

Insolvenzrechtliche Anfechtung von Mieterleistungen

von Richter am Bundesgerichtshof Dr. Gerhard Pape, Göttingen/Karlsruhe¹

Es gibt kaum ein Insolvenzverfahren, in dem nicht auch mietrechtlichen Fragen zu beantworten sind. Schuldner sind regelmäßig auch Mieter, egal ob es sich um Unternehmens- oder Privatinsolvenzverfahren handelt. Insoweit zeigt schon der Blick auf die §§ 108 ff. InsO, welche Bedeutung der Gesetzgeber der Einordnung mietrechtlicher Ansprüche und Befugnisse in das Insolvenzverfahren beimisst. Beispielhaft hierfür ist die Ergänzung des § 109 Abs. 1 InsO um den neu eingefügten Satz 2 durch das Insolvenzrechtsänderungsetz 2001, mit dem der Gesetzgeber sehr schnell auf die nach Inkrafttreten der Insolvenzordnung deutlich gewordenen Gefahr des Wohnungsverlustes insolventer Schuldner reagiert hat. In der Rechtsprechung bilden einerseits Fragen des Fortbestands von Mietverträgen in der Insolvenz² einen Schwerpunkt. Andererseits stellen Mietforderungen häufig einen wesentlichen Teil der Verbindlichkeiten des Schuldners dar, die einer der Gründe für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind. Aus dem Umstand, dass viele Schuldner Mietforderungen zu bedienen haben folgt naturgemäß auch, dass es bei der Befriedigung dieser Forderungen zu anfechtbaren Rechtshandlungen kommen kann. Vor allem Fragen, die sich bei der Anfechtung von Zahlungen des Mieters an den Vermieter stellen, sollen deshalb den Schwerpunkt der nachfolgenden Ausführungen bilden.

I. Einführung

Die Anfechtung von Mietzahlungen in der Insolvenz des Mieters ist in der Vergangenheit weitgehend auf das gewerbliche Mietrecht beschränkt gewesen. Anfechtungsprozesse, in denen Rückgewähransprüche des Treuhänders im Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen, die dem Verbraucherinsolvenzverfahren der §§ 304 ff. InsO zuzurechnen sind, geltend gemacht worden sind, hat es in der Vergangenheit kaum gegeben. In diesem Bereich hat zwar der Widerruf von Lastschriften gelegentlich zu Störungen des Zahlungsverkehrs zwischen Mieter und Vermieter geführt. Diese Schwierigkeiten dürften aber gelöst sein, nachdem der IX. und XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ihre

¹ Erweiterte und ergänzte Fassung eines Vortrags, den der Verf. am 13. März 2015 auf dem 17. Deutschen Mietgerichtstag gehalten hat.

² Vgl. zuletzt etwa BGH, Urt. v. 11.12.2014 – IX ZR 87/14, ZInsO 2015, 141.

Rechtsprechung zur Widerrufsbefugnis den vorläufigen Insolvenzverwalters harmonisiert haben.³ Seither steht fest, dass dem (vorläufigen) Verwalter/Treuhänder in der Insolvenz des Schuldners unabhängig von der Frage, ob dem vorläufigen Verwalter die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übertragen worden ist, die Rechtsmacht fehlt, einer im Einziehungsermächtigungsverfahren erfolgten Lastschrift die Genehmigung zu versagen, wenn diese unter Verwendung des unpfändbaren Schuldnervermögens eingelöst worden ist.⁴ Im Regelinsolvenzverfahren ist es zwar im Grundsatz bei der Befugnis des (vorläufigen) Verwalters/Treuhänders geblieben, im Einzugsermächtigungsverfahren erfolgten, vom Schuldner noch nicht genehmigten Lastschriften die Genehmigung zu versagen.⁵ Insoweit hat sich aber die Problematik, dass der (vorläufigen) Verwalter/Treuhänder in der Insolvenz des Schuldners einer im Einziehungsermächtigungsverfahren erfolgten Lastschrift – etwa auch des Vermieters – die Genehmigung versagt, durch die verstärkte Annahme konkludenter Genehmigungen bereits gebuchter Lastschriften wesentlich entschärft⁶, soweit nicht die Einführung des SEPA-Verfahrens zu einer Lösung geführt hat.⁷

Anfechtungen sind im Verbraucherverfahren aus bestimmten Gründen, denen zu Beginn der nachfolgenden Ausführungen nachgegangen werden soll, nicht bekannt geworden. Diese Sachlage könnte sich in Zukunft allerdings grundlegend ändern, wenn Insolvenzverwalter im Verbraucherinsolvenzverfahren verstärkt von ihrem ihnen neuerdings uneingeschränkt zustehenden Anfechtungsrecht Gebrauch machen, dessen Umsetzung nicht mehr zwingend von der Mitwirkung der Gläubiger abhängig ist. Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen, die sich im Schwerpunkt mit der Anfechtung kongruenter und inkongruenter Deckungen sowie der vorsätzlich Gläubigerbenachteiligung und der Rückgängigmachung unentgeltlicher Zuwendungen im gewerblichen Mietrecht befassen, soll deshalb auch jeweils ein Blick auf die mögliche Anfechtung von Zahlungen des Mieters im Wohnraummietrecht sein. Zwar ist derzeit nicht erkennbar, dass es in diesem Bereich zu einer Flut von Insolvenzanfechtungen kommt. Die bisherige Gewissheit, dass in diesem Bereich nichts

³ Vgl. BGH, Urt. v. 20.7.2010 – XI ZR 236/07, BGHZ 186, 269 = ZInsO 2010, 1538; BGH, Urt. v. 20.7.2010 – IX ZR 37/09, BGHZ 186, 242 = ZInsO 2010, 1534.

⁴ BGH, Urt. v. 20.7.2010 – IX ZR 37/09, BGHZ 186, 242 = ZInsO 2010, 1534 Rn. 13 ff.

⁵ BGH, Urt. v. 20.7.2010 – IX ZR 37/09, BGHZ 186, 242 = ZInsO 2010, 1534 Rn. 23 f.

⁶ Zur konkludenten Genehmigung etwa BGH, Urt. v. 26.10.2010 – XI ZR 562/07, ZInsO 2010, 2393; BGH, Urt. v. 23.11.2010 – XI ZR 370/08, ZInsO 2011, 95; BGH, Urt. v. 23.11.2010 – XI ZR 370/08, ZInsO 2011, 95; BGH, Urt. v. 25.1.2011 – XI ZR 172/09, BKR 2011, 127; BGH, Urt. v. 3.5.2011 – XI ZR 152/09, ZInsO 2011, 1308; BGH, Urt. v. 26.7.2011 – XI ZR 197/10, ZInsO 2011, 1546; BGH, Urt. v. 27.9.2011 – XI ZR 215/10, ZInsO 2011, 1980; BGH, Urt. v. 25.10.2011 – XI ZR 368/09, ZInsO 2011, 2328; BGH, Urt. v. 13.10.2011 – IX ZR 115/10, ZInsO 2011, 2129.

⁷ Hierzu schon BGH, Urt. v. 20.7.2010 – XI ZR 236/07, BGHZ 186, 269 = ZInsO 2010, 1538.

passiert, weil dem Treuhänder im vereinfachten Insolvenzverfahren die Hände gebunden sind, gibt es jedoch seit einem Dreivierteljahr aber nicht mehr.

II. Anfechtung von Mietzahlungen in der Verbraucherinsolvenz

Betrachtet man die Abwicklung von Insolvenzverfahren über das Vermögen natürlicher Personen, haben sich Rechtsfragen in Bezug auf die Behandlung von Mietverhältnissen des Schuldners in der Vergangenheit vornehmlich im Hinblick auf die drohende Kündigung von Mietverträgen durch den Treuhänder/Insolvenzverwalter wegen der Belastung der Insolvenzmassen durch nach Eröffnung anfallende Masseverbindlichkeiten und des Versuchs, auf die vom Mieter gestellte Kautions-Zugriff zu nehmen. Diese Probleme sind durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001⁸, mit dem § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO dahingehend gefasst worden ist, dass an die Stelle der Kündigung das Recht des Insolvenzverwalters tritt, zu erklären, dass Ansprüche, die nach Ablauf der Kündigungsfrist des § 109 Abs. 1 Satz 1 entstehen, im Insolvenzverfahren nicht geltend gemacht werden können, wenn Gegenstand des Mietverhältnisses die Wohnung des Schuldners ist, gelöst.⁹ Die Gefahr, dass die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Obdachlosigkeit des Schuldners führt, die vor In-Kraft-Treten dieser Vorschrift am 1. Dezember 2001 real vorhanden war,¹⁰ ist seither weitgehend gebannt. Probleme gibt es insoweit nur noch - dies gilt im begrenzten Umfang auch noch nach In-Kraft-Treten der §§ 67 a bis c GenG am 19. Juli 2013¹¹ - wenn der Schuldner eine Genossenschaftswohnung innehat, deren Überlassung voraussetzt, dass er über einen oder mehrere Genossenschaftsanteile verfügt.¹² Abgesehen von diesen Problemen, auf

⁸ BGBl. I S. 2710.

⁹ Zur Kündigung nach Ablauf der Frist BGH, Ur. v. 9.4.2014 – VIII ZR 107/13, ZInsO 2014, 1053; zur Wirkung der Enthaltungserklärung BGH, Ur. v. 23.2.2012 – IX ZR 29/11, ZInsO 2012, 733; zur Einstufung einer einen Abrechnungszeitraum vor Insolvenzeröffnung betreffenden Betriebskostennachforderung des Vermieters in der Insolvenz des Mieters als (einfache) Insolvenzforderung, wenn der Vermieter erst nach der Insolvenzeröffnung oder nach dem Wirksamwerden der Enthaltungserklärung des Insolvenzverwalters gem. § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO abgerechnet hat, BGH, Ur. v. 13.4.2011 – VIII ZR 295/10, ZInsO 2011, 968; zur fehlenden Prozessführungsbefugnis des Insolvenzverwalters oder Treuhänders, gegen den Vermieter Ansprüche auf Auszahlung von Guthaben aus Nebenkostenabrechnungen an die Masse für einen Zeitraum nach Wirksamwerden der Enthaltungserklärung geltend zu machen, vgl BGH, Ur. v. 22.5.2014 – IX ZR 136/13, ZInsO 2014, 1272.

¹⁰ Zur Ablehnung der entsprechenden Anwendung des § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO durch den BGH, die letztlich die gesetzliche Regelung der §§ 67 a-c GenG erforderlich gemacht hat, vgl. BGH, Ur. v. 19.3.2009 - IX ZR 58/08, BGHZ 180, 185 = ZInsO 2009, 826; BGH, Ur. v. 17.9.2009 - IX ZR 63/09, ZInsO 2009, 2104; BGH, Ur. v. 18.9.2014 – IX ZR 276/13, ZInsO 2014, 2221; BGH, Beschl. v. 2.12.2010 - IX ZB 120/10, ZInsO 2011, 134, 93.

¹¹ Eingeführt durch das Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15. Juli 2013, BGBl. I S. 2379.

¹² Zur Einführung der §§ 67 ff. GenG Butenob, ZVI 2014, 129; Grote/Pape, ZInsO 2013, 1433 f.; Schmerbach/Semmelbeck, NZI 2014, 547; AG Hamburg, ZInsO 2015, 46.

die in dem nachfolgenden Beitrag nicht weiter eingegangen werden soll, und dem eingangs bereits angesprochenen Widerruf von Lastschriften, der jedoch seit den dazu ergangenen Entscheidungen des BGH¹³ keine besondere Rolle mehr spielt, hat die Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf das Wohnraummietverhältnis des Schuldners keine allzu erheblichen Auswirkungen gehabt. Anfechtungsrechtlich haben Mietzinszahlungen des Schuldners und Zahlungen auf geschuldete Nebenkosten kaum Bedeutung erlangt, weil § 313 Abs. 2 InsO a.F. das Anfechtungsrecht nicht auf den Treuhänder, sondern auf die Insolvenzgläubiger übertragen hat mit der Folge, dass Anfechtungen in diesem Bereich kaum stattgefunden haben. Hieran hat sich auch durch Ergänzung der Vorschrift um ein Recht der Gläubigerversammlung, den Treuhänder oder einen Gläubiger mit der Insolvenzanfechtung zu beauftragen, durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2001 wenig geändert.¹⁴ Durch die Hürden des § 313 Abs. 2 InsO a.F. hat das Anfechtungsrecht in der Verbraucherinsolvenz praktisch brach gelegen.

1. Aufhebung des § 313 InsO a.F.

Eine Änderung dieser Rechtslage ist durch das am 01.07.2014 in Kraft getretene Gesetz zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens und zur Stärkung der Gläubigerrechte vom 15. Juli 2013¹⁵ eingetreten, mit dem der Gesetzgeber die Vorschriften des vereinfachten Insolvenzverfahrens, zu denen auch § 313 InsO gehört hat, ersatzlos - jedenfalls soweit es § 313 Abs. 2 InsO betrifft - gestrichen hat.¹⁶ Folge dieser Streichung ist es, dass in den ab dem 1.7.2014 beantragten Insolvenzverfahren das Anfechtungsrecht auf den Insolvenzverwalter übergegangen ist.¹⁷ Die Schwelle für die Geltendmachung von Anfechtungsrechten im Verbraucherinsolvenzverfahren ist damit deutlich herabgesetzt worden. Der Insolvenzverwalter ist nicht mehr darauf angewiesen, dass ihn die Gläubigerversammlung mit der Durchsetzung eines Anfechtungsanspruchs beauftragt. Er hat im Rahmen der ihn treffenden Verpflichtung, für die bestmögliche Befriedigung der Gläubiger zu sorgen,¹⁸ auch

¹³ BGH, Urt. v. 20.7.2010 – XI ZR 236/07, BGHZ 186, 269 = ZInsO 2010, 1538; BGH, Urt. v. 20.7.2010 – IX ZR 37/09, BGHZ 186, 242 = ZInsO 2010, 1534.

¹⁴ Hierzu Brenner, in: Pape/Uhländer, InsO, § 313 Rn. 28 ff.

¹⁵ BGBl. I S. 2379.

¹⁶ Zu dieser Streichung Grote/Pape, ZInsO 2013, 1433, 1437 f.; Ahrens, Das neue Privatinsolvenzrecht, 2014, Rn. 380 ff.; Pape/Sietz, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 16 Rn. 69 f.

¹⁷ Zum Nebeneinander der Verfahren vgl. Pape/Sietz, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 16 Rn. 74 ff.

¹⁸ Zu dieser Pflicht BGHZ 175, 307 Rn. 15, wobei die dort erwähnten Einschränkungen in Bezug auf die Durchsetzung von anfechtungsrechten nach Aufhebung des § 313 InsO in Verfahren über das Vermögen natürlicher Personen gerade nicht mehr gelten; Pape, in: Pape/Uhländer, InsO, § 60 Rn. 25

in diesen Verfahren auszuloten, ob und inwieweit Anfechtungsmöglichkeiten bestehen und diese mit Aussicht auf Erfolg durchgesetzt werden können.¹⁹ Der Insolvenzverwalter hat nunmehr nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu entscheiden, ob er Masse durch die Geltendmachung von Anfechtungsrechten, zu denen auch Rückgewähransprüche gegen den Vermieter des Schuldners gehören können, realisieren kann. Fehlende Mittel für die Prozessführung stellen dabei – unterstellt der Anfechtungsanspruch hat Aussicht auf Erfolg – kaum einen Hinderungsgrund dar, denn der Verwalter hat im Fall der Masseunzulänglichkeit die Möglichkeit, nach § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO Prozesskostenhilfe in Anspruch zu nehmen.²⁰ Auf die Restriktionen, welche die Rechtsprechung im Fall der Einstellung des Verfahrens mangels Kostendeckung macht,²¹ ist regelmäßig nicht zurückzugreifen, weil bei Stundung der Verfahrenskosten²² eine derartige Einstellung nicht in Betracht kommt.

2. Keine Gläubigerbenachteiligung bei Mietzahlung aus dem Unpfändbaren

Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass die Anfechtung von Mieterleistungen in Kleinverfahren eine ähnliche Bedeutung erlangt, wie sie die Anfechtung im Unternehmensinsolvenzverfahren für die Generierung von Insolvenzmasse hat.²³ Einer derartigen Erwartung steht neben dem Umstand, dass in diesem Bereich eine Anfechtung von kongruenten Leistungen des Mieters nicht zu erwarten ist, schon die Tatsache entgegen, dass es gerade bei zahlungsschwachen Mietern häufig an der Gläubigerbenachteiligung, die gemäß § 129 Abs. 1 InsO Grundvoraussetzung für sämtliche Anfechtungstatbestände der §§ 130 ff. InsO ist, fehlen wird. Gegeben ist eine Gläubigerbenachteiligung im Sinne der Vorschrift dann, wenn eine Rechtshandlung entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch den Zugriff auf das Vermögen des Schuldners vereitelt, erschwert oder verzögert wird, d. h. Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger sich ohne die Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten, als mit der Handlung.²⁴

ff.; Ahrens, Das neue Privatin insolvenzrecht, 2014, Rn. 378 f.; Pape/Voigt, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 21 Rn. 126 ff.

¹⁹ S. hierzu auch Frind, ZInsO 2014, 1739 ff.

²⁰ Hierzu Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 12 Rn. 46, 111 mwN.

²¹ Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 12 Rn. 46 mwN.

²² Dazu Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 18.

²³ So im Ergebnis wohl auch Frind, ZInsO 2014, 1739 ff.

²⁴ Ständige Rechtsprechung - s. etwa BGH, Urt. v. 19.9.2013 - IX ZR 4/13, ZInsO 2013, 2213.

Eine entsprechende Benachteiligung der (späteren) Insolvenzgläubiger, deren Anfechtung die Zugriffslage wiederherstellen soll, die ohne die anfechtbare Rechtshandlung bestanden hätte, wird es im Verbraucherinsolvenzverfahren häufig schon deshalb nicht geben, weil diese Voraussetzung der Insolvenzanfechtung dann fehlt, wenn der veräußerte Gegenstand nicht der Zwangsvollstreckung unterlag und deshalb gemäß § 36 InsO auch nicht in die Insolvenzmasse gefallen wäre.²⁵ Erbringt der Schuldner die Mietzinszahlungen etwa aus seinem pfändungsfreien Arbeitseinkommen, können diese anfechtungsrechtlich nicht zurückgeholt werden, soweit die unpfändbaren Anteile des Arbeitseinkommens den Gläubigern niemals zur Verfügung gestanden hätten.²⁶ Das heißt, die Anwendung der §§ 130, 131, 133 und 134 InsO, die für die Anfechtung von Leistungen des Mieters an den Vermieter Bedeutung haben können, dürfte vielfach schon daran scheitern, dass es nicht darum geht, Gegenstände der Insolvenzmasse zurückzuholen.

Sind Zahlungen des Mieters allerdings nicht dem unpfändbaren Einkommen zuzuordnen, kann es durchaus sein, dass sie einer Anfechtung nach den genannten Vorschriften unterliegen. Dies ist Folge des erleichterten Zugriffs, den der Insolvenzverwalter nach Inkraft-Treten des Gesetzes zur Verkürzung des Insolvenzverfahrens auch im vereinfachten Insolvenzverfahren hat. Liegen die Voraussetzungen für eine Anfechtung deutlich zutage, kann der Insolvenzverwalter im Verbraucherinsolvenzverfahren – einen Treuhänder im vereinfachten Verfahren gibt es nicht mehr²⁷ – den Anspruch nicht einfach ignorieren, sondern muss seiner Pflicht zur Durchsetzung von Ansprüchen der Insolvenzmasse²⁸ nachkommen.

III. Anfechtung kongruenter Deckungen - Anwendung des § 130 InsO auf Leistungen des Mieters

Wendet man sich nun den einzelnen Anfechtungstatbeständen zu und untersucht diese im Hinblick auf die anfechtungsrechtlichen Risiken, die sich bei der Entgegennahme von

²⁵ Vgl. BGHZ 123, 183, 185; BGHZ 189, 65 Rn. 21; BGH, Urt. v. 10.7.2014 - IX ZR 280/13, ZInsO 2014, 1947; BGH, Beschl. v. 26.9.2013 - IX ZB 247/11, ZInsO 2013, 2274 Rn. 7.

²⁶ S. für den vergleichbaren Fall der Zahlung einer Geldstrafe aus dem Unpfändbaren siehe BGH, Urt. v. 10.7.2014 - IX ZR 280/13, ZInsO 2014, 1947.

²⁷ Siehe Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 16 Rn. 71; Kap. 17 Rn. 191 f.

²⁸ Zum Anfechtungsrecht als schuldrechtlichem Anspruch siehe BGH, Urt. v. 21.9.2006 - IX ZR 235/04, ZInsO 2006, 1217 Rn. 14 ff; BGH, Urt. v. 16.10.2014 - IX ZR 282/13, ZInsO 2014, 2318 Rn. 10.

Leistungen des Mieters ergeben, so kommt man als erstes zu der vergleichsweise risikoarmen Anwendung kongruenter Deckungen nach § 130 InsO, d. h. es geht um die Anfechtung von Leistungen des Mieters, die dieser in der Art und Weise erbracht hat, wie sie den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien entspricht. Ein besonderer Augenmerk, auf den am Schluss der Betrachtung zu § 130 InsO näher eingegangen werden soll, ist hier auf § 142 InsO zu richten, der Leistungen, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, nur dann für anfechtbar erklärt, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben sind.²⁹

1. Voraussetzungen der Anfechtung kongruenter Deckungen

Gemäß § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO sind Rechtshandlungen aus den letzten drei Monaten vor Insolvenzantragstellung bei Zahlungsunfähigkeit des Schuldners anfechtbar, welche einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren oder ermöglichen³⁰, vorausgesetzt der Gläubiger hatte zur Zeit der Handlung Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners. § 130 Abs. 1 Nr. 2 InsO erstreckt die Anfechtbarkeit kongruenter Deckungen auf die Zeit nach der Insolvenzantragstellung, sofern der Gläubiger Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit oder dem Insolvenzantrag des Schuldners hatte.³¹ Dabei reicht es nach § 130 Abs. 3 InsO für die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit aus, dass der Gläubiger Kenntnis von Umständen hat, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Insolvenzantrag schließen lassen. Handelt es sich bei dem Anfechtungsgegner um eine dem Schuldner nahe stehende Person im Sinne des § 138 InsO, tritt bezüglich der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags eine Beweislastumkehr ein.

a) Insolvenzgläubiger als Anfechtungsgegner

Nach den Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 InsO muss sich die Anfechtung zwingend gegen einen Insolvenzgläubiger richten, d. h. der Anfechtungsgegner muss als persönlicher Gläubiger des Schuldners einen zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben (§ 38 InsO). Dieses Erfordernis stellt bei einem Vermieter, der persönliche Ansprüche gegen den Schuldner aus dem Mietverhältnis

²⁹ Dazu nachfolgend III. 2.

³⁰ Zu den objektiven Voraussetzungen im Einzelnen vgl. Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 130 Rn. 8 ff.; Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 54 Lfg. 8/13, § 130 Rn. 12 ff.

³¹ Zu den subjektiven Voraussetzungen im Einzelnen vgl. Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 130 Rn. 34 ff.; Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 54 Lfg. 8/13, § 130 Rn. 104 ff.

hat, keine besondere Schwierigkeit dar. In aller Regel sind alle Forderungen des Vermieters aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung als Insolvenzforderungen anzusehen. Masseverbindlichkeiten aus dieser Zeit werden nur begründet, wenn entweder das Insolvenzgericht ausnahmsweise einen vorläufigen Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis bestellt hat, der gemäß § 55 Abs. 2 InsO Masseverbindlichkeiten begründet³² oder das Insolvenzgericht ausnahmsweise einen vorläufigen Insolvenzverwalter ohne Verfügungsbefugnis ermächtigt hat, einzelne, im Voraus genau festgelegte Verpflichtungen zu Lasten der späteren Insolvenzmasse (Einzel- oder Gruppenermächtigung) einzugehen.³³ Insoweit wird es in Fällen, in denen kein starker vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt ist, zur Begründung von Masseverbindlichkeiten gegenüber dem Vermieter kaum kommen, denn regelmäßig besteht für den Insolvenzverwalter keine Veranlassung, sich vom Insolvenzgericht ermächtigen zu lassen, die Ansprüche des Vermieters als Masseverbindlichkeiten zu befriedigen.

b) Erforderlichkeit einer Rechtshandlung

Ebenfalls nicht problematisch erscheint das Erfordernis der Rechtshandlung in § 130 Abs. 1 InsO³⁴, das der in § 129 Abs. 1 InsO für die Insolvenzanfechtung vorausgesetzten Rechtshandlung, die Gegenstand der Anfechtung ist, entspricht. Rechtshandlungen im Sinne der §§ 129 ff. InsO sind alle von einem Willen getragene Handlungen, die eine rechtliche Wirkung auslösen und das Vermögen des Schuldners zum Nachteil der Insolvenzgläubiger verändern können.³⁵ Dabei unterfallen insbesondere auch mittelbare Zuwendungen des Schuldners, bei denen durch Einschaltung eines Dritten die unmittelbare Leistung des Schuldners an den Gläubiger umgangen wird, dem Begriff der Rechtshandlung.³⁶ Weiterhin ist es unerheblich, ob die rechtlichen Wirkungen der Rechtshandlungen auf dem Willen des Handelnden beruhen oder bereits kraft Gesetzes eintreten. Anfechtungsrechtlich ist eine

³² Vgl. BGH, Urt. v. 18.7.2002 - IX ZR 195/01, ZInsO 2002, 819; BGH, Beschl. v. 4.12.2014 - IX ZR 166/14, ZInsO 2015, 261 m. w. N.

³³ Hierzu BGH Urt. v. 7.5.2009 - IX ZR 61/08, ZInsO 2009, 1102 Rn. 13 m. w. N.; BGH, Beschl. v. 13.1.2011 - IX ZR 233/09, ZInsO 2011, 388 Rn. 9; BGH, Beschl. v. 4.12.2014 - IX ZR 166/14, ZInsO 2015, 261 Rn. 4; Pape/Schaltke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 55 Rn. 229 ff.

³⁴ Wobei es sich im Fall des § 130 InsO nicht notwendig um eine Rechtshandlung des Schuldners handeln muss, weil Handelnder auch jeder Dritte sein kann, es sei denn, das Gesetz bestimmt – dies ist etwa in § 133 Abs. 1 InsO der Fall – ausdrücklich, wer Handelnder sein muss, vgl. Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 129 Rn. 28.

³⁵ S. etwa BGHZ 170, 196 Rn. 10; BGH, Urt. v. 9.7.2009 - IX ZR 86/08, ZInsO 2009, 1585 Rn. 21; BGH, Urt. v. 7.5.2013 - IX ZR 191/12, ZInsO 2013, 1143.

³⁶ BGH, Urt. v. 17.3.2011 – IX ZR 166/08, ZInsO 2011, 782; BGH, Urt. v. 9.10.2008 – IX ZR 59/07, ZInsO 2008, 1202 Rn. 21 mvH; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 129 Rn. 40 ff.; Ehrlicke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 58 ff.

Einzelbetrachtung geboten, der alle in Betracht kommenden Rechtshandlungen unterzogen werden müssen. Im Hinblick auf die weite Fassung des Begriffes der Rechtshandlung, der neben Willenserklärungen etwa auch rechtsgeschäftliche Handlungen, Realakte, Prozesshandlungen, Fälligkeitsvereinbarungen, Verzichte, Vergleiche usw. erfasst,³⁷ stellt der Begriff der Rechtshandlung regelmäßig kein Problem dar. Als Rechtshandlung können gemäß § 129 Abs. 2 InsO auch Unterlassungen anzusehen sein, wenn diese auf einer Willensbetätigung beruhen und wissentlich und willentlich erfolgen.³⁸

c) Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners

Größere Schwierigkeiten kann zwar der dem Insolvenzverwalter obliegende Nachweis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zum Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung, der in aller Regel vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens liegen muss und durch § 140 InsO bestimmt wird,³⁹ bereiten, weil die vom Bundesgerichtshof insoweit aufgestellten Voraussetzungen für den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit erforderliche Liquiditätsbilanz mit dem Nachweis einer Unterdeckung von mindestens 10 %, die innerhalb von drei Wochen nicht beseitigt werden kann,⁴⁰ nur relativ mühsam zu führen ist. Der BGH geht aber in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass der Nachweis der Zahlungsunfähigkeit im Anfechtungsprozess auch auf einfachere Art und Weise als durch Vorlage einer Liquiditätsbilanz geführt werden kann, wenn offene Forderungen gegen den Schuldner aus der Zeit vor der Rechtshandlung bestehen, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht befriedigt sind und sich aus weiteren Beweisanzeichen der Eindruck einer Zahlungseinstellung ergibt.⁴¹ Sind entsprechende Anhaltspunkte vorhanden, die für die beteiligten Verkehrskreise den Eindruck aufdrängen, der Schuldner sei außerstande, seine fälligen Verbindlichkeiten zu begleichen, so ist es unerheblich, ob dieser noch einzelne Verbindlichkeiten bedient. Insoweit kann schon die Nichterfüllung einer einzelnen, insgesamt nicht unbeträchtlichen Forderung ausreichen, um die Vermutung der Zahlungseinstellung als gesetzliche Vermutung im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 2 zu begründen, welche den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit ermöglicht. Ist eine entsprechende Sachlage gegeben, die dem

³⁷ S. auch Graf-Schlicker/Huber, InsO, 3. Aufl. § 129 Rn. 2 ff.; Ericke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 35 ff.; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 129 Rn. 4 ff.

³⁸ Vgl. Bornheimer, a.a.O., Rn. 23 ff.

³⁹ Siehe Bornheimer, a.a.O., Rn. 47 f.

⁴⁰ Vgl. BGHZ 163, 134; Sikora, in: Pape/Uhländer, a.a.O., § 17 Rn. 6 ff.; Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier, a.a.O., Kap. II Rn. 19 ff.

⁴¹ S. BGH, Urt. v. 30.6.2011 - IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410 Rn. 10 m. w. N.; BGH, Urt. v. 18.7.2013 - IX ZR 143/12, ZInsO 2013, 2109 Rn. 7 m. w. N.

Anfechtungsgegner bekannt ist, weil er die Nichtzahlung eines beträchtlichen Teils der Verbindlichkeiten des Schuldners sowie weitere Beweisanzeichen für eine Zahlungseinstellung - etwa eigene Erklärungen des Schuldners, nicht zahlen zu können, die Schließung des Geschäftsbetriebs ohne ordnungsgemäße Abwicklung, die Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen über einen bestimmten Zeitraum, die schleppende Zahlung von Löhnen und Gehältern, die Nichtzahlung oder schleppende Zahlung von Steuerforderungen, die Nichtzahlung existenznotwendiger Betriebskosten wie etwa Energie- und Mietkosten, die Häufung von Pfändungen und sonstigen Vollstreckungsmaßnahmen,⁴² kennt, so nützt es dem Anfechtungsgegner regelmäßig nichts, sich auf eine bloße Zahlungsunwilligkeit des Schuldners zu berufen. Diese setzt zwingend voraus, dass der Schuldner zahlungsfähig ist und nur deshalb nicht zahlt, weil er aus bestimmten Gründen den Gläubiger nicht befriedigen will.⁴³ Den Nachweis, dass der Schuldner gleichwohl zahlungsfähig ist, hat bei einer derartigen Ausgangslage der Gläubiger zu führen. Die Annahme einer bloßen Zahlungsstockung verbietet sich, wenn der anhand der dargestellten Indizien erkennbare Liquiditätsengpass des Schuldners länger als drei Wochen dauert.

d) Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit zum Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung

Die Kenntnis der Anfechtungsvoraussetzungen muss zu dem Zeitpunkt gegeben sein, zu dem die rechtlichen Wirkungen der Rechtshandlung eintreten. Dies ergibt sich aus § 140 Abs. 1 InsO. Insoweit hat etwa der Bundesgerichtshof in einem Fall, in dem es darauf ankam, wann der Anfechtungsgegner von den Beweisanzeichen für eine Zahlungseinstellung des Schuldners Kenntnis hatte, entschieden, dass es im Fall der Lastschriftabbuchung im Abbuchungsverfahren auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem die Belastung des Kontos des Schuldners wirksam wird.⁴⁴ Entsprechend dieser Entscheidung wird auch für eine eventuelle Kenntnis des Vermieters von den Anfechtungsvoraussetzungen davon auszugehen sein, dass es maßgeblich auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem das Konto des Schuldners mit der Abbuchung der Miete belastet wird. Weiß der Vermieter zu dieser Zeit, dass der Schuldner zahlungsunfähig ist und liegt der Zeitpunkt innerhalb der kritischen 3-Monats-Frist des § 130

⁴² Zu diesen Indizien Sikora, in: Pape/Uhländer, a.a.O., Rn. 28; Pape, in: Mohrbutter/Ringstmeier, a.a.O., Kap. 2 Rn. 32 f.

⁴³ S. BGH, Urt. v. 15.03.2012 - IX ZR 239/09, ZInsO 2012, 696; Beschl. v. 10.07.2014 - IX ZR 287/13, ZInsO 2014, 1661.

⁴⁴ BGH, Urt. v. 17.01.2013 - IX ZR 184/10, ZInsO 2013, 335.

Abs. 1 InsO, können - vorbehaltlich einer Zahlung des Schuldners aus dem Unpfändbaren - die Voraussetzungen für eine Anfechtung einer kongruenten Deckung gegeben sein.

2. Ausschluss der Anfechtung bei Sicherung des Vermieters durch Vermieterpfandrecht

Keine Anfechtbarkeit nach § 130 Abs. 1 InsO – auch bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags – für die Zeit nach Antragstellung ist gegeben, soweit der Vermieter durch ein Vermieterpfandrecht gesichert ist⁴⁵, denn das der Sicherung des Mietzinsanspruchs dienende Vermieterpfandrecht⁴⁶ kann insolvenzrechtlich nicht in weiterem Umfang angefochten werden als die Mietzahlung selbst, so dass dem Vermieter ein in der Insolvenz des Mieters anfechtungsfreies Absonderungsrecht zusteht, soweit die von dem Pfandrecht erfassten Gegenstände bereits vor der Krise eingebracht worden sind.⁴⁷ Der BGH hat deshalb den Insolvenzverwalter verurteilt, den aus der Verwertung der vom Vermieterpfandrecht erfassten Gegenstände erzielten Erlös auch insoweit an den Vermieter zur Deckung der nicht bezahlten Miete auszukehren, als diese während des Eröffnungsverfahrens fällig geworden war.⁴⁸

Insoweit ist der Insolvenzverwalter auch nicht berechtigt, den Erlös aus der Verwertung dem Vermieterpfandrecht unterliegender Gegenstände mit der Tilgungsbestimmung an den Vermieter auszukehren, dass die Zahlung vorrangig auf die nach Verfahrenseröffnung als Masseverbindlichkeiten begründeten Mietforderungen und erst sodann auf die vor Verfahrenseröffnung als Insolvenzforderungen entstandenen Forderungen des Vermieters anzurechnen sind, wenn ein Gewerbemietverhältnis mit dem Schuldner nach Insolvenzeröffnung fort dauert.⁴⁹ Es gilt die gesetzliche Tilgungsreihenfolge des § 366 Abs. 2

⁴⁵ Zur Entstehung des gesetzlichen Vermieterpfandrechts an eingebrachten pfändbaren Sachen des Mieters mit der Einbringung, auch soweit es erst künftig entstehende Forderungen aus dem Mietverhältnis sichert, siehe BGH, Urt. v. 20. März 1986 - IX ZR 42/85, WM 1986, 720, 721 Rn.11, 14; BGH, Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 = ZInsO 2007, 91 Rn. 11 mwN; BGH, Urt. v. 15.10.2014 – XII ZR 163/12, ZInsO 2014, 2492; zur Beschränkung der Sicherung des Vermieters durch ein Pfandrecht nach § 562 Abs. 1 BGB an den eingebrachten Sachen des Mieters für seine Forderungen aus dem „Mietverhältnis“, womit inkonnexe Forderungen aus früheren Mietverhältnissen nicht erfasst werden, vgl. BGH, Urt. v. 18.4.2002 – IX ZR 219/01, ZInsO 2002, 670, 672.

⁴⁶ Zu den Einschränkungen des Vermieterpfandrechts nach § 50 Abs. 2 InsO siehe Staufenbiel, in: Pape/Uhländer, InsO, § 50 Rn. 25 ff.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 = ZInsO 2007, 91.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 = ZInsO 2007, 91, siehe dort auch die Ablehnung einer entsprechenden Anwendung des § 91 Abs. 1 InsO auf die Zeit zwischen Eröffnungsantrag und Insolvenzeröffnung bei Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 InsO.

⁴⁹ BGH, Urt. v. 9.10.2014 – IX ZR 69/14, ZInsO 2014, 2320.

BGB, nach welcher der Erlös zuvörderst auf die bis zur Verfahrenseröffnung entstandenen offenen älteren Mietrückstände anzurechnen sind.

3. Unerheblichkeit der Anfechtungsvoraussetzungen im Fall der Bardeckung

Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 InsO muss auch im Übrigen nicht zwingend zur Anfechtbarkeit der empfangenen Leistung und zur Herausgabepflicht - etwa des Vermieters der empfangenen Mietzahlung des Schuldners - führen. Liegen nämlich die eingangs dieses Abschnitts bereits angesprochenen Voraussetzungen für die Annahme einer Bardeckung vor,⁵⁰ so kann dahinstehen, ob der Gläubiger/Vermieter die Zahlungsunfähigkeit erkannt hat, weil die Rechtshandlung ohnehin der Anfechtung nach § 142 InsO entzogen ist. Dies hat der Bundesgerichtshof erst vor kurzer Zeit in einem Urteil zur Anfechtung von Zahlungen eines insolventen Arbeitgebers an einen vorleistungspflichtigen Arbeitnehmer für den Bereich von Dauerschuldverhältnissen bestätigt.⁵¹ Entsprechend der Anfechtung von kongruenten Lohnzahlungen⁵² kann auch bei der Anfechtung von kongruenten Mietzahlungen davon ausgegangen werden, dass diese unter den Voraussetzungen des § 142 InsO ungeachtet der eventuellen Kenntnis einer Zahlungsunfähigkeit des Mieters nicht anfechtbar sind.

a) Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung

Überträgt man die Entscheidung zur Anfechtung von Lohnzahlungen auf die potenzielle Anfechtung von Mietzahlungen des Mieters an den Vermieter, so sind die Bargeschäftsvoraussetzungen erfüllt,⁵³ wenn eine vertragliche Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung gegeben ist, die beispielsweise auch bei einem miet- oder pachtvertraglichen Leistungsaustausch anzunehmen sein kann.⁵⁴

⁵⁰ S. o. III.

⁵¹ Vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2014 - IX ZR 192/13, ZInsO 214, 1602.

⁵² Zum Bargeschäftsprivileg für Lohnzahlungen vgl. Windel, ZIP 2014, 2167 ff.

⁵³ Siehe auch Ericke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 142 Rn. 2 ff.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 10.6.2008 - XI ZR 283/07, BGHZ 177, 69 = ZInsO 2008, 1076 Rn. 47 m. w. N.; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 142 Rn. 4.

b) Gleichwertigkeit der Gegenleistung

Als weiteres Merkmal setzt § 142 die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung voraus.⁵⁵ Auch dieses Merkmal ist hinsichtlich solcher Zahlungen des Mieters, die im Ausgleich für die während des laufenden Monats erbrachte Gebrauchsüberlassung geleistet werden, unproblematisch. Ist die Befriedigung von Altverbindlichkeiten, die die Voraussetzungen der Gleichwertigkeit der Leistungen nicht erfüllt, ausgeschlossen, so besteht eine Vermutung dafür, dass der vom Mieter in Anspruch genommene Gebrauch der Mietsache und die im Gegenzug geleistete Mietzahlung gleichwertig sind, es sei denn, es bestehen Anzeichen für das Vorliegen eines erheblichen Missverhältnisses.

c) Unmittelbarkeit der Gegenleistung

Eine Bardeckung setzt des Weiteren einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung voraus.⁵⁶ Insoweit kann nach der Rechtsprechung der unschädliche Zeitraum, innerhalb dessen eine Verzögerung der Erbringung der Gegenleistung hingenommen werden kann, zwar nicht allgemein bestimmt werden, sondern ist abhängig von der Art der ausgetauschten Leistungen und von der Zeitspanne, in der sich der Austausch nach den Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs vollzieht. Ähnlich wie bei der Bestimmung des angemessenen Zeitraums für die Unmittelbarkeit von Gegenleistungen bei der Lohnzahlung, die nach der Rechtsprechung des BGH mit 30 Tagen ab Fälligkeit der Vergütung im Fall der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers zu veranschlagen ist,⁵⁷ kann dies auch auf die Zahlungen des Mieters übertragen werden. Zahlt der Mieter innerhalb eines Zeitraums von 30 Tagen ab Fälligkeit der Mietforderung⁵⁸, dürfte auch hier von dem Vorliegen einer Bardeckung auszugehen sein, so dass die Zahlung der Anfechtung nach § 130 Abs. 1 InsO entzogen ist. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang allerdings ausdrücklich darauf, dass dies nur für die laufenden Mietzinszahlungen gelten kann. Werden Zahlungen auf

⁵⁵ Hierzu Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 142 Rn. 8 ff. m. w. H.

⁵⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 10.7.2014 - IX ZR 192/13, ZInsO 2014, 1602 Rn. 31 ff.; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 142 Rn. 14 ff. m. w. H.

⁵⁷ Auf die hiermit nicht zu vereinbarende Rechtsprechung des BAG – zu dieser Rechtsprechung eingehend BGH, Urt. v. 10.7.2014 - IX ZR 192/13, ZInsO 2014, 1602 –, die von einem Zeitraum von drei Monaten ausgeht, soll hier nicht näher eingegangen werden.

⁵⁸ Zur Entstehung von Mietzinsansprüchen nach § 163 BGB als aufschiebend befristete Forderung – und nicht als betagte Forderungen, die bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses entstehen – zum Anfangstermin des jeweiligen Zeitraums der Nutzungsüberlassung vgl. BGHZ 111, 84, 93 f; BGH, Urt. v. 30.1.1997 - IX ZR 89/96, WM 1997, 545, 546; BGH, Urt. v. 11.11.2004 - IX ZR 237/03, ZInsO 2005, 94, 95; BGH, Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 = ZInsO 2007, 91 Rn. 12.

rückständige Beträge geleistet, die außerhalb des Zeitraums liegen, kommt die Anwendung des § 142 InsO nicht in Betracht. § 142 InsO eröffnet dem Vermieter also nicht die Möglichkeit, in der Krise Zahlungen des Schuldners auf rückständige Mietforderungen anfechtungsfrei entgegenzunehmen.

IV. Anfechtung inkongruenter Deckungen - Leistungen des Mieters, die unter § 131 InsO fallen können

Sind die Risiken der Anfechtbarkeit von Zahlungen, welche innerhalb des 3-Monats-Zeitraums geleistet werden, überschaubar, soweit es um kongruente Deckungen geht, die den vertraglichen Vereinbarungen der Parteien entsprechen, so wird das Risiko der Anfechtung von Mietzahlungen deutlich höher, wenn die Leistungen des Mieters inkongruent im Sinne des § 131 InsO sind. Nach dieser Vorschrift, für die der Bargeschäftseinwand des § 142 InsO nicht gilt,⁵⁹ sind Rechtshandlungen aus der kritischen Zeit von drei Monaten vor Insolvenzantragstellung anfechtbar, wenn diese einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren oder ermöglichen, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Dabei bedarf es nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO keiner weiteren Voraussetzungen, wenn die Handlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem erfolgt ist. Ist die Rechtshandlung im zweiten oder dritten Monat vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden, muss entweder der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig gewesen sein (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO) oder dem Gläubiger muss zur Zeit der Handlung bekannt gewesen sein, dass diese die Insolvenzgläubiger benachteiligte (§ 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO). Schon aus dem Wortlaut des § 131 InsO folgt, dass im Fall der Inkongruenz einer Deckung, welche im Fall des Abweichens der konkreten Deckungshandlung vom Inhalt des Schuldverhältnisses gegeben ist, das zwischen Insolvenzgläubiger und Schuldner besteht,⁶⁰ für den Vermieter ein erheblich höheres Risiko als bei der Kongruenz besteht, dass er eine Befriedigung oder Sicherung zurückgewähren muss, die er nicht in der Art und Weise oder zu der Zeit erhalten hat, wie dies im Vertrag vorgesehen war.

⁵⁹ Vgl. BGH, Urt. v. 10.05.2007 - IX ZR 146/05, ZInsO 2007, 662 Rn. 10; BGH, Urt. v. 20.01.2011 - IX ZR 58/10, ZInsO 2011, 421; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 131 Rn. 1, 18.

⁶⁰ S. Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 131 Rn. 9 ff. m. v. H.; Schoppmeyer, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO § 131 Rn. 30 ff.

1. Beispielfälle inkongruenter Deckungen

Eine sehr große Fallgruppe, in die ohne weiteres auch Sicherungen oder Befriedigungen eingeordnet werden können, welche ein Vermieter für seine Mietforderungen gegen den Insolvenzschuldner auf entsprechendem Weg erlangt, stellt die Befriedigung im Rahmen der Zwangsvollstreckung in den letzten drei Monaten vor Antragstellung oder die Befriedigung unter entsprechendem Vollstreckungsdruck dar. Der BGH entscheidet in ständiger Rechtsprechung, dass während des Zeitraums der Deckungsanfechtung im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Sicherheiten oder Befriedigungen als inkongruent im Sinne des § 131 Abs. 1 InsO anzusehen sind.⁶¹ Inkongruente Deckungen, die unter den Voraussetzungen des § 131 Abs. 1 InsO gemäß § 143 Abs. 1 InsO zurückzugewähren sind, sind nach dieser Rechtsprechung auch Leistungen, die der Anfechtungsgegner in der Krise zur Vermeidung einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung erlangt hat.⁶² Auch die Drohung mit einem Insolvenzantrag, der zu einer Zahlung des Schuldners oder der Gewährung einer vertraglich nicht vereinbarten Sicherung führt, hat die Inkongruenz der empfangenen Leistung und damit deren Anfechtbarkeit zur Folge.⁶³ Hierfür reicht es aus, dass Möglichkeit eines solchen Vorgehens in einem Mahnschreiben nur "zwischen den Zeilen" deutlich gemacht, dem Schuldner das damit verbundene Risiko aber im Übrigen klar vor Augen geführt wird.⁶⁴ Vereinbaren Schuldner und Gläubiger im Hinblick auf die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners die vorzeitige Fälligkeit eines Darlehens, so ist auch diese Vereinbarung und die darauf basierende Zahlung gemäß § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO anfechtbar.⁶⁵ Anfechtungsrechtlich unproblematisch kann es dagegen sein, wenn der Schuldner eine vorzeitige Zahlung vor Fälligkeit der Forderung nur deshalb leistet, um eine befristet eingeräumte Möglichkeit zum Skontoabzug zu nutzen.⁶⁶

Grundsätzlich lassen sich die vorstehenden Beispiele auch auf Mietzahlungen übertragen, die unter entsprechendem Druck oder aufgrund vergleichbarer inkongruenter Vereinbarungen an

⁶¹ BGHZ 167, 11 Rn. 9 m. w. N.; BGH, Urt. v. 9.1.2014 - IX ZR 209/11, BGHZ 199, 344 Rn. 37.

⁶² BGHZ 136, 309, 311 ff.; BGH, Urt. v. 20.1.2011 - IX ZR 8/10, ZIP 2011, 385 Rn. 6 m. w. N.

⁶³ S. BGH, Urt. v. 18.12.2003 - IX ZR 199/02, BGHZ 157, 242, 246 f = ZInsO 2004, 145; BGH, Urt. v. 18.6.2009 - IX ZR 7/07, ZInsO 2009, 1394 Rn. 5; BGH, Urt. v. 25.10.2012 - IX ZR 117/11, ZInsO 2012, 2244 Rn. 10; BGH, Urt. v. 7.3.2013 - IX ZR 216/12, ZInsO 2013, 778; zur Anfechtbarkeit von Zahlungen unter dem Druck angedrohter Zwangsmaßnahmen auch BGH, Urt. v. 15.5.2003 - IX ZR 194/02, ZInsO 2003, 611; BGH, Urt. v. 18.12.2003 - IX ZR 199/02, BGHZ 157, 242, 248 = ZInsO 2004, 145; BGH, Urt. v. 14.10.2010 - IX ZR 16/10, ZInsO 2010, 2295; BGH, Urt. v. 20.1.2011 - IX ZR 8/10, ZInsO 2011, 423 Rn. 6.

⁶⁴ BGH, Urt. v. 7.3.2013 - IX ZR 216/12, ZInsO 2013, 778 Rn. 10.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 7.5.2013 - IX ZR 113/10, ZInsO 2013, 1419.

⁶⁶ S. BGH, Urt. v. 6.5.2010 - IX ZR 114/08, ZInsO 2010, 1090.

den Vermieter geleistet werden. In Betracht kommen aber auch sonstige Sicherungen oder Befriedigungen, die der Vermieter so nicht zu beanspruchen hat.⁶⁷ Insoweit hat der Bundesgerichtshof etwa in einem Fall, in dem sich der Vermieter im letzten Monat vor Stellung des Insolvenzantrags durch den Kauf von Anlagevermögen des Schuldners eine Verrechnungsmöglichkeit verschafft hatte, die er ausnutzen konnte, um rückständige Mietverbindlichkeiten aufzurechnen, als inkongruente Deckung angesehen, die zur Anfechtung nach § 131 Abs.1 Nr. 1 InsO führen kann.⁶⁸

2. Direktzahlung des Endmieters unter Umgehung des Zwischenmieters als inkongruente Deckung

Im Spannungsverhältnis zwischen mehreren Mietvertragsparteien hat sich ein Fall bewegt, in dem der Endmieter unter Umgehung des mit ihm vertraglich verbundenen gewerblichen Zwischenmieters die Miete auf Anweisung des Zwischenmieters wegen dessen Zahlungsunfähigkeit direkt an den Vermieter geleistet hatte, um dessen fristlose Kündigung wegen Zahlungsverzugs zu vermeiden. Der Bundesgerichtshof hat auch in diesem Fall in der Umgehung der vertraglich geschuldeten Zahlung an den Zwischenmieter und dessen Abführung der Miete an den Vermieter eine inkongruente Deckung gesehen, welche die spätere Anfechtung der Zahlung durch den Insolvenzverwalter wegen Benachteiligung der Gläubiger des Zwischenmieters gegenüber dem Vermieter gerechtfertigt hat.⁶⁹ Von den vertraglich vereinbarten Zahlungsströmen abweichende Direktzahlungen stellen nach der Rechtsprechung im Rahmen des § 131 InsO regelmäßig verdächtige Rechtshandlungen dar, die im Hinblick auf ihre benachteiligende Wirkung auf ihre Anfechtbarkeit zu untersuchen sind.⁷⁰ Insoweit ist es zwar möglich, durch Änderungsvereinbarungen, die vor Ausführung der Leistung geschlossen werden, die Kongruenz späterer Direktzahlungen zu bewirken.⁷¹ Voraussetzung für die Unanfechtbarkeit von Zahlungen, welche auf entsprechenden Vereinbarungen beruhen, ist aber, dass diese nicht ihrerseits wegen Inkongruenz anfechtbar sind.

⁶⁷ Zu weiteren Fällen und Fallgruppen der Inkongruenz siehe Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 131 Rn. 9 ff. m. v. H.

⁶⁸ Vgl. BGH, Beschl. v. 27.4.2010 - IX ZR 202/08, ZInsO 2010, 1093.

⁶⁹ BGH, Urt. v. 20.1.2011 - IX ZR 58/10, ZInsO 2011, 421.

⁷⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 17.7.2014 - IX ZR 240/13, ZInsO 2014, 1655 für den Fall der Direktzahlung des Bestellers an den Subunternehmer des zahlungsunfähigen Generalunternehmers zwecks Sicherung der Fertigstellung des Baues.

⁷¹ BGH, Urt. v. 17.7.2014 - IX ZR 240/13, ZInsO 2014, 1655.

Mietrechtlich gesehen dürfte es insoweit auch problematisch sein, bei Festhalten an dem Dauerschuldverhältnis unter Verzicht auf gegebenenfalls bestehende Kündigungsmöglichkeiten die Zahlungswege abzukürzen und so die Kongruenz von Direktzahlungen zu bewirken. Nach der Entscheidung vom 20.1.2010⁷² ist es für die Anfechtbarkeit unerheblich, ob der Vermieter die Möglichkeit gehabt hätte, das Vertragsverhältnis mit dem Zwischenmieter durch fristlose Kündigung zu beenden, weil hypothetische Geschehensabläufe im Anfechtungsrecht keine Rolle spielen.⁷³ Will man - etwa durch dreiseitige Vereinbarungen - die Kongruenz von Direktzahlungen herstellen, wird man deshalb nicht umhin können, entgegenstehende vertragliche Vereinbarungen vor der Vereinbarung von Direktzahlungen – allerdings auch mit dem Risiko der Anfechtbarkeit, etwa auch nach § 133 Abs. 1 InsO – aufzuheben, um so die Inkongruenz zu vermeiden. Zu betonen ist dabei noch einmal, dass es nichts nützt, wenn entsprechende Regelungen erst dann getroffen werden, wenn der Mietzins bereits fällig ist oder der Zeitraum der Gebrauchsüberlassung, für den eine Regelung getroffen werden soll, schon begonnen hat. Möglich sind solche Vereinbarungen nur für die Zukunft im Hinblick auf die künftige Mietzahlung.

3. Inkongruenz von erfüllungshalber erfolgten Leistungen bei Anfechtbarkeit der Abtretung

Zu einem Fall aus dem Pachtrecht, in dem es darum ging, dass der Verpächter den langjährigen Pachtvertrag über eine Erdbeerplantage wegen erheblicher Pachtrückstände gekündigt hatte und die Parteien nach Wirksamwerden der Kündigung einen neuen Saisonpachtvertrag geschlossen hatten, nach dessen Inhalt sich der Verpächter aus dem zum Teil erfüllungshalber im Voraus abgetretenen Erlös der Früchte wegen seiner Altforderungen befriedigen sollte, hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass auch diese Befriedigung gemäß § 131 Abs. 1 InsO anfechtbar ist.⁷⁴ Zwar kann die Befriedigung des Gläubigers im Zeitraum der §§ 130 Abs. 1, 131 Abs. 1 InsO trotz Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Insolvenzantrags unanfechtbar sein, wenn dem Gläubiger die Forderung zuvor außerhalb der kritischen Zeit unanfechtbar abgetreten worden ist oder er ein nicht anfechtbares Pfändungspfandrecht erlangt hat. Ist die Abtretung aber ihrerseits - etwa nach § 133 Abs. 1

⁷² BGH, ZInsO 2011, 421.

⁷³ BGH, Ur. v. 3.2.2011 - IX ZR 213/09, ZInsO 2011, 574 Rn. 9 m. w. N.; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 129 Rn. 125.

⁷⁴ BGH, Ur. v. 19.12.2013 - IX ZR 127/11, ZInsO 2014, 195.

InsO wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung - anfechtbar, kann auch die darauf basierende Befriedigung keinen Bestand haben. Die erfüllungshalber erfolgte Vorausabtretung der Ansprüche aus der Veräußerung der Erdbeeren war in dem vom BGH entschiedenen Fall nach § 131 Abs. 1 InsO anfechtbar, weil sie eine inkongruente Deckung darstellte.⁷⁵ Damit stand der Erlös aus dem Verkauf der Erdbeeren in vollem Umfang dem Schuldner zu, so dass die Abführung von Teilbeträgen an den Verpächter zur Befriedigung von Altforderungen gläubigerbenachteiligend war.

V. Anfechtbarkeit vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligungen

Noch größere Bedeutung - auch für die Anfechtung von Mietzahlungen - als die Deckungsanfechtung nach den §§ 130, 131 InsO hat zweifellos die Anfechtung vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligungen gemäß § 133 Abs. 1 InsO, die Rechtshandlungen des Schuldners erfasst, welche dieser in den letzten 10 Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vornimmt.

1. Objektive Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung

Objektive Voraussetzung für das Eingreifen des § 133 Abs. 1 InsO ist neben der Einhaltung der 10-Jahres-Frist nach herrschender Meinung eine Rechtshandlung des Schuldners, die im Tatbestand des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO ausdrücklich vorausgesetzt wird.⁷⁶ Diese Rechtshandlung⁷⁷ muss zu einer Gläubigerbenachteiligung geführt haben, hinsichtlich derer es ausreicht, dass eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung vorliegt, d. h. der Nachteil, den die Insolvenzgläubiger erleiden, noch nicht unmittelbar durch die Rechtshandlung selbst eintritt, sondern vielmehr erst nach Abschluss der Rechtshandlung durch das Hinzutreten weiterer Umstände verursacht wird. Zeitlich kann dieser Nachteil bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung entstehen, auf die das Urteil in dem Anfechtungsprozess ergeht.⁷⁸ Folge des Ausreichens einer solchen mittelbaren Gläubigerbenachteiligung⁷⁹ ist es, dass eine

⁷⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 19.12.2013 - IX ZR 127/11, ZInsO 2014, 195 Rn. 18; BGH, Urt.v. 29.6.2004 - IX ZR 195/03, BGHZ 159, 388, 394.

⁷⁶ S. Bork, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 133 Rn. 6 ff.; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 133 Rn. 5 ff., jeweils m. w. N.

⁷⁷ Zur Rechtshandlung bereits oben III. 1. b).

⁷⁸ BGH, Urt. v. 19.4.2007 - IX ZR 59/06, ZInsO 2007, 600 Rn. 15 m. w. N.; BGHZ 155, 75, 81; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 129 Rn. 120 ff.

⁷⁹ Einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung, bei welcher der Nachteil unmittelbar durch die Rechtshandlung verursacht werden muss, bedarf es nur bei wenigen Anfechtungstatbeständen, zu

Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO selbst dann in Betracht kommt, wenn zum Zeitpunkt der Rechtshandlung noch keine Gläubiger vorhanden sind, diese aber zu einer Schädigung der erst künftig hinzutretenden Gläubiger führt.⁸⁰ Dieser Fall kann beispielsweise dann gegeben sein, wenn der Schuldner derart hohe Vorauszahlungen auf künftige Forderungen leistet, dass damit bereits drohende Zahlungsunfähigkeit eintritt und absehbar ist, dass er seine künftigen Gläubiger deshalb nicht wird befriedigen können.

Gläubigerbenachteiligungen können insoweit nach neuerer Rechtsprechung des BGH auch vorliegen, wenn eine Zahlung des Schuldners aus einer geduldeten Kontoüberziehung erfolgt, weil auch insoweit eine Vergrößerung der Schuldenmasse und kein bloßer masseneutraler Gläubigertausch vorliegt,⁸¹ wobei es nicht darauf ankommt, ob der Kreditgeber hinsichtlich des überzogenen Betrags noch über eine Sicherheit verfügt, die er in Anspruch nehmen kann. Hieraus folgt allerdings nicht, dass deshalb auch Zahlungen aus dem unpfändbaren Einkommen des Schuldners⁸² zu einer Gläubigerbenachteiligung führen.⁸³ Der Umstand, dass die Bank den Schuldner trotz Kontoüberziehung und fehlender Sicherheit weiter verfügen lässt und damit ihre Bereitschaft zu erkennen gibt, ihm weiteren Kredit einzuräumen, ist nicht mit einer Zahlung aus dem Unpfändbaren zu vergleichen.

2. Subjektive Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung

Sind die vorstehend kurz dargestellten objektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO gegeben, wobei hinsichtlich der Ursächlichkeit der Rechtshandlung des Schuldners für die eingetretene Gläubigerbenachteiligung allein auf den realen Geschehensablauf abzustellen ist und hypothetische, nur gedachte Kausalverläufe auch hier nicht ins Kalkül zu ziehen sind,⁸⁴ ist des Weiteren zu prüfen, ob auch die subjektiven Voraussetzungen, nämlich der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und dessen Kenntnis auf Seiten des Anfechtungsgegners vorliegen. Dabei gilt hinsichtlich der Kenntnis des Anfechtungsgegners gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO die Vermutung, dass dieser den Benachteiligungsvorsatz

denen etwa die §§ 132, 133 Abs. 1 InsO gehören (vgl. BGH, Ehrlicke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 93 ff.; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 129 Rn. 120 f., jeweils m. w. N.).

⁸⁰ Vgl. BGH, Urt. v. 3.8.2009 - IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1909; BGH, Urt. v. 8.10.2009 - IX ZR 173/07, ZInsO 2009, 2148; BGH, Urt. v. 25.10.2012 - IX ZR 117/11, ZInsO 2012, 2244.

⁸¹ BGH, Urt. v. 6.10.2009 - IX ZR 191/05, BGHZ 182, 317 = ZInsO 2009, 2060; BGH, Urt. v. 18.6.2009 - IX ZR 7/07, ZInsO 2009, 1394; anders noch BGHZ 170, 276.

⁸² Dazu bereits oben II. 2.; Ehrlicke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 73 m.w.N.

⁸³ So aber wohl Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 129 Rn. 69.

⁸⁴ S. BGH, Urt. v. 19.04.2007 - IX ZR 59/06, ZInsO 2007, 600 Rn. 23 m. w. N.; Ehrlicke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 87 m.w.N.; siehe auch schon oben IV. 2.

kennt, wenn er wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und die Handlung die Gläubiger benachteiligte. Soweit es um den Begriff der Zahlungsunfähigkeit geht, ist auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO auf den einheitlichen Zahlungsunfähigkeitsbegriff des § 17 InsO und dessen Nachweis im Anfechtungsprozess zurückzugreifen.⁸⁵

a) Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit

Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit und der drohenden Zahlungsunfähigkeit steht auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen.⁸⁶ Ausreichend ist, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen sich bei zutreffender rechtlicher Bewertung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei ergibt; ob er die Umstände zutreffend bewertet, ist dabei unerheblich.⁸⁷ Weiß der Schuldner, dass er seine Zahlungen eingestellt hat und kennt er damit seine Zahlungsunfähigkeit, so ist davon auszugehen, dass er in aller Regel auch mit dem Vorsatz handelt, seine Gläubiger zu benachteiligen, denn ihm ist bei der Vornahme einzelner Befriedigungs- oder Sicherungshandlungen bewusst, dass er damit seinem Vermögen Mittel entzieht, die er für die Befriedigung sämtlicher Gläubiger benötigt. Insoweit ist die Kenntnis der eigenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners spiegelbildlich zur Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners auf Seiten des Gläubigers zu beurteilen, bei dem bei entsprechender Kenntnis die Kenntnis des Benachteiligungsvorsatzes vermutet wird (§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO).⁸⁸

b) Anknüpfung an Indiztatsachen

Soweit es um die subjektiven Merkmale der Vorsatzanfechtung geht, für deren Nachweis den Insolvenzverwalter ebenso die Beweislast - allerdings mit der Beweiserleichterung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO⁸⁹- trifft, wie für deren objektive Voraussetzungen, nimmt der

⁸⁵ S. bereits oben III. 1. c), dort insbesondere auch zur Bedeutung der Zahlungseinstellung für die Darlegung der Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Anfechtungsprozess.

⁸⁶ BGH, Urt. v. 13.8.2009 - IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1909 Rn. 8 m. w. N.

⁸⁷ BGH, Urt. v. 19.2.2009 - IX ZR 62/08, BGHZ 180, 63, Rn. 14.

⁸⁸ BGH, Urt. v. 29.9.2011 - IX ZR 102/10, ZInsO 2012, 138 Rn. 14 m. w. N.; BGH, Urt. v. 6.12.2012 - IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190.

⁸⁹ Vgl. Bork, a.a.O., Rn. 44 f.; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 133 Rn. 23 ff., wobei es nach der Rechtsprechung des BGH für den Beweis des nachträglichen Wegfalls der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, den der Anfechtungsgegner zu führen hat, nicht ausreicht, dass dieser den Nachweis führt, der Schuldner habe eine mit ihm abgeschlossene Ratenzahlungsvereinbarung vereinbarungsgemäß erfüllt, weil bei einem gewerblich tätigen Schuldner mit weiteren Gläubigern zu rechnen ist, hinsichtlich derer nicht ohne weiteres angenommen werden kann, dass auch sie

Bundesgerichtshof in ständiger Rechtsprechung an, dass die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung, bei denen sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt, meist nur mittelbar aus objektiven Tatsachen herzuleiten sind und Rechtsbegriffe wie die Zahlungsunfähigkeit sich aus der Kenntnis von Anknüpfungstatsachen erschließen müssen.⁹⁰ Insoweit gilt seit Erlass des Urteils vom 3.8.2009, dass Tatsachen, aus denen die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung gefolgert werden können, keine Vermutung begründen, sondern vielmehr nur mehr oder weniger gewichtige Beweisanzeichen darstellen, die tatrichterlich umfassend gewürdigt werden müssen.

c) Gebot der tatrichterlichen Gesamtwürdigung

Der Schluss, dass sich damit die Annahme der Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO wesentlich verschoben hat, sollte aus dieser Rechtsprechungsänderung allerdings nicht gezogen werden. Auch bei der gebotenen Gesamtwürdigung durch den Tatrichter⁹¹ wird man häufig zur Annahme des Benachteiligungsvorsatzes und dessen Kenntnis kommen, wenn etwa der Schuldner dem Gläubiger eine inkongruente Deckung oder Sicherung verschafft, Zahlungsrückstände in erheblichem Umfang aufgelaufen sind, Ratenzahlungsvereinbarungen nicht eingehalten werden, Vollstreckungen gegen den Schuldner laufen, Arbeitnehmerforderungen und Sozialverbindlichkeiten über längere Zeiträume nicht mehr befriedigt werden, Rücklastschriften in größerem Ausmaß erfolgt sind, für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs notwendige Miet- und Nebenkostenzahlungen nicht mehr oder nur noch schleppend erfolgt sind usw.⁹² Besonders starke Indizien für einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, der vorliegt, wenn Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 InsO) die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge - sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils - erkennt und billigt,⁹³ stellen auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO inkongruente Deckungen dar, die regelmäßig auf einen

entsprechende Vereinbarungen mit dem Schuldner geschlossen haben (vgl. BGH, Urte. v. 6.12.2012 - IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190).

⁹⁰ S. BGH, Urte. v. 8.1.2015 - IX ZR 203/12, Juris; BGH, Urte. v. 8.1.2015 - IX ZR 198/13, ZInsO 2015, 299 Rn. 9; BGH, Beschl. v. 6.2.2014 - IX ZR 148/13, ZInsO 2014, 495; BGH, Urte. v. 3.8.2009 - IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1909; BGH, Urte. v. 8.10.2009 - IX ZR 173/07, ZInsO 2009, 2148.

⁹¹ S. BGH, Urte. v. 18.7.2013 - IX ZR 143/12, ZInsO 2013, 2109 Rn. 17 m. w. N.

⁹² S. zur Inkongruenz als Hauptindiz für das Vorliegen eines Benachteiligungsvorsatzes auch Bork, a.a.O., Rn. 59.

⁹³ BGH, Urte. v. 29.9.2011 - IX ZR 202/10, ZInsO 2012, 138 Rn. 14 mwN; BGH, Urte. v. 6.12.2012 - IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190.

Benachteiligungsvorsatz hinweisen. Ähnlich starke Indizien liegen auch in Erklärungen des Schuldners nicht zahlen zu können, wobei dies auch dann gilt, wenn sie mit der Bitte um eine Teil- oder Ratenzahlungsvereinbarung verbunden sind.⁹⁴

Insoweit ist zwar bezüglich der Entscheidungen der Instanzgerichte nur eine eingeschränkte Überprüfbarkeit im Revisionsverfahren gegeben, weil es sich um tatrichterliche Würdigungen handelt. Wird aber der Prozessstoff durch den Tatrichter nur sehr unvollkommen ausgeschöpft und fehlt es an einer rechtsfehlerfreien Gesamtwürdigung aller vorgetragenen Indizien, können entsprechende Entscheidungen auch in dritter Instanz keinen Bestand haben.⁹⁵ So kann ein schlagendes Indiz für das Vorliegen einer inkongruenten Deckung, die zur Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO führt, etwa dann vorliegen, wenn der Gläubiger davon Kenntnis hat, dass der Schuldner ein Konto seines Vaters benutzt, um unter Einsatz eigener Mittel gerade diesen Gläubiger zu befriedigen.⁹⁶

Kennt der Vermieter entsprechende Anzeichen für einen Benachteiligungsvorsatz die zugleich auch Hinweise auf eine Zahlungseinstellung geben können, sollte er sich des Anfechtungsrisikos bewusst sein, dem er nach § 133 Abs. 1 InsO ausgesetzt ist. Vor allem Zahlungen auf rückständige Mietforderungen, die häufig ein Anzeichen dafür sind, dass der Schuldner am Rande des finanziellen Abgrunds operiert, können dann leicht die spätere Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO auslösen.⁹⁷ Entsprechendes gilt, wenn der Schuldner Mietforderungen durch inkongruente Leistungen – im konkreten Fall die Begebung von Drei-Monats-Wechseln – befriedigt.⁹⁸ Der aus der Inkongruenz der Wechselbegebung folgende Benachteiligungsvorsatz erstreckt sich in einem solchen Fall auf die Erfüllung der ihr zugrunde liegenden Verbindlichkeit, wenn beide Vorgänge in einem engen rechtlichen Zusammenhang stehen und stellt ein wesentliches Beweisanzeichen dafür dar, dass der Vorsatz auch im Zeitpunkt der Erfüllung noch besteht.⁹⁹ Erzwingt der Schuldner als Arbeitgeber durch eine schleppende Bezahlung der Forderungen der Arbeitnehmer deren

⁹⁴ BGH, Urt. v. 8.1.2015 - IX ZR 203/12, Rn. 21, Juris; BGH, Urt. v. 12.10.2006 - IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210 Rn. 15 mwN; BGH, Urt. v. 15.3.2012 - IX ZR 239/09, ZInsO 2012, 696 Rn. 27; BGH, Urt. v. 6.12.2012 - IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190 Rn. 42.

⁹⁵ Vgl. BGH, Urt. v. 8.1.2015 - IX ZR 203/12, Rn. 17 ff.

⁹⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 24.10.2013 - IX ZR 104/10, ZInsO 2013, 2378; zu den Umständen, unter denen der Gläubiger nach allgemeiner Lebenserfahrung eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung des Schuldners zugrunde zu legen hat, auch BGH, Urt. v. 19.9.2013 - IX ZR 4/13, ZInsO 2013, 2213 Rn. 24.

⁹⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 8.1.2015 - IX ZR 203/12, Rn. 20; BGH, Urt. v. 20.11.2008 - IX ZR 188/07, ZInsO 2009, 145.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 10.1.2008 - IX ZR 33/07, ZInsO 2008, 271.

⁹⁹ BGH, Urt. v. 10.1.2008 - IX ZR 33/07, ZInsO 2008, 271 Rn. 15, 21.

"Stundung" so ist dies ein Anzeichen für eine Zahlungseinstellung und damit auch die daraus abzuleitende Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes.¹⁰⁰ Dementsprechend kann auch die erzwungene Stundung von Mietforderungen ein erhebliches Beweisanzeichen sein. Vermieter sollten deshalb sehr genau überlegen, ob und wie lange sie notleidende gewerbliche Mitverhältnisse fortsetzen, in denen es in der Vergangenheit zu gravierenden Zahlungsrückständen gekommen ist.¹⁰¹ Bei gewerblich tätigen Schuldern gilt stets die Vermutung, dass weitere Gläubiger vorhanden sind, denen gegenüber es ebenfalls Zahlungsrückstände gibt.¹⁰² Insoweit nützt es wenig, später über die Anfechtung zu klagen, wenn bei deutlichen Anzeichen für einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners, die gerade Gläubiger aus Dauerschuldverhältnissen häufig relativ früh haben, nicht die Konsequenzen gezogen und das Vertragsverhältnis beendet wird.¹⁰³

d) Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit

Geht es um die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners als Voraussetzung für die Vorsatzanfechtung, ist - entsprechend der gesetzlichen Definition des § 18 Abs. 2 InsO - eine Prognoseentscheidung zu treffen, bei der die Zahlungspflichten in die Betrachtung einzubeziehen sind, deren Eintritt in der Zukunft überwiegend wahrscheinlich ist. So hat der BGH in einem Fall aus dem Mietrecht drohende Zahlungsunfähigkeit bejaht, in welchem der geschäftsführende Gesellschafter einer GbR, der dieser ein Grundstück vermietet hatte, wusste, dass die Hausbank der Schuldnerin mit einer Kreditkündigung gedroht hatte, sofern diese nicht ihre Sicherheiten verstärkte.¹⁰⁴ Der Senat hat deshalb die Mietzahlungen der GbR an ihren geschäftsführenden Gesellschafter, der das Unvermögen der Schuldnerin kannte, weitere Sicherheiten zu stellen, als anfechtbar angesehen, weil dieser sie in Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit weiter an sich geleistet hatte.

Noch keine drohende Zahlungsunfähigkeit liegt dagegen vor, wenn die künftige Fälligkeit der Verbindlichkeiten nicht überwiegend wahrscheinlich ist, etwa weil beispielsweise die Finanzbehörde im Hinblick auf einen anhängigen Rechtsstreit vor dem Finanzgericht den Vollzug eines Steuerbescheides zunächst ausgesetzt hat und somit ernsthaft in Frage gestellt

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 14.2.2008 - IX ZR 38/04, ZInsO 2008, 378 Rn. 20 ff.

¹⁰¹ Siehe dazu auch BGH, Urt. v. 20.11.2008 - IX ZR 188/08, ZInsO 2009, 145.

¹⁰² Siehe BGH, Urt. v. 8.1.2015 - IX ZR 203/12, Rn. 30; BGH, Urt. v. 13.8.2009 - IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1909 Rn. 14; BGH, Urt. v. 25.10.2012 - IX ZR 117/11, ZInsO 2012, 2244 Rn. 30.

¹⁰³ Zu den Ausnahmefällen der bargeschäftsähnlichen Handlung und des ernsthaften Sanierungsversuchs siehe unten V. 3.

¹⁰⁴ S. BGH, Urt. v. 5.12.2013 - IX ZR 93/11, ZInsO 2014, 77.

war, ob eine gegen die Schuldnerin gerichtete Steuerforderung begründet war.¹⁰⁵ Ähnlich kann drohende Zahlungsunfähigkeit bei einer streitbefangenen Forderung nicht angenommen werden, die für die Frage des Vorliegens der Zahlungsfähigkeit des Schuldners ausschlaggebend ist, wenn über diese Forderung ein Rechtsstreit anhängig ist, in dem im Rahmen einer noch durchzuführenden Beweisaufnahme geklärt werden muss, ob die Forderung Bestand hat.¹⁰⁶

2. Einzelfälle der Vorsatzanfechtung mit mietvertraglichem Bezug

Wendet man sich nun verschiedenen Einzelfällen zu, in denen die Befriedigung von Forderungen des Vermieters zu Anfechtungen nach § 133 Abs. 1 InsO geführt haben, so findet man neben den schon erwähnten Urteilen weitere Entscheidungen, in denen es um das Verhältnis des insolventen Mieters zu seinem Vermieter gegangen ist. So hat es der Bundesgerichtshof in mehreren Fällen als anfechtbare mittelbare Gläubigerbenachteiligung angesehen, wenn der Schuldner ohne erkennbaren wirtschaftlichen Anlass in einen bestehenden Mietvertrag mit einem zwischen Schuldner und Vermieter zwischengeschalteten Dritten eintritt und dieser Eintritt zur Folge hat, dass die Mietforderung des Gläubigers gegen den Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen zu einer Masseverbindlichkeit aufgewertet wird.¹⁰⁷ Nimmt in einem solchen Fall der Vermieter die Insolvenzmasse wegen der nach Verfahrenseröffnung angefallenen Mietforderungen auf Zahlung in Anspruch, kann der Insolvenzverwalter des Mieters dem Vermieter die Anfechtbarkeit des Eintritts in den Mietvertrag nach § 133 Abs. 1 und 2 InsO und gegebenenfalls auch als unentgeltliche Leistung nach § 134 Abs. 1 InsO entgegenhalten.

a) Keine Pflicht zur Einrichtung eines Alternativkontos bei Pfändung

Keine Anfechtbarkeit von Mietzahlungen des Schuldners soll dagegen vorliegen, wenn der Mieter, dessen sämtliche Konten der Vermieter aufgrund eines auf rückständige Mietforderungen gestützten Vollstreckungsbescheids gepfändet hat, es unterlässt, ein anderes neues Konto einzurichten, auf das er die Zahlungen seiner Schuldner umdirigiert.¹⁰⁸ Der BGH

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 22.5.2014 - IX ZR 95/13, ZInsO 2014, 1326.

¹⁰⁶ BGH, Beschl. v. 5.2.2015 – IX ZR ### für den Fall einer gegen den Schuldner nach § 25 HGB eingeklagten Forderung des Vermieters der fortgeführten Firma.

¹⁰⁷ Vgl. BGH, Urt. v. 26.4.2012 - IX ZR 146/11, ZInsO 2012, 1127; BGH, Urt. v. 8.11.2012 - IX ZR 77/11, ZInsO 2012, 2238; BGH, Beschl. v. 26.4.2012 - IX ZR 73/11, ZInsO 2012, 971.

¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 16.1.2014 - IX ZR 31/12, ZInsO 2014, 293.

verneint in einem solchen Fall ein einer Rechtshandlung gleichstehendes Unterlassen des Schuldners. Dies soll sogar unter der Prämisse gelten, dass der Schuldner seine Schuldner ausdrücklich aufgefordert hat, weiter auf die gepfändeten Konten zu zahlen, damit Altverbindlichkeiten des Vermieters erfüllt werden. Solange der Gläubiger sich nur von den gepfändeten Konten bedient, fehlt es nach der Entscheidung aufgrund der wirksamen und unanfechtbaren Pfändung und Überweisung des Kontos an einer Rechtshandlung des Schuldners.¹⁰⁹ Der Insolvenzsensat des BGH setzt sich damit von dem Gesellschaftsrechtssensat ab, der den Geschäftsführer einer GmbH in einem solchen Fall im Hinblick auf § 64 GmbHG für verpflichtet hält, ein neues Konto einzurichten.

Fraglich bleibt nach dem Urteil allerdings, wie die Rechtslage aussieht, wenn es ein nicht gepfändetes Konto des Schuldners gibt und dieser seine Schuldner gleichwohl anweist, auf die gepfändeten Konten zu zahlen. Bei dieser Sachlage dürfte sehr wohl eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegen, die zu einer Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO führt, denn dann hat der Schuldner ,mit seiner Aufforderung, weiter auf das gepfändete Konto zu zahlen, die Zwangsvollstreckung des Vermieters gezielt gefördert.

b) Nachträgliche Sicherheitenbestellung / kollusive Schaffung von Titeln

Anfechtbar wegen vorsätzlicher Gläubigerbenachteiligung kann auch die nachträgliche Bestellung einer Sicherheit sein, auf die der Gläubiger - hierbei kann es sich etwa auch um einen Vermieter handeln - keinen Anspruch hat und die somit inkongruent ist.¹¹⁰ Ergibt die gebotene tatrichterliche Würdigung in einer solchen Konstellation, in welcher die Inkongruenz der Sicherheit ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Gläubigers davon ist,¹¹¹ dass die Sicherheit mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bestellt worden ist, kann diese nach § 133 Abs. 1 InsO angefochten werden. Anders stellt sich die Rechtslage dagegen bei einer kongruenten Sicherheit dar, auf die nach den Vereinbarungen der Parteien von vornherein ein Anspruch bestanden hat.¹¹² Dies kann etwa bei einer im Mietvertrag vereinbarten Kautions oder einer vom Mieter zu stellenden Bürgschaft der Fall sein.

¹⁰⁹ S. auch BGH, Urt. v. 22.11.2002 - IX ZR 142/11, ZInsO 2013, 247 Rn. 14 m. w. N.

¹¹⁰ S. BGH, Urt. v. 18.03.2010 - IX ZR 57/09, ZInsO 2010, 807.

¹¹¹ Vgl. BGHZ 157, 242.

¹¹² BGH, Urt. v. 11.03.2004 - IX ZR 160/02, ZInsO 2004, 616.

Problematisch kann die Befriedigung aufgrund eines in der Zwangsvollstreckung erwirkten Pfandrechts allerdings werden, wenn Schuldner und Gläubiger eine Vereinbarung getroffen haben, wonach der Gläubiger sich einen Titel gegen den Schuldner verschafft, der von diesem nicht in Frage gestellt wird, um anschließend aus diesem Titel - etwa einem Vollstreckungsbescheid, gegen den der Schuldner absprachegemäß keinen Einspruch einlegt - zu vollstrecken. Kann ein entsprechendes kollusives Zusammenwirken zwischen Gläubiger und Schuldner nachgewiesen werden, ist bereits die Schaffung des Titels anfechtbar mit der Folge, dass auch der Erwerb des Pfandrechts nicht anfechtungsfrei ist. Insoweit gilt schon seit jeher, dass auch prozessuale Unterlassungen - etwa der Verzicht auf einen nicht von vorneherein aussichtslosen Rechtsbehelf - einer Rechtshandlung gleichgestellt werden.¹¹³

c) Anfechtung von Druckzahlungen

Eine große Gruppe, durchaus auch für die Beurteilung von Mietzahlungen heranzuziehender Fälle, stellen Druckzahlungen dar, die entweder unter der Drohung mit einem Insolvenzantrag oder unter der Drohung mit Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder durch Unterstützungshandlungen im Rahmen der von einem Gläubiger betriebenen Zwangsvollstreckung erfolgen.

aa) Zahlungen unter Androhung von Insolvenzanträgen

Insoweit gilt nach ständiger Rechtsprechung des BGH, dass die inkongruente Deckung, die dadurch bewirkt wird, dass der Schuldner unter Androhung des Insolvenzantrages eines Gläubigers zur Zahlung veranlasst wird, ein starkes Beweisanzeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und dessen Kenntnis auf Seiten des Gläubigers darstellt, der die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO rechtfertigen kann.¹¹⁴ Übertragen auf das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter bedeutet diese Rechtsprechung, dass der Vermieter im Fall der späteren Insolvenz des Mieters regelmäßig mit einer Anfechtung von Leistungen des Mieters nach § 133 Abs. 1 InsO rechnen muss, wenn er diesen unter Androhung eines Insolvenzantrages dazu gebracht hat, Mietzahlungen zu erbringen und im Übrigen - was in einer solchen Konstellation regelmäßig der Fall sein

¹¹³ Vgl. BGH, Urt.v. 30.4.1959 - VIII ZR 179/58, WM 1959, 891, 892 f; BGH, Urt. v. 27.11.1974 - VIII ZR 21/73, WM 1975, 6, 7; BGH, Urt. v. 3.2.2011 - IX ZR 213/09, ZInsO 2011, 574 RN. 8; Ehrlicke, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, § 129 Rn. 54; Bornheimer, in: Pape/Uhländer, InsO, § 129 Rn. 26, jeweils m. w. H.

¹¹⁴ BGH, Urt. v. 18.06.2009 - IX ZR 7/07, ZInsO 2009, 1394.

wird, weil der Gläubiger mit seiner Drohung bereits zum Ausdruck bringt, dass er den Mieter für insolvenzreif hält – hinreichende Anhaltspunkte dafür bestanden, dass der Schuldner zahlungsunfähig oder drohend zahlungsunfähig ist. Eine Drohung mit einem Insolvenzantrag stellt insofern auch außerhalb des kritischen Zeitraums der §§ 130, 131 InsO ein erhebliches Risiko für den drohenden Vermieter im Hinblick auf die spätere Anfechtbarkeit seiner Befriedigung dar.

bb) Zahlungen unter Vollstreckungsdruck

Weniger problematisch ist dagegen die Drohung mit Einzelvollstreckungsmaßnahmen oder die Einzelvollstreckung selbst außerhalb der kritischen Zeit der §§ 130, 131 InsO, vorausgesetzt, der Gläubiger beschränkt sich auf die reine Zwangsvollstreckung und es kommt nicht zu unterstützenden Mitwirkungshandlungen des Schuldners. Insofern gilt, dass die bloße Androhung der Zwangsvollstreckung außerhalb des 3-Monats-Zeitraums der genannten Vorschriften noch nicht zur Inkongruenz der Befriedigung führt. Beschränkt sich die Mitwirkung des Schuldners bei der durchgeführten Zwangsvollstreckung auf ein rein passives Verhalten, bei dem der Schuldner nichts unternimmt, um die vom Gläubiger initiierte Zwangsvollstreckung zu fördern, so fehlt es an einer Rechtshandlung des Schuldners, die Grundvoraussetzung für die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO ist. Anfechtbarkeit ist in solchen Fällen auch dann zu verneinen, wenn der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit oder die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Rechtshandlung kennt.

cc) Freiwillige Leistungen des Schuldners im Rahmen der Zwangsvollstreckung

Liegt allerdings eine unterstützende Handlung des Schuldners vor, mit der er die Zwangsvollstreckung und damit die Befriedigung des Gläubigers fördert, so stellt sich die Situation grundsätzlich anders dar. In diesen Fällen ist eine Rechtshandlung des Schuldners gegeben, so dass die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO eingreifen können. Zu dieser Problematik gibt es in der Rechtsprechung des BGH eine Vielzahl von Entscheidungen, in denen es um Rechtshandlungen des Schuldners geht, mit denen dieser die Zwangsvollstreckung gefördert hat, so dass die Voraussetzungen für eine Vorsatzanfechtung gegeben sein können. All diese Fallgruppen können naturgemäß auch einschlägig sein, wenn es um Vollstreckungen von Vermietern wegen titulierter rückständiger Mietforderungen geht. Grundsätzlich gilt, dass die Anfechtbarkeit einer im Rahmen oder aus Anlass einer

Zwangsvollstreckung erfolgten Vermögensverlagerung immer dann anzunehmen ist, wenn eine selbstbestimmte Rechtshandlung des Schuldners zumindest auch zu dieser Verlagerung beigetragen hat.¹¹⁵ Die mitwirkende Schuldnerhandlung oder das dieser Handlung gleichstehende Unterlassen muss also zum Erfolg der Vollstreckungsmaßnahme beigetragen haben:

- Eine Rechtshandlung des Schuldners ist etwa dann anzunehmen, wenn dieser der anwesenden Vollziehungsperson zur Vermeidung eines mangels pfändbarer Gegenstände voraussichtlich erfolglosen Pfändungsversuchs einen Scheck über den geforderten Betrag übergibt.¹¹⁶
- Eine entsprechende Konstellation kann vorliegen, wenn der Gläubiger nach erfolgter Pfändung des Geschäftskontos des Schuldners dieses zeitweise durch Erklärung gegenüber dem Drittschuldner wieder freigibt und der Schuldner alsdann Überweisungen von dem freigegebenen Konto an den Gläubiger tätigt.¹¹⁷
- Zur Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung des Schuldners kann es führen, wenn dieser nach fruchtloser Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher im Rahmen einer vom Gerichtsvollzieher herbeigeführten Ratenzahlungsvereinbarung Zahlungen an den pfändenden Gläubiger erbringt.¹¹⁸
- In einer vom Schuldner veranlassten Banküberweisung ist eine zur Anfechtung führende Rechtshandlung zu sehen, auch wenn zuvor zugunsten des Zahlungsempfängers der Anspruch auf Auszahlung des Bankguthabens gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen worden ist.¹¹⁹ Insoweit kann auch in der gezielten Auffüllung des gepfändeten Bankkontos durch den Schuldner, die dem Gläubiger eine Befriedigung ermöglicht, eine mitwirkende Rechtshandlung des Schuldners gesehen werden.
- Rechtshandlungen des Schuldners sind die Ausstellung von Schecks und deren Übergabe an den anwesenden vollstreckungsbereiten Vollziehungsbeamten auch dann, wenn dieser ohne Ausstellung des Schecks erfolgreich in das sonstigen Vermögen des Schuldners vollstreckt hätte.¹²⁰

¹¹⁵ S. etwa BGH, Urt. v. 14.06.2012 - IX ZR 145/09, ZInsO 2012, 1318 Rn. 8; BGH, Urt. v. 22.11.2012 - IX ZR 142/11, ZInsO 2013, 247 Rn. 15; BGH, Urt. v. 19.09.2013 - IX ZR 4/13, ZInsO 2013, 2074 Rn. 9; BGH, Urt. v. 21.11.2013 - IX ZR 128/13, ZInsO 2014, 31 Rn. 7.

¹¹⁶ BGH, Beschl. v. 19.02.2009 - IX ZR 22/07, ZInsO 2009, 717.

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 25.10.2007 - IX ZR 157/06, ZInsO 2008, 161.

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 10.12.2009 - IX ZR 128/08, ZInsO 2010, 226.

¹¹⁹ BGH, Urt. v. 21.01.2013 - IX ZR 128/13, ZInsO 2014, 31 Rn. 9.

¹²⁰ BGH, Urt. v. 14.06.2012 - IX ZR 145/09, ZInsO 2012, 1318.

- Schließlich kann - ohne dass die vorstehende Aufzählung für sich in Anspruch nehmen kann, abschließend zu sein - auch dann eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegen, wenn dieser in Erwartung des Vollstreckungsversuchs eines Gerichtsvollziehers gezielt seine Kasse auffüllt, um eine Befriedigung des Gläubigers zu ermöglichen und damit eine sonst unvermeidliche Kassenpfändung durch Zahlung an den anwesenden Vollziehungsbeamten abzuwenden.¹²¹

Die Zusammenstellung der vorstehenden Rechtsprechung zeigt, welche Tücken sich bei der Befriedigung durch Zwangsvollstreckung außerhalb des kritischen Zeitraums des § 131 InsO, in welchem die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung nach der Rechtsprechung des BGH eine inkongruente Deckung darstellt,¹²² ergeben können. Insoweit sollte deshalb auch einem vollstreckenden Vermieter stets bewusst sein, dass die Befriedigung durch Zwangsvollstreckung außerhalb der Krise – sofern Anhaltspunkte für eine Zahlungsunfähigkeit oder drohende Zahlungsunfähigkeit bestehen –, nur dann anfechtungsfest ist, wenn es nicht zu einer mitwirkenden Rechtshandlung des Schuldners kommt, sondern dieser die Zwangsvollstreckung - sei es im Fall der Pfändung seiner Konten, sei es im Fall der Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher – nur passiv über sich ergehen lässt.

3. Ausschluss des Benachteiligungsvorsatzes bei bargeschäftsähnlichen Handlungen und Zahlungen im Rahmen von ernsthaften Sanierungsversuchen

Als Anwendungsfälle, in denen trotz der sonst möglicherweise gegebenen Voraussetzungen für die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO letztlich das Vorliegen der subjektiven Voraussetzungen verneint wird, sind abschließend die vom Bundesgerichtshof in letzter Zeit entwickelten Entscheidungen zum Vorliegen sogenannter bargeschäftsähnlicher Handlungen und zu Zahlungen des Schuldners im Rahmen von ernsthaften Sanierungsbemühungen zu nennen.

1. Bargeschäftsähnliche Handlungen

Zwar findet § 142 InsO auf die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO keine unmittelbare Anwendung, wie bereits im Zusammenhang mit der Erörterung der Voraussetzungen des

¹²¹ BGH, Urt. v. 03.02.2011 - IX ZR 213/09, ZInsO 2011, 574.

¹²² S. o. IV. 1.

Bargeschäftes ausgeführt worden ist.¹²³ Der Bundesgerichtshof hat jedoch in einigen neueren Entscheidungen zu Fällen kongruenter Deckungen, die allerdings im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO durchaus auch der Anfechtung unterliegen können, anerkannt, dass der Schuldner trotz der Vermutung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes im Fall der Kenntnis seiner (drohenden) Zahlungsunfähigkeit nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens empfangene Leistung eine unentbehrliche Gegenleistung erbringt, welche den Gläubigern im Allgemeinen nützt.¹²⁴ Voraussetzung für diesen Ausnahmetatbestand, der durchaus auch auf Mietzahlungen des Schuldners anzuwenden sein kann, wenn die Nutzung der Mieträume für seine gewerbliche Tätigkeit unentbehrlich ist, ist allerdings, dass es sich nicht um die Zahlung auf Rückstände handelt, deren Ausgleich schon im Hinblick auf den fehlenden engen zeitlichen Zusammenhang nicht als bargeschäftsähnlich anzusehen sein wird. Ferner muss es sich um gleichwertige Handlungen drehen, wobei im Normalfall eine Gleichwertigkeit von Gebrauchsüberlassung und Mietzahlung zu vermuten sein dürfte. Hat der Vermieter allerdings Anhaltspunkte dafür, dass der Schuldner keinen ordnungsgemäßen Geschäftsbetrieb mehr unterhält und die Gebrauchsüberlassung letztlich nur eine Belastung darstellt, weil eine Nutzung der Mietsache zum Zwecke der Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes nicht mehr erforderlich ist, so dürfte auch das Berufen auf eine bargeschäftsähnliche Lage kaum hilfreich sein. Anzunehmen ist eine solche Lage nur, wenn dem Schuldner infolge des gleichwertigen Leistungsaustausches die dadurch eingetretene mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht bewusst geworden ist.¹²⁵

2. Zahlungen im Rahmen ernsthafter Sanierungsversuche des Schuldners

Hinsichtlich der weiteren Fallgruppe ernsthafter Sanierungsbemühungen, die ebenfalls zum Ausschluss der Indizwirkung der Inkongruenz für einen bestehenden Gläubigerbenachteiligungsvorsatz führen kann,¹²⁶ ist darauf hinzuweisen, dass es sich um einen Sanierungsversuch handeln muss, der den Vorgaben der Rechtsprechung genügt. Das

¹²³ S. oben III. 3.

¹²⁴ BGH, Urt. v. 10.07.1997 - IX ZR 234/96, NJW 1997, 3028, 3029; BGH, Beschl. v. 16.07.2009 - IX ZR 28/07, ZInsO 2010, 87, Rn. 2; BGH, Beschl. v. 24.9.2009 - IX ZR 178/07, Juris, Rn. 2; BGH, Beschl. v. 6.2.2014 - IX ZR 221/11, ZInsO 2014, 496 Rn. 3; BGH, Urt. v. 10.07.2014 - IX ZR 240/13, ZInsO 2014, 1655, Rn. 29; BGH, Urt. v. 17.07.2014 - IX ZR 280/13, ZInsO 2014, 1947 Rn. 24; BGH, Urt. v. 12.02.2015 - IX ZR 180/12, Juris; s. auch Kayser, NJW 2014, 422, 427; G. Fischer, NZI 2008, 588, 594.

¹²⁵ BGH, Urt. v. 10.07.2014 - IX ZR 280/13, a.a.O.; Kayser, a.a.O.

¹²⁶ Hierzu BGH, Urt. v. 01.04.2004 - IX ZR 305/00, ZInsO 2004, 548; BGH, Urt. v. 16.10.2008 - IX ZR 183/06, ZInsO 2009, 87 Rn. 52; BGH, Urt. v. 05.03.2009 - IX ZR 85/08, BGHZ 180, 98 = ZInsO 2009, 873 Rn. 17; BGH, Urt. v. 08.12.2011 - IX ZR 56/09, ZInsO 212, 171.

heißt, der Schuldner muss über ein Sanierungskonzept verfügen, in dem die Krisenursachen, die geplanten Maßnahmen und deren Auswirkungen belastbar dargestellt sind. Außerdem muss der Schuldner damit begonnen haben, das Sanierungskonzept umzusetzen. Bloße Zahlungsvereinbarungen und ähnliches – hieran scheidet die Anerkennung vorgegeblicher Sanierungsbemühungen in aller Regel – reichen insoweit nicht aus, um von ernsthaften Sanierungsbemühungen im Sinne der Rechtsprechung auszugehen. Insoweit wird sich ein Vermieter, der sich darauf berufen will, die möglicherweise anfechtbaren Zahlungen seien im Rahmen eines Sanierungskonzeptes erfolgt, davon überzeugen müssen, dass der Schuldner tatsächlich über ein Sanierungskonzept verfügt, mit dessen Umsetzung er bereits begonnen hat. Bloß verbale Bekenntnisse, der Schuldner beabsichtige, sein Unternehmen zu sanieren, reichen indessen niemals aus, um diese Voraussetzung zu erfüllen. Sie können eher dazu verleiten, mit den Konsequenzen aus den Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners übermäßig lange abzuwarten und damit die späteren Anfechtungsrisiken zu vergrößern.

VI. Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach § 134 Abs. 1 InsO

Die Anfechtbarkeit unentgeltlicher Leistungen nach § 134 Abs. 1 InsO dürfte für das Verhältnis Mieter/Vermieter eher von untergeordneter Bedeutung sein. Zahlt der Mieter die vereinbarte Miete für die Gebrauchsüberlassung, so liegt ein Austauschverhältnis vor, in dem kaum davon auszugehen ist, dass der Mieter einen Vermögenswert aufgibt, ohne dass ihm ein entsprechender Gegenwert zufließt.¹²⁷ Auch wenn insoweit das objektive Wertverhältnis entscheidend ist, wird man davon ausgehen können, dass die Mietzahlung in aller Regel eine adäquate Gegenleistung für die Gebrauchsüberlassung darstellt.

Anfechtungsrechtliche Probleme in Bezug auf § 134 Abs. 1 InsO können sich deshalb im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter allenfalls dann stellen, wenn es um Zahlungen im Dreiecksverhältnis geht, bei denen nicht die Gleichwertigkeit der Leistungen, sondern die Frage entscheidend ist, ob der Leistungsempfänger im Gegenzug zu der Leistung des Dritten einen werthaltigen Vermögensgegenstand verliert, oder ob durch die Leistung des Dritten eine ansonsten wertlose Forderung befriedigt wird, so dass auch hier von Unentgeltlichkeit auszugehen ist.¹²⁸ Ein derartiger Fall könnte etwa dann vorliegen, wenn die Miete anstatt vom

¹²⁷ S. zur Anfechtung im 2-Personen-Verhältnis BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 = ZInsO 2008, 106 Rn. 8; BGH, Urt. v. 17.06.2010 - IX ZR 126/08, ZInsO 2010, 1379.

¹²⁸ S. hierzu BGH, Urt. v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228; BGH, Urt. v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, ZInsO 2008, 101 Rn 14; BGH, Urt. v. 22.10.2009 – IX ZR 182/08, ZInsO 2009, 2241 Rn. 8 ff.;

Mieter selbst von einem Dritten mit befreiender Wirkung geleistet wird, der anschließend selbst insolvent wird und dessen Verwalter deshalb die Zahlung der Miete durch einen Dritten als unentgeltliche Leistung anfecht. Hat in einer solchen Konstellation der Vermieter keinen werthaltigen Anspruch gegen den Mieter, weil dieser seinerseits bereits insolvent ist, handelt es sich grundsätzlich um eine unentgeltliche Leistung, die im Hinblick auf § 134 Abs. 1 InsO zurückzuführen ist.¹²⁹

Anders ist die Situation allerdings dann zu beurteilen, wenn der Vermieter zwar keinen werthaltigen Anspruch gegen den Mieter unmittelbar hat, durch die Drittzahlung aber eine werthaltige Sicherheit verliert, die er ohne die Zahlung des Dritten hätte in Anspruch nehmen können.¹³⁰ Hat der Vermieter beispielsweise die Möglichkeit, auf eine ihm gestellte Mietkaution zuzugreifen oder kann er einen Bürgen des Mieters in Anspruch nehmen, der zahlungsfähig ist, so verliert er auch für den Fall, dass seine Forderung gegen den Mieter selbst nicht mehr einbringlich ist, einen werthaltigen Anspruch, so dass eine Anfechtung des Insolvenzverwalters des zahlenden Dritten nach § 134 Abs. 1 InsO ausscheidet.

VII. Schlussbemerkung

Als kurzes Fazit der vorstehenden Ausführungen ist festzuhalten, dass die Gefahr der Anfechtung von Mietzahlungen – vor allem im Blick auf gewerbliche Mietverhältnisse – durchaus real ist und sowohl Zahlungen in der Krise und nach Stellung des Insolvenzeröffnungsantrags als auch Zahlungen im 10-Jahres-Zeitraum des § 133 Abs. 1 InsO erfasst. Besondere Gefahren sind immer dann gegeben, wenn der Vermieter eine inkongruente Deckung erlangt, hinsichtlich derer das Bargeschäftsprivileg des § 142 InsO nicht eingreifen kann. Soweit eine Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO in Betracht kommt, bestehen besondere Risiken im Fall der Anfechtung von Druckzahlungen, bei denen entweder die Zahlung mit der Drohung mit einem Insolvenzantrag erzwungen wird oder eine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung stattfindet, wobei der Schuldner diese nicht nur passiv über sich ergehen lässt, sondern vielmehr durch aktives Handeln die Befriedigung des Gläubigers fördert. Die Anwendung des § 134 InsO kann vor allem dann drohen, wenn die

BGH, Urt. v. 19.11.2009 – IX ZR 9/08, ZInsO 2010, 36 Rn. 8; BGH, Urt. v. 27.4.2010 – IX ZR 122/09, ZInsO 2010, 1091; BGH, Urt. v. 17.6.2010 – IX ZR 186/08, ZInsO 2010, 1379 Rn. 7.

¹²⁹ Kritisch zur Schenkungsanfechtung im Drei-Personen-Verhältnis bei fortgesetzten Dauerschuldverhältnis Lütcke, ZIP 2014, 1769 ff.

¹³⁰ S. BGH, Beschl. v. 03.04.2014 - IX ZR 236/13, ZInsO 2014, 1057; BGH, Urt. v. 17.6.2010 – IX ZR 186/08, ZInsO 2010, 1379 Rn. 9.

Verbindlichkeiten des Schuldners durch einen Dritten befriedigt werden, über dessen Vermögen später das Insolvenzverfahren eröffnet wird.