

Prof. Dr. Georg Bitter

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Streitgespräch: Die mittelbare Gläubigerbenachteiligung im Praxistest

**Gleichlauf der Bewertung bei § 129 InsO
und § 64 GmbHG a.F., § 15b InsO?**

VID-Kongress am 6.11.2025

www.georg-bitter.de

Gesetzestext

§ 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

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

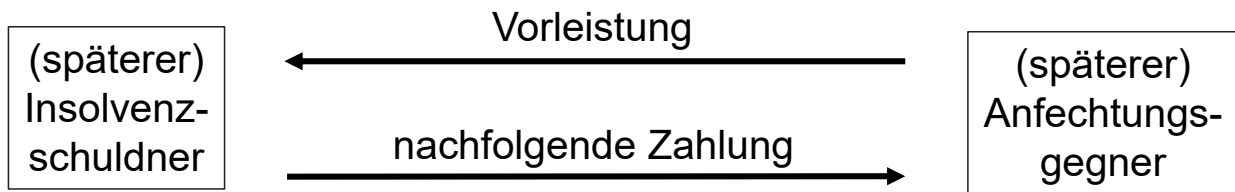
„Sofern der Entwurf nicht ausdrücklich eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger verlangt, genügt auch eine **mittelbare Beeinträchtigung**; diese ist gegeben, **wenn zwar die Rechtshandlung selbst noch keinen Nachteil für die Gläubiger bedeutet, wenn sie aber die Grundlagen für eine weitere, die 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)

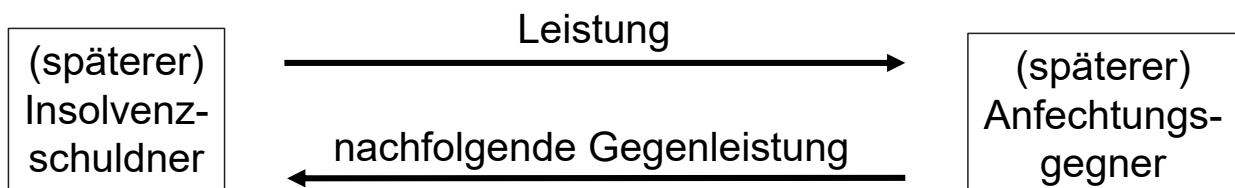
Definition in der Rechtsprechung

„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 (Rn. 39) m.w.N.
- ❖ BGH v. 8.2.2024 – IX ZR 194/22, ZIP 2024, 414 (Rn. 17)



- 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.



- Fall: Gegenleistung des Empfängers im Anschluss an die Leistung des späteren Insolvenzschnldners
- 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.“

Zuweisung des Verlustrisikos bei § 64 GmbHG a.F. (jetzt § 15b InsO)

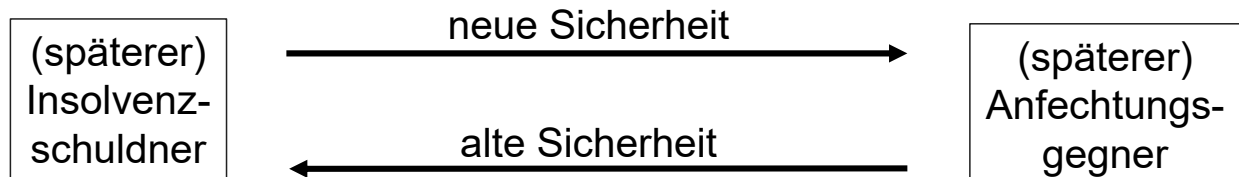
BGH v. 18.11.2014 – II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 = ZIP 2015, 71

1. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzzreife 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?

Fälle fehlender Zuordnung des Verlustrisikos zum Anfechtungsgegner

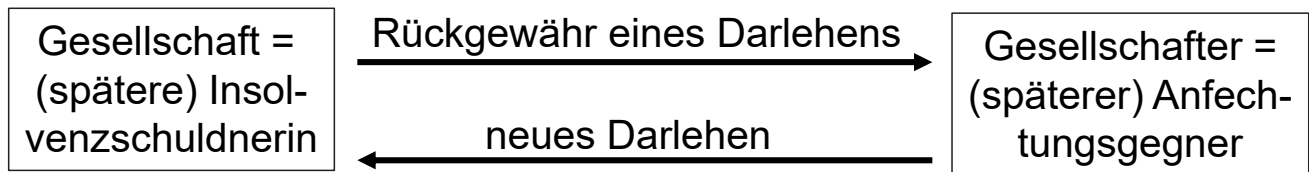
1. Sicherheitentausch



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

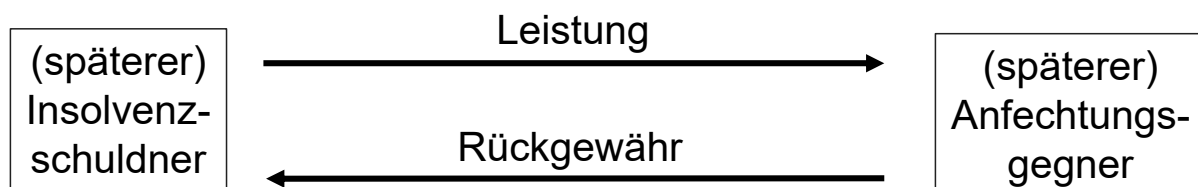
- objektive **Gläubigerbenachteiligung fehlt beim Sicherheitentausch** = wirksam und unanfechtbar bestellte Sicherheit wird durch eine gleichwertige andere Sicherheit ersetzt, ohne dass damit für das Schuldnervermögen ein zusätzlicher Rechtsverlust verbunden wäre
- keine Prüfung, ob der vom Anfechtungsgegner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

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
- ❖ 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.

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

3. Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes durch den 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.“

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 AO

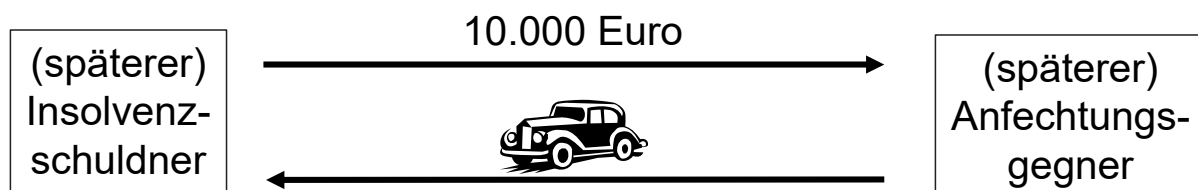
⇒ vom Finanzamt erstatteter Betrag war nicht mehr vorhanden

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

4. Übertragbarkeit auf die ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

Beispielsfälle (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 Insolvenzschnldner kauft beim Anfechtungsgegner ein Auto, das in einem vom Insolvenzschnldner verursachten Unfall zerstört wird.



4. Übertragbarkeit auf die ausgleichende Gegenleistung des Empfängers

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



4. Übertragbarkeit auf die 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



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

© 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