

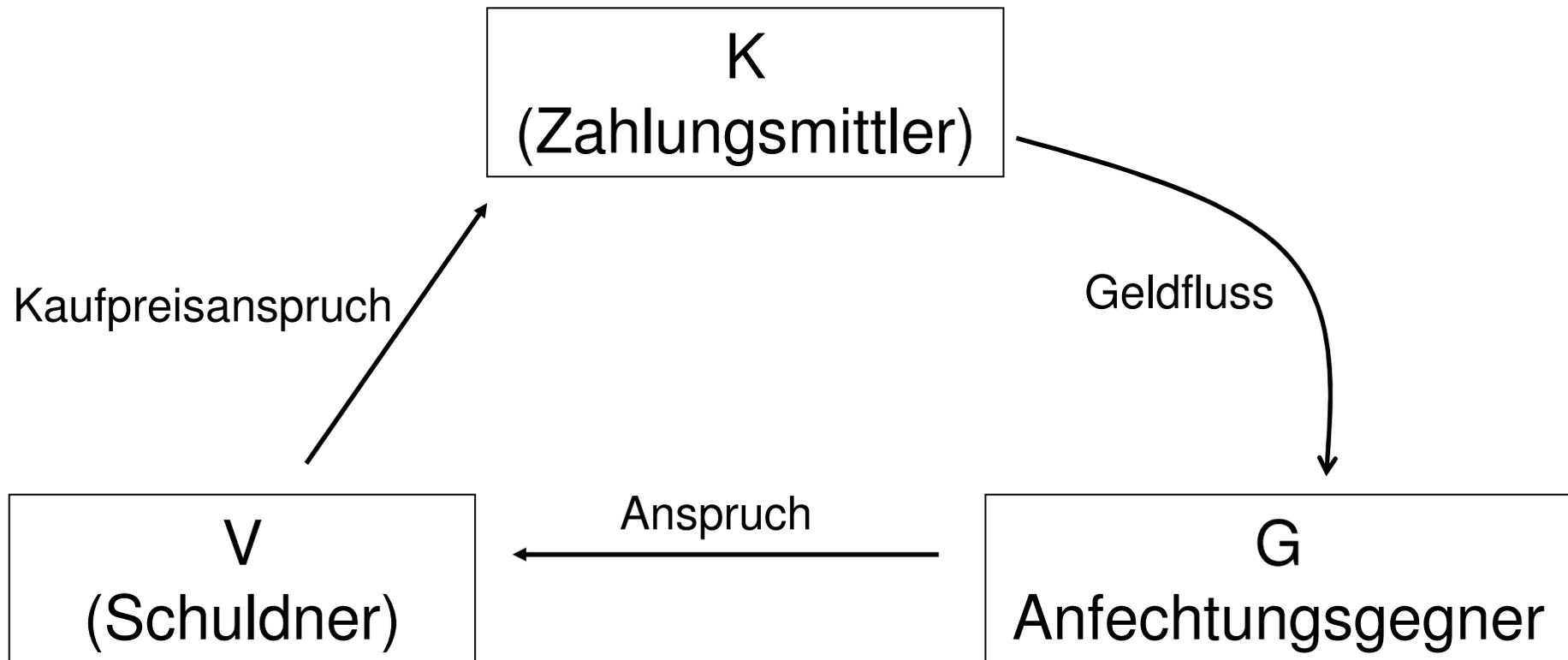
# Arbeitskreis Insolvenzrecht

## **Insolvenzanfechtung - Aktuelle Entwicklungen – oder Neues vom „scharfem Schwert“**

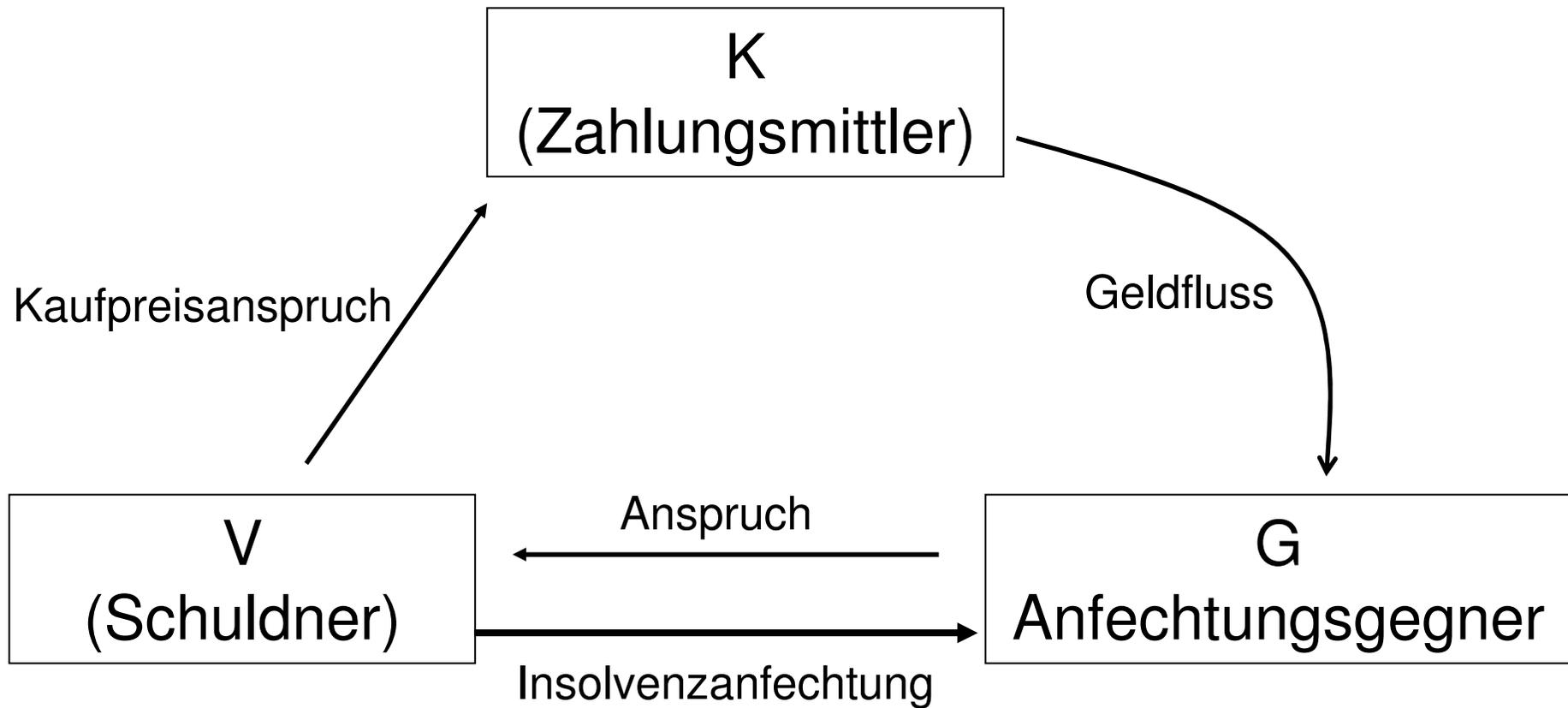
Prof. Dr. Florian Jacoby  
Bielefeld, 15. Dezember 2009

- I. Der Zauber der mittelbaren Zuwendung
- II. Die Anfechtung der Zahlung von Arbeitslohn
- III. Der Bargeschäftseinwand beim neuen § 135 InsO
- IV. Die Inkongruenz der Kontokorrentverrechnung

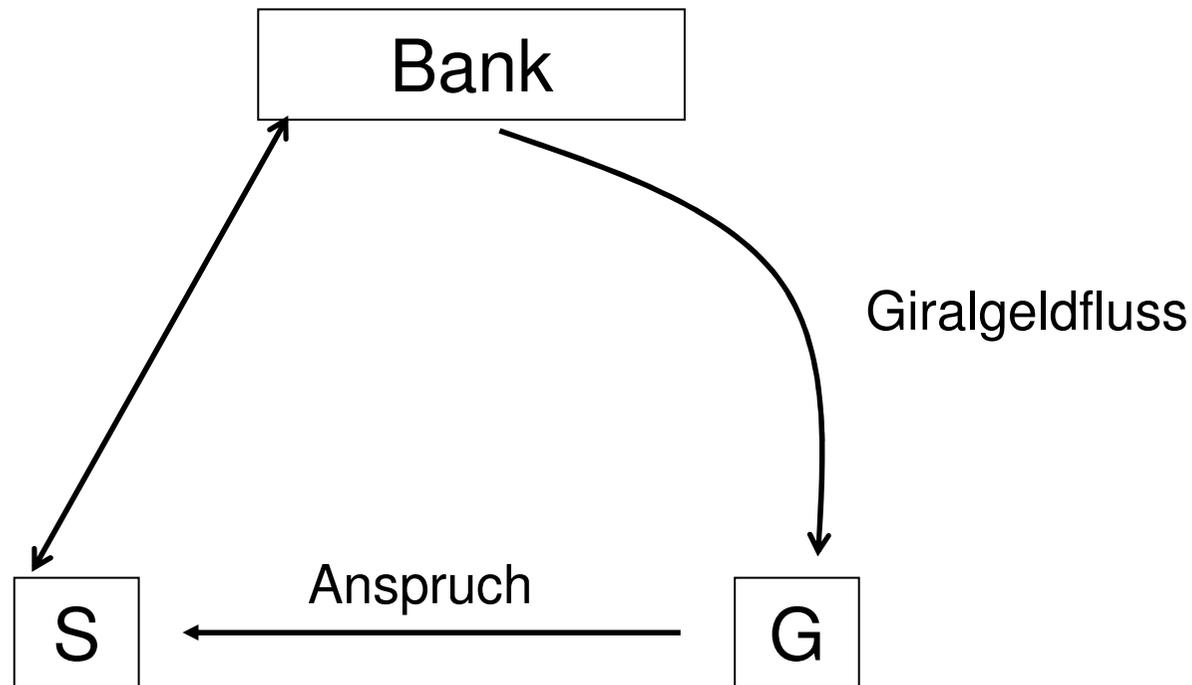
# Mittelbare Zuwendung (BGHZ 142, 284 = ZIP 1999, 1764)



# Mittelbare Zuwendung (BGHZ 142, 284 = ZIP 1999, 1764)



# 1. Gläubigerbenachteiligung bei Überweisungen des Insolvenzschuldners



- Eine Gläubigerbenachteiligung scheidet aus, wenn ein Gläubiger mit Fremdmitteln, die nicht in das haftende Vermögen des Schuldners gelangt sind, befriedigt wird.
- Bei einer Zahlung des Schuldners durch Einschaltung eines Dritten ist zwischen der Anweisung auf Schuld und der Anweisung auf Kredit zu unterscheiden.

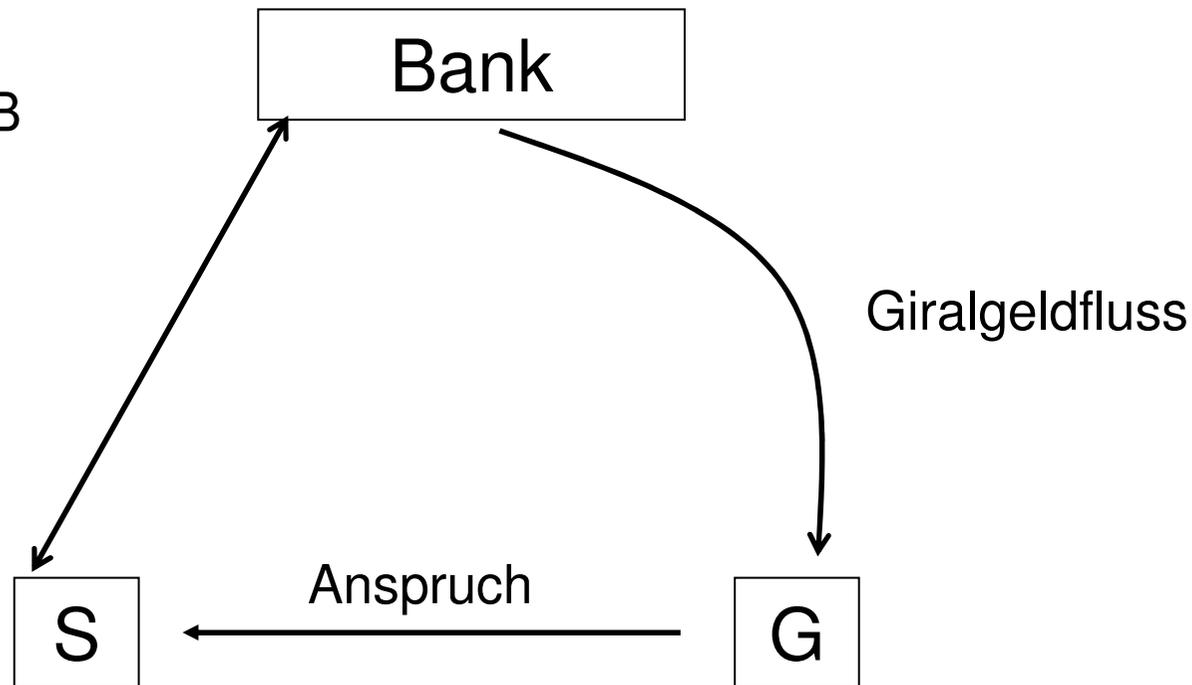
- Im ersten Fall tilgt der Angewiesene mit der Zahlung an den Empfänger eine eigene, gegenüber dem Anweisenden bestehende Verbindlichkeit [...]
- Handelt es sich um eine Anweisung auf Schuld, führt die Zahlung durch den Angewiesenen zu einer Gläubigerbenachteiligung, weil der Schuldner mit der Zahlung an den Dritten **seine Forderung gegen den Angewiesenen** verliert (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 129 Rn. 144).

- Demgegenüber nimmt der Angewiesene im zweiten Fall die Zahlung an den Empfänger ohne eine Verpflichtung gegenüber dem Anweisenden vor, so dass er infolge der Zahlung zum Gläubiger des Anweisenden wird [...]
- Liegt dagegen eine **Anweisung auf Kredit** vor, scheidet eine Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich aus, weil es durch die Zahlung lediglich zu einem **Gläubigerwechsel** in der Person des Angewiesenen kommt. Die Belastung der Masse mit dem Rückgriffsanspruch des Angewiesenen wird hier durch die **Befreiung von der Schuld des Zahlungsempfängers ausgeglichen** (RGZ 45, 148, 151 f; 81, 144, 145 f; ...).
- Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Kredit für den Schuldner belastender ist als die mit seiner Hilfe getilgte Schuld, etwa weil er nur gegen Sicherheiten gewährt wurde.

# Gläubigerbenachteiligung bei Überweisungen des Insolvenzschuldners

§§ 670, 675 BGB  
§ 669 BGB

§ 488 BGB



- Zahlung aus Dispositionskredit
- Zahlung aus zweckgebundenen Darlehen
- Zahlung aus geduldeter Überziehung

- Ausgangspunkt:  
**Unmittelbar** setzt **Bank** als Geschäftsbesorger Vermögen ein, damit **Schuldner** im Wege einer **mittelbaren Zuwendung** mittels der Bank seinen Gläubiger befriedigen kann.
- Kontroverse
  - Lässt sich Gläubigerbenachteiligung nur aus Vermögenseinbuße (**Verlust von Aktiva, Wachsen der Passiva**) im **Verhältnis Schuldner – Bank** begründen oder
  - Folgt aus mittelbarer Zuwendung schon in **wertender Betrachtung** eine Vermögenseinbuße?

- Reduzierung der Aktiva
  - Verlust eines Guthabens
  - Verlust eines (pfändbaren) Darlehensauszahlungsanspruchs
    - Problem 1: Geduldete Überziehung
    - Problem 2: Zweckgebundenes Darlehen
- Erhöhung der Passiva
  - Kontroverse: Passivtausch (Ausgleich durch Gläubigerbefr.)
    - Problem 1: Zulässigkeit der Saldierung (Grundsatz)
    - Problem 2: Äquivalenz der Verbindlichkeiten (Einzelfall)
- Wertende Betrachtung
  - Bereicherungsrechtliche Betrachtung/Befriedigung auf Anweidung des Schuldners
  - Potenzielle Insolvenzmasse

- **Leitsatz:** Entsteht an dem Bier, das der Schuldner braut, eine Sachhaftung zur Sicherung der Biersteuer, wird dadurch eine objektive Gläubigerbenachteiligung bewirkt, selbst wenn mit dem Brauvorgang eine übersteigende Wertschöpfung zugunsten des Schuldnervermögens erzielt wurde.
  - **Rz. 28:** Eine Saldierung mit der durch den Brauvorgang einhergehenden Wertschöpfung widerspräche dem Schutz der Insolvenzmasse. Denn **weder durch das Entstehen der Biersteuer**, die selbst eine einfache Insolvenzforderung darstellt, **noch durch die Begründung der Sachhaftung ergibt sich für die Insolvenzmasse ein ausgleichender Vorteil.**

Erfüllt der Schuldner mit darlehensweise in Anspruch genommenen Mitteln die Forderung eines späteren Insolvenzgläubigers, bewirkt dies regelmäßig eine Gläubigerbenachteiligung, wenn das Schuldnervermögen nach der Verfahrenseröffnung nicht ausreicht, um alle Forderungen zu befriedigen.

**Daher:** Zahlung aus **Dispositionskredit** bedeuten unstreitig eine Gläubigerbenachteiligung.

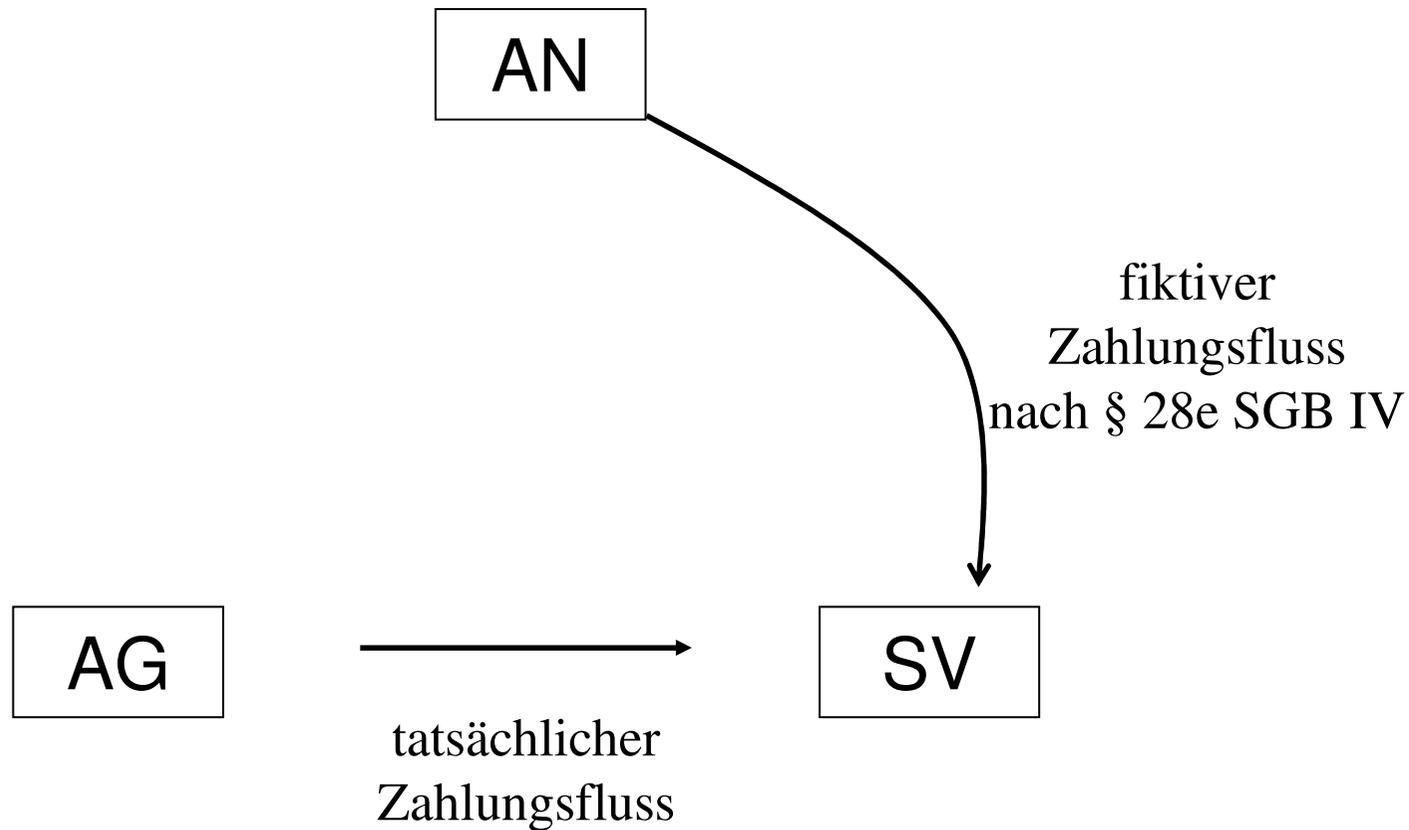
Der Anspruch des Gemeinschuldners aus einem Darlehensvertrag mit der **Zweckbindung**, den Kreditbetrag einer bestimmten Person zu gewähren, gehört grundsätzlich zur Insolvenzmasse. Durch die Leistung des Kredits an den Begünstigten können daher die Gläubiger benachteiligt werden.

Wird ein Gläubiger mit Mitteln befriedigt, die der Schuldner aus einer lediglich **geduldeten Kontoüberziehung** schöpft, kann die Deckung in der Insolvenz des Schuldners in der Regel mangels Gläubigerbenachteiligung nicht angefochten werden.

Schöpft der Schuldner neue Gelder aus einer lediglich geduldeten Kontoüberziehung und fließen sie infolge seiner Rechtshandlung einem Gläubiger direkt zu, so kommt die Anfechtung dieser mittelbaren Zuwendung durch den Insolvenzverwalter ohne Rücksicht darauf in Betracht, ob aus der Einräumung des Überziehungskredits für die Masse ein pfändbarer Anspruch gegen die Bank entsteht oder durch die Valutierung von Sicherheiten ein entsprechender Rückübertragungsanspruch verloren geht (Aufgabe von BGHZ 170, 276).

- Bei allen bargeldlosen Zahlungen zu Lasten von Geschäftskonten hat der andere Teil regelmäßig keine Kenntnis vom Stand des Kontos (Guthaben, Dispositionskredit oder geduldeter Überziehungskredit) und etwaigen Sicherheiten der Bank.
- Da dem Anfechtungsgegner die Unkenntnis von Kontenstand und Kreditlinie des Schuldners sowie der Sicherheiten der kontoführenden Bank regelmäßig nicht widerlegt werden kann versagen die Anfechtungstatbestände des § 133 Abs. 1 InsO und des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO typischerweise nicht allein dann, wenn tatsächlich nur ein geduldeter Überziehungskredit besteht, sondern für den gesamten bargeldlosen Zahlungsverkehr.
- Eine solche Verkümmern der Anfechtung liefe dem allgemeinen Ziel des Gesetzgebers zuwider, die Masse mit der Insolvenzordnung auch durch wirksamere Anfechtungsmöglichkeiten für den Insolvenzverwalter zu stärken. Sie würde auch dem mehrfach ausgesprochenen Erfahrungssatz, dass ein Gläubiger, der die drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners kennt, in der Regel von der gläubigerbenachteiligenden Wirkung der angefochtenen Deckungshandlung weiß, den Boden entziehen.

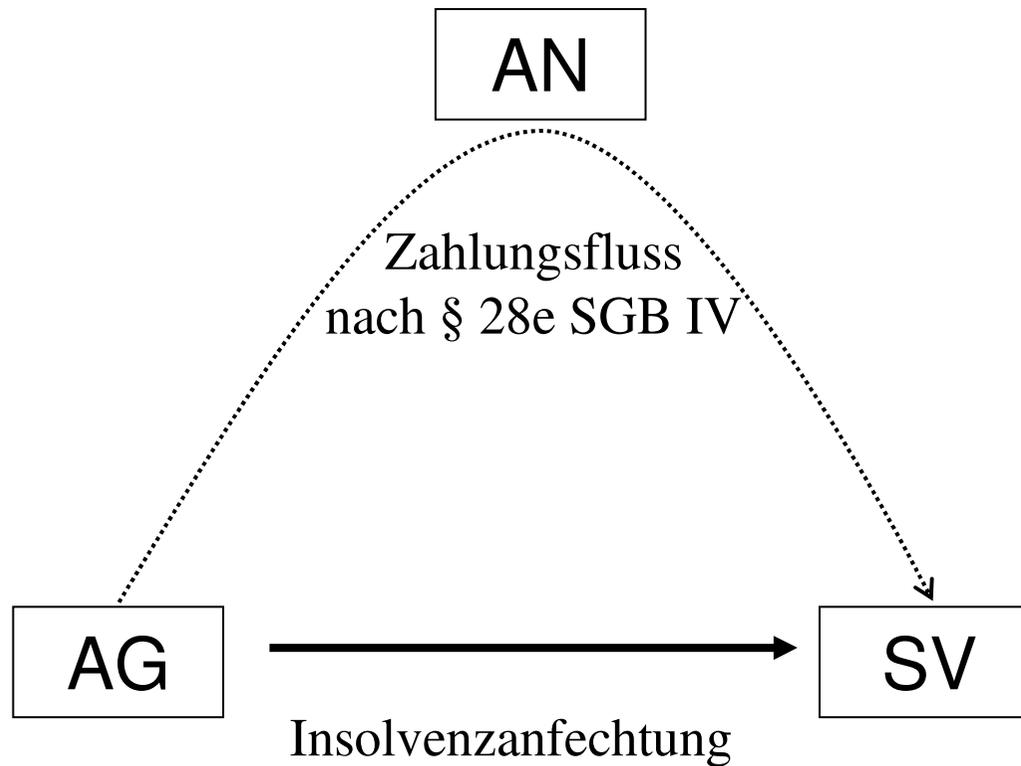
## 2. Anfechtung der Zahlung von Arbeitnehmeranteilen zu den GSVB



(1) <sup>1</sup>Den Gesamtsozialversicherungsbeitrag hat der Arbeitgeber [...] zu zahlen. <sup>2</sup>Die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamtsozialversicherungsbeitrags **gilt als aus dem Vermögen des Beschäftigten** erbracht.

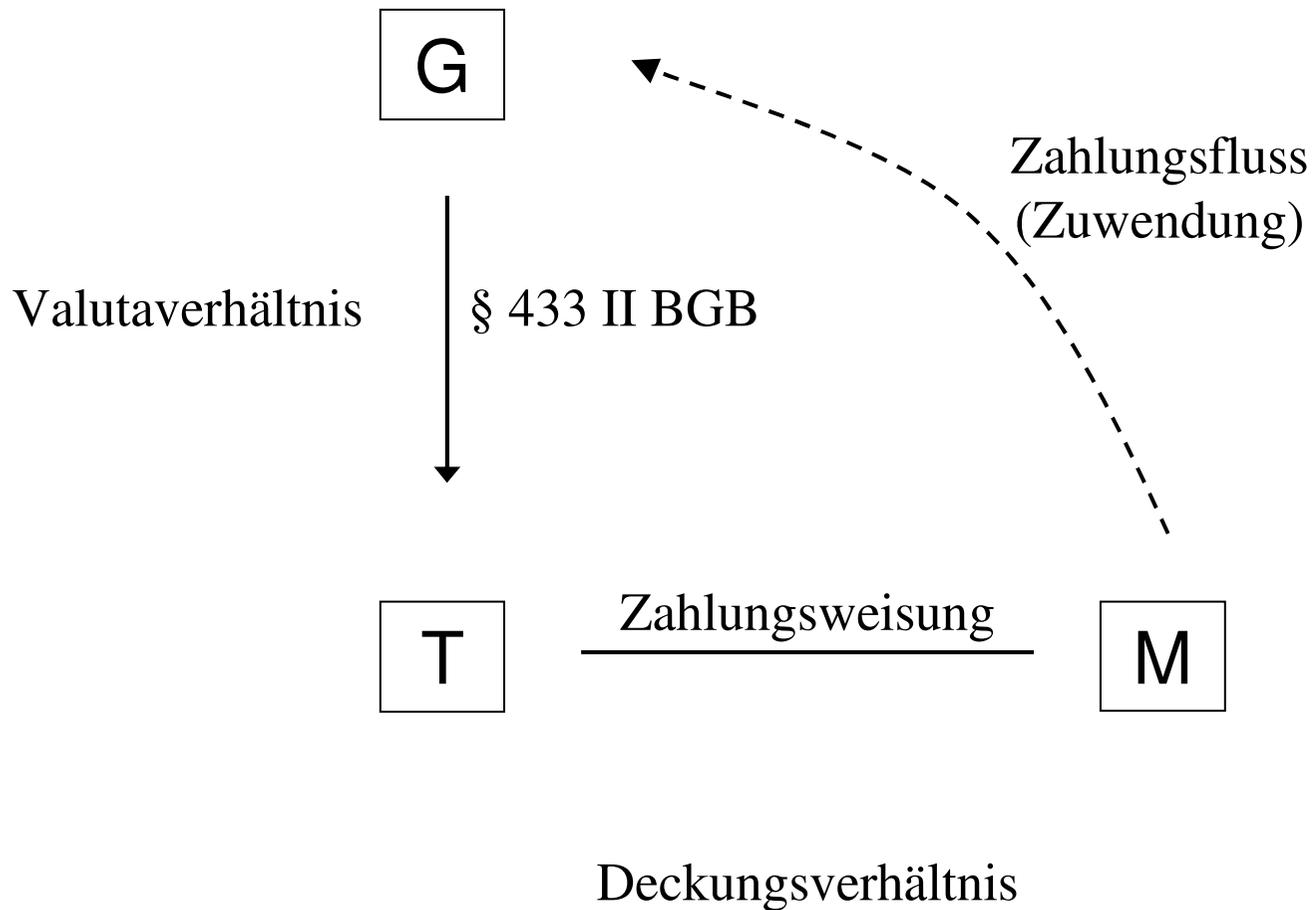
Die Zahlung der Arbeitnehmeranteile zu den Gesamtsozialversicherungsbeiträgen kann als Rechtshandlung des Arbeitgebers im Insolvenzverfahren über dessen Vermögen als mittelbare Zuwendung an die Einzugsstellen angefochten werden.

# Fiktiver „mittelbarer“ Zahlungsfluss

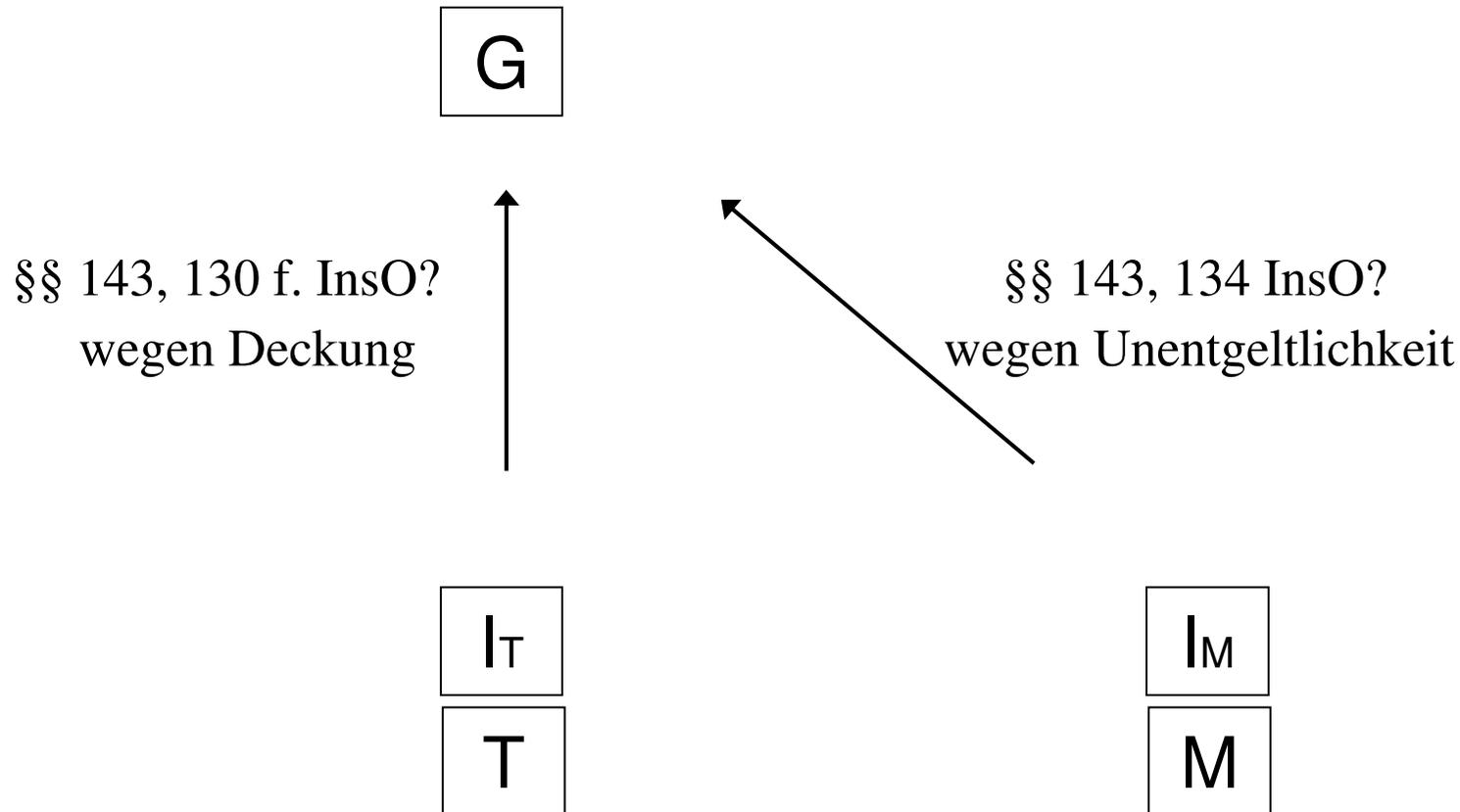


- Zu der Kenntnis eines Bauleiters von der Zahlungseinstellung des Arbeitgebers, der durch die angefochtenen Lohnzahlungen die bestehenden mehr als halbjährigen Lohnrückstände nur zu einem geringen Teil ausgeglichen hat.
- Danach kommt es entscheidend darauf an, ob der Insolvenzgläubiger die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt.

# 3. Unentgeltlichkeit in Konzerninsolvenz

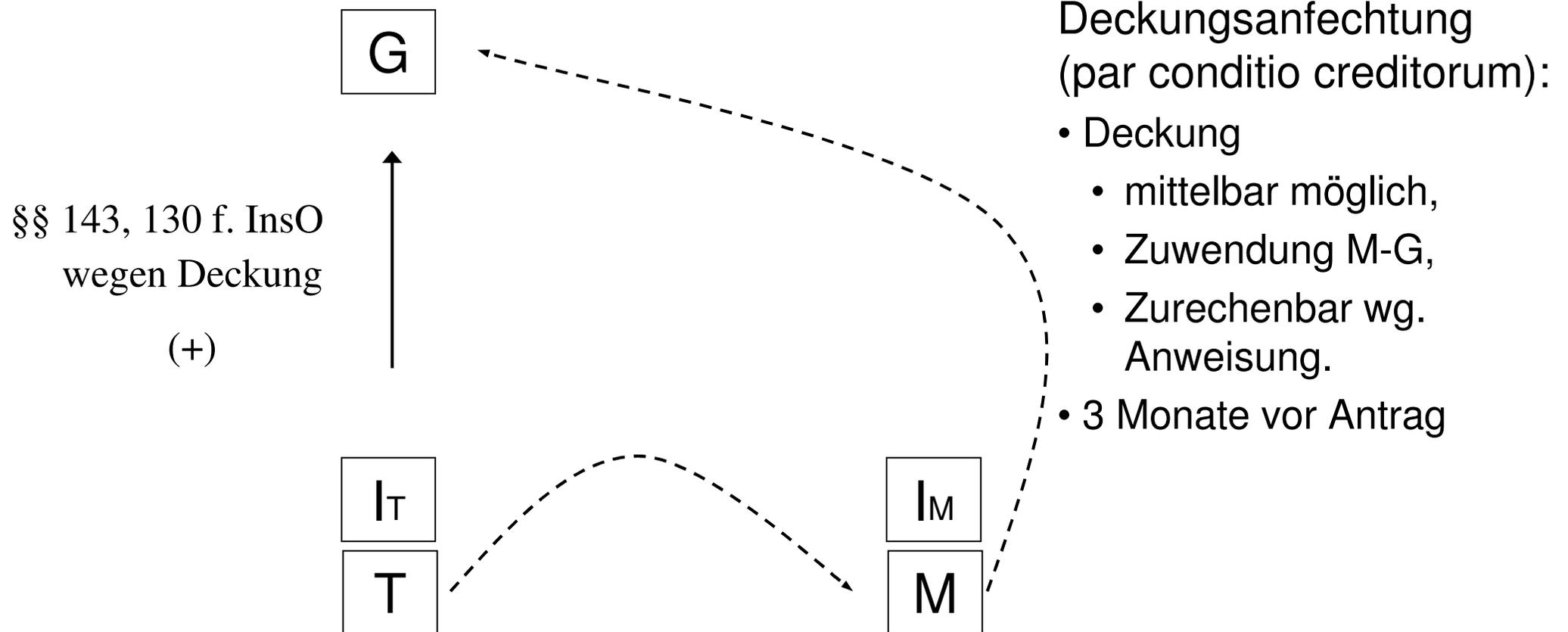


# Rückabwicklung nach § 143 InsO

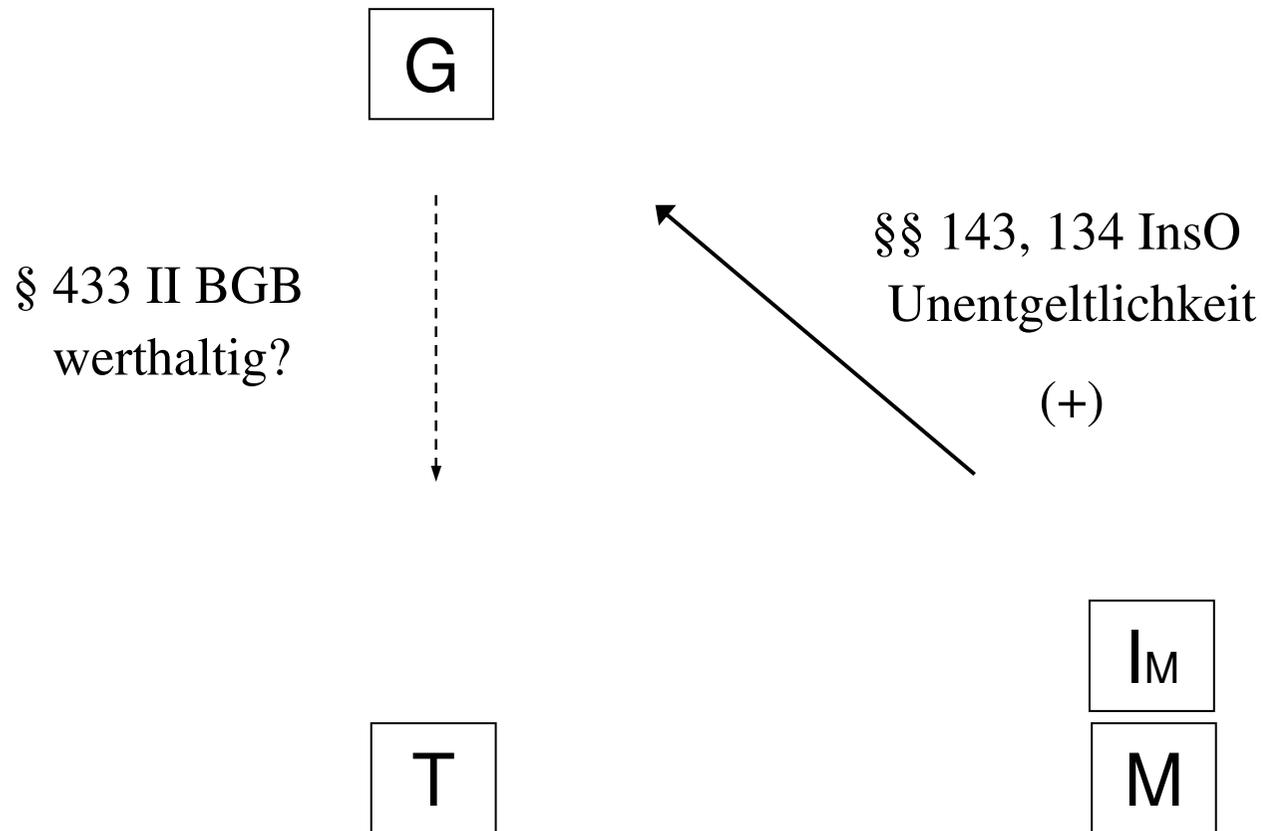


Soll Vermögensabfluss (bei T und bei M) wegen ihrer Insolvenz wieder ausgeglichen werden?

# Rückabwicklung IT-G nach § 143 InsO



Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung sind solche Rechtshandlungen als **mittelbare Zuwendungen** anfechtbar, bei denen eine unmittelbare Leistung an den Empfänger, die ohne weiteres anfechtbar wäre, durch Einschalten eines Leistungsmittlers umgangen wird. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Schuldner einen Drittschuldner anweist, die von diesem geschuldete Leistung nicht ihm, sondern einem Gläubiger des Schuldners zu erbringen (BGHZ 38, 44, 46; 142, 284, 287; 156, 350, 355; BGH NJW 1995, 1093; WM 1998, 968, 975). (...) Für die Anfechtbarkeit reicht aus, dass der Gegenwert für das, was über die Mittelsperson an den Gläubiger gelangt ist, **aus dem Vermögen des Leistenden stammt**. Mittelbare Zuwendungen sind so zu behandeln, als habe der Angewiesene an den Anweisenden geleistet und dieser sodann seinen Gläubiger befriedigt.



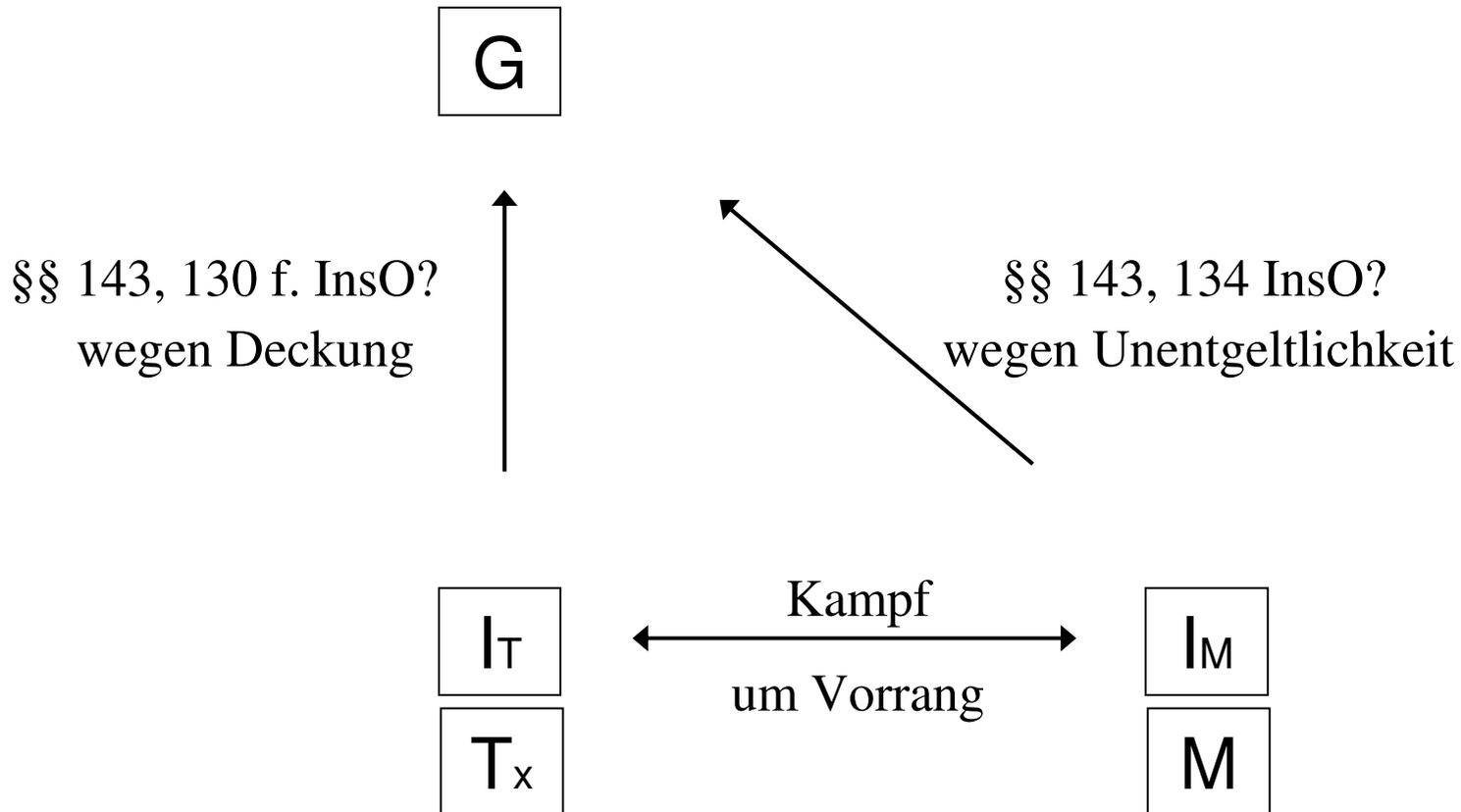
Schenkungsanfechtung  
(nicht schutzbedürftig):

- Unentgeltliche Leistung im Dreipersonenverhältnis:
  - Kein Anspruch G-M,
  - Kein Vermögensopfer bei G wg. Wertlosigkeit Forderung G-T.
- 4 Jahre vor Antrag

1. Eine Leistung, die der spätere Insolvenzschuldner zur Tilgung einer Forderung des Leistungsempfängers gegen einen Dritten erbringt, ist unentgeltlich, wenn der Empfänger keine ausgleichende Gegenleistung zu erbringen hat.
2. Für die Frage, ob der künftige Insolvenzschuldner eine unentgeltliche Leistung erbracht hat, sind eine entsprechende Leistungsverpflichtung gegenüber einem Dritten oder gegenüber einem Dritten verfolgte wirtschaftliche Interessen oder Vorteile unerheblich.
3. Die Gegenleistung des Empfängers, dessen gegen einen Dritten gerichtete Forderung bezahlt wird, liegt in der Regel darin, dass er eine werthaltige Forderung gegen seinen Schuldner verliert.

4. Die Leistung, die der spätere Insolvenzschuldner zur Tilgung einer nicht werthaltigen Forderung des Empfängers gegen einen Dritten erbringt, ist nicht deshalb entgeltlich, weil der Empfänger **zu einem früheren Zeitpunkt** seinerseits Leistungen an den Dritten erbracht hat, die eine Gegenleistung zu der nun erfüllten Forderung darstellen.

1. Eine Drittzahlung ist unentgeltlich, wenn der Schuldner des Leistungsempfängers im Zeitpunkt der Bewirkung der Leistung **insolvenzreif** war. (*Die Wertlosigkeit und fehlende Durchsetzbarkeit der Forderung im Zeitpunkt ihrer Tilgung wird durch das spätere Ergebnis einer Gesamtbefriedigung und eine etwaige auf den Gläubiger entfallende Quote nicht berührt.*)
2. Auch im Fall einer Drittzahlung des späteren Insolvenzschuldners auf eine nicht durchsetzbare Forderung des Leistungsempfängers gilt die **vierjährige Anfechtungsfrist**.



1. Veranlasst ein Schuldner einen Drittschuldner, seine Leistung nicht an ihn, sondern an einen seiner Gläubiger zu erbringen, oder überträgt der Schuldner die zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit erforderlichen Mittel in das Vermögen des Dritten, der sodann die Verbindlichkeit erfüllt, und fechten, nachdem sowohl der Schuldner als auch der Dritte in die Insolvenz geraten sind, die Insolvenzverwalter beider - jeder für sich mit Recht - die Erfüllungshandlung an, schließt die auf die mittelbare Zuwendung gestützte Deckungsanfechtung durch den Insolvenzverwalter des Schuldners eine Schenkungsanfechtung durch den Insolvenzverwalter des Dritten aus.

- Keine Tatbestandslösung  
(Beide Anfechtungstatbestände seien gegeben.)
- Keine Gesamt- (§ 428 BGB) oder  
Teilgläubigerschaft (§ 420 BGB)
- Vorranglösung:
  - G müsse nur einen Anspruch bedienen.
  - Insolvenzverwalter des Leistenden genieße Vorrang  
(wenn er Anspruch geltend macht):
    - Vorrang des Leistungsverhältnisses,
    - In Leistungsbeziehung liege Grundlage beider  
Anfechtungen.
    - Anderenfalls unbillig wegen Innenverhältnis T-M.

- Deckungsanfechtung (par conditio creditorum):
- Mittelbare Deckung
  - Grundsätzlich möglich,
  - Zuwendung M-G,
  - Zurechenbar wg. Anweisung.
- 3 Monate vor Antrag
- Schenkungsanfechtung (nicht schutzbedürftig):
- Unentgeltliche Leistung im 3personenverhältnis:
  - Kein Anspruch G-M,
  - Kein Vermögensopfer bei G wg. Wertlosigkeit Forderung G-T.
- 4 Jahre vor Antrag

Deckungsanfechtung  
(par conditio creditorum):

Mittelbare Deckung

- Grundsätzlich möglich,
- **Zuwendung M-G**,
- Zurechenbar wg. Anweisung.
- 3 Monate vor Antrag

**Entweder**

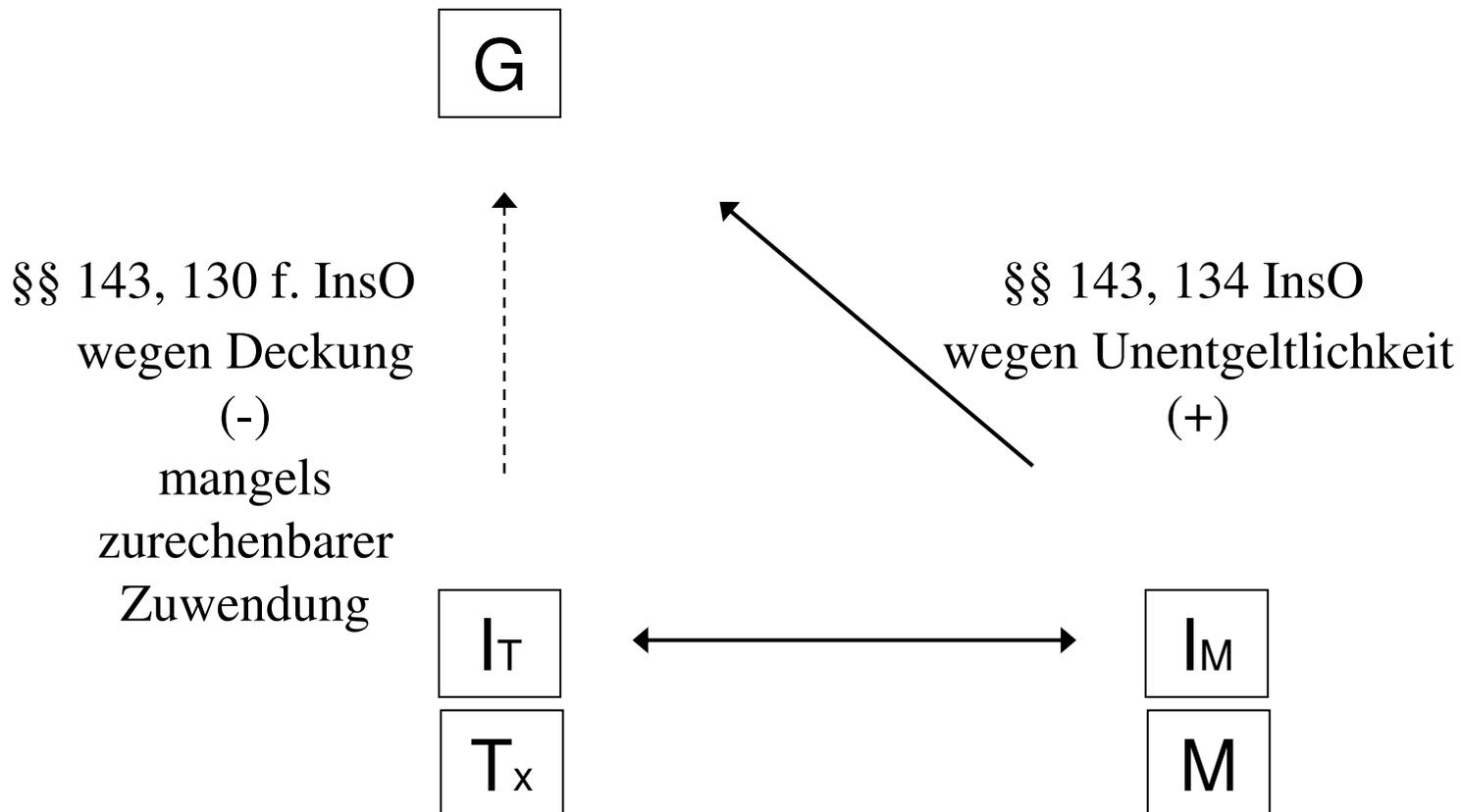
**Oder**

Schenkungsanfechtung  
(nicht schutzbedürftig):

- **Unentgeltliche Leistung im Dreipersonenverhältnis:**
- Kein Anspruch G-M,
- Kein Vermögensopfer bei G wg. Wertlosigkeit Forderung G-T.
- 4 Jahre vor Antrag

**Entweder Vorrang der Deckungsanfechtung**, weil Schenkungsanfechtung mangels **Unentgeltlichkeit** nicht greift **oder Vorrang der Schenkungsanfechtung**, weil Deckungsanfechtung mangels **unanfechtbarer (!) Zuwendung M-G** ausscheidet.

# Alternative zum BGH: Vorrang der Schenkungsanfechtung



# Die Anfechtung der Zahlung von Arbeitslohn

BGH ZIP 2009, 825: Für die Anfechtungsklage des Insolvenzverwalters gegen einen Arbeitnehmer des Schuldners ist der ordentliche Rechtsweg auch dann gegeben, wenn die Anfechtung eine vom Schuldner geleistete Vergütung betrifft.

BAG ZIP 2009, 1687: Der Fünfte Senat des BAG hält an seiner Rechtsauffassung fest. [...] Es wird darauf hingewiesen, dass die vom IX. Zivilsenat vertretene Auffassung die Gefahr eines gespaltenen Rechtswegs für Fragen der Insolvenzanfechtung verspäteter Lohnzahlungen in Arbeitsverhältnissen hervorruft, die nach dem rechtlich bedenklichen "**Windhundprinzip**" gelöst werden würde.

- Weiß ein Arbeitnehmer, dem der Arbeitgeber in der Krise noch Zahlungen auf rückständige Lohnforderungen erbringt, dass der Arbeitgeber außerdem noch anderen Arbeitnehmern Lohn schuldig ist, rechtfertigt allein diese Kenntnis nicht den Schluss auf die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Arbeitgebers.
- Ist der Gläubiger ein Arbeitnehmer des Schuldners ohne Einblick in die Liquiditäts- oder Zahlungslage des Unternehmens, trifft ihn in der ihm bekannten Krise insoweit keine Erkundigungspflicht.

- **Leitsatz:** Zu der Kenntnis eines Bauleiters von der Zahlungseinstellung des Arbeitgebers, der durch die angefochtenen Lohnzahlungen die bestehenden mehr als halbjährigen Lohnrückstände nur zu einem geringen Teil ausgeglichen hat.
- Rz. 11: Danach kommt es entscheidend darauf an, **ob der Insolvenzgläubiger die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Bewertung die Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt.** Dann kann sich der Insolvenzgläubiger nicht mit Erfolg darauf berufen, dass er den an sich zwingenden Schluss von den Tatsachen auf den Rechtsbegriff der Zahlungsunfähigkeit selbst nicht gezogen hat.

# Exkurs: BGH ZIP 2009, 2253 zu § 133 Abs. 1 InsO

- Rz. 8: Insoweit können die subjektiven Tatbestandsmerkmale der Vorsatzanfechtung, bei denen es sich um innere, dem Beweis nur eingeschränkt zugängliche Tatsachen handelt, regelmäßig nur **mittelbar aus objektiven Tatsachen** hergeleitet werden.
- Rz. 10: Es genügt daher, dass der Anfechtungsgegner die tatsächlichen Umstände kennt, aus denen bei zutreffender rechtlicher Beurteilung die (drohende) Zahlungsunfähigkeit zweifelsfrei folgt.
- Rz. 11: Werden die Verbindlichkeiten des Schuldners bei dem späteren Anfechtungsgegner über einen **längeren Zeitraum hinweg ständig in beträchtlichem Umfang nicht ausgeglichen** und ist diesem den Umständen nach bewusst, dass es noch **weitere Gläubiger** mit ungedeckten Ansprüchen gibt, begründet dies ein Beweisanzeichen im Sinne eines Erfahrungssatzes.

# Der Bargeschäftseinwand beim neuen § 135 InsO

- 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).

- Rechtsformübergreifende Anknüpfung (InsO statt GmbHG).
- Starre Fristen statt Anknüpfung an „Krise“:
  - Lang bei plötzlichem Niedergang (nach Gesellschafterwechsel),
  - Kurz bei später Antragsstellung.
- Insolvenzzrechtliche Anknüpfung statt präventivem Ausschüttungsverbot.
- Konzentration auf betroffenen Gesellschafter statt Verantwortlichkeit von Mitgesellschaftern (§ 31 Abs. 3 GmbHG) und Geschäftsführern (§ 43 Abs. 3 GmbHG).

- Erfasste Forderungen
  - Gesellschafterdarlehen
  - gleichgestellte Forderungen
- Erfasste Rechtshandlungen
  - Sicherung in den letzten zehn Jahren
  - Befriedigung im letzten Jahr
- Rechtsfolgen
- Konkurrenzen
- Sonderfälle
  - gesellschafterbesicherte Drittdarlehen, § 135 Abs. 2
  - Gebrauchsüberlassung, § 135 Abs. 3 InsO
  - Bargeschäft, § 142 InsO

Neben § 135 InsO gelten alle anderen Anfechtungsvorschriften (BGH ZInsO 2006, 371 Rdnr. 14/29), z. B.:

- §§ 130, 131 InsO bei Darlehenstilgung im Drei-Monats-Zeitraum
- § 133 InsO bei Tilgung außerhalb des Jahres-Zeitraums

- Sicherheitenbestellung bei Darlehensgewährung
- Tilgung kurzfristiger Kredite
- Cash-Pool-Darlehen.

# Die Inkongruenz der Kontokorrentverrechnung

Steht das Konto im Soll (debitorisches Konto), fragt sich ob Bank Anspruch auf Verrechnung mit eingehenden Gutschriften hat. Dabei ist zu unterscheiden:

- Anspruch der konkreten Art und Weise nach, etwa
  - Bareinzahlung
  - Überweisung
  - Scheckzahlung
- Anspruch zur konkreten Zeit (Fälligkeit).

BGH erklärt **Einreichung** von Kundenschecks der Art nach für **inkongruent** (aA MüKo/*Kirchhof*, InsO, 2. Aufl. 2008, § 131 Rz. 18):

Die Gewährung von **Kundenschecks** bildet im nicht bankmäßigen Geschäftsverkehr im Gegensatz zur Zahlung mit eigenen Schecks regelmäßig eine **inkongruente** Erfüllungshandlung, weil der Gläubiger auf diese Art der Erfüllung keinen Anspruch hat (BGHZ 123, 320, 324 f). [...] Dieselben Grundsätze gelten im **bankmäßigen Verkehr**, wenn mit dem Einzug der Schecks und der Verrechnung der Schecksummen eine gegenüber der Bank bestehende Verbindlichkeit getilgt werden soll.

Kongruenz hängt unabhängig von Grund für Gutschrift stets davon ab, ob Bank **Rückzahlung des Kredits verlangen** kann, folglich gilt:

- Inkongruente Deckung
  - Kein Überschreiten der Kreditlinie und
  - Keine Kündigung des Kredits.
  - Irrelevant: Kontosperre!
- Kongruente Deckung
  - Überschreiten der Kreditlinie oder
  - Gekündigter Kredit.

- Hat der Schuldner einen ungekündigten Kontokorrentkredit nicht ausgeschöpft, führen in kritischer Zeit eingehende, dem Konto gutgeschriebene Zahlungen, denen keine Abbuchungen gegenüberstehen, infolge der damit verbundenen Kredittilgung zu einer inkongruenten Deckung zugunsten des Kreditinstituts.
- Die Kongruenz der Kredittilgung kann entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht aus einer Verrechnungsbefugnis der Beklagten hergeleitet werden.

**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](mailto:florian.jacoby@uni-bielefeld.de)  
[www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/](http://www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/)