



Bettina Kriegel

# Risiko der Insolvenzanfechtung auch bei Zahlungen Dritter

## 1. Einleitung

Die Insolvenzordnung regelt in ihren §§ 129 ff., dass im eröffneten Insolvenzverfahren Leistungen des Insolvenzschuldners, die vor Insolvenzeröffnung erfolgten, unter bestimmten Voraussetzungen anfechtbar sind. Als Rechtsfolge der Anfechtbarkeit bzw. der erfolgten Anfechtung durch den Insolvenzverwalter sieht das Gesetz vor, dass die empfangenen Leistungen an die Insolvenzmasse bzw. den Insolvenzverwalter zurück zu gewähren sind.

Das kann für die betroffenen Empfänger der Leistungen – also die Anfechtungsgegner – sehr misslich sein, ist es doch nicht zwingende Voraussetzung der Insolvenzanfechtung, dass der Anfechtungsgegner etwas erhalten hätte, worauf er keinen Anspruch gehabt hätte.

So kann z. B. der Insolvenzverwalter dasjenige im Wege der Insolvenzanfechtung zurückfordern, was ein Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung endlich Beitreiben konnte, nachdem er nach jahrelangem Prozessieren endlich einen rechtskräftigen Zwangsvollstreckungstitel gegen den späteren Insolvenzschuldner erwirkt hat, wenn die Zwangsvollstreckung z. B. innerhalb der letzten 3 Monate vor dem Insolvenzantrag erfolgte und der Schuldner zu diesem Zeitpunkt – wie dies regelmäßig der Fall ist – bereits zahlungsunfähig war.

Hinter den Regelungen über die Insolvenzanfechtung steht der gesetzgeberische Gedanke der sogenannten "par conditio creditorum", also der möglichst gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger. Dieser im eröffneten Insolvenzverfahren ohnehin gültige Grundsatz soll durch die Möglichkeit der Insolvenzanfechtung auf die Zeit vor der Insolvenzeröffnung vorverlagert werden und zwar bis maximal auf die Zeit bis zu 10 Jahre vor dem Insolvenzantrag.

Unter erleichterten Anforderungen anfechtbar sind insbesondere Zahlungen im sogenannten Dreimonatszeitraum, also dem Zeitraum der letzten 3 Monate vor dem Insolvenzantrag (nicht erst vor Insolvenzeröffnung!). Ferner wirkt es sich für den Empfänger der Leistung im Hinblick auf die Anfechtbarkeit negativ aus, wenn er die Leistung des Insolvenzschuldners unentgeltlich erhalten hat (dann Anfechtbarkeit bis zu 4 Jahren vor dem Insolvenzantrag), er Kenntnis von der zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit hatte, wusste, dass der Insolvenzschuldner mit dem Vorsatz leistete, andere Gläubiger zu benachteiligen (dann bis zu 10 Jahre vor dem Insolvenzantrag) oder in einem besonderen Näheverhältnis zum Insolvenzschuldner stand.

Die §§ 130 bis 136 InsO stellen hier die unterschiedlichsten Kriterien auf, die eine Zahlung anfechtbar machen können.



## **2. Gläubigerbenachteiligende Wirkung als Grundvoraussetzung der Anfechtung**

Bei allen Unterschieden der Anfechtungsvorschriften normiert doch § 129 InsO eine gemeinsame Voraussetzung, die stets erfüllt sein muss, damit eine Leistung anfechtbar ist – die angefochtene Rechtshandlung muss gläubigerbenachteiligend gewirkt haben:

*"§ 129 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."*

### **Wann ist aber nun davon auszugehen, dass eine Handlung die Gläubiger benachteiligt?**

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist das stets dann der Fall, wenn die fragliche Rechtshandlung die spätere Insolvenzmasse schmälert – sei es durch eine Vermehrung der Passiva (also der Verbindlichkeiten) des Insolvenzschuldners, sei es durch eine Verminderung der schuldnerischen Aktiva – also z. B. des Habensaldos auf einem schuldnerischen Bankkonto.

Bei der Beurteilung der gläubigerbenachteiligenden Wirkung wird allerdings die angefochtene Rechtshandlung isoliert betrachtet. Bezahlt der

spätere Insolvenzschuldner also z. B. von seinem Bankguthaben eine tatsächlich einwendungsfrei bestehende Verbindlichkeit bei einem seiner Lieferanten, so wird nur berücksichtigt, dass diese Zahlung das Aktivvermögen des Insolvenzschuldners verringert hat, nicht aber, dass sich dadurch gleichzeitig durch die Schuldtilgung die Passiva des Insolvenzschuldners vermindert hat.

Eine solche Zahlung kann z. B. schon angefochten werden, wenn sie innerhalb der letzten 3 Monate vor dem Insolvenzantrag oder danach erfolgte und der Leistungsempfänger zu diesem Zeitpunkt bereits von der Zahlungsunfähigkeit des späteren Insolvenzschuldners oder gar von einem Insolvenzantrag wusste.

## **3. Zahlungen Dritter als Lösung zum Ausschluss der Anfechtbarkeit?**

Nachdem die gläubigerbenachteiligende Wirkung einer Leistung, also ihr negativer Einfluss auf die spätere Insolvenzmasse, Voraussetzung jeglicher Insolvenzanfechtung ist, liegt es nahe, als Ausweg zur Vermeidung der Anfechtbarkeit Zahlungen Dritter als Lösung zu propagieren. So könnte z. B. der Geschäftspartner einer GmbH, der z. B. aus Stundungsverhandlungen mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH Kenntnis davon hat, dass die GmbH zahlungsunfähig ist, also nicht mehr in der Lage ist, mindestens 90% ihrer fälligen Verbindlichkeiten innerhalb von 3 Wochen zu tilgen, auf den Gedanken verfallen, seine Forderung direkt vom Gesellschafter-Geschäftsführer ausgleichen zu lassen.

Nach der neuen Rechtsprechung des BGH ist allerdings äußerst fraglich, ob nicht auch derartige



Drittzahlungen das von der Insolvenzordnung zu Gunsten der Gläubiger geschützte Vermögen des Schuldners berühren, also gläubigerbenachteiligend im Sinne des § 129 InsO sind.

## 4. Begriff der Insolvenzmasse

Nachdem die Minderung der späteren Insolvenzmasse entscheidendes Kriterium der gläubigerbenachteiligenden Wirkung und damit auch der Anfechtbarkeit ist, gilt es zu klären, was alles zur Insolvenzmasse zählt.

Die Insolvenzordnung regelt zunächst in ihren §§ 35 ff., dass sämtliches pfändbares Vermögen des Schuldners zur Insolvenzmasse zählt. Auf einen ersten Blick erscheinen deshalb Zahlungen eines Dritten auf Verbindlichkeiten des späteren Insolvenzschuldners nicht anfechtbar. Diese scheinbare Evidenz trägt jedoch.

## 5. Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

In einer Entscheidung vom 10.7.2003 (BGH IX ZR 89/02) war zur Abwehr einer Insolvenzanfechtung behauptet worden, die dort angefochtenen Zahlungen auf Verbindlichkeiten einer in Insolvenz gefallenen GmbH habe deren Geschäftsführer aus eigenem Vermögen erbracht.

In der damaligen Entscheidung hatte der BGH noch ausgeführt, dass, wenn diese Behauptung zuträfe, die Zahlungen nicht die Gläubiger der betroffenen, in Insolvenz gefallenen GmbH benachteiligen.

In einer späteren Entscheidung hat der BGH dann schon eine deutlich differenziertere Betrachtungsweise vorgenommen. In einer

Entscheidung vom 24.5.2007 (BGH IX ZR 105/05) hat der BGH daran festgehalten, dass Zahlungen Dritter das Vermögen des Schuldners zunächst grundsätzlich nicht betreffen. Nach den weiteren Ausführungen des BGH (Randnummer 18 der Entscheidung) können sie jedoch dann zu einer objektiven Benachteiligung der Insolvenzgläubiger führen, wenn der Dritte mit der Zahlung eine eigene Verbindlichkeit gegenüber dem Insolvenzschuldner tilgt oder einen Aufwendungs- oder Schadenersatzanspruch gegen den Schuldner erwirbt.

Im Jahr 2008 (Entscheidung vom 16.10.2008 IX ZR 147/07) hat der BGH dann ausgeführt, eine Gläubigerbenachteiligung scheidet aus, wenn ein Gläubiger mit Fremdmitteln, die nicht in das haftende Vermögen des Schuldners gelangt sind, befriedigt werde.

Bei einer Zahlung des Schuldners durch Einschaltung eines Dritten sei deshalb zwischen der Anweisung auf Schuld und der Anweisung auf Kredit zu unterscheiden. Im ersten Fall tilge der Angewiesene mit der Zahlung an den Empfänger eine eigene, gegenüber dem Anweisenden (Insolvenzschuldner) bestehende Verbindlichkeit.

Demgegenüber nehme der Dritte im zweiten Fall, also dem Fall der Anweisung auf Kredit, die Zahlung an den Empfänger ohne eine Verpflichtung gegenüber dem Insolvenzschuldner vor, sodass er infolge der Zahlung zum Gläubiger des Insolvenzschuldners werde.

Bei einer Anweisung auf Schuld führe die Zahlung durch den Dritten deshalb zu einer Gläubigerbenachteiligung, weil der Insolvenzschuldner mit der Zahlung an den Insolvenzgläubiger seine Forderung gegen den Dritten verliere.



Bei einer Anweisung auf Kredit scheidet demgegenüber dagegen eine Gläubigerbenachteiligung grundsätzlich aus, weil es durch die Zahlung lediglich zu einem Gläubigerwechsel in der Person des Angewiesenen komme.

Die Belastung der Masse mit dem Rückgriffsanspruch des Angewiesenen, also des Dritten, der bezahlt hat, werde durch die Befreiung von der Schuld des Zahlungsempfängers ausgeglichen. Sei der leistende Dritte zur Leistung nicht verpflichtet gewesen, sondern habe freiwillig geleistet, so sei dieser Sachverhalt der Zahlung aus einer lediglich geduldeten Kontoüberziehung vergleichbar. Im Fall der nur geduldeten Kontoüberziehung vertrat der BGH 2008 aber noch die Auffassung, es bestehe keine Gläubigerbenachteiligung, weil die bloße Duldung einer Überziehung dem Schuldner keinen Anspruch auf Kredit verschaffe und die aus der nur geduldeten Überziehung geschöpften Kreditmittel daher kein pfändbares Vermögen des Schuldners seien.

Diese Rechtsprechung, nach der eine Zahlung aus einer nur geduldeten Überziehung nicht zu einer Gläubigerbenachteiligung führen sollte, hat der BGH allerdings mit einer Entscheidung vom 6.10.2009 (IX ZR 191/05) ausdrücklich aufgegeben. In Folge dessen war zunächst unklar, ob der BGH noch an seiner Differenzierung zwischen einer Zahlung auf Schuld und einer Zahlung auf Kredit festhalten würde.

Diese Zweifel waren zusätzlich dadurch gemehrt worden, dass der BGH in einer weiteren wesentlichen Entscheidung, die die Zahlung eines Dritten zum Gegenstand hatte, nämlich der Entscheidung vom 17.3.2011 Az. IX ZR 166/08 nicht mehr auf die Unterscheidung zwischen Anweisung

auf Schuld und Anweisung auf Kredit eingegangen war.

Dieser Entscheidung lag der Sachverhalt zugrunde, dass die spätere Insolvenzschuldnerin mit dem Finanzamt, das einen Insolvenzantrag gestellt hatte, vereinbart hatte, dass das Finanzamt den Antrag gegen Zahlung eines Teilbetrages für erledigt erklären werde, was später auch geschah.

Die Mittel für die ans Finanzamt zu leistende Teilzahlung konnte die Insolvenzschuldnerin allerdings nicht selbst aufbringen, sondern diese wurden von ihrem Lebensgefährten zur Verfügung gestellt, der die Mittel auf ein Fremdgeldkonto eines Anwaltes überwies, der den Betrag sodann an das Finanzamt weiterleitete.

Der BGH hatte in diesem Fall eine Gläubigerbenachteiligung angenommen und ausgeführt, in anfechtungsrechtlicher Hinsicht könne eine Direktzahlung grundsätzlich nicht anders behandelt werden als wenn Geldmittel, auf die der Schuldner keinen Anspruch hatte, ihm durch ein neu gewährtes Darlehen zunächst überlassen und sodann zur Deckung von Verbindlichkeiten verwendet würde. Die Gläubigerbenachteiligung bei der Direktzahlung des Kredits liege gerade darin, dass die Kreditmittel nicht in das Vermögen des Schuldners gelangten und dort dem Zugriff der Gläubigergesamtheit verbleiben würden.

Der BGH hatte in diesem Fall weiter darauf verwiesen, dass es auf die Zweckvereinbarung für das Darlehen (dieses sollte nur zur Bedienung der offenen Steuerverbindlichkeiten dienen) nicht ankomme. Zur Begründung war ausgeführt worden, dass ansonsten das Finanzamt gegenüber den anderen Gläubigen bevorzugt werde, was dem Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung widersprechen würde.



## 6. Entscheidungen des BGH vom 21.6.2012 IX ZR 59/11

In seiner soweit ersichtlich neuesten Entscheidung zur Anfechtbarkeit von Drittleistungen im Vorfeld der Insolvenz hat der BGH wiederum an die Differenzierung zwischen einer Leistung auf Schuld und einer Leistung auf Kredit angeknüpft. Zusätzlich finden sich in dieser Entscheidung weitere wesentliche Hinweise darauf, dass auch die Zweckbindung eines Darlehens, insbesondere der Umstand, dass das Darlehen dem späteren Insolvenzschuldner nur zur Tilgung ganz bestimmter Verbindlichkeiten gewährt wird, eine Anfechtbarkeit nicht ausschließt.

Konkret stand ein Sachverhalt zur Debatte, in dem der Geschäftsführer einer später in Insolvenz gefallenen GmbH von seinem Privatkonto eine Zahlung von 35.000 € an den späteren Anfechtungsgegner geleistet hatte. Für die ausgeglichene Verbindlichkeit der späteren Insolvenzschuldnerin hatte sich der zahlende Geschäftsführer verbürgt gehabt.

In einem vor der Zahlung verfassten Schreiben war die Zahlung als eine solche "unter Einsatz privater Mittel des Geschäftsführers" angekündigt worden. Der Geschäftsführer hatte angeblich ein Darlehen an die Insolvenzschuldnerin gewährt, eigens zum Zweck der Zahlung der entsprechenden Rate, was zu einer treuhänderischen Bindung des Darlehens geführt habe.

Der BGH hat darauf abgestellt, dass die Zahlung aus Sicht des Zahlungsempfängers als eine solche auf die bei ihr bestehenden Verbindlichkeit anzusehen war und nicht auf die Bürgschaftschuld des Geschäftsführers.

Der BGH hat ferner wiederholt, dass für die Anfechtbarkeit grundsätzlich maßgeblich sei, ob der Dritte, wie hier der Geschäftsführer, auf eine Schuld gegenüber der GmbH bezahlt habe, oder ob es sich um eine Anweisung auf Kredit gehandelt habe.

Für den Fall, dass der GmbH tatsächlich zuvor ein zweckgebundenes Darlehen gewährt worden sei, hat der BGH darauf verwiesen, dass auch eine treuhänderische Bindung des Darlehensnehmers hinsichtlich der Verwendung der Kreditmittel eine Gläubigerbenachteiligung nicht ausschließt.

Grundsätzlich hat der BGH also die Zahlung des GmbH-Geschäftsführers auf die Verbindlichkeiten der GmbH nach vorheriger Darlehensgewährung an die GmbH alleine mit dem Zweck, der Tilgung der entsprechenden Verbindlichkeit, als anfechtbar eingestuft.

In Konstellationen wie der vorliegenden, in denen der leistende Dritte Sicherheiten für die von ihm getilgte Verbindlichkeit geleistet hat und daher ein eigenes Interesse an der Tilgung der Verbindlichkeiten der späteren Insolvenzschuldnerin aus seinen von ihm gewährten Kreditmitteln hatte, hat diese Rechtsprechung des BGH besonders missliche Konsequenzen nicht nur für den Anfechtungsgegner, sondern vielmehr auch für den leistenden Dritten.

Erweist sich nämlich die Leistung, die der Anfechtungsgegner vom Dritten erhalten hat, als anfechtbar und wird daher vom Leistungsempfänger zurück gewährt, so leben nach § 144 InsO nicht nur die ursprünglichen Ansprüche des Anfechtungsgegners wieder auf, sondern auch sämtliche hierfür bestellten Sicherheiten.

Als Konsequenz hieraus ist nicht nur der Anfechtungsgegner in der misslichen Lage, die erhaltene Zahlung zurück gewähren zu müssen, sondern ist insbesondere der Dritte, der ursprünglich



das Darlehen an die Insolvenzschuldnerin nur gewährt hatte, um die von ihm gestellte Sicherheit "frei zu bekommen" letztlich dem Risiko der doppelten Inanspruchnahme ausgesetzt.

Die von ihm an die Insolvenzschuldnerin gewährten Mittel kann er zwar dort als Insolvenzforderung zur Insolvenztabelle anmelden, nach Rückgewähr der angefochtenen Leistung wird er aber in der Regel vom Anfechtungsgegner aus der Sicherung in Anspruch genommen werden.

## **Fazit:**

Die Zahlungen Dritter zur Vermeidung einer Insolvenzanfechtung können keineswegs als "Allheilmittel" zur Vermeidung einer Anfechtbarkeit angesehen werden. Vielmehr besteht für den sicherungsgebenden Darlehensgewährer sogar ein Risiko der doppelten Inanspruchnahme.

### **Über KANZLEI NICKERT, Offenburg:**

**KANZLEI NICKERT** ist eine Unternehmerkanzlei im besten Sinne: Sie bietet in den Bereichen Rechtsberatung, Steuerberatung und betriebswirtschaftliche Beratung all diejenigen Dienstleistungen an, die ein Unternehmen / Unternehmer klassischerweise benötigt. Zudem hat sie Kompetenzzentren für die Bereiche Bau, Sanierungsberatung sowie Personalwesen eingerichtet. Rechtsanwälte, Fachanwälte für Steuerrecht und Steuerberater arbeiten dabei Hand in Hand.

**KANZLEI NICKERT** ist seit März 2009 zertifiziert nach ISO 9001:2008 und für die Steuerberatung zusätzlich nach dem DStV-Qualitätssiegel, dem Qualitätsstandard des Deutschen Steuerberaterverbandes. 2009 und 2011 wurde die Kanzlei von FOCUS MONEY in die Liste der TOP-Steuerberater aufgenommen.\*

Weitere Informationen finden Sie unter: [www.kanzlei-nickert.de](http://www.kanzlei-nickert.de)

### **Disclaimer:**

Falls Sie über den Beitrag hinausgehende Fragen haben, stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. Allerdings weisen wir Sie darauf hin, dass wir diese individuelle Leistung nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz auch abrechnen.

Alle Angaben sind sorgfältig geprüft. Durch Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verordnungen sowie Zeitablauf ergeben sich zwangsläufig Änderungen. Bitte haben Sie Verständnis dafür, dass wir für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhalts keine Haftung übernehmen.

\*) Die Einstufung durch FOCUS Money basiert auf einem fachlichen Multiple Choice Test und einer Abfrage von weichen Kriterien, wie z. B. durchschnittliche Fortbildungstage. Letztere werden von FOCUS Money nicht überprüft.