

Entscheidungsbesprechung

**Inkongruenz der Vorzeitigkeit, § 131 Abs. 1
Alt. 3 InsO - Fortentwicklung seit BGH, AZ: IX
ZR 152/03 (9.6.2005)
Anm. zu OLG Braunschweig, AZ: 9 U 103/22
(28.12.2023), n. rkr.¹**

Das OLG Braunschweig, AZ: 9 U 103/22 (28.12.2023), hat in einem u.a. in der *ZInsO* 2024, 721² zum Abdruck gekommenen (längeren) Endurteil an „versteckter“ Stelle - Ziff. II. 3. c) bb) - die Insolvenzanfechtung gemäß § 131 Abs. 1 Alt. 3 InsO erleichtert, indem es „Vorzeitigkeit“ bzw. „Verfrühung“ nun bereits annimmt, sofern der Insolvenzschuldner mehr als **3** (nicht: 5) Bankgeschäftstage vor Fälligkeit überwiesen hat. Die Zurücknahme auf lediglich noch 3 Bankgeschäftstage, der zuzustimmen ist, hat für die Praxis v.a. hinsichtlich der Sozialversicherungsträger erhebliche Bedeutung, ohne dass sie bislang genügend beachtet zu werden scheint. Vielmehr ist, nahezu allenthalben, zu lesen, dass der Insolvenzschuldner bis zu 5 Bankgeschäftstage zu zeitig überweisen könne, ohne dass dies bereits Inkongruenz „der Zeit nach“ bedeute³. Hierbei bezieht man sich auf BGH, AZ: IX ZR 152/03 (9.6.2005), Ziff. II. 2. b) (S. 7f.)⁴, ohne zu bedenken, dass die seinerzeit maßgebliche Begründung, § 676a Abs. 2 S. 2 Nr. 2 BGB a.F.⁵, bereits seit längerem entfallen ist⁶. Er ist gemäß Art. 11 Abs. 2 S. 1 des „Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht“ vom 29.7.2009 zum 31.10.2009 durch § 675s BGB, konkret: dessen Abs. 1 S. 1 HS. 1, ersetzt worden. Hierdurch ist die

Ausführungsfrist für inländische Überweisungen auf einen Bankgeschäftstag verringert worden, was Erwägung 43 der „Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007“⁷ entspricht, durch die die Mitgliedsstaaten auf „zügigere gemeinschaftsweiter Abwicklung von Zahlungen“ verpflichtet wurden. Nach dieser Maßgabe müssen die Erwägungen des 9. Zivilsenats vom 9.6.2005 „angepasst“ (jetzt „1+2“ statt zuvor „3+2“) werden, die sich im Übrigen nach wie vor in dessen ständige Rechtsprechung einfügen. Als inkongruent sollen nämlich nur solche Befriedigungen erleichtert anfechtbar sollen, die „im Hinblick auf die nahe bevorstehende Insolvenz besonders verdächtig“ sind⁸. Dies sei auch bei besonders zeitigen Leistungen denkbar, die der Schuldner erbringe, zu der sie noch nicht fällig seien, der Gläubiger sie also noch nicht fordern könne. Verdächtig und inkongruent seien sie indes nur, wenn „die Zeitspanne der Verfrühung die voraussichtliche Dauer des Zahlungsvorgangs nennenswert überschreite“⁹, wofür ihm „die üblicherweise zu erwartende Dauer einer Zahlung durch Überweisung“ Orientierung sein dürfe. Dementsprechend hat er auf die seinerzeitige „Ausführungsfrist“ von 3 Bankgeschäftstagen noch 2 Bankgeschäftstage „aufgeschlagen“, innerhalb derer der Schuldner jedenfalls davon ausgehen könne, die Rechtzeitigkeit einer Zahlung sicherzustellen, zumal ihm zugestanden werden müsse, nicht in Verzug geraten zu wollen. Nach dieser Maßgabe ist es unter Geltung des § 675s Abs. 1 S. 1 HS. 1 BGB, wie vom OLG Braunschweig zu Recht hervorgehoben, nur mehr gerechtfertigt, dem Schuldner **3** Bankgeschäftstage (= „1+2“) als „Zeit-

¹ BGH, AZ: IX ZR 13/24 (anhängig)

² Beck RS 2023, 43264 = NZI 2024, 418 = ZIP 2024, 702 = ZRI 2024, 152

³ Bograkos in: Haarmeyer/Huber/Schmittmann Praxis der Insolvenzanfechtung (5. Aufl. 2023) § 131 Rdnr. 18; Rogge/Leptien in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (10. Aufl. 2024) § 131 Rdnr. 22

⁴ übereinstimmend: OLG Saarbrücken, AZ: 4 U 212/11 (10.7.2012), Rdnr. 46, juris (Überweisung des 6.8.2008 bei Fälligkeit des 18.08.2008)

⁵ § 676a Abs. 2 Nr. 2 BGB a.F.: „Soweit keine anderen Fristen vereinbart werden, sind Überweisungen baldmöglichst zu bewirken. Es sind (...) 2. inländische Überweisungen in Inlandswährung längstens binnen drei Bankgeschäftstagen auf

das Konto des Kreditinstituts des Begünstigten (...) zu bewirken (Ausführungsfrist)“, vgl. BGBl. Teil I 1999, 1642 (1643)

⁶ verfehlt daher: Gehrlein/Thole Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung (16. Aufl. 2024), Rdnr. 485 (Seite 136): „... nicht mehr als drei bis fünf Bankgeschäftstage (§ 676a Abs. 2 BGB)“

⁷ vollständig: „Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.11.2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt, zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG und 2006/48/EG sowie zur Aufhebung der Richtlinie 97/5/EG.“

⁸ BGH, AZ: IX ZR 144/08 (6.5.2010), Rdnr. 5

⁹ BGH, AZ: IX ZR 152/03 (9.6.2005), Ziff. II. 2. b) (S. 7f.)

spanne der Verführung“ zuzugestehen. Eine diesen Zeitraum *überschreitende* Leistungsverführung ist als **inkongruent** zu behandeln¹.

von Rechtsanwalt Thomas Pluskat (Heilbronn)

Insolvenzanfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO in „Quittungsfällen“

Anm. zu OLG Frankfurt, AZ: 4 U 266/22 (26.7.2023), rkr.2

Die Grundsätze der Rechtsprechung, Zwangsvollstreckungen betreffend, sind für § 133 Abs. 1 S. 1 InsO seit langem eindeutig³. Selbstbestimmtes Handeln und die Möglichkeit, nach eigenem Belieben zu entscheiden, müssen feststellbar sein, damit es im Rahmen von § 133 Abs. 1 S. 1 InsO „willensgeleitete“ bzw. „verantwortungsgesteuerte“ Rechtshandlung ist⁴. Der 9. Zivilsenat beschreibt immer ein „Ausgeliefertsein“, wenn er eine Rechtshandlung verneint. Habe der Schuldner nur noch die Wahl, die geforderte Zahlung zu leisten oder die Zwangsvollstreckung zu dulden, fehle es an einer Rechtshandlung. Selbstbestimmt ist die aus Anlass einer Zwangsvollstreckung erfolgende Vermögensverlagerung dabei bereits, wenn der Schuldner zumindest zu ihr beigetragen hat. Ausreichend ist eine „mitwirkende“ Rechtshandlung, etwa, indem die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Pfändung durch den Schuldner geschaffen werden. Der Beitrag des Schuldners muss allerdings „bei wertender Betrachtung (...) ein der Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers zumindest vergleichbares Gewicht erreichen“⁵. Derartige Ausnahmen bzw. Sonderfälle fordern vom Insolvenzverwalter, der insoweit die Darlegungs- und Beweislast trägt, immer besonders sorgfältigen Vortrag⁶. Ihm ist eine genaue Rekonstruktion des Geschehens abzuverlangen, um

einen fördernden Beitrag des Schuldners darstellen zu können. Aus den Quittungen kann sich bspw. ergeben, dass sich Insolvenzschuldner und Vollziehungsbeamter an einem dritten Ort verabredet hatten, sich dieser für seine Diensthandlung also nicht an dessen Wohn- bzw. Geschäftssitz begeben hat. Auch können die Quittungen ein zwischen beiden vorher abgesprochenes Zusammentreffen in regelmäßigen Rhythmus (von z. B. 2 oder 4 Wochen) nahelegen. Typischerweise wird es sich dann obendrein um einen ganz bestimmten Wochentag handeln, da Vollziehungsbeamte ihre Sprengel zumeist in eingeübter Gewohnheit bzw. Abfolge durchreisen. All dies deutet auf eine Selbstbestimmtheit des die Zwangsvollstreckung fördernden Insolvenzschuldners hin, der den Vollziehungsbeamten eben nicht vergebens hat warten oder klingeln lassen.

Das OLG Frankfurt, AZ: 4 U 266/22 (26.7.2023)⁷, erkennt solch Selbstbestimmtheit auch anhand „glatter Beträgen“⁸, die der Vollziehungsbeamte übergeben erhält. Hierin ist dem Berufungsgericht uneingeschränkt zuzustimmen⁹, da sich der Schuldner in solchen Konstellationen überhaupt keinem „vollstreckungsbereiten“ Vollziehungsbeamten gegenüber sieht. Die Zwangsvollstreckung wird dann vielmehr von Schuldner und Vollziehungsbeamtem „eivernehmlich betrieben“¹⁰, was „Zwang“, d.h. Unausweichlichkeit, ausschließt. Für den Schuldner schafft eine solche Person keine Ausweglosigkeit, da ein Zugriff auf die Kasse, eine Nachschau in den Räumlichkeiten nicht in Rede steht. Solch ein Vollziehungsbeamter holt „glatte Beträge“ gleich einem Boten ab, ohne überhaupt vollstrecken zu wollen. Ob sich in Schreibtischen und Schränken evtl. etwas Wertvolles bzw. Pfändbares befindet, wird nicht ergründet. In der Regel zeigt das Kassenbuch dies besonders eindrücklich, weshalb es

¹ zustimmend: Smid ZInsO 2024, 721 (723); nur referierend: Klefisch ZIP 2024, 1373 (1374), im Übrigen - wohl versehentlich - auf Wochentage, nicht auf Bankgeschäftstage abstellend.

² BGH, AZ: IX ZR 161/23 (20.6.2024): Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen

³ Statt aller: Ganter/Weinland in: K. Schmidt InsO (20. Aufl. 2023) § 133 Rdnrn. 20-24; Bograkos in: Haarmeyer/Huber/Schmittmann Praxis der Insolvenzanfechtung (5. Aufl. 2023) § 133 Rdnrn. 10-12; Rogge/Leptien in: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (10. Aufl. 2024) § 133 Rdnrn. 6, 7

⁴ BGH, AZ: IX ZR 48/15 (1.6.2017), Rdnr. 14; IX ZR 108/16 (14.9.2017), Rdnr. 12

⁵ BGH, AZ: IX ZR 48/15 (1.6.2017), Rdnr. 17; IX ZR 108/16 (14.9.2017), Rdnr. 13

⁶ Hiebert KKZ 20118, 145 (151)

⁷ BeckRS 2023, 21179 = ZInsO 2024, 950 = ZRI 2023, 709 = ZIP 2024, 359

⁸ Im Tatbestand werden für den 20.7.2015 7.800,00 €, für den 24.09.2015 12.000,00 € und für den 22.10.2015 8.000,00 € genannt.

⁹ Ebenso: Rodi EWIR 2024, 153 (154). Fuchs - GWR 2024, 117 (118) - beleuchtet in seiner Anm. lediglich die Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO), nachdem der Beklagte behauptet bzw. gemutmaßt hatte, der Geschäftsführer der Insolvenzschuldner habe sein eigenes Vermögen eingesetzt.

¹⁰ OLG Stuttgart, AZ: 9 U 109/08 (21.1.2009), Ziff. II. 1. b) samt BGH, AZ: IX ZR 33/09 (26.1.2012) im Anschluss

sich den Insolvenzverwalter zum Abgleich eignet. Die dort eingetragenen Barmittel werden typischerweise nicht, ja nicht einmal zum Teil, mitgenommen. Es liegt auf der Hand, dass die Finanzverwaltung auf diese Weise nicht vollstreckt, da jeder „echten“ Zwangsvollstreckung das Risiko der Fruchtlosigkeit innewohnt, über die dann ein Protokoll auszustellen wäre, was aber gerade nicht geschieht und auch nicht geschehen soll. Der Schuldner soll nicht auf die Probe eines unerbittlichen zu Ende Vollstreckens gestellt werden. Vielmehr darf er die berechtigte Erwartung hegen, die Steuerverwaltung werde ihn weiter wirtschaften lassen, sofern er wenigstens gelegentlich gewisse Gelder zur Verfügung stellt, um die Rückstände nicht „eskalieren“ zu lassen.

Das OLG Frankfurt, AZ: 4 U 266/22 (26.7.2023) macht im Übrigen „Teilzahlungen“¹ bei „Stehenbleiben“ erheblicher Rückstände als willensgeleitet und verantwortungsgesteuert aus. Auch dem ist in vollem Umfang zuzustimmen. Besonders längere laufende Beitreibungen offenbaren in der Praxis immer wieder ein z.T. über Jahre² praktiziertes Teilvollstrecken. Es ist am Insolvenzverwalter dies anhand der Quittungen (und den in ihnen festgehaltenen Verwendungen) im Einzelnen darzustellen. Etwa, in dem vortragen wird, an wie vielen unterschiedlichen Tagen für ein und dieselben USt- und/oder LSt-monat erschienen werden musste. Oder, in dem die beigetriebenen zu den nicht beigetriebenen Verbindlichkeiten des konkreten Zwangsvollstreckungsauftrags ins Verhältnis gesetzt werden, um so die „faktische“ Fruchtlosigkeit hervorzuheben, auf die sich der Gläubiger dann „eingerichtet“³ haben wird. Augenfällig sind auch Kleinstbeträge von weniger als 50,00 € oder 100,00 €, die nach dem „kunstvollen“ Verteilen der unzureichenden Beträge zuletzt für einzelnen Steuerarten übrigbleiben; an ihnen lässt sich das Teilvollstrecken leicht anschaulich zeigen.

Fazit: In „Quittungsfällen“ des § 133 Abs. 1 S. 1 InsO darf nicht übereilt von einer Insolvenzfestigkeit der durchgeführten Zwangsvollstreckung ausgegangen werden. Vielmehr ist mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob sich der Schuldner auf die Hinnahme der berechtigten Zwangsvollstreckung des Gläubigers beschränkt oder zur Vermögensverlagerung durch

eigene Entscheidung beigetragen, sie also gefördert hat.

von Rechtsanwalt Thomas Pluskat (Heilbronn)

AGV-SEMINARE FÜR NEUE SACHBEARBEITER

- INSO-FÜHRERSCHEIN - AUFTAKT INSOLVENZRECHT
- HERZLICH WILLKOMMEN - DER GELUNGENE EINSTIEG IN DIE PRAXIS DER INSOLVENZSACHBEARBEITUNG
- RSB-SB INSOLVENZSACHBEARBEITUNG IM RESTSCHULDBEFREIUNGSVERFAHREN
- U.V.M.

DAS BASISWISSEN FÜR EINE BERUFLICHE TÄTIGKEIT IM BÜRO EINES INSOLVENZVERWALTERS, KOMPAKT ONLINE VERMITTELT

WWW.AGV-SEMINARE.DE / TAG/EINSTEIGER /

¹ Der Abschlag des 22.10.2015 i.H.v. 8.000,00 € ließ 16.381,54 € offenbleiben; für die zwei anderen quittierten Barzahlungen wird das Verhältnis nicht mitgeteilt.

² OLG München, AZ: 20 U 4101/06 (28.03.2007), abgedruckt u.a. OLG-Report 2007, 533: Für das Finanzamt Landshut war dies

zwischen dem 18.5.1999 und dem 19.2.2004 und damit über ca. 4 Jahre und 9 Monate feststellbar, s. Rdnr. 21.

³ BGH, AZ: IX ZR 93/06 (20.12.2007), Rdnr. 35