

Wustrauer Arbeitskreis Insolvenzrecht e.V.

Aktuelle Brennpunkte der Insolvenzanfechtung

Prof. Dr. Florian Jacoby
Berlin, 6. März 2015

- Koalitionsvertrag, S. 19:
Insolvenzanfechtungsrecht auf den Prüfstand,
- Rechtsausschuss RegE KIG
- Diverse Vorschläge von Verbänden
- Eckpunktepapier BMJV, ohne konkrete
Formulierungsvorschläge (dazu Bork, ZIP 2014, 1905)
- Pressemitteilungen einerseits SPD, andererseits CDU
- Einigung der Koalition auf separate Verfahren KIG und
Anfechtungsrecht
- Ankündigung RefE Anfechtungsrecht für März 2015

- Tatbestand des § 133 Abs.1 InsO:
 - Entschärfung bei Feststellung von Benachteiligungsvorsatz und Kenntnis
 - Vermutungsregelung des § 133 Abs.1 S.2 InsO?
 - Formulierung von Ausnahmetatbeständen („Safe-Harbour“)?
 - Verkürzung der Anfechtungsfrist
 - Zeitraum zwischen drei und fünf Jahren
 - Unterscheidung nach Inkongruenz einer Deckung?
- Rechtsfolge des § 143 InsO: Zinsen
Fälligkeit des Rückgewähranspruchs samt Prozesszinsen nicht schon mit Verfahrenseröffnung, sondern erst ab Geltendmachung.
- Privilegien
 - Arbeitnehmer sollen ausdrücklich privilegiert werden, unklar aber wie weit und auf welche Weise (§ 142 InsO?),
 - Keine Privilegierung des Fiskus bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.
- Übergangsregelung?
- [Perspektiven der Verfahrensfinanzierung]

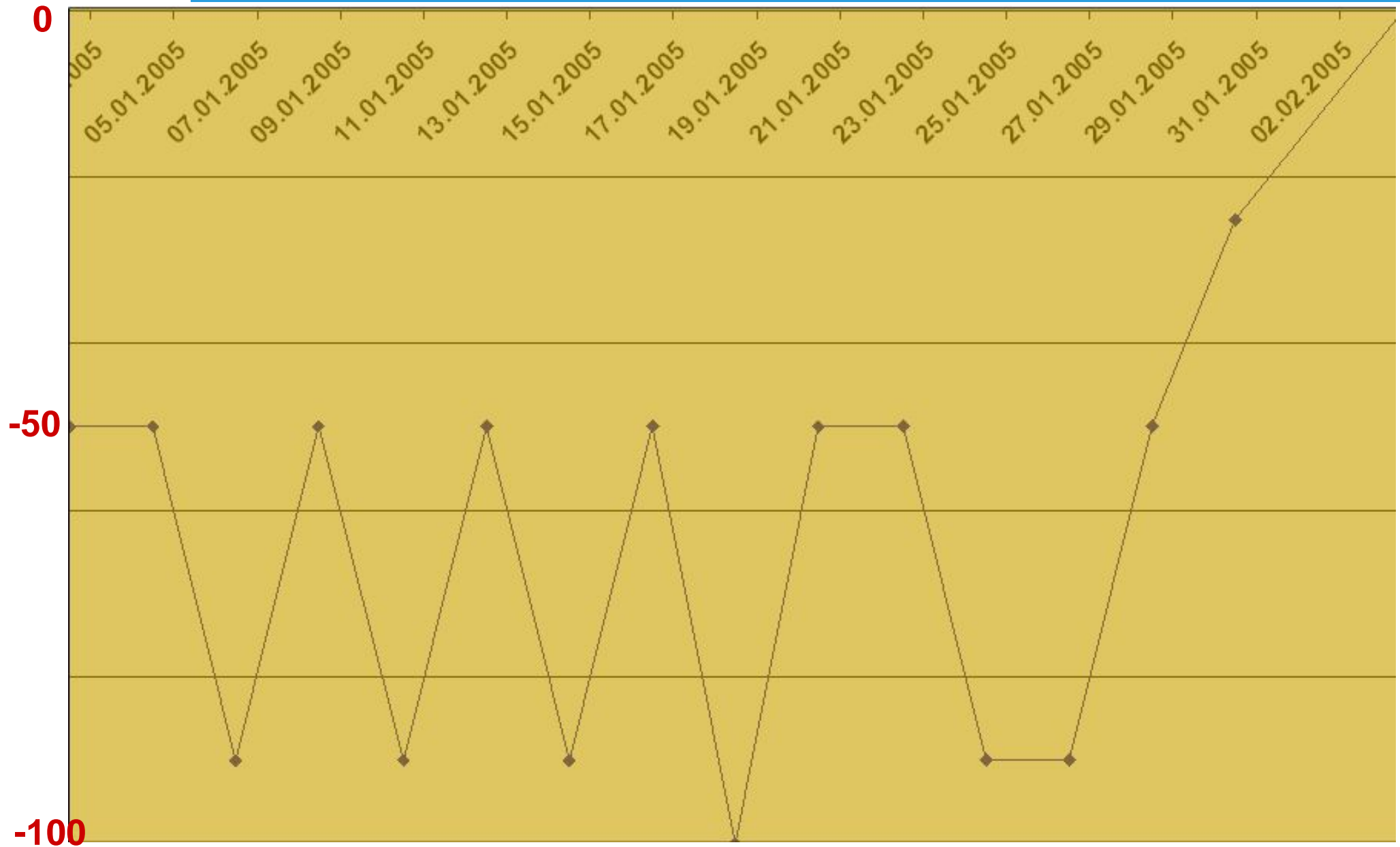
- Rüstzeug zum („neuen“) Recht der **Gesellschafterhilfen** (§ 135 InsO),
- Rüstzeug zur **Vorsatzanfechtung** (§ 133 Abs. 1 InsO) nach aktueller BGH-Rechtsprechung,
- Insbesondere **Gläubigerbenachteiligung** (§ 129 InsO), Bargeschäft (§ 142 InsO), Masseschmälerung (§ 64 GmbHG),
- Ausblick auf die **Entwicklung der Vorsatzanfechtung.**

- Abschaffung des Kapitalersatzrechts,
- Nachrang von Gesellschafterdarlehen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO),
- Anfechtbarkeit der Deckung von Gesellschafterdarlehen (§ 135 Abs. 1 InsO),
- Spezialregelung für durch Gesellschafter besicherte Darlehen (§ § 44a, 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO),
- Spezialregelung der Nutzungsüberlassung (§ 135 Abs. 3 InsO).

- Gesellschafterdarlehen oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen (§ 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO),
- Gesellschaft ohne auch nur mittelbar nach § 128 HGB haftende natürliche Person (§ 39 Abs. 4 S. 1),
- Kein Sanierungsprivileg, also Anteilserwerb zum Zwecke der Sanierung (§ 39 Abs. 4 S. 2 InsO),
- Kein Kleinbeteiligungsprivileg, also Beteiligung mit mehr als 10 % am Haftkapital oder Geschäftsführer (§ 39 Abs. 5 InsO).

1. Rückführung und Neuvaluierung von Gesellschafterdarlehen, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO
2. Risiken der Besicherung von Gesellschafterdarlehen, § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
3. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen, § 135 Abs. 2 InsO
4. Zum Anwendungsbereich in subjektiver Hinsicht, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
5. Zum Anwendungsbereich in objektiver Hinsicht, § 39 Abs. 1 Nr. 5, sowie zur Nutzungsüberlassung, § 135 Abs. 3 InsO

Darlehenskurve bei Wechsel von Rückführung und Neuvaluierung



1. Rückführung und Neuvaluierung von Gesellschafterdarlehen

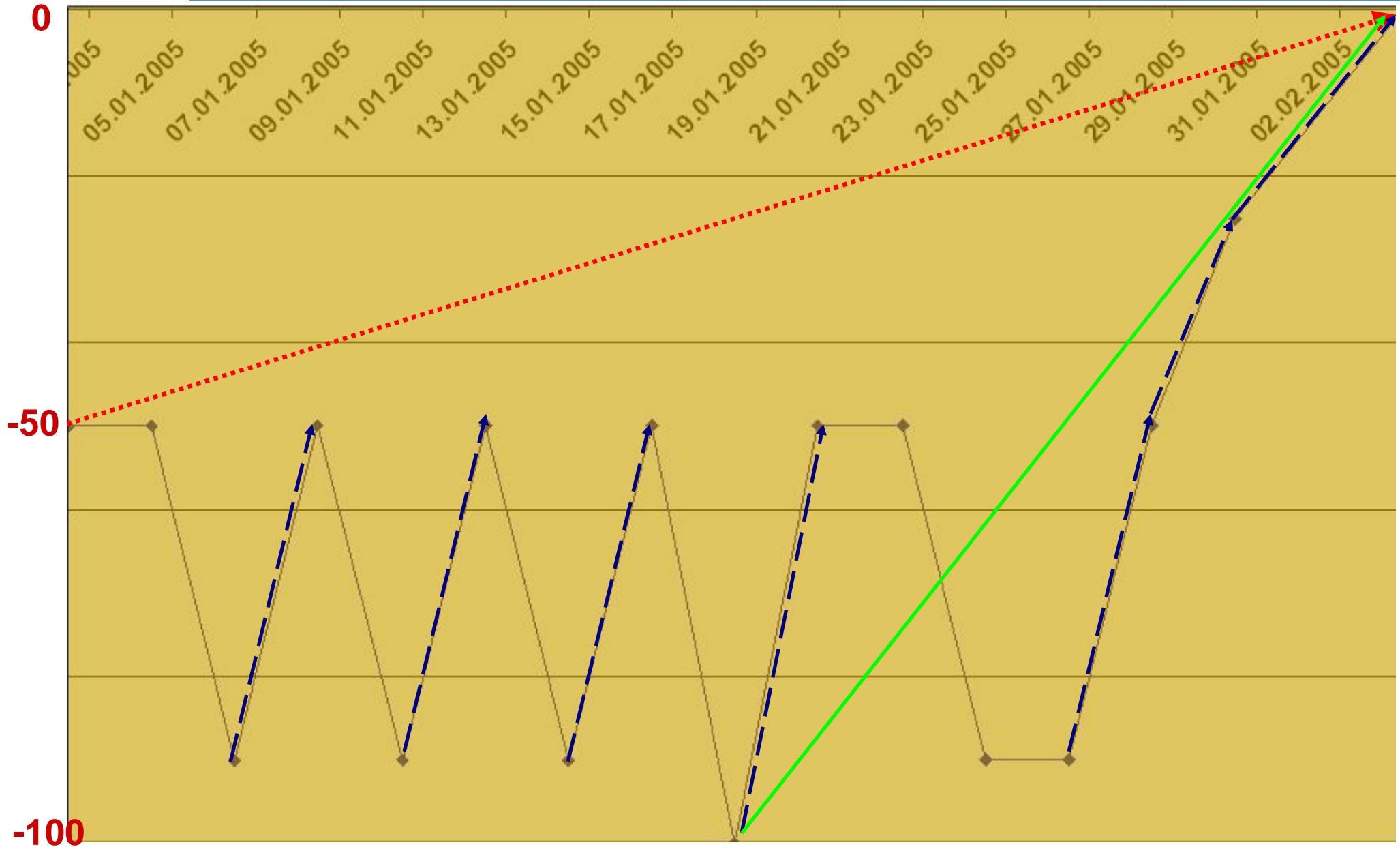
- Problem: Ist die Befriedigung eines Gesellschafterdarlehens anfechtbar, soweit der Gesellschafter der Gesellschaft den erlangten Betrag wieder zur Verfügung stellt?
- Fallgruppen:
 - Cash Pool
 - Kettekredite
- Berücksichtigungsmöglichkeiten im Tatbestand
 - Gläubigerbenachteiligung?
 - Bargeschäftsausnahme?
 - Begriff des Gesellschafterdarlehens?

- Keine qualifizierten Anforderungen an Gesellschafterdarlehen (§ § 135, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO)
 - BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 14: Tilgung kurzfristiger Überbrückungskredite ist anfechtbar.
 - BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 26: Im Unterschied zum alten Recht Durchschnittssoll irrelevant
- Keine Bargeschäftsausnahme (§ 142 InsO)
 - BGH B.v. 7.5.2013 - IX ZR 271/12, NZI 2013, 816: Rückzahlung eines Darlehens ist kein Bargeschäft.
- Voraussetzungen der Vorteilsanrechnung im Rahmen der Gläubigerbenachteiligung!

Vorteilsanrechnung bei Feststellung der Gläubigerbenachteiligung, § 129 InsO

- Allgemeine Aussagen
 - BGH v. 9.7.2009 - IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674: Gegenstand der Anfechtung sind nachteilige Rechtswirkungen, so dass keinesfalls alle Vorteile aufgrund der maßgeblichen Rechtshandlung anfechtbar sind, vgl. auch § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO.
 - BGH v. 26. 4.2012 – IX ZR 146/11, ZIP 2012, 1183: Berücksichtigung zurechnungsrelevanter Folgen der Rechtswirkung.
- Konkret Darlehensrückführung
 - BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 / B.v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785: Wie beim „echten“ Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze kann eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen ausscheiden.
 - BGH v. 4.7.2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = ZIP 2013, 1629: Zahlt ein Gesellschafter, dem im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag von der Gesellschaft Darlehen zurückgewährt worden sind, die erhaltenen Beträge an die Gesellschaft zurück, um die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherzustellen, entfällt die mit der Rückgewährung eingetretene objektive Gläubigerbenachteiligung.

Beispiel einer Debetreduzierung



Übertragung der Grundsätze zum Kontokorrent

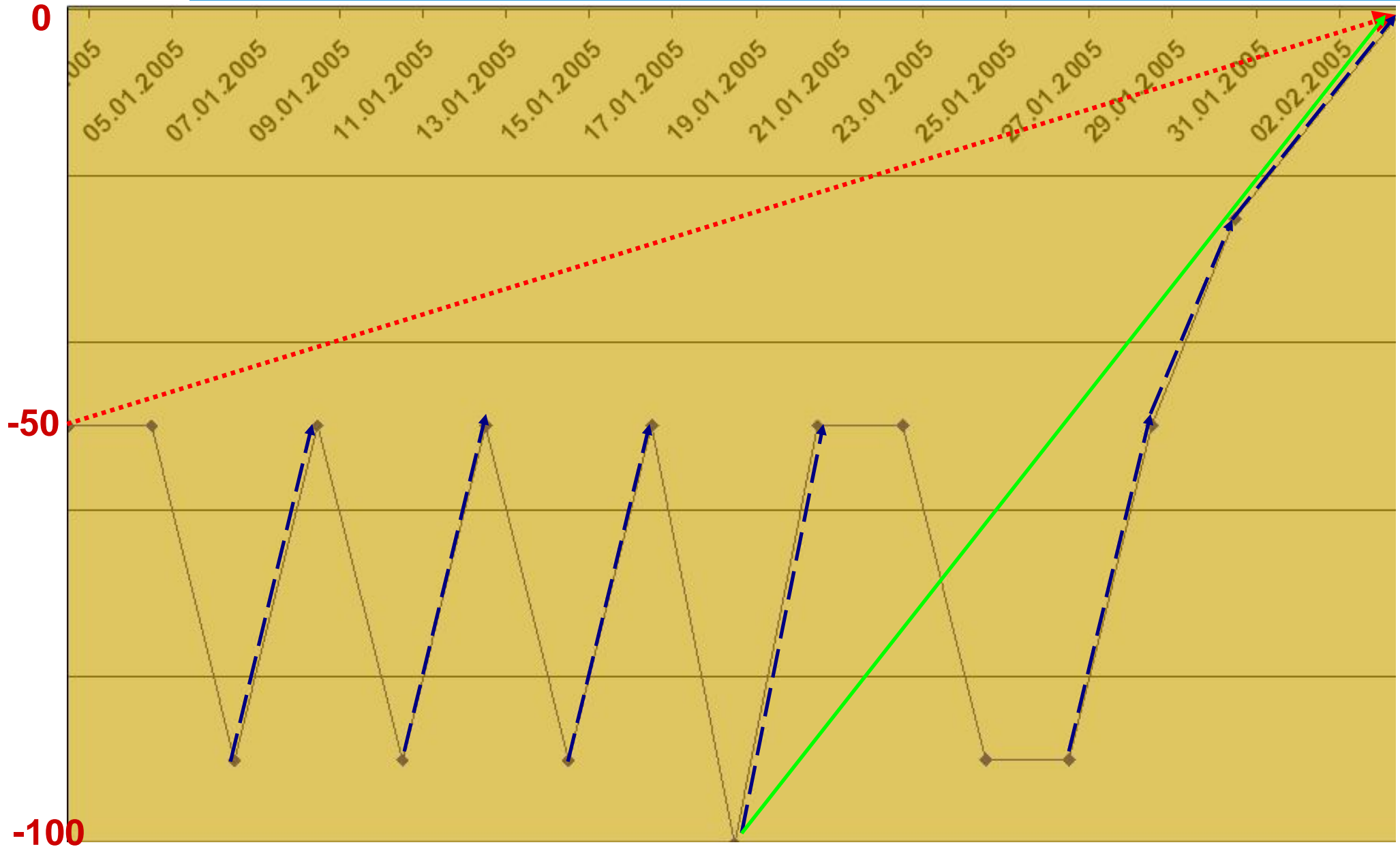
- BGH ZIP 2008, 235 zum Kontokorrent:
Für die Anfechtung der Rückführung eines Kontokorrentkredits kommt es auf den Betrag an, um den **die verrechneten Einzahlungen die berücksichtigungsfähigen Auszahlungen im Anfechtungszeitraum übersteigen**; der höchste erreichte Sollstand ist grundsätzlich unerheblich.
(= spezifische Ausprägung des Bargeschäftseinwands, § 142)
- BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734:
Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher **nicht in ihrer Summe**, sondern nur bis zur eingeräumten Kreditobergrenze. Mehr als die **ausgeschöpften Mittel der Kreditlinie** war im Schuldnervermögen nie vorhanden und für die Gläubigerbefriedigung einsetzbar.

BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 16

(= BGH v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785 Rn. 2 [dort ohne letzten Satz]:

In einem echten Kontokorrent mit vereinbarter Kreditobergrenze scheidet eine Gläubigerbenachteiligung durch einzelne Kreditrückführungen aus, weil ohne sie die Kreditmittel, die der Schuldner danach tatsächlich noch erhalten hat, ihm nicht mehr zugeflossen wären. Nach der Kreditabrede stehen dort die Leistungen des Schuldners an den Gläubiger in einem unmittelbaren rechtlichen Zusammenhang mit der dem Schuldner eingeräumten Möglichkeit, einen neuen Kredit zu ziehen. Anfechtbar sind solche Kreditrückführungen daher nicht in ihrer Summe, sondern nur bis zur eingeräumten Kreditobergrenze (MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 129 Rn. 174a). **Mehr als die ausgeschöpften Mittel der Kreditlinie war im Schuldnervermögen nie vorhanden und für die Gläubigerbefriedigung einsetzbar.**

Beispiel einer Debetreduzierung



Sachverhalt nach BGH ZIP 2013, 734:

- Insolvenzschuldnerin ist eine GmbH, die zur Beschäftigungsförderung innerhalb des Stadtgebiets und seiner Umgebung tätig war.
- Alleingesellschafterin der Schuldnerin war seit 1994 die Stadt.
- Auf Antrag der Schuldnerin, vom 28. Dezember 2009 eröffnete das Amtsgericht am 1. März 2010 das Insolvenzverfahren.
- Der Insolvenzverwalter fordert als Kläger von der beklagten Stadt folgende Tilgungsbeträge aus zwölf Darlehen aus dem letzten Jahr vor Eingang des Insolvenzantrags im Gesamtbetrag von 267.000 € nebst Zinsen.

Überblick: Darlehen und Tilgungen

Betrag	Auszahlung	Rückzahlung
17.000 €	10. Dezember 2008	11. Februar 2009
25.000 €	19. Dezember 2008	6. Januar 2009
16.500 €	25. Februar 2009	6. März 2009
15.200 €	26. März 2009	6. April 2009
12.400 €	28. April 2009	15. Mai 2009
20.700 €	27. Mai 2009	5. Juni 2009
20.000 €	24. Juni 2009	8. Juli 2009
30.200 €	27. Juli 2009	6. August 2009
30.000 €	26. August 2009	7. September 2009
25.000 €	24. September 2009	6. Oktober 2009
25.000 €	27. Oktober 2009	3. November 2009
30.000 €	25. November 2009	3. Dezember 2009

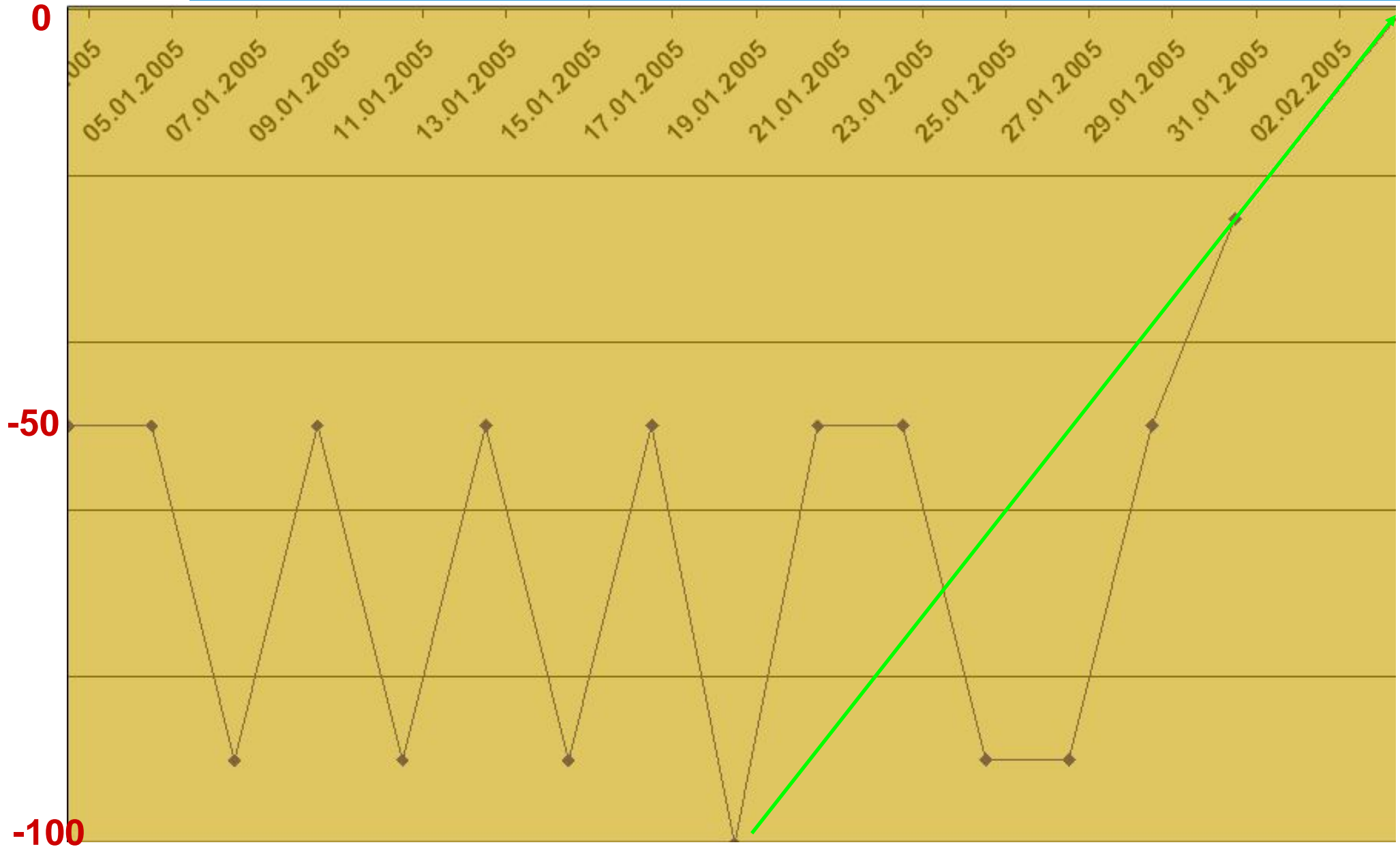
BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734:
Gewährt ein Gesellschafter seiner Gesellschaft fortlaufend zur Vorfinanzierung der von ihr abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge Kredite, die in der Art eines Kontokorrentkredits jeweils vor Erhalt des Nachfolgedarlehens mit Hilfe öffentlicher Beihilfen abgelöst werden, ist die Anfechtung wie bei einem Kontokorrentkredit auf die Verringerung des Schuldsaldos im Anfechtungszeitraum beschränkt.

Anspruch aus § § 143 I, 135 I Nr. 2, 129 I?

- Rückführungen vor Verfahrenseröffnung, § 129
- Gläubigerbenachteiligung, § 129
 - [16] höchster Sollstand statt Gesamttilgungsbetrag
- Gesellschafterstellung (§ § 39, 135)
- Gewährung eines Darlehens, § 135
 - [26] Eigenkapitalersatz (BGH: Durchschnittssoll) irrelevant
- Tilgung des Rückgewähranspruchs, § 135
- Kein Ausschluss durch Bargeschäft, § 142
 - [27] „keine ausgleichende Leistung der Beklagten“

BGH: Anspruch auf 42.000 € („höchster Sollstand“)

Anfechtbar: höchster Sollstand



Voraussetzungen der Anrechnung: enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang

- BGH v. 7.3.2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 17 ff.: Vergleichbarkeit mit Kontokorrent angesichts gleich bleibenden Bedingungen, ihre kurze Dauer, den mit ihrer Ausreichung verfolgten Zweck und das zwischen den Vertragspartnern bestehende Gesellschaftsverhältnis
- BGH v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785 Rn. 6: Hier besteht zwischen den Kreditverhältnissen kein enger zeitlicher und sachlicher Zusammenhang. Beide Darlehen waren auf den allgemeinen Liquiditätsbedarf der Schuldnerin bezogen. Die zweite Kreditgewährung erfolgte mehr als zwei Monate nach der Rückzahlung.

Verteidigungslinien des Gesellschafters:

Neuauszahlung an Gesellschaft

- bedeutet neues Darlehen, das in engem zeitlichem und sachlichem Zusammenhang mit getilgtem Darlehen steht oder
- soll die ursprüngliche Vermögenslage der Gesellschaft wiederherstellen.

Beispiel

- Schuldnerin ist zahlungsunfähig seit 16.7.,
- Am 28.8. verspricht Mutter Darlehensrahmen über 150 TEUR,
- Am 29.9. erhält die Schuldnerin von Mutter 150 TEUR,
- Am 9.10. zahlt Schuldnerin an Mutter 150 TEUR zurück,
- Am 16.10. erhält Schuldnerin erneut 150 TEUR mit Verwendungszweck „Darlehen“ 28.8.
- Nach Verfahrenseröffnung verlangt Insolvenzverwalter vom Geschäftsführer Erstattung der Zahlung vom 9.10.

- BGH v.18.11.2004 - II ZR 231/13, ZIP 2015, 71:
 1. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem **unmittelbaren Zusammenhang** mit ihr ausgeglichen wird.
 2. Der als Ausgleich erhaltene Gegenstand muss nicht noch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorhanden sein. Maßgeblich für die Bewertung ist der Zeitpunkt, in dem die Masseverkürzung durch einen Massezufluss ausgeglichen wird.
- Zwar entstand mit der Zahlung am 9.10. eine Masseschmälerung, diese wurde aber in einer Weise ausgeglichen, dass der Zweck des § 64 S.1 GmbH keinen Ersatzanspruch mehr verlangt (wertend).

- Debitorisches Konto
 - streng BGH ZIP 2014, 1523: Die erfolgreiche Anfechtung der von einem debitorischen Konto geleisteten Zahlungen an Gläubiger der Schuldnerin durch den Insolvenzverwalter ist bei einer Haftung des organschaftlichen Vertreters für Zahlungen auf das debitorische Konto nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen.
 - Gutschriften und Verwendung der Kreditlinie, kommt die Saldobetrachtung?
- Kompensieren Lieferungen aus neuen Verträgen die Zahlung alter Rechnungen?
- Bargeschäfte?
- Reihenfolge von Zahlung und Kompensation?

2. Besicherung des Gesellschafters für Gesellschafterdarlehen

- BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = ZIP 2013, 1579 Rn. 19: Der bereits in der beschränkten Haftung auf das Gesellschaftsvermögen liegende Risikoanreiz des Gesellschafters wird zusätzlich erhöht, wenn er daraus dank einer Sicherung im Verhältnis zu den sonstigen Gläubigern auch noch vorrangig befriedigt wird. Ein gesicherter Gesellschafter, der anders als im Falle der Gabe ungesicherter Darlehensmittel nicht um die Erfüllung seines Rückzahlungsanspruchs fürchten muss, wird in Wahrnehmung der Geschäftsführung zur Eingehung unangemessener, wenn nicht gar unverantwortlicher, allein die ungesicherten Gläubiger treffender geschäftlicher Wagnisse neigen (vgl. Engert, ZGR 2004, 813, 831; Cahn, AG 2005, 217, 225). Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen, die durch das Gesellschaftsvermögen gesichert werden, ist darum mit einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar (Engert, aaO).
- Dieser Ausgangspunkt wird in der Literatur bestritten.

- a) Befriedigung aus der Sicherheit, die länger als ein Jahr zurück liegt,
- b) Stellung des Gesellschafters einer nicht anfechtbaren Sicherheit,
- c) Bargeschäft bei anfänglicher Besicherung.

a) Keine Sperre durch Befriedigungstatbestand

BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11:

Wird eine für ein Gesellschafterdarlehen anfechtbar bestellte Sicherung verwertet, greift die Anfechtung mangels einer Sperrwirkung des Befriedigungstatbestandes auch dann durch, wenn die Verwertung länger als ein Jahr vor der Antragstellung erfolgte.

[Problem: Durch Kontokorrentbindung „gesicherte“ CashPool-Verrechnung]

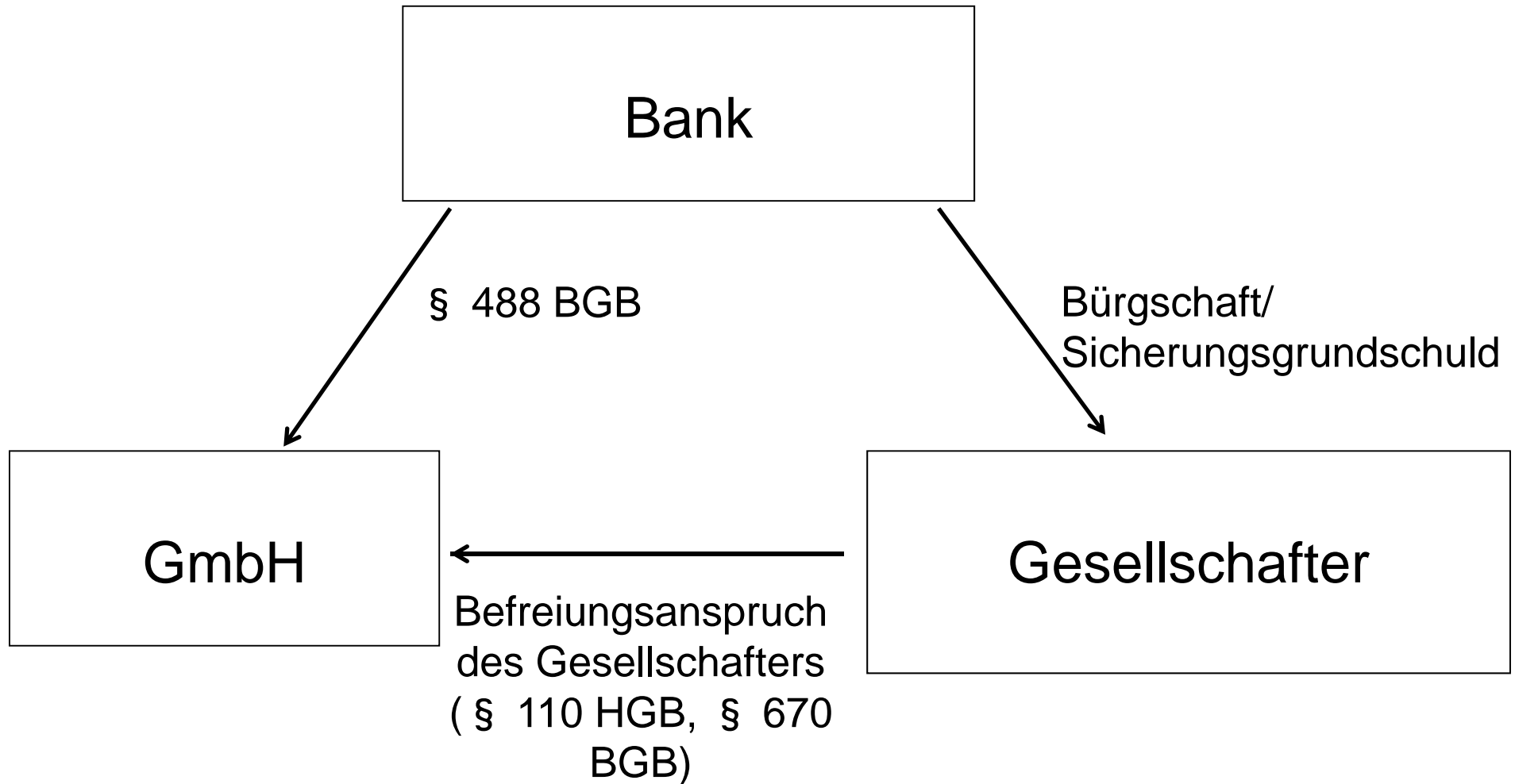
b) Nicht anfechtbare Sicherheit

- Rechtsfolge
 - Mm: Nachrang wegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
 - hM: Insolvenzfestigkeit der Sicherheit; vgl. BGH v. 18.7.2013
 - IX ZR 219/11 Rn. 14: Anfechtung ausgeschlossen, falls der Gesellschafter über eine länger als zehn Jahre vor Antragstellung begründete unanfechtbare Sicherung verfügt
- Voraussetzungen
 - Zehnjahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
 - Anfechtbarkeit der Bestellung
 - Anfechtbarkeit des Werthaltigmachens der Sicherheit, vgl. BGHZ 174, 297 = ZIP 2008, 183, BGH ZIP 2013, 588
 - Bargeschäft?

c) Bargeschäftsausnahme anwendbar?

- Problem: Kann Bestellung anfänglicher Sicherheit nach § 142 InsO der Anfechtung entzogen sein (str.).
- Tatbestand: Grundsätzlich kann Sicherheitenbestellung gegen Darlehensausreichung Bargeschäft darstellen.
- Anwendbarkeit: Steht Sinn und Zweck des § 135 InsO der Anwendbarkeit von § 142 InsO entgegen.
 - Wortlaut: § 142 InsO schließt nur § 133 InsO aus,
 - Historie: Keine Relevanz wg. Rechtsprechungsregeln,
 - Systematik: § 6 AnfG gilt einschränkungslos,
 - Telos maßgeblich (vgl. BGH, str.)

3. Gesellschafterbesicherte Drittdarlehen



a) Grundfragen

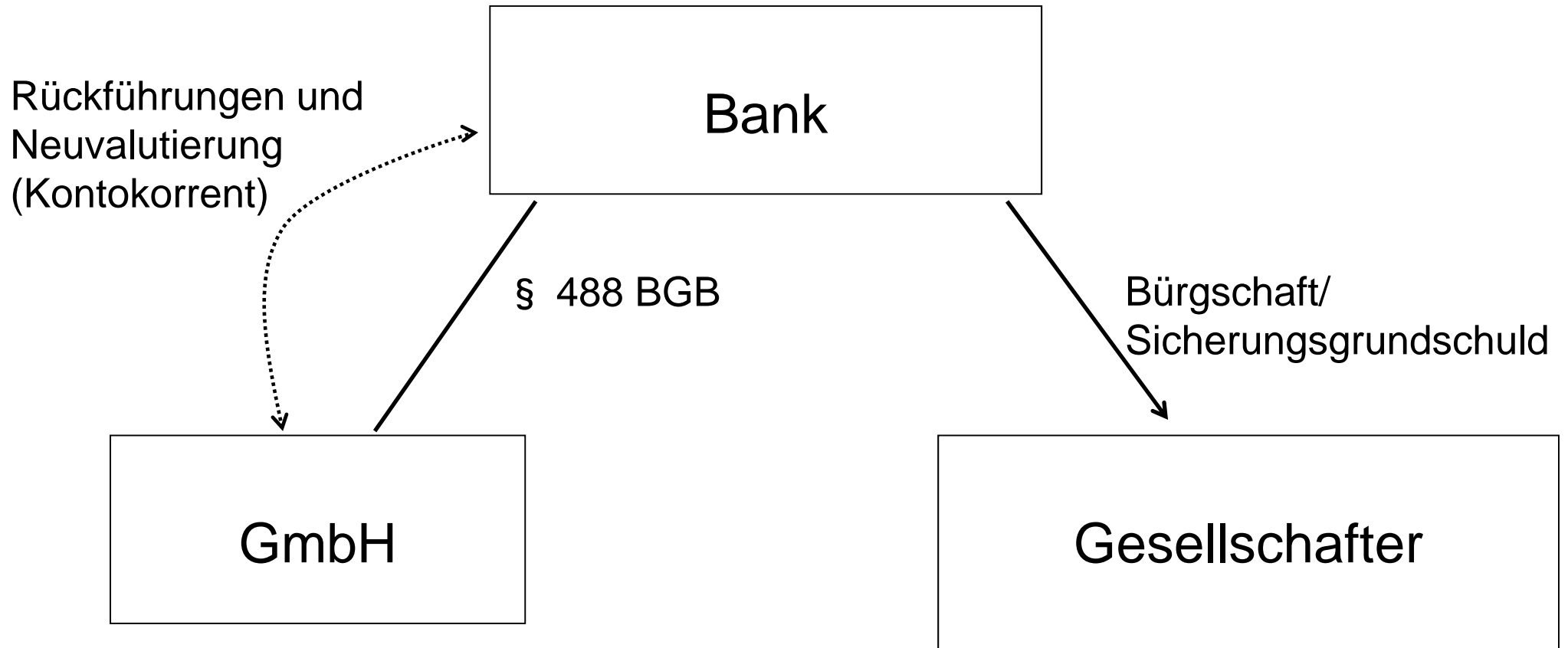
- **Regelungsgrund:**

Vorinsolvenzliche Befriedigung des Befreiungsanspruchs bedeutet Spezialfall des § 135 I Nr. 2 InsO

- **Probleme:**

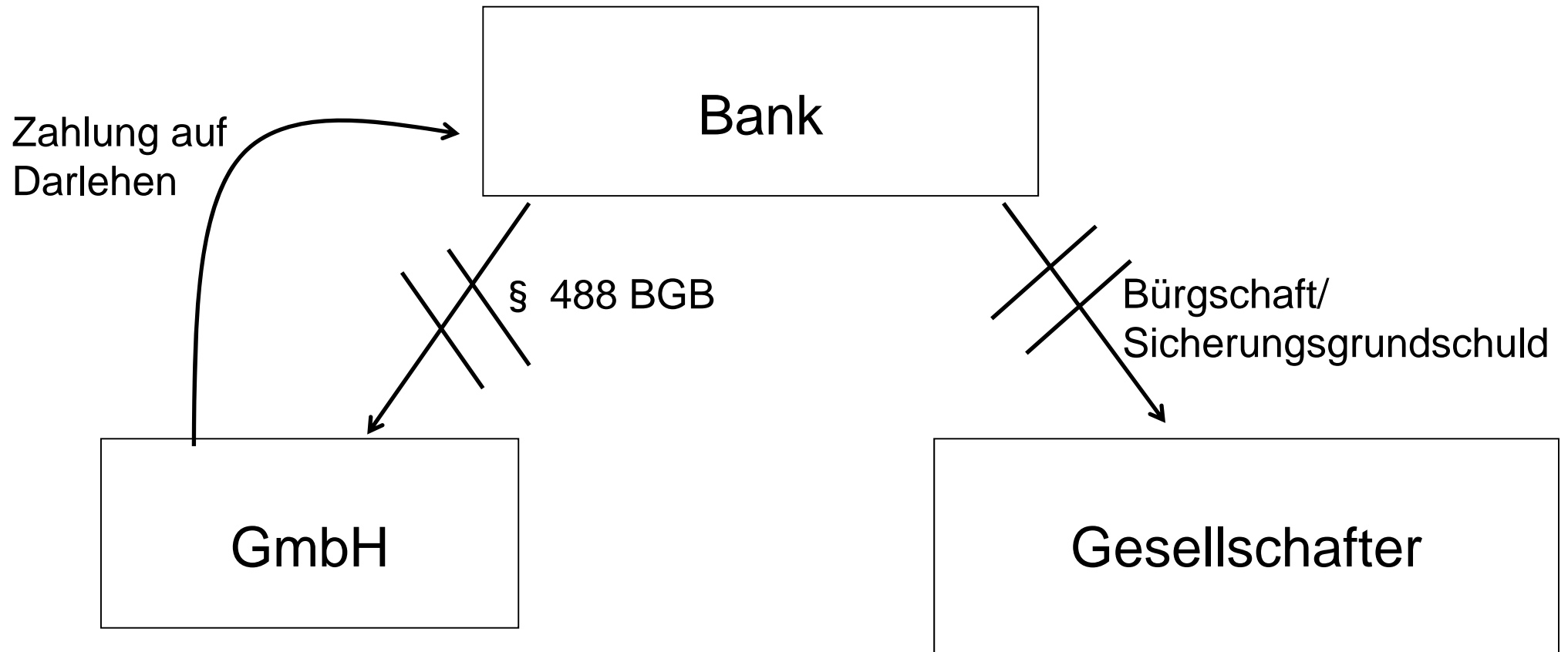
- Rückführung und Neuvaluierung gesicherter Darlehen.
- Anspruchsumfang, § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO.
- Anwendungsbereich: zeitliches Verhältnis von Besicherung und Gesellschafterstellung.
- Realisierung einer Gesellschaftssicherheit nach Verfahrenseröffnung bei Doppelsicherheit von Gesellschaft und Gesellschafter

b) Gesicherter Kredit revolviert

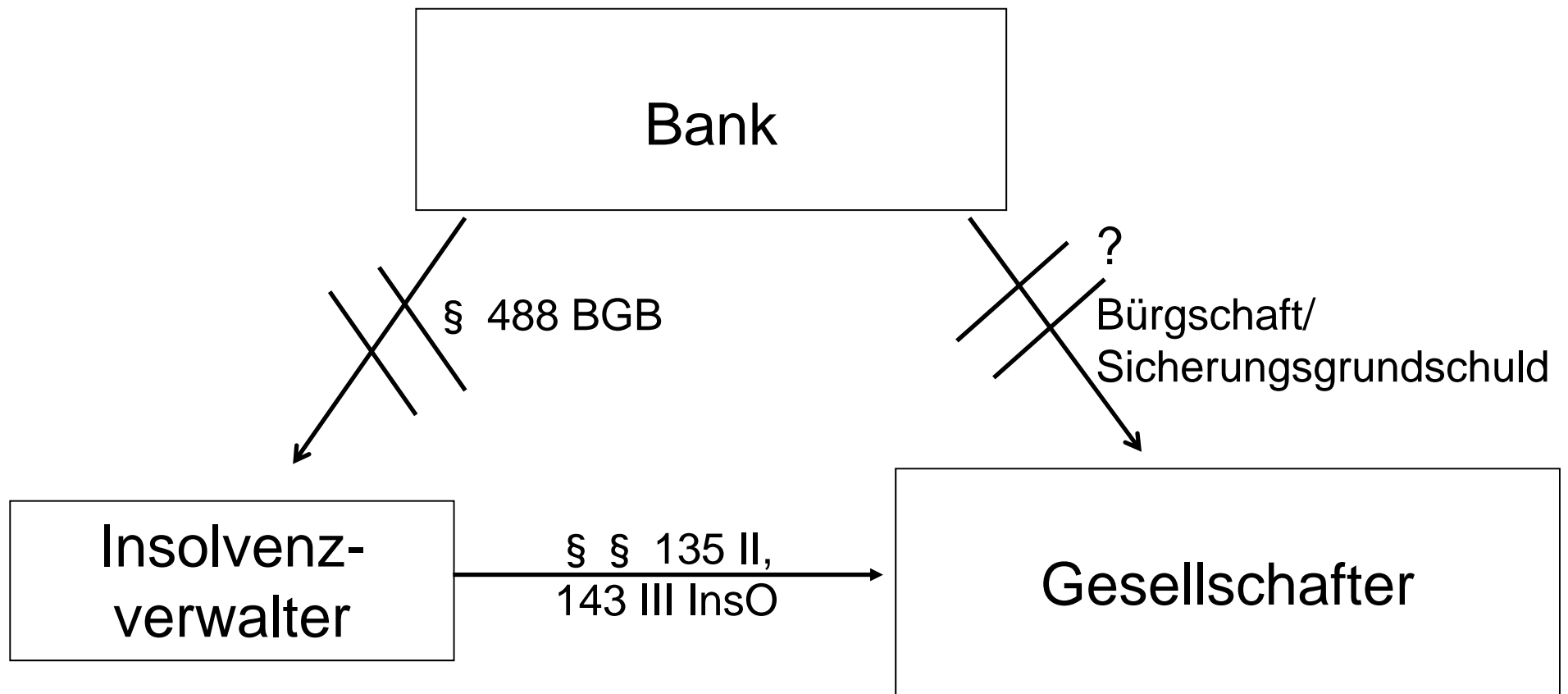


BGH v. 20.2.2014 - IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584: Rn. 23: Wie bei Kontokorrent (siehe zu § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) ist **Rückführung im Verhältnis zum Höchstbetrag** maßgeblich; vgl. auch BGH v. 16.1.2014 - IX ZR 116/13, ZIP 2014, 785 Rn. 6.

c) Grenze des § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO

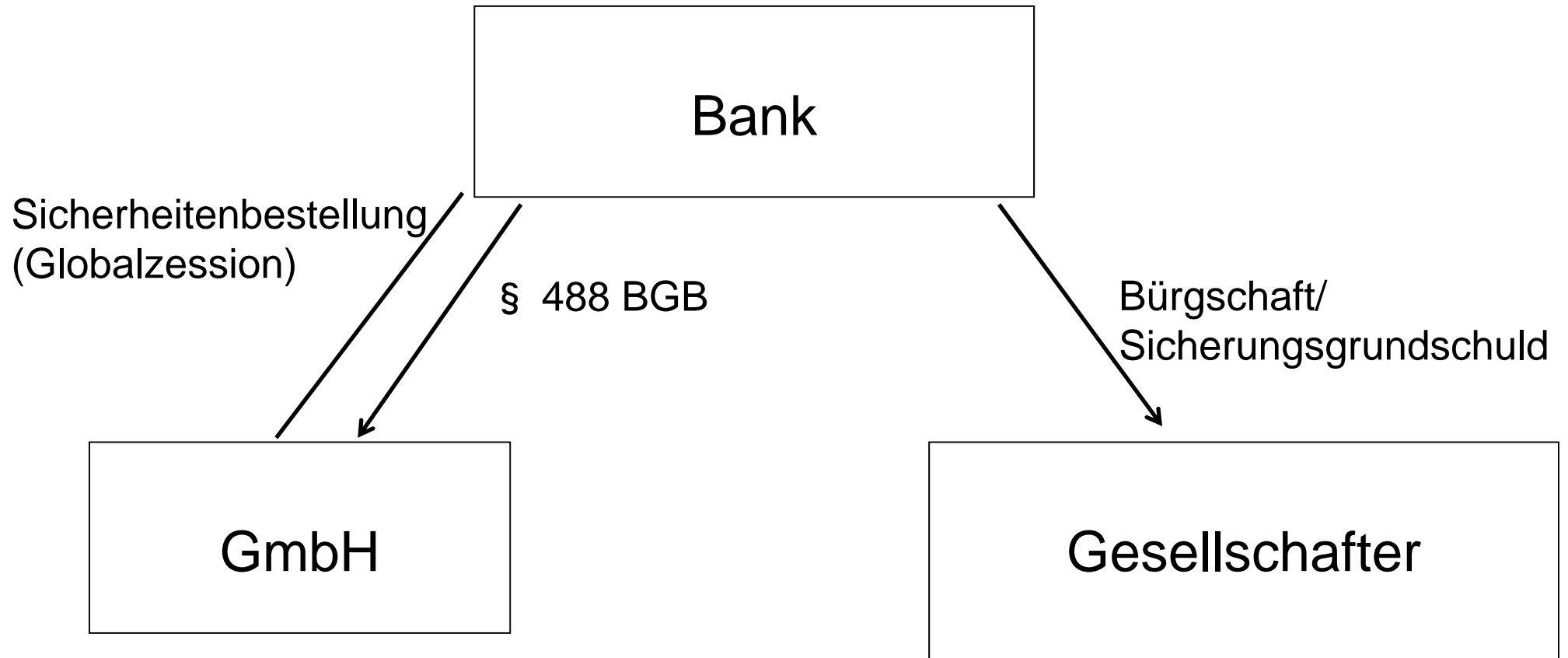


c) Grenze des § 143 Abs. 3 Satz 2 InsO

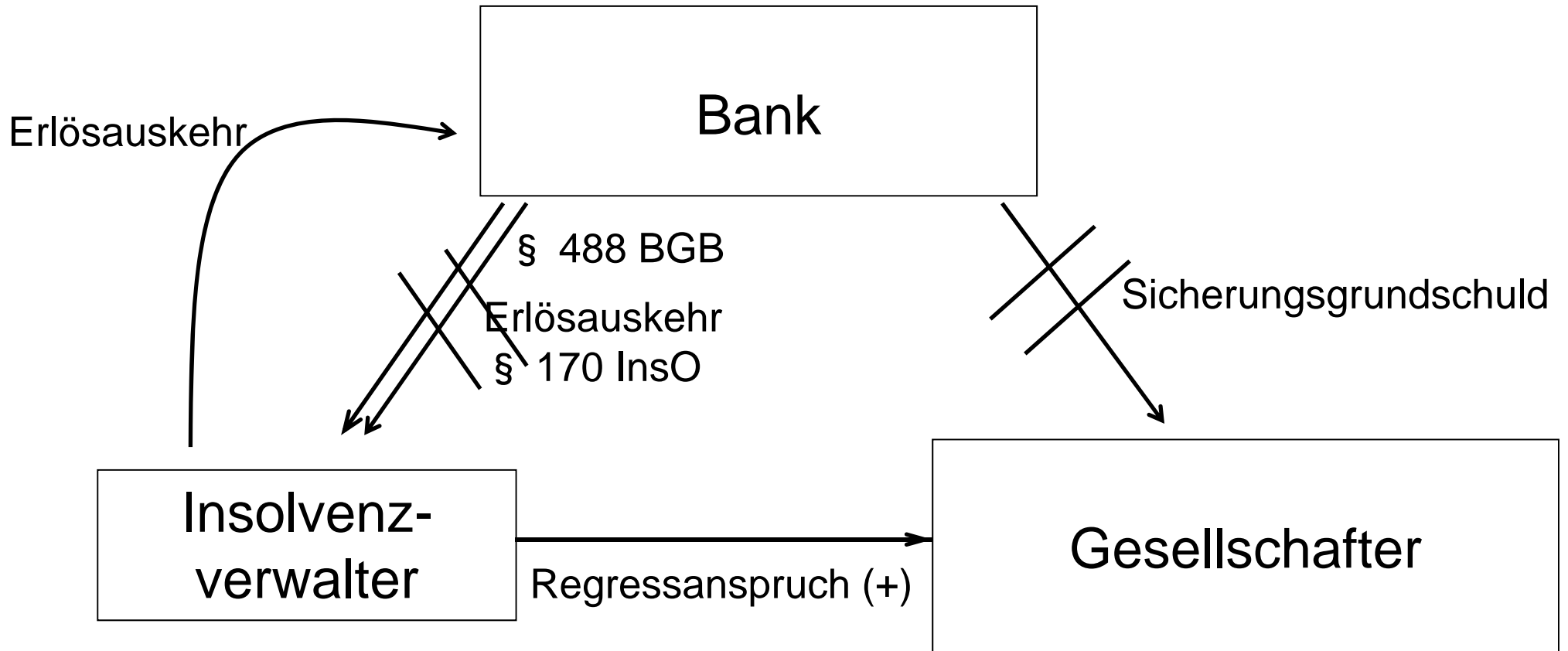


BGH v. 4.7.2013 - IX ZR 229/12, BGHZ 198, 77 = ZIP 2013, 1629: Kann der Gesellschafter weiterhin aus der von ihm bestellten Sicherheit von der Bank in Anspruch genommen werden, darf die Summe aus dem Anfechtungsanspruch nach § 135 Abs. 2 InsO und der fortbestehenden Verpflichtung des Gesellschafters aus der Sicherheit den Höchstbetrag der eingegangenen Sicherheitsverpflichtungen des Gesellschafters nicht übersteigen.

d) Sicherheitenkonkurrenz



d) Sicherheitenkonkurrenz



Streit über Rechtsgrund:

Insolvenzanfechtung: § § 135 II, 143 III analog (BGH),

ähnlich, aber dogmatisch überzeugender: § 812 BGB (Verteilungsfehler)

d) Sicherheitenkonkurrenz

BGH v. 1.12.2011 - IX ZR 11/11, BGHZ 192, 9 =
ZIP 2011, 2417:

Wird die am Gesellschaftsvermögen und am Vermögen eines Gesellschafters gesicherte Forderung eines Darlehensgläubigers nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft durch Verwertung der Gesellschaftssicherheit befriedigt, ist der Gesellschafter zur Erstattung des an den Gläubiger ausgekehrten Betrages zur Insolvenzmasse verpflichtet.

4. Zum Anwendungsbereich in subjektiver Hinsicht, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO

Kernaussagen BGH v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582:

[18] Das durch das MoMiG umgestaltete Recht und damit auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO harmoniert mit der Legitimationsgrundlage des früheren Rechts im Sinne einer Finanzierungsfolgenverantwortung.

[11] Mit Hilfe der Einbeziehung "gleichgestellter Forderungen" wird der bisherige § 32a GmbHG aF in personeller - durch Einbeziehung Dritter - und sachlicher Hinsicht übernommen.

[12] Darum ist auch bei der Auslegung des Tatbestands der gleichgestellten Forderung (§ 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO) in Übereinstimmung mit dem früheren Recht Vorsorge dagegen zu treffen, dass der Gesellschafter das mit einer Darlehensgewährung verbundene Risiko auf die Gemeinschaft der Gesellschaftsgläubiger abwälzt.

- **BGH v. 17.2.2011 - IX ZR 131/10, BGHZ 188, 363 = ZIP 2011, 575:**
 1. Die Forderung aus der Rechtshandlung eines Dritten entspricht einem Gesellschafterdarlehen nicht schon deshalb, weil es sich bei dem Dritten um eine nahestehende Person im Sinne des § 138 InsO handelt.
 2. Gewährt eine nahestehende Person (§ 138 InsO) dem Schuldner ein ungesichertes Darlehen, begründet dies keinen ersten Anschein für eine wirtschaftliche Gleichstellung mit einem Gesellschafterdarlehen.
- **BGH v. 21.2.2013 - IX ZR 32/12, BGHZ 196, 220 = ZIP 2013, 582:**
 1. Tritt der Gesellschafter eine gegen die Gesellschaft gerichtete Darlehensforderung binnen eines Jahres vor Antragstellung ab und tilgt die Gesellschaft anschließend die Verbindlichkeit gegenüber dem Zessionar, unterliegt nach Verfahrenseröffnung neben dem Zessionar auch der Gesellschafter der Anfechtung.
 2. Zu den gleichgestellten Forderungen gehören grundsätzlich auch Darlehensforderungen von Unternehmen, die mit dem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden sind.

- BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = ZIP 2013, 1579: Eine von der Schuldnerin zur Sicherung eines Darlehens gewährte Forderungsabtretung ist anfechtbar, wenn der Gesellschafter der Schuldnerin mit 50 v.H. an der darlehensgebenden Gesellschaft beteiligt und zugleich deren alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer ist.
- BGH v. 20.2.2014 - IX ZR 164/13, ZIP 2014, 584: Wer für ein der Gesellschaft gewährtes Darlehen eine Sicherung übernimmt und später Gesellschafter wird, unterliegt der Insolvenzanfechtung nach § 135 Abs. 2 InsO.

5. Anwendungsbereich in objektiver Hinsicht sowie Nutzungsüberlassung

a) „Gesellschafter-Arbeitnehmer“

BAG v. 27.3.2014 - 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927:

- Gleichgestellte Verbindlichkeiten sind nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt 2 InsO Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen - nur - wirtschaftlich entsprechen. Ernstzunehmende Schutzlücken sollen nicht entstehen. Der Begriff der Rechtshandlung ist deswegen weit auszulegen. Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das eine rechtliche Wirkung auslöst.
- Seit der Novellierung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO MoMiG kommt es nicht mehr auf die Merkmale des Eigenkapitalersatzes und der Gesellschaftskrise an. Die zunächst unterbliebene Durchsetzung fälliger Forderungen ist jedoch nach wie vor als Rechtshandlung einzuordnen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich iSv. § 39 Abs 1 Nr 5 Alt 2 InsO entspricht.

BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491:

Wird eine Gehaltsforderung an einen Gesellschafter nach den Grundsätzen des Bargeschäfts gedeckt, liegt darin keine Befriedigung einer einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Forderung.

b) Zur Miete

OLG Hamm v. 21.11.2013 – 18 U 145/12, ZIP 2014, 186

- Die Regelung des § 135 Abs. 3 S. 2 InsO kommt nur zur Anwendung, wenn der Vermieter einen Aussonderungsanspruch bezüglich des Mietobjekts geltend macht.
- Vereinnahmen die Gesellschafter der späteren Insolvenzschuldnerin bzw. eine aus ihnen bestehende Gesellschaft vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens innerhalb der Fristen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO Mietzinszahlungen, die nicht innerhalb vertraglich üblicher Fälligkeitsregelungen erfolgten oder nicht innerhalb der durch verkehrsübliche Gepflogenheiten bestimmten Fristen geltend gemacht wurden, so sind diese Zahlungen gem. § 135 Abs. 2 S. 2 InsO anfechtbar.

OLG Schleswig v. 13.1.2012 – 4 U 57/11, ZIP 2012, 885:

- Eine Insolvenzanfechtung nach den §§ 135 Abs. 1 Nr. 2, 143 Abs. 1 InsO wegen der im Jahr vor Insolvenzantragstellung von einer GmbH als Gemeinschuldnerin an einen GmbH-Gesellschafter aus der Vermietung eines Gesellschaftergrundstücks gezahlten Mieten greift nicht, da die Vermietung nicht dem Anwendungsbereich von §§ 39 Abs. 1 Nr. 5, 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO unterfällt.
- Der Mietforderungsanspruch ist nicht nachrangig i.S.d. § 39 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 InsO. Der Kläger kann daher abgesonderte Befriedigung nach § 50 Abs. 1 InsO wegen seines Vermieterpfandrechts aus § 562 Abs. 1 BGB verlangen.

c) Pensionszusage

- Beispiel nach BGH v. 7.11.2013 - IX ZR 248/12, ZIP 2013, 2368
 - Der Kläger war Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin.
 - Im Jahre 1993 erteilte ihm die Schuldnerin eine Pensionszusage über einen Betrag von monatlich 6.000 DM (3.067,75 €).
 - Zur Sicherung dieser Ansprüche verpfändete die Schuldnerin durch Nachtrag vom 29. November 1996 ihr zustehende Versicherungen zugunsten des Klägers.
 - Mit notariellem Vertrag vom 21. Januar 2008 übertrug der Kläger seine Gesellschaftsanteile an der Schuldnerin auf seinen Sohn sowie einen weiteren Erwerber.
 - Im Rahmen der Anteilsübertragung bestellte die Schuldnerin dem Kläger nach Ablauf der verpfändeten Versicherungen zur Absicherung seiner Rentenansprüche eine Grundschuld in Höhe von 500.000 € an ihrem Grundbesitz. Die Eintragung in das Grundbuch fand am 9. April 2008 statt.
- Zur Anfechtbarkeit
 - BGH prüft nur § 133 InsO
 - Zu § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 InsO ist aber zu erwägen:
 - objektiv: Zusage später fälliger Pension für Arbeit?
 - subjektiv: Enthftung von Sicherheiten in welcher Frist, wann bestellt?

II. „Generalklausel“ Vorsatzanfechtung

- **§ 133 Abs. 1 S. 1 InsO:**

Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, 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.

- **Schema:**

- Objektiver Tatbestand
 - Rechtshandlung des Schuldners
 - Zehnjahresfrist
- Subjektiver Tatbestand
 - Benachteiligungsvorsatz des Insolvenzschuldners (dolus eventualis)
 - Kenntnis des Anfechtungsgegners (Vermutung § 133 Abs. 1 S. 2 InsO)

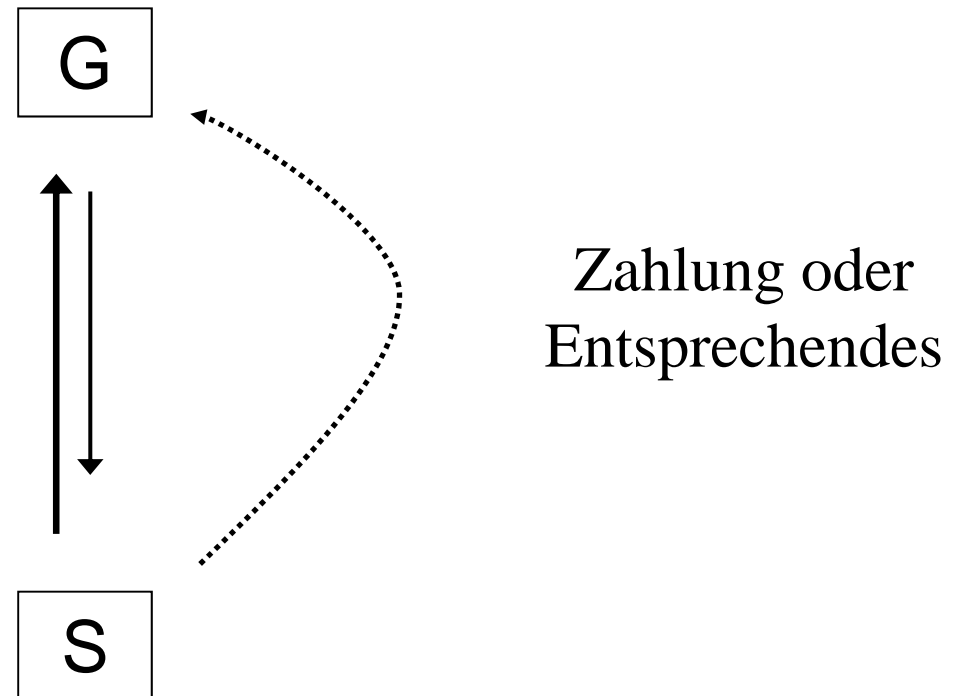
1. Fallgruppen der Vorsatzanfechtung allgemein
2. Objektiver Tatbestand (Rechtshandlung des Schuldners)
3. Feststellung innerer Tatsachen
4. Zahlungsunfähigkeit und deren Drohen
5. Gläubigerkenntnis
6. Bargeschäfte
7. Sanierungsbemühungen
8. Ratenzahlungsvereinbarungen
9. Vorsicherschieben einer Bugwelle
10. Sicherheitenverwertung

1. Fallgruppen der Vorsatzanfechtung allgemein

- a) Deckungsanfechtung (vgl. § § 130 f. InsO)
- b) Anfechtbarkeit gegenüber Leistungsmittlern
- c) Unmittelbar nachteilige Verträge
(vgl. § § 132, 133 Abs. 2 InsO)
- d) Sondervorteil für den Insolvenzfall
(„insolvenzabhängige Klauseln“)

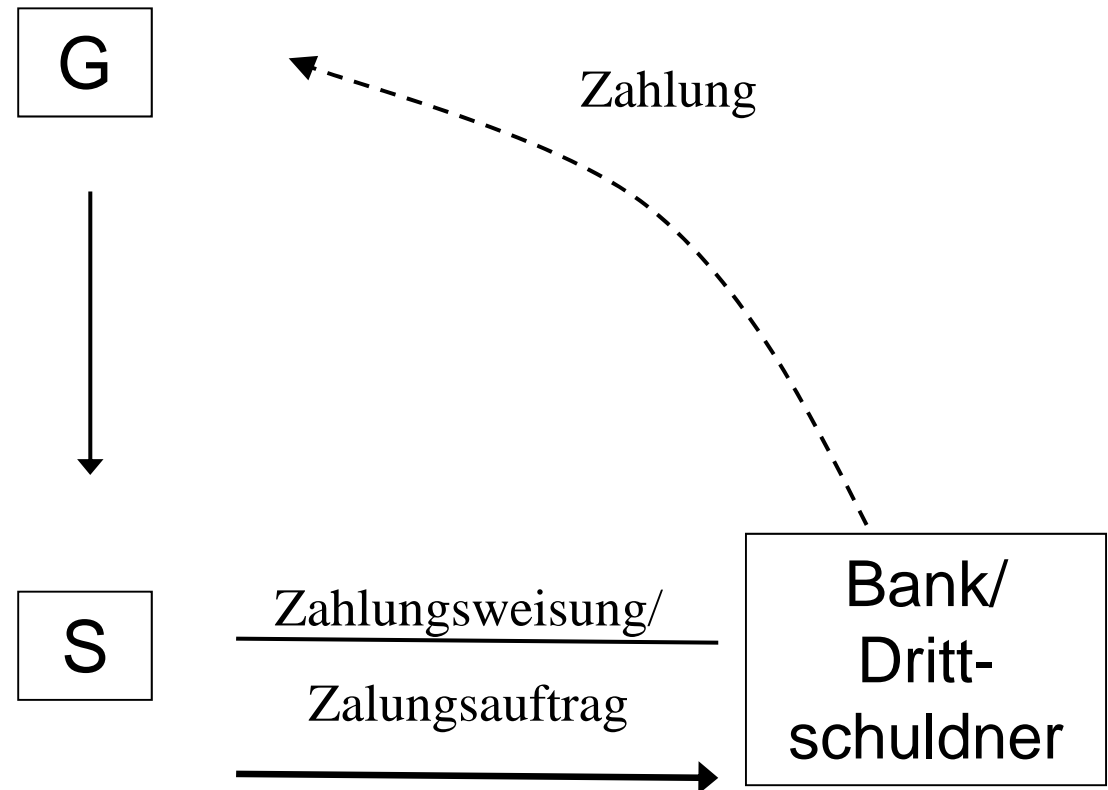
a) Deckungsanfechtung

- Erweiterung der Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO durch § 133 InsO,
- dazu sogleich III. mit Unterfallgruppen.



b) Anfechtbarkeit gegen Leistungsmittler

- Erweiterung der Deckungsanfechtung nach § § 130, 131 InsO in subjektiver Hinsicht,
- Anfechtung gegen Leistungsmittler, der nicht Insolvenzgläubiger ist, dazu
 - BGH ZIP 2008, 190 (Werkunternehmerkette)
 - BGH ZIP 2012, 1038 (Trehänder)
 - BGH ZIP 2013, 371 (Bank)
 - BGH ZIP 2013, 1127 (Versicherungsmakler)



c) Unmittelbare Benachteiligungen

- Abschluss nachteiliger Verträge
 - Vgl. § 133 Abs. 2 S. 1 InsO: Anfechtbar ist ein vom Schuldner **mit einer nahestehenden Person** (§ 138) geschlossener entgeltlicher Vertrag, durch den die Insolvenzgläubiger **unmittelbar benachteiligt** werden.
 - Abs. 1 gilt auch für Abschlüsse mit sonstigen Vertragspartnern.
- Abschluss nachteiliger Änderungsvereinbarungen
 - Vgl. BGH ZIP 2014, 1595 Rn. 19: Ein Abänderungsvertrag stellt allerdings dann keine wirksame Kongruenzvereinbarung für spätere Direktzahlungen dar, wenn er seinerseits anfechtbar ist.

d) Insolvenzabhängiger Sondervorteil

- Gezielte Gewährung eines Sondervorteils für den Insolvenzfall (BGH ZIP 2013, 2368 Rn. 7, 14 ff.)
 - Insolvenzabhängige Klauseln
 - Entschädigungsloser Heimfall eines Erbbaurechts im Insolvenzfall (BGH ZIP 2007, 1120 Rn. 27 ff.)
 - Unwirksamkeit insolvenzabhängiger Lösungsklauseln löst BGH allerdings über § 119 InsO (BGH ZIP 2013, 274)
- Abgrenzung zu Sondervorteilen, die auch außerhalb der Insolvenz greifen
 - Sicherheiten (BGH ZIP 2013, 2368 Rn. 7; ZIP 2009, 922)
 - Insolvenzunabhängige Klauseln (wichtiger Grund)

2. Schuldnerhandlung

- Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung
 - Grundsätzlich (-) wegen Zugriffs des Gläubigers (BGH ZIP 2011, 531 Rn. 5).
 - Ausnahme bei Förderung durch Schuldner:
 - (+) Zielgerichtetes Auffüllen der Kasse (BGH ZIP 2011, 531),
 - (+) Rat zur Kontopfändung bei erwartetem Eingang (BGH ZIP 2014, 35),
 - (?) Unterlassen des Bestehens auf Durchsuchungsanordnung nur bei Bewusstsein (BGH ZIP 2011, 531 Rn. 9 f.),
 - (-) Nach Kontenpfändung Unterlassen, freies Konto zu eröffnen, um darauf Einnahmen zu vereinnahmen (BGH ZIP 2014, 275).
- Befriedigung durch Zahlung des Schuldners auf Zwangsvollstreckungsdruck
 - Grundsätzlich Schuldnerhandlung (BGH ZIP 2011, 531 Rn. 5).
 - Ausnahme, wenn Schuldner nur noch die Wahl hatte, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch die **bereits anwesende**, vollstreckungsbereite Vollziehungsperson zu dulden,
 - sonst keine Berücksichtigung hypothetischer Geschehensabläufe (BGH ZIP 2014, 35: (+) Überweisung vom gepfändeten Konto; BGH ZIP 2012, 1422: (+) Scheckzahlung an vollstreckungsbereiten Vollziehungsbeamten).

3. Feststellung der inneren Tatsachen

- Indizien
 - (Drohende) Zahlungsunfähigkeit
 - Inkongruente Deckung
- Gegenanzeichen
 - Bargeschäftsmäßige Abwicklung
 - Sanierungsversuch

- Gesamtwürdigung:

Die subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung hat der Tatrichter **gemäß § 286 ZPO unter Würdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles** auf der Grundlage des Gesamtergebnisses der Verhandlung und einer etwaigen Beweisaufnahme zu prüfen (seit BGH ZIP 2009, 1966).

BGH ZIP 2013, 79 Rn. 7:

- Kennt der Schuldner seine **Zahlungsunfähigkeit**, kann daraus nach ständiger Rechtsprechung auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. In diesem Fall weiß der Schuldner, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen.
- Auch die nur **drohende Zahlungsunfähigkeit** stellt nach der Rechtsprechung des Senats ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners dar, wenn sie ihm bei der Vornahme der Rechtshandlung bekannt war.

- **BGH ZIP 2012, 2355:** Erlangt ein Gläubiger mehrere Monate nach einem **von ihm** gegen den Schuldner **gestellten Insolvenzantrag** durch diesen Befriedigung seiner Forderung und nimmt er anschließend den Antrag zurück, kann die Vorsatzanfechtung unter dem Gesichtspunkt einer inkongruenten Deckung durchgreifen.
- **BGH ZIP 2013, 2368:** Das einen Benachteiligungsvorsatz und dessen Kenntnis nahelegende Beweisanzeichen der Inkongruenz setzt voraus, dass ernsthafte **Zweifel an der Liquiditätsslage des Schuldners** bestehen.

BGH ZIP 2012, 984 Rn. 41:

Die einen Benachteiligungsvorsatz nahelegenden Beweisanzeichen der Inkongruenz und der erkannten Zahlungsunfähigkeit können durch die Umstände des Einzelfalls entkräftet sein, wenn diese ergeben, dass die angefochtene Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet war und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger infolgedessen in den Hintergrund getreten ist (**Sanierungsversuch, Bargeschäft**).

- Tatbestand des § 133 Abs.1 InsO:
 - Entschärfung bei Feststellung von Benachteiligungsvorsatz und Kenntnis
 - Vermutungsregelung des § 133 Abs.1 S.2 InsO?
 - Formulierung von Ausnahmetatbeständen („Safe-Harbour“)?
 - Verkürzung der Anfechtungsfrist
 - Zeitraum zwischen drei und fünf Jahren
 - Unterscheidung nach Inkongruenz einer Deckung?
- Rechtsfolge des § 143 InsO: Zinsen
 - Fälligkeit des Rückgewähranspruchssamt Prozesszinsen nicht schon mit Verfahrenseröffnung, sondern erst ab Geltendmachung.
- Privilegien
 - Arbeitnehmer sollen ausdrücklich privilegiert werden, unklar aber wie weit und auf welche Weise (§ 142 InsO?),
 - Keine Privilegierung des Fiskus bei Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.
- Übergangsregelung?
- [Perspektiven der Verfahrensfinanzierung]

4. Zahlungsunfähigkeit und deren drohen

BGH v. 8.1 2015 – IX ZR 203/12, ZIP 2015, 437:

Im Insolvenzanfechtungsprozess beurteilt sich die **Zahlungsunfähigkeit** des Schuldners nach § 17 InsO.

- Zur deren Feststellung kann zwar eine Liquiditätsbilanz aufgestellt werden.
- Ihrer bedarf es aber oftmals nicht, weil im eröffneten Verfahren auch auf andere Weise festgestellt werden kann, ob der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte (Festhaltung BGH, 12.10.2006, IX ZR 228/03).
- Hat der Schuldner seine Zahlungen eingestellt, begründet auch dies gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO die gesetzliche Vermutung der Zahlungseinstellung (Festhaltung BGH, 20.11.2001, IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178).

BGH ZIP 2013, 2323 (vgl. auch BGH ZIP 2013, 2015):

- [15] Zur Feststellung der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des **§ 17 Abs. 2 Satz 1 InsO** kann eine **Liquiditätsbilanz** aufgestellt werden, bei der die verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu setzen sind zu den am selben Stichtag fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten. Beträgt die Liquiditätslücke des Schuldners 10 vom Hundert oder mehr, ist regelmäßig von Zahlungsunfähigkeit auszugehen, sofern nicht ausnahmsweise mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass die Liquiditätslücke demnächst vollständig oder fast vollständig geschlossen wird und den Gläubigern ein Zuwarten nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zuzumuten ist.
- [17] Im Insolvenzanfechtungsprozess ist die Erstellung einer Liquiditätsbilanz nicht erforderlich, wenn auf andere Weise festgestellt werden kann, ob der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte. Hat der Schuldner seine **Zahlungen eingestellt**, begründet dies auch für die Insolvenzanfechtung gemäß **§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO** die gesetzliche Vermutung der Zahlungsunfähigkeit. Die **tatsächliche Nichtzahlung** eines erheblichen Teils der fälligen Verbindlichkeiten reicht für eine Zahlungseinstellung selbst dann aus, wenn tatsächlich noch geleistete Zahlungen beträchtlich sind, aber im Verhältnis zu den fälligen Gesamtschulden nicht den wesentlichen Teil ausmachen.

1. Eine Zahlungseinstellung kann aus einem einzelnen, aber auch aus einer Gesamtschau mehrerer darauf hindeutender, in der Rechtsprechung entwickelter Beweisanzeichen gefolgert werden. Sind derartige Indizien vorhanden, bedarf es einer darüber hinaus gehenden Darlegung und Feststellung der genauen Höhe der gegen den Schuldner bestehenden Verbindlichkeiten oder einer Unterdeckung von mindestens zehn vom Hundert nicht (Festhaltung BGH, 18.7.2013, IX ZR 143/12).
2. Die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung können - weil es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt - meist nur mittelbar aus objektiven Tatsachen hergeleitet werden. Soweit dabei Rechtsbegriffe wie die Zahlungsunfähigkeit betroffen sind, muss deren Kenntnis außerdem oft aus der Kenntnis von Anknüpfungstatsachen erschlossen werden. Der Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit steht auch im Rahmen des § 133 Abs. 1 InsO die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf eine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit hinweisen (Festhaltung BGH, 13. August 2009, IX ZR 159/06, ZInsO 2009, 1909). Es genügt daher, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt (Festhaltung BGH, 19. Februar 2009, IX ZR 62/08, BGHZ 180, 63). Bewertet der Gläubiger das ihm vollständig bekannte Tatsachenbild falsch, kann er sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er diesen Schluss nicht gezogen hat.

BGH v. 8.1.2015 - IX ZR 198/13, ZIP 2015, 279

[5] Die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO greift [...] bereits dann ein, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Rechtshandlung des Schuldners die Gläubiger benachteiligte. Anders als in § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO wird weder die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners noch eine Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon vorausgesetzt.

- Anknüpfung an Zahlungsunfähigkeit
 - Insolvenzantragspflicht aus § 15a InsO
 - Zahlungsverbot des § 64 GmbHG
 - Deckungsanfechtung nach §§ 130 f. InsO, insb. § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO
- Anknüpfung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO
 - Passend bei sonstigen Fällen der Vorsatzanfechtung (unmittelbare Benachteiligung, insolvenzabhängiger Sondervorteil etc.)
 - Unpassend bei Deckungsanfechtung, vgl. die Kritik an Rechtsprechung etwa bei Bork ZIP 2014, 797, 808, 810; Ganter, WM 2014, 49 f.
- Folgerung:

Für Fallgruppe Deckungsanfechtung ist gegen BGH § 133 Abs. 1 InsO systematisch-teleologisch dahin zu reduzieren, dass Bestimmung erst bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eingreifen kann.

BGH ZIP 2009, 1966 Rn. 10:

Soweit es um die Kenntnis des Gläubigers von einer zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geht, muss deshalb darauf abgestellt werden, ob sich

- die schleppende, möglicherweise erst unter dem Druck einer angedrohten Zwangsvollstreckung erfolgende [oder auch ganz ausbleibende] Tilgung der Forderung des Gläubigers
- bei einer Gesamtbetrachtung der ihm bekannten Umstände,
 - insbesondere der Art der Forderung,
 - der Person des Schuldners und
 - des Zuschnitts seines Geschäftsbetriebs
- als ausreichendes Indiz für eine solche Kenntnis darstellt.

- BGH ZIP 2012, 735 Rn. 18: Häufung von Zahlungsrückständen trotz Teilzahlungen (Erhöhung der Verbindlichkeiten),
- BGH ZIP 2009, 2253 Rn. 11, 15: Ansprüche in einem beträchtlichen Umfang nicht befriedigt für dessen Nichtzahlung ein Lieferstopp angedroht war,
- BGH ZIP 2013, 228 Rn. 44: Rückgabe von Lastschriften über einen längeren Zeitraum,
- BGH ZIP 2012, 2355 Rn. 30: Ständige Häufung, nicht bloß saisonal bedingter Zahlungsrückstände,
- BGH ZIP 2013, 2318 Rn. 13: Nichtzahlung strafbewehrter Forderungen wie Sozialversicherungsbeiträge,
- BGH ZInsO 2010, 1598 Rn. 10: Erklärung des Schuldners, binnen dreier Wochen seine fälligen erkennbar nicht unerheblichen Verbindlichkeiten nicht begleichen zu können.

BGH v. 8.1.2015 - IX ZR 198/13, ZIP 2015, 279

[5] Die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO greift [...] bereits dann ein, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Rechtshandlung des Schuldners die Gläubiger benachteiligte. Anders als in § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO wird weder die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners noch eine Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon vorausgesetzt.

[11] Dem Anfechtungsgegner sind die Kenntnisse seiner Bevollmächtigten (Verbraucherschutz-Anwälte) zuzurechnen.

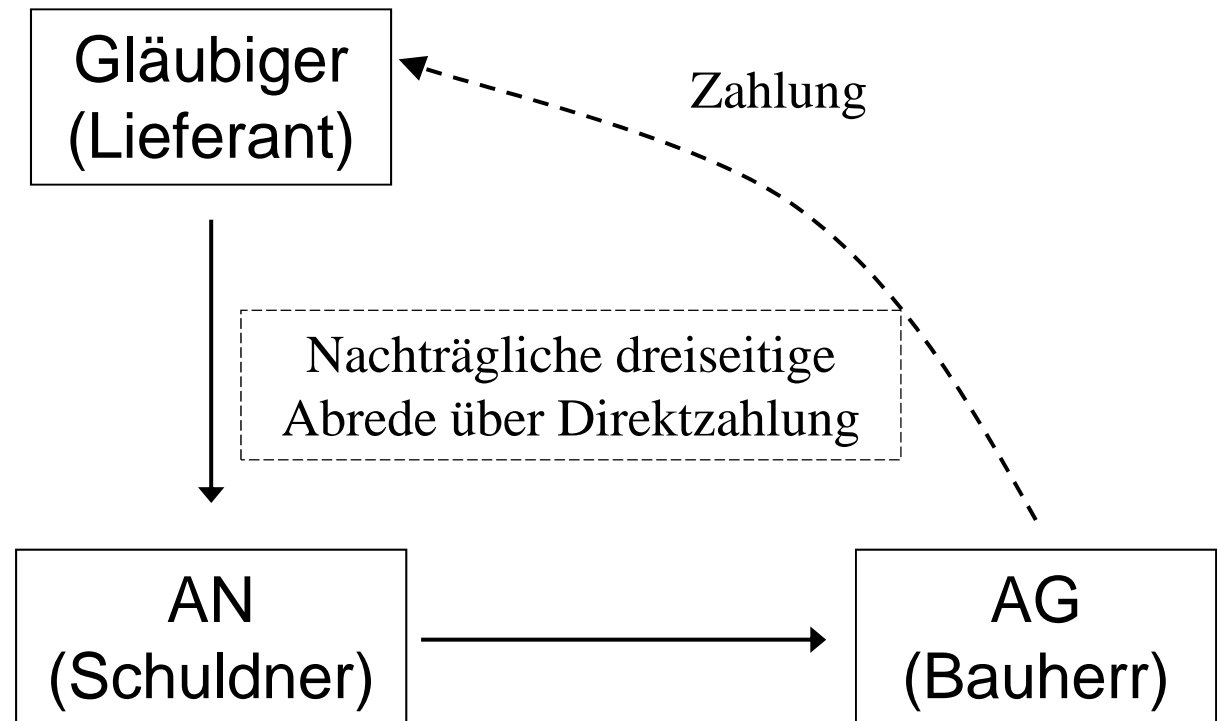
[14] Wussten die Bevollmächtigten des Beklagten Anfang Februar 2006, dass die Schuldnerin ein nur durch neue Anleihen zu finanzierendes "**Schneeballsystem**" betrieb, kannten sie auch die der Schuldnerin mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit. Ein derartiges Finanzierungsmodell ist nicht stabil.

6. Bargeschäftsähnliche Lage

- § 142 InsO:
Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind.
- Voraussetzungen:
 - Leistung des Schuldners
 - Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung
 - Unmittelbarkeit („30 Tage“)
 - Gleichwertigkeit der Leistungen
- Verhältnis § § 133 Abs. 1 InsO zu § 142 InsO
 - Liegen die Voraussetzungen von § 133 Abs. 1 InsO vor, schließt das Bargeschäft getreu dem Wortlaut von § 142 InsO die Anfechtung nicht aus.
 - **Bargeschäftsähnliche Lage kann aber Gegenindiz dafür sein, dass die subjektiven Voraussetzungen von § 133 Abs. 1 InsO nicht vorliegen.**

BGH v. 17.7.2014 – IX ZR 240/13, ZIP 2014, 1595:

Trifft ein zahlungsunfähiger Schuldner mit seinem Auftraggeber (Bauherrn) und seinem Lieferanten vor der Fälligkeit der nächsten Werklohnrate die Vereinbarung, dass der Kaufpreis für die von dem Lieferanten zu liefernden Bauteile von dem Auftraggeber vor der Lieferung direkt gezahlt werde, kann in der vom Schuldner veranlassten Direktzahlung eine kongruente Deckung liegen und der Schuldner trotz erkannter Zahlungsunfähigkeit ohne Benachteiligungsvorsatz handeln.



- [28] Entsprechendes [Beweisanzeichen Zahlungsunfähigkeit] gilt bei Bardeckungen, soweit hierbei eine Gläubigerbenachteiligung wenigstens mittelbar eintreten kann. Insbesondere ist derjenige nicht schutzbedürftig, der dem Schuldner einen Vermögensgegenstand zu einem angemessenen Preis, aber in dem Wissen abkauft, dass der Schuldner den Erlös seinen Gläubigern entziehen will. [...].
- [29] Dagegen ist ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz in aller Regel nicht gegeben, wenn der Schuldner in einem engen zeitlichen Zusammenhang eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringt, welche zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt (...). Dies gilt auch dann, wenn Schuldner und Anfechtungsgegner Vorkasse für die von diesem erbrachten Leistungen vereinbart haben (...). Der subjektive Tatbestand kann mithin entfallen, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit den potentiell anfechtbaren Rechtshandlungen eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein **Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft** stattfindet (...).

- BAG ZIP 2014, 628 Rn. 84.
- BGH-Richter des IX. Zivilsenats:
 - *Fischer*, NZI 2008, 588, 594;
 - *Ganter*, WM 2014, 49, 51;
 - *Kayser*, NJW 2014, 422, 427;
 - *Gehrlein*, DB 2013, 2843, 2844, 2845, 2847; NZI 2014, 481, 486 f.
- BGH v. 10.07.2014 - IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491:
Die einen Benachteiligungsvorsatz und seine Kenntnis nahelegenden Beweisanzeichen können zurücktreten, wenn der Schuldner eine kongruente Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines eigenen Unternehmens **unentbehrliche Gegenleistung** erbracht hat, die den Gläubigern im allgemeinen nützt. Zu den für die Unternehmensfortführung unverzichtbaren Gegenleistungen gehört auch die Tätigkeit der Arbeitnehmer.

- **Ausschlussstatbestand: § 142 InsO (Bargeschäft)**

Das in § 142 InsO geregelte Bargeschäft stellt eine Einschränkung der Anfechtung dar, sodass dessen Voraussetzungen von dem Anfechtungsgegner darzulegen und zu beweisen sind, weil diesem diese Rechtsfolge („Beschränkung der Anfechtung“) günstig ist, vgl. BGH ZIP 2012, 1301 Rn. 41.
- **Gegenindiz „bargeschäftsähnliche Lage“**
 - Insolvenzverwalter belegt subjektive Merkmale dadurch, dass er Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit darlegt,
 - Darlegungslast für **Gegenindiz** trägt nach allgemeinen Grundsätzen der Anfechtungsgegner.
- Zum abweichenden Ansatz des „Eckpunktepapiers“ kritisch Bork, ZIP 2014, 1905, 1907.

7. Sanierungsbemühungen

- Charakterisierung
 - Kontakt zwischen Schuldner und Gläubiger
 - Gläubiger erkennt Krise von erheblichem Gewicht (Zahlungsunfähigkeit)
 - Im Rahmen der Bemühungen, die Krise zu überwinden, erhält Gläubiger Deckung
 - Befriedigung
 - Sicherheiten für Neukredite (Bargeschäft)
 - Sicherheiten für Altkredite
- Problematik:

Unter welchen Voraussetzungen entkräftet Sanierungswille die Vermutung, dass die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen wegen Kenntnis von (drohender) Zahlungsunfähigkeit vorliegen?

- Sowohl der Gesichtspunkt der drohenden Zahlungsunfähigkeit als auch derjenige der Inkongruenz können ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners verlieren, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs ist.
- Denn in diesem Fall ist die Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet, und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger tritt infolgedessen in den Hintergrund.
- Voraussetzung ist, dass zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt.

1. Auftragsgegenstand
2. Basisinformationen
3. Krisenstadium
4. Leitbild
5. Maßnahmen
6. Integrierte Sanierungsplanung
7. Sanierungsfähigkeit
8. Nachhaltigkeit
9. Sofortmaßnahmen
10. Sanierungskonzept in Stufen

Prütting ZIP 2013, 203

8. Ratenzahlungsvereinbarungen

- Charakterisierung
 - Kontakt zwischen Schuldner und Gläubiger
 - Gläubiger erkennt Krise von erheblichem Gewicht (Zahlungsunfähigkeit)
 - Gläubiger erklärt sich zu Stundung bereit:
 - im Rahmen einer von allen Gläubiger gezeichneten Stundungsvereinbarung (Überwindung der Zahlungsunfähigkeit),
 - Schuldner solle vorrangig drängende Gläubiger befriedigen, Rest an Liquidität jeweils an Gläubiger auskehren,
 - Stundung, wenn jedenfalls irgendetwas gezahlt wird,
 - Ermöglichen der Fortführung des Unternehmens inkl. der Geschäftsbeziehung plus separater Vereinbarung über Rückführung von Rückständen.
- Problematik:
 - Liegt Zahlungsunfähigkeit vor?
 - Hat Gläubiger Kenntnis?
 - Werden Zahlungsunfähigkeit/Kennntnis davon durch Abrede überwunden?

BGH ZIP 2008, 420:

Nimmt eine Bank Ratenzahlungen des Schuldners entgegen, die sie mit diesem in einem Stillhalteabkommen vereinbart hat, so ist zu vermuten, dass sie die Absicht des Schuldners kennt, die Gläubiger zu benachteiligen, wenn sie weiß, dass der Schuldner noch weitere Gläubiger hat, die erfolglos zu vollstrecken versucht haben, und die Raten auch nur unregelmäßig gezahlt werden.

Hohe Anforderungen an Überwindung der Zahlungsunfähigkeit

BGH ZIP 2013, 228 Rn. 33:

- Die hier verwirklichte Zahlungseinstellung konnte nur abgewendet werden, indem die Schuldnerin alle **Zahlungen wieder aufnahm**. Dies hat derjenige zu beweisen, der sich darauf beruft. Hat der anfechtende Verwalter für einen bestimmten Zeitpunkt den ihm obliegenden Beweis der Zahlungseinstellung des Schuldners geführt, muss der Anfechtungsgegner grundsätzlich beweisen, dass diese Voraussetzung zwischenzeitlich wieder entfallen ist.
- Für den nachträglichen Wegfall **der subjektiven Anfechtungsvoraussetzung** der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit gilt Entsprechendes. Ein Gläubiger, der von der einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wusste, hat darzulegen und zu beweisen, warum er später davon ausging, der Schuldner habe seine Zahlungen möglicherweise allgemein wieder aufgenommen. Diesen Beweisanforderungen hat die Beklagte weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht genügt.

BGH ZIP 2013, 228 Rn. 42:

Die Kenntnis des Gläubigers von einer bestehenden Zahlungsunfähigkeit **entfällt nicht durch** den Abschluss einer von dem Schuldner **vereinbarungsgemäß bedienten Ratenzahlungsvereinbarung**, wenn bei dem gewerblich tätigen Schuldner mit weiteren Gläubigern zu rechnen ist, die keinen vergleichbaren Druck zur Eintreibung ihrer Forderungen ausüben.

- Nachdem die spätere Insolvenzschuldnerin ihren Zahlungsverpflichtungen aus einem Dauerschuldverhältnis mit dem Gläubiger nicht mehr nachkam, schlossen die beiden Gesellschaften eine Stundungsvereinbarung.
 - a) Die Stundungsvereinbarung sieht eine niedrigere monatliche Rate bei entsprechender Verlängerung der Laufzeit des (Leasing-)Vertrags vor.
 - b) Die Stundungsvereinbarung sieht einerseits die Zahlung der monatlichen Raten und andererseits die Rückführung der Rückstände durch separate Raten vor.
- Später wird das Insolvenzverfahren eröffnet. Welche Argumente sprechen für/gegen die Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO?

Problem: subjektive Merkmale des § 133 Abs. 1 InsO

- Indizien für deren Vorliegen
 - Abschluss der Stundungsvereinbarung als Ausdruck von zuvor bestehender (drohender) Zahlungsunfähigkeit?
 - Üblicherweise genügt eine (auch bediente) Ratenzahlungsvereinbarung nicht zum Nachweis der Überwindung der Zahlungsunfähigkeit
- Gegenanzeichen
 - bargeschäftsmäßige Abwicklung:
 - Keine Deckung von Altverbindlichkeiten
 - Gleichwertigkeit von Raten und Überlassung

9. Vorsichterschieben einer Bugwelle

- Charakterisierung
 - Geschäftsbeziehung zwischen Schuldner und Gläubiger,
 - Schuldner zahlt über längerem Zeitraum (x Wochen, Monate) mit erheblichen Verzögerungen,
 - Gläubiger erklärt keine ausdrücklich Stundung,
 - meist findet ein „zeitlich verschobener“ Leistungsaustausch statt, da neue Ware für Zahlung alter Rechnungen geliefert wird.
- Problematik:
 - Liegt Zahlungsunfähigkeit vor?
 - Hat Gläubiger Kenntnis?
 - Greift Entkräftung durch Bargeschäft?
 - Welchen Umfang hat die Gläubigerbenachteiligung?

- BGH ZIP 2013, 2318: Tilgt der Schuldner Sozialversicherungsbeiträge über einen Zeitraum von zehn Monaten jeweils mit einer Verspätung von drei bis vier Wochen, kann das Tatgericht zu der Würdigung gelangen, dass der Sozialversicherungsträger allein aus diesem Umstand nicht auf eine Zahlungseinstellung des Schuldners schließen musste.
- BGH ZIP 2012, 1422: Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung durfte das beklagte Land schon deshalb nicht von bloßen Zahlungsstockungen ausgehen, weil der in den Steuerrückständen zum Ausdruck kommende Liquiditätsengpass der Schuldnerin nicht innerhalb von drei Wochen geschlossen werden konnte, sondern vielmehr in den Jahren 2004 und 2005 noch stetig angestiegen ist, und allein die rückständigen Steuerschulden auch so erheblich waren, dass von einer lediglich geringfügigen Liquiditätslücke nicht die Rede sein kann.

BGH ZIP 2013, 79 Rn. 8:

- Von der Nichtzahlung einer nach § 271 I BGB fälligen Forderung darf nicht schematisch auf die Zahlungsunfähigkeit geschlossen werden.
- Eine Forderung ist vielmehr nur dann zu berücksichtigen, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der **Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt**. Hierfür genügen sämtliche fälligkeitsbegründenden Handlungen des Gläubigers, gleich ob die Fälligkeit aus der ursprünglichen Vertragsabrede oder aus einer nach Erbringung der Leistung übersandten Rechnung herrührt.
- Eine zusätzliche Rechtshandlung im Sinne eines **Einforderns** ist daneben entbehrlich. Dieses Merkmal dient allein dem Zweck, solche fälligen Forderungen bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit auszuschließen, die rein tatsächlich - also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung - gestundet sind.

BGH ZIP 2014, 1289:

Setzt die Finanzbehörde die Vollziehung eines Steuerbescheides wegen ernstlicher Zweifel an dessen Rechtmäßigkeit aus, fordert sie den festgesetzten Betrag für die Dauer der Aussetzung nicht mehr ernsthaft ein.

Zuordnung der Zahlungen auf

- Altforderung

- BGH v. 17.7.2014 – IX ZR 240/13, ZIP 2014, 1595 hebt hervor, dass ein Bargeschäft voraussetzt, dass eine Leistungsabänderung nur vor Vornahme der zeitlich ersten Leistungshandlung möglich ist.
- Zwar genügt, dass sich die Beteiligten ein Bargeschäft (Ausschluss unmittelbarer Gläubigerbenachteiligung) vorstellen, da die subjektiven Tatbestandsmerkmale (Vorsatz, Kenntnis) in Rede stehen (Fischer NZI 2008, 588, 594). Dann müssen sie sich aber ein objektives Bargeschäft vorstellen.

- Neuforderung

- Ansatz 1: § 129 Abs. 1 InsO
 - Addition aller Zahlungen,
 - Höchster (zurückgeführter) Soll,
 - ?
- Ansatz 2: § 144 Abs. 2 InsO:
 - „Zahlungen haben zu weiteren Lieferungen und nun zu weiteren Zahlungen und Anfechtungsansprüchen geführt?
 - Einzelbetrachtung.

10. Sicherheitenverwertung

BGH ZIP 2012, 1301 Rn. 43:

- Gläubigerbenachteiligung

Keine Gläubigerbenachteiligung bei „freihändiger Sicherheitenverwertung im Umfange des Werts der Sicherheit (BGH ZIP 2012, 1301 Rn. 43)

- Schuldnerhandlung

Eine Rechtshandlung des Schuldners im Sinne des § 133 Abs. 1 ist dabei auch dann gegeben, wenn eine andere Person die Handlung im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Schuldner vornimmt.

- Subjektive Merkmale

Da ein Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, regelmäßig mit dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 133 Abs. 1 handelt, liegt die Annahme nahe, die Schuldnerin habe mit dem Vorsatz gehandelt, die Gesamtheit ihrer Gläubiger zu benachteiligen, indem sie der Beklagten im Wege der Verrechnung den Zugriff auf die erlösten Kaufpreise eröffnete.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

florian.jacoby@uni-bielefeld.de
www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/