechtshandlung Kenntnis vom Vorsatz des Schuldners gehabt haben. Kenntnis erfordert **positives Wissen**; Kennenmüssen – auch grob fahrlässige Unkenntnis – genügt nicht.

517

Lässt sich der andere Teil vertreten, so ist bei gesetzlicher wie auch bei gewillkürter Vertretung grundsätzlich auf die Kenntnis des Vertreters abzustellen, vgl. jedoch § 166 Abs. 2 BGB.¹³³³

Die **Darlegungs- und Beweislast** für die **Kenntnis** liegt auch hier – abgesehen von der Beweiserleichterung nach **§ 3 Abs. 1 S. 2 AnfG**¹³³⁴ – bei der Klägerin als **Anfechtender**.

Jedoch greifen auch hier bei Vorliegen eines sog. **inkongruenten Sicherungsgeschäfts** – wie hier – die Grundsätze des **Beweises des ersten Anscheins** für die Annahme der **Kenntnis** ein.

Der Beklagte wusste als Vertragspartner des Schuldners, dass dieser ihm **Sicherheiten** bestellte, auf die er nach dem Grundgeschäft **keinen Anspruch**

1329 BGH ZIP 1991, 807.

1330 BGH ZIP 2008, 714, 715; 2004, 1160; 2002, 1408; Huber § 3 Rn. 34.

1331 BGH a.a.O.

1332 BGH ZIP 2004, 1370.

1333 Palandt/Ellenberger § 166 Rn. 10 m.w.N.

1334 BGH ZIP 2008, 714, 716.