



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 93/11

Verkündet am:  
5. Dezember 2013  
Kluckow  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 133 Abs. 1, § 18 Abs. 2

In die Prognose, die bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit vorzunehmen ist, sind auch Zahlungspflichten einzubeziehen, deren Fälligkeit im Prognosezeitraum nicht sicher, aber überwiegend wahrscheinlich ist.

BGH, Urteil vom 5. Dezember 2013 - IX ZR 93/11 - OLG Hamburg  
LG Hamburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 2013 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, Dr. Fischer und Grupp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 27. Mai 2011 teilweise aufgehoben und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 34 des Landgerichts Hamburg vom 31. Januar 2008 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens trägt die Beklagte. Die Nebenintervenientin trägt ihre Kosten selbst.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 27. November 2003 am 23. Dezember 2003 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der I. - G. mbH (fortan: Schuldnerin). Die Schuldnerin betrieb ihr Unternehmen in einem von der Beklagten gemieteten Gebäude. Gesellschafter der Beklagten, einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, waren die drei Gesellschafter der Schuldnerin mit

Anteilen von insgesamt 80 v.H.. Ihre Ehefrauen hielten die restlichen Anteile an der Beklagten. Die vereinbarte Miete betrug seit dem 1. Januar 2002 monatlich 20.646,36 €. Die Schuldnerin zahlte an die Beklagte am 10. Januar 2003 und am 14. Februar 2003 jeweils 16.293,78 €. Zwischen dem 15. Mai 2003 und dem 15. Oktober 2003 zahlte sie insgesamt weitere 67.655,30 €.

2

Die Dresdner Bank hatte der Schuldnerin einen Geschäftskredit in Höhe von 630.000 € und ein Hypothekendarlehen über rund 110.000 € gewährt. Mit Schreiben vom 5. Dezember 2002 erbat sie wegen eines erhöhten Kreditrisikos Vorschläge der Schuldnerin für eine werthaltige Absicherung der bisher nur durch Bürgschaften der drei Gesellschafter gesicherten Kredite. In einem Schreiben vom 4. Februar 2003 wiederholte sie ihre Aufforderung zur Stellung von Sicherheiten. Für den Fall, dass entsprechende verbindliche Vorschläge nicht bis zum 12. Februar 2003 erfolgten, drohte sie mit der Kündigung der Kredite. Mit Schreiben vom 19. Februar 2003 kündigte die D. den Geschäftskredit in Höhe eines Teilbetrags von 90.000 € mit sofortiger Wirkung und machte ihre Kreditbereitschaft im Übrigen davon abhängig, dass bis zum 28. Februar 2003 Zusatzsicherheiten gestellt wurden. Auf Vorschlag der Schuldnerin kam es am 12./19. März 2003 zu einer Vereinbarung, wonach die D. still hielt, sofern die Schuldnerin den Geschäftskredit bis zum 11. April 2003 in mehreren Raten vollständig zurückführte, das Hypothekendarlehen ordnungsgemäß bediente und näher bezeichnete Sicherheiten stellte. Mit Schreiben vom 15. April 2003 stellte die Bank fest, dass der Geschäftskredit noch in Höhe von 350.000 € offen stand und die vereinbarte Sicherheitenverstärkung nicht erfolgt war. Sie drohte die Kündigung des Kreditengagements an, falls die bestehende Überziehung nicht bis zum 25. April 2003 ausgeglichen werde. Am 2. Juni 2003 erfolgte die Kündigung.

3 Der Kläger verlangt unter den rechtlichen Gesichtspunkten des Eigenkapitalersatzes und der Insolvenzanfechtung die Rückgewähr der im Jahr 2003 von der Schuldnerin entrichteten Mieten in Höhe von insgesamt 100.242,86 € nebst Zinsen. Das Berufungsgericht hat die in erster Instanz erfolgreiche Klage in Höhe des Teilbetrags von 32.587,56 € nebst anteiliger Zinsen abgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger diesen Teilbetrag weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist begründet. Sie führt im Umfang des Rechtsmittels zur Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

I.

5 Das Berufungsgericht hat hinsichtlich der im Zeitraum zwischen Mai 2003 und Oktober 2003 gezahlten Mieten in Höhe von insgesamt 67.655,30 € einen Anspruch auf Rückzahlung wegen Vorsatzanfechtung nach § 143 Abs. 1, § 133 Abs. 1 InsO bejaht und dabei ausgeführt, die Schuldnerin sei ab Ende April 2003 zahlungsunfähig gewesen, mindestens aber habe die Zahlungsunfähigkeit gedroht. Für die Zeit davor, mithin für die beiden im Januar und Februar 2003 gezahlten Mieten in Höhe von zusammen 32.587,56 €, könne dies nicht angenommen und deshalb ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin nicht festgestellt werden. Ein Anspruch auf Rückgewähr dieser Mieten folge auch nicht aus §§ 32a, 32b GmbHG, § 135 InsO aF. Dabei könne dahinstehen, ob die Beklagte überhaupt als Normadressatin des § 32a Abs. 1 und 3 GmbHG

aF anzusehen sei. Jedenfalls sei die Beklagte im Januar und Februar 2003 nicht zur Kündigung des Mietvertrags berechtigt gewesen. Mangels einer Möglichkeit, der Schuldnerin die Gebrauchsüberlassung zu entziehen, fehle es deshalb an einer Finanzierungsentscheidung, die es rechtfertigen könnte, die Überlassung zum Gebrauch in funktionales Eigenkapital umzuqualifizieren. Für eine frühere Kredit- oder Überlassungsunwürdigkeit der Schuldnerin habe der Kläger nicht hinreichend substantiiert vorgetragen.

## II.

6            Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Voraussetzungen eines anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs nach § 143 Abs. 1, § 133 Abs. 1 InsO sind auch hinsichtlich der Mietzahlungen im Januar und Februar 2003 gegeben. Ob sich der geltend gemachte Anspruch daneben unter dem rechtlichen Gesichtspunkt einer eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung begründen lässt (§§ 32a, 32b GmbHG aF, § 135 Nr. 2 InsO aF), braucht nicht entschieden zu werden.

7            1. Das Berufungsgericht nimmt mit Recht an, dass es sich bei den Mietzahlungen um Rechtshandlungen der Schuldnerin handelte, die in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen wurden und zu einer Verkürzung der späteren Insolvenzmasse, mithin zu einer Benachteiligung der Gläubigergesamtheit geführt haben.

8            2. Seine weitere Annahme, es lasse sich nicht feststellen, dass die Schuldnerin mit dem Vorsatz gehandelt habe, ihre Gläubiger zu benachteiligen, weil sie weder zahlungsunfähig gewesen sei noch die Zahlungsunfähigkeit ge-

droht habe, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern. Insoweit hat das Berufungsgericht den Prozessstoff nicht ausgeschöpft und eine rechtsfehlerfreie Gesamtwürdigung der einzelnen Indizien versäumt (vgl. BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 - IX ZR 134/10, WM 2011, 1429 Rn. 14; vom 18. Juli 2013 - IX ZR 143/12, WM 2013, 1993 Rn. 11).

9

a) Der Schuldner handelt mit Benachteiligungsvorsatz, wenn er die Benachteiligung der Gläubiger als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigt. Kennt der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit, kann daraus nach ständiger Rechtsprechung auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. In diesem Fall weiß der Schuldner, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen. Auch die nur drohende Zahlungsunfähigkeit stellt nach der Rechtsprechung des Senats ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners dar, wenn sie ihm bei der Vornahme der Rechtshandlung bekannt war. In diesen Fällen handelt der Schuldner dann nicht mit Benachteiligungsvorsatz, wenn er aufgrund konkreter Umstände - etwa der sicheren Aussicht, demnächst Kredit zu erhalten oder Forderungen realisieren zu können - mit einer baldigen Überwindung der Krise rechnen kann. Droht die Zahlungsunfähigkeit, bedarf es konkreter Umstände, die nahe legen, dass die Krise noch abgewendet werden kann (BGH, Urteil vom 22. November 2012 - IX ZR 62/10, WM 2013, 88 Rn. 7; vom 10. Januar 2013 - IX ZR 13/12, WM 2013, 180 Rn. 14; vom 24. Januar 2013 - IX ZR 11/12, WM 2013, 361 Rn. 23 f; vom 25. April 2013 - IX ZR 235/12, WM 2013, 1044 Rn. 24; jeweils mwN). Diese Grundsätze gelten nach der Rechtsprechung des Senats auch, wenn eine kongruente Leistung angefochten wird (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013, aaO Rn. 15).

10

Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit beurteilt sich im gesamten Insolvenzrecht und darum auch im Insolvenzanfechtungsrecht nach § 17 InsO. Zahlungsunfähig ist der Schuldner, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO). Zahlungsunfähigkeit droht, wenn der Schuldner voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 Abs. 2 InsO). In die Prognose, die bei der Prüfung drohender Zahlungsunfähigkeit anzustellen ist, muss die gesamte Finanzlage des Schuldners bis zur Fälligkeit aller bestehenden Verbindlichkeiten einbezogen werden. Der vorhandenen Liquidität und den Einnahmen, die bis zu diesem Zeitpunkt zu erwarten sind, müssen die Verbindlichkeiten gegenüber gestellt werden, die bereits fällig sind oder die bis zu diesem Zeitpunkt voraussichtlich fällig werden. Ergibt die Prognose, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit wahrscheinlicher ist als deren Vermeidung, droht Zahlungsunfähigkeit (Begründung zu § 22 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 115; Jaeger/Müller, InsO, § 18 Rn. 8 ff). Die der Prognose innewohnende Ungewissheit kann sich dabei auf die künftig verfügbaren liquiden Mittel, ebenso aber auch auf den Umfang der künftig fällig werdenden Verbindlichkeiten beziehen. Verbindlichkeiten aus einem Darlehen können deshalb nicht nur dann drohende Zahlungsunfähigkeit begründen, wenn der Anspruch auf Rückzahlung durch eine bereits erfolgte Kündigung auf einen bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt fällig gestellt ist (vgl. HK-InsO/Kirchhof, 6. Aufl., § 18 Rn. 6), sondern auch dann, wenn aufgrund gegebener Umstände überwiegend wahrscheinlich ist, dass eine Fälligstellung im Prognosezeitraum erfolgt (vgl. BGH, Urteil vom 22. November 2012 - IX ZR 62/10, WM 2013, 88 Rn. 15; K. Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 18 Rn. 24; Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 1998, § 18 Rn. 8).



Anspruch nehmen. Nach weiteren Verhandlungen vereinbarten die Bank und die Schuldnerin am 12./19. März 2003 eine vollständige Rückführung des Kredits in mehreren Raten bis zum 11. April 2003. Die Schuldnerin konnte jedoch nur einen Teil dieser Raten aufbringen, weshalb die Bank nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 23. Dezember 2003 noch eine Restforderung in Höhe von mehr als 300.000 € aus dem Geschäftskredit zur Tabelle anmeldete.

13 Bei dieser Sachlage stand bereits zum Zeitpunkt der Mietzahlung vom 10. Januar 2003 fest, dass die Schuldnerin zahlungsunfähig sein würde, wenn die D. im Lauf der nachfolgenden Wochen den Geschäftskredit fällig stellte. Dies ist aus dem Umstand zu schließen, dass die Schuldnerin tatsächlich nicht annähernd in der Lage war, die im März 2003 vereinbarte ratenweise Rückführung des Kredits zu bewerkstelligen.

14 bb) Dass es zur Fälligestellung des Geschäftskredits kommen würde, war schon im Januar 2003 und erst recht zum Zeitpunkt der Mietzahlung vom 14. Februar 2003 wahrscheinlicher als eine Fortführung des Kreditengagements der D. . Diese hatte bereits im Dezember 2002 die Aufrechterhaltung der Kreditlinie davon abhängig gemacht, dass zusätzliche werthaltige Sicherheiten gestellt wurden. Im Zeitraum zwischen den beiden Mietzahlungen an die Beklagte wiederholte sie ihre Forderung nach einer vollwertigen Nachbesicherung in Kredithöhe. Tatsächlich verfügte die Schuldnerin über solche Sicherheiten nicht. Die in der Vereinbarung vom 12./19. März 2003 erwähnten Sicherheiten - Erweiterung des Sicherungszwecks der am Betriebsobjekt bestehenden Grundschulden und einer Globalzession von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen auf den Geschäftskredit und das Hypothekendarlehen - waren offenkundig von beschränktem Wert und nur geeignet, die vereinbarte Rückführung in Raten abzusichern, nicht aber eine Fortführung der Kredite. Es

war daher von vorneherein abzusehen, dass die Schuldnerin die Voraussetzungen nicht erfüllen konnte, unter denen die Bank bereit war, ihr weiter Kredit zu gewähren. Die Ankündigung der D. , ohne zusätzliche werthaltige Sicherheiten auf einer kurzfristigen Rückführung der Kredite zu bestehen, war ersichtlich ernst gemeint und bildete nicht lediglich ein Druckmittel für die gewünschte Nachbesicherung. Die Tatsache allein, dass die Verhandlungen mit der Bank im Januar und Februar 2003 noch andauerten und die Kreditlinie noch offen gehalten wurde, steht der Annahme von drohender Zahlungsunfähigkeit nicht entgegen. Maßgeblich ist, dass ein erfolgreicher Abschluss der Verhandlungen unwahrscheinlich war.

15 c) Die bereits im Januar 2003 drohende Zahlungsunfähigkeit erlaubt den Schluss, dass die Schuldnerin die Mietzahlungen an die Beklagte in diesem und im Folgemonat mit dem zumindest bedingten Vorsatz leistete, ihre übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Konkrete Umstände, die nahe legten, dass die drohende Krise auch bei einem Scheitern der Verhandlungen mit der D.

noch abgewendet werden konnte, und deshalb den Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin hindern könnten, sind nicht ersichtlich.

### III.

16 Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da die Aufhebung nur wegen Rechtsverletzung bei der Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, hat der Senat selbst zu entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Die weiteren Voraussetzungen eines Rückgewähranspruchs nach § 143 Abs. 1, § 133 Abs. 1 InsO liegen vor. Die Beklag-

te kannte zur Zeit der Zahlungen im Januar und Februar 2003 den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin. Dies folgt daraus, dass die beiden Geschäftsführer der Schuldnerin (ihre Gesellschafter B.      und H.      ) zugleich auch Gesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten waren. Für die Kenntnis der Beklagten als Personengesellschaft kommt es auf die Kenntnis ihrer geschäftsführenden Gesellschafter an (MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 130 Rn. 50; Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 130 Rn. 133; vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 1998 - IX ZR 196/97, ZIP 1999, 196, 199). Als Geschäftsführer beider Gesellschaften vermittelten die genannten Personen die Kenntnis der für den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin maßgeblichen Umstände an die Beklagte.

Kayser

Gehrlein

Vill

Fischer

Grupp

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 31.01.2008 - 334 O 253/05 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 27.05.2011 - 11 U 25/08 -