

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Die Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 129 InsO – Oft eine Fiktion? –

6. Bremer Insolvenzrechtstag am 12.9.2025

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. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers
- VII. Zusammenfassende Thesen
- VIII. Literaturauswahl

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

(Schild, 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. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers
- VII. Zusammenfassende Thesen
- VIII. Literaturauswahl

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 vom 26.9.2025, 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) 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.

c) Weggabe schuldnerfremder Gegenstände

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

d) 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. ⇒ b.w.

BFH v. 18.4.2023 – VII R 20/20, ZIP 2023, 1955 (Rn. 32) zu § 1 AnfG

Rn. 32: „Nur die **Weggabe wertloser Gegenstände oder solcher, auf die eine Zugriffsmöglichkeit zum Zwecke der Verwertung nicht besteht**, kann das Vermögen des Schuldners **nicht zum Nachteil der Gläubiger** verkürzen (...). Die Übertragung eines belasteten Grundstücks kann nur dann eine **Benachteiligung des Gläubigers** zur Folge haben, **wenn der in der Zwangsvollstreckung erzielbare Wert des Grundstücks die vorrangigen Belastungen und die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens übersteigt** (...). Die Frage, ob ein übertragenes Grundstück wertlos war, ist gegebenenfalls durch Einholung eines Sachverständigengutachtens zu klären, welches auf der Grundlage der gemäß § 195 Abs. 1 Satz 2 BauGB zur amtlichen Kaufpreissammlung mitgeteilten Zuschlagsbeschlüsse das voraussichtliche Zwangsversteigerungsergebnis – und nicht den Verkehrswert bei einem freihändigen Verkauf – feststellt (...). In aller Regel kann ausgeschlossen werden, dass in der Zwangsversteigerung ein höherer Wert als der Verkehrswert erzielt wird (...).

2. Fehlende (mittelbare) Gläubigerbenachteiligung

e) 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 b) - d)
- 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. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers
- VII. Zusammenfassende Thesen
- VIII. Literaturauswahl

V. Problemfall 1: Weggabe unpfändbarer Gegenstände

- Fälle: Zahlung aus insolvenzfremem 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. 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
- krit. *Karsten Schmidt*, in Karsten Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 129 Rn. 52

- 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. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers
- VII. Zusammenfassende Thesen
- VIII. Literaturauswahl

1. Fallgestaltungen

- Gegenleistung des Empfängers im Anschluss an die Leistung des späteren Insolvenzschuldners
 - ⇒ umgekehrter Fall ist m.E. klar gläubigerbenachteiligend ⇒ Folie 11
- ❖ 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)
- 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 (*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.)
 - neue Lieferung nach Zahlung auf Altforderung (*Bitter*, KTS 2016, 455, 488 ff.)

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
- Richtig: BGH verlangt oft gar keinen Verbleib in der Masse, sondern geht von einer dauerhaften Kompensation aus (*Bitter*, ZIP vom 26.9.2025, Ziff. IV. 2.)
Fall 1: Sicherheitentausch (oben Folie 13)
⇒ keine Prüfung, ob die zurückgewährte Sicherheit jetzt noch im Schuldnervermögen vorhanden ist

2. Praktische Bedeutung

Fall 2: 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

2. Praktische Bedeutung

Fall 3: Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes durch den 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
- ❖ 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.“

2. Praktische Bedeutung

Fall 3: Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes durch den 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 InsO

⇒ vom Finanzamt erstatteter Betrag war nicht mehr vorhanden

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

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

a) Allgemeine Formulierungen in der Rechtsprechung

[*Bitter*, ZIP vom 26.9.2025, Ziff. IV. 3. a)]

❖ BGH v. 25.9.1952 – IV ZR 13/52

Leitsatz 1: „Der Umstand, daß eine die Konkursgläubiger benachteiligende Rechtshandlung in adäquatem ursächlichen Zusammenhang mit anderen Ereignissen der Konkursmasse auch **Vorteile** gebracht hat, **die jedoch keine Gegenleistung für die durch die Handlung bewirkte Vermögensminderung darstellen, vermag weder die Entstehung** des Anfechtungsrechts des Konkursverwalters zu hindern **noch den Inhalt oder Umfang des** auf Grund des Anfechtungsrechts nach § 37 KO entstehenden **Rückgewähranspruchs**, der nicht mit einem Anspruch auf Schadensersatz gleichbedeutend ist, **zu beeinflussen**.“

⇒ Umkehrschluss: Vorteile aus einer Gegenleistung sind bedeutsam

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

a) Allgemeine Formulierungen in der Rechtsprechung

- ❖ BGH v. 19.12.2002 – IX ZR 377/99, ZIP 2003, 488, 494 (juris-Rn. 41)
„... Sofern mit den Lastschriften auch Flugleistungen abgegolten worden sein sollten, die im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Rechtshandlungen von der Beklagten noch nicht erbracht worden waren, stünde dies der Annahme einer Gläubigerbenachteiligung nicht von vornherein entgegen. Wenn damit der Vorteil verbunden gewesen sein sollte, daß eine Inanspruchnahme der von der Gemeinschuldnerin bei dem Versicherer für die Durchführung der Charterflüge hinterlegten Beträge nicht erfolgte und diese Beträge somit der Masse zufließen konnten, so wäre zu prüfen, ob diese Zahlungszuflüsse eine Gegenleistung für die durch die angefochtenen Rechtshandlungen bewirkte Vermögensminderung darstellten. Eine Gläubigerbenachteiligung entfielen nur durch solche Vorteile (vgl. BGH, Urt. v. 25.9.1952 – IV ZR 13/52; ...).“
⇒ Vorteile aus einer Gegenleistung sind bedeutsam

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

b) Allgemeine Formulierungen in der Literatur

- ❖ Schäfer, in Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, Fallgruppenkommentar, 3. Aufl. 2017, Rn. B 329, ferner Rn. B 654 zur Beweislast
- ❖ Schäfer, Insolvenzanfechtung, 4. Aufl. 2013, Rn. 388 mit dem ausdrücklichen Hinweis, die engen zeitlichen Grenzen des § 142 InsO würden insoweit nicht gelten
- ❖ Huber, in Gottwald (Hrsg.), Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 46 Rn. 72
- ❖ Dauernheim in Wimmer (Hrsg.), FK-InsO, 9. Aufl. 2018, § 143 Rn. 24
- ❖ Jungclaus/Ch. Keller in Bornemann (Hrsg.), FK-InsO, 10. Aufl. 2025, § 129 Rn. 84 ff. (!!)
- ❖ siehe auch MünchKommInsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 129 Rn. 117 und Glatt, in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 10. Aufl. 2022, Kap. 9 Rn. 85 („angemessener Gegenwert“) mit dem Hinweis, dann komme aber eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung in Betracht
- ❖ vgl. auch MünchKommInsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 142 Rn. 1 f.

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

c) Vergleich mit dem Aktivtausch bei § 64 GmbHG a.F. (jetzt § 15b InsO)

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.

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

d) Wertende Betrachtung

❖ *Schultz*, ZIP 2023, 1665, 1671 f.

- keine Vergleichbarkeit mit der **Ablösung eines anfechtungsfesten Absonderungsrechts** (oben Folie 13); **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 24 f.) 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 14).

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

d) Wertende Betrachtung

❖ Eigene Ansicht [*Bitter*, ZIP vom 26.9.2025, 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 (insolvenzfestе 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

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

e) 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.)

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

e) 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.“

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

e) 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. ...“

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

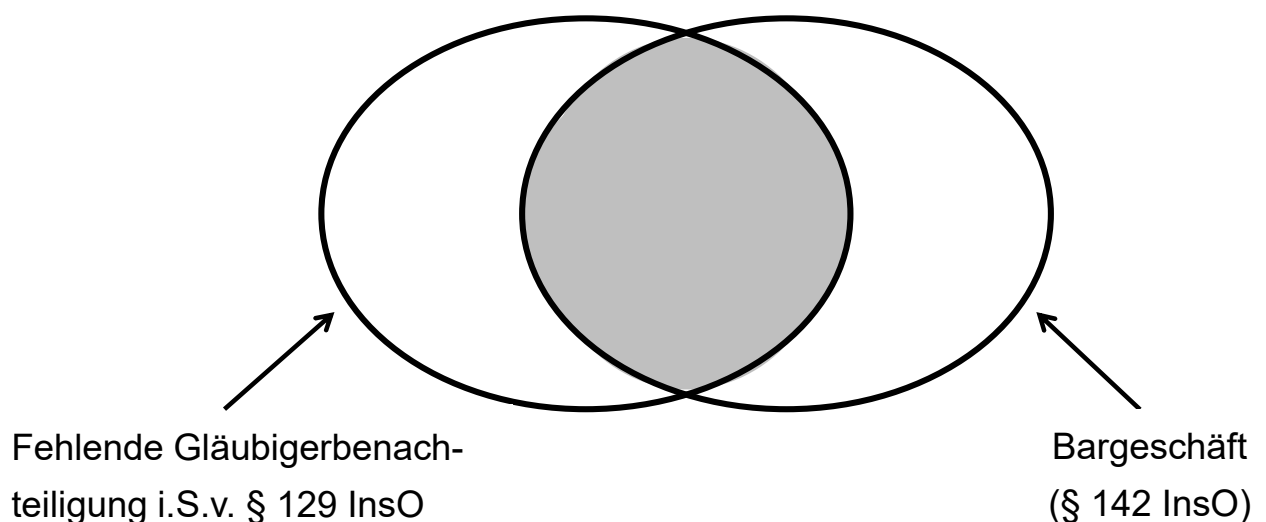
e) Abgrenzung zu anderen Rechtsgrundsätzen

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

- ⇒ 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.

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

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



3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

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

Das Eingreifen des Bargeschäftsprivilegs (§ 142 InsO) enthebt von zweierlei:

- erstens von dem Erfordernis, dass der der Masse zugeflossene Vorteil kausal auf dem Nachteil beruht (= Unerheblichkeit der Reihenfolge von Leistung und Gegenleistung) und
- zweitens von der – nach h.M. bestehenden, jedoch in Zweifel zu ziehenden (Folien 38 ff.) – Notwendigkeit, dass die Gegenleistung noch (bereichernd) in der Masse vorhanden ist.

In beiderlei Hinsicht kann das Bargeschäftsprivileg trotz (mittelbarer) Gläubigerbenachteiligung eingreifen.

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

g) nicht mehr vorhandene Gegenleistung (*Bitter*, KTS 2016, 455, 491 ff., 501 ff.)

❖ Irrelevanz nach mehreren Rechtsprechungslinien des IX. Senats:

- Sicherheitentausch (Folien 13, 22) ⇒ keine Prüfung, ob die zurückgewährte Sicherheit noch vorhanden ist
- Rückführung und neue Gewährung von Gesellschafterdarlehen (Folie 23) ⇒ neu gewährte Mittel sind in aller Regel ausgegeben
- Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes durch den Empfänger (Folien 24 f.) ⇒ keine Prüfung, ob der zurückgewährte Gegenstand (oft eine Zahlung) noch vorhanden ist

❖ *Bitter*, ZIP vom 26.9.2025, Ziff. IV. 2. + IV. 3. b) bb)

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

- g) nicht mehr vorhandene Gegenleistung (*Bitter*, KTS 2016, 455, 491 ff., 501 ff.)
- ❖ Irrelevanz nach der Rechtsprechung des II. Zivilsenats zu § 64 GmbHG a.F. = jetzt § 15b InsO (Folie 30)
 - ❖ zweifelhafte Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner, obwohl dieser – anders als der Insolvenzverschlepper – nicht pflichtwidrig und strafbar handelt
 - ❖ Gesetzgeber benutzt den Fall kollusiver Schädigung der (späteren) Insolvenzmasse fragwürdig als Argument für eine Anfechtbarkeit trotz gleichwertiger Gegenleistung (oben Folie 7 + b.w.)

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

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

g) nicht mehr vorhandene Gegenleistung

Beispielsfälle (*Bitter*, KTS 2016, 455, 503 ff.; zust. *Jungclaus/Ch. Keller* in Bornemann (Hrsg.), FK-InsO, 10. Aufl. 2025, § 129 Rn. 89; *Bitter*, ZIP vom 26.9.2025, Ziff. IV. 3. c); a.A. *Brinkmann*, ZRI 2022, 805 ff., insbes. S. 813)

- ❖ Der Insolvenzschuldner kauft beim Anfechtungsgegner ein Auto, das in einem vom Insolvenzschuldner verursachten Unfall zerstört wird.
- ❖ Der Insolvenzschuldner tauscht beim Anfechtungsgegner Euro gegen Dollar, die er anschließend verbraucht oder verliert.
- ❖ Der Insolvenzschuldner tauscht ein Fahrzeug A gegen ein Fahrzeug B, das anschließend in einem vom Insolvenzschuldner verursachten Unfall zerstört wird.

Frage: Soll der Anfechtungsgegner jeweils das Verlustrisiko tragen?

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

h) 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 vom 26.9.2025, Ziff. IV. 4.

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

h) 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 (...).“

3. Ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

h) 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 vom 26.9.2025)
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 vom 26.9.2025

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 vom 26.9.2025
- *Brinkmann*, Mittelbare und unmittelbare Gläubigerbenachteiligung, ZRI 2022, 805
- *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.

© 2025

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