

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Die Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO – eine oft unterschätzte Anfechtungsvoraussetzung –

Frühjahrstagung Insolvenz Anwalt 24

Vortrag am 25. April 2026

www.georg-bitter.de

Gliederung

- I. Funktion der Insolvenzanfechtung
- II. Definition der Gläubigerbenachteiligung
- III. Arten der Gläubigerbenachteiligung
- IV. Unstreitige Fälle
- V. Problemfall 1: Weggabe unpfändbarer Gegenstände
- VI. Problemfall 2: Ausgleich des Nachteils durch gegenläufigen Zufluss
 1. Fallgestaltungen
 2. Praktische Bedeutung
 3. Vergleich zum Aktiventausch bei § 15b InsO (§ 64 GmbHG a.F.)
 4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner
 5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers
- VII. Zusammenfassende Thesen
- VIII. Literaturlauswahl

Gesetzesbegründung zum dritten Abschnitt – Insolvenzanfechtung

In diesem Abschnitt ist das Recht der Anfechtung innerhalb des Insolvenzverfahrens niedergelegt. Es hat die **Aufgabe, den Bestand des den Gläubigern haftenden Schuldnervermögens** dadurch **wiederherzustellen**, daß Vermögensverschiebungen rückgängig gemacht werden, die insbesondere in der Zeit der Krise vor der Verfahrenseröffnung zum Nachteil der Gläubiger vorgenommen worden sind.

(BT-Drucks. 12/2443, S. 156)

1. Gesetzestext des § 129 InsO. Grundsatz

- (1) Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind **und die Insolvenzgläubiger benachteiligen**, kann der Insolvenzverwalter nach Maßgabe der §§ 130 bis 146 anfechten.
- (2) Eine Unterlassung steht einer Rechtshandlung gleich.
 - Gläubigerbenachteiligung als unabdingbare Voraussetzung jeder Insolvenzanfechtung (§ 129 InsO)
 - objektives Merkmal

2. Gesetzesbegründung zu § 144 InsO-E (= § 129 InsO)

Die Gläubiger werden in diesem Sinne benachteiligt, wenn ihre Befriedigung beeinträchtigt wird. Eine solche Beeinträchtigung liegt vor, wenn die **Befriedigung verkürzt (vermindert), vereitelt, erschwert oder verzögert** wird. Würde die Beseitigung des durch die Rechtshandlung eingetretenen Erfolges die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger in keiner Weise verbessern, wäre das Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung nicht erfüllt.

(BT-Drucks. 12/2443, S. 157)

3. Definition der Rechtsprechung

„Die von allen Anfechtungstatbeständen der Insolvenzordnung vorausgesetzte Gläubigerbenachteiligung gemäß § 129 Abs. 1 InsO liegt dann vor, wenn **entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird** (...). Erforderlich ist mithin, dass die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die angefochtene Rechtshandlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gewesen wären.“

❖ vgl. z.B. BGH v. 23.6.2022 – IX ZR 75/21, ZIP 2022, 1608 Rn. 12 m.w.N.

Schuldenmasse vermehrt
oder Aktivmasse verkürzt

→
Anscheinsbeweis
(Schultz, ZIP 2023,
1665, 1666 f. m.N.)

Gläubigerzugriff vereitelt,
erschwert, gefährdet oder
verzögert

1. Gesetzesbegründung zu § 144 InsO-E (= § 129 InsO)

„Sofern der Entwurf nicht ausdrücklich eine **unmittelbare Benachteiligung** der Gläubiger verlangt, genügt auch eine **mittelbare Beeinträchtigung**; diese ist gegeben, wenn zwar die Rechtshandlung selbst noch keinen Nachteil für die Gläubiger bedeutet, wenn sie aber die Grundlagen für eine weitere, die Gläubiger schädigende Handlung schafft. So kann die Veräußerung eines Grundstücks auch dann wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 148 des Entwurfs) anfechtbar sein, wenn sie zwar zu einem angemessenen Preis erfolgt, wenn der Schuldner aber die dem anderen Teil bekannte Absicht hat, das Geld dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen.“

(BT-Drucks. 12/2443, S. 157)

2. Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung

- verlangt in § 132 Abs. 1 InsO + § 133 Abs. 4 InsO
- Definition: Benachteiligung durch die Vornahme der angefochtenen Handlung selbst ohne Hinzutreten späterer Umstände
- Berücksichtigung von Gegenleistungen, soweit sie Teil des angefochtenen Rechtsgeschäfts, insbes. Vertrags, sind
 - ⇒ Wertverhältnis der ausgetauschten Leistungen entscheidet (bei § 132 Abs. 1 InsO)
 - ⇒ bei wertgleichem Austausch entfällt die relevante Gläubigerbenachteiligung endgültig

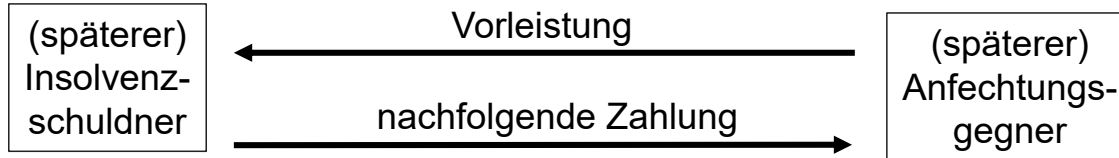
3. Mittelbare Gläubigerbenachteiligung

- ausreichend für sonstige Anfechtungstatbestände
- Definition: „Für eine mittelbare Benachteiligung der Insolvenzgläubiger reicht es aus, wenn es zwar an einer unmittelbaren Benachteiligung durch die Rechtshandlung fehlt, sich aber im **Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Anfechtungsprozess** ergibt, dass die Möglichkeit der Gläubiger, sich aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen, durch das **Hinzutreten weiterer Umstände** beeinträchtigt wurde (...).“
 - ❖ BGH v. 9.6.2016 – IX ZR 153/15, ZIP 2016, 1491 m.w.N.
 - ❖ ebenso BGH v. 8.2.2024 – IX ZR 194/22, ZIP 2024, 414 (Rn. 17)
 - Leitsatz 1: Der Annahme einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung durch die Zahlung von Einfuhrumsatzsteuer stehen weder das von der Entstehung der Steuer abhängige Recht zum Vorsteuerabzug noch eine (unterstellte) Pflicht zur Berichtigung des getätigten Vorsteuerabzugs entgegen.

- I. Funktion der Insolvenzanfechtung
- II. Definition der Gläubigerbenachteiligung
- III. Arten der Gläubigerbenachteiligung
- IV. Unstreitige Fälle**
- V. Problemfall 1: Weggabe unpfändbarer Gegenstände
- VI. Problemfall 2: Ausgleich des Nachteils durch gegenläufigen Zufluss
 1. Fallgestaltungen
 2. Praktische Bedeutung
 3. Vergleich zum Aktiventausch bei § 15b InsO (§ 64 GmbHG a.F.)
 4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner
 5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers
- VII. Zusammenfassende Thesen
- VIII. Literaturlauswahl

1. Vorhandene (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung

Befriedigung einer Altforderung des Gläubigers



- Fall: Anfechtungsgegner hatte vorgeleistet (Warenlieferung oder Dienstleistung) und erhält später eine Zahlung auf seinen Gegenleistungsanspruch (z.B. aus § 433 Abs. 2 BGB oder § 633 Abs. 1 BGB)
- einseitige Befreiung von dem zuvor eingegangenen Insolvenzrisiko
- sonstige Gläubiger stehen durch die Verminderung der Aktivmasse schlechter, weil sich ihre Quotenaussicht verschlechtert
- Vergleich mit der typischen Masseschmälerung i.S.v. § 15b InsO
- ❖ *Bitter*, ZIP 2025, 2339, 2342 f. unter Ziff. III. 1.

2. Fehlende (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung

a) Insolvenzmasse reicht zur Gläubigerbefriedigung aus

BGH v. 19.12.2024 – IX ZR 120/23, ZIP 2025, 456

- keine Gläubigerbenachteiligung, wenn die Insolvenzmasse ohne die Anfechtung ausreicht, um alle Ansprüche der Insolvenzgläubiger zu erfüllen (Rn. 18)
- Anscheinsbeweis für nicht ausreichende Insolvenzmasse (Rn. 19)
- Unzulässigkeit des Einwandes, eine Forderung sei zu Unrecht zur Tabelle festgestellt worden (Leitsatz + Rn. 20 ff.)

Argument: Rechtskraft des Tabelleneintrags (§ 178 III InsO). Deshalb muss die Forderung bei der Schlussverteilung berücksichtigt werden.

2. Fehlende (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung

b) Unterlassen einer Vermögensmehrung

≠ Minderung des Schuldnervermögens

Beispiel bei OLG Frankfurt v. 25.7.2025 – 4 U 282/22, ZIP 2025, 2646

Leitsatz: Behält sich der Erblasser bei der (außerhalb der Frist des § 134 Abs. 1 InsO erfolgten) schenkweisen Übertragung eines Grundstücks das Recht vor, den Grundbesitz zu belasten, führt das Nichtgebrauchmachen von dieser Belastungsvollmacht nicht zu einer Gläubigerbenachteiligung i.S.d. § 129 InsO. (Revision unter Az. IX ZR 115/25)

- Unterlassung einer Grundschuldbestellung zugunsten des Schuldners vermindert dessen Vermögen nicht, sondern verhindert nur eine Mehrung des Vermögens
- Fehlende Vergleichbarkeit mit der widerruflichen Einräumung eines Bezugsrechts an einer Lebensversicherung; dort ist die Einräumung anfechtbar

2. Fehlende (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung

c) Leistung auf wirksame Sicherheit + Sicherheitentausch

BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 217/22, ZIP 2024, 2423 (Rn. 28)

- objektive Gläubigerbenachteiligung fehlt, wenn der **Gläubiger im Umfang der Zahlung insolvenzbeständig am Schuldnervermögen gesichert** war
- objektive Gläubigerbenachteiligung fehlt auch beim **Sicherheitentausch** = wirksam und unanfechtbar bestellte Sicherheit wird durch eine gleichwertige andere Sicherheit ersetzt, ohne dass damit für das Schuldnervermögen ein zusätzlicher Rechtsverlust verbunden wäre
- Der **unmittelbare Austausch gleichwertiger Sicherheiten** benachteiligt die Gläubiger nicht (...), allerdings nur in dem Umfang des für die ursprüngliche Sicherheit vereinbarten Sicherungszwecks (...).

Zur Teilanfechtung beim Sicherheitentausch *Klinck*, KTS 2025, 1 ff. bei Fn. 96 f.

2. Fehlende (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung

❖ Literatur: *Bitter* in FS Karsten Schmidt, 2009, S. 123, 129 ff.

d) Weggabe schuldnerfremder Gegenstände

- Fall: Herausgabe eines der Aussonderung (§ 47 InsO) unterliegenden Gegenstandes an den Rechtsinhaber (Eigentümer)
- Insolvenzverwalter hätte den Gegenstand ohnehin herausgeben müssen

e) Weggabe wertloser/wertausschöpfend belasteter Gegenstände

- Fall: Herausgabe von Fotos mit reinem Affektionsinteresse; Übertragung von Anteilen an einer vermögenslosen Gesellschaft; Abtretung einer rechtlich nicht durchsetzbaren Forderung
- keine Möglichkeit der Erlöserzielung durch den Insolvenzverwalter
- BFH v. 18.4.2023 – VII R 20/20, ZIP 2023, 1955 (Rn. 32) m.w.N.

2. Fehlende (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung

f) Persönlichkeitsrechte

- Fälle: Änderungen im Personenstand des Schuldners (Heirat; Annahme an Kindes statt); Umwandlung des Güterstandes; Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses; Erbverzicht; fehlende Einforderung eines Pflichtteilsanspruchs; Aufgabe einer gutbezahlten Arbeitsstelle
- wirtschaftlicher Nachteil für die Gläubiger denkbar ⇔ Fallgruppen c) - e)
- Aber: Ziel bestmöglicher Gläubigerbefriedigung tritt hinter dem als höherrangig empfundenen Persönlichkeitsrecht zurück

- I. Funktion der Insolvenzanfechtung
- II. Definition der Gläubigerbenachteiligung
- III. Arten der Gläubigerbenachteiligung
- IV. Unstreitige Fälle
- V. Problemfall 1: Weggabe unpfändbarer Gegenstände**
- VI. Problemfall 2: Ausgleich des Nachteils durch gegenläufigen Zufluss
 1. Fallgestaltungen
 2. Praktische Bedeutung
 3. Vergleich zum Aktivtausch bei § 15b InsO (§ 64 GmbHG a.F.)
 4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner
 5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers
- VII. Zusammenfassende Thesen
- VIII. Literaturlauswahl

V. Problemfall 1: Weggabe unpfändbarer Gegenstände

- Fälle: Zahlung aus insolvenzfreiem Vermögen des Schuldners; Übereignung einer dem Pfändungsschutz unterliegenden Sache
- h.M.: keine Gläubigerbenachteiligung, weil Gegenstand ohnehin nicht zugunsten der Insolvenzmasse verwertbar war
 - ❖ Beispiel: BGH v. 7.4.2016 – IX ZR 145/15, ZIP 2016, 1174 Rn. 14 + 17: Zahlung der Prämie für Krankenversicherung aus unpfändbarem Vermögen
- Ausnahmen nach BGH: Anfechtung der Übertragung des Rechts auf ein Patent oder Geschmacksmuster (BGH ZIP 1998, 830); Anfechtung der Abtretung des Pflichtteilsanspruchs (BGHZ 123, 183 = ZIP 1993, 1662)
- insgesamt a.A. Bitter in FS Karsten Schmidt, 2009, S. 123 ff.:
 - normative Betrachtung der Gläubigerbenachteiligung
 - potenzielle Insolvenzmasse ⇒ b.w.

Konzept der potenziellen Insolvenzmasse (*Bitter*)

- Trennung zwischen (fehlender) Gläubigerbenachteiligung und (vorhandener) Gläubigerbevorzugung
- Sinn + Zweck der Unpfändbarkeit: soziale Gründe + Schutz der persönlichen Entscheidungsfreiheit
- *freiwillige* Vermögensrealisierung durch Weggabe unpfändbarer Sache = persönliche Entscheidungsfreiheit nicht betroffen
- Pfändbarkeit auch von Zahlungen aus dem Überziehungskredit (vgl. dazu auch *Bitter* in FS Fischer, 2008, S. 15 ff., insbes. S. 33 ff.)
- BGHZ 182, 317 = ZIP 2009, 2009 Rn. 14 f. (Aufgabe von BGHZ 170, 276): „potenzieller“ Vermögenswert geopfert
- Einschränkung der Anfechtbarkeit, wenn die sozialen Gründe den Verbleib des Gegenstandes beim Gläubiger erfordern ⇒ b.w.
- krit. *Karsten Schmidt*, in *Karsten Schmidt, InsO*, 20. Aufl. 2023, § 129 Rn. 52

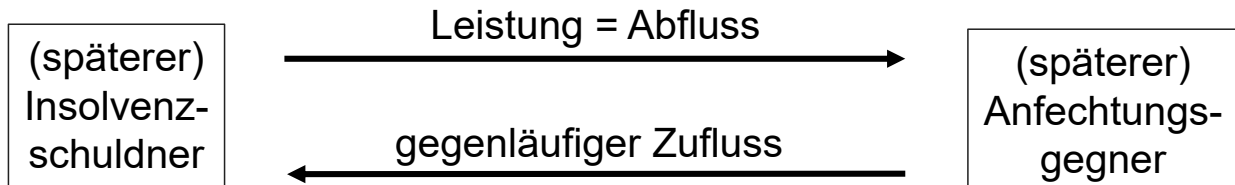
Einschränkung des Konzept der potenziellen Insolvenzmasse (*Bitter*)

- **Einschränkung der Anfechtbarkeit** einer „potenziellen Insolvenzmasse“, **wenn die Unpfändbarkeit dem laufenden Lebensunterhalt dient**. Die mit dem Pfändungsschutz verfolgte Idee, dem Schuldner insoweit eine freie Verfügungssphäre zu verschaffen, kann nur erreicht werden, wenn der Schuldner seine Gläubiger nicht nur (zunächst) befriedigen kann, sondern diese die Beträge auch behalten dürfen (etwa Mieten, Strom, Gas und Telefon).
- **Keine Anfechtbarkeit der** vor Insolvenzeröffnung vom Schuldner bewirkten **(rückwirkenden) Umwandlung des regulären Kontos in ein P-Konto**; keine relevante Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO, da der Schuldner nur von seinem gesetzlich vorgesehenen Pfändungsschutz Gebrauch macht. Sein Vermögen war mit dieser Möglichkeit schon vorher „belastet“.
- *Bitter* in FS Köndgen, 2016, 83, 112 f.

BGH v. 25.9.2025 – IX ZR 190/24, ZIP 2026, 375

1. Die **Umwandlung einer Lebensversicherung in eine Versicherung, die den Anforderungen des § 851c Abs. 1 ZPO entspricht**, kann grundsätzlich nicht nach den Bestimmungen der InsO angefochten werden.
2. Vom Schuldner in Erfüllung eines Vertrags angesparte Beträge sind, wenn für Ansprüche auf Leistungen aus diesem Vertrag Pfändungsschutz bei Altersrenten besteht, im Insolvenzfall insoweit Teil der Insolvenzmasse, als sie im jeweiligen Jahr der Einzahlung die jährlichen Beträge des § 851c Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO überstiegen.
 - Gesetzgeber hat den Konflikt zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteresse inzident zugunsten des Schuldners entschieden (Rn. 16)
 - Entlastung des Staates von Sozialleistungen (Rn. 21)
 - § 167 VVG erlaubt bewusst die Gläubigerbenachteiligung (Rn. 25) und dies auch unmittelbar vor einer Pfändungsmaßnahme / Insolvenzeröffnung (Rn. 23 ff.)

- I. Funktion der Insolvenzanfechtung
- II. Definition der Gläubigerbenachteiligung
- III. Arten der Gläubigerbenachteiligung
- IV. Unstreitige Fälle
- V. Problemfall 1: Weggabe unpfändbarer Gegenstände
- VI. Problemfall 2: Ausgleich des Nachteils durch gegenläufigen Zufluss**
 1. Fallgestaltungen
 2. Praktische Bedeutung
 3. Vergleich zum Aktivtausch bei § 15b InsO (§ 64 GmbHG a.F.)
 4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner
 5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers
- VII. Zusammenfassende Thesen
- VIII. Literaturlauswahl



umgekehrter Fall ist m.E. klar gläubigerbenachteiligend ⇒ Folie 11

1. Fallgestaltungen

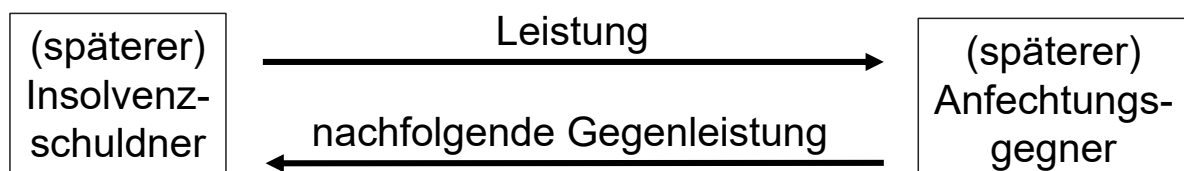
- Gegenleistung des Empfängers im Anschluss an die Leistung des späteren Insolvenzschuldners
- Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes durch den Empfänger
- erneute Leistung des Empfängers nach der Leistung an ihn
 - neue Darlehensgewährung durch Gesellschafter nach Rückführung eines früheren Gesellschafterdarlehens
 - neue Lieferung nach Zahlung auf Altforderung

2. Praktische Bedeutung

- *Schultz*, ZIP 2023, 1665, 1668: keine große Bedeutung, wenn eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung für die Anfechtung genügt
Argument: Zufluss i.d.R. nicht mehr in der Masse vorhanden
- Problem: Zuordnung des Verlustrisikos in Bezug auf die „Gegenleistung“ zum Anfechtungsgegner
 - Vergleich zum Aktivtausch bei § 15b InsO (§ 64 GmbHG a.F.)
⇒ Folien 26 f.
 - BGH verlangt oft gar keinen Verbleib in der Masse, sondern geht von einer dauerhaften Kompensation aus (*Bitter*, ZIP 2025, 2339, 2345 ff., Ziff. IV. 2.)
⇒ Folien 28 ff.

3. Vergleich zum Aktivtausch bei § 15b InsO (§ 64 GmbHG a.F.)

- Fall: Gegenleistung des Empfängers im Anschluss an die Leistung des späteren Insolvenzschuldners



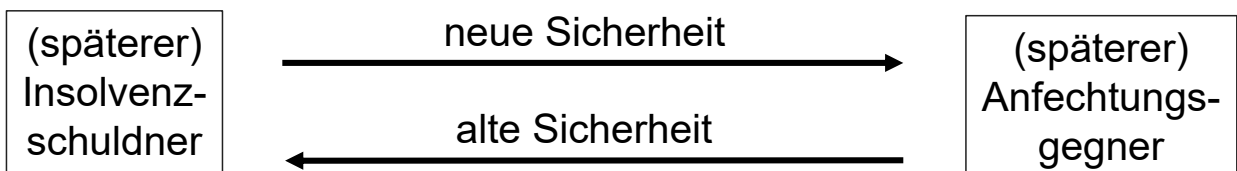
- Parallele zur Rspr. des II. ZS zu § 64 GmbHG a.F. (jetzt § 15b InsO) (BGHZ 227, 221; Scholz/*Bitter*, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 15b InsO Rn. 206)
- Leitsatz von BGHZ 227, 221: „Eine masseschmälernde Zahlung aus dem Vermögen einer insolvenzreifen Gesellschaft gemäß § 64 Satz 1 GmbHG kann grundsätzlich nicht durch eine Vorleistung des Zahlungsempfängers kompensiert werden.“

3. Vergleich zum Aktivtausch bei § 15b InsO (§ 64 GmbHG a.F.)

- keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Geschäftsführer
BGH v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 = 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.
- Frage: Überzeugt die Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner, obwohl dieser – anders als der Insolvenzverschlepper – nicht pflichtwidrig und strafbar handelt?

4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner

a) Sicherheitentausch

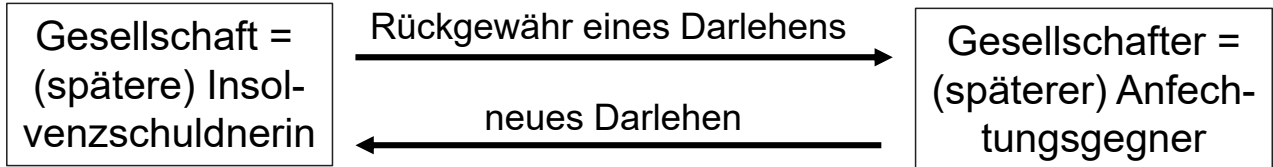


BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 217/22, ZIP 2024, 2423 (Rn. 28)

- objektive **Gläubigerbenachteiligung fehlt beim Sicherheitentausch**
= wirksam und unanfechtbar bestellte Sicherheit wird durch eine gleichwertige andere Sicherheit ersetzt, ohne dass damit für das Schuldnervermögen ein zusätzlicher Rechtsverlust verbunden wäre
- keine Prüfung, ob der vom Anfechtungsgegner in die (spätere) Insolvenzmasse (zurück)geleistete Gegenstand (= alte Sicherheit) später noch (unbelastet) vorhanden ist

4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner

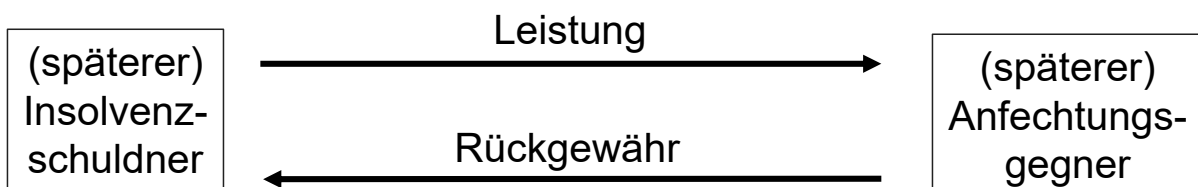
b) Rückführung + Neugewährung von Gesellschafterdarlehen



- ❖ BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 (Staffelkredit) ⇒ neue Kreditmittel zur Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen verwendet
- ❖ BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 88 = ZIP 2013, 1629 Rn. 32 ff.: laufende Kreditgewährung durch Gesellschafter (13 Rückflüsse an Gesellschafter i.H.v. 55.000 €; Zuflüsse im selben Zeitraum i.H.v. 75.000 €)
⇒ Verwendung der Kreditmittel im laufenden Geschäftsbetrieb
- ❖ Details bei *Bitter* in FS Lwowski, 2014, S. 223 ff.; *Bitter*, KTS 2016, 455, 511 ff.; *Scholz/Bitter*, Bd. III, 13. Aufl. 2025, § 135 InsO Rn. 151 ff.

4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner

c) Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes durch Empfänger



- ❖ BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, BGHZ 198, 88 = ZIP 2013, 1629 Rn. 31: Rückführung mit dem Zweck, der Schuldnerin den entzogenen Vermögenswert wiederzugeben = **vorweggenommene Befriedigung eines individuellen Rückgewähranspruchs**
⇒ Verwendung der neuen Kreditmittel im laufenden Geschäftsbetrieb

4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner

c) Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes durch Empfänger

- ❖ BGH v. 25.1.2018 – IX ZR 299/16, ZIP 2018, 385: Schuldner tilgt ein Darlehen in bar; Empfänger zahlt später den Barbetrag erneut an den Schuldner

Rn. 12: „Vielmehr **genügt es, wenn der Anfechtungsgegner dem Schuldner Vermögenswerte zukommen lässt, welche bestimmungsgemäß die angefochtene Leistung vollständig ausgleichen und dem Gläubigerzugriff offenstehen** (BGH v. 16.8.2007 – IX ZR 63/06, BGHZ 173, 328 Rn. 57; ...).“

Rn. 18: „Die ... Gläubigerbenachteiligung entfällt, wenn der Darlehensgeber den Betrag sodann zu gleichen Bedingungen dem Schuldner wieder zur Verfügung stellt.“

4. Keine Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner

c) Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes durch Empfänger

- ❖ BGH v. 10.11.2022 – IX ZR 160/21, ZIP 2023, 43

Leitsatz: Eine den insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch ausschließende **vorweggenommene Befriedigung** kann auch dann anzunehmen sein, **wenn die vorinsolvenzliche Rückführung** des in anfechtbarer Weise erlangten Gegenstands oder dessen Werts in das Vermögen des Schuldners **mit dem Willen zur Erfüllung eines anderen, auf ein und dieselbe Leistung gerichteten Anspruchs erfolgt**.

Fall: Zahlung von Steuer mit Entstehung eines Rückerstattungsanspruchs des Zahlers gegen das Finanzamt aus § 37 Abs. 2 AO

⇒ vom Finanzamt erstatteter Betrag war nicht mehr vorhanden

- ❖ *Jungclaus/Ch. Keller* in Bornemann (Hrsg.), FK-InsO, 10. Aufl. 2025, § 129 Rn. 79 f., 89

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

a) Wertende Betrachtung

- ❖ *Schultz*, ZIP 2023, 1665, 1671 f.
 - keine Vergleichbarkeit mit der **Ablösung eines anfechtungsfesten Absonderungsrechts** (oben Folie 14); **Rechtsdurchsetzungsmacht des Gläubigers entscheidet**: Der Gläubiger hätte jenes Recht auch im Insolvenzverfahren durchsetzen können; bei gegenseitigen Verträgen gilt das nur bei Erfüllungswahl gemäß § 103 InsO
 - Bei der **Rückführung des anfechtbar erlangten Betrags ins Schuldnervermögen** (Folien 30 ff.) wird hingegen auf die **Rechtsdurchsetzungsmacht des Insolvenzverwalters** abgestellt.
- ❖ Frage: Warum entscheidet die Rechtsdurchsetzungsmacht des Verwalters nicht auch bei einer Gegenleistung des Empfängers? Sie ist u.a. auch bei der Weggabe wertloser Gegenstände relevant (Folie 15).

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

a) Wertende Betrachtung

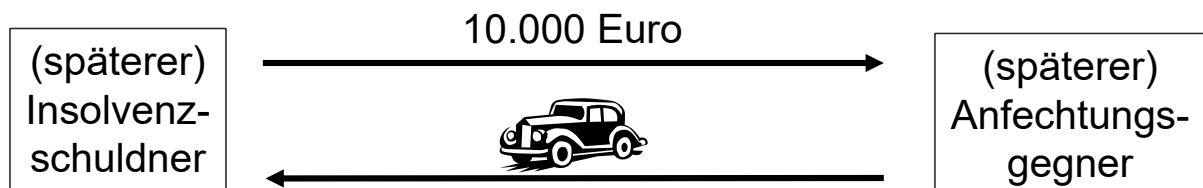
- ❖ Eigene Ansicht [*Bitter*, ZIP 2025, 2339, 2347 ff., Ziff. IV. 3. b)]:
Der Insolvenzverwalter hätte die Gegenleistung des Empfängers nicht beanspruchen können, ohne seinerseits – nach der Erfüllungswahl gemäß § 103 InsO – die vom Schuldner versprochene Leistung zu erbringen (insolvenzfeste Sicherung des Empfängers durch § 320 BGB)
- ❖ Folge: Die nach der Leistung des Schuldners erbrachte Gegenleistung des Empfängers kompensiert die vorherige Gläubigerbenachteiligung ebenso wie die Rückführung des anfechtbar Erlangten. Für eine unterschiedliche Behandlung beider Fälle gibt es keinen Grund.
 - ebenso *Jungclaus/Ch. Keller* in Bornemann (Hrsg.), FK-InsO, 10. Aufl. 2025, § 129 Rn. 89

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

b) Beispielfälle

(*Bitter*, KTS 2016, 455, 503 ff.; zust. *Jungclaus/Ch. Keller* in Bornemann (Hrsg.), FK-InsO, 10. Aufl. 2025, § 129 Rn. 89; *Bitter*, ZIP 2025, 2339, 2349 f., Ziff. IV. 3. c); a.A. *Brinkmann*, ZRI 2022, 805 ff., insbes. S. 813; *Gehrlein*, ZIP 2025, 2353 ff.)

- ❖ Der Insolvenzschuldner kauft beim Anfechtungsgegner ein Auto, das in einem vom Insolvenzschuldner verursachten Unfall zerstört wird.



5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

- ❖ Der Insolvenzschuldner tauscht einen BMW gegen einen Mercedes, der anschließend in einem vom Insolvenzschuldner verursachten Unfall zerstört wird.
 - Vergleich mit dem Sicherheitentausch



5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

- ❖ Der Insolvenzschuldner tauscht beim Anfechtungsgegner 200 Euro in Dollar, die er anschließend verbraucht oder verliert.
 - Vergleich mit einer Rückgewähr der 200 Euro



5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

c) Problem: Gesetzesbegründung zu § 144 InsO-E (= § 129 InsO)

„Sofern der Entwurf nicht ausdrücklich eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger verlangt, genügt auch eine **mittelbare Beeinträchtigung**; diese ist gegeben, wenn zwar die Rechtshandlung selbst noch keinen Nachteil für die Gläubiger bedeutet, wenn sie aber die Grundlagen für eine weitere, die Gläubiger schädigende Handlung schafft. **So kann die Veräußerung eines Grundstücks auch dann wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 148 des Entwurfs) anfechtbar sein, wenn sie zwar zu einem angemessenen Preis erfolgt, wenn der Schuldner aber die dem anderen Teil bekannte Absicht hat, das Geld dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen.**“

(BT-Drucks. 12/2443, S. 157)

- m.E. richtige Lösung der Kollusionsfälle über § 826 BGB
- sonst wird die (Vorsatz-)Anfechtung unberechtigt zur Gefährdungshaftung

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

d) Abgrenzung zu anderen Rechtsgrundsätzen

(1) keine Vorteilsausgleichung im Anfechtungsrecht

- ⇒ Diese Rechtsprechung gilt nur für mittelbare Vorteile („entferntere Ereignisse“; insbes. Vorteile von dritter Seite), nicht für Folgen, die unmittelbar/direkt an die anfechtbare Rechtshandlung anknüpfen
Beispiel: BGH v. 9.7.2009 – IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674 Rn. 32: Anfechtung der Zahlung von Biersteuer; Wertschöpfung durch Bierbrauen = Erhöhung der Masse „ohne Zutun des Anfechtungsgegners“
- ⇒ Trennung zwischen unzulässiger *Vorteilsausgleichung* und zulässiger *Vorteilsanrechnung* (Bitter, KTS 2016, 455, 469 ff.)

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

d) Abgrenzung zu anderen Rechtsgrundsätzen

- ⇒ Bestätigung der Abgrenzung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Folgen in BGH v. 19.9.2024 – IX ZR 217/22, ZIP 2024, 2423 (Rn. 27): „Der Eintritt der Gläubigerbenachteiligung ist isoliert mit Bezug auf die konkret angefochtene Minderung des Aktivvermögens oder die Vermehrung der Passiva des Schuldners zu beurteilen. Dabei sind lediglich solche Folgen zu berücksichtigen, die an die anzufechtende Rechtshandlung selbst anknüpfen. **Eine Gläubigerbenachteiligung entfällt nicht deshalb, weil die anzufechtende Rechtshandlung in Zusammenhang mit anderen Ereignissen der Insolvenzmasse auch Vorteile gebracht hat. Als Vorteil der Masse sind nur solche Folgen zu berücksichtigen, die unmittelbar mit der angefochtenen Rechtshandlung zusammenhängen.**“

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

d) Abgrenzung zu anderen Rechtsgrundsätzen

- ⇒ Bestätigung der Abgrenzung zwischen mittelbaren und unmittelbaren Folgen in BGH v. 8.2.2024 – IX ZR 194/22, ZIP 2024, 414 (Rn. 16)

Leitsatz 1: Der Annahme einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung durch die **Zahlung von Einfuhrumsatzsteuer** stehen weder das von der Entstehung der Steuer abhängige Recht zum Vorsteuerabzug noch eine (unterstellte) Pflicht zur Berichtigung des getätigten Vorsteuerabzugs entgegen.

Rn. 16: „Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UStG entsteht das Recht [auf Vorsteuerabzug] nicht erst mit der Zahlung der Einfuhrumsatzsteuer, sondern bereits mit ihrer Entstehung. Es fehlt daher an der notwendigen Anknüpfung (vgl. BGH v. 28.1.2016 – IX ZR 185/13, ZInsO 2016, 444 Rn. 17 mwN) des in dem Recht zum Vorsteuerabzug liegenden Vorteils an die angefochtenen Rechtshandlungen in Gestalt der Steuerzahlungen.“

Rn. 17: „Selbst wenn man von einer hinreichenden Anknüpfung ausginge, wäre die hier nur erforderliche mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht ausgeschlossen. ...“

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

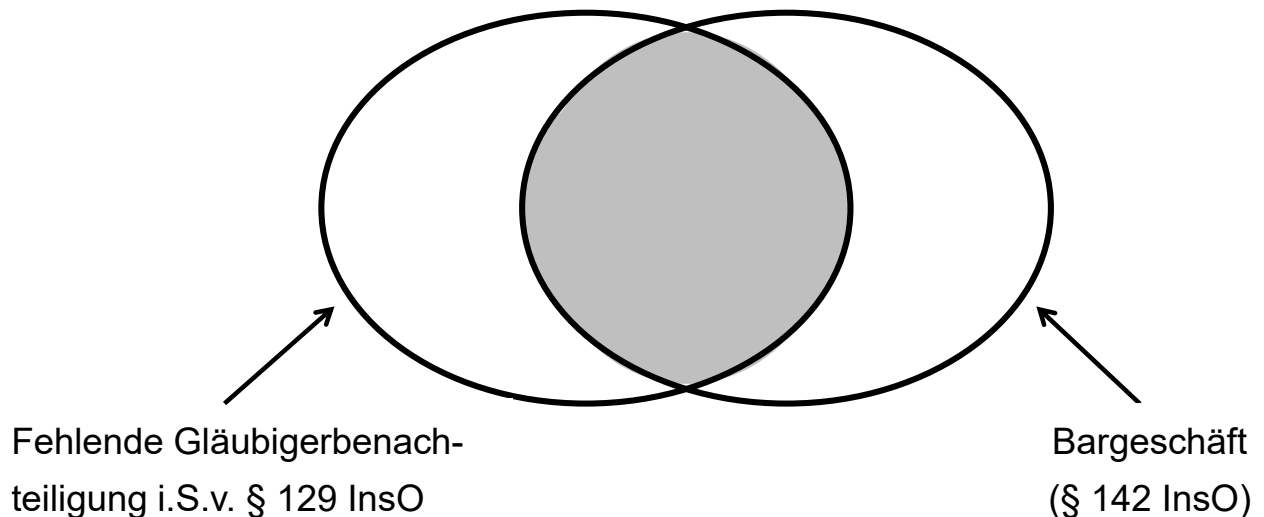
d) Abgrenzung zu anderen Rechtsgrundsätzen

(2) Einzelbetrachtung jeder anfechtbaren Rechtshandlung („Vereinzlungstheorie“)

- ⇒ Grundsatz ursprünglich zur *Verneinung* der Anfechtung entwickelt (BGH v. 15.1.1987 – IX ZR 4/86, ZIP 1987, 244, 245)
- ⇒ Später zur *Begründung* der Anfechtung herangezogen und mit der (versagten) Vorteilsausgleichung verknüpft (zuerst BGH v. 2.6.2005 – IX ZR 263/03, ZIP 2005, 1521, 1523, juris-Rn. 19-22)
- ⇒ Aber: Diese Verknüpfung ist nicht ansatzweise plausibel, weil der Zufluss eines Vorteils nie eine anfechtbare Rechtshandlung sein kann
- ⇒ *Bitter*, KTS 2016, 455, 479 ff.

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

e) Verhältnis von § 129 InsO und § 142 InsO (*Bitter*, KTS 2016, 455, 484 ff.)



5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

f) Begrenzung der Anfechtung auf den Umfang der Benachteiligung?

- ❖ Begrenzung bei der Rechtsprechung zu § 15b InsO („soweit“). Soll der Anfechtungsgegner schärfer haften als der Insolvenzverschlepper?
- ❖ Begrenzung bei der Anfechtung unangemessen hoher Vergütungen für Dienstleistungen nach § 132 InsO (*Bitter*, KTS 2016, 455, 508 ff.)

BGH v. 11.6.1980 – VIII ZR 62/79, BGHZ 77, 250, 255 (juris-Rn. 28): „Sinn der Anfechtung ... ist die Erhaltung der Konkursmasse; andererseits sollen ihr ... durch die Anfechtung **nicht unberechtigte Vorteile** zufließen. **Nur soweit die Gläubiger benachteiligt werden, ist eine Korrektur durch die Konkursanfechtung geboten, denn nur insoweit wurden ihre Befriedigungsmöglichkeiten vereitelt.**“

⇒ ausführlich *Klinck*, Teilanfechtung, KTS 2025, 1 ff. (Begrenzung u.a. auch beim unausgeglichenen Sicherheitentausch und bei teilweiser Unentgeltlichkeit i.S.v. § 134 InsO); siehe auch *Bitter*, ZIP 2025, 2339, 2352, Ziff. IV. 4.

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

f) Begrenzung der Anfechtung auf den Umfang der Benachteiligung?

- ❖ keine Begrenzung bei BGH v. 14.11.2024 – IX ZR 13/24, ZIP 2025, 101

Leitsatz: Im Rahmen der Inkongruenzanfechtung ist die verfrühte Leistung **im Ganzen zurück zu gewähren**, nicht nur in Höhe des Nutzungsvorteils (Zwischenzinses).

Rn. 10: „**Rechtsfolge** des § 131 Abs. 1 InsO ist die **Anfechtbarkeit der Rechtshandlung**. ... Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners weggegeben ist, muss gemäß § 143 Abs. 1 InsO zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. Die Inkongruenzanfechtung ... zielt darauf ab, einem ... bevorzugten Gläubiger den Vorteil wieder zu nehmen und dadurch die Gläubigergleichbehandlung herbeizuführen (...). **Der Vorteil für den Gläubiger aber besteht in der ganzen Leistung**. Der Abzug des Zwischenzinses behebt für sich allein die Inkongruenz der verfrühten Zahlung nicht (...).“

5. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

f) Begrenzung der Anfechtung auf den Umfang der Benachteiligung?

- ❖ Unterschied beider Fälle:

- Bei einer unausgeglichenen Gegenleistung gab es einen (teilweise) kompensierenden Rückfluss in die (spätere) Insolvenzmasse.
 - *Jungclaus/Ch. Keller* in Bornemann (Hrsg.), FK-InsO, 10. Aufl. 2025, § 129 Rn. 81, 86, 89
- Bei verfrühter Leistung hatte der Gläubiger keinen Anspruch auf die Leistung zu diesem (frühen) Zeitpunkt. Jedenfalls wenn der Insolvenzantrag vor dem Zeitpunkt der Fälligkeit gestellt wurde, hätte er die Leistung *vertragsgemäß* nicht mehr bekommen. (*Bitter*, ZIP 2025, 2339, 2352)
Was aber gilt, wenn die Fälligkeit ohnehin noch vor dem Antrag, ggf. nur wenige Tage später eintrat? Ist eine Zahlung bei Fälligkeit ein grundsätzlich irrelevanter hypothetischer Sachverhalt?

ausführlich *Bitter*, ZIP 2025, 2339 ff.

1. Die Insolvenzanfechtung hat den Zweck, vorinsolvenzliche Vermögensverschiebungen vom Schuldnervermögen in das Vermögen des (späteren) Anfechtungsgegners rückgängig zu machen und dient nicht dazu, die Masse auf Kosten des Anfechtungsgegners zu bereichern.
2. Wer als Vertragspartner durch Vorleistung ein Insolvenzrisiko eingeht und hiervon durch die nachträgliche Leistung des (späteren) Insolvenzschuldners befreit wird, kann seine Vorleistung nicht anspruchsmindernd einwenden. Er wird durch die Insolvenzanfechtung nur wieder in die Position des zuvor von ihm übernommenen Insolvenzrisikos zurückversetzt, in der sich auch die anderen (vorleistenden) Insolvenzgläubiger befinden.

3. Eine vom Vertragspartner des (späteren) Insolvenzschuldners zeitlich *nach* dessen Leistung erbrachte Gegenleistung lässt im Umfang ihres Wertes die Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO entfallen. Die vom Vertragspartner erbrachte Gegenleistung ist immer auf den Vermögensabfluss aus der Masse anzurechnen und die Insolvenzanfechtung beschränkt sich auf die Differenz. Weder bei partieller Wertdeckung noch beim Untergang oder Verbrauch der Gegenleistung gibt es für eine Abweichung von den im Rahmen des § 64 GmbHG a.F. (jetzt § 15b InsO) anerkannten Grundsätzen eine insolvenzspezifische Rechtfertigung. Die Annahme einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung ist in Fällen des nicht vom Anfechtungsgegner zu verantwortenden Untergangs oder des Verbrauchs durch den Insolvenzschuldner nicht gerechtfertigt.

4. Die Anrechnung der Gegenleistung bei der Feststellung der Gläubigerbenachteiligung stellt keine unzulässige Vorteilsausgleichung dar. Die Vorteilsausgleichung wird in der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH zutreffend nur bei mittelbaren Vorteilen abgelehnt, namentlich solchen, die der Insolvenzmasse nicht aus dem Vermögen des Anfechtungsgegners, sondern ohne dessen Zutun zufließen.
5. Der Grundsatz der Einzelbetrachtung jeder anfechtbaren Rechtshandlung (des Schuldners) ist zur Abwehr einer Insolvenzverwalterklage entwickelt und erst später umfunktioniert worden. Gleichwohl steht er auch in seiner heutigen Gestalt einer Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Bestimmung der Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen. Richtigerweise ist jener Grundsatz der Einzelbetrachtung allerdings entgegen der jüngeren Rechtsprechung schon im Ansatz von den Fragen der (versagten) Vorteilsausgleichung zu trennen, bei der es von vorneherein nur eine anfechtbare Rechtshandlung (des Schuldners) gibt.

- *Bitter*, Insolvenzanfechtung bei Weggabe unpfändbarer Gegenstände – Ansätze für einen normativen Begriff der Gläubigerbenachteiligung, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer (Hrsg.), Festschrift für Karsten Schmidt, 2009, S. 123
- Bitter, Die Insolvenzanfechtung im System des Zivilrechts, Bargeschäft, fehlende Gläubigerbenachteiligung/Masseschmälerung, Saldotheorie und Vorteilsausgleich – Alles Holz vom selben Stamm?, KTS 2016, 455
- *Bitter*, Rezension zu Kebekus, Die Gegenleistung in der Insolvenz – Bewertung, Behandlung und Berücksichtigung im System von Insolvenzanfechtungsrecht und Zahlungsverbot der Geschäftsleiter, 2021, ZHR 187 (2023), 567
- *Bitter*, Die Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO – eine oft unterschätzte Voraussetzung der Insolvenzanfechtung, ZIP 2025, 2339

- *Brinkmann*, Mittelbare und unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, ZRI 2022, 805
- *Gehrlein*, Die mittelbare Gläubigerbenachteiligung im Falle von Vorleistungen des Schuldners – Gleichlauf der Bewertung bei § 129 InsO und § 64 GmbHG a.F., § 15b InsO?, ZIP 2025, 2353
- *Klinck*, Teilanfechtung, KTS 2025, 1
- *Schultz*, Die Gläubigerbenachteiligung nach § 129 Abs. 1 InsO – Wirtschaftliche Betrachtung und wertende Korrekturen, ZIP 2023, 1665

Dissertationen (dazu *Bitter*, ZHR 187 [2023], 567)

- *Beghin*, Die Bedeutung der Gegenleistung im Insolvenzanfechtungsrecht, 2021
- *Kebekus*, Die Gegenleistung in der Insolvenz – Bewertung, Behandlung und Berücksichtigung im System von Insolvenzanfechtungsrecht und Zahlungsverbot der Geschäftsleiter, 2021
- *Labusga*, Insolvenzanfechtung von Austauschgeschäften, 2021
- *Lindgen*, Die Vorteilsanrechnung im Insolvenzanfechtungsrecht, 2021
- *Mahlmann*, Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Bargeschäften, 2020 (mit Fokus auf die Unterlauterkeit in § 142 InsO)
- *Prauß*, Das Bargeschäftsprivileg gemäß § 142 InsO nach dem neuen Anfechtungsrecht, 2022
- *Schubert*, Die Bargeschäftsausnahme gemäß § 142 InsO und die Vorsatzanfechtung, 2025

© 2026

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V.

www.zis.uni-mannheim.de