

RiBGH Prof. Dr. Markus Gehrlein

**Insolvenzanfechtungsrecht als
Auslegungshilfe bei den Tatbeständen der
Haftung für verbotene Zahlungen**

Vortrag beim 13. Mannheimer Insolvenzrechtstag
des ZIS am 23. Juni 2017

Publikation in ZHR 181 (2017), 482 ff.

I. Verhältnis der Zahlungsverbote (§ 64 GmbHG, pp) zum Insolvenzanfechtungsrecht (§§ 129 ff. InsO)

1. Schutzzweck der Regelungen

§ 64 GmbHG: Massesicherung zwecks ranggerechter und gleichmäßiger Befriedigung aller Gläubiger

§ 129 InsO: Wiederherstellung des Schuldnervermögens zwecks Gläubigergleichbehandlung

2. Gemeinsame Strukturen

a) Masseschmälernde Zahlungen (§ 64 GmbHG) – Gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen (§ 129 InsO)

b) Rechtsfolgen ⇒ b.w.

I. Verhältnis der Zahlungsverbote (§ 64 GmbHG, pp) zum Insolvenzanfechtungsrecht (§§ 129 ff. InsO)

2. Gemeinsame Strukturen

b) Rechtsfolgen

- Insolvenzanfechtung: Rückgewährschuldverhältnis bezogen auf die jeweilige Rechtshandlung (vgl. etwa BGH WM 2016, 427 Rn. 17)
- Zahlungsverbote: Einzelausgleich
 - Rechtsprechung: Erstattungsanspruch eigener Art, der auf Rückführung ausgezahlter Beträge gerichtet (vgl. etwa BGHZ 146, 264, 278 f.)
 - Schrifttum z.T.: Ersatz des Insolvenzverschleppungsschadens
 - Würdigung: Rechtsprechung entspricht am ehesten der Gesetzeslage

II. Anfechtungsrechtliche Grundbegriffe

1. Mittelbare Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO)

Vermehrung der Schuldenmasse bzw. Verkürzung der Aktivmasse bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung (BGH WM 2012, 1131 Rn. 21, 22)

Klassischer Fall: Verlust der Einnahme aus Verkauf vor Verfahrenseröffnung

2. Unmittelbare Gläubigerbenachteiligung (§ 132, § 133 Abs. 2 InsO)

Benachteiligung ohne weitere Umstände mit Vollendung der Rechtshandlung (BGH WM 2016, 1455 Rn. 17)

- Keine unmittelbare Benachteiligung bei Erhalt vollwertiger Gegenleistung
- Verlust der Gegenleistung bis Verfahrenseröffnung unschädlich (BGHZ 202, 59 Rn. 48)

II. Anfechtungsrechtliche Grundbegriffe

3. Bargeschäft (§ 142 InsO)

a) Voraussetzungen

- Vollwertiger Leistungsaustausch wie in Fällen fehlender unmittelbarer Benachteiligung (BGHZ 202, 59 Rn. 9)
- Zusätzliche Erfordernisse (BGHZ 204, 83 Rn. 71):
 - Leistungsaustausch beruht auf Vertrag
 - Beschleunigter, innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs verwirklichter Austausch

b) Rechtsfolge

Keine Anfechtung nach § 130 InsO, auch nicht nach § 133 Abs. 1 InsO

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

1. Forderungstilgung nach Erhalt einer Gegenleistung

- Bloß mittelbare Gläubigerbenachteiligung bzw. Masseverkürzung infolge der an den Schuldner erbrachten Gegenleistung
- Einstufung des IX. Zivilsenats: § 64 GmbHG erfordert unmittelbare Benachteiligung (BGH WM 2008, 842 Rn. 4)
- Keine ausdrückliche Stellungnahme des II. Zivilsenats: Zahlungen der Gesellschaft zwecks Vergütung einer Vorleistung als lediglich mittelbare Gläubigerbenachteiligung der Regelung des § 64 GmbHG unterworfen
- Mittelbare Benachteiligung genügt mangels anderweitiger ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung
- Lediglich § 64 Satz 3 GmbHG fordert unmittelbare Benachteiligung (BGHZ 195, 42 Rn. 7)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

2. Berücksichtigung von Gegenleistungen

a) Neuere Rechtsprechung des II. Zivilsenats (BGHZ 203, 218 Rn. 9 ff.)

- Notwendigkeit wirtschaftlicher Zuordnung von Leistung und Gegenleistung
- Beachtlichkeit bei unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang
- Ausgleichende Gegenleistung muss nicht bis Verfahrenseröffnung erhalten bleiben (Inanspruchnahme eines Kontokorrents)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

2. Berücksichtigung von Gegenleistungen

b) Anforderungen entsprechen in gewissem Grade Bargeschäft (§ 142 InsO)

- Notwendigkeit einer wirtschaftlichen Zuordnung bei Vertrag gegeben

Austausch in Dreiecksbeziehung kann genügen:

- Leistungen unter Einsatz eines Leistungsmittlers sind grundsätzlich inkongruent
- Allerdings kann dreiseitiges Zuwendungsverhältnis wirksam von den Beteiligten vereinbart werden
- Vertragsabrede muss vor Beginn des Leistungsaustauschs getroffen werden (BGHZ 208, 243 Rn. 20)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

2. Berücksichtigung von Gegenleistungen

b) Anforderungen entsprechen in gewissem Grade Bargeschäft (§ 142 InsO)

- Unmittelbarer Zusammenhang
 - Wahrung des zeitlichen Zusammenhangs entsprechend § 286 Abs. 3 BGB bei Leistungsaustausch in 30 Tagen (BGHZ 202, 59 Rn. 31 ff.)
 - Leistung des Schuldners nach Eintritt der Krise (§ 130 InsO, § 64 GmbHG)
 - Gegenleistung kann vor oder nach Beginn der Krise erbracht werden (BGH WM 1984, 1430)
 - Ohne Bedeutung, welcher Teil vorleistet (BGHZ 150, 122, 131)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

2. Berücksichtigung von Gegenleistungen

b) Anforderungen entsprechen in gewissem Grade Bargeschäft (§ 142 InsO)

- Wertäquivalenz
 - Zeitpunkt des Leistungsaustauschs entscheidend; späterer Wertverlust oder Unverkäuflichkeit ist bedeutungslos; gleiches gilt für Diebstahl
 - Angemessene Lohn- und Mietzahlungen genießen unabhängig von Wertschöpfung Bargeschäftsprivileg
 - Ausgaben für Geschäftsessen oder Luxusfahrzeug als Baraustausch
 - Nützlichkeit des Geschäfts nur bei § 133 Abs. 1 InsO gefordert (BGH, WM 2015, 591 Rn. 24 f)
 - Mögliche Ersatzansprüche aus § 43 GmbHG bei zweckwidriger Verwendung von Gesellschaftsmitteln

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

3. Zahlungen der Gesellschaft von debitorischem Konto

- a) Einordnung des II. Zivilsenats: Keine Masseverkürzung wegen bloßen Gläubigertauschs; Bank rückt an Stelle des befriedigten Gläubigers (BGHZ 143, 184, 187 f.)
- b) Einordnung des IX. Zivilsenats: Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) ist gegeben (BGHZ 182, 317 Rn. 14 f.)
 - Im Deckungsverhältnis wird Darlehen in Anspruch genommen
 - Im Valutaverhältnis wird Verbindlichkeit getilgt
 - Verbrauchte Darlehensmittel stehen Gläubigergesamtheit nicht mehr zur Befriedigung offen

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

4. Zahlungseinzug auf debitorisches Konto

Übereinstimmende Würdigung beider Senate: Masseverkürzung (BGHZ 206, 52 Rn. 16) und Gläubigerbenachteiligung (BGHZ 150, 122, 125 f.) eingetreten

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

5. Ein- und Ausgänge bei debitorischem Konto

a) Auffassung des II. Zivilsenats

- Masseschmälerung von Eingängen auf debitorisches Konto durch nachfolgende Überweisungen nicht ausgeglichen (BGHZ 206, 52 Rn. 32)
- Ausnahmsweise Kompensation des Zahlungsausgangs bei Sicherung für Masse (BGHZ 206, 52 Rn. 33)

b) Auffassung des IX. Zivilsenats

Bargeschäftseinwand bei Zahlungen auf debitorisches Konto und nachfolgenden Überweisungen: Gläubigerbenachteiligung in Höhe der tatsächlichen Kreditrückführung (BGHZ 150, 122, 129)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

5. Ein- und Ausgänge bei debitorischem Konto

c) Ähnliche Ergebnisse trotz unterschiedlicher Ansätze

- II. Zivilsenat: Summe der Eingänge auf debitorischem Konto als Masseverkürzung
- IX. Zivilsenat: Gläubigerbenachteiligung in Höhe der Eingänge auf debitorischem Konto abzüglich der bargeschäftlichen Ausgänge; Überweisungen sind aber gegenüber Empfängern selbständig anfechtbar (BGHZ 150, 122, 132)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

5. Ein- und Ausgänge bei debitorischem Konto

d) Beispielsfall

Tägliche Barzahlungen des Geschäftsführers einer überschuldeten Supermarkt-GmbH von 10.000 € auf debitorisches Konto verbunden mit anschließenden Überweisungen an Lieferanten und Arbeitnehmer

Lösung auf der Grundlage der Rechtsprechung des IX. Zivilsenats unter Berücksichtigung des Bargeschäftsprivilegs:

- Zahlungen auf debitorisches Konto unterliegen nicht der Anfechtung, soweit Bank nachfolgend bargeschäftlich Überweisungen gestattet
- Überweisungen an Lieferanten und Arbeitnehmer unterliegen ebenfalls nicht der Anfechtung, soweit sie durch bargeschäftliche Gegenleistungen kompensiert werden

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

6. Zahlungen auf Absonderungsrechte

- a) Keine Gläubigerbenachteiligung und Masseverkürzung bei Zahlungen auf anfechtungsfest gewährte Sicherungen (BGH WM 2009, 812 Rn. 13)
- b) Sicherungszession ist beachtlich, wenn vor Eintritt der Insolvenzreife Abtretung erfolgte und abgetretene Forderung werthaltig entstanden war (BGHZ 206, 52 Rn. 12 ff.)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

7. Durchleitungsfälle

Sachverhalt: insolvente Muttergesellschaft überlässt Gelder ihrer ebenfalls insolventen Tochtergesellschaft, welche die Mittel weisungsgemäß einem Gläubiger der Muttergesellschaft zuwendet

a) Ansicht des II. Zivilsenats

- Geschäftsführer der Tochtergesellschaft hat Masseverkürzung veranlasst, weil Mittel in Vermögen der Tochtergesellschaft übergegangen (WM 2008, 1227 Rn. 10)
- Masseneutralität bei Einrichtung von Treuhandkonto (BGH WM 2008, 1227 Rn. 11)
- Keine Haftung nach § 64 Satz 2 GmbHG, weil Geschäftsführer Treuebindung unterlag (BGH WM 2008, 1227 Rn. 12)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

7. Durchleitungsfälle

b) Ansicht des IX. Zivilsenats

Gläubigerbenachteiligung ist gegeben, wenn Leistungsmittler in sein eigenes Vermögen übergegangene Werte einem Dritten zuwendet (BGHZ 174, 228 Rn. 19)

- #### c) Tendenzen des Schrifttums zur Freistellung der Geschäftsführer offenbaren bemerkenswerte Unbekümmertheit im Umgang mit Massesicherungspflicht
- Infolge eines Kontoversehens erfolgte rechtsgrundlose Überweisungen werden Bestandteil der Masse (BGH WM 2015, 733 Rn. 8 ff.; OLG Hamm, ZInsO 2011, 2043; OLG Jena, ZIP 1999, 2026 ff.)

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

7. Durchleitungsfälle

- c) Tendenzen des Schrifttums zur Freistellung der Geschäftsführer offenbaren bemerkenswerte Unbekümmertheit im Umgang mit Massesicherungspflicht
 - Abfluss von Vermögen eines Leistungsmittlers löst Gläubigerbenachteiligung aus: Erwerb eines Grundstücks mit Mitteln des Vaters durch insolvente Mutter und Weiterübereignung an Enkel/Söhne; zufälligerweise keine Gläubigerbenachteiligung wegen Direkterwerb der Söhne von Voreigentümer kraft Ausübung einer Auflassungsvollmacht durch Mutter
 - Deswegen werden Zahlungen insolventer Gesellschaften innerhalb eines Konzernverbands von § 64 GmbHG erfasst; Massekürzung kann durch Zahlungsrückfluss beseitigt werden

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

8. Beseitigung von Masseverkürzung und Gläubigerbenachteiligung

Masseverkürzung (BGHZ 206, 52 Rn. 30) und Gläubigerbenachteiligung (BGH WM 2015, 1996 Rn. 15) können nachträglich beseitigt werden

- Abhebung von Konto zugunsten Barkasse
- Wiedereinzahlung abgehobener Gelder
- Überweisung von kreditorischem auf anderes kreditorisches Konto
- Überweisung von kreditorischem auf debitorisches Konto dürfte wegen Befriedigung der Empfängerbank Masseverkürzung auslösen
- Hier ist mitunter fraglich, ob Masseverkürzung bereits eingetreten war

III. Anwendung der Zahlungsverbote in der Praxis

9. Keine Ansprüche bei ausreichender Masse

- Es käme zu einer nicht gerechtfertigten Massebereicherung, wenn Ansprüche aus Anfechtung und wegen verbotener Zahlungen trotz ausreichender Masse durchgreifen würden
- Insolvenzanfechtung: Anfechtungsgegner kann sich darauf berufen, dass es Anfechtung nicht bedarf, weil Vermögen des Schuldners alle Verbindlichkeiten deckt (BGHZ 200, 210 Rn. 20)
- Zahlungsverbote: Geschäftsführer steht ebenso Gegenbeweis offen, dass zurückverlangte Zahlung zur Gesamtbefriedigung der Gläubiger nicht benötigt (BGHZ 131, 325, 330)

© 2017

Prof. Dr. Markus Gehrlein

Honorarprofessor an der Universität Mannheim



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