

---

# Arbeitskreis Insolvenzrecht OWL

## **Insolvenzanfechtung aktuell – was mich bewegt!**

Prof. Dr. Florian Jacoby  
Bielefeld, 8. September 2016

---

# Teil 1:

## Die Entscheidung des BGH vom 12.5.2016

### Problemfeld:

- Eine GmbH befindet sich in **wirtschaftlicher Schieflage**, ihr Geschäftsführer will aber „weitermachen“ und sondiert Restrukturierungsoptionen.
  - Vermutung des § 133 I 2 InsO bei drohender Zahlungsunfähigkeit.
- Einige **Altgläubiger** bedrängen die GmbH, offene Forderungen zu begleichen.
  - Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit,
  - [Überwindung der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit],
  - **Gegenanzeichen Sanierungsversuch.**
- Zur Fortführung ist die GmbH dringend auf Lieferungen angewiesen und will daher mit Zulieferern **Neuverträge** abschließen und durchführen.
  - Kenntnis von der drohenden Zahlungsunfähigkeit,
  - Gegenanzeichen „bargeschäftsähnliche Lage“.

- I. Überblick
  1. Kenntnis der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit
  2. Gegenanzeichen
  3. Darlegungs- und Beweislast
- II. Gegenanzeichen Sanierungsversuch
  1. Inhaltliche Anforderungen an ein Sanierungskonzept
  2. Schuldnervorsatz
  3. Gläubigerkenntnis
- III. Schluss

BGH ZIP 2013, 79 Rn. 7:

- Kennt der Schuldner seine **Zahlungsunfähigkeit**, kann daraus nach ständiger Rechtsprechung auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. In diesem Fall weiß der Schuldner, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen.
- Auch die nur **drohende Zahlungsunfähigkeit** stellt nach der Rechtsprechung des Senats ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners dar, wenn sie ihm bei der Vornahme der Rechtshandlung bekannt war.

## a) Feststellung der Zahlungsunfähigkeit

BGH v. 8.1 2015 – IX ZR 203/12, ZIP 2015, 437:

Im Insolvenzanfechtungsprozess beurteilt sich die

**Zahlungsunfähigkeit** des Schuldners nach § 17 InsO.

- Zur deren Feststellung kann zwar eine Liquiditätsbilanz aufgestellt werden.
- Ihrer bedarf es aber oftmals nicht, weil im eröffneten Verfahren auch auf andere Weise festgestellt werden kann, ob der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte (Festhaltung BGH, 12.10.2006, IX ZR 228/03).
- Hat der Schuldner seine Zahlungen eingestellt, begründet auch dies gemäß § 17 Abs. 2 S. 2 InsO die gesetzliche Vermutung der Zahlungseinstellung (Festhaltung BGH, 20.11.2001, IX ZR 48/01, BGHZ 149, 178).

### **BGH ZIP 2009, 1966 Rn. 10:**

Soweit es um die Kenntnis des Gläubigers von einer zumindest drohenden Zahlungsunfähigkeit des Schuldners geht, muss deshalb darauf abgestellt werden, ob sich

- die schleppende, möglicherweise erst unter dem Druck einer angedrohten Zwangsvollstreckung erfolgende [oder auch ganz ausbleibende] Tilgung der Forderung des Gläubigers
- bei einer Gesamtbetrachtung der ihm bekannten Umstände,
  - insbesondere der Art der Forderung,
  - der Person des Schuldners und
  - des Zuschnitts seines Geschäftsbetriebs
- als ausreichendes Indiz für eine solche Kenntnis darstellt.

# Indizien für Gläubigerkenntnis

- BGH ZIP 2012, 735 Rn. 18: Häufung von Zahlungsrückständen trotz Teilzahlungen (Erhöhung der Verbindlichkeiten),
- BGH ZIP 2009, 2253 Rn. 11, 15: Ansprüche in einem beträchtlichen Umfang nicht befriedigt für dessen Nichtzahlung ein Lieferstopp angedroht war,
- BGH ZIP 2013, 228 Rn. 44: Rückgabe von Lastschriften über einen längeren Zeitraum,
- BGH ZIP 2012, 2355 Rn. 30: Ständige Häufung, nicht bloß saisonal bedingter Zahlungsrückstände,
- BGH ZIP 2013, 2318 Rn. 13: Nichtzahlung strafbewehrter Forderungen wie Sozialversicherungsbeiträge,
- BGH ZInsO 2010, 1598 Rn. 10: Erklärung des Schuldners, binnen dreier Wochen seine fälligen erkennbar nicht unerheblichen Verbindlichkeiten nicht begleichen zu können
- BGH ZIP 2016, 627 Rn. 13: monatelanges völliges Schweigen der Schuldnerin auf die Rechnungen und vielfältigen Mahnungen
- BGH ZIP 2016, 481 Rn. 15: schleppende und auch nur erzwungene Zahlungen auf Steuerforderungen.

Erklärt der Schuldner seinem Gläubiger, eine fällige Zahlung nicht in einem Zug erbringen und nur Ratenzahlungen leisten zu können, muss dieser allein aus diesem Umstand nicht zwingend darauf schließen, dass der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.

## c) „Überwindung“ der Zahlungsunfähigkeit

### **BGH v. 24.3.2016 – IX ZR 242/13 Rn. 11:**

- Eine einmal eingetretene Zahlungseinstellung wirkt grundsätzlich fort.
- Hat der anfechtende Verwalter für einen bestimmten Zeitpunkt den ihm obliegenden Beweis der Zahlungseinstellung des Schuldners geführt, muss der Anfechtungsgegner grundsätzlich beweisen, dass diese Voraussetzung zwischenzeitlich wieder entfallen ist.
- Dafür genügt es nicht, dass mit der Ratenzahlungsvereinbarung diejenige Verbindlichkeit als gestundet gilt, deren Nichtbedienung die Feststellung der Zahlungseinstellung trägt.
- Der Anfechtungsgegner hat vielmehr zu beweisen, dass der Schuldner seine Zahlungen allgemein wieder aufgenommen hat.
  - Dazu gehört zum einen, dass er die vereinbarten Raten zahlt.
  - Darüber hinaus muss der Schuldner aber auch den wesentlichen Teil seiner übrigen Verbindlichkeiten bedienen.

## 2. Gegenanzeigen

BGH ZIP 2012, 984 Rn. 41:

Die einen Benachteiligungsvorsatz nahelegenden Beweisanzeichen der Inkongruenz und der erkannten Zahlungsunfähigkeit können durch die Umstände des Einzelfalls entkräftet sein, wenn diese ergeben, dass die angefochtene Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet war und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger infolgedessen in den Hintergrund getreten ist (**Sanierungsversuch, Bargeschäft**).

# Insbesondere: Bargeschäftsähnliche Lage

- BGH ZIP 2014, 1595 Rn. 29: Ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ist in aller Regel nicht gegeben, wenn der Schuldner in einem engen zeitlichen Zusammenhang eine kongruente Gegenleistung für die von ihm empfangene Leistung erbringt, welche zur Fortführung seines eigenen Unternehmens nötig ist und damit den Gläubigern im Allgemeinen nützt (...). Dies gilt auch dann, wenn Schuldner und Anfechtungsgegner Vorkasse für die von diesem erbrachten Leistungen vereinbart haben (...). Der subjektive Tatbestand kann mithin entfallen, wenn im unmittelbaren Zusammenhang mit den potentiell anfechtbaren Rechtshandlungen eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet (...).
- BGH v. 12.2.2015 – IX ZR 180/12 Rn. 25: Selbst wenn eine bargeschäftsähnliche Situation in dem genannten Sinne vorliegt, wird sich der Schuldner der eintretenden mittelbaren Gläubigerbenachteiligung jedoch gleichwohl bewusst werden, wenn er weiß, dass er trotz Belieferung zu marktgerechten Preisen fortlaufend unrentabel arbeitet und deshalb bei der Fortführung seines Geschäfts mittels der durch bargeschäftsähnliche Handlungen erworbenen Gegenstände weitere Verluste anhäuft, die die Befriedigungsaussichten der Gläubiger weiter mindern, ohne dass auf längere Sicht Aussicht auf Ausgleich besteht.

### 3. Darlegungs- und Beweislast

- BGH v. 17.12.2015 – IX ZR 61/14: Hat der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit und den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners erkannt, obliegt ihm der Beweis, dass seine Kenntnis aufgrund nachträglich eingetretener Umstände entfallen ist.
- BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14 Rn.23: Den Gläubiger, der die (drohende) Zahlungsunfähigkeit des Schuldners und die Benachteiligung der Gläubiger kennt, trifft die Darlegungs- und Beweislast, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzeptes erlangt hat.

## II. Sanierungskonzept: Grundlagen

- Wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, letztlich aber fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs ist, kann die Rechtshandlung von einem anderen, **anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet**, und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger infolgedessen in den Hintergrund treten (BGH ZIP 2013, 894 Rn. 11).
- Voraussetzung ist, dass zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein
  - schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorliegt,
  - das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt worden ist und
  - beim Schuldner die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigt (BGH ZIP 2013, 894 Rn. 11).
- Sowohl für die Frage der Erkennbarkeit der Ausgangslage als auch für die Prognose der Durchführbarkeit ist auf die Beurteilung eines unvoreingenommenen branchenkundigen Fachmanns abzustellen, dem die vorgeschriebenen oder üblichen Buchhaltungsunterlagen zeitnah vorliegen (BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14 Rn. 18).

# 1. Inhaltliche Anforderungen

BGH v. 12.5.2016 – IX ZR 65/14 Rn. 18:

- Erforderlich ist
  - eine Analyse der **Verluste** und der Möglichkeit deren künftiger Vermeidung,
  - eine Beurteilung der Erfolgsaussichten und der **Rentabilität des Unternehmens** in der Zukunft und
  - Maßnahmen zur Vermeidung oder Beseitigung der (drohenden) **Insolvenzreife**.
- Bei einem **Sanierungsvergleich** muss zumindest festgestellt werden
  - die Art und Höhe der Verbindlichkeiten,
  - die Art und Zahl der Gläubiger und
  - die zur Sanierung erforderlichen Quote des Erlasses der Forderungen.
  - Da eine Zustimmung aller Gläubiger regelmäßig nicht zu erreichen ist, muss eine Zustimmungsquote nach Schuldenstand festgelegt werden, gegebenenfalls für unterschiedliche Arten von Gläubigergruppen, sowie die Behandlung nicht verzichtender Gläubiger.
- Gegebenenfalls ist „**fresh money**“ erforderlich, dann sind
  - Art und Höhe einzuwerbenden frischen Kapitals darzustellen sowie
  - die Chance, dieses tatsächlich zu gewinnen.

1. Auftragsgegenstand
2. Basisinformationen
3. Krisenstadium
4. Leitbild
5. Maßnahmen
6. Integrierte Sanierungsplanung
7. Sanierungsfähigkeit
8. Nachhaltigkeit
9. Sofortmaßnahmen
10. Sanierungskonzept in Stufen

BGH v.12.5.2016 Rn. 19: Ein Sanierungsplan, der zu einer Verneinung des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Insolvenzschuldners führt, muss dagegen nicht bestimmten **formalen** Erfordernissen entsprechen.

Prütting ZIP 2013, 203

## 2. Schuldnervorsatz

Schuldner muss Sanierungskonzept vorliegen, das den geschilderten Anforderungen genügt, vgl. BGH v.12.5.2016 Rn. 15:

- Voraussetzung ist auf Schuldnerseite, dass zu der Zeit der angefochtenen Handlung ein schlüssiges, von den tatsächlichen Gegebenheiten ausgehendes Sanierungskonzept vorlag, das mindestens in den Anfängen schon in die Tat umgesetzt war und die ernsthafte und begründete Aussicht auf Erfolg rechtfertigte.
- Die bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Sanierung räumt seinen Benachteiligungsvorsatz nicht aus, wenn die dazu erforderlichen Bemühungen über die Entwicklung von Plänen und die Erörterung von Hilfsmöglichkeiten nicht hinausgekommen sind.

### 3. Gläubigerkenntnis

- [34] Der Gläubiger kann nur dann von einem schlüssigen Sanierungskonzept des Schuldners ausgehen, wenn er in Grundzügen über die **wesentlichen Grundlagen des Konzeptes informiert ist**; dazu gehören die Ursachen der Insolvenz, die Maßnahmen zu deren Beseitigung und eine positive Fortführungsprognose.
- [31] Der Gläubiger, der im Rahmen eines **Sanierungsvergleichs** quotal auf seine Forderungen verzichtet in der Annahme, andere Gläubiger verzichteten in ähnlicher Weise, kann von einer Sanierung des Schuldnerunternehmens allein durch diese Maßnahme nur ausgehen, wenn nach seiner Kenntnis die Krise allein auf Finanzierungsproblemen beruht, etwa dem Ausfall berechtigter Forderungen des Schuldners.
- [27] Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, das Sanierungskonzept des Schuldners fachmännisch zu prüfen oder prüfen zu lassen; er darf sich auf die **Angaben des Schuldners** oder dessen Berater zu den Erfolgsaussichten des Konzeptes verlassen, solange er keine Anhaltspunkte dafür hat, dass er getäuscht werden soll oder dass der Plan keine Chancen auf dauerhaften Erfolg bietet.

## III. Schluss

1. Der BGH stellt hohe Anforderungen an den Beweis des Gegenteils gegen die Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO aufgrund eines Sanierungsversuchs.
2. Das Urteil veranschaulicht zweitens die fortdauernde rechtspolitische Diskussion um eine Anfechtungsreform: Ist es gewollt, dass wie hier eine deutlich mehr als vier Jahre vor Insolvenzantrag gewährte Befriedigung anfechtbar ist?
3. Die Diskussion zum vorinsolvenzlichen Sanierungsverfahren wird um klare Kriterien bereichert, anhand derer über die Anfechtbarkeit von Leistungen auf einen Sanierungsvergleich zu entscheiden ist.

## Teil 2: Insolvenzfestigkeit einer gesicherten Ruhegehaltszusage

Beispiel (vgl. BGH v. 7.11.2013 - IX ZR 248/12, ZIP 2013, 2368)

- Der Kläger war Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin.
- Im Jahre 2003 erteilte ihm die Schuldnerin eine Pensionszusage über einen Betrag von monatlich 3.000 EUR.
- Zur Sicherung dieser Ansprüche verpfändete die Schuldnerin durch Nachtrag vom 29. November 2004 ihr zustehende Ansprüche aus einer Rückdeckungsversicherung.
- Die GmbH zahlte regelmäßig Prämien auf die Versicherung.
- 2015 wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen der GmbH eröffnet.
- Der Insolvenzverwalter beansprucht die verpfändeten Ansprüche aus der Rückdeckungsversicherung für sich.

- I. Qualifizierung des Anspruchs aus der Ruhegehaltszusage, § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO
- II. Absonderungsrecht aus Besicherung für nachrangige Forderung
- III. Anfechtbarkeit der Besicherung, § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
- IV. Thesen

[Absehen von der Krise!]

- Gesellschafterdarlehen oder Forderungen aus **Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen** ( § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO):
  - Kein Austausch wie beim Bargeschäft,
  - sondern hinausschieben der Gesellschafterforderung durch
    - anfängliche Vereinbarung oder
    - nachträgliche Stundung (Stehenlassen).
- Gesellschaft ohne auch nur mittelbar nach § 128 HGB haftende natürliche Person ( § 39 Abs. 4 S. 1 ),
- Kein Sanierungsprivileg, also Anteilserwerb zum Zwecke der Sanierung ( § 39 Abs. 4 S. 2 InsO),
- Kein Kleinbeteiligungsprivileg, also Beteiligung mit mehr als 10 % am Haftkapital oder Geschäftsführer ( § 39 Abs. 5 InsO).

# Höchstrichterliches zum „Gesellschafter-Arbeitnehmer“

## **BAG v. 27.3.2014 - 6 AZR 204/12, ZIP 2014, 927:**

- Gleichgestellte Verbindlichkeiten sind nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 Alt 2 InsO Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen - nur - wirtschaftlich entsprechen. Ernstzunehmende Schutzlücken sollen nicht entstehen. Der Begriff der Rechtshandlung ist deswegen weit auszulegen. Rechtshandlung ist jedes von einem Willen getragene Handeln vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens, das eine rechtliche Wirkung auslöst.
- Seit der Novellierung des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO MoMiG kommt es nicht mehr auf die Merkmale des Eigenkapitalersatzes und der Gesellschaftskrise an. Die zunächst unterbliebene Durchsetzung fälliger Forderungen ist jedoch nach wie vor als Rechtshandlung einzuordnen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich iSv. § 39 Abs 1 Nr 5 Alt 2 InsO entspricht.

## **BGH v. 10.7.2014 – IX ZR 192/13, ZIP 2014, 1491:**

Wird eine Gehaltsforderung an einen Gesellschafter nach den Grundsätzen des Bargeschäfts gedeckt, liegt darin keine Befriedigung einer einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechende Forderung.

- Charakter

- Entgeltcharakter: Die Zusage ist Gegenleistung für die Betriebstreue, die der Dienstverpflichtete bereits erbracht hat und die der Dienstberechtigte weiterhin erwartet (BGH ZIP 1982, 95, 96).
- Alternativ unentgeltlich bei Betonung des Fürsorgewillens.
- Keine weitere Alternative?!

- Folgerung

- Entgelt ist von Anfang an hinausgeschoben, also § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (+),
- Sonst (bei Unentgeltlichkeit) nicht nur § 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO, sondern auch § 30 Abs. 1 S.1 GmbHG.

## II. Absonderungsrecht aus Besicherung der nachrangigen Gesellschafterforderung

Steht – abgesehen von der Anfechtbarkeit – Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO dem Absonderungsrecht entgegen?

- Mm: Kein Absonderungsrecht, Nachrang erstreckt sich wegen § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO auf Absonderungsrecht (Fortwirkung des alten Rechts),
- hM: Insolvenzfestigkeit der Sicherheit; vgl. BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11 Rn. 14: Anfechtung ausgeschlossen, falls der Gesellschafter über eine länger als zehn Jahre vor Antragstellung begründete unanfechtbare Sicherheit verfügt.

Also kann Gesellschafter sich grds. auf Sicherheit berufen!

# BGH v. 18.7.2013 - IX ZR 219/11, ZIP 2013, 1579 Rn. 19

Der bereits in der beschränkten Haftung auf das Gesellschaftsvermögen liegende Risikoanreiz des Gesellschafters wird zusätzlich erhöht, wenn er daraus dank einer Sicherung im Verhältnis zu den sonstigen Gläubigern auch noch vorrangig befriedigt wird. Ein gesicherter Gesellschafter, der anders als im Falle der Gabe ungesicherter Darlehensmittel nicht um die Erfüllung seines Rückzahlungsanspruchs fürchten muss, wird in Wahrnehmung der Geschäftsführung zur Eingehung unangemessener, wenn nicht gar unverantwortlicher, allein die ungesicherten Gläubiger treffender geschäftlicher Wagnisse neigen (vgl. Engert, ZGR 2004, 813, 831; Cahn, AG 2005, 217, 225). **Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen, die durch das Gesellschaftsvermögen gesichert werden, ist darum mit einer ordnungsgemäßen Unternehmensfinanzierung nicht vereinbar (Engert, aaO).**

# III. Anfechtbarkeit der Besicherung, § 135

## Abs. 1 Nr. 1 InsO

- Besicherung einer nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO nachrangigen Forderung
  - [Bei Unentgeltlichkeit entscheidet neben § 134 InsO, ob § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG sich auf die Verwertung einer Sicherheit erstreckt, offen gelassen von BGH ZIP 2007, 1705 Rz. 25.]
- Zehnjahresfrist des § 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO
  - Anfechtbarkeit der Bestellung
  - Anfechtbarkeit des **Werthaltigmachens** der Sicherheit, vgl. BGHZ 174, 297 = ZIP 2008, 183, BGH ZIP 2013, 588
- Bargeschäft (Bestellung „anfänglicher“ Sicherheiten)
  - Anwendbarkeit (str.)
  - Voraussetzungen
    - Unmittelbarer Leistungsaustausch,
    - auf Grundlage einer Vereinbarung.

1. Die Ansprüche eines Gesellschafters aus einer Ruhegehaltszusage sind typischerweise nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 Fall 2 InsO nachrangig.
2. Der Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO hindert allerdings den Gesellschafter nicht, abgesonderte Befriedung aus einer von der Gesellschaft gestellten Realsicherheit zu beanspruchen.
3. Das Werthaltigmachen der Sicherheit in den letzten zehn Jahren vor Eröffnungsantrag ist aber typischerweise nach §§ 129, 135 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbar.

**Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!**

Prof. Dr. Florian Jacoby

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Zivilverfahrens-, Insolvenz- und  
Gesellschaftsrecht,

Universität Bielefeld  
Universitätsstr. 25 33615 Bielefeld

[florian.jacoby@uni-bielefeld.de](mailto:florian.jacoby@uni-bielefeld.de)  
[www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/](http://www.jura.uni-bielefeld.de/jacoby/)

---