

Universität Mannheim
Fakultät für Rechtswissenschaft

Vorlesung Insolvenz und Sanierung

VII. Insolvenzanfechtung
Frühjahrssemester 2022

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 nahe-stehender 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) [Ulpian]).
- Sonderregelungen (temporär) aufgrund der **Corona Pandemie**: vgl. § 2 COVInsAG

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 gem. § 147 InsO: z.B. Beseitigung gem. §§ 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 Absonderungsgut. 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).

Bargeschäft (§ 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 Rn. 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 (§ 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 Sanierungsdarlehen 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 (§ 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 (§ 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.

Bargeschäft (§ 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.

Berechnung von Anfechtungsfristen (§ 139 InsO)

Alle nachfolgend zu behandelnden Anfechtungstatbestände sehen bestimmte materiell-rechtliche 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**.
- Zeitpunkt der Rechtshandlung, § 140 InsO: Eintritt ihrer rechtlichen Wirkungen.

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).

Unmittelbar nachteilige Rechtshandlungen (§ 132 InsO)

- **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).

Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO) (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).
 - Beachte dazu jüngst BGH, Urt .v 25.03.2021 – IX ZR 70/20, NZI 2021, 1538: Zehnjährige Frist bei Deckungsanfechtung trotz § 133 Abs. 2 InsO bei Anfechtbarkeit des Grundgeschäfts nach § 133 Abs. 1 InsO.
 - **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.

Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO) (II)

- **Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO) (Forts.):**
 - Beweisbarkeit: **Objektive Beweisanzeichen.** Wichtigste Beweisanzeichen:
 - **Eingetretene und vom Schuldner erkannte Zahlungsunfähigkeit:** BGH vermutete bisher den Benachteiligungsvorsatz (BGH ZInsO 2020, 1306). Nunmehr ist zusätzlich erforderlich, dass der Schuldner in Kauf nahm, seine Gläubiger auch später nicht befriedigen zu können, vgl. BGH ZInsO 2021, 1627; bedeutsam ist dafür der Umfang der Unterdeckung.
 - **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).

Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO) (III)

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

Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO) (IV)

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

Vorsätzliche Benachteiligung (§ 133 InsO) (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“).

Unentgeltliche Leistung (§ 134 InsO)

- **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.

Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO) (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).

Gesellschafterdarlehen (§ 135 InsO) (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, Urt. v. 11.07.2019 – IX ZR 210/18).
 - Auch: Stehengelassene Gewinne (vgl. BGH, Urt. v. 22.07.2021 – IX ZR 195/20).
- 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).
- Gesellschafter: Beachte Kleinbeteiligungsprivileg, §§ 135 Abs. 4, 39 Abs. 5 InsO.
- Mittelbarer Gesellschafter kann „Gesellschaftergleicher Dritter“ sein.

Stille Gesellschaft (§ 136 InsO)

- **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 S. 3 InsO).
- Gegenrechte des Anfechtungsgegners:
 - **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).
Entstehung des Anfechtungsanspruchs 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).
 - 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).
 - Soweit Anfechtung im Wege der Einrede erfolgt, gilt keine Verjährungsfrist (§ 146 Abs. 2 InsO).

Hinweise zur Vertiefung

Anm.: Zwischenzeitliche Reformen bei der Lektüre beachten!

- BGH, Urt. v. 06.05.2021 – IX ZR 72/20, NZI 2021, 720, Rechtsprechungsänderung zu den subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung.
 - Dazu *Schubert*, Neues zur Vorsatzanfechtung?, NZI 2021, 761.
- BGH, Urt. v. 28.01.2021 – IX ZR 64/20, NZI 2021, 387, Vorsatzanfechtung bei Begleichung von Steuerschulden über Privatkonto des Geschäftsführers.
- 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.
- *Bork*, JuS 2019, 656, Die Anfechtung von Kreditsicherheiten im Insolvenzfall.