



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 78/20

Verkündet am:
3. März 2022
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 133 Abs. 1, §§ 15a, 15b

Aus der Insolvenzantragspflicht oder dem Zahlungsverbot ergibt sich für den Benachteiligungsvorsatz keine Begrenzung des Zeitraums, den der Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit erkannt hat, für eine künftige Befriedigung seiner Gläubiger in Betracht ziehen darf.

InsO § 133 Abs. 1

- a) Unternimmt der Schuldner einen Sanierungsversuch, hat der Insolvenzverwalter für den Benachteiligungsvorsatz darzulegen und zu beweisen, dass dieser Sanierungsversuch untauglich war und der Schuldner dies erkannt oder billigend in Kauf genommen hat.
- b) Ob ein erfolgversprechendes Sanierungskonzept vorliegt, hat sich an den zur Zeit der Umsetzung tatsächlich bestehenden Rechtsauffassungen auszurichten. Ob die für den Schuldner günstige Antwort rechtlich vertretbar ist und der Sanierungsversuch voraussichtlich nicht aus Rechtsgründen scheitern wird, ist bei neuen gesetzlichen Regelungen angesichts der mit ihnen verbundenen Unsicherheiten nach einem großzügigen Maßstab zu beurteilen.
- c) Nimmt der Schuldner für seinen Sanierungsversuch die Beratung eines unvoreingenommenen, fachlich ausgewiesenen Experten in Anspruch, darf er auf ihre Richtigkeit grundsätzlich vertrauen, sofern nicht hinreichende Anhaltspunkte bestehen, dass die Beratung den Anforderungen an ein erfolgversprechendes Sanierungskonzept nicht genügt.

- d) Bargeschäftliche Zahlungen des Schuldners an einen Sanierungsberater erfüllen nicht die Voraussetzungen einer bargeschäftsähnlichen Lage.
- e) Zahlungen des Schuldners an einen Sanierungsberater können auch dann ohne Benachteiligungsvorsatz erfolgen, wenn das Sanierungskonzept noch nicht in den Anfängen in die Tat umgesetzt ist, sofern der Sanierungsversuch nicht von vornherein aussichtslos ist und der Schuldner mit der Vorstellung handelt, dass eine Vergütung dieser Beratungsleistungen erforderlich ist, um die Erfolgsaussichten einer Sanierung prüfen oder eine Sanierung beginnen zu können.

InsO § 133 Abs. 1, § 18

- a) Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz kann nicht allein auf eine nur drohende Zahlungsunfähigkeit gestützt werden (Bestätigung BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28).
- b) Es kann für einen Benachteiligungsvorsatz bei drohender Zahlungsunfähigkeit sprechen, wenn der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sicher zu erwarten ist und alsbald bevorsteht, der Schuldner sich bewusst ist, dass er kurzfristig einen Insolvenzantrag stellen wird, und er gleichwohl Gläubiger in der verbleibenden Zeit bis zum ohnehin beabsichtigten Insolvenzantrag gezielt befriedigt.
- c) Ein zusätzliches Indiz bei nur drohender Zahlungsunfähigkeit kann in dem mit der Rechtsanwendung eintretenden, vom Schuldner erkannten Ausmaß der Gläubigerbenachteiligung liegen. Neben einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung kann dies auch erfüllt sein, wenn der Schuldner das Sanierungsrisiko mit einem untauglichen Sanierungsversuch bewusst den künftigen Insolvenzgläubigern auferlegt.

InsO § 138 Abs. 2 Nr. 2

Das Mandat eines Sanierungsberaters kann diesem die Stellung einer nahestehenden Person verschaffen, wenn es nach seiner rechtlichen und tatsächlichen Prägung dem Sanierungsberater den typischen Wissensvorsprung über die wirtschaftliche Lage des Mandanten vermittelt, den sonst nur damit befasste leitende Angestellte des Unternehmens haben.

RVG § 10 Abs. 2

Der Rechtsanwalt kann mit seinem Mandanten vereinbaren, dass er sein Honorar einfordern und durchsetzen kann, ohne dem Mandanten eine Berechnung mit näheren Angaben mitteilen zu müssen.

BGH, Urteil vom 3. März 2022 - IX ZR 78/20 - OLG Frankfurt am Main
LG Frankfurt am Main

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 2022 durch den Vorsitzenden Richter Grupp, die Richterin Lohmann, die Richter Prof. Dr. Schoppmeyer, Röhl und Dr. Schultz

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten und des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. Dezember 2019, berichtigt durch Beschluss vom 15. Juni 2020, im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über den Zahlungsanspruch entschieden worden ist. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesgerichtshof, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die SE (fortan: Schuldnerin) war die Holding eines weltweit agierenden Photovoltaikkonzerns. Der Konzern finanzierte sich maßgeblich mit der Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen. Am 28. Februar 2007 und am 26. Mai 2009 gab die 100%-ige Tochtergesellschaft der Schuldnerin, die B.V. mit Sitz in den Niederlanden (fortan: B.V.), Wandelschuldverschreibungen mit fünfjähriger Laufzeit aus. Die erste Wandelschuldverschreibung über 492,5 Mio. € war am 28. Februar 2012 zur Rückzahlung fällig (fortan: WSV 2012), die zweite Wandelschuldverschreibung über

250 Mio. € am 26. Mai 2014 (fortan: WSV 2014). Die Schuldnerin übernahm für diese Wandelschuldverschreibungen gegenüber den Anleihegläubigern die unmittelbare, unbedingte und unwiderrufliche Garantie für den Rückzahlungsanspruch. Am 21. Oktober 2010 gab die Schuldnerin selbst eine weitere Wandelschuldverschreibung mit fünfjähriger Laufzeit über 128,7 Mio. € aus (fortan: WSV 2015). Den Emissionserlös aus der WSV 2015 nutzte die Schuldnerin dazu, Wandelschuldverschreibungen der WSV 2012 zurückzukaufen. Die Anleihebedingungen der WSV 2014 und der WSV 2015 sahen ein sofortiges Kündigungsrecht der Gläubiger vor, sollten Anleihegläubiger der WSV 2012 mit ihren Forderungen ausfallen.

2 Die Schuldnerin geriet im Jahr 2011 - auch aufgrund von Veränderungen im Photovoltaik-Markt - in eine finanzielle Krise. Sie entschloss sich, eine Sanierung zu versuchen, und beauftragte hierzu verschiedene Berater, darunter die Beklagte. Die Schuldnerin erteilte der Beklagten am 31. August 2011 ein Mandat, sie umfassend wirtschaftsrechtlich zu beraten. Die Beklagte sollte vor allem das Sanierungs- und Restrukturierungskonzept und die Sanierung zur Vermeidung einer Insolvenz betreuen. Spätestens im September 2011 zeichnete sich ab, dass die Schuldnerin nicht in der Lage sein würde, die Verbindlichkeiten aus der WSV 2012 in der noch offenstehenden Höhe von 201,7 Mio. € bei Fälligkeit am 28. Februar 2012 zu begleichen.

3 Zur Sanierung strebte die Schuldnerin mit Unterstützung der Beklagten an, die aus den drei Wandelschuldverschreibungen WSV 2012, WSV 2014 und WSV 2015 folgenden Verbindlichkeiten in Eigenkapital zu überführen. Für die WSV 2012 und die WSV 2014 erforderte dies die Zustimmung jedes einzelnen Anleihegläubigers, weil das Schuldverschreibungsgesetz vom 4. Dezember 1899 nicht für Anleihen galt, deren Emittent - wie die B.V. - seinen Sitz im Aus-

land hat. Ebenso wenig unterlagen die WSV 2012 und die WSV 2014 dem Gesetz über Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2512 ff; fortan: Schuldverschreibungsgesetz 2009 oder SchVG), weil sie vor dem 5. August 2009 ausgegeben worden waren. Das von der Beklagten entwickelte Restrukturierungskonzept sah deshalb vor, über einen Mehrheitsbeschluss der Anleihegläubiger gemäß § 24 Abs. 2 SchVG die WSV 2012 dem Schuldverschreibungsgesetz 2009 zu unterwerfen. Dies sollte ermöglichen, mit einfachem Mehrheitsbeschluss der Anleihegläubiger zunächst eine Stundung der Forderungen aus der WSV 2012 und anschließend eine Umwandlung in Eigenkapital zu erreichen.

- 4 Am 25. Oktober 2011 beschloss die einberufene Gläubigerversammlung der WSV 2012, die WSV 2012 gemäß § 24 Abs. 2 SchVG dem Schuldverschreibungsgesetz 2009 zu unterwerfen. Sie beschloss weiter, dass die Gläubiger berechtigt sein sollten, die Anleihebedingungen durch Mehrheitsbeschluss zu ändern, und bestellte einen gemeinsamen Vertreter. Hiergegen erhoben zunächst drei Anleihegläubiger Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen. Daraufhin begehrte die B.V. beim Landgericht Frankfurt am Main die Feststellung, dass diese Klagen einem Vollzug der Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstünden. Das Landgericht wies diesen Antrag mit Beschluss vom 23. Januar 2012 zurück. Die B.V. legte sofortige Beschwerde ein, ließ das Beschwerdeverfahren beim Oberlandesgericht Frankfurt am Main jedoch ruhen. Am 2. Februar 2012 vereinbarte die B.V. mit den drei klagenden Anleihegläubigern, dass diese ihre Klagen gegen den Beschluss der Gläubigerversammlung vom 25. Oktober 2011 zurücknehmen sollten. Die Schuldnerin verpflichtete sich im Gegenzug, die Schuldverschreibungen dieser Gläubiger zum Nennbetrag zuzüglich Zinsen zu erwerben, die B.V. verpflichtete sich zur Rücknahme ihrer Beschwerde. In einer weiteren Gläubigerversammlung vom 27. Februar 2012 stimmte die Mehrheit der Anleihegläubiger der WSV 2012 einer

Stundung der Forderungen durch den gemeinsamen Vertreter bis zum 30. April 2012 zu. Am 6. März 2012 einigte sich die Schuldnerin mit rund 32 % der Anleihegläubiger der WSV 2012 und rund 22 % der Anleihegläubiger der WSV 2014 über die Rahmenbedingungen für eine Umwandlung der Wandelschuldverschreibungen in Eigenkapital auf der Grundlage des Schuldverschreibungsgesetzes 2009.

- 5 Im gleichen Zeitraum unternahm die P. AG einen Sanierungsversuch und beauftragte hierzu ebenfalls die Beklagte. Die P. AG strebte in gleicher Weise an, die von einer niederländischen Tochtergesellschaft im Jahr 2007 begebene Schuldverschreibung in Eigenkapital umzuwandeln. Der Schuldnerin war dies bekannt. Im Sanierungsverfahren der P. AG beschlossen die Anleihegläubiger in einer am 20. Juni 2011 einberufenen Gläubigerversammlung mehrheitlich, die Anleihebedingungen auf der Grundlage von § 24 Abs. 2 SchVG zu ändern. Hiergegen erhoben mehrere Gläubiger Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage. Das Landgericht Frankfurt am Main wies mit Beschluss vom 27. Oktober 2011 (ZIP 2011, 2306 ff) einen Antrag der Tochtergesellschaft der P. AG zurück, den sofortigen Vollzug der Beschlüsse zu ermöglichen. Mit Urteil vom 15. November 2011 entschied das Landgericht Frankfurt am Main, dass die Beschlüsse der Gläubigerversammlung vom 20. Juni 2011 nichtig seien. Auf die sofortige Beschwerde der Tochtergesellschaft der P. AG gegen den Beschluss des Landgerichts Frankfurt am Main vom 27. Oktober 2011 wies der Vorsitzende des zuständigen Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main mit Verfügung vom 15. Dezember 2011 darauf hin, dass § 24 Abs. 2 SchVG wohl nur für solche Schuldverschreibungen anwendbar sein dürfte, die bereits einer Mehrheitsentscheidung nach dem Schuldverschreibungsgesetz vom 4. Dezember 1899 unterfielen. Mit Beschluss vom 27. März 2012 wies das Oberlandesgericht Frankfurt am Main (ZIP 2012, 725 ff) die sofortige Beschwerde zurück. Es vertrat die Rechtsansicht, dass Gläubiger einer vor dem 5. August

2009 im Ausland begebenen Schuldverschreibung keine Änderung der Anleihebedingungen durch Mehrheitsentscheidung nach § 24 Abs. 2 SchVG herbeiführen könnten.

6 Die Beklagte stellte der Schuldnerin für ihre Beratungstätigkeiten laufend Rechnungen im Abstand von ein bis zwei Wochen, welche die Schuldnerin jeweils zeitnah ausglich. Vom 15. November 2011 bis 2. April 2012 erhielt die Beklagte von der Schuldnerin insgesamt 4.530.807,16 €.

7 Am 3. April 2012 stellte die Schuldnerin einen Insolvenzantrag. Das Insolvenzgericht eröffnete mit Beschluss vom 1. Juli 2012 das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter. Der Kläger verlangt Rückzahlung von 4.530.807,16 € nebst Zinsen sowie Auskunft über die mit den Rechnungen abgerechneten Leistungen unter Angabe von Bearbeitungszeiträumen, einzelnen Bearbeitern und Tätigkeitsbeschreibungen.

8 Das Landgericht, dessen Entscheidung in ZIP 2015, 1358 ff veröffentlicht ist, hat die Beklagte zur Rückzahlung von 4.530.807,16 € nebst Zinsen verurteilt und die Klage im Übrigen abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung der Beklagten die Rückzahlung auf 536.203,97 € herabgesetzt. Mit ihren vom Senat hinsichtlich des Zahlungsanspruchs zugelassenen Revisionen verfolgen die Parteien ihre ursprünglichen Anträge weiter.

Entscheidungsgründe:

9 Die Revisionen führen im Umfang ihrer Zulassung zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache.

A.

10 Das Berufungsgericht hat - soweit noch von Interesse - ausgeführt, für die Zahlungen ab dem 27. März 2012 lägen die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO vor. Für die früheren Zahlungen fehle es an einem Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin. Allerdings habe die Schuldnerin seit dem 10. November 2011 von ihrer drohenden Zahlungsunfähigkeit gewusst. Hieraus könne aber erst ab dem 27. März 2012 auf den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin geschlossen werden. Bis zum 27. März 2012 habe ein schlüssiges Sanierungskonzept vorgelegen, das schon in die Tat umgesetzt worden sei und bis zum Erlass des Beschlusses des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. März 2012 Aussicht auf Erfolg geboten habe. Damit habe die Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit ihre Bedeutung als Indiz bis zu diesem Zeitpunkt verloren.

11 Mit Erlass des Beschlusses des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. März 2012 habe die Schuldnerin von der Erfolglosigkeit ihres Sanierungskonzepts ausgehen müssen. Damit habe sie ab diesem Zeitpunkt mit Benachteiligungsvorsatz gehandelt. Die Beklagte habe den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin gekannt. Dies ergebe sich aus § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO. Die Beklagte habe von der drohenden Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin gewusst. Sie müsse daher darlegen und beweisen, dass sie Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erhalten habe. Daran fehle es

nach Übermittlung der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. März 2012. Der Schuldnerin sei keine weitere Überlegungsfrist einzuräumen. Dies gelte auch für die Zahlungen am 27. März 2012. Da die Schuldnerin an diesem Tag um 17:24 Uhr von dem Beschluss erfahren habe, habe sie mit Benachteiligungsvorsatz gehandelt. Die Zahlungen seien durch Überweisung erfolgt, so dass der für die Rechtshandlung maßgebliche Zeitpunkt gemäß § 140 Abs. 1 InsO die Entstehung des Anspruchs auf Gutschrift sei. Dies sei am 27. März 2012 um 19:05 Uhr der Fall gewesen. Die Beklagte könne sich für die Zahlungen ab dem 27. März 2012 nicht auf § 142 InsO berufen, weil dies einer Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO selbst dann nicht entgegenstehe, wenn es sich um eine bargeschäftsähnliche Lage handele.

- 12 Weitergehende Anfechtungsansprüche bestünden nicht. Eine Anfechtung nach § 131 InsO scheidet aus, weil die Zahlungen kongruent gewesen seien. Die Forderungen der Beklagten seien fällig gewesen. Auch wenn keine den Anforderungen des § 10 Abs. 2 RVG entsprechende Rechnung vorliege, könne der Vergütungsanspruch eines Rechtsanwalts erfüllt werden. Der Schuldner könne auf eine Rechnungsstellung nach § 10 Abs. 2 RVG verzichten. Im Übrigen hätten die Parteien die Erteilung einer Rechnung nach § 10 RVG abbedungen. Eine Anfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO aF (jetzt § 133 Abs. 4 InsO) komme von vornherein nicht in Betracht. Die Beklagte sei keine nahestehende Person im Sinne des § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO. Eine Anfechtung nach § 134 InsO sei nicht möglich, weil die Beklagte als Zuwendungsempfänger ihrerseits eine Gegenleistung zu erbringen gehabt habe.

B.

13 Dies hält rechtlicher Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Da das Insolvenzverfahren vor dem 5. April 2017 eröffnet worden ist, sind die Vorschriften der §§ 130 ff InsO in der bis dahin geltenden Fassung weiter anzuwenden (Art. 103j Abs. 1 EGIInsO).

I.

14 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Anfechtung der ab dem 27. März 2012 erfolgten Zahlungen nach § 133 Abs. 1 InsO bejaht, ist rechtsfehlerhaft.

15 1. Gemäß § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.

16 a) Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO hat der Tatrichter gemäß § 286 ZPO unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu prüfen (BGH, Urteil vom 13. August 2009 - IX ZR 159/06, WM 2009, 1943 Rn. 8; vom 22. Juni 2017 - IX ZR 111/14, WM 2017, 1424 Rn. 13; vom 7. Mai 2020 - IX ZR 18/19, WM 2020, 1074 Rn. 7; vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 37). Die revisionsgerichtliche Kontrolle der getroffenen Feststellungen beschränkt sich darauf, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat, die Beweiswürdigung also voll-

ständig und rechtlich möglich ist und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt (BGH, Urteil vom 14. Juli 2016 - IX ZR 188/15, WM 2016, 1701 Rn. 12 mwN; vom 7. Mai 2020, aaO mwN).

17 b) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats genügt für den in § 133 Abs. 1 InsO vorausgesetzten Benachteiligungsvorsatz des Schuldners bedingter Vorsatz (BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 - IX ZR 169/02, BGHZ 155, 75, 84; vom 22. Juni 2017, aaO Rn. 14; vom 12. Oktober 2017 - IX ZR 50/15, WM 2017, 2322 Rn. 9). Der Tatrichter hat bei seiner Würdigung der für und gegen einen Benachteiligungsvorsatz sprechenden Umstände bei der Anfechtung kongruenter Deckungen zu berücksichtigen, dass die Zahlungsunfähigkeit nur ein Beweisanzeichen darstellt, aus dem nicht schematisch auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden kann.

18 aa) Die Vorsatzanfechtung beruht nicht auf dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, sondern schützt das Interesse der Gläubiger, dass der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 - IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143, 150; vom 16. Januar 2014 - IX ZR 31/12, WM 2014, 272 Rn. 17; vom 22. Juni 2017 - IX ZR 111/14, WM 2017, 1424 Rn. 20; vom 6. Juli 2017 - IX ZR 178/16, ZIP 2017, 1677 Rn. 17; vom 17. September 2020 - IX ZR 174/19, ZIP 2020, 2135 Rn. 16). Im Falle der Anfechtung kongruenter Deckungen sind insbesondere die Systematik der Anfechtungstatbestände sowie die Systematik des § 133 Abs. 1 InsO selbst zu berücksichtigen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 31). Dies betrifft zum einen die gesetzlichen Wertungen der Deckungsanfechtung (§§ 130 bis 132 InsO; vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 33 f) und zum anderen Sinn und Zweck der gesetzlichen Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 35).

- 19 Der Senat hat daher nach Verkündung des Urteils des Berufungsgerichts entschieden, den Bezugspunkt des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes zu erweitern. Gewährt der Schuldner einem Gläubiger eine kongruente Deckung, kann der Benachteiligungsvorsatz nicht allein darauf gestützt werden, dass der Schuldner im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung erkanntermaßen zahlungsunfähig ist (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 30 f). Es reicht nicht aus, dass der Schuldner weiß, dass er im Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht alle seine Gläubiger befriedigen kann. Entscheidend ist, dass er im Zeitpunkt der Rechtshandlung weiß oder jedenfalls billigend in Kauf nimmt, seine anderen Gläubiger auch künftig, zu einem späteren Zeitpunkt, nicht vollständig befriedigen zu können (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 31, 36, 46). Die Liquiditätslage des Schuldners im Moment der Rechtshandlung ist keine hinreichend sichere Beurteilungsgrundlage für den Benachteiligungsvorsatz (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 36). Aus ihr kann nicht in jedem Fall mit hinreichender Gewissheit abgeleitet werden, dass der Schuldner weiß oder jedenfalls billigend in Kauf nimmt, dass er seine (übrigen) Gläubiger auch zu einem späteren Zeitpunkt nicht vollständig befriedigen können wird (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO).
- 20 Darüber hinaus hat der Senat nach Verkündung des Urteils des Berufungsgerichts entschieden, dass allein aus der drohenden Zahlungsunfähigkeit nicht auf den Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden kann (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 39). Um einen Benachteiligungsvorsatz im Stadium der drohenden Zahlungsunfähigkeit annehmen zu können, müssen stets weitere Umstände hinzutreten (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 40).
- 21 bb) Für den Benachteiligungsvorsatz ist allein die Perspektive ex ante, zum Zeitpunkt der Rechtshandlung ausschlaggebend. Dies gilt auch für die Frage, ob der Schuldner weiß oder jedenfalls billigend in Kauf nimmt, seine an-

deren Gläubiger auch künftig, zu einem späteren Zeitpunkt, nicht vollständig befriedigen zu können. Dabei richtet sich der für den Benachteiligungsvorsatz nach § 133 InsO erhebliche Zeitraum für die Vorstellung des Schuldners, seine anderen Gläubiger zu einem späteren Zeitpunkt befriedigen zu können, nicht nach der Insolvenzantragspflicht.

22 (1) Die erkannte Zahlungsunfähigkeit stellt ein Indiz für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners dar (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 36). Sie kann den Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz tragen, wenn sie die Überzeugung rechtfertigt, dass der Schuldner bereits im Zeitpunkt der Rechtshandlung wegen der Zahlungsunfähigkeit erkennt, dass sein Vermögen und sein weiterer Erwerb nicht mehr ausreichen, um sämtliche Gläubiger künftig, zu einem späteren Zeitpunkt, zu befriedigen.

23 (a) Dies folgt nicht automatisch aus der erkannten Zahlungsunfähigkeit. Die gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit allein spricht für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn sie ein Ausmaß angenommen hat, das eine vollständige Befriedigung der übrigen Gläubiger auch in Zukunft nicht erwarten lässt, etwa deshalb, weil ein Insolvenzverfahren unausweichlich erscheint. Ist die Krise noch nicht so weit fortgeschritten oder besteht aus anderen Gründen berechtigte Hoffnung auf Besserung, genügt der Blick auf die momentane Liquiditätslage nicht für eine im Sinne des § 286 ZPO sichere Überzeugung (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO). Hatte die Deckungslücke ein Ausmaß erreicht, das selbst bei optimistischer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung in absehbarer Zeit keine vollständige Befriedigung der bereits vorhandenen und der absehbar hinzutretenden Gläubiger erwarten ließ, musste dem Schuldner klar sein, dass er nicht einzelne Gläubiger befriedigen konnte, ohne andere zu benachteiligen. Befriedigt er in dieser Lage einzelne Gläubiger, handelt er deshalb mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 46). Besteht - abhängig

vom Ausmaß der bestehenden Deckungslücke und der aus objektiver Sicht erwartbaren und vom Schuldner erkannten Entwicklung - Aussicht auf nachhaltige Beseitigung der gegenwärtigen Zahlungsunfähigkeit, darf der Schuldner davon ausgehen, dass ihm der hierfür erforderliche Zeitraum verbleibt. Der Schuldner handelt mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er einen Zeitraum in seine Überlegungen einbezieht, der ihm unter Berücksichtigung des Verhaltens seiner übrigen Gläubiger ersichtlich nicht zur Verfügung steht (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 47).

24 (b) Daher sind für die Bedeutung des Indizes der Zahlungsunfähigkeit die konkrete Deckungslücke und die Erwartungen des Schuldners an die weitere Entwicklung dieser Deckungslücke maßgeblich. Der Tatrichter hat zunächst die Umstände zu würdigen, welche die Zahlungsunfähigkeit begründen. Ob sie den Schluss zulassen, dass der Schuldner bereits zum Zeitpunkt der Rechtshandlung erkannt oder billigend in Kauf genommen hat, seine übrigen Gläubiger auch zukünftig nicht vollständig befriedigen zu können, hängt von der Art und Bedeutung der Tatsachen ab, die den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit tragen. Dabei beurteilt sich der Begriff der Zahlungsunfähigkeit auch im Rahmen des Insolvenzanfechtungsrechts nach § 17 InsO (BGH, Urteil vom 30. Juni 2011 - IX ZR 134/10, WM 2011, 1429 Rn. 10 mwN; vom 12. Oktober 2017 - IX ZR 50/15, WM 2017, 2322 Rn. 10).

25 Begründen diese Tatsachen eine Zahlungseinstellung im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 2 InsO, muss der Tatrichter einbeziehen, dass es sich bei dieser Norm um eine gesetzliche Vermutung handelt. Zwar kennt derjenige, der die Zahlungseinstellung kennt, aufgrund der gesetzlichen Vermutung stets die Zahlungsunfähigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 19. Februar 2009 - IX ZR 62/08, BGHZ 180, 63 Rn. 13; vom 18. Juli 2013 - IX ZR 143/12, WM 2013, 1993 Rn. 17). Hingegen hat der Tatrichter für den Benachteiligungsvorsatz zu prüfen, welchen Schluss die

die Zahlungseinstellung tragenden Tatsachen hinsichtlich der weiteren Entwicklung der Deckungslücke und der Erwartungen des Schuldners zulassen.

26 Bedeutung für die Vorstellung des Schuldners, seine übrigen Gläubiger auch zukünftig nicht befriedigen zu können, hat zudem die Krisenursache. Maßgeblich ist, ob der Schuldner aufgrund der ihm bekannten Krisenursachen nach den objektiven Umständen erkannt hat, dass ein Insolvenzverfahren unvermeidlich ist und er tatsächlich keine Aussichten mehr hat, seine Gläubiger zukünftig zu befriedigen. Daran fehlt es, wenn der Schuldner nach den objektiven Umständen noch annehmen konnte, dass die Krise nur vorübergehend ist oder die von ihm eingeleiteten Schritte zur Überwindung der Krise oder die begonnenen Sanierungsmaßnahmen Erfolg haben werden. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner damit rechnet, dass alsbald ein anderer Gläubiger einen zulässigen und begründeten Insolvenzantrag stellen wird.

27 (2) Aus der Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO oder dem Zahlungsverbot nach § 15b InsO ergibt sich für den Benachteiligungsvorsatz keine Begrenzung des Zeitraums, den der Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit erkannt hat, für eine künftige Befriedigung seiner Gläubiger in Betracht ziehen darf. Ob der Schuldner erkannt oder billigend in Kauf genommen hat, dass eine vollständige Befriedigung der übrigen Gläubiger auch in Zukunft nicht zu erwarten ist, unterliegt vielmehr tatrichterlicher Würdigung (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 37).

28 (a) Die Voraussetzungen, unter denen der Schuldner mit Benachteiligungsvorsatz handelt, sind nicht deckungsgleich mit dem vom Gesetzgeber für die Insolvenzantragspflicht des Schuldners bestimmten Zeitraum. Der Benachteiligungsvorsatz des Schuldners legitimiert die Vorsatzanfechtung gegenüber

dem Empfänger und verpflichtet den Empfänger, seinen Vermögenserwerb zurück zu gewähren. Es geht um eine rechtfertigende Grundlage für den Eingriff in die Vermögensposition des Empfängers. Daher müssen die Anforderungen an den Benachteiligungsvorsatz auch die Bedürfnisse des Verkehrsschutzes einbeziehen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 265). Dies gilt insbesondere für kongruente Deckungen, bei denen die Anforderungen im Hinblick auf die zeitliche Begrenzung der Deckungsanfechtung nach § 130 InsO eigenständig zu bestimmen sind. Insbesondere stellt das Unterlassen eines Insolvenzantrags keine Rechtshandlung des Schuldners dar, auf die eine Vorsatzanfechtung gestützt werden könnte (BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 - IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143, 154 ff).

29 (b) Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass ein Gleichlauf zwischen dem Benachteiligungsvorsatz nach § 133 Abs. 1 InsO und der Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO sowie dem Zahlungsverbot gemäß § 15b InsO bestehen müsse. Insbesondere kann nicht allein deshalb ein Benachteiligungsvorsatz bejaht werden, weil die Organe des Schuldners die nach § 15a InsO bestehende Insolvenzantragspflicht verletzen (aA Thole, ZRI 2021, 609, 612; Gehrlein/Pape, ZInsO 2021, 2061, 2066). Ebenso wenig folgt allein aus einem Verstoß gegen das Zahlungsverbot des § 15b InsO, dass der Schuldner mit Benachteiligungsvorsatz im Sinne des § 133 Abs. 1 InsO gehandelt hat. § 15a InsO und § 15b InsO regeln nicht den Interessenkonflikt zwischen dem Empfänger einer Leistung und der Gläubigergemeinschaft.

30 Die Insolvenzantragspflicht gemäß § 15a InsO und das Zahlungsverbot nach § 15b InsO richten sich an die Organe des Schuldners (vgl. Steffek in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2021, § 15a Rn. 25; Bork/Kebeke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2021, § 15b Rn. 9, 12). Die Bestimmungen regeln den Interessenkonflikt zwischen diesen Organen, dem Schuldner und der Gesamtheit der Gläubiger. § 15a InsO schafft Handlungspflichten; eine Haftung des zur Handlung

Verpflichteten tritt unter den Voraussetzungen des § 823 Abs. 2 BGB ein. Bei einem Verstoß gegen das Zahlungsverbot des § 15b Abs. 1 InsO ordnet § 15b Abs. 4 InsO eine Erstattungspflicht des Handelnden an. Die Vorschriften zielen darauf, die Pflichtenstellung der Organe des Schuldners zugunsten der Gläubigergesamtheit zu aktivieren. Daher betreffen die Haftungsfolgen die Organe des Schuldners. Hierfür genügt einfache Fahrlässigkeit oder ein sorgfaltswidriges Handeln. Demgegenüber nehmen die Vorschriften die Interessen eines einzelnen Gläubigers - insbesondere des Empfängers einer Leistung - nicht in den Blick. Dessen Interessen gehen nicht in den Interessen der Gläubigergesamtheit auf. Sie unterscheiden sich vielmehr und können auch gegenläufig sein. Daher hat eine Verletzung der Pflichten nach §§ 15a, 15b InsO für die Rechtsstellung eines einzelnen Gläubigers - wenn nicht die Voraussetzungen für eine Haftung gemäß § 826 BGB oder als Teilnehmer gemäß § 830 BGB erfüllt sind - keine Auswirkungen. Das von §§ 15a, 15b InsO verfolgte Schutzkonzept zugunsten der Gesamtheit der Gläubiger bestimmt nicht darüber, wann ein Eingriff in die Interessen eines einzelnen Gläubigers zulässig ist. Der Verschleppungsvorsatz ist ein Gefährdungsvorsatz, dessen Verwirklichung nicht zwingend den Vorsatz hinsichtlich einer Gläubigerbenachteiligung umfasst (vgl. Ellers, DB 2021, 2678, 2682).

31 Demgegenüber begründet die Vorsatzanfechtung die Verpflichtung eines Gläubigers, die ihm zustehende Leistung bei einer späteren Eröffnung des Insolvenzverfahrens wieder zur Masse zu erstatten (§ 143 InsO). Dies greift in die Interessen des einzelnen Gläubigers ein. Die Vorsatzanfechtung regelt den Interessenkonflikt zwischen dem Schuldner, der Gesamtheit der Gläubiger und dem Empfänger der Leistung. Die Wertungsgrundlage, welche eine Rückgewährpflicht des Empfängers rechtfertigt, unterscheidet sich grundlegend von der

Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Organ des Schuldners für Pflichtverletzungen oder Masseverkürzungen haftet. Dies zeigt sich schon im Wortlaut des § 133 Abs. 1 InsO, der sich von §§ 15a, 15b InsO klar unterscheidet.

32 Ein Benachteiligungsvorsatz ist nicht schon dann gegeben, wenn der Schuldner bei seiner Rechtshandlung zugleich andere Pflichten verletzt. Für § 133 Abs. 1 InsO kommt es darauf an, ob Umstände als Indiz vorsatzausschließend oder vorsatzbegründend sind. Zentraler Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung ist der in einer Rechtshandlung zum Ausdruck gekommene Wille des Schuldners, den Anfechtungsgegner zum Nachteil anderer Gläubiger zu bevorzugen (BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 - IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143, 150). Dies ist der Fall, wenn der Schuldner die hinsichtlich der Zugriffsmöglichkeiten bestehende Chancengleichheit zwischen den Gläubigern beeinträchtigt. Es geht um die Aussichten eines Gläubigers, gleiche Chancen für einen Zugriff auf das Vermögen des Schuldners zu haben, sei es im Wege der Zwangsvollstreckung, sei es - wenn das Insolvenzverfahren unvermeidlich ist - durch eine Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nicht um die tatsächliche Befriedigung seiner Forderung. Daraus folgt zugleich, dass der Schuldner die in diesem Punkt bestehende Chancengleichheit nicht schon deshalb verletzt, weil die Befriedigungsquote geringer ausfällt. Ein Handeln unter Verletzung eines nicht gegenüber dem Gläubiger bestehenden Handlungs- oder Unterlassungsgebots genügt hierzu nicht. Der Bezugspunkt des Benachteiligungsvorsatzes unterscheidet sich von §§ 15a, 15b InsO (vgl. Schoppmeyer, WM 2018, 353, 355 ff; Ellers, DB 2021, 2678, 2682; vgl. auch Willemsen/Kühn, BB 2020, 1353, 1356). Die aus §§ 15a, 15b InsO folgenden Fristen und Unterlassungsgebote bestimmen daher nicht über die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO.

33 2. Die Würdigung des Berufungsgerichts ist nach diesen Maßstäben rechtsfehlerhaft.

- 34 a) Allerdings geht das Berufungsgericht mit Recht davon aus, dass für die Zeit ab dem 27. März 2012 kein erfolgsversprechender Sanierungsversuch mehr vorlag. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass der Sanierungsversuch objektiv mit Erlass der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main in der Sache P. am 27. März 2012 gescheitert war und Schuldnerin und Beklagte mit dem Zugang der E-Mail über die abschlägige Entscheidung am 27. März 2012 um 17:24 Uhr in ausreichendem Maß Kenntnis hatten.
- 35 aa) Ein Sanierungsversuch ist gescheitert, wenn eine weitere Fortsetzung der Sanierungsbemühungen aus der Perspektive ex ante innerhalb der noch zur Verfügung stehenden Zeit keinen Erfolg mehr verspricht. Hängt der Erfolg der Sanierung davon ab, dass eine Rechtsfrage in einer bestimmten Weise zu beantworten ist, ist der Sanierungsversuch gescheitert, wenn sich die rechtlichen Risiken verwirklichen.
- 36 Dies ist der Fall, wenn ein Gericht die rechtlichen Fragen zu Lasten des Schuldners entscheidet und keine ernsthafte Möglichkeit besteht, eine dem Schuldner günstige Beurteilung der Rechtsfragen herbeizuführen. Kann der Schuldner Rechtsmittel einlegen, kommt es nicht nur auf die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels, sondern auch darauf an, ob dem Schuldner die für die Durchführung eines Rechtsmittels erforderliche Zeit noch zur Verfügung steht. Unter entsprechenden Voraussetzungen haben sich die rechtlichen Risiken zudem dann verwirklicht, wenn eine dem Schuldner nachteilige, gefestigte Rechtsauffassung des zuständigen Gerichts besteht oder sich eine solche Rechtsauffassung aus in vergleichbaren Fällen getroffenen Entscheidungen ergibt.
- 37 bb) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht den Sanierungsversuch mit der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 27. März 2012 rechtsfehlerfrei als gescheitert angesehen.

38 (1) Nach seinen Feststellungen beruhte der Sanierungsversuch entscheidend darauf, dass eine Umwandlung der Ansprüche aus den Wandelschuldverschreibungen in Eigenkapital gelang. Hierzu war eine Änderung der Anleihebedingungen der WSV 2012 und WSV 2014 durch Mehrheitsbeschluss nach § 24 Abs. 2 SchVG erforderlich. Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, dass das Berufungsgericht diesen Weg als gescheitert angesehen hat, als das im Falle der Schuldnerin zuständige Oberlandesgericht Frankfurt am Main in den vergleichbaren Fällen der P. AG entschied, dass das Schuldverschreibungsgesetz 2009 auf Schuldverschreibungen nach Art der WSV 2012 und WSV 2014 unanwendbar sei.

39 Es kommt nicht darauf an, dass der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 1. Juli 2014 (II ZR 381/13, BGHZ 202, 7 ff) entschieden hat, dass § 24 Abs. 2 SchVG auf nach deutschem Recht begebene inhaltsgleiche Schuldverschreibungen aus Gesamtemissionen, die vor dem 5. August 2009 ausgegeben wurden, Anwendung findet, auch wenn sie nicht dem Schuldverschreibungsgesetz von 1899 unterfielen. Diese Entscheidung ist erst nach dem Beschluss vom 27. März 2012 ergangen. Ob ein erfolgversprechendes Sanierungskonzept vorliegt, hat sich an den zur Zeit der Umsetzung tatsächlich bestehenden Rechtsauffassungen auszurichten. Dies gilt im positiven wie im negativen Sinn. Eine ernsthafte Möglichkeit, rechtzeitig auf eine Änderung der Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main hinzuwirken, stand der Schuldnerin nicht zur Verfügung. Dass eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main in dem von der B.V. angestregten Freigabeverfahren nach § 20 Abs. 3 Satz 4 SchVG noch ausstand, nachdem die B.V. dies hatte ruhend stellen lassen, ist unerheblich. Hierfür war derselbe Senat zuständig, der den Beschluss vom 27. März 2012 erlassen hatte. Der Beschluss im Freigabeverfahren

nach § 20 Abs. 3 Satz 4 SchVG war nicht anfechtbar. Um ein Hauptsacheverfahren erfolgversprechend durchführen zu können, fehlte der Schuldnerin die erforderliche Zeit.

40 (2) Zu Unrecht rügt die Revision, dass das Sanierungskonzept nicht als gescheitert anzusehen sei, weil die Schuldnerin bereits zuvor einen Ersatzplan entwickelt gehabt habe, der ein Verfahren nach englischem Recht vorgesehen habe. Es kann dahinstehen, ob dieser Weg angesichts der mit ihm verbundenen erheblichen rechtlichen Risiken hinreichende Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Jedenfalls bestand nach den Feststellungen des Berufungsgerichts für die Schuldnerin am 27. März 2012 angesichts der Ende April 2012 eintretenden Zahlungsunfähigkeit kein zeitlicher Spielraum mehr, nunmehr ein anderes Sanierungskonzept mit erheblichen rechtlichen Risiken zu versuchen. Das Scheitern der vorgesehenen Lösung eröffnete kein neues Zeitfenster. Es bestehen angesichts der vom Berufungsgericht festgestellten Umstände keine Anhaltspunkte, dass der Ersatzplan aus der Sicht der Schuldnerin innerhalb der noch zur Verfügung stehenden Zeit eine erfolgversprechende Lösung darstellen konnte.

41 cc) Weiter rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht an, dass Schuldnerin und Beklagte am 27. März 2012 spätestens um 17:24 Uhr Kenntnis vom Scheitern des Sanierungsversuchs hatten. Dies ist in erster Linie eine Frage der tatrichterlichen Würdigung. Revisionsrechtlich erhebliche Fehler zeigt die Beklagte nicht auf.

42 Zu Unrecht rügt die Revision, dass eine Kenntnis erst angenommen werden könne, nachdem die Entscheidungsgründe des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main in hinreichendem Maß geprüft worden seien. Das Berufungsgericht hat in seinem Tatbestand festgestellt, dass die Parteien übereinstimmend vorgebracht haben, der Rechtsabteilungsleiter der Schuldnerin sei mit E-Mail vom

27. März 2012 um 17:24 Uhr vom Erlass und Inhalt des Beschlusses des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main unterrichtet worden. An diese tatbestandlichen Feststellungen ist der Senat gemäß § 314 ZPO gebunden. Das Berufungsgericht konnte aufgrund der von ihm gewürdigten, der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vorhergehenden Entwicklung ohne Rechtsfehler annehmen, dass die Schuldnerin und die Beklagte bereits mit Erlass der Entscheidung von der Erfolglosigkeit des Sanierungskonzepts wussten.

43 b) Mit Recht hält das Berufungsgericht zudem den Einwand der Beklagten für unbeachtlich, es liege eine bargeschäftliche Leistung vor.

44 aa) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass ein Bargeschäft gemäß § 142 InsO in der bis zum 4. April 2017 geltenden Fassung anfechtbar ist, wenn die Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO erfüllt sind.

45 bb) Die Beklagte kann sich gegenüber der Vorsatzanfechtung nicht auf eine bargeschäftsähnliche Lage berufen. Entgegen der Ansicht der Revision erfüllt die Bezahlung von Leistungen eines Sanierungsberaters nicht die Voraussetzungen der bargeschäftsähnlichen Lage.

46 (1) In Fällen kongruenter Leistungen kann der Schuldner trotz der Indizwirkung einer erkannten Zahlungsunfähigkeit nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handeln, wenn er seine Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht hat, die den Gläubigern im Allgemeinen nutzt (bargeschäftsähnliche Lage, vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 2015 - IX ZR 180/12, ZIP 2015, 585 Rn. 22 mwN; Beschluss vom 27. September 2018 - IX ZR 313/16, WM 2018, 2097 Rn. 3).

- 47 (2) Die Bezahlung von Leistungen eines Sanierungsberaters erfüllt nicht die Voraussetzungen der bargeschäftsähnlichen Lage (vgl. Hirte/Fontaine, ZInsO 2017, 1817, 1819; van Marwyk, ZInsO 2018, 1352, 1356). Allerdings kann ein Bargeschäft gemäß § 142 InsO auch für die Bezahlung von Dienstleistungen eines Rechtsanwalts im Zusammenhang mit einer Sanierungsberatung in Betracht kommen (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2006 - IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 Rn. 30 ff). Die Zahlung eines angemessenen Honorars für ernsthafte und nicht von vornherein als aussichtslos erscheinende Sanierungsbemühungen kann selbst dann, wenn diese gescheitert sind, ein Bargeschäft sein (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2007 - IX ZR 113/06, ZIP 2008, 232 Rn. 23 mwN). Ein Bargeschäft im Sinne des § 142 InsO setzt voraus, dass die Leistungen des Sanierungsberaters einen praktischen Nutzen für den Schuldner haben oder dessen Vermögen anreichern (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2007, aaO Rn. 24 f zu § 142 InsO).
- 48 Allein die bargeschäftliche Abwicklung steht jedoch einem Benachteiligungsvorsatz nicht entgegen; die bargeschäftsähnliche Lage weist gegenüber einem Bargeschäft nach § 142 InsO engere Voraussetzungen auf. Die Leistungen des Sanierungsberaters stellen keine für die Fortführung des Unternehmens unentbehrliche Leistungen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur bargeschäftsähnlichen Lage dar. Dies meint solche Leistungen, die der Schuldner für seine unternehmerische Tätigkeit benötigt.
- 49 Für eine anfechtungsfeste Bezahlung von Leistungen eines Sanierungsberaters ist ein Schutz nach den Grundsätzen der bargeschäftsähnlichen Lage zudem nicht erforderlich. Strebt der Schuldner eine erfolgversprechende Sanierung an und bezahlt er in diesem Rahmen die Leistungen des Sanierungsberaters, spricht bereits dies gegen einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners.

Insoweit vermag eine bargeschäftliche Abwicklung der Zahlungen die Zweifel an einem Benachteiligungsvorsatz zu verstärken.

50 c) Ebenfalls zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die Zahlung durch bargeldlose Überweisung im Sinne des § 140 Abs. 1 InsO erst vorgenommen ist, wenn der Anspruch des Gläubigers auf die Gutschrift entsteht (BGH, Urteil vom 24. Oktober 1996 - IX ZR 284/95, ZIP 1996, 2080, 2082; vom 18. Juli 2002 - IX ZR 480/00, ZIP 2002, 1540, 1542; vom 9. Juni 2005 - IX ZR 152/03, NZI 2005, 497, 498; vom 28. Januar 2021 - IX ZR 64/20, ZIP 2021, 416 Rn. 28 mwN). Die hiergegen in der mündlichen Verhandlung von der Revision erhobenen Einwände geben keinen Anlass, von dieser Rechtsprechung abzuweichen.

51 d) Hingegen hält die Erwägung des Berufungsgerichts, die Schuldnerin habe im Hinblick auf die drohende Zahlungsunfähigkeit mit Benachteiligungsvorsatz gehandelt, rechtlicher Überprüfung nicht stand. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Schuldnerin seit September 2011 drohend zahlungsunfähig. Die Revision der Beklagten erhebt keine Rügen; Rechtsfehler sind nicht ersichtlich.

52 Die Annahme des Berufungsgerichts, die Schuldnerin habe die Zahlungen ab dem 27. März 2012 mit Benachteiligungsvorsatz vorgenommen, berücksichtigt nicht, dass nach der - erst nach der Entscheidung des Berufungsgerichts ergangenen - neuen Rechtsprechung des Senats im Fall einer kongruenten Deckung allein aus einer drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners nicht gefolgert werden kann, dass der Schuldner mit Benachteiligungsvorsatz handelte (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 39). Zusätzliche Umstände, die für einen Benachteiligungsvorsatz auch bei drohender Zahlungsunfähigkeit sprechen könnten, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt.

- 53 3. Die Sache ist hinsichtlich der Revision der Beklagten nicht zur Endentscheidung reif. Auch wenn eine drohende Zahlungsunfähigkeit allein keinen Schluss auf einen Benachteiligungsvorsatz zulässt, lässt sich auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausschließen, dass zusätzliche Indizien bestehen, die zusammen mit der drohenden Zahlungsunfähigkeit den Schluss auf einen Benachteiligungsvorsatz für die Zahlungen ab dem 27. März 2012 zulassen.
- 54 a) Die drohende Zahlungsunfähigkeit gehört - wie alle Umstände, die Einfluss auf die zukünftige Erfüllung der Ansprüche der übrigen Gläubiger haben können - zu den Indizien, welche der Tatrichter im Rahmen der nach § 286 ZPO erforderlichen Gesamtwürdigung zu berücksichtigen hat. Um bei kongruenten Deckungen auf einen Benachteiligungsvorsatz schließen zu können, müssen jedoch zusätzliche, von der drohenden Zahlungsunfähigkeit unabhängige Umstände hinzutreten, damit im Stadium der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit vorgenommene Deckungshandlungen nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sein können (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 40).
- 55 b) Zusätzliche Umstände, die eine Vorsatzanfechtung von Rechtshandlungen bei erkannter drohender Zahlungsunfähigkeit begründen können, kommen auch bei der Bezahlung von Leistungen eines Sanierungsberaters in Betracht. Solche Umstände können im Streitfall darin liegen, dass die Schuldnerin die Leistungen der Beklagten nach dem von ihr erkannten Scheitern des Sanierungsversuchs bezahlt hat, obwohl sie nur wenig später, am 3. April 2012, einen Insolvenzantrag gestellt hat.
- 56 Es kann für einen Benachteiligungsvorsatz bei drohender Zahlungsunfähigkeit sprechen, wenn der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sicher zu erwarten ist und alsbald bevorsteht, der Schuldner sich bewusst ist, dass er kurzfristig einen

Insolvenzantrag stellen wird, und er gleichwohl Gläubiger in der verbleibenden Zeit bis zum ohnehin beabsichtigten Insolvenzantrag gezielt befriedigt. Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass es zur Vorsatzanfechtung führen kann, wenn im Zustand der nur drohenden Zahlungsunfähigkeit und in der sicheren Erwartung des Eintritts der Zahlungsunfähigkeit mit den noch vorhandenen Mitteln gezielt bestimmte (womöglich nahestehende) Altgläubiger außerhalb des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs befriedigt werden (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 40). Diese Voraussetzungen können gegeben sein, wenn der Schuldner Leistungen erbringt, nachdem der Sanierungsversuch gescheitert ist.

57 Tragender Grund für das für sich genommen unzureichende Gewicht der drohenden Zahlungsunfähigkeit ist die gesetzgeberische Wertung, dem Schuldner die Möglichkeit zu belassen, sein Unternehmen auch außerhalb eines barge-schäftlichen Leistungsaustauschs fortzuführen und auf diesem Wege die drohende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 39). Dass bei drohender Zahlungsunfähigkeit kein Insolvenzverfahren gegen den Willen des Schuldners eröffnet werden kann, verliert sein Gewicht, wenn der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sicher zu erwarten ist und alsbald bevorsteht, nachdem ein Sanierungsversuch gescheitert ist und keine Aussichten bestehen, zukünftig alle Gläubiger zu befriedigen. Unter diesen Voraussetzungen kommt ein Benachteiligungsvorsatz des Schuldners in Betracht, wenn der Schuldner darauf verzichtet, den von ihm als unvermeidlich erkannten und jetzt schon möglichen Insolvenzantrag zu stellen, und diese Verzögerung des Insolvenzantrags bewusst dazu nutzt, um bestimmte Gläubiger zu bevorzugen. Der Benachteiligungsvorsatz liegt damit in diesen Fällen im besonderen Motiv des Schuldners.

II.

58 Die Revision des Klägers hat ebenfalls Erfolg. Die Begründung, mit der das Berufungsgericht eine Anfechtbarkeit der bis zum 27. März 2012 erfolgten Zahlungen verneint, hält in einem entscheidenden Punkt rechtlicher Überprüfung nicht stand.

59 1. Eine Anfechtbarkeit nach § 131 InsO ist nicht gegeben. Rechtsfehlerfrei behandelt das Berufungsgericht die Zahlungen der Schuldnerin als kongruente Leistungen.

60 a) Die Forderungen der Beklagten waren fällig. Dies richtet sich grundsätzlich nach § 8 Abs. 1 RVG. § 10 RVG enthält keine Regelung über die Fälligkeit der Honoraransprüche, sondern ist nur Voraussetzung dafür, dass der Rechtsanwalt die Vergütung einfordern kann (BGH, Urteil vom 7. März 2019 - IX ZR 143/18, WM 2019, 738 Rn. 13; Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 25. Aufl., § 10 Rn. 1). Dabei können die Parteien von § 8 Abs. 1 RVG abweichende Fälligkeitsvereinbarungen treffen (BGH, Beschluss vom 19. September 2013 - IX ZR 112/11, ZfSch 2014, 47 Rn. 2 mwN). Im Streitfall haben die Parteien vereinbart, dass die Beklagte ihre Leistungen gegenüber der Schuldnerin im 2-Wochen-Rhythmus abrechnen werde.

61 b) Zu Unrecht macht die Revision geltend, die Inkongruenz der Zahlungen folge daraus, dass die Beklagte der Schuldnerin keine den Anforderungen des § 10 RVG entsprechende Berechnung mitgeteilt habe.

62 aa) Allerdings sind Zahlungen auf eine fällige Vergütungsforderung eines Rechtsanwalts inkongruent, falls der Rechtsanwalt sie mangels einer dem Auftraggeber mitgeteilten Berechnung noch nicht einfordern konnte (§ 10 Abs. 1 RVG; vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2006 - IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 Rn. 26).

Dass der Schuldner die Forderung gleichwohl erfüllen darf, mithin auf die ihm aus § 10 Abs. 1 RVG zustehende Einrede verzichten kann, ändert daran nichts. Vielmehr unterscheidet gerade das Recht des Gläubigers, die Leistung zu fordern, kongruente und inkongruente Rechtshandlungen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 - IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 Rn. 18 mwN; vom 12. September 2019 - IX ZR 16/18, ZIP 2019, 1972 Rn. 21).

63 bb) Im Streitfall hat die Beklagte unstreitig der Schuldnerin von ihr unterzeichnete Rechnungen gestellt. Dass diese Rechnungen keine näheren Angaben zu den erbrachten Leistungen, insbesondere nicht die von § 10 Abs. 2 RVG vorgeschriebenen Angaben enthielten, ist unschädlich.

64 Die Bestimmung über den Inhalt der Rechnungen nach § 10 Abs. 2 RVG ist dispositiv (vgl. Schneider in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 3. Aufl., § 10 RVG Rn. 24; Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 25. Aufl., § 10 Rn. 23). Damit können die Parteien vereinbaren, dass der Rechtsanwalt sein Honorar auch ohne eine den Anforderungen des § 10 Abs. 2 RVG entsprechende Rechnungsstellung einfordern und durchsetzen kann. Nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Landgerichts, welche das Berufungsgericht sich zu eigen gemacht hat, haben sich Schuldnerin und Beklagte bereits mit der ursprünglichen Mandatsvereinbarung geeinigt, dass die Abrechnung der Leistungen der Beklagten in der tatsächlich vorgenommenen Art und Weise ausreichend sein soll.

65 c) Soweit der Kläger mit seiner Revision geltend macht, die Zahlungen seien inkongruent, weil die Schuldnerin mit der Beklagten ein Zahlungsziel von 14 Tagen vereinbart, aber 11 Zahlungen vorfällig vorgenommen habe, zeigt er keinen entsprechenden Tatsachenvortrag in der Berufungsinstanz auf. Der Senat hat die Rügen der Revision geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet. Von einer näheren Begründung wird gemäß § 564 ZPO abgesehen.

66 2. Die Voraussetzungen der Schenkungsanfechtung nach § 134 InsO sind nicht erfüllt; die Revision erinnert hiergegen nichts.

67 3. Rechtsfehlerhaft hält das Berufungsgericht eine Anfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO (jetzt § 133 Abs. 4 InsO nF) von vornherein für ausgeschlossen, weil die Beklagte keine nahestehende Person im Sinne des § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO sei. Das Berufungsgericht unterlässt es, die zwischen der Beklagten und der Schuldnerin bestehenden rechtlichen Beziehungen näher zu prüfen.

68 a) Steuerberater oder Rechtsanwälte sind nach § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO als eine dem Schuldner nahestehende Person zu beurteilen, wenn sie aufgrund einer den Organen oder qualifizierten Gesellschaftern des Schuldners vergleichbaren gesellschaftsrechtlichen oder dienstvertraglichen Verbindung die Möglichkeit hatten, sich über die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners zu unterrichten (BGH, Urteil vom 15. November 2012 - IX ZR 205/11, BGHZ 195, 358 Rn. 10). Dem Freiberufler im Dienste des Schuldners müssen, wenn er als nahestehende Person gemäß § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO gelten soll, nach der ihm vertraglich eingeräumten Rechtsstellung wie einem in gleicher Zuständigkeit tätigen Angestellten alle über die wirtschaftliche Lage des Auftraggebers erheblichen Daten üblicherweise im normalen Geschäftsgang zufließen. Werden einem freiberuflichen Dienstleister vom Schuldner planmäßig bestimmte (klassifizierte) Tatsachen vorenthalten, kann kein Näheverhältnis nach § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO entstehen (BGH, Urteil vom 15. November 2012, aaO Rn. 11). Daher kann das Mandat eines Sanierungsberaters diesem nur dann die Stellung einer nahestehenden Person im Sinne des § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO verschaffen, wenn es nach seiner rechtlichen und tatsächlichen Prägung dem Sanierungsberater den typischen Wissensvorsprung über die wirtschaftliche Lage des Mandanten vermittelt, den sonst nur damit befasste leitende Angestellte des Unternehmens haben (vgl.

BGH, Urteil vom 15. November 2012, aaO zum Buchhaltungsmandat eines Steuerberaters).

69 b) Ob diese Voraussetzungen im Streitfall erfüllt sind, lässt sich anhand der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht beurteilen. Soweit das Berufungsgericht pauschal darauf abstellt, dass von einem Schuldner eingeschaltete Wirtschaftsprüfer, Steuerberater oder Rechtsanwälte keine nahestehenden Personen im Sinne des § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO seien, trifft dies nicht zu. Das Berufungsgericht unterlässt die erforderliche nähere Würdigung. Insbesondere ist zu prüfen, wie der tatsächliche Informationsfluss zwischen Schuldnerin und Beklagter im Rahmen der vertraglich eingeräumten Rechtsstellung ausgestaltet war. Sofern die bestehende Mandatsbeziehung der Beklagten nach ihrer rechtlichen und tatsächlichen Prägung den typischen Wissensvorsprung über die wirtschaftliche Lage des Mandanten vermittelte, den sonst nur damit befasste leitende Angestellte des Unternehmens oder dessen Vorstände haben, sind die Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 Nr. 2 InsO erfüllt. Es genügt dabei, dass der Sanierungsberater die entsprechenden Informationen uneingeschränkt zur Verfügung erhält (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof/Gehrlein, 4. Aufl., § 138 Rn. 34). Insoweit hat der Kläger behauptet, dass die Beklagte denselben Informationsfluss erhalten habe wie der Vorstand der Schuldnerin Dr. C. und deren Syndikus Ch. .

70 4. Auch die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

71 a) Das Berufungsgericht berücksichtigt nicht, dass nach der - erst nach der Entscheidung des Berufungsgerichts ergangenen - neuen Rechtsprechung des Senats im Fall einer kongruenten Deckung allein aus einer drohenden Zah-

lungsunfähigkeit des Schuldners nicht gefolgert werden kann, dass der Schuldner mit Benachteiligungsvorsatz handelte (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 39).

72 b) Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass Rechtshandlungen, die im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsversuchs vorgenommen werden, ohne Benachteiligungsvorsatz erfolgen können. Bei Zahlungen an einen Sanierungsberater kommt dies unter bestimmten Umständen auch in Betracht, wenn der Sanierungsversuch noch nicht in den Anfängen in die Tat umgesetzt worden ist.

73 aa) Der Senat hat bislang angenommen, dass die Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und die Kenntnis des Gläubigers hiervon verlieren kann, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs ist (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 Rn. 14 mwN; vom 28. März 2019 - IX ZR 7/18, NZI 2019, 594 Rn. 7; vom 30. April 2020 - IX ZR 162/16, NZI 2020, 687 Rn. 53). Denn in diesem Fall ist die Rechtshandlung von einem anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt in den Hintergrund (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016, aaO mwN; vom 14. Juni 2018 - IX ZR 22/15, WM 2018, 1703 Rn. 9; vom 28. März 2019, aaO).

74 bb) Nach der neuen Rechtsprechung kann der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenten Deckungen nicht allein daraus abgeleitet werden, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht in der Lage ist, sämtliche Gläubiger zu befriedigen. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Schuldner zudem erkannt oder billigend in Kauf genommen hat, seine übrigen Gläubiger

auch zukünftig nicht vollständig befriedigen zu können (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 36). Darlegungs- und beweisbelastet für die tatsächlichen Umstände, die über die erkannte (drohende) Zahlungsunfähigkeit hinaus für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz erforderlich sind, ist der Insolvenzverwalter. Dies gilt auch, soweit es sich - wie etwa bei dem Umstand, dass keine begründete Aussicht auf Beseitigung der Illiquidität bestand - um negative Tatsachen handelt (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 48). Unternimmt der Schuldner einen Sanierungsversuch, hat der Insolvenzverwalter mithin darzulegen und zu beweisen, dass dieser Sanierungsversuch untauglich war und der Schuldner dies erkannt oder billigend in Kauf genommen hat. Gleiches gilt, soweit der ursprünglich erfolgversprechende Sanierungsversuch gescheitert oder seine Fortführung nachträglich aussichtslos geworden ist.

75

(1) Für den Schluss auf einen Benachteiligungsvorsatz ist maßgeblich, dass für den Schuldner keine begründete Aussicht bestand, seine übrigen Gläubiger zukünftig vollständig befriedigen zu können. Dies hängt vor allem davon ab, welcher Art die Krise ist und welche Umstände die Krise ausgelöst haben, ob der Schuldner diese Umstände erkannt hat und ob eine begründete Aussicht aus der Sicht ex ante bestand, dass die Krise überwunden werden würde, sei es auch nur bei optimistischer Betrachtung. Erforderlich ist, dass die Einschätzung des Schuldners von objektiven Anhaltspunkten ausgeht, die ex ante eine optimistische Einschätzung rechtfertigen. Dass keine begründete Aussicht auf Beseitigung der Deckungslücke bestand, ist regelmäßig anzunehmen, wenn die Ursache für die Entstehung der Zahlungsunfähigkeit nicht beseitigt war oder absehbar beseitigt werden würde (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 48). Hatte die Deckungslücke ein Ausmaß erreicht, das selbst bei optimistischer Einschätzung der zukünftigen Entwicklung in absehbarer Zeit keine

vollständige Befriedigung der bereits vorhandenen und der absehbar hinzutretenden Gläubiger erwarten ließ, musste dem Schuldner klar sein, dass er nicht einzelne Gläubiger befriedigen konnte, ohne andere zu benachteiligen (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 46).

76 (2) Beruht die Einschätzung des Schuldners auf einem Sanierungsversuch, kommt es auf die Erfolgsaussichten an. Vertraut der Schuldner auf den Erfolg eines Sanierungsversuchs, spricht dies gegen den Benachteiligungsvorsatz, wenn eine begründete Aussicht auf Beseitigung der Deckungslücke bestand. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn aus der Sicht ex ante das Sanierungskonzept objektiv die Ausgangslage des Schuldners zutreffend erfasste und dem Schuldner eine tragfähige Prognose eines unvoreingenommenen branchenkundigen Fachmanns vorlag, die bei objektiver Betrachtung die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigte (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 Rn. 15, 18). Dies ist jedoch nicht zwingend erforderlich.

77 Sofern das Sanierungskonzept bei objektiver Betrachtung aus der Sicht ex ante nicht (weiter) erfolgversprechend war, kommt es für den Benachteiligungsvorsatz darauf an, ob der Schuldner dies erkannt oder billigend in Kauf genommen hat. Nimmt der Schuldner für seinen Sanierungsversuch die Beratung eines unvoreingenommenen, fachlich ausgewiesenen Experten in Anspruch, darf er auf ihre Richtigkeit grundsätzlich vertrauen, sofern nicht hinreichende Anhaltspunkte bestehen, dass die Beratung den Anforderungen an ein erfolgversprechendes Sanierungskonzept nicht genügte. Dies kann der Fall sein, wenn während des Sanierungsversuchs für den Schuldner nachteilige Entwicklungen eintreten und der Schuldner erkennt oder billigend in Kauf nimmt, dass eine Fortführung des Sanierungsversuchs keine ausreichende Aussicht auf Erfolg mehr hat. Dabei ist zu berücksichtigen, ob die Reaktion des Beraters auf die

von seiner Prognose abweichende tatsächliche Entwicklung ein weiteres Vertrauen des Schuldners rechtfertigt.

78 Der Insolvenzverwalter genügt seiner Beweislast, wenn aufgrund der objektiven Umstände aus der Sicht ex ante die zukünftige Befriedigung der Gläubiger fernlag oder unrealistisch war. Es muss den objektiven Umständen nach feststehen, dass aus der Sicht ex ante ein Vertrauen auf die zukünftige Befriedigung der Gläubiger nicht gerechtfertigt war. Den objektiven Umständen nach mögliche zukünftige Entwicklungen darf der Schuldner zugrunde legen, wenn hierfür eine begründete Aussicht bestand.

79 (3) Ob der Schuldner aufgrund eines Sanierungsversuchs eine begründete Aussicht hatte, seine Gläubiger zukünftig befriedigen zu können, hängt nicht ausnahmslos davon ab, in welchem Umfang die einzelnen Sanierungsschritte bereits in die Tat umgesetzt worden sind. Soweit der Senat gefordert hat, dass das Sanierungskonzept bereits zur Zeit der angefochtenen Rechtshandlung jedenfalls in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt sein müsse und infolgedessen auf der Seite des Schuldners ernsthafte und begründete Aussichten auf Erfolg rechtfertige, betraf dies ursprünglich inkongruente Deckungen (vgl. BGH, Urteil vom 12. November 1992 - IX ZR 236/91, ZIP 1993, 276, 279; vom 16. Oktober 2008 - IX ZR 183/06, ZIP 2009, 91 Rn. 52; vom 8. Dezember 2011 - IX ZR 156/09, ZIP 2012, 137 Rn. 11). Der Senat hat dies sodann auf sämtliche Erfüllungshandlungen übertragen, welche der Schuldner nach Maßgabe des Sanierungsversuchs vornimmt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 52/10, WM 2013, 763 Rn. 11; vom 3. April 2014 - IX ZR 201/13, WM 2014, 1009 Rn. 40). Dem liegt zugrunde, dass ein Schuldner, der Rechtshandlungen unter dem Deckmantel eines nur beabsichtigten oder vorgespiegelten Sanierungsversuchs vornimmt, nicht allein deswegen auf die zukünftige Befriedigung seiner Gläubiger vertrauen kann. Hingegen folgt daraus nicht, dass ein Schuldner, der einen als

notwendig erkannten Insolvenzantrag vermeiden will, indem er eine Sanierung versucht, zunächst jede Rechtshandlung zu unterlassen hat, solange nicht das Sanierungskonzept in ersten Schritten umgesetzt werden kann.

80 Demgemäß kann es bei Leistungen eines Sanierungsberaters - insbesondere zur Prüfung, ob ein erfolgversprechender Sanierungsversuch möglich ist oder zur Entwicklung eines erfolgversprechenden Sanierungskonzepts - der Annahme eines Benachteiligungsvorsatzes auch dann entgegenstehen, wenn der Schuldner diese Leistungen bezahlt, bevor mit der Umsetzung des Sanierungskonzepts begonnen worden ist. Ist der Sanierungsversuch nicht von vornherein aussichtslos und handelt der Schuldner mit der Vorstellung, dass eine Vergütung dieser Beratungsleistungen erforderlich ist, um die Erfolgsaussichten einer Sanierung prüfen oder eine Sanierung beginnen zu können, spricht dies auch dann gegen einen Benachteiligungsvorsatz, wenn das Sanierungskonzept noch nicht einmal in den Anfängen in die Tat umgesetzt worden ist (vgl. HK-InsO/Thole, 10. Aufl., § 133 Rn. 35; Thole, ZIP 2013, 2081, 2087; Thole/Schmidberger, BB 2014, 3, 8; wohl auch Ganter, ZIP 2015, 1413, 1416).

81 c) Das Berufungsgericht bewertet den Sanierungsversuch rechtsfehlerhaft als aussichtsreich. Die hierzu getroffenen Feststellungen sind unzureichend.

82 aa) Das Berufungsgericht trifft keine Feststellungen dazu, ob das Sanierungskonzept der Schuldnerin über eine Reduzierung der Schulden hinaus Maßnahmen vorsah, welche geeignet waren, die Ursachen der Krise zu beseitigen und der Schuldnerin zukünftig einen wirtschaftlichen Betrieb zu ermöglichen. Dies war im Streitfall jedoch erforderlich.

83 (1) Ein taugliches Sanierungskonzept darf sich nicht auf die finanzwirtschaftliche Seite beschränken, sondern muss auch die Ursachen einbeziehen, die zur Zahlungsunfähigkeit geführt haben (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016

- IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 Rn. 29 ff). Erforderlich sind eine Analyse der Verluste und der Möglichkeit deren künftiger Vermeidung, eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der Rentabilität des Unternehmens in der Zukunft und Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) Insolvenzreife (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016, aaO Rn. 18). Beschränkt sich ein Sanierungsversuch allein darauf, dass alle oder ein Teil der Gläubiger quotal auf ihre Forderungen verzichten, ist dies nur dann erfolgversprechend, wenn der Insolvenzgrund allein auf einem Finanzierungsproblem beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners, das Schuldnerunternehmen aber grundsätzlich profitabel arbeitet (BGH, Urteil vom 12. Mai 2016, aaO Rn. 29, 31). Das Sanierungskonzept muss berücksichtigen, ob zur Sanierung ein Forderungsverzicht der Gläubiger ausreichend ist oder ob Umstrukturierungsmaßnahmen erforderlich sind (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016, aaO Rn. 34 ff). Die Beseitigung der Ursachen der Krise ist die Grundlage jeder erfolgversprechenden Sanierung, sofern die Krise nicht ausnahmsweise lediglich auf einem Zahlungsausfall beruht (vgl. BGH, Urteil vom 21. Februar 2013 - IX ZR 52/10, WM 2013, 763 Rn. 13; vom 12. Mai 2016, aaO Rn. 40).

84 (2) Das Berufungsgericht befasst sich nur mit dem Versuch, die Schuldnerin zu entschulden, indem der wesentliche Teil der Verbindlichkeiten in Eigenkapital umgewandelt werden sollte. Dass das Sanierungskonzept die Veränderungen am Photovoltaikmarkt berücksichtigte, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Die Krise der Schuldnerin beruhte nicht allein auf einem Forderungsausfall, sondern auf erheblichen Veränderungen in der Branche. Nach den Feststellungen des Landgerichts führten ein stetiger Preisverfall in der Solarbranche, Überproduktion und asiatische Konkurrenz dazu, dass erheblicher zusätzlicher Liquiditätsbedarf entstand. Arbeitete die Schuldnerin nicht profitabel, stellte dies die dauerhafte Zahlungsfähigkeit in Frage (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016,

aaO Rn. 31). Feststellungen, auf welche Weise die Schuldnerin diesen Veränderungen Rechnung tragen wollte, hat das Berufungsgericht - wie die Revision zu Recht rügt - nicht getroffen. Das Berufungsgericht zeigt nicht auf, dass bereits der Versuch, die Schuldnerin zu entschulden, für sich genommen geeignet war, die Zahlungsfähigkeit zu erhalten.

85 bb) Ebenso erlauben die Feststellungen des Berufungsgerichts zur finanzwirtschaftlichen Seite des Sanierungskonzepts nicht den Schluss, dass bis zum 27. März 2012 ein aussichtsreicher Sanierungsversuch vorlag.

86 (1) Strebt der Schuldner zur Sanierung eine Umwandlung von Verbindlichkeiten in Eigenkapital an, muss er einen erfolgversprechenden Weg verfolgen. Es ist nicht erforderlich, dass dieser Weg rechtlich risikolos ist. Der Schuldner muss jedoch eine Einschätzung der rechtlichen Risiken vornehmen. Maßgeblich ist die Perspektive ex ante. Auf den Stand der höchstrichterlichen Rechtsprechung darf er hinsichtlich der Erfolgsaussichten des Sanierungsversuchs vertrauen. Fehlt es an einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, muss der Schuldner prüfen, ob der vorgesehene Weg nach dem Meinungsstand in veröffentlichter Literatur und Rechtsprechung Aussicht auf Erfolg hat. Beantwortet eine deutlich überwiegende Meinung die Rechtsfrage zum Nachteil des Schuldners, scheidet eine Sanierung auf dieser Grundlage aus, wenn dem Schuldner die Zeit für eine verbindliche Klärung zu seinen Gunsten nicht zur Verfügung steht (vgl. Fischer, NZI 2016, 665, 670). Nutzt der Schuldner für die Sanierung eine neue gesetzliche Regelung und wirft diese Rechtsfragen auf, die in Literatur und Rechtsprechung noch nicht entschieden worden sind, muss der Schuldner prüfen, ob die für ihn günstige Antwort rechtlich vertretbar ist und der Sanierungsversuch voraussichtlich nicht aus Rechtsgründen scheitern wird. Dies ist bei neuen gesetzlichen Regelungen angesichts der mit ihnen verbundenen Unsicherheiten nach einem

großzügigen Maßstab zu beurteilen (vgl. Thole, ZIP 2015, 2145, 2150; Hirte/Fontaine, ZInsO 2017, 1817, 1820). Hierbei darf sich der Schuldner auf den Rat eines fachlich einschlägig ausgewiesenen Beraters verlassen, wenn dieser objektiv nachvollziehbare Gründe für seine Lösung darlegt und sich mit möglichen Gegenargumenten auseinandersetzt (vgl. Fischer, NZI 2016, 665, 670).

87 Erfordert das Sanierungskonzept - wie im Streitfall - in rechtlicher Hinsicht die Zustimmung der Anleihegläubiger und der Aktionäre, muss es eine taugliche Prognose darüber enthalten, ob sich die Zustimmung im erforderlichen Maß erreichen lässt. Das Sanierungskonzept bietet keine ausreichende Erfolgsaussicht, wenn die erforderliche Mitwirkung der Anleihegläubiger und der Gesellschafter oder Anteilseigner von vornherein sehr fraglich ist (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2016 - IX ZR 84/13, WM 2016, 366 Rn. 17) oder gar nicht erreicht werden kann. Kann der Schuldner ernsthaft und auf nachvollziehbarer Grundlage davon ausgehen, dass sich die erforderliche Mitwirkung erreichen lässt, genügt dies den Anforderungen an einen erfolgversprechenden Sanierungsversuch; es bedarf keiner im Voraus abgegebenen rechtlich verbindlichen Zusagen, um einen Benachteiligungsvorsatz auszuschließen.

88 Schließlich ist die Prüfung, welche Aussichten ein Sanierungsversuch hat, laufend an die Veränderung der Umstände anzupassen. Dies gilt insbesondere für die tatsächlichen und rechtlichen Risiken. Der Schuldner muss beobachten und bewerten, wie sich die rechtlichen Risiken während des Sanierungsversuchs entwickeln. Bei bislang ungeklärten oder neuen Rechtsfragen hat der Schuldner für ihn nachteilige veröffentlichte Rechtsprechung einzubeziehen. Dabei muss der Schuldner stets das für den Sanierungsversuch zur Verfügung stehende Zeitfenster beachten. Wesentlicher Gesichtspunkt für das Zeitfenster ist die fortbestehende Zahlungsfähigkeit des Schuldners und die Frage, welche Aussichten bestehen, eine Zahlungsunfähigkeit durch den Sanierungsversuch abzuwenden

oder zu beseitigen. Das Zeitfenster endet, wenn der Insolvenzantrag aus der Perspektive ex ante unabwendbar ist.

89 (2) Die Feststellungen des Berufungsgerichts erlauben keine abschließende Beurteilung, ob das Konzept zur finanziellen Sanierung die rechtlichen Risiken auch in ihren während der Umsetzung eintretenden nachteiligen Veränderungen in vertretbarer Weise einbezogen hat. Ebenso lässt sich auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht beurteilen, ob eine ernsthafte Aussicht bestand, die Aktionäre der Schuldnerin einzubeziehen.

90 (a) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht an, dass die Umwandlung der Forderungen aus der WSV 2012 durch einen Mehrheitsbeschluss der Anleihegläubiger aus der Sicht ex ante einen rechtlich aussichtsreichen Weg zur Entschuldung darstellte. Dies folgt schon daraus, dass der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 1. Juli 2014 (II ZR 381/13, BGHZ 202, 7 ff) bestätigt hat, dass § 24 Abs. 2 SchVG auch für Wandelschuldverschreibungen nach Art der WSV 2012 anwendbar ist.

91 (b) Jedoch genügen die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht, um abschließend beurteilen zu können, ob das Konzept zur Umwandlung der Verbindlichkeiten aus der WSV 2012 trotz der der Schuldnerin nachteiligen tatsächlichen Entwicklung der unklaren Rechtsfrage bis zuletzt erfolgversprechend war. Im Ausgangspunkt ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht allein aus den Entscheidungen des Landgerichts Frankfurt am Main im Fall der P. AG, dem im Beschwerdeverfahren der P. AG erteilten Hinweis des Vorsitzenden des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 15. Dezember 2011 und dem hinsichtlich der WSV 2012 ergangenen Beschluss des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23. Januar 2012

nicht gefolgert hat, dass das Sanierungskonzept nunmehr objektiv keine Erfolgsaussichten mehr hatte. Die Würdigung des Berufungsgerichts ist jedoch unvollständig. Angesichts der für die Schuldnerin nachteiligen Entwicklung und der eine Umsetzung des Sanierungskonzepts ausschließenden Rechtsauffassung der zuständigen Gerichte musste die Schuldnerin ihr Sanierungskonzept überprüfen, ob weiterhin eine erfolgversprechende Aussicht bestand, die Verbindlichkeiten aus der WSV 2012 in Eigenkapital umzuwandeln. Von entscheidender Bedeutung war dabei, ob die Schuldnerin erwarten konnte, innerhalb der noch zur Verfügung stehenden Zeit die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Realisierung des Sanierungskonzepts zu schaffen.

92 Das Berufungsgericht bezieht die Auswirkungen der nachteiligen tatsächlichen Veränderungen nur unzureichend in seine Würdigung der mit dem Sanierungskonzept verbundenen rechtlichen Risiken ein. Es trifft keine Feststellungen dazu, warum für die Schuldnerin nach wie vor eine ernsthafte Aussicht bestand, dass sich das Oberlandesgericht Frankfurt am Main tatsächlich ihrer Rechtsansicht anschließen würde. Dies hängt davon ab, wie die Schuldnerin die für sie negativen Entwicklungen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht bewertet hat und welche Schritte sie unternahm, um das Oberlandesgericht Frankfurt am Main von ihrer Rechtsansicht zu überzeugen. Ebenso wenig trifft das Berufungsgericht Feststellungen dazu, welche Aussichten für die Schuldnerin bestanden, trotz der negativen Entwicklung auch nach dem 23. Januar 2012 eine ausreichende Mitwirkung der Anleihegläubiger und Aktionäre zu erreichen, welche zeitliche Perspektive einbezogen wurde und insbesondere welche Auswirkungen die Veränderungen auf das Zeitfenster aus der Sicht ex ante hatten. Die Schuldnerin musste insoweit nicht nur das Oberlandesgericht Frankfurt am Main von ihrer Rechtsansicht überzeugen, sondern auch die jeweils erforderliche Mehrheit der Anleihegläubiger und Aktionäre.

- 93 Es lässt sich mangels hinreichender Feststellungen daher nicht ausschließen, dass die Schuldnerin nach dem 23. Januar 2012 das Sanierungskonzept allein aus einer bloßen Hoffnung heraus weiterverfolgte. Dies wäre der Fall, wenn die Schuldnerin die tatsächlich eingetretene nachteilige Entwicklung nicht nur als vorübergehend oder umkehrbar eingeschätzt hat, sondern mangels tragfähiger und begründeter Aussichten erkannt hatte, dass der Sanierungsversuch gescheitert war. Insoweit könnte sowohl das Abwarten als auch der Beschluss der Anleihegläubiger vom 27. Februar 2012 nur noch von einer bloßen Hoffnung getragen worden sein.
- 94 Rechtsfehlerhaft bewertet das Berufungsgericht den Versuch der Schuldnerin, eine Änderung des Schuldverschreibungsgesetzes 2009 mit Hilfe eines Lobbyisten herbeizuführen, als ein Indiz für einen erfolgversprechenden Sanierungsversuch. Ein Sanierungsversuch kann grundsätzlich nicht darauf gestützt werden, eine bestehende Rechtslage durch Lobbyarbeit zugunsten des Schuldners zu verändern. Das Berufungsgericht stellt weder fest, dass hierfür ausnahmsweise eine begründete Aussicht auf Erfolg bestand, noch ist ersichtlich, dass der Schuldnerin die für gesetzliche Änderungen erforderliche Zeit zur Verfügung stand. Ebenso würdigt das Berufungsgericht die am 2. Februar 2012 getroffene Vereinbarung mit den klagenden Anleihegläubigern nicht vollständig. Mit der Vereinbarung verschaffte die Schuldnerin widersprechenden Anleihegläubigern Sondervorteile. Zwar müssen für ein Sanierungskonzept die Gläubiger weder gleichbehandelt noch vollständig einbezogen werden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2016 - IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 Rn. 16, 18). Jedoch muss das Sanierungskonzept einbeziehen, ob die Ungleichbehandlung einzelner Gläubiger die Umsetzung gefährdet oder unwahrscheinlich macht. Dies gilt insbesondere, wenn die Gefahr besteht, dass sich Nachahmer finden. Hierzu waren schon deshalb Überlegungen erforderlich, weil die Verbindlichkeiten aus der WSV 2012 am 28. Februar 2012 fällig wurden.

95 (c) Weiter trifft das Berufungsgericht - wie die Revision des Klägers zutreffend rügt - keine ausreichenden Feststellungen dazu, ob Aussichten bestanden, das Einverständnis der Aktionäre der Schuldnerin zu erlangen. Die Umwandlung der Forderungen der Anleihegläubiger der WSV 2012, WSV 2014 und WSV 2015 in Eigenkapital setzte die Zustimmung der Aktionäre der Schuldnerin mit der nach Aktienrecht erforderlichen Mehrheit voraus.

96 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich nicht ausschließen, dass diese Zustimmung bereits vor dem 27. März 2012 sehr fraglich oder nicht erreichbar war. Solange keine gegenteiligen Anhaltspunkte bestanden, durfte die Schuldnerin grundsätzlich davon ausgehen, dass die Aktionäre wirtschaftlich rational handeln. Welche Anforderungen an die Annahme zu stellen sind, dass die Aktionäre mit der erforderlichen Mehrheit zustimmen werden, hängt davon ab, welche Art Mitwirkung den Gesellschaftern oder Anteilseignern nach dem Sanierungskonzept abverlangt wird. Handelt es sich darum, dass ihr Anteil am Gesellschaftskapital durch eine Umwandlung von Gläubigerforderungen in eine Kapitalbeteiligung an der Schuldnerin gemindert werden soll, spricht der mit der andernfalls drohenden Insolvenz verbundene Wertverlust regelmäßig für die Bereitschaft der Anteilseigner, der Maßnahme zuzustimmen. Anders sieht dies aus, wenn den Anteilseignern eine zusätzliche Eigenbeteiligung zur Sanierung abverlangt wird, insbesondere, wenn sie weiteres Kapital zur Verfügung stellen sollen. Insoweit ist es im Ausgangspunkt nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht annimmt, dass die Aktionäre der Schuldnerin aus wirtschaftlicher Vernunft die Sanierungsbemühungen einer Insolvenz vorgezogen hätten und deshalb mit ihrer hinreichenden Zustimmung zu rechnen gewesen sei. Jedoch setzt sich das Berufungsgericht nicht mit dem Vortrag des Klägers auseinander, dass der Hauptaktionär der Schuldnerin das Vorhaben bereits abgelehnt gehabt habe; dies kann einer Erfolgsaussicht entgegenstehen, wenn sich deshalb die erforderliche Mehrheit nicht erreichen ließ.

97 5. Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich hinsichtlich der
Anfechtung der Zahlungen bis zum 27. März 2012 nicht aus anderen Gründen
als richtig.

98 a) Eine Anfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO (jetzt § 133 Abs. 4 InsO nF)
scheidet nicht schon deshalb aus, weil es an einer unmittelbaren Gläubigerbe-
nachteiligung fehlt. Das Berufungsgericht trifft hierzu - von seinem rechtlichen
Ausgangspunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen.

99 aa) Auch das reine Erfüllungsgeschäft zählt zu den entgeltlichen Verträ-
gen im Sinne des § 133 Abs. 2 InsO (BGH, Urteil vom 27. Juni 2019 - IX ZR
167/18, BGHZ 222, 283 Rn. 69 mwN). Das Entgelt besteht in der Befreiung von
der Schuld (BGH, Urteil vom 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 47
mwN).

100 bb) Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ist Voraussetzung für eine
Anfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO. Unmittelbar ist eine Benachteiligung, die
ohne Hinzukommen späterer Umstände schon mit der Vornahme der angefoch-
tenen Rechtshandlung selbst eintritt. Maßgeblicher Zeitpunkt ist derjenige der
Vollendung der Rechtshandlung (BGH, Urteil vom 27. Juni 2019, aaO Rn. 72
mwN). Erfüllungsleistungen des Schuldners führen jedoch nur dann zu einer un-
mittelbaren Benachteiligung der Insolvenzgläubiger, wenn der Schuldner keine
gleichwertige Gegenleistung erhalten hat oder der erfüllte Anspruch rechtlich
nicht mehr durchsetzbar war (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 1995 - IX ZR 61/94,
BGHZ 129, 236, 240 f; vom 10. Juli 2014, aaO Rn. 48; vom 22. Dezember 2016
- IX ZR 94/14, WM 2017, 486 Rn. 17; vom 27. Juni 2019, aaO Rn. 73; Münch-
Komm-InsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl., § 133 Rn. 44 mwN). Dies kann der
Fall sein, wenn das vereinbarte Entgelt den Wert der vom anderen Teil geschul-
deten Leistungen von vorneherein überstieg (BGH, Urteil vom 22. Dezember

2016, aaO). Hingegen werden die Gläubiger durch einen Vertrag, auf Grund dessen der Schuldner für das, was er aufgibt, eine vollwertige Gegenleistung erhält, auch dann nicht unmittelbar benachteiligt, wenn diese Gegenleistung infolge eines weiteren, nicht zu dem Gesamttatbestand des Rechtsgeschäfts gehörenden Umstandes in dem Zeitpunkt nicht mehr in dem Vermögen des Schuldners vorhanden ist, in dem die von ihm zu erbringende Leistung endgültig aus seinem Vermögen herausgeht (BGH, Urteil vom 9. Februar 1955 - IV ZR 173/54, WM 1955, 404, 406; vom 27. Juni 2019, aaO). Ebenso wenig genügt für eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung der reinen Erfüllungsleistung, dass der Schuldner zum Zeitpunkt seiner Leistung insolvenzreif ist, weil bei einer Schuldtilgung auf die Ausgewogenheit der erfüllten Verpflichtungen abzustellen ist (BGH, Urteil vom 6. April 1995, aaO S. 241; vgl. auch BGH, Urteil vom 9. Februar 1955, aaO). Nähere Feststellungen des Berufungsgerichts zu einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung fehlen.

101 b) Einer Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO steht im Streitfall nicht schon entgegen, dass nach der neuen Rechtsprechung des Senats der Benachteiligungsvorsatz nicht allein auf das Indiz der drohenden Zahlungsunfähigkeit gestützt werden kann (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 39). Allerdings handelt in aller Regel nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wer im Zeitpunkt der Rechtshandlung alle seine Gläubiger befriedigen kann (BGH, Urteil vom 6. Mai 2021, aaO Rn. 38). Auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts lässt sich ein Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin bei der Bezahlung der Leistungen der Beklagten nicht ausschließen, weil die Feststellungen des Berufungsgerichts keine abschließende Entscheidung erlauben, ob der Sanierungsversuch untauglich war (vgl. oben Rn. 82 ff) und die Schuldnerin dies erkannt oder billigend in Kauf genommen hat. Revisi-
onsrechtlich ist zugunsten des Klägers zu unterstellen, dass die Schuldnerin dies

erkannt hat und ein zusätzliches Indiz neben der drohenden Zahlungsunfähigkeit vorlag.

102 aa) Ein zusätzliches Indiz kann zum einen darin liegen, dass der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit sicher zu erwarten war und alsbald bevorstand, die Schuldnerin sich bewusst war, dass sie kurzfristig einen Insolvenzantrag stellen würde, und sie - nachdem der Sanierungsversuch gescheitert war - gleichwohl Gläubiger in der verbleibenden Zeit bis zum ohnehin beabsichtigten Insolvenzantrag gezielt befriedigte (vgl. oben Rn. 56 f).

103 bb) Ein zusätzliches Indiz kann weiter in dem mit der Rechtshandlung eingetretenen und vom Schuldner erkannten Ausmaß der Gläubigerbenachteiligung liegen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1997 - IX ZR 47/97, ZIP 1998, 248, 251).

104 (1) Dies gilt vor allem für eine mit der Vollendung der Rechtshandlung verwirklichte unmittelbare Gläubigerbenachteiligung (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 1997, aaO; vom 17. September 2020 - IX ZR 174/19, ZIP 2020, 2135 Rn. 41). Die Voraussetzungen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung (vgl. oben Rn. 100) können bei der Bezahlung von Beraterhonoraren erfüllt sein. So benachteiligen Dienst- oder Geschäftsbesorgungsverträge, die der Schuldner mit Dritten abschließt, die Gläubiger unmittelbar, wenn die vergüteten Dienste objektiv schon bei Abschluss des Vertrags keinen gleichwertigen Nutzen bringen konnten (vgl. Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2013, § 132 Rn. 33). Dies gilt auch für Sanierungsversuche, wenn die versprochene Leistung des Sanierungsberaters objektiv nach ihrer Art von vornherein untauglich ist (vgl. Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, aaO Rn. 34).

105 (2) Ein Benachteiligungsvorsatz kann weiter gegeben sein, wenn der Schuldner das Sanierungsrisiko mit einem untauglichen Sanierungsversuch bewusst den künftigen Insolvenzgläubigern auferlegt (vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 133 Rn. 31). Auch wenn es an einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung fehlt, kann es bei der Bezahlung von Beratungsleistungen ein zusätzliches Indiz für einen Benachteiligungsvorsatz darstellen, wenn die Beratungsleistung zu einem erkennbar untauglichen Sanierungsversuch erfolgt und der Schuldner dies billigend in Kauf nimmt. Gleiches gilt für Leistungen eines Sanierungsberaters, die dieser erbringt, nachdem der ursprünglich aussichtsreiche Sanierungsversuch erkennbar gescheitert ist. Ist der Schuldner drohend zahlungsunfähig, hat ein untauglicher Sanierungsversuch oder die Fortführung eines erkennbar gescheiterten oder nunmehr aussichtslosen Sanierungsversuchs für den Schuldner und die Gläubigersamtheit keinen Nutzen. In diesem Fall führt die weitere Sanierungsberatung allein dazu, dass liquide Mittel abfließen, ohne dass für die übrigen Gläubiger eine Aussicht besteht, mittelbar von den Leistungen des Sanierungsberaters zu profitieren. Der Schuldner erhält für die Zahlung keine Gegenleistung, die aus seiner Sicht den Schluss erlaubt, dass er die Krise zugunsten seiner Gläubiger wird überwinden können. Sofern die Akteure nur ihre eigenen Interessen durchzusetzen versuchen oder aber vor der als unvermeidbar erkannten Antragstellung eine bevorzugte Befriedigung erreichen wollen, spricht dies für einen Benachteiligungsvorsatz (vgl. Kayser, WM 2013, 293, 294).

C.

106 Da die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen

(§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgende Gesichtspunkte hin:

I.

107 Darlegungs- und beweisbelastet für die tatsächlichen Umstände, die über die erkannte (drohende) Zahlungsunfähigkeit hinaus für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz erforderlich sind, ist der Insolvenzverwalter. Das Berufungsgericht wird den Parteien Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag zu geben haben. Da die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Rechtshandlungen nur drohend zahlungsunfähig war, wird das Berufungsgericht in erster Linie zu prüfen haben, ob im Streitfall die für einen Schluss auf den Benachteiligungsvorsatz neben der drohenden Zahlungsunfähigkeit erforderlichen zusätzlichen Indizien vorlagen.

108 Soweit es für diese zusätzlichen Indizien auf den Sanierungsversuch ankommt, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob der Sanierungsversuch zum Zeitpunkt der einzelnen Rechtshandlungen nicht (weiter) erfolgsversprechend war und ob die Schuldnerin dies erkannt hatte. Sollte die Schuldnerin aus der Sicht ex ante auch nach der Entscheidung des Landgerichts Frankfurt am Main vom 23. Januar 2012 auf der Grundlage einer tauglichen Beratung weiter davon ausgegangen sein, dass es ihr innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit gelingen konnte, die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Realisierung des Sanierungskonzepts zu schaffen, spricht dies gegen einen Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin.

II.

109 Hinsichtlich der für eine Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO erforderlichen Kenntnis des Gläubigers kann der Insolvenzverwalter den Vollbeweis führen oder sich auf die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO berufen (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2021 - IX ZR 72/20, BGHZ 230, 28 Rn. 30 ff, 49). Greift die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO ein, bewirkt dies eine Umkehr der Beweislast. Es obliegt dann dem Anfechtungsgegner, darzulegen und zu beweisen, dass er nichts von einem Benachteiligungsvorsatz des Schuldners wusste (BGH, Urteil vom 15. März 2012 - IX ZR 239/09, WM 2012, 711 Rn. 14; vom 21. Januar 2016 - IX ZR 84/13, WM 2016, 366 Rn. 8; vom 12. Mai 2016 - IX ZR 65/14, BGHZ 210, 249 Rn. 23). Den Gläubiger, der über die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und die Gläubigerbenachteiligung unterrichtet ist, trifft deshalb auch die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erlangt hat

(BGH, Urteil vom 3. April 2014 - IX ZR 201/13, WM 2014, 1009 Rn. 40; vom 12. Mai 2016, aaO Rn. 23 mwN).

Grupp

Lohmann

Schoppmeyer

Röhl

Schultz

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 07.05.2015 - 2-32 O 102/13 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 27.12.2019 - 8 U 90/15 -