



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 65/15

Verkündet am:
17. November 2016
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 133 Abs. 1

Zur Darlegungs- und Beweislast des Gläubigers für die Wiederaufnahme der Zahlungen nach Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit.

BGH, Urteil vom 17. November 2016 - IX ZR 65/15 - OLG Karlsruhe in Freiburg
LG Konstanz

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, den Richter Prof. Dr. Pape, die Richterin Möhring und den Richter Meyberg

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats in Freiburg des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 20. Februar 2015 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 21. April 2010 über das Vermögen der S. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 13. Juli 2010 eröffneten Insolvenzverfahren. Die Schuldnerin bezog im Rahmen der seit 2003 bestehenden Geschäftsbeziehung Möbelkomponenten von dem Beklagten. Die Lieferungen erfolgten gemäß § 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Beklagten (nachfolgend: AGB) unter verlängertem und erweitertem Eigentumsvorbehalt.

- 2 In den Jahren 2004 und 2005 geriet die Schuldnerin in eine wirtschaftliche Schieflage. Das Finanzamt kündigte die Stellung eines Insolvenzantrags an. Um diesen abzuwenden leitete die Schuldnerin Sanierungsmaßnahmen ein, die im Wesentlichen in Teilforderungsverzichten der Hausbank und einiger Lie-

feranten und in dem Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung an der Schuldnerin durch deren Hauptlieferantin bestanden. Aufgrund der Zahlungsprobleme wandte sich die Schuldnerin im Jahr 2005 auch an den Beklagten. Sie hatte dessen Rechnungen zunächst vereinbarungsgemäß bezahlt; zuletzt waren allerdings Rückstände aufgelaufen. Ab dem Jahr 2006 bestand eine Vereinbarung, dass die Schuldnerin fortan Lieferungen erst im Zusammenhang mit Neubestellungen bei dem Beklagten zu bezahlen hatte. Über die Höhe der Zahlungen stimmten sich die Schuldnerin und der Beklagte jeweils telefonisch ab. Die Liquiditätssituation der Schuldnerin blieb dennoch angespannt. Im Dezember 2007 gelang es ihr einmalig, die aufgelaufenen Verbindlichkeiten bei dem Beklagten vollständig auszugleichen. In der Folgezeit wuchs der Rückstand der Schuldnerin bei der Beklagten trotz Teilzahlungen wieder auf einen fünfstelligen Betrag an.

- 3 Mit seiner Klage hat der Kläger den Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzanfechtung auf Erstattung der in der Zeit vom 2. Januar 2007 bis 4. September 2009 erhaltenen Zahlungen in Höhe von insgesamt 270.883,16 € in Anspruch genommen. Das Landgericht hat der Klage hinsichtlich der Zahlungen ab Januar 2008 in Höhe von 130.904,09 € stattgegeben. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung des Beklagten nur die Zahlungen ab Juli 2008 in Höhe von 84.904,09 € als anfechtbar angesehen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Ziel der vollständigen Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

5 Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, eine Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO komme nur hinsichtlich der ab Juli 2008 erfolgten Zahlungen in Betracht. Erst zu diesem Zeitpunkt lasse sich eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin sicher nachweisen. Die Schuldnerin habe spätestens seit der Sanierung im Jahr 2005 Kenntnis von ihrer drohenden Zahlungsunfähigkeit und seit Juni 2008 auch von der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit gehabt. Eine bargeschäftsähnliche Lage, welche zu einer Widerlegung der Vermutung gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO führen könne, ergebe sich nicht aus dem Eigentumsvorbehalt. Die Schuldnerin habe wegen der nach Dezember 2007 erneut unbeglichenen Forderungen des Beklagten an den einzelnen gelieferten Waren kein Eigentum erlangen können. Zudem zeigten die überwiegend runden Pauschalbeträge, dass die Schuldnerin nicht einzelne konkrete Warenlieferungen, sondern nur Abschläge bezahlt habe. Schließlich könne die bargeschäftsähnliche Lage nur das Beweisanzeichen der drohenden Zahlungsunfähigkeit, nicht aber das stärkere Beweisanzeichen der bereits eingetretenen Zahlungsunfähigkeit entkräften.

6 Die von § 133 Abs. 1 InsO vorausgesetzte Kenntnis des Beklagten von dem Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin werde gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet. Der Beklagte habe seit Abschluss der ersten Stundungsvereinbarung mit der Schuldnerin von deren erheblichen Zahlungsschwierigkei-

ten gewusst und seit der Sanierung 2005 über alle Informationen verfügt, die auf ihre drohende Zahlungsunfähigkeit schließen ließen. Bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit spätestens im Juni 2008 sei deshalb keine zusätzliche Kenntnis des Beklagten, also kein "Umschlagen" der latenten in eine aktuelle Kenntnis, mehr notwendig gewesen.

II.

7 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Die subjektiven Voraussetzungen der vom Kläger geltend gemachten Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO können mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht bejaht werden. Die Begründung des Berufungsgerichts hinsichtlich der Kenntnis des Beklagten von einem Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin ist nicht tragfähig.

8 1. Gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO muss der Gläubiger den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners bei Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 InsO) gekannt haben. Seine Kenntnis wird gemäß § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO vermutet, wenn der Anfechtungsgegner gewusst hat, dass eine Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Handlung die Gläubiger objektiv benachteiligte. Dies gilt entsprechend, wenn die Vermutung der Zahlungsunfähigkeit bei Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) eingreift (vgl. BGH, Urteil vom 7. November 2013 - IX ZR 49/13, ZInsO 2013, 2434 Rn. 11). Zudem genügt eine Kenntnis von Umständen, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen (BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 - IX ZR 95/14, ZInsO 2015, 1262 Rn. 17). Kennt der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit, weiß er auch, dass Leistungen aus dem Vermögen des Schuldners die Befrie-

digungsmöglichkeiten anderer Gläubiger vereiteln oder zumindest erschweren und verzögern. Er ist dann regelmäßig über den Benachteiligungsvorsatz im Bilde (BGH, Urteil vom 25. April 2013 - IX ZR 235/12, ZInsO 2013, 1077 Rn. 28 mwN; vom 8. Januar 2015 - IX ZR 203/12, ZInsO 2015, 396 Rn. 30; vom 7. Mai 2015, aaO Rn. 17; vom 17. Dezember 2015 - IX ZR 61/14, ZInsO 2016, 214 Rn. 23).

9

2. Das Berufungsgericht hat mit Recht in Betracht gezogen, dass die im Jahr 2005 getroffene Zahlungsvereinbarung Bedeutung für die Frage haben kann, ob der Beklagte die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bei Vornahme der Zahlungen ab Juli 2008 kannte. Allerdings verstößt seine Würdigung, es komme nicht auf die Kenntnis von einer im Juni 2008 neu eingetretenen Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin an, weil der Beklagte seit 2005 von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit gewusst habe, gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze. Das Urteil des Berufungsgerichts ist in sich widersprüchlich. Das Gericht geht einerseits davon aus, die Voraussetzungen für eine Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO hätten bis Mitte des Jahres 2008 nicht vorgelegen, weil eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin nicht sicher festgestellt werden könne. Mit einer Vorsatzanfechtung der bis Juni 2008 erbrachten Zahlungen aufgrund der Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin, die neben der vom Berufungsgericht für diese Zeit verneinten Zahlungsunfähigkeit für die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ausreichen würde, hat es sich nicht befasst. Andererseits soll jedoch die seit 2005 bestehende Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin, welche das Berufungsgericht als einzigen Anknüpfungspunkt für die Kenntnis des Beklagten von einem Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin angesehen hat, genügen, um für die Zeit nach Juni 2008 die Voraussetzungen für eine Vorsatzanfechtung anzunehmen.

III.

- 10 Die Entscheidung erweist sich jedoch aus anderen Gründen als richtig, so dass die Revision zurückzuweisen ist (§ 561 ZPO). Der Kläger kann von dem Beklagten Rückgewähr der ab Juli 2008 empfangenen Zahlungen in Höhe von 84.904,09 € gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1, § 133 Abs. 1 InsO nebst Zinsen gemäß § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO, § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 291 Satz 1, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB verlangen.
- 11 1. Die angefochtenen Zahlungen stellen Rechtshandlungen der Schuldnerin dar, die infolge des Vermögensabflusses zu einer objektiven Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO geführt haben (vgl. BGH, Urteil vom 7. Mai 2015 - IX ZR 95/14, ZInsO 2015, 1262 Rn. 8 mwN). Sie haben keine aus dem in § 4 AGB vorgesehenen Eigentumsvorbehalt folgende Aus- oder Absonderungsrechte des Beklagten masseneutral abgelöst (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 2015 - IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 Rn. 8). § 4 AGB enthält einen verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt in Form eines Kontokorrentvorbehalts, ein etwaiges Sicherungsrecht des Beklagten wäre deshalb erst mit Tilgung sämtlicher Verbindlichkeiten aus der Geschäftsbeziehung mit der Schuldnerin erloschen.
- 12 2. Die Schuldnerin hat ihre den Gegenstand der Revision bildenden Zahlungen in Höhe von 84.904,09 € an den Beklagten in der im Revisionsverfahren noch maßgeblichen Zeit ab Juli 2008 mit einem von dem Beklagten erkannten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz vorgenommen.
- 13 a) Der Benachteiligungsvorsatz ist gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 InsO) die Benachteiligung der Gläubiger

im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge - sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils - erkannt und gebilligt hat. Ein Schuldner, der zahlungsunfähig ist und seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in aller Regel mit Benachteiligungsvorsatz. In diesem Fall weiß der Schuldner, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen (BGH, Urteil vom 29. September 2011 - IX ZR 202/10, ZInsO 2012, 138 Rn. 14 mwN). Kennt der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, so weiß er auch, dass Leistungen aus dessen Vermögen die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereiteln oder zumindest erschweren und verzögern. Mithin ist ein solcher Gläubiger zugleich regelmäßig über den Benachteiligungsvorsatz im Bilde (BGH, aaO Rn. 15 mwN). Dies gilt insbesondere, wenn der Schuldner gewerblich tätig ist, weil der Gläubiger in diesem Fall mit weiteren Gläubigern des Schuldners mit ungedeckten Ansprüchen rechnen muss (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - IX ZR 117/11, ZInsO 2012, 2244 Rn. 30 mwN).

14 b) Infolge der spätestens seit dem Jahre 2005 bei der Schuldnerin bestehenden Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 1 InsO) beruhen sämtliche angefochtenen, im nachfolgenden Zeitraum vorgenommenen gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen auf einem Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin, den die über deren Zahlungsunfähigkeit unterrichtete Beklagte erkannt hat (§ 133 Abs. 1 Satz 1 und 2 InsO).

15 aa) Im Streitfall war aufgrund einer Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) zunächst seit dem Jahre 2005 Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin eingetreten.

- 16 (1) Der Begriff der Zahlungsunfähigkeit beurteilt sich im gesamten Insolvenzrecht und darum auch im Rahmen des Insolvenzanfechtungsrechts nach § 17 InsO.
- 17 (a) Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO kann eine Liquiditätsbilanz aufgestellt werden. Dabei sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten (BGH, Urteil vom 29. März 2012 - IX ZR 40/10, ZInsO 2012, 976 Rn. 8). Beträgt die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10 vom Hundert seiner fälligen Gesamtverbindlichkeiten, ist regelmäßig von Zahlungsfähigkeit auszugehen, es sei denn, es ist bereits absehbar, dass die Lücke demnächst mehr als 10 vom Hundert erreichen wird. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 vom Hundert oder mehr, ist dagegen regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist (BGH, Urteil vom 12. Oktober 2006 - IX ZR 228/03, ZInsO 2006, 1210 Rn. 27 ständig).
- 18 (b) Im Insolvenzanfechtungsprozess ist die Erstellung einer Liquiditätsbilanz nicht erforderlich, wenn auf andere Weise festgestellt werden kann, ob der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte. Hat der Schuldner seine Zahlungen eingestellt, begründet dies auch für die Insolvenzanfechtung gemäß § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit (BGH, Urteil vom 20. November 2001 - IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178, 184 f; vom 21. Juni 2007 - IX ZR 231/04, WM

2007, 1616 Rn. 27; vom 30. Juni 2011 - IX ZR 134/10, ZInsO 2011, 1410 Rn. 10; vom 6. Dezember 2012 - IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190 Rn. 20). Zahlungseinstellung ist dasjenige nach außen hervortretende Verhalten des Schuldners, in dem sich typischerweise ausdrückt, dass er nicht in der Lage ist, seine fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011, aaO Rn. 12; vom 6. Dezember 2012, aaO). Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweisanzeichen gefolgert werden (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011, aaO Rn. 13; vom 6. Dezember 2012, aaO).

- 19 (c) Die tatsächliche Nichtzahlung eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung aus. Das gilt selbst dann, wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen. Die Nichtzahlung einer einzigen Verbindlichkeit kann eine Zahlungseinstellung begründen, wenn die Forderung von insgesamt nicht unbeträchtlicher Höhe ist (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011, aaO Rn. 12). Eigene Erklärungen des Schuldners, fällige Verbindlichkeiten nicht begleichen zu können, deuten auf eine Zahlungseinstellung hin, auch wenn sie mit einer Stundungsbitte versehen sind (BGH, Urteil vom 1. Juli 2010 - IX ZR 70/08, ZInsO 2010, 1598 Rn. 10; vom 15. März 2012 - IX ZR 239/09, ZInsO 2012, 696 Rn. 27; vom 20. Februar 2016 - IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 Rn. 21; Beschluss vom 16. April 2015 - IX ZR 6/14, ZInsO 2015, 898 Rn. 4). Gleiches gilt, wenn der Schuldner infolge der ständigen verspäteten Begleichung seiner Verbindlichkeiten einen Forderungsrückstand vor sich hergeschoben hat und demzufolge ersichtlich am Rande des finanzwirtschaftlichen Abgrunds operierte (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011, aaO Rn. 16). Schließlich kann es genügen, wenn die Zahlungseinstellung aufgrund der Nichtbezahlung nur einer - nicht unwesentlichen - Forderung ge-

genüber einer einzigen Person erkennbar wird. Für eine erfolgreiche Anfechtung muss das dann allerdings gerade der Anfechtungsgegner sein (BGH, Urteil vom 11. Februar 2010 - IX ZR 104/07, ZInsO 2010, 673 Rn. 39 mwN).

20 (2) Nach diesen Maßstäben hatte sich bei der Schuldnerin, wie sie selbst und die Beklagte ersahen, aufgrund einer Zahlungseinstellung (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) im Jahre 2005 der Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit verwirklicht.

21 (a) Nach den vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des Landgerichts sah sich die Schuldnerin im Jahr 2004/2005 aufgrund bestehender Steuerrückstände einer Forderung des Finanzamts M. in Höhe von 227.274,25 € ausgesetzt. Die wirtschaftliche Situation im Jahr 2004 stellte sich so dar, dass die Schuldnerin bei einem Rohertrag in Höhe von 1,5 Mio. € über die üblichen Betriebskosten hinaus Aufwendungen in Höhe von 76.000 € für Beratungskosten, 340.100 € für Zinsen, 208.000 € für Abschreibungen und 109.800 € für außerordentliche Aufwendungen (insgesamt 734.700 €) hatte, welche sie hätte erwirtschaften müssen. Ein im Jahr 2005 angekündigter Insolvenzantrag des Finanzamts konnte nur durch einen in diesem Jahr erklärten Teilforderungsverzicht der Hausbank der Schuldnerin in Höhe von 1,6 Mio. € abgewendet werden. Nach diesen Feststellungen hatte die Schuldnerin, die sich offensichtlich am Rand des finanzwirtschaftlichen Abgrunds bewegte, ihre Zahlungen im Jahre 2005 eingestellt. Drohende Zahlungsunfähigkeit, wie sie das Berufungsgericht insoweit zutreffend und von der Revision nicht angegriffen für das Jahr 2005 festgestellt hat, war allemal gegeben.

22 Diese Erkenntnis deckt sich mit der Aussage des vom Landgericht als Zeugen vernommenen damaligen Geschäftsführers G. der Schuldnerin. Die-

ser hat bekundet, die Schuldnerin sei bereits Ende des Jahres 2004 zahlungsunfähig gewesen. Ein Insolvenzantrag des Finanzamtes habe lediglich aufgrund der getroffenen Sanierungsvereinbarungen in Absprache mit den Banken und der Hauptlieferantin J. sowie Zahlungsvereinbarungen und Zahlungsverzichten mit einer ganzen Reihe von Lieferanten abgewendet werden können. Ohne den Forderungsverzicht sei sicher die Zahlungsunfähigkeit vorhanden gewesen und es hätte Insolvenzantrag gestellt werden müssen. An der Insolvenzreife der Schuldnerin im Jahre 2005 bestehen auch nach diesen Bekundungen keine Zweifel.

- 23 (b) Diese eine Zahlungseinstellung und damit die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO) ausweisenden Umstände waren sowohl der Schuldnerin als auch dem Beklagten geläufig. Beide waren über das Unvermögen der Schuldnerin, die dem Beklagten gegen sie zustehenden Verbindlichkeiten aus der Lieferbeziehung bei Fälligkeit zu begleichen, unterrichtet. Dies folgt aus der im Hinblick auf die aufgelaufenen Zahlungsrückstände seit dem Jahr 2006 praktizierten Vereinbarung, wegen knapper Mittel Bestellungen nicht mehr bei Lieferung zu bezahlen, sondern nur noch nach Kassenlage die von dem Beklagten verlangte Beträge auf frühere Warenlieferungen zu leisten, wenn neue Bestellungen aufgegeben werden mussten. Aufgrund dieser Vereinbarung hatte der Beklagte seit Jahren zumindest Kenntnis von Umständen, welche zwingend auf die (drohende) Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin schließen ließen. Der Abschluss der Vereinbarung war mit der Erklärung begründet, dass die Schuldnerin aufgrund knapper Kasse nicht in der Lage war, ihre fälligen Verbindlichkeiten vollständig zu erfüllen. Mithin erklärte die Schuldnerin, nur noch eingeschränkt strategische Leistungen erbringen zu können, um einen für sie wichtigen Lieferanten nicht zu verlieren. Ihr waren nur noch die unbedingt erforderlichen Zahlungen möglich, um die Belieferung durch den Beklagten aufrechtzuerhalten.

Das an die Erklärung, wegen knapper Mittel nicht vollständig zahlen zu können, geknüpfte Ersuchen um die Vereinbarung abweichender Zahlungsmodalitäten war Ausdruck mangelnder Zahlungsmittel. Das Ersuchen kam der Erklärung der Schuldnerin gleich, zur vollständigen Bezahlung ihrer laufenden Verbindlichkeiten nicht (mehr) in der Lage zu sein und stellte ein wesentliches auf eine Zahlungseinstellung hindeutendes Indiz dar (vgl. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2015 - IX ZR 61/14, ZInsO 2016, 214 Rn. 20 mwN).

24 Entsprechendes ergab sich aus dem von der Schuldnerin vorgeschlagenen und schließlich vereinbarten Zahlungsaufschub bis zu einer Neubestellung. Auch aus diesem Aufschub folgte, dass die Schuldnerin nicht in der Lage war, ihren Zahlungspflichten innerhalb von drei Wochen nachzukommen, weil Lieferungen jeweils für Zeiträume zwischen drei und sechs Monaten erfolgten. Die Schuldnerin erklärte sich demgemäß gegenüber dem Beklagten auf unabsehbare Dauer außerstande, ihre Zahlungspflichten innerhalb von drei Wochen ab Fälligkeit zu erfüllen. Eine branchenübliche Vereinbarung lag, anders als vom Beklagten geltend gemacht, nicht vor. Dies ergibt sich aus den Bekundungen des Zeugen G. . Danach wurde die Vereinbarung mit dem Beklagten im Zuge des 2005 begonnenen, letztlich aber gescheiterten Sanierungsversuchs geschlossen. Insoweit hat die Schuldnerin nicht geltend gemacht, die Zahlungen der Schuldnerin seien im Rahmen eines ernsthaften und erfolgversprechenden Sanierungsversuchs geleistet worden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - IX ZR 65/14, ZInsO 2016, 1251). Gegen die Branchenüblichkeit der Vereinbarung spricht im Übrigen auch, dass die Beteiligten zunächst andere Zahlungsmodalitäten vereinbart und praktiziert hatten. Der auf die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin hingewiesene Beklagte ließ sich auf die unbefristete Stundung der offenen Forderungen erkennbar nur deshalb ein, weil die Schuldnerin zum damaligen Zeitpunkt seine Hauptkundin mit einem Anteil von rund 80 vom

Hundert des Gesamtumsatzes war und er seinerseits die von der Schuldnerin bezogenen Produkte speziell auf deren Bedürfnisse zugeschnitten fertigen ließ. Eine derartige, erst nach Offenbarwerden der Zahlungsschwierigkeiten geschlossene Zahlungsvereinbarung entspricht nicht den üblichen Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs (BGH, Beschluss vom 24. September 2015 - IX ZR 308/14, ZInsO 2015, 2217 Rn. 3).

25 (3) Die Feststellung, die Schuldnerin habe schon vor der im Jahr 2005 mit dem Beklagten getroffenen Vereinbarung ihre Zahlungen eingestellt und sei deshalb, was dem Beklagten bekannt gewesen sei, zahlungsunfähig gewesen, wirkt fort, bis die Schuldnerin ihre Zahlungen im Allgemeinen wieder aufgenommen hat. Für eine solche Wiederherstellung der Zahlungsfähigkeit sind nicht nur die vereinbarten Zahlungen gegenüber dem Gläubiger zu erbringen, sondern der Schuldner muss zumindest auch den wesentlichen Teil seiner übrigen Verbindlichkeiten bedienen (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2012 - IX ZR 117/11, ZInsO 2012, 2244 Rn. 18; vom 6. Dezember 2012 - IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190 Rn. 36; vom 24. März 2016 - IX ZR 242/13, ZInsO 2016, 910 Rn. 11 mwN). Die Wiederaufnahme der Zahlungen gegenüber allen Gläubigern hat der Anfechtungsgegner als derjenige darzulegen und zu beweisen, der sich hierauf beruft (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012, aaO Rn. 33; vom 17. Dezember 2015 - IX ZR 61/14, ZInsO 2016, 214 Rn. 27; vom 25. Februar 2016 - IX ZR 109/15, ZInsO 2016, 628 Rn. 24; vom 24. März 2016, aaO). Hierzu hat der Beklagte nichts vorgetragen.

26 (a) Für die Annahme, die ein gewerbliches Unternehmen betreibende Schuldnerin habe ihre Zahlungen auch im Allgemeinen, also nicht nur gegenüber dem Beklagten, sondern im Wesentlichen gegenüber allen ihren Gläubigern, wieder aufgenommen, reicht es nicht aus, dass es der Schuldnerin im

Dezember 2007 einmalig gelang, die offenen Verbindlichkeiten aus der Geschäftsbeziehung mit dem Beklagten vollständig zurückzuführen, (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012, aaO Rn. 42). Die finanziellen Schwierigkeiten der Schuldnerin sind in der Zeit nach dem Sanierungsversuch im Jahr 2005 unverändert geblieben. Nach den Bekundungen ihres früheren Geschäftsführers G.

war die Finanzlage der Schuldnerin auch nach dem Sanierungsversuch weiter angespannt. Sie habe weiterhin ständig steigende Verluste erwirtschaftet. Auch für die Folgezeit könne er nicht sagen, dass jetzt alle Lieferanten bedient werden konnten oder wenigstens zu 90 vom Hundert. Auch nach dem Sanierungsplan mit Teilzahlungsverzicht hätten Zahlungsabsprachen mit den Lieferanten getroffen werden müssen. Diese seien so ausgestaltet gewesen, dass nur Teile der Altforderungen und neue Forderungen sofort bezahlt werden sollten.

27 (b) Zudem hat sich in zeitlicher Nähe zu den angefochtenen Zahlungen das Indiz der Nichtzahlung einer nicht unwesentlichen Forderung gegenüber dem Anfechtungsgegner als Gläubiger verwirklicht (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2012, aaO Rn. 21). Unter Einbeziehung der bei dem Beklagten seit Februar 2008 in nicht unbeträchtlicher Höhe aufgelaufenen Rückstände bestanden im Zeitpunkt der angefochtenen Zahlungen erhebliche offene fällige Verbindlichkeiten der Schuldnerin.

28 Der Kläger hat unwidersprochen vorgetragen, der Negativsaldo der unbezahlten Verbindlichkeiten der Schuldnerin bei dem Beklagten habe im Februar 2008 42.010,41 € betragen und sich danach fortlaufend in einer Größenordnung zwischen 10.000 € und 50.000 € bewegt. Dieser erhebliche Zahlungsrückstand wurde bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr zurück-

geführt, was ein weiteres Indiz einer Zahlungseinstellung darstellt (BGH, Urteil vom 8. Januar 2015 - IX ZR 203/12, ZInsO 2015, 396 Rn.15).

29

bb) Der Beklagte hat hierzu nur gemeint, aufgrund der getroffenen Stundungsvereinbarung könnten hieraus keine Schlüsse im Hinblick auf eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin gezogen werden. Das trifft nicht zu. Zwar sind rechtlich oder nur tatsächlich gestundete offene Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht zu berücksichtigen (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2007 - IX ZR 93/06, ZInsO 2008, 273 Rn. 25 mwN; vom 6. Dezember 2012 - IX ZR 3/12, ZInsO 2013, 190 Rn. 29; vom 24. März 2016 - IX ZR 242/13, ZInsO 2016, 910 Rn. 10), sofern die gewährte Stundung vom Schuldner nicht erzwungen wurde (BGH, Urteil vom 14. Februar 2008 - IX ZR 38/04, ZInsO 2008, 378 Rn. 22; vom 6. Dezember 2012, aaO Rn. 34) oder der Schuldner bereits vor Zustandekommen der Stundungs- oder Ratenzahlungsvereinbarung seine Zahlungen eingestellt hatte (BGH, Urteil vom 24. März 2016, aaO Rn. 11 mwN). Die im Streitfall getroffene Vereinbarung über die Zahlungsmodalitäten kam aber erst zustande, nachdem bereits Verbindlichkeiten der Schuldnerin bei dem Beklagten aufgelaufen waren und die Schuldnerin die ihr gestellten Rechnungen nicht mehr wie zuvor innerhalb der vereinbarten Zahlungsfrist begleichen konnte. Der Beklagte konnte die mit der Schuldnerin getroffene, anlässlich jeder Bestellung erneuerte Zahlungsvereinbarung jederzeit beenden, eine gesicherte Aussicht, demnächst Kredit zu erhalten oder Forderungen realisieren zu können, bestand nicht (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2015 - IX ZR 198/13, ZInsO 2015, 299 Rn. 9). Von konsolidierten finanziellen Verhältnissen bei der Schuldnerin konnte der Beklagte zu keiner Zeit ausgehen. Soweit das Berufungsgericht festgestellt hat, die Schuldnerin sei im Juni 2008 erneut zahlungsunfähig gewesen, hat die Revision des Beklagten dies nicht in Frage gestellt.

30 c) Der Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin entfällt nicht wegen der vom Beklagten geltend gemachten Zahlung unter den Voraussetzungen einer bargeschäftsähnlichen Lage.

31 aa) Ein Schuldner handelt ausnahmsweise nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er eine kongruente Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines eigenen Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nützt. Dieses einem Benachteiligungsvorsatz gegenläufige Indiz hat entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht nur in Fällen der drohenden Zahlungsunfähigkeit als Beweisanzeichen für einen Benachteiligungsvorsatz Bedeutung (vgl. BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 43; vom 10. Juli 2014 - IX ZR 280/13, ZInsO 2014, 1947 Rn. 24; vom 12. Februar 2015 - IX ZR 180/12, ZInsO 2015, 628 Rn. 22). Es beruht auf der Erwägung, dass die Indizwirkung einer Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit im Einzelfall ausgeschlossen sein kann, wenn der Schuldner von einer anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willensrichtung geleitet war und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger infolgedessen in den Hintergrund getreten ist (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13, aaO). So kann dem Schuldner bei einer bargeschäftsähnlichen Lage gerade infolge des gleichwertigen Austauschs von Leistung und Gegenleistung die dadurch eingetretene mittelbare Benachteiligung seiner Gläubiger nicht bewusst geworden sein (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13, aaO Rn. 44; vom 12. Februar 2015, aaO Rn. 22 mwN; vom 17. Dezember 2015 - IX ZR 61/14, ZInsO 2016, 214 Rn. 36).

32 bb) Allerdings liegen die Voraussetzungen einer bargeschäftsähnlichen Lage nicht vor. Bei einem - wie hier in § 4 AGB vorgesehenen - verlängerten und erweiterten Eigentumsvorbehalt in Form des sogenannten Kontokorrent-

vorbehalts fehlt es an dem für das Bargeschäft erforderlichen unmittelbaren Austausch zwischen Leistung und Gegenleistung. Zudem ist die erbrachte Gegenleistung nicht gleichwertig, wenn der Schuldner erst mit der Zahlung aller oder zumindest bestimmter anderer Ansprüche aus der Geschäftsverbindung als der konkreten Kaufpreisforderung Eigentum an den erstandenen Sachen erwerben soll (BGH, Urteil vom 12. Februar 2015, aaO Rn. 24). Solche offenen Ansprüche des Beklagten bestanden nach der einmaligen Rückführung der Verbindlichkeiten im Dezember 2007 ab Februar 2008 fortlaufend bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens. An einem unmittelbaren Leistungsaustausch fehlt es auch deshalb, weil nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Schuldnerin unregelmäßige Abschlagszahlungen mit weit überwiegend runden Beträgen leistete, die nicht auf konkrete erfolgte oder zukünftige Lieferungen des Beklagten bezogen waren und die der Beklagte mangels einer von der gesetzlichen Regelung in § 366 Abs. 2 BGB im Sinne eines Baraustausches abweichenden Leistungsbestimmung seitens der Schuldnerin (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 2015, aaO Rn. 24; vom 17. Dezember 2015, aaO Rn. 39) auf die älteste aufgelaufene Verbindlichkeit verrechnete (vgl. hierzu Kayser NJW 2014, 422, 427). Die Zahlungsvereinbarung führte damit zu einer Kreditgewährung, bei der es typischerweise an einem engen zeitlichen Zusammenhang der

Leistung mit der Gegenleistung fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2002 - IX ZR 377/99, WM 2003, 524, 528).

Kayser

Lohmann

Pape

Möhring

Meyberg

Vorinstanzen:

LG Konstanz, Entscheidung vom 30.07.2014 - 2 O 449/13 A -

OLG Karlsruhe in Freiburg, Entscheidung vom 20.02.2015 - 13 U 118/14 -