

# DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

# DZWIR

Herausgeber: Wilhelm Bichlmeier, Rainer Funke, Reinfrid Fischer, Hartmut Oetker, Susanne Riedemann, Jan Roth, Frank Schäffler, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

Korrespondierender Beirat: Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Ottmar Hermann, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Harald Schliemann, Detlef Stürmann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Mark Zeuner

Schriftleitung: Michael Schmidt

## Aufsatz

Prof. Dr. iur. Markus Gehrlein

## Merkwürdigkeiten der Insolvenzanfechtung

<https://doi.org/10.1515/dwir-2026-0027>

### I. Einleitung

Die in §§ 129 bis 147 InsO geregelte Insolvenzanfechtung bildet eine praktisch wie auch rechtlich bedeutsame Materie. Die Insolvenzanfechtung setzt die Verwalter in den Stand, die regelmäßig notleidende Masse aufzufüllen. In der Rechtsanwendung erweist sich das Insolvenzanfechtungsrecht als komplex, weil es – etwa bei der Frage, ob eine dingliche Sicherung eine Gläubigerbenachteiligung ausschließt – mit dem materiellen Recht eng verwoben, andererseits aber – weil etwa die Insolvenzanfechtung nicht auf eine Vernichtung von Rechtsgeschäften, sondern auf schuldrechtliche Ansprüche gerichtet ist – durch eine eigene Begriffsbildung gekennzeichnet ist. Bei dieser Sachlage kann es nicht verwundern, dass die Auslegung des Insolvenzanfechtungsrechts immer wieder mit neuen Herausforderungen konfrontiert ist. Nachfolgend soll der Frage nachgegangen werden, ob die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung für einzelne Anfechtungstatbestände entwickelte Auslegungskriterien überzeugen und mit allgemeinen insolvenzrechtlichen Wertungen harmonisieren.

**Markus Gehrlein**, Dr. iur., Richter am Bundesgerichtshof a.D. in Karlsruhe, Honorarprofessor an der Universität Mannheim

### II. Nachweis des Benachteiligungsvorsatzes und seiner Kenntnis bei der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO)

Die Anforderungen an die Vorsatzanfechtung wurden in den vergangenen Jahren bekanntlich deutlich verschärft. Ernsthafte Anfechtungschancen bestehen im Blick auf die Schwierigkeiten des Nachweises der subjektiven Merkmale nur, wenn entweder von einer fehlenden Schuldendeckungsfähigkeit des Schuldners auszugehen ist oder er eine inkongruente Deckung bewirkt hat.

#### 1. Verschärfung des Indizes der Zahlungsunfähigkeit in künftig fehlende Schuldendeckungsfähigkeit

Der Schluss von der erkannten Zahlungsunfähigkeit auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und auf die Kenntnis von diesem fügt sich nach der maßgeblichen Leitentscheidung des Bundesgerichtshofs vom 6. 5. 2021 nicht ohne Bruch in die Systematik der Anfechtungstatbestände ein. Entsprechendes gilt für die Systematik des § 133 Abs. 1 InsO selbst. Die Annahme der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung allein aufgrund erkannter Zahlungsunfähigkeit lässt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs vor diesem Hintergrund einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers zweifelhaft erscheinen.<sup>1</sup> Der Schluss von der erkannten Zahlungsunfähigkeit

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567 Rn. 31; vgl. aus jüngerer Zeit BGH, Urt. v. 18. 4. 2024 – IX ZR 239/22, DZWIR 2024, 565 mit Bespr. Kaufmann, DZWIR 2024, 527 Rn. 15.

keit auf die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung führt nach Einschätzung des IX. Zivilsenats im Fall der Gewährung kongruenter Deckungen zu einem weitgehenden Gleichlauf mit den Voraussetzungen der Deckungsanfechtung nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO und damit faktisch zu einer Verlängerung des nach dieser Vorschrift maßgeblichen Anfechtungszeitraums von drei Monaten auf zehn Jahre nach altem Recht (§ 133 Abs. 1 Satz 1 InsO a. F.) und auf vier Jahre nach neuem Recht (§ 133 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 InsO). Das stößt nicht nur auf gesetzssystematische Bedenken. Auch ein entsprechender Wille des Gesetzgebers erscheint dem Bundesgerichtshof zweifelhaft. Die Regelung des § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO beruht auf dem Gedanken, dass ein Gläubiger, der eine kongruente Deckung erhalten hat, grundsätzlich darauf vertrauen können soll, die ihm zustehende Leistung behalten zu dürfen. Dieses Vertrauen soll zwar dann keinen Schutz verdienen, wenn der Gläubiger wusste, dass die Krise eingetreten war. Das Risiko, dass er die empfangene Leistung zur Insolvenzmasse zurückgewähren muss, soll der Gläubiger indes auch in diesem Fall im Grundsatz nur dann tragen, wenn das Insolvenzverfahren innerhalb einer begrenzten Zeit nach Erhalt der Leistung eröffnet wird. Dieses Ansinnen wird verfehlt, wenn man die Anfechtung einer kongruenten Deckung nach § 133 Abs. 1 InsO schon dann für möglich hält, wenn der Schuldner erkanntermaßen zahlungsunfähig war.<sup>2</sup>

Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz kann nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht allein daraus abgeleitet werden, dass der Schuldner im Zeitpunkt der Rechtshandlung nicht in der Lage ist, sämtliche Gläubiger zu befriedigen. Von entscheidender Bedeutung für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist vielmehr, 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. Dies kann aus der im Moment der Rechtshandlung gegebenen Liquiditätsslage nicht in jedem Fall mit hinreichender Gewissheit abgeleitet werden. Die gegenwärtige Zahlungsunfähigkeit allein spricht für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz in dem vom Bundesgerichtshof verstandenen Sinn, 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.<sup>3</sup> Dazu müssen die Verbindlichkeiten nach Art, (Gesamt-)Höhe, Anzahl und Bedeutung so beschaffen sein, dass aus der Sicht ex ante für jeden objektiven Betrachter in der Position des Schuldners selbst bei optimistischer Betrachtung unzweifelhaft klar sein muss, diese würden nicht mehr

vollständig befriedigt. Das kommt laut Bundesgerichtshof etwa in Betracht, wenn es sich um Verbindlichkeiten handelt, welche die erwartbare Schuldendeckungsfähigkeit des Schuldners offensichtlich bei weitem übersteigen.<sup>4</sup> 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, muss der Schuldner davon ausgehen dürfen, 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.<sup>5</sup>

## 2. Indiz der Inkongruenz

Die Gewährung einer inkongruenten Deckung ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ein eigenständiges Beweisanzeichen. Dieses ist schon dann zu berücksichtigen, wenn die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintraten, als zumindest aus der Sicht des Empfängers der Leistung Anlass bestand, an der Liquidität des Schuldners zu zweifeln.<sup>6</sup> Bei einer kongruenten Deckung setzt der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners im Fall der erkannten Zahlungsunfähigkeit zusätzlich voraus, dass der Schuldner im maßgeblichen Zeitpunkt wusste oder jedenfalls billigend in Kauf nahm, seine übrigen Gläubiger auch künftig nicht vollständig befriedigen zu können; dies richtet sich nach den ihm bekannten objektiven Umständen.<sup>7</sup> Davon zu unterscheiden ist die Fallgruppe der inkongruenten Deckungen. Die Gewährung einer inkongruenten Deckung beeinträchtigt die prinzipiell gleichen Befriedigungschancen, weil der Gläubiger kein Recht hat, diese Leistung zu fordern. Gerade das Recht des Gläubigers, die Leistung zu fordern, unterscheidet kongruente und inkongruente Rechtshandlungen. Daher ist die Gewährung einer inkongruenten Deckung in der Regel ein starkes Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners, wenn Anlass bestand, an der Zahlungsfähigkeit des Schuldners zu zweifeln; drohende Zahlungsunfähigkeit ist insoweit nicht einmal erforderlich. Hieran hat die Neuausrichtung der Vorsatzanfechtung, wie der

2 BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567 Rn. 33.

3 BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567 Rn. 36.

4 BGH, Urt. v. 18. 4. 2024 – IX ZR 239/22, DZWIR 2024, 565 mit Bespr. Kaufmann, DZWIR 2024, 527 Rn. 22.

5 BGH, Urt. v. 18. 4. 2024 – IX ZR 129/22, DZWIR 2024, 506 Rn. 30.

6 BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567 Rn. 32; Urt. v. 18. 1. 2024 – IX ZR 6/22, DZWIR 2024, 436 Rn. 13.

7 BGH, Urt. v. 18. 1. 2024 – IX ZR 6/22, DZWIR 2024, 436 Rn. 17.

Bundesgerichtshof betont, nichts geändert.<sup>8</sup> Wird ein Entgelt für Leistungen versprochen und gezahlt, die aufgrund einer früheren Vereinbarung als unentgeltlich hätten beansprucht werden können, so stellt dies – ebenso wie eine sogenannte inkongruente Deckung – ein starkes Beweisanzeichen dafür dar, dass die Gemeinschuldnerin sich einer Benachteiligung ihrer Gläubiger bewusst ist.<sup>9</sup>

### 3. Stellungnahme

Die Rechtsprechung begegnet verschiedenen Bedenken.

#### a) Das Argument des Abstandsgebots

##### aa) Notwendiger Abstand zu § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO bei kongruenter Deckung

Die Notwendigkeit, das Indiz der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit zum Wissen um die künftig fehlende Schuldendeckungsfähigkeit zu verschärfen, hat der Bundesgerichtshof aus dem Abstandsgebot zwischen § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO zu § 133 Abs. 1 InsO hergeleitet. Die in der kritischen Zeit von drei Monaten vor Antragstellung für kongruente Deckungen im Fall der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit eingreifende Anfechtung dürfe nicht faktisch verlängert werden, indem bei Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit auch die auf einen Anfechtungszeitraum von vier Jahren bezogene Vorsatzanfechtung eingreife.

Diese auf das Abstandsgebot bezogene Würdigung mag im Ansatz gewisse Gründe auf ihrer Seite haben. Immerhin lässt sie außer Betracht, dass § 130 Abs. 1 Satz 1 InsO nur eine Kenntnis des Gläubigers von der Zahlungsunfähigkeit, nicht auch – wie es der früheren Rechtsprechung zu § 133 Abs. 1 InsO entsprach – des Schuldners verlangt, wengleich dieser regelmäßig entsprechend informiert sein dürfte. Zudem griff das Indiz nicht ein, wenn der Schuldner auf Grund konkreter Umstände, etwa der sicheren Aussicht, demnächst Kredit zu erhalten oder Forderungen realisieren zu können, mit einer baldigen Überwindung der Krise rechnen durfte.<sup>10</sup> Nicht zuletzt ist zu betonen, dass die beiderseitige Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit nach der früheren Rechtsprechung im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO lediglich ein Indiz bildete,<sup>11</sup> nicht aber zum Vollbeweis führte, wie der IX. Zivilsenat suggeriert.<sup>12</sup>

##### bb) Notwendiger Abstand zu § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO bei inkongruenter Deckung

Der Bundesgerichtshof hat betont, dass die Umgestaltung der Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung bei kongruenten Deckungen das für den Nachweis des Benachteiligungsvorsatzes angewandte Indiz der Inkongruenz nicht berühre.

Immerhin ist zu berücksichtigen, dass im Rahmen des § 133 InsO – ebenso wie kongruente Deckungen in § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO – inkongruente Deckungen in § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO ein Gegenstück finden. Diese Bestimmung greift in der kritischen Zeit ein, wenn – neben weiteren Voraussetzungen – dem Anfechtungsgegner bekannt war, dass die maßgebliche Rechtshandlung die Gläubiger benachteiligt.

Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO hat nach höchstrichterlicher Rechtsprechung der Gläubiger, der weiß, dass der Schuldner wegen seiner finanziell beengten Lage in absehbarer Zeit nicht mehr fähig ist, sämtliche Insolvenzgläubiger zu befriedigen.<sup>13</sup> Nach § 131 Abs. 2 Satz 1 InsO steht der Kenntnis der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen. Der Gläubiger muss solche Tatsachen kennen, aus denen sich bei zutreffender rechtlicher Beurteilung zweifelsfrei ergibt, dass der Schuldner infolge seiner Liquiditäts- und Vermögenslage in absehbarer Zeit seine Zahlungspflichten nicht mehr in vollem Umfang erfüllen kann und dass dann Insolvenzgläubiger wenigstens teilweise leer ausgehen.<sup>14</sup> Wie der Bundesgerichtshof schon seinerzeit betonte, bildet im Rahmen der Vorsatzanfechtung des § 133 InsO eine inkongruente Deckung in der Regel ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und für die Kenntnis des Gläubigers. Voraussetzung ist allerdings, dass die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintraten, als zumindest aus der Sicht des Empfängers der Leistung Anlass bestand, an der Liquidität des Schuldners zu zweifeln.<sup>15</sup>

Für § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO folgt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung daraus, dass der Inkongruenz dann ein gemäß § 286 ZPO zu berücksichtigendes Beweisanzeichen für eine Kenntnis des Anfechtungsgegners von einer Gläubigerbenachteiligung zu entnehmen sein kann, wenn er bei Vornahme der Handlung wusste, dass sich der Schuldner in einer finanziell beengten Lage befand. Wollte man die Indizwirkung einer inkongruenten Deckung im Rahmen von

<sup>8</sup> BGH, Urt. v. 18. 1. 2024 – IX ZR 6/22, DZWIR 2024, 436 Rn. 18.

<sup>9</sup> BGH, Urt. v. 15. 12. 1994 – IX ZR 18/94, ZIP 1995, 297, 299.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 8. 1. 2015 – IX ZR 198/13, DZWIR 2015, 380 Rn. 9.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 7. 5. 2020 – IX ZR 18/19, DZWIR 2020, 584 Rn. 7, 10.

<sup>12</sup> BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567 Rn. 30.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 18. 12. 2003 – IX ZR 199/02, DZWIR 2004, 297 mit Bespr. Smid, DZWIR 2004, 265, 274 Rn. 22.

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 18. 12. 2003 – IX ZR 199/02, DZWIR 2004, 297 mit Bespr. Smid, DZWIR 2004, 265, 274 Rn. 23.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 18. 12. 2003 – IX ZR 199/02, DZWIR 2004, 297 mit Bespr. Smid, DZWIR 2004, 265, 274 Rn. 26.

§ 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO gänzlich vernachlässigen, führte dies nach Ansicht des Bundesgerichtshofs dazu, dass eine innerhalb von drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag erfolgte inkongruente Deckung nach § 133 Abs. 1 InsO leichter anfechtbar wäre als nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO. Ein derartiger Wille kann laut Bundesgerichtshof dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden.<sup>16</sup>

Bei der Regelung des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO handelt es sich nach der Charakterisierung des Gesetzgebers

»um einen auf inkongruente Deckungen bezogenen Sonderfall der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung«. <sup>17</sup>

»Bei Rechtshandlungen des Schuldners wird unwiderleglich vermutet, daß er die anderen Gläubiger benachteiligen wollte und daß dem Anfechtungsgegner dieser Wille bewußt war.«<sup>18</sup>

Mit anderen Worten ist bei inkongruenten Deckungen die Anfechtung innerhalb der kritischen Zeit nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO unter weitgehend identischen Voraussetzungen wie bei § 133 Abs. 1 InsO eröffnet, der eine Anfechtungsfrist von vier Jahren vorsieht. Der Bundesgerichtshof hat bisher nicht erwogen, im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO das Indiz der Inkongruenz mit Rücksicht auf das Abstandsgebot zu § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu streichen. Dies sei ihm hiermit auch nicht empfohlen. Nur zeigen die Überlegungen zu § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO, dass in Fällen der Zahlungsunfähigkeit die Argumentation mit dem Abstandsgebot zu § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO höchst zweifelhaft ist.

### cc) Gewicht der Indizien

Es bestehen Zweifel, ob es entsprechend der Würdigung des Bundesgerichtshofs sachgerecht ist, dem Indiz der Inkongruenz für den Nachweis der subjektiven Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 InsO ein höheres Gewicht als der Zahlungsunfähigkeit beizumessen. Begleitet der Schuldner im Stadium der Zahlungsunfähigkeit eine Forderung, ist nach neuerer Rechtsprechung für die Vorsatzanfechtung kein Raum. Gewährt der Schuldner bei bloßen Liquiditätszweifeln eine nachträgliche, inkongruente Sicherung, soll hingegen eine Vorsatzanfechtung möglich sein. Liefert ein nach Zeitungsberichten zahlungsunfähiges Versandunternehmen eine Waschmaschine an einen Kunden aus, scheidet eine Vorsatzanfechtung aus. Bedient sich das Unternehmen bei der Auslieferung des Herstellers als Dritten und bestehen Liquiditätszweifel, hat die Vorsatzanfechtung hin-

gegen Erfolg, weil es sich um eine inkongruente Deckung handelt. Dies kann schwerlich einleuchten.

### c) Friktionen gegenüber §§ 15 a, 15 b InsO

Wie andernorts bereits näher ausgeführt, lässt sich die Rechtsprechung, die trotz beiderseitigen Wissens um die Zahlungsunfähigkeit die Bestimmung des § 133 Abs. 1 InsO für unanwendbar erklärt, mit den Schlüsselvorschriften der §§ 15 a, 15 b InsO nicht vereinbaren.

#### aa) Regelungsziele der §§ 15 a, 15 b InsO

Ein Insolvenzantrag ist unverzüglich nach Eintritt der Insolvenzreife, Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, zu stellen. Während im Blick auf etwaige Sanierungsbemühungen die Höchstfrist für die Antragstellung bei beiden Insolvenzgründen in der Vergangenheit drei Wochen betrug, wurde sie für den Insolvenzgrund der Überschuldung auf sechs Wochen ausgeweitet. Dies soll es dem Schuldner ermöglichen, laufende Sanierungsbemühungen außergerichtlich noch zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen oder gegebenenfalls eine Sanierung im präventiven Restrukturierungsrahmen oder auf der Grundlage eines Eigenverwaltungsverfahrens ordentlich und gewissenhaft vorzubereiten.<sup>19</sup>

Über die Begleitvorschrift des § 15 b InsO soll die künftige Insolvenzmasse im Interesse der künftigen Insolvenzgläubiger vor einer Schmälerung bewahrt werden. Die Bestimmung des § 15 b Abs. 1 Satz 1 InsO statuiert ein Zahlungsverbot der Mitglieder des Vertretungsorgans oder Abwickler der juristischen Person im Stadium der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. Der Begriff der Zahlung ist, wie auch im Rahmen der bestehenden Regelungen und entsprechend der masseschützenden Zielrichtung des Zahlungsverbots, weit auszulegen. § 15 b Abs. 1 Satz 2 InsO nimmt solche Zahlungen aus, die mit der Sorgfalt eines ordnungsgemäßen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind.<sup>20</sup>

Innerhalb der durch § 15 a InsO bestimmten Antragsfrist von drei Wochen seit Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und sechs Wochen seit Eintritt der Überschuldung dürfen gemäß § 15 b Abs. 2 Satz 2 InsO Zahlungen im ordnungsgemäßen Geschäftsgang geleistet werden, solange die Antragspflichtigen Maßnahmen zur nachhaltigen Beseitigung der Insolvenzreife oder zur Vorbereitung eines Insolvenz-

<sup>16</sup> BGH, Urt. v. 18. 12. 2003 – IX ZR 199/02, DZWIR 2004, 297 mit Bespr. Smid, DZWIR 2004, 265, 274 Rn. 29.

<sup>17</sup> BT-Drs. 12/2443 S. 159.

<sup>18</sup> BT-Drs. 12/2443 S. 159.

<sup>19</sup> BR-Drs. 619/20 S. 224.

<sup>20</sup> BR-Drs. 619/20 S. 225.

antrags mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters betreiben. Dadurch soll für diejenigen Geschäftsleiter, welche die Insolvenzantragspflicht nicht verletzen, weil sie im Rahmen der Höchstzeiträume des § 15a Abs. 1 Sätze 1 und 2 InsO noch Maßnahmen zur Insolvenzabwendung ergreifen dürfen, ein großzügigerer Maßstab gelten als in der Vergangenheit.<sup>21</sup>

### bb) Stellungnahme des BGH zur Vereinbarkeit seiner Rechtsprechung mit §§ 15a, 15b InsO

Es bedarf keiner eingehenden Darlegung, dass die höchstgerichtliche Rechtsprechung mit §§ 15a, 15b InsO kollidiert, soweit sie trotz beiderseitigen Wissens um die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und damit um die Anwendbarkeit der §§ 15a, 15b InsO eine Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO) ablehnt. Aus der Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO oder dem Zahlungsverbot nach § 15b InsO ergibt sich nach Auffassung des Bundesgerichtshofs, der die Problematik der §§ 15a, 15b InsO in der eine GmbH betreffenden Grundsatzentscheidung vom 6. 5. 2021<sup>22</sup> überhaupt nicht erwogen hat, 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.<sup>23</sup> Die Anforderungen an den Benachteiligungsvorsatz müssen danach auch die Bedürfnisse des Verkehrsschutzes einbeziehen.<sup>24</sup> Zudem begnügen sich §§ 15a, 15b InsO nach Ansicht des IX. Zivilsenats mit einfacher Fahrlässigkeit oder einem sorgfaltswidriges Handeln, während § 133 Abs. 1 InsO Vorsatz verlangt.<sup>25</sup> Die Vorsatzanfechtung regelt nach Ansicht des Bundesgerichtshofs den Interessenkonflikt zwischen dem Schuldner, der Gesamtheit der Gläubiger und dem Empfänger der Leistung. Die Wertungsgrundlage, welche eine Rückgewährpflicht des Empfängers rechtfertigt, unterscheidet sich laut Bundesgerichtshof 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.<sup>26</sup>

### cc) Würdigung

Die Argumente, mit denen der BGH seine Rechtsprechung zu § 133 InsO mit §§ 15a, 15b InsO zu vereinbaren sucht,

sind weitgehend formaler Natur und inhaltlich nicht überzeugend.

Die entscheidende Aussage, §§ 15a, 15b InsO begrenzten nicht den Zeitraum, den der Schuldner für eine künftige Gläubigerbefriedigung in Betracht ziehen dürfe, ist unrichtig, weil sie die verbindliche Norm des § 15a InsO negiert. Zudem kann jedenfalls § 133 Abs. 1 InsO nicht entnommen werden, dass der Schuldner trotz Wissen um seine Insolvenzreife und die Antragspflicht des § 15a InsO in der Hoffnung auf eine Besserung der Lage einfach weiterwirtschaften darf. Die Insolvenzantragspflicht beträgt bei Zahlungsunfähigkeit gemäß § 15a InsO drei Wochen. Deshalb kann für eine am 27. 12. in beiderseitiger Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit bewirkte Zahlung der Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO nicht im Blick auf eine am 31. 3. des Folgejahres – also drei Monate später – erwartete Zahlung abgelehnt werden,<sup>27</sup> weil zu diesem Zeitpunkt der Insolvenzantrag längst hätte gestellt werden müssen und eine Zahlung der Deckungsanfechtung unterläge. § 133 Abs. 1 äußert sich nicht zu dem Zeitraum, den der Schuldner zur Wiedergewinnung seiner Schulden deckungsfähigkeit in Anspruch nehmen darf, sondern legt insoweit die Regelung des § 15a zugrunde. Es dürfte die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung sprengen, dem Schuldner unter dem Deckmantel des § 133 Abs. 1 InsO über § 15a InsO hinausgehende Sanierungsfristen zu gewähren und damit die Insolvenzverschleppung zu prämiieren.

Gerade wenn, wie der BGH meint, § 133 InsO den Interessenkonflikt zwischen dem Schuldner, der Gesamtheit der Gläubiger und dem Empfänger der Leistung ausgleicht, können die in die dem Schutz der Gläubigersamtheit dienenden Schlüsselbestimmungen der §§ 15a, 15b InsO nicht beiseitegeschoben werden. Auf Verkehrsschutz kann sich der Anfechtungsgegner nicht berufen, wenn ihm die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und damit dessen Pflicht zur Antragstellung bekannt ist. Schließlich ist der Hinweis auf den unterschiedlichen Wortlaut der §§ 15a, 15b InsO einerseits und des § 133 Abs. 1 InsO andererseits nicht wegweisend. Zutreffend ist, dass §§ 15a, 15b InsO spezielle Gestaltungen im Vorfeld der Verfahrenseröffnung zum Gegenstand haben. Die in den Vorschriften zum Ausdruck kommenden Bindungen sind auch für Bestimmungen maßgeblich, die – wie § 133 InsO – ebenfalls Regelungsbereiche im Vorfeld der Verfahrenseröffnung betreffen. Schließlich ist der Hinweis darauf, dass § 15a, 15b InsO auch fahrlässiges Handeln erfassen, gekünstelt, weil die Vorschriften selbstverständlich auch die Vorsatzfälle erfassen.

<sup>21</sup> BR-Drs. 619/20 S. 225f.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 6. 5. 2021 – IX ZR 72/20, DZWIR 2021, 567 Rn. 1.

<sup>23</sup> BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 78/20, DZWIR 2022, 475 Rn. 27.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 78/20, DZWIR 2022, 475 Rn. 28.

<sup>25</sup> BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 78/20, DZWIR 2022, 475 Rn. 30.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 78/20, DZWIR 2022, 475 Rn. 31.

<sup>27</sup> BGH, Urt. v. 13. 10. 2022 – IX ZR 130/21, DZWIR 2023, 103 mit Bespr. Hageböke / Springer / Schade, DZWIR 2023, 62 Rn. 25 ff.

#### 4. Indizien der drohenden Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung

Ausnahmsweise kann in Fällen drohender Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eine Vorsatzanfechtung begründet sein. Auch in diesen Bereichen ist die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht konsistent.

##### a) Höchstrichterliche Rechtsprechung

Es kann nach Einschätzung des Bundesgerichtshofs 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. Es kann zur Vorsatzanfechtung führen, 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.<sup>28</sup> Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs bildet die insolvenzrechtliche Überschuldung (§ 19 InsO) ein eigenständiges Beweisanzeichen für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und den Vollbeweis für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von diesem Vorsatz.<sup>29</sup> Die Stärke des Beweisanzeichens entspricht allerdings weitgehend dem der drohenden Zahlungsunfähigkeit. Die Stärke des Beweisanzeichens hängt davon ab, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Überschuldung den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erwarten lässt und wann der Eintritt bevorsteht.<sup>30</sup>

##### b) Würdigung

Diese Rechtsprechung, die der drohenden Zahlungsunfähigkeit nur im Falle eines demnächst zu erwartenden Insolvenzantrags Indizwert zumisst, sieht sich dem Einwand ausgesetzt, dass sie mit tatsächlichen Hypothesen operiert, die in der Wirklichkeit der unterschiedlichen Fälle nicht eintreten. Dies gilt insbesondere für den Hinweis, dass sich der Schuldner bewusst ist, wegen der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit kurzfristig einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies ist in den maßgeblichen Sachen ersichtlich nicht ge-

schehen, weil andernfalls die Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 InsO) eingreifen müsste und für § 133 Abs. 1 InsO kein Bedarf wäre. Vielmehr hatte der Schuldner die rechtlich gebotene Antragstellung (§ 15a InsO) verschleppt. Richtigerweise sollte deshalb darauf abgestellt werden, ob dem Schuldner bewusst ist, dass er infolge der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellen müsste. Nur durch eine derartige Würdigung würde verhindert, dass der Anfechtungsgegner in Fällen der Insolvenzverschleppung mit der Unanwendbarkeit des § 133 Abs. 1 InsO belohnt wird.

### III. Unentgeltlichkeitsanfechtung (§ 134 InsO)

Auch die Unentgeltlichkeitsanfechtung ist durch gewisse Disharmonien geprägt. Die nebeneinander mögliche Anwendung der Unentgeltlichkeitsanfechtung und der Vorsatzanfechtung sollte deutlicher herausgearbeitet werden. Zudem wird die Anfechtbarkeit von Gewinnausschüttungen nicht einheitlich behandelt.

#### 1. Keine Sperrwirkung im Verhältnis des § 133 InsO zu § 134 InsO

Grundsätzlich sind die Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO) und die Unentgeltlichkeitsanfechtung (§ 134 InsO) nebeneinander anwendbar.<sup>31</sup> Allerdings hat es den Anschein, dass der Bundesgerichtshof § 133 InsO einen gewissen Vorrang einräumt und § 134 InsO nachrangig behandelt.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bildet eine inkongruente Deckung in der Regel ein Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners und für die Kenntnis des Gläubigers von diesem Vorsatz, wenn die Wirkungen der Rechtshandlung zu einem Zeitpunkt eintreten, als zumindest aus der Sicht des Empfängers der Leistung Anlass bestand, an der Liquidität des Schuldners zu zweifeln. Eine Leistung des Schuldners auf die gegen einen Dritten gerichtete Verbindlichkeit ist inkongruent, weil der Leistungsempfänger keinen Anspruch darauf hat, mit Hilfe einer freiwilligen Drittzahlung (§ 267 BGB) Befriedigung seiner Forderung zu erlangen.<sup>32</sup> Soweit in Fällen einer Drittzahlung auch eine Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO in Betracht kommt, steht dies einer Anwendbarkeit des § 133 Abs. 1 InsO nicht entgegen. Zwar werden im Schrifttum insoweit Beden-

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 78/20, DZWIR 2022, 475 Rn. 56.

<sup>29</sup> BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 53/19, DZWIR 2022, 475 Rn. 15.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 3. 3. 2022 – IX ZR 53/19, DZWIR 2022, 475 Rn. 16.

<sup>31</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 18. 3. 2010 – IX ZR 57/09, DZWIR 2010, 306 Rn. 8ff., 12ff.; Urt. v. 5. 12. 2024 – IX ZR 42/24, DZWIR 2025, 268 Rn. 12ff.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 6. 12. 2012 – IX ZR 3/12, DZWIR 2013, 179 Rn. 46.

ken geäußert, weil eine Anfechtung von Drittzahlungen nach § 133 Abs. 1 InsO die kürzere Anfechtungsfrist des § 134 Abs. 1 InsO für unentgeltliche Leistungen unterlaufe. Diese Betrachtungsweise lässt aber außer Acht, dass eine Anfechtung nach § 134 InsO ungeachtet der Vermögenslage des Schuldners zum Zeitpunkt der Leistung durchgreift, während § 133 Abs. 1 InsO die an die zusätzliche Voraussetzung einer unsicheren Liquiditätslage des Schuldners geknüpft ist. Angesichts der jeweils eigenständigen Anspruchsvoraussetzungen können § 133 Abs. 1 und § 134 Abs. 1 InsO nebeneinander angewendet werden. Schließlich wäre es nicht gerechtfertigt, einen Gläubiger, der eine rechtsgrundlose Leistung erlangt, im Unterschied zu einem Gläubiger, der für einen rechtlich begründeten Anspruch lediglich eine inkongruente Deckung erhält, von der Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO freizustellen.<sup>33</sup>

## 2. Indiz der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung

Die Veräußerung eines Gegenstands der künftigen Masse unter Wert kann eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO begründen, wenn die objektive Gläubigerbenachteiligung ohne das Hinzutreten weiterer Umstände schon mit der Vornahme der Rechtshandlung eingetreten ist. Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ist ein eigenständiges – wenn auch für sich genommen nicht ausreichendes – Beweisanzeichen für die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung. Der Schluss auf den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz erfordert eine Gesamtwürdigung der das Rechtsgeschäft begleitenden Umstände.<sup>34</sup> Wird ein Hausanwesen im Wert von 2,5 Mio. € für 1,2 Mio. € veräußert, liegt eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung vor.<sup>35</sup> Allein aus der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung können Vorsatz und Kenntnis nicht hergeleitet werden, so dass es weitere – mitunter nach einer Zurückweisung – zu treffender Feststellungen bedarf.

### a) Teilunentgeltlichkeit

In den Konstellationen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung kann eine Zurückverweisung unterbleiben, wenn im Falle unausgewogener Leistungen § 134 InsO unter dem Aspekt der Teilunentgeltlichkeit die Anfechtung ermöglicht.<sup>36</sup> Man fragt sich, warum sich die Rechtsprechung

in derartigen Gestaltungen nicht eingehender mit § 134 InsO befasst.

### aa) Begriff der Teilunentgeltlichkeit

Unentgeltlich ist eine Leistung dann, wenn der Erwerb des Empfängers in seiner Endgültigkeit vereinbarungsgemäß nicht von einer ausgleichenden Zuwendung abhängt. Ob eine ausgleichende Gegenleistung vereinbart worden ist, ist grundsätzlich objektiv zu bestimmen. Die Unentgeltlichkeit braucht also nicht vereinbart worden zu sein. Haben die Beteiligten eine Gegenleistung vereinbart, ist jedoch zu prüfen, ob sie die Gegenleistung als Entgelt angesehen haben oder ob mit der Leistung ganz oder teilweise Freigebigkeit bezweckt war. Hinsichtlich der Bewertung der beiderseitigen Leistungen steht den Beteiligten ein Bewertungsspielraum zu. Eine teilweise unentgeltliche Leistung unterliegt der Anfechtung insoweit, als deren Wert denjenigen der Gegenleistung übersteigt und die Vertragsparteien den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum überschritten haben.<sup>37</sup>

Zuwendungen unterliegen, wenn sie nicht in einen entgeltlichen und damit unanfechtbaren und in einen der Anfechtung unterworfenen unentgeltlichen Teil aufgespalten werden können, der Unentgeltlichkeitsanfechtung nur dann, wenn der Hauptzweck des Rechtsgeschäfts auf Freigebigkeit gerichtet ist, insbesondere Leistung und Gegenleistung in einem krassen Missverhältnis zueinander stehen. Dabei ist die Frage der Gleichwertigkeit nicht allein nach objektiven Bewertungsmaßstäben, sondern vor allem vom Standpunkt der an der Auseinandersetzung Beteiligten zu beurteilen. Nur wenn die wechselseitig zugeteilten Vermögensgegenstände in einem groben Missverhältnis zueinander stehen und die Ehegatten den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum bei der Auseinandersetzung missbräuchlich überschritten haben, ist für die Annahme einer insgesamt unentgeltlichen und damit anfechtbaren Zuwendung Raum.<sup>38</sup>

Teilweise Unentgeltlichkeit kommt in Betracht, wenn ein Darlehen über 150.000 € nebst 7,5 % Zinsen durch eine Grundschuld von 200.000 € nebst 15 % Zinsen gesichert wird, ohne dass ein anerkanntes Sicherungsinteresse eingreift.<sup>39</sup> Teilunentgeltlichkeit kann ebenso eingreifen, wenn der Kaufpreis ohne rechtfertigenden Grund auf 90 % des Verkehrswerts festgesetzt wird.<sup>40</sup> Teilunentgeltlichkeit sollte stets angenommen werden, wenn die Parteien bewusst und ohne wirtschaftlichen Grund einen Abschlag von dem als marktangemessen erachteten Preis vornehmen.

33 BGH, Urt. v. 6. 12. 2012 – IX ZR 3/12, DZWIR 2013, 179 Rn. 47.

34 BGH, Urt. v. 22. 2. 2024 – IX ZR 226/20, DZWIR 2024, 458 Rn. 34.

35 BGH, Urt. v. 22. 2. 2024 – IX ZR 226/20, DZWIR 2024, 458 Rn. 34.

36 BGH, Urt. v. 22. 2. 2024 – IX ZR 226/20, DZWIR 2024, 458 Rn. 52.

37 BGH, Urt. v. 15. 12. 2016 – IX ZR 113/15, DZWIR 2017, 145 Rn. 11.

38 BGH, Urt. v. 20. 10. 1971 – VIII ZR 212/69, NJW 1972, 48, 49.

39 BGH, Urt. v. 25. 6. 1992 – IX ZR 4/91, NJW 1992, 2421, 2423.

40 BGH, Urt. v. 1. 4. 2004 – IX ZR 305/00, DZWIR 2004, 334.

**b) Rechtsfolge**

Als Rechtsfolge einer teilweise unentgeltlichen Leistung ist vorrangig der Wertüberschuss der schuldnerischen Leistung an die Insolvenzmasse zurückzuerstatten. Soweit die Leistung teilbar ist, bleibt die Rechtsfolge der Anfechtung gemäß § 134 InsO auf den überschießenden Teil, der als unentgeltlich gilt, beschränkt. Ist die höherwertige Leistung des Schuldners – wie etwa eine Immobilie – unteilbar, richtet sich die Anfechtung auf Rückgewähr der Leistung insgesamt, allerdings Zug um Zug gegen Rückgabe der erbrachten Gegenleistung.<sup>41</sup>

**4. Ungleichbehandlung von Genussrechtsinhabern und Aktionären**

Gibt eine Aktiengesellschaft Genussrechte heraus, sind Ausschüttungen an Anleger nicht nach § 134 InsO anfechtbar, wenn die Aktiengesellschaft sie mangels tatsächlich erzielter Gewinne ohne Rechtsgrund vorgenommen, ihr deswegen aber ein Bereicherungsanspruch gegen die Anleger zugestanden hat, wenn also die Anleger aufgrund des Genussrechtsvertrages keinen Anspruch auf die Auszahlungen gegen die Aktiengesellschaft hatten und sie einem Bereicherungsanspruch der Aktiengesellschaft nicht § 814 BGB entgegenhalten können.<sup>42</sup> Die Anfechtung hat nur ausnahmsweise Erfolg, wenn den Organen der Aktiengesellschaft bewusst war, dass tatsächlich keine Gewinne erwirtschaftet wurden und die Zahlung mithin eines Rechtsgrundes entbehrt.<sup>43</sup> Demgegenüber können an Aktionäre bewirkte Dividendenzahlungen, die eines wirksamen Gewinnverwendungsbeschlusses entbehren, ohne Rücksicht auf die Willensrichtung der Organe gemäß § 134 InsO angefochten werden, also auch dann, wenn die Organe meinten, dass Dividendenzahlungen rechtfertigende Gewinne erzielt wurden.<sup>44</sup>

Die unterschiedliche Behandlung von Gewinnauszahlungen je nach Art des Anlagemodells vermag nicht zu überzeugen. Sie wird auf die Überlegung gestützt, dass bei Zahlung nicht erwirtschafteter Dividenden § 62 AktG bereicherungsrechtliche Ansprüche sperrt und darum der Kondiktionsausschluss des § 814 BGB nicht greift.<sup>45</sup> Diese Würdigung lässt außer Acht, dass nach höchstrichterlicher

Rechtsprechung im Insolvenzanfechtungsrecht eine wirtschaftliche Betrachtungsweise gilt. Vor diesem Hintergrund dieser Erkenntnis behandelt der Bundesgerichtshof stehen gelassene Gewinne auch dann als darlehensgleiche Forderung des Gesellschafters (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO), wenn ein Gewinnverwendungsbeschluss nicht gefasst wurde und demnach kein Gewinnanspruch des Gesellschafters bestand.<sup>46</sup> Werden stehen gelassene Gewinne ohne Rücksicht auf die gewählte rechtliche Gestaltung als Darlehen behandelt, muss auch die Auszahlung von Gewinnen an Anleger anfechtungsrechtlich einheitlich gehandhabt werden. Es darf nicht von der Anlageform abhängen, ob Gewinnzahlungen angefochten werden können oder nicht. Andernfalls müsste sich der Bundesgerichtshof blinden Rechtspositivismus vorwerfen lassen. Stets und unabhängig von der Willensrichtung der Organe ist eine Anfechtung begründet, wenn die Auszahlungen nicht durch Gewinne gedeckt sind.

**IV. Zusammenfassung**

Die Insolvenzanfechtung ist von gewissen Unstimmigkeiten gekennzeichnet, die möglichst beseitigt werden sollten.

Bei der Vorsatzanfechtung wird unter Berufung auf das Abstandsgebot zu § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO bei der Anfechtung in der kritischen Zeit das Indiz der Zahlungsunfähigkeit für unanwendbar erklärt. Andererseits können die subjektiven Merkmale aus einer Inkongruenz hergeleitet werden, obwohl § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO unter ähnlichen Voraussetzungen in der kritischen Zeit die Insolvenzanfechtung eröffnet.

Im Rahmen der Vorsatzanfechtung wird Schuldner in der Rechtsform einer GmbH ein mehrmonatiger Zeitraum zur Wiedergewinnung der Schuldendeckungsfähigkeit eingeräumt, obwohl die Organe gemäß § 15a InsO drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit einen Insolvenzantrag stellen müssen.

In Fällen einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung kommt neben § 133 InsO im Blick auf eine Teilunentgeltlichkeit die Anwendung der Unentgeltlichkeitsanfechtung (§ 134 InsO) in Betracht.

Es überzeugt nicht, Dividendenzahlungen einer Aktiengesellschaft bei fehlenden Gewinnen stets der Unentgeltlichkeitsanfechtung zu unterwerfen, Genussrechtszahlungen dagegen nur für anfechtbar zu erklären, wenn den Organen die fehlende Verpflichtung bekannt war.

<sup>41</sup> BGH, Urt. v. 22. 10. 2020 – IX ZR 208/18, DZWIR 2021, 402 Rn. 20.

<sup>42</sup> BGH, Urt. v. 22. 7. 2021 – IX ZR 26/20, DZWIR 2022, 62 Rn. 12.

<sup>43</sup> BGH, Urt. v. 7. 4. 2022 – IX ZR 107/20, DZWIR 2022, 592 Rn. 21.

<sup>44</sup> BGH, Urt. v. 30. 3. 2023 – IX ZR 121/22, DZWIR 2023, 606 Rn. 19 ff.

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 30. 3. 2023 – IX ZR 121/22, DZWIR 2023, 606 Rn. 28.

<sup>46</sup> BGH, Urt. v. 22. 7. 2021 – IX ZR 195/20, DZWIR 2022, 68 Rn. 8.