

hang mit § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ergangenen Entscheidungen zeigen.¹⁾

1. Der Ausgangspunkt: Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit

Ausgangspunkt der Rechtsprechung waren zunächst Entscheidungen der OLG Dresden,²⁾ Naumburg,³⁾ Köln⁴⁾ und Celle,⁵⁾ die sich nicht mit den §§ 129 ff. InsO befassen, sondern mit den Anforderungen an die Darlegung und Glaubhaftmachung eines Insolvenzeröffnungsgrunds nach § 14 InsO. Die genannten OLG traten der Ansicht des LG Halle⁶⁾ und eines Teils der Literatur⁷⁾ entgegen, dass ein ungefähr halbjähriger Rückstand mit Sozialversicherungsbeiträgen nicht ausreicht, um den Insolvenzantrag eines Sozialversicherungsträgers glaubhaft zu machen. Dies widerspreche dem Ziel der InsO, schneller als unter Geltung der KO und der GesO über die Verfahrenseröffnung zu entscheiden. Hierfür spreche auch, dass ein Schuldner es wegen der Strafandrohung des § 266a StGB zu einem solchen Rückstand nicht kommen lässt, wenn er dies vermeiden kann. Das OLG Köln ergänzt, dass an die Glaubhaftmachung eines Insolvenzantrags durch eine Behörde geringere Anforderungen zu stellen sind, weil diese im Gegensatz zu Privatgläubigern zur objektiven Prüfung des Sachverhalts und zur Unparteilichkeit verpflichtet seien.⁸⁾ Ob diese Annahme zutrifft, kann dahinstehen. Ein Bedürfnis, an die Glaubhaftmachung eines Insolvenzeröffnungsgrunds bei Insolvenzanträgen von Behörden geringere Anforderungen zu stellen, existiert schon deshalb nicht, weil die Behörden anders als Privatgläubiger auf der Grundlage ihres Leistungsbescheids vollstrecken können, ohne ein gerichtliches Erkenntnis- oder Zwangsvollstreckungsverfahren durchlaufen zu müssen.⁹⁾

2. Die Fortentwicklung: Anwendung auf § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO

Dass die erleichterte Glaubhaftmachung der Zahlungsunfähigkeit für die Sozialversicherungsträger ein Pyrrhussieg war, zeigte sich bereits kurze Zeit später, als die Rechtsprechung ihre Annahme zu § 14 InsO auf die §§ 129 ff. InsO übertrug. So entschied der BGH,¹⁰⁾ dass ein Sozialversicherungsträger bereits dann Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Sinne von § 130 Abs. 2 InsO haben muss, wenn er weiß, dass mehrere Monatsbeiträge zur Sozialversicherung rückständig sind. Auf die vorgenannten Entscheidungen der OLG Celle, Dresden und Naumburg nahm der BGH ausdrücklich Bezug, ohne sich aber mit der Frage zu befassen, ob die zu § 14 InsO ergangenen Entscheidungen ohne Weiteres auf § 130 Abs. 2 InsO übertragen werden können. Aus Sicht der Sozialversicherungsträger führte die Entscheidung dazu, dass der soeben gegenüber Privatgläubigern errungene Vorteil, schneller einen Insolvenzantrag stellen zu können, ihnen nun zum Nachteil gereichte, weil ihnen früher die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit unterstellt wurde, und zwar unabhängig von ihrem Verhalten im Einzelfall.

Die obergerichtliche Rechtsprechung folgte der Entscheidung des BGH und wandte die zu § 130 Abs. 2 InsO ergangene Entscheidung konsequent auf § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO an. So nahm das OLG Celle¹¹⁾ an, dass die Nichtabführung von Sozi-

alversicherungsbeiträgen den Schluss auf die drohende Zahlungsunfähigkeit zulasse, weil die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen sogar eher für eine eingetretene Zahlungsunfähigkeit des Schuldners spreche. Die „Kreditierung“ des Schuldners durch die Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen stelle in der Regel den letzten Akt auf dem Weg des Schuldners in die Insolvenz dar.¹²⁾ Konsequent nahm das OLG Celle daher nicht nur eine vermutete Kenntnis nach § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO an, sondern auch eine Kenntnis nach § 130 Abs. 2 InsO. Bemerkenswert sind diese Ausführungen des OLG Celle, weil sie für die Entscheidung nicht erheblich waren. Die nicht eingehaltenen Ratenzahlungsvereinbarungen mit dem Schuldner, die fruchtlosen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Sozialversicherungsträgers sowie der gestellte und aufgrund einer geringen Teilzahlung für erledigt erklärte Insolvenzantrag des Sozialversicherungsträgers genügte ohne Weiteres zur Begründung einer vermuteten Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit.

Auf dieser Linie entschied das OLG Brandenburg,¹³⁾ dass die Kenntnis eines Sozialversicherungsträgers angenommen werden könne, wenn mehrere Vollstreckungsversuche (vorliegend waren es zwei) fruchtlos verlaufen sind und ein achtmonatiger Rückstand mit Sozialversicherungsbeiträgen besteht. Eine nahezu halbjährige Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen lasse aber auf die Zahlungsunfähigkeit schließen, weil ein Schuldner es wegen der Strafandrohung des § 266a StGB zu einem solchen Rückstand nicht kommen lasse, wenn er dies vermeiden kann. Mit der Höhe der rückständigen Sozialversicherungsbeiträge von nicht einmal 8.000 DM befasste sich das Gericht nicht.

Das OLG Köln¹⁴⁾ nahm an, dass die Kenntnis eines Sozialversicherungsträgers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zu vermuten ist, wenn der Schuldner ihn über laufende Sanierungsbemühungen informiert und mitgeteilt hat, dass im Falle eines Scheiterns ein Insolvenzantrag gestellt werden muss, der Sozialversicherungsträger weiter weiß, dass die Sanierungsbemühungen gescheitert sind und dass der Schuldner schon mehrere Monate mit der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen im Rückstand ist. Dem OLG Brandenburg folgend, betont auch das OLG Köln, dass die partielle Strafbewehrtheit

1) Stattgebend BGH NJW 2006, 1348; BGH ZIP 2004, 669 = ZVI 2004, 186; dazu EWIR 2004, 669 (O'Sullivan); BGH ZIP 2003, 1799, dazu EWIR 2004, 25 (Gerhardt); BGH ZIP 2003, 1506 = ZVI 2003, 410, dazu EWIR 2003, 1097 (G. Hölzle); BGH ZIP 2003, 1716 = ZVI 2003, 414; OLG Hamburg OLGR 2006, 146; OLG Stuttgart ZIP 2004, 129; OLG Köln OLGR 2004, 62; OLG Brandenburg, Ur. v. 3. 4. 2003 – 8 U 92/02; ablehnend OLG Frankfurt/M. ZInsO 2005, 548; OLG München ZInsO 2007, 219; OLG Hamm, Ur. v. 20. 7. 2004 – 27 U 45/03.

2) OLG Dresden ZInsO 2000, 560.

3) OLG Naumburg KTS 2000, 1153.

4) OLG Köln ZIP 2000, 504, dazu EWIR 2000, 401 (A. Schmidt).

5) OLG Celle ZIP 2000, 1675, dazu EWIR 2000, 1025 (Plagemann).

6) LG Halle ZIP 1993, 1036 f. (zur GesO), dazu EWIR 1993, 883 (Pape).

7) Kirchhof, in: HK-InsO, 1999, § 14 Rz. 11; Mömning, in: Nerlich/Römermann, InsO, Stand: 12/2006, § 14 Rz. 40.

8) OLG Köln ZIP 2000, 504.

9) § 3 Abs. 1 VwVG (Bund).

10) BGH ZIP 2002, 87, dazu EWIR 2002, 219 (G. Wagner).

11) OLG Celle ZInsO 2002, 979.

12) OLG Celle ZInsO 2002, 979.

13) OLG Brandenburg, Ur. v. 3. 4. 2003 – 8 U 92/02.

14) OLG Köln OLGR 2004, 62.

der Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen einem Sozialversicherungsträger die Erfahrung aufdrängen muss, dass seine Ansprüche vor anderen befriedigt werden. Zu einer Entscheidung, ob allein der Charakter der Forderungen als Sozialversicherungsbeiträge den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit zulässt, mochte sich das OLG Köln aber nicht durchringen, weil es weitere Anhaltspunkte für eine vermutete Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit darin sah, dass der Schuldner einen Insolvenzantrag angekündigt hatte, sofern die Sanierungsbemühungen scheitern.¹⁵⁾

Ähnlich entschied das OLG Stuttgart¹⁶⁾ zu Lasten eines Sozialversicherungsträgers, dem bekannt war, dass die Schuldnerin Gesamtvollstreckungsanträge bisher durch Zahlungen abwenden konnte und bei ihr Rückstände für fast elf Monate aufgelaufen waren.

Das OLG Hamburg¹⁷⁾ nahm die Kenntnis des beklagten Sozialversicherungsträgers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners aufgrund der Zahlung von „glatten“ Abschlägen, einem Rückstand von sieben Monatsbeiträgen und der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens wegen Insolvenzverschleppung gegen die Geschäftsführer an. Sowohl das OLG Stuttgart als auch das OLG Hamburg referieren unter Hinweis auf die vorgenannten Entscheidungen, dass bereits der Charakter der Sozialversicherungsansprüche die Kenntnis des Sozialversicherungsträgers von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vermuten lässt.

Der BGH¹⁸⁾ bestätigte die Rechtsprechung der OLG in mehreren Entscheidungen und bezog die Finanzämter in den Anwendungsbereich des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ein. Beispielsweise wandte der BGH¹⁹⁾ die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zu Lasten des beklagten Finanzamts an, weil der Schuldner nur einen Teil seiner Steuerverbindlichkeiten bedient und das Finanzamt im Rahmen einer Betriebsprüfung Verpflichtungen zu Nachzahlungen in erheblicher Höhe festgestellt hatte. In einer weiteren Entscheidung reichte es dem BGH, dass das Finanzamt Rückstände in Höhe von ca. 50.000 DM kannte, Lastschriften rückbelastet wurden und zur Erfüllung der Steuerverbindlichkeiten überreichte Schecks nicht eingelöst werden konnten. Ausdrücklich wies der BGH für die erneute Verhandlung darauf hin, dass einem Finanzamt bekannt sein müsse, dass es neben ihm weitere Gläubiger – zumindest Sozialversicherungsträger – gibt.

Die Anwendung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zu Lasten anderer Gläubiger ist dagegen selten: In einem Fall entschied der BGH²⁰⁾ zu Lasten eines Sanierungsberaters, der sich in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit sein Honorar außerhalb des Bargeschäftszeitraums des § 142 InsO auszahlen ließ, in einem weiteren zu Lasten eines mittelbaren Gesellschafters, der die erforderliche Prolongation von Gesellschafterdarlehen in Kenntnis der Krise des Schuldners verweigerte.²¹⁾ Eine vermutete Kenntnis des Hauptlieferanten des Schuldners vermochte das OLG Saarbrücken²²⁾ dagegen in einem weiteren Fall nicht zu erkennen.

3. Kritik

Die geringe Anzahl obergerichtlicher Entscheidungen zu § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, bei denen Privatgläubiger Anfechtungsgegner sind, überrascht. Nicht selten ist die Abhängigkeit des Schuldners von seiner Hausbank oder seinem Hauptlieferanten deutlich größer als diejenige von seinem Finanzamt resp. seinem Sozialversicherungsträger. Der Hauptlieferant erbringt seine Lieferungen in der Krise nicht selten nur noch gegen Barzahlung, die wiederum in vielen Fällen nur durch die Hausbank sichergestellt werden kann. Bei den Versicherungsleistungen der Sozialversicherungsträger handelt es sich dagegen um gesetzlich zu erbringende Leistungen, ein Zurückbehaltungsrecht o.Ä. steht dem Sozialversicherungsträger nicht zu. Es stellt sich daher die Frage, weshalb die Sozialversicherungsträger und Finanzämter rechtstatsächlich scheinbar häufiger von einer Anwendung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO betroffen sind als Privatgläubiger.

Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte zeigen, dass dies möglicherweise auf eine Unsicherheit der Sozialversicherungsträger und Finanzämter zurückzuführen ist, wie sie sich in der Krise des Schuldners verhalten sollen. Dies belegt beispielhaft die Einlassung des Sozialversicherungsträgers in dem vom OLG Stuttgart²³⁾ entschiedenen Fall. Die Entscheidungen zeigen aber auch, dass es auf die inzwischen fast formelhafte Zitierung des § 266a StGB im Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO regelmäßig nicht ankommt. In fast allen Fällen waren die Sozialversicherungsträger und Finanzämter über die wirtschaftliche Lage des Schuldners gut informiert und kannten neben ihren Forderungen weitere Umstände, welche die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit zu begründen vermochten. Hierzu rechneten neben gescheiterten Sanierungsbemühungen auch gestellte und aufgrund einer Zahlung erledigte Insolvenzanträge sowie fruchtlose Vollstreckungsversuche. In diesen Fällen unterschieden sich die Sozialversicherungsträger und Finanzämter von den Privatgläubigern. In den Fällen, in denen die Gerichte²⁴⁾ der Anfechtungsklage nicht stattgegeben haben, beruhte dies auf einem unzureichenden oder gar fehlenden Sachvortrag des Insolvenzverwalters zu den Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO. Bedarf es der Zitierung des § 266a StGB nicht, sollte hierauf verzichtet werden. Im Übrigen harrt die Behauptung, Geschäftsführer und Vorstände seien sich der Strafbarkeit des § 266a StGB bewusst und vermieden deshalb eine Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen, des empirischen Belegs. Dabei wäre dann auch zu untersuchen, ob den Geschäftsführern und Vorständen die Unterscheidung der Strafbewehrtheit zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberanteilen bekannt ist.

15) OLG Köln OLG R 2004, 62.

16) OLG Stuttgart ZIP 2004, 129.

17) OLG Hamburg OLG R 2006, 146.

18) BGH NJW 2006, 1348; BGH ZIP 2006, 290; BGH ZIP 2004, 669; BGH ZIP 2003, 1799; BGH ZIP 2003, 1506; BGH ZIP 2003, 1716.

19) BGH ZIP 2004, 669.

20) BGH ZIP 2006, 1261 = ZVI 2006, 456, dazu EWIR 2007, 117 (Pape).

21) BGH ZIP 2004, 1060, dazu EWIR 2004, 769 (Gerhardt).

22) OLG Saarbrücken, Ur. v. 23. I. 2007 – 4 U 311/06.

23) OLG Stuttgart ZIP 2004, 129.

24) OLG München ZInsO 2007, 219; OLG Hamm, Ur. v. 20. 7. 2004 – 27 U 45/03.

II. Der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit

Besondere Bedeutung erlangt im Rahmen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. Wie bereits erläutert, vermutet § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zu Lasten des Anfechtungsgegners, dass dieser von dem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners wusste, wenn er dessen Zahlungsunfähigkeit kannte. Gelingt es dem Insolvenzverwalter, die Voraussetzungen der Zahlungsunfähigkeit nachzuweisen, so steht ihm bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO auch die Beweislastumkehr des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO zur Seite. Das bedeutet, dass eine Verringerung der Darlegungs- und Beweislast im Rahmen von § 17 InsO sich unmittelbar zu Gunsten des Insolvenzverwalters im Anfechtungsprozess auswirkt. Nicht selten standen Insolvenzverwalter bisher vor dem Problem, eine Deckung für anfechtbar zu erachten, gleichwohl aber den Rückgewähranspruch aufgrund einer mangelhaften Buchhaltung des Schuldners, welche die Erstellung eines Liquiditätsstatus unmöglich machte, gerichtlich nicht durchsetzen zu können.

1. Das Urteil des BGH vom 24. 5. 2005

Mit Urteil vom 24. 5. 2005 zog der BGH²⁵⁾ die Grenze zwischen einer Zahlungsstockung und einer Zahlungsunfähigkeit im Sinne von § 17 InsO. Der Entscheidung lag die Klage eines Insolvenzverwalters gegen den Geschäftsführer der Schuldnerin zugrunde, mit welcher er den Geschäftsführer gemäß § 64 Abs. 2 GmbHG wegen Insolvenzverschleppung in Anspruch nahm. Eingangs führte der BGH aus, dass der Begriff der Zahlungsunfähigkeit in § 64 GmbHG nicht anders verstanden werden kann als in § 17 InsO.

Dafür verlangte die Rechtsprechung regelmäßig einen Liquiditätsstatus auf den Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 InsO). Hierzu stellte der BGH fest, dass im Liquiditätsstatus die aktuell und kurzfristig verfügbaren Mittel in Beziehung zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten zu setzen sind.²⁶⁾ Er hielt daran fest, dass eine Zahlungsunfähigkeit, die sich voraussichtlich innerhalb kurzer Zeit beheben lässt, lediglich als Zahlungsstockung gilt und keinen Insolvenzeröffnungsgrund darstellt. Dabei ließ der BGH es genügen, dass die fälligen Verbindlichkeiten des Schuldners nur zu 90 % gedeckt sind²⁷⁾ und binnen drei Wochen gedeckt werden können.²⁸⁾

Für den Anfechtungsprozess bedeutete dies, dass der Insolvenzverwalter einen nicht unerheblichen Aufwand bei der Fertigung der Klageschrift hatte. Er musste zunächst feststellen, welche Bank- und Kassenguthaben am Stichtag bestanden, in welcher Höhe nicht in Anspruch genommene Kredit- und Kontokorrentlinien vorlagen, ob nicht betriebsnotwendiges, kurzfristig veräußerbares Anlagevermögen bestand und welches Umlaufvermögen in den auf den Stichtag folgenden drei Wochen realisierbar war. Die Darlegung der fälligen Verbindlichkeiten erfolgte anhand der Offene-Posten-Liste Debitoren, sofern der Schuldner über eine aktuelle Buchhaltung verfügt, anderenfalls mit deutlich höherem Aufwand anhand der zur Insolvenztabelle angemeldeten und festgestellten Forderungen. Zusätzliche Probleme ergaben sich in Großverfahren, bei

denen die Zahlungsunfähigkeit der Tochtergesellschaft beispielsweise von der Zahlungsfähigkeit von Mutter- oder Schwestergesellschaften abhängt, die harte Patronatserklärungen abgegeben oder Gewinnabführungsverträge mit dem Schuldner geschlossen haben. Die Möglichkeiten des Anfechtungsgegners, gegen die Richtigkeit und Vollständigkeit des klägerischen Sachvortrags Einwände vorzubringen, waren vielfältig.

2. Das Urteil des BGH vom 12. 10. 2006

Mit Urteil vom 12. 10. 2006 reduzierte der BGH²⁹⁾ die Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit erheblich. In dem zugrunde liegenden Sachverhalt verlangte der klagende Insolvenzverwalter von dem beklagten Sozialversicherungsträger Rückgewähr von kongruenten Zahlungen. Einen Liquiditätsstatus legte der Kläger, obgleich er die Zahlungsunfähigkeit gemäß § 130 Abs. 1 InsO darlegen musste, nicht vor. Stattdessen trug er vor, dass der Schuldner Sozialversicherungsbeiträge, Löhne und sonst fällige Verbindlichkeiten bei Fälligkeit nicht gezahlt hatte, diese zu einem nicht unerheblichen Teil bis zur Verfahrenseröffnung unbefriedigt blieben und zur Insolvenztabelle angemeldet wurden. Allein die Verbindlichkeiten aus Lieferungen und Leistungen sollen im dritten Monat vor dem Insolvenzantrag rund 5 Mio. DM betragen haben.

Der BGH verwies den Fall zur erneuten Entscheidung an die Vorinstanz zurück und wies für das weitere Verfahren darauf hin, dass ein Liquiditätsstatus nicht erforderlich ist, wenn anderweitig festgestellt werden kann, dass der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte.³⁰⁾ Der von der Vorinstanz in Übereinstimmung mit dem OLG Köln³¹⁾ geforderte Liquiditätsstatus sei vor allem im Rahmen der Frage von Bedeutung, ob ein Insolvenzantrag zu stellen oder ein Insolvenzverfahren zu eröffnen ist.³²⁾ Etwas anderes gelte nur dann, wenn aufgrund konkreter Umstände, die sich nachträglich geändert haben, angenommen werden konnte, der Schuldner werde rechtzeitig in der Lage sein, seine Verbindlichkeiten zu erfüllen.³³⁾

Diese Aussage reicht weit: Die Bedeutung eines Liquiditätsstatus beschränkt sich auf die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit ex ante, der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit ex post ist erheblich einfacher. Es genügt, dass der Insolvenzverwalter die zur Insolvenztabelle angemeldeten Forderungen prüft, anerkennt, die anerkannten Insolvenzforderungen, die im Zeitpunkt der Vornahme der anfechtbaren Rechtshandlung bereits fällig waren, zum Gegenstand seines Sachvortrags macht und darlegt, dass die angefochtene Deckung eine im Verhältnis zu den übrigen Forderungen wesentliche war. Zum Beweis

25) BGH ZIP 2005, 1426 (m. Bespr. *Hölzle*, ZIP 2006, 101) = ZVI 2005, 408, dazu EWIR 2005, 767 (*Bruns*).

26) BGH ZIP 2005, 1426.

27) BGH ZIP 2005, 1426.

28) BGH ZIP 2005, 1426.

29) BGH ZIP 2006, 2222 (m. Bespr. *Hölzle*, ZIP 2007, 613) = ZVI 2006, 577, dazu EWIR 2007, 113 (*M. Wagner*).

30) BGH ZIP 2006, 2222.

31) OLG Köln ZIP 2005, 222 (m. Bespr. *Hölzle*, ZIP 2006, 101).

32) BGH ZIP 2006, 2222; BGH ZIP 2005, 1426.

33) BGH ZIP 2006, 2222.

der Zahlungsunfähigkeit bietet er Vorlage der Insolvenztabelle und der Rechnung über die befriedigte Forderung an.

3. Kritik

Der vereinfachte Nachweis der Zahlungsunfähigkeit findet in der insolvenzrechtlichen Literatur Zustimmung.³⁴⁾ Der BGH habe dem Insolvenzverwalter nunmehr einen praktikablen und kostengünstigen Weg aufgezeigt, um seiner Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit zu genügen. Die mit viel Mühe und Kosten verbundene Erstellung eines Liquiditätsstatus komme nur noch in den Insolvenzverfahren in Betracht, in denen genügend Insolvenzmasse vorhanden ist, um einen Steuerberater zu beauftragen.³⁵⁾ Und die Vielzahl der unbestimmten Rechtsbegriffe in der Definition des BGH-Urteils vom 24. 5. 2005 sowie die daraus folgende Unvorhersehbarkeit der Erfolgsaussichten eines Anfechtungsprozesses seien nunmehr ausgeräumt.³⁶⁾

Die Zustimmung beruht sowohl auf unzutreffenden tatsächlichen als auch rechtlichen Erwägungen. Sie verschweigt, dass es sich bei der Insolvenzanfechtung nicht um einen Exoten der Insolvenzpraxis handelt, sondern um ein Massengeschäft, das zum Handwerkszeug jedes Insolvenzverwalters rechnet. Ein Liquiditätsstatus wird auch nicht für jeden Zeitpunkt einer angefochtenen Rechtshandlung und nicht für jeden Anfechtungsgegner gesondert erstellt. Die Erstellung auf einen Zeitpunkt, der zu Beginn der möglicherweise anfechtbaren Rechtshandlungen liegt, reicht nach der Rechtsprechung des BGH aus, weil der Anfechtungsgegner für die Wiederaufnahme der vollständigen Zahlungen durch den Schuldner darlegungs- und beweisbelastet ist, nachdem der Insolvenzverwalter die Zahlungsunfähigkeit zu einem früheren Zeitpunkt dargelegt und bewiesen hat.³⁷⁾ Dieser Beweis wird dem Anfechtungsgegner mangels Einblicks in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners nur selten gelingen. Nach den Erfahrungen der Verfasser bedarf es auch nur in sehr seltenen Fällen der Befassung eines Wirtschaftsprüfers oder Steuerberaters mit der Erstellung eines Liquiditätsstatus. Dafür spricht bereits, dass der Sachverständige bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter im Eröffnungsgutachten zum Vorliegen der Zahlungsunfähigkeit Stellung nehmen muss; vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 InsO. Anders mag dies etwa in der oben beschriebenen Konzernsituation sein.

Die Zustimmung der Literatur beruht auch darauf, dass die vom BGH mit Urteil vom 24. 5. 2005 definierte Zahlungsunfähigkeit nicht akzeptiert wird. So kritisiert eine Ansicht, dass die Definition des BGH zu einem Verwischen von Zeitpunkt- und Zeitraumilliquidität führe, weil die in den nach dem Stichtag fällig werdenden Forderungen in die Betrachtung einbezogen würden, die in den nach dem Stichtag fällig werdenden Verbindlichkeiten jedoch nicht.³⁸⁾ Durch eine solche dynamische Betrachtung der liquiden Mittel bei statischer Betrachtung der fälligen Verbindlichkeiten werde die Ermittlung der Zahlungsfähigkeit verzerrt und die Insolvenzantragspflicht deutlich nach hinten verlagert. Die Definition des BGH wird daher als redaktioneller Missgriff verstanden und empfohlen, ihr nicht zu viel Bedeutung beizumessen.³⁹⁾ Dabei wird übersehen, dass der BGH die Zahlungsunfähigkeit in

Übereinstimmung mit der Literatur als Zeitpunktgeldilliquidität begreift. Es geht nicht darum, die nach dem Stichtag fällig werdenden Forderungen des Schuldners zu berücksichtigen, sondern die im genannten Zeitraum eingehenden Zahlungen auf Forderungen des Schuldners. Nur dann liegen kurzfristig liquidierbare Mittel vor, die als Einzahlungen zu berücksichtigen sind. Einer zweistufigen Prüfung der Zahlungsunfähigkeit bedarf es daher nicht.

Die geringen Anforderungen an den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit, wie sie der BGH mit Urteil vom 12. 10. 2006 festlegt, führen zu einer unangemessenen Ausweitung der Insolvenzanfechtung. Der BGH lässt außer Acht, dass der Anfechtungsgegner keine Möglichkeit hat, die zur Insolvenztabelle festgestellten Forderungen nach Grund, Höhe und Fälligkeit zu prüfen. Ein Recht zum Bestreiten der angemeldeten Forderungen hat er nicht, sofern er nicht aus anderem Grunde Insolvenzgläubiger ist.⁴⁰⁾ Die Eintragung in die Tabelle wirkt zudem gemäß § 178 Abs. 3 InsO nur ihrem Rang und ihrem Betrag nach wie ein rechtskräftiges Urteil gegenüber dem Insolvenzverwalter und allen Insolvenzgläubigern, hat hingegen keine Rechtskraftwirkung gegenüber dem Anfechtungsgegner, sofern dieser nicht zugleich Insolvenzgläubiger ist, und belegt nicht den Fälligkeitszeitpunkt der angemeldeten Forderung. Der Insolvenzverwalter muss daher nicht nur die Insolvenztabelle zum Beweis vorlegen, sondern auch die Fälligkeit der festgestellten Forderungen darlegen und beweisen.

III. Gefühltetes Sonderanfechtungsrecht als Reformmotor?

Nach der Neuregelung des Anfechtungsrechts im Zuge der Einführung der Insolvenzordnung war dieses weder zu Gunsten noch zu Lasten bestimmter Gläubigergruppen beschränkt. Als „Hürden“, die der Insolvenzverwalter zur erfolgreichen Durchsetzung eines Rückgewähranspruchs aus Insolvenzanfechtung überwinden muss, hat der Gesetzgeber häufig den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung vorgesehen.⁴¹⁾ Nach dem unter II dargestellten Stand der Rechtsprechung sind diese Hürden in den vergangenen Jahren deutlich gesenkt worden, wodurch bei Finanzämtern und Sozialversicherungsträgern der Eindruck entstanden ist, dass sie in besonderem Maße einem Anfechtungsrisiko ausgesetzt sind. Auf die Anwendung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO wirkt sich das Urteil vom 12. 10. 2006 mittelbar dahin aus, dass die Anfechtungsmöglichkeiten (nochmals) erweitert werden.

Das vermeintlich erhöhte Anfechtungsrisiko für Finanzämter und Sozialversicherungsträger führte zunächst zu einer intensiven Befassung der Rechtsprechung mit zahlreichen Einwänden gegen die Insolvenzanfechtung. Mit keinem Einwand gelang es den Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern

34) Vgl. nur Wagner, EWiR 2007, 113 f.; Hölzle, ZIP 2007, 613.

35) Wagner, EWiR 2007, 113, 114.

36) Hölzle, ZIP 2007, 613, 614.

37) BGH ZIP 2006, 2222; BGH ZIP 2002, 87; BGH ZIP 2001, 2235, dazu EWiR 2002, 207 (Malitz).

38) Hölzle, ZIP 2007, 613, 615.

39) Hölzle, ZIP 2007, 613, 615.

40) Vgl. § 179 Abs. 1 InsO.

41) Vgl. § 131 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3, § 130 Abs. 1 Nr. 1, § 133 Abs. 1 InsO.

durchzudringen: Den Einwänden, trotz der Abschaffung der Konkursvorrechte der § 59 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2, § 61 Abs. 1 KO seien Forderungen von Behörden bevorzugt zu befriedigen und die Arbeitnehmeranteile seien nicht aus dem Vermögen des Schuldners als Arbeitgeber geleistet, erteilte der BGH wiederholt eine Absage.⁴²⁾ Auch ein Bargeschäft gemäß § 142 InsO (das jedoch im Rahmen einer Anfechtung nach § 133 InsO unerheblich ist) liegt nach zutreffender Ansicht des BGH bei der Erfüllung gesetzlicher Ansprüche nicht vor.⁴³⁾ In einer weiteren Entscheidung führte der BGH⁴⁴⁾ aus, dass es für die Annahme eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes gerade keines unlauteren Zusammenwirkens zwischen Schuldner und Gläubiger bedarf. Das OLG Stuttgart wies den Einwand zurück, die oberlandesgerichtliche Rechtsprechung stehe in Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH, wonach eine Pflicht bestünde, Arbeitnehmeranteile an der Sozialversicherung vorrangig abzuführen.⁴⁵⁾ Schließlich wiesen das OLG Hamburg und das OLG Stuttgart den Einwand zurück, die §§ 129 ff. InsO genügten dem Zitiergebot nicht und stellten keine hinreichende Grundlage für eine Anfechtung von Sozialversicherungsbeiträgen dar.⁴⁶⁾ Die von einem Sozialversicherungsträger geäußerte Befürchtung, er könne sich nach der neueren Rechtsprechung innerhalb der Zehnjahresfrist des § 133 InsO anfechtungsrechtlich nicht korrekt verhalten, weist das OLG Stuttgart salomonisch zurück, weil die Möglichkeit bestehe, dass der Sozialversicherungsträger der einzige Gläubiger ist oder die Vermögensmasse zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht.⁴⁷⁾

Die aus Sicht der Sozialversicherungsträger und Finanzämter wenig vorteilhafte Rechtsprechung führte wiederum zu den im Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 8. 3. 2006⁴⁸⁾ vorgeschlagenen Änderungen der Insolvenzordnung, die bisher nur im Hinblick auf den Schutz der Altersvorsorge Selbstständiger umgesetzt wurden. Die weitergehenden Vorschläge lehnen sich offenbar an die bereits vom BGH zurückgewiesenen Einwände an und führen in drei Schritten zu einem umfassenden Schutz der Sozialversicherungsträger und Finanzämter. Erstens sollen durch die Änderung der § 38 Abs. 3 Satz 1 EStG, § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV Zahlungen des Schuldners als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht gelten. Das bedeutet nichts anderes als die Fiktion einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung, so dass Zahlungen an Sozialversicherungsträger und Finanzämter der Insolvenzanfechtung entzogen sind, ohne dass es auf das Vorliegen der besonderen Anfechtungsvoraussetzungen der §§ 130 ff. InsO ankommt. Die Entscheidungen des BGH⁴⁹⁾ wären Makulatur. Zweitens soll der Insolvenzverwalter aufgrund einer Änderung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO⁵⁰⁾ bei kongruenten Deckungen die Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners beweisen. Die jetzt zu seinen Gunsten wirkende Beweiserleichterung durch die gesetzliche Vermutung der Kenntnis bei Wissen um die Zahlungsunfähigkeit stünde ihm nicht mehr zur Verfügung. Damit hätte auch der Pyrrhussieg vor den OLG⁵¹⁾ und dem BGH⁵²⁾ eine neue, glückliche Wendung genommen. Drittens wären etwaig verbleibende Zweifel der Gerichte durch die Einfügung des neuen § 133 Abs. 1 Satz 3 InsO ausgeräumt, wonach bei kongruenten De-

ckungen die Anfechtung nur noch bei erkennbar unlauterem Verhalten des Schuldners möglich ist. Ein unlauteres Verhalten wird man den Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern wohl nicht vorwerfen wollen bzw. können. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Änderung der Insolvenzordnung und andere Gesetze gerade den Einwänden der Sozialversicherungsträger und Finanzämter zur Durchsetzung verhelfen soll, die bisher von der Rechtsprechung als unbeachtlich angesehen wurden. Die vorgeschlagenen Änderungen können mithin als Reaktion des Gesetzgebers auf die Rechtsprechung verstanden werden.

Vor diesem Hintergrund gewinnt die vom Gesetzgeber verfolgte Absicht bei der Gesetzesänderung an Bedeutung. Der Gesetzgeber begründet die Änderung des Anfechtungsrechts zu Gunsten der Finanzämter und Sozialversicherungsträger damit, dass insbesondere die Sozialversicherungsträger jeden Schuldner akzeptieren müssen und nicht die Möglichkeit haben, die „Geschäftsbeziehung“ bei Zahlungsrückständen zu beenden.⁵³⁾ Es bestehe daher bei befürchteten Beitragsausfällen durch Insolvenzanfechtung in Höhe von 800 Mio. €⁵⁴⁾ ein nachhaltiges Interesse an der zügigen Eröffnung von Insolvenzverfahren, da nur so das Anwachsen der nicht erfüllten Forderungen verhindert und die Gefahr der Insolvenzanfechtung reduziert werde.⁵⁵⁾ Die geplanten Änderungen in § 133 InsO werden vornehmlich damit begründet, dass auch für die Anfechtung außerhalb der Dreimonatsfrist eine Vermischung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung vermieden werden soll.⁵⁶⁾

Werden die Vorschläge Gesetz, beschränkte dies die Insolvenzanfechtung in größerem Maße, als sie in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung des BGH ausgedehnt wurde, und führte damit in vielen Fällen zu einem dramatischen Absinken der generierten Insolvenzmasse und zu einer erheblichen Quotenverschlechterung für die Insolvenzgläubiger. Darüber hinaus könnte eine Vielzahl von Insolvenzverfahren nicht mehr eröffnet werden, weil nicht selten bei fehlenden sonstigen Vermögenswerten die Kostendeckung allein aus den ermittelten Anfechtungsansprüchen prognostiziert wird. Die Zahl der mangels Masse abgewiesenen Insolvenzanträge

42) BGH ZIP 2001, 2235; BGH ZIP 2003, 1666, dazu EWIR 2004, 197 (G. Hölzle); BGH ZIP 2005, 1026, dazu EWIR 2005, 743 (Kuhn).

43) BGH ZIP 2005, 1026; a. A. BFH ZIP 2005, 1797 = ZVI 2005, 602, dazu EWIR 2005, 827 (G. Hölzle).

44) BGH ZIP 2003, 1900 = ZVI 2003, 527.

45) OLG Stuttgart ZIP 2004, 129.

46) OLG Hamburg OLGR 2006, 146; OLG Stuttgart ZIP 2004, 129.

47) OLG Stuttgart ZIP 2004, 129.

48) BT-Drucks. 16/886.

49) BGH ZIP 2001, 2235; BGH ZIP 2003, 1666; BGH ZIP 2005, 1026.

50) § 133 Abs. 2 Satz 1 InsO soll wie folgt lauten: „Bei einer Rechtshandlung, die nicht eine nach § 130 Abs. 1 ist, wird diese Kenntnis vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass diese Handlung die Gläubiger benachteiligte. Eine Rechtshandlung nach § 130 Abs. 1 kann Satz 1 nur angefochten werden, wenn ein unlauteres Verhalten des Schuldners vorliegt.“

51) OLG Dresden ZInsO 2000, 560; OLG Naumburg KTS 2000, 1153; OLG Köln ZIP 2000, 504; OLG Celle ZIP 2000, 1675.

52) BGH ZIP 2002, 87.

53) BT-Drucks. 16/886, S. 8.

54) BT-Drucks. 16/886, S. 1.

55) BT-Drucks. 16/886, S. 9.

56) BT-Drucks. 16/886, S. 12.

nahme zu, womit die Möglichkeit vertan wäre, eine geordnete Abwicklung des schuldnerischen Vermögens zu gewährleisten. Die neben die gleichmäßige Befriedigung der Gläubiger tretende Ordnungsfunktion des Insolvenzverfahrens verliere an Bedeutung. Gesamtwirtschaftlich ist schließlich zu berücksichtigen, dass auch die Chance der Sanierung – zumindest von Betriebsteilen – reduziert wäre und somit die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuern aus den sanierten Unternehmen bzw. Unternehmensteilen wegfielen. Der Bundestag hat diese Probleme teilweise in seiner Stellungnahme herausgearbeitet und zeigt sich besorgt, dass die Tendenz der verspäteten Insolvenzanträge durch Sozialversicherungsträger zunehmen und die Rettung von Unternehmen in der Krise weiter erschwert würde.⁵⁷⁾ Die Bundesregierung greift diese Befürchtung in ihrer Gegenäußerung mit keinem Wort auf.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob nicht eine behutsame Korrektur der Rechtsprechung zu den Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung den seitens der Sozialversicherungsträger und Finanzämter verspürten Reformdruck nicht wesentlich mindern und so die Nachteile, welche mit der Verabschiedung der Gesetzesänderungen verbunden wären, vermeiden könnte. Zwar ist die Ausgangsposition für den Insolvenzverwalter nach der Änderung der Darlegungs- und Beweislast durch die Entscheidung des BGH vom 21.10.2006 deutlich einfacher. Es ist aber nicht zuviel von einem Insolvenzverwalter verlangt, im Falle der Geltendmachung eines Insolvenzanfechtungsanspruchs einen Liquiditätsstatus zum Nachweis der Zahlungsunfähigkeit zu erstellen. In fast allen Fällen ist dies eine durch den Verwalter ohne Inanspruchnahme der Hilfe eines Steuerberaters selbst zu lösende Aufgabe. Bei einem Fortschreiben der aktuellen Rechtsprechung steht sonst zu befürchten, dass die Reaktion der öffentlichen Hand ganz im Sinne des dritten Newton'schen Axioms⁵⁸⁾ in der Verabschiedung des Gesetzentwurfs liegt mit der Folge, dass das Insolvenzanfechtungsrecht nur noch in einigen wenigen Konstellationen anwendbar wäre und entgegen der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention zunehmend ein Schattendasein fristete.

IV. Zusammenfassung

1. Aus den §§ 130 ff. InsO ergibt sich weder eine Benachteiligung noch eine Bevorzugung einzelner Gläubigergruppen. Dies entspricht der gesetzgeberischen Intention, die Gläubigervorrechte der §§ 59 ff. KO abzuschaffen. Rechtstatsächlich zeigt sich gleichwohl eine Häufung von obergerichtlichen Entscheidungen zu Lasten von Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern. Diese beruhen aber nicht auf einem Sonderrecht im Sinne einer Sonderbelastung der vorgenannten

Gläubiger, sondern sind Spiegelbild der im Vorfeld einer Insolvenz herrschenden tatsächlichen Konkurrenzsituation zwischen den Gläubigern.

2. Die Gründe für die im Vergleich zu Privatgläubigern wie Hausbanken und Hauptlieferanten häufigere prozessuale Inanspruchnahme von Sozialversicherungsträgern und Finanzämtern lassen sich nur durch eine umfassende empirische Untersuchung belegen. Es ist aber zu vermuten, dass die Möglichkeit der Sozialversicherungsträger und Finanzämter, ohne gerichtliches Erkenntnis- oder Vollstreckungsverfahren als „Schnellvollstrecker“ tätig zu sein, die tatsächliche Grundlage für die Anwendung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO bildet.

3. Die zahlreichen Bemühungen der Sozialversicherungsträger und Finanzämter vor Gerichten und in der Gesetzgebung belegen, dass diese gleichwohl die Insolvenzanfechtung als Sonderbelastung begreifen. Nur vor diesem Hintergrund sind die angestrebten Änderungen der Insolvenzanfechtung zu verstehen.

4. Eine behutsame Korrektur der Rechtsprechung könnte Schlimmeres, nämlich die Verabschiedung der angestrebten Änderungen der Insolvenzanfechtung und damit die Zerstörung des Herzstücks der Insolvenzrechtsreform von 1994 verhindern. Es bieten sich zwei Korrekturen an:

5. Die formelhafte Zitierung des § 266a StGB und die Vermutung, Sozialversicherungsträger und Finanzämter würden wegen der drohenden Strafbarkeit bevorzugt befriedigt, ist bisher nicht belegt und sollte, da sie regelmäßig nicht entscheidungserheblich ist, bis zu ihrem empirischen Nachweis im Rahmen des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ad acta gelegt werden. Sie hat möglicherweise ihre Berechtigung im Rahmen von § 14 InsO.

6. Die geringeren Anforderungen an die Darlegung und den Beweis der Zahlungsunfähigkeit entsprechend dem Urteil des BGH vom 12.10.2006 führen zu einer Ausdehnung der Anwendbarkeit von § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO, die zwei Folgen zeitigt: Zum einen verschiebt sich die Bedeutung der Insolvenzanfechtungstatbestände zu Gunsten des § 133 InsO. Führen die §§ 132, 134 f. InsO bereits bisher ein Schattendasein, verliert auch die Insolvenzanfechtung nach den §§ 130, 131 InsO weiter an Bedeutung, weil die Anforderungen an eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO regelmäßig geringer sind. Zum anderen begünstigt dies unangemessen die Insolvenzverwalter, die allen Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners haben. Der dem Anfechtungsgegner mögliche Gegenbeweis kann in der Regel nicht geführt werden.

57) BT-Drucks. 16/886, S. 18.

58) actio est reactio.