

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Die Insolvenzanfechtung im System des Zivilrechts

Bargeschäft (§ 142 InsO), fehlende Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO)/Masseschmälerung (§ 64 GmbHG), Saldotheorie (§ 818 Abs. 3 BGB) und Vorteilsausgleichung (§ 249 BGB) – Alles Holz vom selben Stamm?

Vortrag bei der Juristischen Studiengesellschaft
am 10. Mai 2016

www.georg-bitter.de

Ausgangsfall

Ausgangspunkt: Geschäftsverbindung zwischen dem (späteren) Insolvenzschuldner und dem Anfechtungsgegner mit wechselseitigen Leistungen und Gegenleistungen:

- ⇒ **Grundfall**: Der Schuldner leistet und anschließend erbringt der Anfechtungsgegner seine Gegenleistung.
- ⇒ **Variante 1**: Die Gegenleistung ist nicht gleichwertig.
- ⇒ **Variante 2**: Die Gegenleistung ist bei Insolvenzeröffnung nicht mehr vorhanden.
- ⇒ **Variante 3**: Die Gegenleistung setzt der Schuldner ein, um neue Gegenstände zu beschaffen und diese erneut dem Anfechtungsgegner zu liefern, der daraufhin wieder seine Gegenleistung erbringt u.s.w.

1. Schadensrecht + Bereicherungsrecht:

RGZ 54, 137 („Geburtsstunde“ der Saldotheorie): Klage aus § 823 und § 812 BGB

- unstreitige Anrechnung einer noch vorhandenen Gegenleistung
- Anrechnung auch partieller Gegenleistungen

2. Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG für „Zahlungen“ nach Insolvenzreife

BGH v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71

Leitsatz 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.

Leitsatz 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.

§ 129. 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.

§ 142. Bargeschäft

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.

§ 133. Vorsätzliche Benachteiligung

- (1) 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. ...

Einschränkung der Saldotheorie in der Insolvenz**BGH v. 22.4.2010 – IX ZR 163/09, ZIP 2010, 1253, 1254 (Rn. 7 f.)**

„[7] ... Zu § 818 Abs. 3 BGB ist umstritten, ob jeder Teil den ihm zustehenden Anspruch unabhängig vom Schicksal der Gegenforderung geltend machen muss (Zweikonditionenlehre) oder ob die beiderseitigen Ansprüche zu saldieren sind (Saldotheorie – vgl. zu allem Palandt/Sprau, BGB 69. Aufl. § 818 Rn. 46 ff).

[8] Im Insolvenzrecht ist die Saldotheorie nur eingeschränkt anwendbar. ...“

Grundsatz fehlender Vorteilsausgleichung**BGH v. 26.4.2012 – IX ZR 146/11, ZIP 2012, 1183, 1185 (Rn. 30)**

„Denn eine Saldierung der Vor- und Nachteile findet im Anfechtungsrecht nicht statt, eine Vorteilsausgleichung nach schadensersatzrechtlichen Grundsätzen ist insolvenzanfechtungsrechtlich nicht zulässig.“

Grundsatz selbständiger Anfechtbarkeit einzelner Rechtshandlungen**BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64, 68 = ZIP 2013, 1579 (Rn. 13)**

„Nach ständiger Rechtsprechung ist jede Rechtshandlung selbständig auf ihre Ursächlichkeit für gläubigerbenachteiligende Folgen zu überprüfen und gegebenenfalls in deren Anfechtung einzubeziehen, selbst wenn sich die Rechtshandlungen wirtschaftlich ergänzen (...). Da die einzelne anfechtbare Rechtshandlung ein eigenes selbständiges Rückgewährschuldverhältnis begründet, ist der Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung isoliert mit Bezug auf die konkret angefochtene Minderung des Aktivvermögens zu beurteilen (...).“

⇒ **Teil 1 – (einfacher) Basisfall:**

Der Anfechtungsgegner erbringt eine gleichwertige Gegenleistung, die bei Verfahrenseröffnung noch vorhanden ist.

⇒ **Teil 2 – Problemfälle:**

Die Gegenleistung ist nicht gleichwertig und/oder bei Insolvenzeröffnung nicht mehr vorhanden.

⇒ Begründung RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 156

„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.“

⇒ *Paulus*, in FS Gero Fischer, 2008, S. 445, 453

„Dass das Anfechtungsrecht **nicht zur Bereicherung der Masse führen**, sondern der Korrektur bestimmter vorinsolvenzlicher, in ihrer Wirkung gläubigerbenachteiligender Rechtshandlungen dienen soll, ist Allgemeinwissen.“

- ⇒ Zulässige Anrechnung unmittelbarer Vorteile (insbesondere Gegenleistungen) und versagte Vorteilsausgleichung bei mittelbaren Vorteilen (von dritter Seite)
- ❖ BGH v. 25.9.1952 – IV ZR 13/52, LM KO § 30 Nr. 1
 - ❖ BGH v. 24.11.1959 – VIII ZR 220/57, WM 1960, 377, 379
 - ❖ BGH v. 24.10.1962 – VIII ZR 126/61, WM 1962, 1316, 1317
 - ❖ bestätigend BGH v. 30.1.1986 – IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87, 95 f.
 - ❖ jüngst BGH v. 28.1.2016 – IX ZR 185/13, ZIP 2016, 426, 428 (Rn. 18 ff.)
„Das Verbot der Berücksichtigung eines Vorteilsausgleichs betrifft Tatbestände, bei denen die benachteiligende Handlung in adäquat ursächlichem Zusammenhang mit anderen Ereignissen der Insolvenzmasse auch Vorteile gebracht hat, die jedoch keine Gegenleistung für die durch die Handlung bewirkte Vermögensminderung darstellen.“

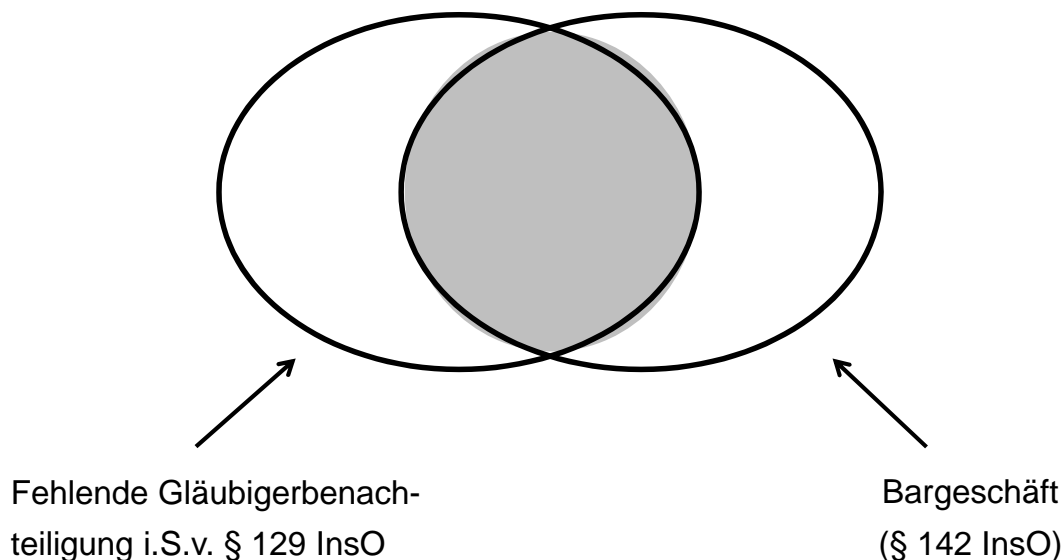
- ⇒ Ermöglichung der Betriebsfortführung als nur mittelbarer Vorteil
- ❖ BGH v. 30.1.1986 – IX ZR 79/85, BGHZ 97, 87, 95 f.
 - ❖ BGH v. 13.3.2003 – IX ZR 64/02, BGHZ 154, 190, 197 f.
 - ❖ BGH v. 8.10.2009 – IX ZR 173/07, ZIP 2009, 2253, 2255 (Rn. 17)
- ⇒ Gläubigerbenachteiligung in „Durchleitungsfällen“
- ❖ BGH v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228, 233 f. (Rn. 18 f.)
 - ❖ BGH v. 17.6.2010 – IX ZR 186/08, ZIP 2010, 1402, 1403 (Rn. 11)
- vgl. zur Aufhebung und Neubegründung von Bezugsrechten auch:
- ❖ BGH v. 26.1.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636 f. (Rn. 5 ff., insbes. Rn. 12)
 - ❖ BGH v. 22.10.2015 – IX ZR 248/14, ZIP 2015, 2328, 2330 (Rn. 17 ff.)

- ⇒ Einzelbetrachtung zur Ablehnung des Anspruchs
 - ❖ BGH v. 15.1.1987 – IX ZR 4/86, ZIP 1987, 244: Auskunftsanspruch bei unentgeltlichen Leistungen eines Ehemannes an seine Ehefrau

- ⇒ Einzelbetrachtung zur Begründung des Anspruchs
 - ❖ BGH v. 7.2.2002 – IX ZR 115/99, ZIP 2002, 489: Insolvenzanfechtung bei Leistungen aus einem Kontokorrentkredit
 - ❖ BGH v. 9.10.2003 – IX ZR 28/03, ZIP 2003, 2370, 2371: Freigabe von Sicherungsgut durch Bank A und anschließende Veräußerung an Bank B

- ⇒ Vermischung des Grundsatzes der Einzelbetrachtung jeder anfechtbaren Rechtshandlung (des Schuldners) mit der (versagten) Vorteilsausgleichung
 - ❖ BGH v. 2.6.2005 – IX ZR 263/03, ZIP 2005, 1521, 1523 (juris-Rn. 19-22)
 - ❖ BGH v. 20.7.2006 – IX ZR 226/03, ZIP 2006, 1639, 1641 (Rn. 14)
 - ❖ BGH v. 12.7.2007 – IX ZR 235/03, ZIP 2007, 2084, 2085 (Rn. 11)
 - ❖ BGH v. 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228, 233 f. (Rn. 18)
 - ❖ BGH v. 23.10.2008 – IX ZR 202/07, ZIP 2008, 2272, 2274 (Rn. 20)
 - ❖ BGH v. 11.3.2010 – IX ZR 104/09, ZIP 2010, 793 (Rn. 10)
 - ❖ BGH v. 26.1.2012 – IX ZR 99/11, ZIP 2012, 636, 637 (Rn. 12)
 - ❖ BGH v. 22.10.2015 – IX ZR 248/14, ZIP 2015, 2328, 2330 (Rn. 18)
 - ❖ BGH v. 28.1.2016 – IX ZR 185/13, ZIP 2016, 426, 427 f. (Rn. 17)

- ⇒ Einzelbetrachtung von Sicherung und (späterer) Erfüllung:
 - ❖ BGH v. 9.10.2008 – IX ZR 138/06, BGHZ 178, 171 = ZIP 2008, 2224
 - ❖ BGH v. 18.7.2013 – IX ZR 219/11, BGHZ 198, 64 = ZIP 2013, 1579
- ⇒ Eigene Ansicht: Der Grundsatz der Einzelbetrachtung jeder anfechtbaren Rechtshandlung und die Frage der (versagten) Vorteilsausgleichung haben nichts miteinander zu tun und sind folglich strikt zu trennen.
- ⇒ Zwischenergebnis: Gegenleistungen lassen grundsätzlich die Gläubigerbenachteiligung entfallen.



Grundfall: Der Schuldner leistet und anschließend erbringt der Anfechtungsgegner seine Gegenleistung.

⇒ Lösung: Anrechnung der Gegenleistung, soweit diese noch vorhanden ist.

Variante 3: Die Gegenleistung setzt der Schuldner ein, um neue Gegenstände zu beschaffen und diese erneut dem Anfechtungsgegner zu liefern, der daraufhin wieder seine Gegenleistung erbringt u.s.w.

⇒ Lösung: Die Gegenleistung wird durch die erneute Anschaffung und Lieferung in der Masse perpetuiert, die Gläubigerbenachteiligung endgültig konsumiert.

Teil 2 – Problemfälle: Die Gegenleistung ist nicht gleichwertig und/oder bei Insolvenzeröffnung nicht mehr vorhanden.

- ⇒ keine unmittelbare Benachteiligung i.S.v. § 132 InsO bei Gleichwertigkeit
 - Konsequenzen bei partiell fehlendem Ausgleich?
- ⇒ nach h.M. mittelbare Benachteiligung, wenn die Gegenleistung zur Zeit der Verfahrenseröffnung nicht mehr wertsteigernd in der Masse vorhanden ist
 - unerheblich, soweit § 142 InsO eingreift
 - Konsequenzen bei partiell fehlendem Ausgleich?
 - Konsequenzen bei § 133 InsO?

1. Schadensrecht + Bereicherungsrecht:

- Anrechnung auch partieller Gegenleistungen
- Saldotheorie im Bereicherungsrecht: grundsätzliche Anrechnung auch einer später untergegangenen Gegenleistung

Ausnahmefälle:

- Arglistige Täuschung + Geschäftsunfähigkeit
- Der Untergang fällt in den Verantwortungsbereich des Vertragspartners (er beruht z.B. auf einem Mangel der gelieferten Sache)

2. Geschäftsführerhaftung aus § 64 GmbHG für „Zahlungen“ nach Insolvenzreife
BGH v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71

Leitsatz 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.

Folge: Ein partieller Ausgleich wird anteilig berücksichtigt („soweit“)

Leitsatz 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.

Folge: Irrelevanz einer „mittelbaren Gläubigerbenachteiligung“ ⇒ Der Geschäftsführer haftet nicht für einen (zufälligen) Untergang der Gegenleistung.

⇒ Einschränkung bei der Rückabwicklung formnichtiger Grundstücks-
kaufverträge aufgrund spezifisch insolvenzrechtlicher Wertungen:

- a) Was insolvenzrechtlich (gemäß § 96 InsO; früher: § 55 KO) nicht
Gegenstand der Aufrechnung sein kann, darf auch nicht Gegenstand
einer Saldierung sein.
 - ❖ BGH v. 20.12.2001 – IX ZR 401/99, BGHZ 149, 326, 334 = ZIP 2002,
309, 312 (juris-Rn. 29 ff.)
- b) Wem mangels wirksamer Vormerkung die Insolvenzsicherung des § 106
InsO (früher: § 24 KO) fehlt, wird auch bei nichtigem Vertrag nicht
geschützt.
 - ❖ BGH v. 7.3.2002 – IX ZR 457/99, BGHZ 150, 138, 146 f. = ZIP 2002,
858, 861 (juris-Rn. 30 f.)

⇒ Bestätigung für die Rückabwicklung eines formnichtigen
Arbeitnehmerüberlassungsvertrags

- ❖ BGH v. 2.12.2004 – IX ZR 200/03, BGHZ 161, 241, 251 = ZIP 2005, 126,
129 (juris-Rn. 30 f.)

⇒ Bestätigung für die Rückabwicklung von Kapitalanlagen im
Schneeballsystem (Phoenix Kapitaldienst)

- ❖ BGH v. 22.4.2010 – IX ZR 163/09, ZIP 2010, 1253, 1254 (Rn. 8)
- ❖ BGH v. 22.4.2010 – IX ZR 225/09, ZIP 2010, 1455, 1456 (Rn. 8)
- ❖ *Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569 ff.

Begr. RegE zu § 144 InsO-E (jetzt: § 129 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 157

„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.“

⇒ Fall einer kollusiven Schädigung der (späteren) Insolvenzmasse ist Argument für eine Anfechtbarkeit trotz gleichwertiger Gegenleistung

Folge: Insolvenzanfechtung als Gefährdungshaftungstatbestand?

- *Fridgen*, Die Rechtsfolgen der Insolvenzanfechtung, Vorsatzanfechtung unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes, 2009
 - (Vorsatz-)Anfechtung als Tatbestand der Gefährdungshaftung (S. 148 ff.)
 - Anfechtungsgegner haftet auf alle Schäden, die sich aus der Verwirklichung der von ihm geschaffenen Gefahr für die Befriedigungsaussichten der Gläubiger ergeben (S. 151 ff.)
- **Fall 1:** Der Schuldner hatte beim Anfechtungsgegner ein Auto für 20.000 Euro erworben, welches in einem vom Schuldner verursachten Unfall zerstört wird.
- **Fall 2:** Der Schuldner hatte beim Anfechtungsgegner Euro gegen Dollar eingetauscht, die der Schuldner anschließend (a) verbraucht bzw. (b) verliert.
- **Fall 3:** Der Schuldner tauscht ein Auto im Wert von 20.000 Euro gegen ein Auto im Wert von 15.000 Euro, welches unfallbedingt zerstört wird.
- **Fall 4:** Ein Baustofflieferant liefert 100-fach Baumaterial, nachdem er jeweils Zahlung auf die frühere Lieferung erhalten hat.

Begrenzung ungewollter Konsequenzen durch die Rechtsprechung:

- Anfechtung unangemessen hoher Vergütungen für Dienstleistungen (eines Sanierers) wird bei § 132 InsO begrenzt auf den unangemessenen Teil.
 - ❖ grundlegend **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. ... Deshalb ist dem Anfechtungsgegner – soweit rechtlich möglich – zu belassen, was dem Wert seiner Leistung entspricht.“
 - ❖ BGH v. 15.12.1994 – IX ZR 18/94, ZIP 1995, 297, 299 f. (juris-Rn. 22)
 - ❖ offen BGH v. 6.12.2007 – IX ZR 113/06, ZIP 2008, 232, 235 (Rn. 26)

Begrenzung ungewollter Konsequenzen durch die Rechtsprechung:

- Anfechtung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bei mehrfacher Gewährung und Rückführung von Gesellschafterdarlehen
 - ❖ **BGH v. 7.3.2013 – IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 – Staffelkredit**
Leitsatz: „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.“
 - ❖ bestätigend BGH v. 4.7.2013 – IX ZR 229/12, WM 2013, 1615 = ZIP 2013, 1629 (Rn. 32 ff.); anders für nur zwei Darlehensverträge BGH v. 16.1.2014 – IX ZR 116/13, WM 2014, 329 = ZIP 2014, 785
 - ❖ ausführlich *Bitter*, in FS Lwowski, 2014, S. 223 ff.

Variante 1: Die Gegenleistung ist nicht gleichwertig.

⇒ Lösung: Partielle Anrechnung der Gegenleistung.

Variante 2: Die Gegenleistung ist bei Insolvenzeröffnung nicht mehr vorhanden.

⇒ Lösung: Grundsätzliche Anrechnung der Gegenleistung mit ihrem Wert zum Zeitpunkt des Leistungsaustauschs. Ausnahmen sind wie im Bereicherungs- und Rücktrittsrecht denkbar.

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. 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. In diesem Umfang ist die Insolvenzanfechtung zu beschränken.
3. Die Anrechnung der Gegenleistung bei der Feststellung der Gläubigerbenachteiligung stellt keine unzulässige Vorteilsausgleichung dar.

4. Der Grundsatz der Einzelbetrachtung jeder anfechtbaren Rechtshandlung (des Schuldners) steht einer Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Bestimmung der Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen.
5. Die Einschränkung der Saldotheorie in der Insolvenz beruht auf insolvenzspezifischen Wertungen. 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.
6. Ausnahmen gelten nur im Rahmen des § 142 InsO, der insoweit die Anfechtung trotz Gläubigerbenachteiligung ausschließt.

© 2016
Prof. Dr. Georg Bitter
Universität Mannheim
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht
Schloss, Westflügel
68131 Mannheim
www.georg-bitter.de



Zentrum für Insolvenz und Sanierung
an der Universität Mannheim e.V. (ZIS)
www.zis.uni-mannheim.de