

*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](http://www.zis.uni-mannheim.de)