

**Universität Mannheim
Fakultät für Rechtswissenschaft**

Vorlesung Insolvenz und Sanierung

**VII. Insolvenzanfechtung
Frühjahrssemester 2021**

Diese Arbeitsunterlage ist unvollständig ohne den begleitenden mündlichen Vortrag.

Vortrag und Arbeitsunterlage sind urheberrechtlich geschützt.

Rechtsanwalt Prof. Dr. Georg Streit, München

Insolvenzanfechtung, §§ 129 ff. InsO, Hintergrund und Ziel

→ **Hintergrund** des Anfechtungsrechts:

- Im **Vorfeld der Insolvenzeröffnung** erfolgen häufig **Transaktionen** (des Schuldners), welche zugunsten einzelner Gläubiger oder Dritter (oft nahestehender Personen) die Masse schmälern.
- Hiergegen **schützt das Insolvenzanfechtungsrecht** für die Zeit bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§ 129 Abs. 1 InsO: „...vor der Eröffnung vorgenommen...“).
- **Nach der Insolvenzeröffnung** schützen dagegen die **§§ 81, 82 InsO** (Verfügungen des Schuldners), §§ 87, 89, 91 InsO (Maßnahmen von Insolvenzgläubigern), für Ausnahmefälle vgl. § 147 InsO.

→ Das Anfechtungsrecht entstammt dem **römischen Recht**, (heute sog.) Actio Pauliana, Digesten 42,8.

→ **Zielrichtung** des Anfechtungsrechts ist die **Gleichbehandlung aller Gläubiger** („par condicio omnium creditorum“, Digesten 42,8,6,7 (Satz 2)).

Insolvenzanfechtung: Abgrenzung

- Neben der Anfechtung im Insolvenzverfahren gibt es auch die **Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz**. Diese schützt im Gegensatz zum Insolvenzanfechtungsrecht nicht die Gläubigergesamtheit, sondern den *einzelnen* Gläubiger, der die **Einzelzwangsvollstreckung** betreibt, vor vollstreckungshindernden Maßnahmen des Schuldners.
- Die Insolvenzanfechtung ist auch abzugrenzen von der **Anfechtung von Willenserklärungen** nach §§ 119 ff. BGB, die auf die Beseitigung von Rechtsgeschäften gerichtet ist.
- Anfechtungsnormen sind **keine Verbotsgesetze** (§ 134 BGB), begründen per se **keine Sittenwidrigkeit** (§ 138 BGB) der erfassten Transaktionen und **keine Deliktshaftung**.

Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung, § 129 InsO (I)

- **Allgemeine Voraussetzungen jeder Anfechtbarkeit** sind nach der Grundnorm des § 129 InsO (die selbst kein Anfechtungstatbestand ist) das Vorliegen von:
 1. einer **Rechtshandlung** und
 2. deren **Nachteilhaftigkeit für die Insolvenzgläubiger**.

Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung, § 129 InsO (II)

1. Rechtshandlung:

- Jedes **Handeln mit rechtlicher Wirkung**, nicht nur Rechtsgeschäfte.
- Zahlungen.
- Sicherheitenbestellungen.
- Willenserklärungen.
- Gesellschafterbeschlüsse.
- Geschäftsähnliche Handlungen.
- Die Folgen müssen nicht stets gewollt sein.
- Unterlassen steht aktivem Tun gleich, § 129 Abs. 2 InsO, z.B. Unterlassung der Einlegung von Rechtsmitteln gegen gerichtliche Entscheidungen oder Vollstreckungsmaßnahmen.

Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung, § 129 InsO (III)

1. Rechtshandlung (Forts.):

- Vornahme der **Handlung durch** den **Schuldner selbst** ist **nur ausnahmsweise erforderlich** (§§ 132 Abs. 1, 2; 133 Abs. 1, 2; 134 Abs. 1 InsO = Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen, Vorsatzanfechtung, „Schenkungsanfechtung“).
- Vornahme der **Rechtshandlung vor Eröffnung** des Insolvenzverfahrens (ausnahmsweise Anfechtung von Handlungen *nach* Eröffnung gemäß § 147 InsO: z.B. Beseitigung gemäß §§ 892, 893 BGB *nach* Eröffnung wirksam werdender Handlungen). Vornahmezeitpunkt: Regelmäßig rechtliche Wirksamkeit entscheidend, § 140 Abs. 1 InsO.

Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung, § 129 InsO (IV)

2. Gläubigerbenachteiligung:

- Erforderlich ist ein **objektiver Nachteil** für die **Insolvenzgläubiger** in ihrer Gesamtheit (**Verkürzung**, Verminderung, Vereitelung, Erschwerung, Gefährdung oder Verzögerung der **Befriedigung**).
- Mindestens **mittelbare Gläubigerbenachteiligung**. Nachteilseintritt muss nicht direkt mit Rechtshandlung erfolgen, Vorliegen bei letzter mündlicher Verhandlung über Anfechtungsanspruch genügt.
- Beispiel: Ausreichend grundschuldbesicherte Darlehensgewährung an Insolvenzschuldner mit „Verflüchtigung“ der Valuta kurz vor Verfahrenseröffnung, zunächst Geld gegen besicherten Rückzahlungsanspruch → Kein unmittelbarer Nachteil für Gläubiger bei Vertragsschluss/Sicherheitengewährung gegen Valutierung, aber bei Eröffnung liegt Nachteil vor: Drohende Grundstücksversteigerung, Insolvenzforderung für den Ausfall, Valuta als Gegenwert für diese Belastung nicht mehr vorhanden.

Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung, § 129 InsO (V)

2. Gläubigerbenachteiligung (Forts.):

- **Ausnahme:** §§ 132, 133 Abs. 4 InsO, vgl. auch § 134 InsO:
 - **Unmittelbarer Nachteil** erforderlich (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen, unmittelbar nachteilige entgeltliche Verträge mit „Nahestehenden“, „Schenkungsanfechtung“).
- Beispiele: Verkauf von Gegenständen unter Marktwert, § 132 Abs. 1 InsO / § 133 Abs. 4 InsO, Wegschenken von Vermögenswerten, § 134 InsO.

Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung, § 129 InsO (VI)

2. Gläubigerbenachteiligung (Forts.):

- Zur Ermittlung, ob ein Nachteil vorliegt, ist stets zu fragen: **Hätte sich die Befriedigung der Insolvenzgläubiger günstiger gestaltet, wenn die (anfechtbare) Handlung unterblieben wäre?**

Die Frage ist nach **wirtschaftlichen Gesichtspunkten** zu beantworten.

- **Keine Nachteiligkeit (Anfechtbarkeit) bei:**
 - Weggabe von **wertlosen Gegenständen**.
 - **Quote von 100 %** auch für nachrangige Gläubiger (§ 39 InsO).
 - Herausgabe von Treugut, **Aussonderungsgut** oder dessen Ablösung.
 - Herausgabe von voll belastetem Aussonderungsgut. Entgangene Kostenbeiträge sind kein Nachteil gem. §§ 129 ff. InsO (BGH, Urt. v. 20.11.2003 – IX ZR 259/02, ZInsO 2003, 1137, str).
- Eine **Vorteilsausgleichung** soll **nicht** stattfinden (K. Schmidt, InsO, § 129 Rn. 47).

Voraussetzungen der Insolvenzanfechtung, § 129 InsO (VII)

2. Gläubigerbenachteiligung (Forts.):

- Eine zunächst eingetretene Gläubigerbenachteiligung kann wieder ausgeglichen werden durch Rückgewähr des zuvor anfechtbar erlangten Gegenstands an die (künftige) Insolvenzschuldnerin und damit der ursprüngliche Vertrag „wieder hergestellt“ wird (BGH, Urt. v. 21.11.2019 – IX 223/18). Keine Kompensation ist die Zuführung von zuvor entnommenen Geldern aufgrund eines anderen Rechtsgrunds (BGH, Urt. v. 02.05.2019 – IX 67/18: Rückzahlung eines Gesellschafterdarlehens mit anschließender Einlage des Geldbetrags als Kommanditanteil).

Bargeschäft gem. § 142 InsO (I)

Hintergrund: Auch der direkte **Austausch gleichwertiger Leistungen kann** (bei getrennter Betrachtung von Kausal- und Erfüllungsgeschäft bzw. der Erfüllungsgeschäfte beider Seiten) **grundsätzlich als nachteilige Rechtshandlung angesehen werden:**

- Bei jedem durchgeführten gegenseitigen Vertrag gibt der spätere Insolvenzschuldner („begriffsjuristisch“) etwas weg, was ohne die Transaktion in der Masse sein könnte.
- Käme man hier durch Trennung von Leistung und Gegenleistung mangels Vorteilsausgleichung zu einem Nachteil im Sinne des § 129 InsO und so zu einer Anfechtbarkeit, wäre der Schuldner in der Krise praktisch von allen Geschäften ausgeschlossen, was nicht gewollt und nicht vom Schutzzweck umfasst ist (§§ 129 ff. InsO sollen nicht zu einer Bereicherung der Masse führen).
- **Bargeschäfte stellen keine Benachteiligung** der Insolvenzgläubiger dar. Leistung und Gegenleistung bleiben für die Beurteilung der Nachteiligkeit verknüpft (bzw. insoweit greift eben doch Vorteilsausgleichung ein): *„Die Benachteiligung durch die Leistung des Schuldners bleibt hier außer Betracht, da sie durch die Gegenleistung wieder ausgeglichen wird“* (Uhlenbruck § 142 Rz. 3; RG, Urt. v. 28.09.1920 – VII 93/20, RGZ 100, 62, 64; BGH, Urt. v. 30.09.1993 – IX ZR 227/92, ZIP 1993, 1653).

Bargeschäft gem. § 142 InsO (II)

Voraussetzung von Bargeschäften gem. § 142 InsO:

- **Verknüpfung** von Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung (Wortlaut: „...für die ...“).
 - → Kein Bargeschäft bei abweichender Leistung ohne vorherige Änderung der Parteivereinbarung (BGH, Urt. v. 30.04.1992 – IX ZR 176/91, ZIP 1992, 778, 780).
- **Gleichwertigkeit** von Leistung und Gegenleistung.
 - „Klassiker“: Ausgewogener Kaufvertrag, z.B. aber auch bei Sanierungs-Darlehen gegen angemessene Sicherheit. Kein Bargeschäft dagegen bei deutlicher Übersicherung.
- Weitere Voraussetzung für die Anfechtbarkeit: *„und der andere Teil erkannt hat, dass der Schuldner **unlauter** handelte“* (§ 142 Abs. 1 InsO).

Bargeschäft gem. § 142 InsO (III)

Voraussetzung von Bargeschäften gem. § 142 InsO (Forts.):

- **Unmittelbar:**
 - § 142 Abs. 2 S. 2 InsO: Der Austausch von Leistung und Gegenleistung ist unmittelbar, wenn er nach Art der ausgetauschten Leistungen und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs **in einem engen zeitlichen Zusammenhang** erfolgt.
 - Länge der zeitlichen Differenz v.a. abhängig von der Art des Geschäfts, regelmäßig ein bis zwei Wochen, bei Beraterleistungen auch bis zu 30 Tage zwischen Zahlung und Erbringung der Beratungsleistung.
 - **Nicht** maßgeblich: Zeitliche Differenz zwischen **Fälligkeit** und vollständigem Leistungsaustausch.
 - **Bei Lohnzahlungen:** Max. 3 Monate zwischen Arbeitsleistung und Gewährung des Arbeitsentgelts (§ 142 Abs. 2 S. 2 InsO).
- Anfechtungsfestigkeit der Zahlung von **Arbeitsentgelt durch einen Dritten**, wenn für den Arbeitnehmer nicht erkennbar war, dass ein Dritter gezahlt hat (§ 142 Abs. 2 S. 3 InsO).

Bargeschäft gem. § 142 InsO (IV)

- **Einschränkung des Bargeschäftsprivilegs:**
 - § 142 InsO greift nicht bei **Vorsatzanfechtungen** (§ 133 InsO) und Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Unlauterkeit der Schuldnerhandlung.
 - Eine **bargeschäftsähnliche Lage** ist im Rahmen der Vorsatzanfechtung ein **Indiz** gegen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und Kenntnis hiervon. Es bleibt aber **Gesamtwürdigung** durch das Gericht.
 - Das Bargeschäftsprivileg gilt nicht bei der Anfechtung der Besicherung eines Gesellschafterdarlehens (BGH, Urt. v. 14.02.2019 – IX ZR 149/16).
- Die h.M. will auch bei **Inkongruenzanfechtungen** § 142 InsO verneinen (Uhlenbruck, § 142 Rn. 4), wohl zu Recht, da dann eine Abweichung von Parteivereinbarung vorliegt.
- **Bargeschäftsprivileg kann auch bei Rückzahlung von Gesellschafterdarlehen greifen**, wenn der Darlehensgläubiger eine gleichwertige Sicherheit aufgibt (OLG Karlsruhe, Urt. v. 08.03.2018 – 9 U 67/16), und damit die Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausschließen.

Bargeschäft gem. § 142 InsO (V)

- **Vorsicht:** Ins Visier von Insolvenzverwaltern und Rechtsprechung geraten zunehmend auch die Zahlungen an **Sanierungsberater** (BGH, Urt. v. 06.12.2007 – IX ZR 113/06, ZInsO 2008, 101 ff.: Im Einzelfall kein Bargeschäft gem. § 142 InsO bei Zahlung für Erstellung des Eröffnungsantrags/Insolvenzplanes; BGH, Urt. v. 15.11.2012 – IX ZR 205/11, NJW 2013, 694 ff.: Steuerberater als nahestehende Person).
- Wichtig bei Sanierungsberatung: **Honorar-Vorschussrechnung** in Höhe der wertäquivalenten Vergütung **für die nächsten (max.) 30 Tage**, Bezahlung, (z.B. anwaltliche) Tätigkeit und Abrechnung über die Tätigkeit nebst Vorschussverrechnung müssen innerhalb eines Zeitraums von (max.) 30 Tagen liegen (BGH, Urt. v. 13.04.2006 – IX ZR 158/05, ZInsO 2006, 712; BGH, Urt. v. 06.12.2007 – IX ZR 113/06, NJW 2008, 659).

Insolvenzanfechtung bei Gläubigervollstreckung

- **Rechtshandlungen von Gläubigern** sind insbesondere auch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen. Das Vorliegen eines wirksamen **Vollstreckungstitels** steht der **Anfechtbarkeit** der Vollstreckungsmaßnahmen **nicht entgegen**, vgl. § 141 InsO.
- Durch **Zwangsvollstreckungsmaßnahmen** erlangte Sicherungen (Pfändungspfandrecht) an zur Insolvenzmasse gehörendem Schuldnervermögen (bewegl. und unbewegl., auch, soweit im Ausland belegen) im letzten Monat vor Eröffnungsantrag werden bereits durch **§ 88 InsO (Rückschlagsperre)** erfasst.
- Dies gilt auch, wenn sich der Gläubiger den Titel selbst schaffen kann (**Verwaltungsvollstreckung** bei Verwaltungsakt/Bescheid, insbesondere also Vollstreckung der Finanzämter) und auch für Vollstreckung im einstweiligen Rechtsschutz.
- **Keine Rechtshandlung** des Schuldners bei gänzlich fehlender Mitwirkung des Schuldners.
- **Einzelzwangsvollstreckung:**
 - **Regelmäßig inkongruent gem. § 131 InsO** und damit vergleichsweise leicht anfechtbar (st. Rspr. BGH, Urt. v. 23.03.2006 – IX ZR 116/03, BGHZ 167, 11, ZIP 2006, 916), soweit nicht ohnehin schon § 88 InsO greift.

Insolvenzanfechtung: Zeitpunkt der Rechtshandlung

Zeitpunkt der Rechtshandlung (wichtig für Berechnung der Anfechtungsfristen):
Regelfall gem. § 140 Abs. 1 InsO ist **Zeitpunkt des Eintritts der rechtlichen Wirkungen**.

Eintritt der rechtlichen Wirkung in **Sonderfällen**:

- Bei **Grundstücken** kommt es gemäß § 140 Abs. 2 InsO nicht auf die Eintragung an, soweit die Willenserklärung des Schuldners bindend geworden und der Antrag des Vertragspartners auf Grundbucheintragung gestellt worden ist.
- **Bedingungen und Befristungen bleiben außer Betracht** (§ 140 Abs. 3 InsO)
→ sofortiger Anlauf der Frist für die Anfechtbarkeit, auf den späteren Zeitpunkt des Bedingungseintritts/Fristablaufs kommt es nicht an.
- Bei Anfechtung von **Globalzessionen/Vorauszessionen** kommt es nicht auf den Abtretungszeitpunkt, sondern auf den Zeitpunkt der Entstehung der jeweiligen Forderung an (BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – IX ZR 299/17; BGH, Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, ZInsO 2008, 91). Evtl. trotz lange zurückliegender Globalabtretung noch anfechtbare Forderungsübergänge. Allerdings nur Anfechtung gem. § 130 InsO, rgm. keine Inkongruenz (BGH, Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, ZInsO 2008, 91, str.).

Berechnung von Anfechtungsfristen, § 139 InsO

Alle nachfolgend zu behandelnden Anfechtungstatbestände sehen bestimmte materiellrechtliche Fristen (Ausschlussfristen, keine Verjährungsfristen) vor, innerhalb derer die die anzufechtende Handlung liegen muss:

- Die **Fristen** werden anhand des **Eingangs des ersten zulässigen Eröffnungsantrags** beim Insolvenzgericht berechnet (vgl. § 139 Abs. 2 InsO, mangels Masse abgewiesene Anträge bleiben ggf. relevant).
- Ein erster Insolvenzantrag ist nicht maßgeblich für die Berechnung der Anfechtungsfrist, wenn er nach dem Eingang des zur Verfahrenseröffnung führenden Antrags, aber noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für erledigt erklärt worden ist (LG Bonn, Urt. v. 11.02.2020 – 5 S 128/19).
- Gem. § 13 Abs. 2 InsO **zurückgenommene Eröffnungsanträge** bleiben **außer Betracht**.
- Es kommt für die Berechnung der Monats- und Jahresfristen auf den Tag an, dessen **Zahl dem Eingangstag entspricht**, vgl. § 139 Abs. 1 InsO.
- **Rückrechnung**, insoweit Unterschied zu § 222 Abs. 1 ZPO/BGB-Fristen, die über § 4 InsO auch im Insolvenzrecht gelten.

Beweislast

- Grundsätzlich muss der **Insolvenzverwalter darlegen und ggf. beweisen**, dass die Tatbestandsvoraussetzungen einer Anfechtung tatsächlich vorliegen.
- **Anders** ist die Beweislastverteilung **bei nahestehenden Personen** im Sinne des § 138 InsO (insb. Ehegatte, Lebenspartner, Verwandte in auf- und absteigender Linie, Personen in häuslicher Gemeinschaft; bei juristischen Personen/Gesellschaften: Organpersonen etc.).
- Bei nahestehenden Personen wird **Kenntnis** von der **Benachteiligung** anderer Insolvenzgläubiger **bzw.** der **finanziellen Krise** des Schuldners **vermutet** (vgl. §§ 130 Abs. 3, 131 Abs. 2 S. 2, 132 Abs. 3, 137 Abs. 2 S. 2 InsO, siehe auch § 133 Abs. 4 a.E.).
- Soweit es auf die Kenntnis von Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags bzw. einer Gläubigerbenachteiligung ankommt, genügt teilweise bereits die **Kenntnis** der zugrundeliegenden „zwingenden“ **Umstände** (vgl. §§ 130 Abs. 2, 131 Abs. 2, 132 Abs. 3, 137 Abs. 2 S. 2 InsO).
- Beweislast des Anfechtungsgegners für den **Wegfall seiner Kenntnis** von der Zahlungsunfähigkeit aufgrund nachträglich eingetretener Umstände (BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14, ZIP 2016, 173).

Deckungsanfechtung, §§ 130, 131 InsO (I)

§§ 130, 131 InsO (ebenso wie § 132 InsO) sind **besondere** (nicht auch für die Einzelzwangsvollstreckung im AnfG enthaltene) **Anfechtungstatbestände**:

- **Kongruente Deckung, § 130 Abs. 1 InsO:**
 - Insolvenzgläubiger erhält **Sicherung oder Befriedigung** (= **Deckung**), die ihm in dieser Form und zu dieser Zeit gebührt (Anspruch auf genau dieses jetzt, ohne Auswahlrecht des Schuldners).
 - Insolvenzgläubiger hat dabei **Kenntnis** von gleichzeitig bestehender **Zahlungsunfähigkeit** des Schuldners (Frist: maximal **drei Monate** vor Eröffnungsantrag, daneben auch nach dem Eröffnungsantrag, wenn dieser oder die Zahlungsunfähigkeit dem Gläubiger bekannt war).

Deckungsanfechtung, §§ 130, 131 InsO (II)

- **Inkongruente Deckung, § 131 InsO:**
 - Insolvenzgläubiger erhält **Sicherung oder Befriedigung**, die er **nicht**, nicht in dieser Art oder nicht zu dieser Zeit **beanspruchen konnte** (Inkongruenz, solche Leistungen des Schuldners sind „per se verdächtig“).
 - Frist **1. Monat**: Anfechtbar **ohne weitere Voraussetzungen** (Abs. 1 Nr. 1).
 - Frist **2./3. Monat**: Zusätzl. Voraussetzung entweder Schuldner **zahlungsunfähig** bei Leistung (Abs. 1 Nr. 2) **oder Benachteiligungscharakter** dem empfangenden Gläubiger **bekannt** (Abs. 1 Nr. 3).

Deckungsanfechtung, §§ 130, 131 InsO (III)

- **Abgrenzung §§ 130/131 InsO:**
 - Schaffung von Kongruenz durch Vertrag kann inkongruent sein. Aber BGH, Urt. v. 17.12.2015 – IX ZR 287/14, ZIP 2016, 279: Eine in der kritischen Zeit geschlossene Kongruenzvereinbarung, die einen Baraustausch ermöglichen soll, kann als solche nicht Gegenstand der Deckungsanfechtung sein.
 - Geringfügige Abweichung der Leistung (Überweisung statt Barzahlung) bewirkt nicht die Inkongruenz. Ebenso kann es in Cash-Management-Systemen (Cash-Pool) bei Zahlungen durch eine andere Gesellschaft als der vertraglichen Schuldnerin eine nur geringfügige Abweichung liegen (BGH, Urt. v. 12.09.2019 – IX ZR 16/18).
 - Pfandrecht / Nachbesicherungsanspruch nach AGB-Banken immer inkongruent (kein Bezug auf bestimmte Sicherheiten, Auswahlrecht des Kreditnehmers).
- Praxisrelevant: BGH, Urt. v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, ZInsO 2008, 91 ff. zu Globalzession und Inkongruenzanfechtung (bankenfreundlich).

Anfechtungstatbestand gem. § 132 InsO (unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen)

- **Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen, § 132 Abs. 1 InsO.**
- **Rechtsgeschäfte** des **Schuldners** oder Aufgabe von Rechten (Abs. 2).
 - **Auffangtatbestand** (keine Deckungsanfechtung, Gegner kann Dritter sein).
 - Frist: Letzte **drei Monate** vor Eröffnungsantrag bzw. danach.
 - **Unmittelbare Benachteiligung** der Insolvenzgläubiger (Bsp.: Verkauf unter Wert).
 - **Zahlungsunfähigkeit** des Schuldners.
 - **Kenntnis** des Anfechtungsgegners hiervon (bzw. von dem Eröffnungsantrag).

Anfechtungstatbestand gem. § 133 InsO (vorsätzliche Benachteiligung) (I)

- **Vorsatzanfechtung, § 133 Abs. 1 InsO:**
 - **Rechtshandlung des Schuldners.**
 - **Frist:**
 - **Vier Jahre vor Eröffnungsantrag bei Deckungsanfechtung** (Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht), 133 Abs. 2 InsO (**gleich ob kongruente oder inkongruente Deckung**).
 - **Zehn Jahre vor Eröffnungsantrag**, soweit keine Deckungsanfechtung, sondern sonstige Rechtshandlungen wie etwa Vermögensverschiebungen (insoweit in Abs. 2 keine Änderung der Frist des § 133 Abs. 1 InsO).
 - **Mittelbarer Nachteil** für die Insolvenzgläubiger (§ 142 InsO nicht anwendbar).
 - Hierauf bezogener **Vorsatz** des **Schuldners**, **dolus eventualis ausreichend**.
 - **Kenntnis** des **Anfechtungsgegners** hiervon.

Anfechtungstatbestand gem. § 133 InsO (vorsätzliche Benachteiligung) (II)

- **Vorsatzanfechtung, § 133 Abs. 1 InsO (Forts.):**
 - Beweisbarkeit: **Objektive Beweisanzeichen.** Wichtigste Beweisanzeichen:
 - Bei **kongruenter** Deckung ist **Kenntnis der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit erforderlich** (§ 133 Abs. 3 S. 1 InsO; Minderung der indiziellen Wirkung einer erkannten Zahlungsunfähigkeit für den Benachteiligungsvorsatz im Einzelfall durch sonstige Umstände möglich, z.B. durch die berechtigte Annahme, dadurch eine Gegenleistung ins Vermögen zu veranlassen, vgl. BGH, Urt. v. 18.07.2019 – IX ZR 259/18);
 - Bei **inkongruenter** Deckung genügt **Kenntnis der drohenden Zahlungsunfähigkeit** (vgl. § 133 Abs. 1 S. 2 InsO).
 - **Inkongruente Deckung.** Die Stärke der Indizwirkung hängt von Art und Ausmaß der Inkongruenz ab. Inkongruenz als Beweisanzeichen nur bei zweifelhafter Liquiditätsslage.
 - **Unrentable Arbeitsweise** des Schuldners führt zu weiteren Verlusten (BGH, Beschl. v. 27.09.2018 – IX ZR 313/16).

Anfechtungstatbestand gem. § 133 InsO (vorsätzliche Benachteiligung) (III)

- **Vorsatzanfechtung, § 133 Abs. 1 InsO (Forts.):**
 - **Kein Beweisanzeichen** sind (seit Reform der Vorsatzanfechtung) Ratenzahlungsvereinbarungen oder sonstige Zahlungserleichterung:
 - Gesetzliche **Vermutung**, dass der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit **nicht** kannte (§ 133 Abs. 3 S. 2 InsO).
 - Insolvenzverwalter kann die **Vermutung entkräften**.

Anfechtungstatbestand gem. § 133 InsO (vorsätzliche Benachteiligung) (IV)

- **Vorsatzanfechtung, § 133 Abs. 1 InsO (Forts.):**
 - **Entkräftung / Widerlegung** der Beweisanzeichen ggf. möglich durch:
 - **Bargeschäftsähnliche Lage.**
 - **Ernsthaftes Sanierungskonzept**, Umsetzung begonnen (str.) (vgl. BGH, Urt. v. 12.05.2016 – IX ZR 65/16).
 - **Zeitlicher Abstand** zwischen Leistung und Eröffnungsantrag.
 - **Gesamtwürdigung** erforderlich.

Anfechtungstatbestand gem. § 133 InsO (vorsätzliche Benachteiligung) (V)

- **Verträge mit Nahestehenden** (§ 133 Abs. 4 InsO):
 - **Entgeltlicher unmittelbar nachteiliger Vertrag mit Nahestehenden.**
 - **Frist: Zwei Jahre.**
 - **Vorsatzerfordernis mit Beweislastumkehr** für die Vorsatzkenntnis des Anfechtungsgegners und die Frist („Rückdatierungen unter Verwandten“).

Anfechtungstatbestand gem. § 134 InsO (unentgeltliche Leistung)

- **Schenkungsanfechtung, unentgeltliche Leistungen, § 134 InsO:**
 - **Unentgeltliche Leistungen.**
 - **Frist: Vier Jahre.**
 - **Kein Vorsatzerfordernis.** Grund: unentgeltlicher Erwerb ist nicht zu Lasten der Insolvenzgläubiger schutzwürdig.
 - Erfasst sind **auch gemischte Schenkungen.**
 - Schenkungsanfechtung im **Drei-Personen-Verhältnis** besonders problematisch:
 - Bestimmung der Unentgeltlichkeit aus **Perspektive des Leistungsempfängers** (hat er ein Vermögensopfer erbracht, z.B. durch Verlust eines **werthaltigen** Anspruchs gegen den eigentlichen Schuldner (vgl. § 267 Abs. 2 BGB), bzw. Erbringung einer Leistung an einen Dritten).
 - Bei Doppelinsolvenz von Leistendem und Schuldner des Anfechtungsgegners grds. Vorrang der Deckungsanfechtung wegen mittelbarer Zuwendung.

Anfechtungstatbestand gem. § 135 InsO (Gesellschafterdarlehen) (I)

- **Gesellschafterdarlehen § 135 InsO:**
 - Anfechtbarkeit aller Deckungen (Befriedigung/Sicherung) für Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Forderungen,
 - für Gewährung von **Sicherungen in den letzten 10 (!) Jahren** (§ 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO),
 - für **Befriedigungen im letzten Jahr** vor Eröffnungsantragstellung (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO).
 - Anfechtbarkeit gegenüber Gesellschafter, soweit die Gesellschaft ein Darlehen oder eine gleichgestellte Forderung gegenüber einem Dritten zurückführt und der **Gesellschafter dadurch** aus einer von ihm gestellten Sicherheit oder Bürgschaft **frei wird** (vgl. § 135 Abs. 2 InsO).

Anfechtungstatbestand gem. § 135 InsO (Gesellschafterdarlehen) (II)

- Einem Gesellschafterdarlehen **stehen auch Forderungen eines Gesellschafters gleich**, die aus einem üblichen Austauschgeschäft herrühren und über einen Zeitraum von **mehr als drei Monaten rechtsgeschäftlich oder faktisch** zugunsten seiner Gesellschaft **gestundet** sind (BGH, Versurt. v. 11.07.2019 – IX ZR 210/18).
- Bei taggleichen Hin- und Herzahlungen (Cash-Pool/Cash-Management) kommt eine darlehensgleiche Forderung nur in Höhe des Saldos in Betracht (BGH, Urt. v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18).

Anfechtungstatbestand gem. § 135 InsO (Gesellschafterdarlehen) (III)

- **Gesellschafterdarlehen § 135 InsO (Forts.):**
 - Das **frühere Eigenkapitalersatzrecht gilt nicht mehr** (MoMiG, In Kraft getreten am 01.11.2008: **Insolvenzrechtliche Lösung**).
 - Eine **Krise ist keine Voraussetzung** für die Anfechtung der Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens (BGH, Beschl. v. 30.04.2015 – IX ZR 196/13, Rn. 5, ZInsO 2015, 1149).
 - „**Gesellschaftergleicher Dritter**“: Mittelbare Beteiligung muss **keine maßgebliche** sein, ausreichend ist Überschreiten der Kleinbeteiligungsschwelle von 10 % (vgl. OLG Hamm, Urt. v. 16.02.2017 – I-27 U 83/16, NZI 2017, 625).

Anfechtungstatbestand gem. § 135 InsO (Gesellschafterdarlehen) (IV)

- **Gesellschafterdarlehen § 135 InsO (Forts.): Durchsetzbarkeit unanfechtbar bestellter Sicherheiten des Gesellschafters in der Insolvenz streitig:**
 - **Argumente für Durchsetzbarkeit: Nachrang ist insolvenzrechtliche Verteilungsregel**, geänderte Rechtslage seit MoMiG, **begrenzte Finanzierungsentcheidung** bei Darlehensvergabe gegen Sicherheit, Undurchsetzbarkeit der Gesellschaftersicherheit nur bei Anfechtbarkeit, keine Gläubigerbenachteiligung bei unanfechtbarer Sicherheit, Sicherheiten nicht per se missbilligt (Bitter, ZIP 2013, 1497; ZIP 2013, 1998; BGH NJW 2008, 3064; HambKomm, § 135 Rn. 29; Uhlenbruck, § 135 Rn. 13, § 142 Rn. 9, § 35 Rn. 19; Thole, NZI 2013, 745, 746; Mylich, ZIP 2013, 2444; vgl. zur Frist Marotzke, ZInsO 2017, 2264).
 - **Argumente gegen Durchsetzbarkeit: Gesetzgeber will auch das besicherte Gesellschafterdarlehen subordinieren.** Gewährung von Gesellschafterdarlehen, die durch Gesellschaftsvermögen gesichert werden, führt nicht zu einer vorrangigen Befriedigung des Gesellschafters, weil der Gesellschafter sonst zu unangemessenen geschäftlichen Wagnissen neigt, deren negative Folgen die ungesicherten Gläubiger treffen (BGH ZInsO 2013, 1573; BGH ZInsO 2009, 530, 532 Rn. 17; Hölzle, ZIP 2013, 1992, 1997; Altmeyen, ZIP 2013, 1745, 1752).

Anfechtungstatbestand gem. § 135 InsO (Gesellschafterdarlehen) (V)

- **Bargeschäft als Verteidigungseinwand gegen eine Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO?**
 - Streitig: Teile der Literatur befürworten die Anwendbarkeit von § 142 InsO (z.B. Thole, ZHR 176 (2012), 513, 542 f; Bitter, ZIP 2013, 1497, 1503 ff. auch OLG Karlsruhe, Urt. v. 08.03.2018 – 9 U 67/16, NZI 2018, 938). Andere lehnen Anwendbarkeit ab (z.B. Hölzle, ZIP 2013, 1992; Gehrlein in Festschrift Kübler, 2015, S. 181, 185 f.; Köth, ZGR 2016, 541, 565 ff.; Haas, ZIP 2017, 545, 549).
 - Der BGH (Urt. v. 14.02.2019 – IX ZR 149/16) hat für die bis 2017 geltende Fassung (mit eingehender Begründung) entschieden:
 - § 142 InsO findet auf § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO keine Anwendung.
 - Gefahr, dass Gesellschafter den Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO umgehen. Gesellschafterdarlehen sollen dem Eigenkapital möglichst gleichstehen (Finanzierungsfolgenverantwortung).

Anfechtungstatbestand gem. § 136 InsO (Stille Gesellschaft)

- **Stille Gesellschaft, § 136 InsO:**
 - Anfechtung der vorzeitigen **Einlagenrückgewähr** (bzw. Sicherung) oder des **Erlasses** der **Verlustbeteiligung**, Frist: **ein Jahr** vor Eröffnungsantrag.
 - Voraussetzung jedoch, dass bei **Vereinbarung über Einlagenrückgewähr** bzw. Erlass der **Eröffnungsgrund** bereits **vorlag**, insoweit allerdings Beweislast bei „dem Stillen“, vgl. § 136 Abs. 2 InsO.
 - Aber: Hat ein Gesellschafter zusätzlich zu seiner Beteiligung als Gesellschafter eine (typische) stille Beteiligung übernommen, stellt der Anspruch auf **Rückgewähr der stillen Einlage** eine einem **Darlehen** gleichgestellte Forderung dar (BGH, Beschl. v. 23.11.2017 – IX ZR 218/16, NZG 2018, 109).

Geltendmachung der Anfechtung (I)

- Geltendmachung durch **Insolvenzverwalter**, § 129 InsO bzw. durch **Sachwalter**, § 280 InsO bei Eigenverwaltung (§§ 270 ff. InsO), im Verbraucherinsolvenzverfahren ausnahmsweise durch **Insolvenzgläubiger**, § 313 Abs. 2 InsO.
- **Kein Anfechtungsrecht des vorläufigen Insolvenzverwalters.**
- **Insolvenzanfechtungsansprüche sind abtretbar** (BGH, Urt. v. 17.02.2011 – IX ZR 91/10, ZInsO 2011, 1154; BGH, Urt. v. 10.01.2013 – IX ZR 172/11, ZInsO 2013, 441). Unwirksam wäre nur eine insolvenzzweckwidrige Abtretung (BGH, Urt. v. 12.09.2019 – IX 16/18, WM 2019, 1886).
- Im **Insolvenzplan** Vorbehalt sowie Rechtshängigkeit vor Verfahrensaufhebung erforderlich (vgl. § 259 Abs. 3 InsO).
- **Anspruchsverfolgung wie bei jedem zivilrechtlichen Anspruch.**

Geltendmachung der Anfechtung (II)

- **Rückgewähranspruch:** Der **Anfechtungsgegner** ist **verpflichtet**, dasjenige, was aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben wurde, zur Insolvenzmasse **zurück zu gewähren**, § 143 Abs. 1 InsO, bei unentgeltlicher Leistung jedoch beschränkt auf die Bereicherung (vgl. § 143 Abs. 2 InsO).
- Rückgewähr des anfechtbar aus der späteren Masse weggegebenen Gegenstands **in Natur**, bei Unmöglichkeit **Wertersatz, kein Vorteilsausgleichung** (Anfechtungsanspruch ist kein Schadensersatzanspruch).
- **Anfechtungszinsen: Ab Verzug oder Rechtshängigkeit** (§ 143 Abs. 1 Satz 3 InsO).
- Gegenrechte des Anfechtungsgegners:
 - **Wiederaufleben Forderung des Anfechtungsgegners lebt bei Rückgewähr** des anfechtbar geleisteten Gegenstands (vgl. § 144 Abs. 1 InsO), jedoch **nur bei tatsächlicher Rückgewähr** (OLG München, Urt. v. 26.10.2017 – 23 U 1547/17, ZInsO 2017, 2620).
 - Zum **Anspruch** des Anfechtungsgegners auf Rückgewähr seiner Gegenleistung vgl. § 144 Abs. 2 InsO.

Verjährung

- **Verjährungsfrist:** Regelmäßige Verjährung nach BGB (§ 146 Abs. 1 InsO).
Anspruchsentstehung: mit Insolvenzeröffnung.
 - Anfechtung ist regelmäßig innerhalb von **drei Jahren** ab dem Schluss desjenigen Jahres geltend zu machen, in dem das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Späterer Verjährungsbeginn möglich bei späterer Kenntniserlangung des Insolvenzverwalters (vgl. § 199 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Soweit Anfechtung im Wege der Einrede erfolgt, gilt keine Verjährungsfrist, § 146 Abs. 2 InsO.
 - Unkenntnis des Insolvenzverwalters aber nicht allein deshalb grob fahrlässig, weil er Zugriff auf die Buchhaltung hatte (BGH, Beschl. v. 15.12.2016 – IX ZR 224/15, ZInsO 2017, 79).

Besonderheiten durch das COVInsAG (I)

§ 2 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 COVInsAG (in Verbindung mit Abs. 4 und 5) gewährt Gläubigern unter den dort genannten Voraussetzungen **Privilegien**, die v.a. eine **Insolvenzanfechtung erschweren** bzw. **ausschließen**.

- Zentrale gemeinsame Voraussetzung für Privilegierungen: die Voraussetzungen für die Aussetzung der Antragspflicht (§ 1 COVInsAG) müssen vorliegen.
- Keine Gläubigerbenachteiligung bei der Rückzahlung eines im Aussetzungszeitraum gewährten neuen Kredits, wenn die Rückzahlung bis zum 30.09.2023 erfolgt.
 - Dies gilt auch für Gesellschafterdarlehen und gleichgestellte Finanzierungen, § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG.
 - Hingegen keine Privilegierung für die Besicherung von Gesellschafterdarlehen bzw. gleichgestellten Finanzierungen.

Besonderheiten durch das COVInsAG (II)

- Ausschluss der Anfechtung von Rechtshandlungen, die im Aussetzungszeitraum eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 Hs. 1 COVInsAG.
 - Das der Sicherung oder Befriedigung zugrundeliegende Rechtsgeschäft bleibt nach den §§ 132, 133, 134 InsO anfechtbar, soweit nicht wieder § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG greift (vgl. Borries, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2020, Band 2, § 2 COVInsAG Rn. 81 f.).
 - **Rückausnahme:** Kenntnis des anderen Teils, dass die Sanierungs- und Finanzierungsbemühungen des Schuldners nicht zur Beseitigung einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit geeignet waren, § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 Hs. 2 COVInsAG.
- Ausnahmsweise Gleichstellung von bestimmten Fällen der Inkongruenz mit kongruenten Befriedigungen und Besicherungen, § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 2 lit. a bis d COVInsAG. Mit der Privilegierung des § 2 Abs. 1 Nr. 4 S. 1 COVInsAG führt dies zu einem **weitgehenden Ausschluss der Anfechtbarkeit**.
- Bis zum 31.03.2022 erfolgende Zahlungen auf gestundete Forderungen gelten als nicht gläubigerbenachteiligend, sofern über das Vermögen des Schuldners bis zum Ablauf des 18.02.2021 noch kein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, § 2 Abs. 1 Nr. 5 COVInsAG.

Besonderheiten durch das COVInsAG (III)

- Das Zusammenspiel von Aussetzung der Antragspflicht und den damit verbundenen Anfechtungsprivilegien wirft **in der Praxis zahlreiche Fragen** auf, bspw.:
 - Begriff des „neuen Kredits“: Prolongation, Novation und Ablösungen von Altkrediten durch Neukredite als „neuer“ Kredit?
 - Fehlende Privilegierung bei späterer Insolvenz, die nicht auf die COVID-19-Pandemie zurückzuführen ist?
 - Konkurrenzverhältnis und Sperrwirkung von § 2 Abs. 1 Nr. 2 zu Nr. 4 und Nr. 5 COVInsAG aufgrund der unterschiedlichen tatbestandlichen und zeitlichen Anknüpfungen.
 - Anwendbarkeit des Anfechtungsprivilegs nach § 2 Abs. 1 Nr. 4 COVInsAG auf Besicherung und Befriedigung von Gesellschafterdarlehen oder Sperrwirkung von § 2 Abs. 1 Nr. 2 COVInsAG?
 - Vgl. Bitter, ZIP 2020, 685 ff.; Thole, ZIP 2020, 650 ff.; Mylich, ZIP 2020, 1097 ff.
- Hieraus folgen u.a. Risiken für Insolvenzverwalter und Anfechtungsgegner bei der Geltendmachung einer Anfechtung.
- Eine höchstrichterliche Klärung der relevanten Fragen ist erst in einigen Jahren zu erwarten.

Hinweise zur Vertiefung

Anm.: Zwischenzeitliche Reformen bei der Lektüre beachten!

- OLG Düsseldorf, Urt. v. 09.07.2020 – 12 U 55-19, NZI 2020, 1054, Voraussetzungen der Annahme einer bargeschäftsähnlichen Lage bei Zahlungen an einen Steuerberater. (Achtung: § 142 InsO aF)
- OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.02.2020 – 12 U 31/19, NZI 2020, 631, Keine Anwendung der Rechtsprechung zur bargeschäftsähnlichen Lage nach Neuregelung zu § 142 InsO.
- *Kindler/Bitzer*, NZI 2017, 369, Die Reform der Insolvenzanfechtung.
- *Bork*, JuS 2019, 656, Die Anfechtung von Kreditsicherheiten im Insolvenzfall.