

Simon Heinrich\*

## Die anfechtbare Aufrechnung – zugleich Besprechung von *BGH*, Urt. v. 8.12.2022, IX ZR 175/21

### Abstract

Die im modernen Wirtschaftsleben weitverbreitete Aufrechnung ist für den Gläubiger wegen § 94 InsO auch in der Insolvenz des Schuldners grundsätzlich ein effektives Instrument, um Befriedigung für eine Forderung gegen den Schuldner zu erlangen. Die Zulässigkeit der Aufrechnung in der Insolvenz findet jedoch ihre Grenze in § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO im Fall einer anfechtbar erlangten Aufrechnungsmöglichkeit. Greift § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ein, läuft der Gläubiger Gefahr, seine eigene Schuld vollständig zur Masse erfüllen zu müssen, auf seine Insolvenzforderung hingegen nur die üblicherweise sehr geringe Insolvenzquote zu erhalten. Für den Gläubiger ist es daher essenziell, das Eingreifen von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu vermeiden. Der Beitrag analysiert im Licht der ergangenen Judikatur zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO dessen Voraussetzungen und problematisiert insbesondere, wann eine Aufrechnung als inkongruente Deckung (§ 131 InsO) einzuordnen ist, wobei ein eigener Ansatz zur Abgrenzung vorgestellt wird. Der Beitrag schließt mit einer Besprechung des *BGH*-Urteils vom 8.12.2022 (IX ZR 175/21) zu den Voraussetzungen von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO anhand der zuvor gewonnenen Erkenntnisse.

---

\* Der Verfasser ist Rechtsreferendar am *LG Darmstadt* und arbeitet als wissenschaftlicher Mitarbeiter im Team Restrukturierung & Insolvenz von *White & Case LLP* in Frankfurt am Main. Der Beitrag beruht auf einer Studienarbeit, die im Sommersemester 2023 von Prof. Dr. *Andreas Pickenbrock* gestellt wurde.

## A. Einleitung

Die Aufrechnung im Insolvenzverfahren bietet besondere Chancen für die Beteiligten, denn eine vor der Insolvenz bestehende Aufrechnungslage bleibt auch nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens für den Insolvenzgläubiger bestehen (§ 94 InsO). Dadurch wird diesem ermöglicht, sich durch Aufrechnung in voller Höhe zu befriedigen.<sup>1</sup> Dies gilt jedoch nur in den Grenzen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO.<sup>2</sup> Danach ist die Aufrechnung unzulässig, wenn die Aufrechnungsmöglichkeit anfechtbar erlangt wurde. Die Einhaltung der Grenzen von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist für den Gläubiger essenziell, droht ihm ansonsten doch ein Szenario, in dem er seine eigene Schuld vollständig zur Masse erfüllen müsste, während er auf seine Insolvenzforderung nur eine (geringe<sup>3</sup>) Insolvenzquote bekäme.<sup>4</sup> Die Wahrung von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO sicherzustellen, ist angesichts seiner sehr offenen Formulierung jedoch nicht leicht für den Gläubiger. Es ist somit klärungsbedürftig, wann „die Möglichkeit der Aufrechnung durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt“ wurde.

## B. Das Urteil des *BGH* vom 8.12.2022 – IX ZR 175/21

Mit dieser Fragestellung setzt sich das diesem Beitrag zugrundeliegende Urteil des *BGH* vom 8.12.2022 auseinander. In diesem befasst sich der *BGH* mit einer übertragenden Sanierung.<sup>5</sup> Der Beklagte ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der W. GmbH, die eine Papierfabrik betrieb. Das Unternehmen verkaufte er für 6,7 Mio. € an die P. GmbH. Im Unternehmenskaufvertrag zwischen den Parteien wurden bereits fertiggestellte Waren von der Veräußerung ausgenommen. Stattdessen wurde vereinbart, dass die P. GmbH die Auslieferung dieser Waren für den Beklagten durchführen und dafür eine „*Handling Fee*“ in Höhe von 170.000 € zuzüglich der gesetzlichen Umsatzsteuer (insgesamt 202.300 € brutto) erhalten solle.

<sup>1</sup> *Lohmann/Reichelt*, in: *MüKo-InsO* II, 4. Aufl. 2019, § 94 Rn. 1.

<sup>2</sup> § 96 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 InsO haben im Verhältnis zu § 94 InsO nur klarstellende Funktion, vgl. *Piekenbrock*, in: *AGR-InsO*, 3. Aufl. 2017, § 96 InsO Rn. 1.

<sup>3</sup> Das *Statistische Bundesamt* gibt eine Quote von knapp 5 % an, siehe *Statistisches Bundesamt*, Anzahl und Deckungsquoten der beendeten Regel-, Nachlass- und Gesamtgutinsolvenzverfahren nach Ländern, 19.3.2020, abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Branchen-Unternehmen/Unternehmen/Gewerbemeldungen-Insolvenzen/Tabellen/anzahlderbeendeten-insolvenzverfahren-deckungsquoten-nach-laendern.html#fussnote-2-130730> (zuletzt abgerufen am 17.9.2023).

<sup>4</sup> Vgl. *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 10. Aufl. 2020, Rn. 310.

<sup>5</sup> Zum im Folgenden dargestellten Sachverhalt siehe *BGH*, ZIP 2023, 265 (265, Rn. 1 ff.).

Im weiteren Verlauf wurde ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der P. GmbH eröffnet und der Kläger als (Sonder-)Insolvenzverwalter bestellt. Dieser erhob Klage hinsichtlich der unstreitig wirksam entstandenen „*Handling Fee*“. Der Beklagte ist indes der Ansicht, dieser Anspruch sei infolge der Aufrechnung mit einem noch offenen, zur Insolvenztabelle festgestellten (erstrangigen) Teilbetrag seiner Kaufpreisforderung aus dem Unternehmenskauf erloschen.

Dieser Auffassung schloss sich erstinstanzlich das *LG Duisburg* an und wies die Klage ab.<sup>6</sup> Das *OLG Düsseldorf* hielt als Berufungsgericht die Aufrechnung hingegen mit Blick auf § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO für insolvenzrechtlich unwirksam, sodass die Berufung des Klägers erfolgreich war.<sup>7</sup> Die dagegen eingelegte und vom *BGH* zugelassene Revision des Beklagten hatte schließlich ebenfalls Erfolg: Die Möglichkeit der Aufrechnung sei nicht, wie vom Berufungsgericht angenommen, nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO wegen inkongruenter Deckung anfechtbar erlangt und die Aufrechnung daher zumindest nicht aus diesem Grund nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig. Vielmehr sei die Herstellung der Aufrechnungslage kongruent erlangt worden.<sup>8</sup> Die Tatsache, dass die Aufrechnungsbefugnis in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet worden war, ändere daran nichts.<sup>9</sup> Auch sei der der Aufrechnung zugrundeliegende Unternehmenskaufvertrag hinsichtlich der Aufrechnungsbefugnis nicht selbstständig anfechtbar.<sup>10</sup>

Der *BGH* hob deswegen die Berufungsentscheidung auf (§ 562 Abs. 1 ZPO) und verwies die Sache mangels Entscheidungsreife zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurück (§ 563 Abs. 1 ZPO). Dieses müsse nun (erstmalig) die Unzulässigkeit der Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unter dem vom Kläger geltend gemachten Gesichtspunkt einer Anfechtbarkeit nach § 130 Abs. 1 S. 1 InsO prüfen.<sup>11</sup>

Ob diesem Urteil, insbesondere mit Blick auf seine dogmatische Begründung, beigepflichtet werden kann, wird im Folgenden zu klären sein. Hierzu wird zunächst die Bedeutung der Aufrechnung in der Insolvenz und insbesondere der Vorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO herausgearbeitet (**C.**), um anschließend die

---

<sup>6</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (265, Rn. 3).

<sup>7</sup> *Ebd.*

<sup>8</sup> *Ebd.*, S. 265, Rn. 4 ff.

<sup>9</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 12.

<sup>10</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 13.

<sup>11</sup> *Ebd.*, S. 267, Rn. 14.

Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu analysieren (**D.**). Mit den daraus gewonnenen Erkenntnissen wird schließlich das Urteil bewertet (**E.**).

### C. Die Bedeutung der Aufrechnung in der Insolvenz

Wie bereits zu Beginn aufgezeigt, ist die Aufrechnung in der Insolvenz für den Insolvenzgläubiger sehr vorteilhaft. § 94 InsO wahrt die Selbstexekutionsbefugnis des Aufrechnenden.<sup>12</sup> Im gesetzlich vorgesehenen Regelfall der vor der Insolvenz bzw. in den Grenzen des § 95 InsO bestehenden Aufrechnungslage ermöglicht damit die Aufrechnung eine vollständige Befriedigung der Insolvenzforderung. Damit ist die Aufrechnungslage funktional wie ein Pfandrecht zu betrachten,<sup>13</sup> sodass die Wertung des § 94 InsO der des § 50 InsO entspricht.<sup>14</sup>

Die aus Sicht der übrigen Insolvenzgläubiger misslichen „Wohltaten“<sup>15</sup> der §§ 94, 95 InsO werden allerdings durch § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO abgemildert. Dieser verfolgt das Ziel, einen Ausgleich zwischen der Selbstexekutionsbefugnis des Aufrechnenden und dem Grundsatz der *par conditio creditorum* zu schaffen.<sup>16</sup> Bemerkenswert ist, dass § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Aufrechnung bei einer anfechtbar erlangten Aufrechnungslage für unzulässig erklärt. Damit statuiert § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO eine Wirkung der Anfechtungsregeln kraft Gesetzes, ohne dass es einer Anfechtungsklage durch den Insolvenzverwalter bedarf.<sup>17</sup> Während dies im Ergebnis folgerichtig ist, da das Vertrauen des Aufrechnungsberechtigten in die erlangte Aufrechnungslage nicht schutzwürdig ist,<sup>18</sup> überrascht die Wirkung *ipso iure*. Eine anfechtungsrechtliche Notwendigkeit für eine solche Inkorporierung<sup>19</sup> der Anfechtungsregeln in das Recht der Aufrechnung besteht nämlich nicht. Schließlich ließe sich die Begründung der

<sup>12</sup> Adolphsen, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl. 2020, § 45 Rn. 1.

<sup>13</sup> BGHZ 129, 335 (341); strenggenommen wie ein Pfandrecht an der eigenen Schuld, siehe Böttcher, Die „Selbstexekution“ im Wege der Aufrechnung und die Sicherungsfunktion des Aufrechnungsrechts, in: FS Schima, 1969, S. 95 (100 ff.); Weigel, Das Recht zur Aufrechnung als Pfandrecht an der eigenen Schuld, 1904, S. 39 ff.; zu Unterschieden siehe aber Piekenbrock, Das AGB-Pfandrecht am Kundenguthaben in der Klauselkontrolle, WM 2009, 49 (49 ff.).

<sup>14</sup> Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 94 InsO Rn. 2.

<sup>15</sup> Liefke, in: BeckOK-InsO, 32. Ed., Stand: 15.7.2023, § 96 Rn. 1.

<sup>16</sup> Simz, in: Uhlenbruck-InsO, 15. Aufl. 2019, § 96 Rn. 1.

<sup>17</sup> BGHZ 159, 388 (393); Simz, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 96 Rn. 46.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>19</sup> Vgl. zu dieser Formulierung Paulus, Zum Verhältnis von Aufrechnung und Insolvenzanfechtung, ZIP 1997, 569 (576).

Aufrechnungslage auch als anfechtbare Rechtshandlung im Sinne der §§ 129 ff. InsO adressieren.<sup>20</sup>

Der Grund für die Regelungssystematik ist indes in der Doppelfunktion der Aufrechnung<sup>21</sup> zu suchen.<sup>22</sup> Diese gewährt nicht nur eine nach § 50 InsO vergleichbare Sicherung, sondern sie stellt auch ein Erfüllungsäquivalent dar.<sup>23</sup> Schließlich befähigt die Aufrechnung den Gläubiger dazu, das wechselseitige Erlöschen der Forderungen dem späteren Insolvenzschuldner bzw. Insolvenzverwalter aufzudrängen.<sup>24</sup> Das begründet eine Gefahr der Masseschädigung, da der nachmalige Insolvenzgläubiger durch billiges Aufkaufen von Forderungen gegen den angeschlagenen späteren Insolvenzschuldner mit dem vollen Betrag gegen seine Schuld aufrechnen könnte.<sup>25</sup> Folglich ergibt es Sinn, der starken Stellung des aufrechnungsberechtigten Gläubigers in der Insolvenz zugunsten der Masse gesondert durch § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu begegnen.<sup>26</sup>

#### D. Analyse der Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO

Im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO sind die Voraussetzungen der Anfechtbarkeit inzident vollständig durchzuprüfen.<sup>27</sup> Mithin bedarf es also einer Rechtshandlung (I.), Gläubigerbenachteiligung (II.) und eines Anfechtungsgrundes (III.).

---

<sup>20</sup> So noch zur KO z. B. BGHZ 147, 233 (236 f.). Im Rahmen der KO ergab sich die Notwendigkeit der Anfechtung einer Aufrechnungslage, da die Vorgängerregel (§ 55 Nr. 3 KO) des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO nur einen Fall regelte, in denen man die Anfechtungsregeln für nicht einschlägig hielt; vgl. BGHZ 159, 388 (393).

<sup>21</sup> Dazu *Schlüter*, in: MüKo-BGB III, 9. Aufl. 2022, § 387 Rn. 1 ff.

<sup>22</sup> *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 378 f.

<sup>23</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 19.02 f.; *Piekenbrock*, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 94 InsO Rn. 2.

<sup>24</sup> *Jeremias*, Internationale Insolvenzaufrechnung, 2005, S. 139 f.; *Haarmeyer/Huber/Schmittmann*, Praxis der Insolvenzanfechtung, 5. Aufl. 2023, Kap. 1 Rn. 43 sprechen gar von „aufzwingen“.

<sup>25</sup> BGHZ 135, 30 (36).

<sup>26</sup> Ob dies durch § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO gelungen ist, erscheint jedoch zweifelhaft, da § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO – entgegen der wohl vom Gesetzgeber beabsichtigten Vereinfachung (*Fischer*, Aufrechnung und Verrechnung in der Insolvenz, WM 2008, 1 (3); *Ries*, § 96 I Nr. 3 InsO – ein trojanisches Pferd?, ZInsO 2004, 1231 ff.) – dem Insolvenzverwalter einen langwierigen Zahlungsprozess im Streitfall nicht erspart (*Zenker*, Zur Frage der Rückwirkung des § 96 I Nr. 3 InsO, NZI 2006, 16 (18 f.)).

<sup>27</sup> BGHZ 169, 158 (166, Rn. 24).

## I. Rechtshandlung

Anfechtbare Rechtshandlung kann nach dem eindeutigen Wortlaut von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO jedes Geschäft sein, das zur Möglichkeit einer Aufrechnung führt, d. h. insbesondere jede Begründung einer Haupt- oder Gegenforderung.<sup>28</sup>

### 1. Anfechtung der Aufrechnungserklärung

Hingegen nicht als solche anfechtbar ist die Aufrechnungserklärung. Ihr kommt anfechtungsrechtlich keine eigenständige Bedeutung zu.<sup>29</sup> Ist nämlich bereits die Aufrechnungsmöglichkeit unanfechtbar erlangt, so muss dies auch für die Aufrechnungserklärung gelten; ist umgekehrt die Aufrechnungsmöglichkeit anfechtbar, bedarf es keiner eigenständigen Anfechtung der Aufrechnungserklärung.<sup>30</sup>

### 2. Anfechtung eines der Aufrechnung zugrundeliegenden gegenseitigen Vertrages

#### a) Notwendigkeit der Anfechtung des gegenseitigen Vertrages

Das RG<sup>31</sup> und später auch der BGH<sup>32</sup> gingen zu Zeiten der Konkursordnung davon aus, dass die Aufrechnungslage aufgrund eines gegenseitigen Vertrags nicht isoliert anfechtbar sei, sondern nur das dazu vorgenommene Rechtsgeschäft. Später änderte der BGH noch zur Konkursordnung diese Rechtsprechung und ließ eine isolierte Anfechtung der Aufrechnungsmöglichkeit zu.<sup>33</sup> Zur praktischen Bedeutsamkeit dieser Entscheidung, folgendes Beispiel<sup>34</sup>:

*G hat gegen S aus einem Darlehen eine Forderung in Höhe von 10.000 € rückzahlbar bis zum 31.12.2022. Am 19.1.2023 verkauft S an G sein Auto zum Kaufpreis von 5.000 €. G rechnet am 20.1.2023 mit seiner Darlehensforderung auf. Am 9.2.2023 wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des S eröffnet und V zum Insolvenzverwalter bestellt.*

*Var. 1: V kann die Aufrechnung isoliert anfechten: Damit steht V ein Anspruch auf Kaufpreiszahlung in Höhe von 5.000 € gegen G zu.*

<sup>28</sup> BGH, ZIP 2016, 30 (32, Rn. 16); Lohmann/Reichelt, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 96 Rn. 43.

<sup>29</sup> Kayser/Freudenberg, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 129 Rn. 148.

<sup>30</sup> Ebd.; Windel, in: Jaeger-InsO II, 1. Aufl. 2007, § 96 Rn. 53.

<sup>31</sup> RGZ 26, 81 (84).

<sup>32</sup> BGH, KTS 1972, 42 (43); NJW 1999, 359 (359).

<sup>33</sup> BGHZ 147, 233 (236 f.).

<sup>34</sup> Angelehnt an BGH, NJW 1999, 359 (359).

*Var. 2: V kann nur das der Aufrechnung zugrundeliegende Rechtsgeschäft anfechten: Dann steht V kein Anspruch auf Erfüllung der 5.000 € gegen G zu, sondern nur ein Rückgewähr-/Wertersatzanspruch hinsichtlich des Autos.*

Aufgrund des klaren Wortlautes des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO spielen die damals von Lehre und Rechtsprechung gegen eine solche isolierte Anfechtbarkeit der Aufrechnung vorgebrachten Argumente<sup>35</sup> heute keine Rolle mehr.<sup>36</sup> Insofern folgerichtig hat der BGH für § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO klargestellt, dass die Aufrechnung isoliert angefochten werden kann, ohne dass es zugleich der Anfechtung des die Aufrechnungslage begründenden gegenseitigen Vertrages bedarf.<sup>37</sup>

*b) Möglichkeit der Anfechtung des gegenseitigen Vertrages*

Mittlerweile formulieren sowohl der BGH textbausteinartig als auch im Anschluss daran Teile der Lehre jedoch mindestens ungenau<sup>38</sup>, indem davon gesprochen wird, dass der Verwalter „die Wirkungen der Anfechtung auf die Herstellung der Aufrechnungslage beschränken“ könne.<sup>39</sup> Damit wird zum einen eine Handlungsoption des Verwalters postuliert, die es so gar nicht (mehr) gibt, da die Aufrechnung in diesen Fällen ohnehin nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO *ipso iure* unwirksam ist.<sup>40</sup> Zum anderen legt diese Formulierung („kann die Wirkung [...] beschränken“) nahe, der Verwalter könne alternativ auch den ganzen Vertrag aufgrund der dadurch geschaffenen Möglichkeit der Aufrechnung anfechten.

Letzteres mag zwar nur selten eine sinnvolle Option für den Insolvenzverwalter sein,<sup>41</sup> sodass eine klarstellende Formulierung möglicherweise als überflüssig angesehen wird. Sofern aber tatsächlich allein aufgrund der Aufrechnung eine Anfechtung des ganzen Vertrages für möglich gehalten wird,<sup>42</sup> ist dem zu widersprechen. Schließlich fehlt es in diesen Fällen schon an der nötigen

<sup>35</sup> So zog der BGH eine Parallele zur Leistung an Erfüllungs statt (KTS 1972, 42 (44)) oder führte Beweisschwierigkeiten an (NJW 1999, 359 (359 f.)).

<sup>36</sup> Windel, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 54.

<sup>37</sup> BGH, ZIP 2003, 2370 (2371); ZIP 2004, 1912 (1913).

<sup>38</sup> Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 21.

<sup>39</sup> BGH, ZIP 2010, 90 (91, Rn. 11); J. Schmidt, in: HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 96 Rn. 42.

<sup>40</sup> Siehe dazu oben C.; Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 21.

<sup>41</sup> Vgl. das Beispiel oben unter D. I. 2. a).

<sup>42</sup> So lässt sich etwa BFH, ZIP 2020, 1822 (1825, Rn. 37 ff.) deuten, der betont, dass auch die Herstellung einer Aufrechnungslage durch Rechtshandlung ihrerseits eine selbstständig anfechtbare Rechtshandlung darstelle (Rn. 37) und wiederum die Herstellung einer Aufrechnungslage durch Rechtshandlungen grundsätzlich gläubigerbenachteiligend wirke (Rn. 40).

Gläubigerbenachteiligung, da die Aufrechenbarkeit kraft Gesetzes nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig ist.<sup>43</sup> Auch würde ein solches Verständnis dazu führen, dass die bloße Möglichkeit zur Aufrechnung nicht länger nur ein (ggf. nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unwirksames) Erfüllungsäquivalent und Sicherungsmittel wäre, sondern vielmehr ein Risiko im Hinblick auf die spätere Anfechtbarkeit des gesamten Vertrages. Dieser Gefahr lässt sich auch durch eine entsprechende Vertragsgestaltung nur unzureichend begegnen.<sup>44</sup> Als Folge wäre die zuvor dargestellte starke Position des Aufrechnungsberechtigten<sup>45</sup> in ihr Gegenteil verkehrt, was mit Blick auf die im modernen Wirtschaftsleben aufgrund ihrer ökonomischen Vorteile<sup>46</sup> weit verbreitete Aufrechnung<sup>47</sup> kein tragbares Ergebnis sein kann.

Eine Anfechtung des der Aufrechnung zugrundeliegenden gegenseitigen Vertrages ist deswegen nur dann möglich, wenn die nachteilige Wirkung des Vertrages über die Möglichkeit zur Aufrechnung hinausgeht.<sup>48</sup>

## II. Gläubigerbenachteiligung

Die nach § 129 Abs. 1 InsO nötige Gläubigerbenachteiligung ist in der Möglichkeit zur Aufrechnung zu sehen, da dadurch ein die Masse mehrerer Anspruch der Gesamtheit der Gläubiger entzogen wird.<sup>49</sup>

## III. Anfechtungsgrund

Im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO kommen alle Anfechtungstatbestände in Betracht.<sup>50</sup> Ein besonderes Augenmerk liegt dabei allerdings auf der Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO, da diese ihrem Tatbestand nach

---

<sup>43</sup> OLG Düsseldorf, ZIP 2005, 2121 (2123 f.); Henkel, Die Verjährung der Hauptforderung des Insolvenzschuldners bei Unzulässigkeit der Aufrechnung nach § 96 I Nr. 3 InsO, NZI 2007, 84 (90); Windel, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 53.

<sup>44</sup> Vgl. die Versuche von Hörmann, Der Abschluss von Verträgen im Vorfeld der Insolvenz als anfechtungsrechtliches Risiko, MDR 2006, 1 (4).

<sup>45</sup> Siehe dazu oben C.

<sup>46</sup> Dazu Koutsoukou, Die Aufrechnung im europäischen Kollisions- und Verfahrensrecht, 2018, 45 f.

<sup>47</sup> So etwa der Befund von Fuchs/Leithaus, Die Aufrechnung in der Insolvenz, 4.2.2019, abrufbar unter: <https://www.cmshs-bloggt.de/insolvenzrecht/die-aufrechnung-in-der-insolvenz> (zuletzt abgerufen: 17.9.2023).

<sup>48</sup> Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 Rn. 22; Sinz, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 96 Rn. 58; Windel, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 54.

<sup>49</sup> BGH, ZIP 2013, 1180 (1180, Rn. 6); zu Sonderkonstellationen siehe Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 12, 16.

<sup>50</sup> BGHZ 179, 137 (142 f., Rn. 12).



nicht auf Rechtshandlungen des Schuldners beschränkt ist.<sup>51</sup> Umstritten ist allerdings, wie dabei die Erlangung der Aufrechnungsmöglichkeit als kongruente Deckung (§ 130 InsO) von der Erlangung als inkongruente Deckung (§ 131 InsO) abzugrenzen ist.

### 1. Aufrechnung als ausschließlich kongruente Deckung

Teilweise wird angenommen, die Erlangung der Aufrechnungsmöglichkeit sei stets eine kongruente Deckung bzw. nur in Ausnahmefällen inkongruent. Dies wird mit der Entstehungsgeschichte von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO sowie dem Wesen der Aufrechnung als Erfüllungsäquivalent begründet.<sup>52</sup>

#### a) Argument der Entstehungsgeschichte

Das historische Argument basiert auf einem Vergleich des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO mit dessen Vorgängernorm § 55 Nr. 3 KO, welcher der kongruenten Deckung in § 30 Nr. 1 Var. 2 KO nachempfunden war. An dieser Wertung habe der Gesetzgeber – wie sich aus den Gesetzesmaterialien<sup>53</sup> ergebe – auch hinsichtlich § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO festhalten wollen. Ferner entspreche es der Rechtsprechung des *BGH* zur Konkursordnung, die erlangte Aufrechnungsmöglichkeit stets als kongruent einzuordnen.<sup>54</sup>

Einer solchen Argumentation begegnen jedoch bereits im Ansatzpunkt Bedenken. So ist § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO gerade nicht einfach nur die unveränderte Nachfolgevorschrift des § 55 Nr. 3 KO. Letzterer war in seinem Anwendungsbereich nämlich deutlich beschränkt,<sup>55</sup> wohingegen mit der Neuschaffung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO das Ziel verfolgt wurde, anfechtbar erlangte Aufrechnungsmöglichkeiten nun umfassend zu regeln.<sup>56</sup> Da deswegen auch andere Anfechtungsgründe in Betracht kommen können, ist der Wortlaut von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO allgemein gefasst und verweist bewusst auf das gesamte Anfechtungsrecht<sup>57</sup> und damit auch auf § 131 InsO.

<sup>51</sup> *BGH*, NZI 2010, 903 (903, Rn. 9); *Jeremias* (Fn. 24), S. 147.

<sup>52</sup> *Häsemeyer*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Aufl. 2009, S. 475 Rn. 56 ff.; *Landfermann*, *Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1. Aufl. 1997, 127 (150, Rn. 74).

<sup>53</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>54</sup> *Häsemeyer*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* (Fn. 52), S. 475 Rn. 56 ff.; *Landfermann*, *Allgemeine Wirkungen der Insolvenzeröffnung*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung* (Fn. 52), S. 150, Rn. 74.

<sup>55</sup> Vgl. Fn. 20; *Henkel* (Fn. 43), S. 85.

<sup>56</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>57</sup> *Ebd.*

Aus der Rechtsprechung des *BGH* zur Konkursordnung lässt sich ebenfalls kein Argument für die alleinige Anwendung von § 130 InsO ableiten. So wird dagegen ins Feld geführt, dass es in den besagten Aufrechnungsfällen des *BGH* fast nie auf die Unterscheidung von kongruenter und inkongruenter Deckung ankam.<sup>58</sup> Selbst wenn aber der *BGH* sich früher auf den Standpunkt gestellt hat, dass die Erlangung einer Aufrechnungsmöglichkeit als ausschließlich kongruente Deckung zu behandeln sei, ergibt sich daraus kein Argument dafür, dies auch für die InsO in gleicher Weise zu handhaben.<sup>59</sup> Mit Blick darauf, dass der *BGH* heute eindeutig nicht mehr nur auf § 130 InsO abstellt,<sup>60</sup> entfaltet das Argument im Übrigen auch keine prognostische Schlagkraft mehr.

*b) Argument der Vergleichbarkeit mit der Erfüllung*

Als weiteres Argument für eine ausschließliche Anwendung von § 130 InsO im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO wird der Charakter der Aufrechnung als Erfüllungssurrogat angeführt.<sup>61</sup>

Dieses Argument lässt sich nicht bereits mit Verweis darauf entkräften, dass Gegenstand der Anfechtung nur die Aufrechnungslage selbst sei, die aber anders als die Aufrechnungserklärung nur erfüllungsvorbereitende Wirkung habe.<sup>62</sup> Schließlich wendet der *BGH* in ständiger Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien<sup>63</sup> § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO auch auf vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits erklärte Aufrechnungen rückwirkend an.<sup>64</sup> Ferner wirkt die nach § 94 InsO grundsätzlich insolvenzfeste Aufrechnung gemäß § 389 BGB auf den Zeitpunkt der Entstehung der Aufrechnungslage zurück.<sup>65</sup> Daher ist im Kontext der §§ 94 ff. InsO<sup>66</sup> die Entstehung der Aufrechnungslage mit der Erfüllung der Insolvenzforderung wertungsmäßig gleichzusetzen.<sup>67</sup>

<sup>58</sup> v. *Olshausen*, in: BK-InsO, 79. EL, November 2022, § 96 Rn. 11.

<sup>59</sup> *Bork*, Aufrechnung und Insolvenzanfechtung, in: FS Ishikawa, 2001, S. 31 (41).

<sup>60</sup> Siehe nur den Ausgangsfall von *BGH*, ZIP 2023, 265 (265, Rn. 7 ff.).

<sup>61</sup> *Häsemeyer*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (Fn. 52), S. 475 Rn. 56.

<sup>62</sup> *Bork* (Fn. 59), S. 41.

<sup>63</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>64</sup> BGHZ 179, 137 (143, Rn. 13); 169, 158 (161, Rn. 10 ff.); dies kritisierend: *Zenker* (Fn. 26), S. 16 ff.; *Piekenbrock*, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 27 f. m. w. N.

<sup>65</sup> *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 60.

<sup>66</sup> Grundsätzlich gilt indes, dass die bloße Gestaltbarkeit die Rechtslage nicht ändert.

<sup>67</sup> *Häsemeyer*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung (Fn. 52), S. 475 Rn. 17 ff., 56; *Jeremias* (Fn. 24), S. 140; *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 60; wohl auch *Thole* (Fn. 22), S. 380 f.; vgl. **C.**

Dies allein kann aber umgekehrt auch keine kongruente Deckung begründen, als die Kongruenz einer Handlung nicht positiv festzustellen ist. Stattdessen muss dargelegt werden, dass § 131 InsO nicht anwendbar ist und damit § 130 InsO als Auffangtatbestand greift.<sup>68</sup> Da im Übrigen auch die Art und Weise der Erfüllung inkongruent sein kann,<sup>69</sup> kommt es darauf an, ob die Aufrechnungslage eine Deckung gewährt, die in dieser Art immer zu beanspruchen ist (vgl. § 131 Abs. 1 InsO). Ist dem nicht so, würde § 131 InsO (im Einzelfall) greifen und eine Pauschalverweisung auf § 130 InsO wäre nicht haltbar.

aa) Einordnung anderer Erfüllungssurrogate

Ausgangspunkt der Überlegungen, ob die Aufrechnung stets zu beanspruchen ist, kann ein Vergleich mit anderen Erfüllungssurrogaten sein. So ist bei der Hinterlegung (§§ 372 ff. BGB) anerkannt, dass – sofern die geschuldete Leistung hinterlegt wurde – eine so erlangte Deckung stets kongruent ist.<sup>70</sup> Umgekehrt ist für die Leistung an Erfüllungs statt oder erfüllungshalber regelmäßig von einer Inkongruenz auszugehen.<sup>71</sup>

Diese unterschiedliche Einordnung mag zunächst überraschen, kann doch der Gläubiger weder eine Leistung an Erfüllungs statt bzw. erfüllungshalber noch eine Hinterlegung beanspruchen. Die erleichterte Anfechtung nach § 131 InsO beruht allerdings auf zwei Grundannahmen: Zum einen geht man davon aus, dass der Insolvenzgläubiger weniger schutzwürdig ist, wenn er eine nicht zu beanspruchende Deckung erhalten hat. Zum anderen führt gerade dieser fehlende Anspruch dazu, dass die Deckungshandlung verdächtig wirkt, weil es nahelegt, der Gläubiger nutze die wirtschaftliche Krise des Schuldners bewusst aus, sodass eine Anfechtung dieser Deckungshandlung unter dem Gesichtspunkt einer Gläubigergleichbehandlung gerechtfertigt erscheint.<sup>72</sup>

Der entscheidende Unterschied zwischen den genannten Erfüllungssurrogaten ist somit darin zu sehen, dass der Schuldner von Gesetzes wegen mit der Hinterlegung eine Erfüllungswirkung herbeiführen kann, mithin also ohne

---

<sup>68</sup> *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 130 Rn. 6; *Raupach*, in: BeckOK-InsO (Fn. 15), § 130 Rn. 10; vgl. BGHZ 192, 221 (224, Rn. 11).

<sup>69</sup> Vgl. BGHZ 159, 388 (394); *Sinz*, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 96 Rn. 47.

<sup>70</sup> *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt-InsO, 20. Aufl. 2023, § 131 Rn. 14; *Henckel*, in: Jaeger-InsO IV, 1. Aufl. 2008, § 131 Rn. 9; *Kayser/Freudenberg*, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 131 Rn. 32.

<sup>71</sup> BGH, ZIP 2014, 231 (233, Rn. 16 ff.); BGHZ 159, 388 (394); *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck-InsO (Fn. 16), § 131 Rn. 6.

<sup>72</sup> Vgl. *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 131 Rn. 5; *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO, 96. Lieferung 2023, § 131 Rn. 110.

Veränderung des Schuldverhältnisses die geschuldete Leistung unter den Voraussetzungen des § 372 BGB für ihn stets durch Hinterlegung erfüllbar ist.<sup>73</sup> Folglich ist die Hinterlegung trotz eines fehlenden Anspruchs unverdächtig. Eine Leistung an Erfüllung statt bzw. erfüllungshalber muss der Gläubiger dagegen nicht als Erfüllung annehmen,<sup>74</sup> sodass eine Erfüllung mittels dieser Erfüllungsurrogate nicht ohne verdächtige Veränderung des Schuldverhältnisses möglich ist.<sup>75</sup>

bb) Folgerungen für die Aufrechnung

Die Aufrechnung wird man für die Wertung nach §§ 130, 131 InsO zwischen den dargestellten Erfüllungsurrogaten einordnen müssen. Wie bei der Hinterlegung gestattet sie dem Schuldner, ohne Veränderung des Schuldverhältnisses zu erfüllen.<sup>76</sup> Andererseits setzt aber die Aufrechnung – wie eine Leistung an Erfüllung statt bzw. erfüllungshalber – regelmäßig zuvor eine ggf. verdächtige Mitwirkung des anderen Teils dergestalt voraus, dass gegen bzw. für ihn ein Anspruch begründet werden muss.<sup>77</sup> Es kommt daher entscheidend darauf an, ob der Gegenanspruch und damit die Aufrechnungslage aus Sicht des zuerst begründeten Rechtsverhältnisses zu beanspruchen war oder ob die Aufrechnung eine verdächtige Abweichung vom „Masterplan“<sup>78</sup> des zuerst begründeten Rechtsverhältnisses darstellt. Im letzteren Fall gebietet der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung eine nach § 131 InsO vereinfachte Anfechtung, da insofern auch kein (schutzwürdiges) Vertrauen des späteren Insolvenzgläubigers in das Entstehen einer Aufrechnungslage bestand. Für eine solche Betrachtung lässt sich auch der Wortlaut von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO fruchtbar machen, der auf die anfechtbar *erlangte* Aufrechnungsmöglichkeit abstellt. Nicht zu beanspruchen ist danach etwa die Begleichung einer Steuerforderung durch Aufrechnung gegen eine später entstandene, von der

---

<sup>73</sup> *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 131 Rn. 14; *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 44.

<sup>74</sup> Vgl. § 364 Abs. 1 BGB. Bei der Leistung erfüllungshalber tritt strenggenommen – auch bei Annahme – überhaupt keine Erfüllung ein, stattdessen stellt diese zunächst erstmal nur einen das ursprüngliche Rechtsverhältnis sichernden Zusatz dar (BGH, BeckRS 1968, 31179120).

<sup>75</sup> Vgl. BGH, ZIP 2014, 231 (233 Rn. 16 ff.); BGHZ 159, 388 (394).

<sup>76</sup> Vgl. *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 60.

<sup>77</sup> Vgl. *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 138; *v. Olshausen*, in: BK-InsO (Fn. 58), § 96 Rn. 11.

<sup>78</sup> Vgl. *Ries/Rook*, in: Haarmeyer/Wutzke/Förster-InsO, 2. Aufl. 2012, § 96 Rn. 28.

Steuerforderung *völlig unabhängige* Werklohnforderung des nachmaligen Insolvenzschuldners.<sup>79</sup>

Folglich kann ein Anspruch auf Zahlung nicht in jedem Fall ohne Abweichung vom ursprünglichen Rechtsverhältnis durch Aufrechnung erfüllt werden.<sup>80</sup> Damit ist auch das Argument der Vergleichbarkeit mit der Erfüllung zugunsten einer ausschließlichen Anwendung von § 130 InsO bei § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO hinfällig.<sup>81</sup>

## 2. Abgrenzung zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung

Richtigerweise ist aus diesem Grund im Einzelfall zwischen kongruenter und inkongruenter Deckung abzugrenzen.<sup>82</sup> Umstritten und im Detail weiterhin ungeklärt ist allerdings die Frage, nach welchen Kriterien dies zu erfolgen hat. Die Abgrenzung ist von enormer Bedeutung, da § 131 InsO anders als § 130 InsO für die Anfechtbarkeit die Kenntnis der Krise durch den Insolvenzgläubiger nicht voraussetzt.<sup>83</sup>

Ausgangspunkt ist wie beschrieben die Frage, ob die Aufrechnungslage im Sinne des § 131 InsO zu beanspruchen war.<sup>84</sup> Dabei geht es indes nicht darum, inwiefern ein Anspruch auf Schaffung der gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 387 ff. BGB besteht.<sup>85</sup> Es ist vielmehr zu überprüfen, ob die Erfüllung bzw. Sicherung durch Aufrechnung im konkreten Fall eine verdächtige Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses darstellt.<sup>86</sup>

### a) Beurteilung anhand zeitlicher Abfolge

In der Literatur wird die Abgrenzung verbreitet anhand der zeitlichen Abfolge von Gläubiger- und Schuldnerstellung vorgenommen. So soll stets ein Fall des § 131 InsO vorliegen, wenn die Forderung des späteren Insolvenzgläubigers vor der Forderung des späteren Insolvenzschuldners bestand, da ersterer die

<sup>79</sup> Vgl. *BGH*, Beschl. v. 9.6.2011, BeckRS 2011, 17989, Rn. 2.

<sup>80</sup> So auch, wenngleich ohne Begründung *BGH*, Beschl. v. 9.6.2011, BeckRS 2011, 17989; *Ganter*, Insolvenzzrechtliche Probleme durch COVID-19 vor und nach dem Änderungsgesetz, NZI 2020, 1017 (1025); *Raupach*, in: BeckOK-InsO (Fn. 15), § 131 Rn. 17.1.

<sup>81</sup> BGHZ 159, 388 (394).

<sup>82</sup> Vgl. *Lüke*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 96 Rn. 60 ff. m. w. N.

<sup>83</sup> *Hofmann*, in: Graf-Schlicker-InsO, 6. Aufl. 2022, § 96 Rn. 16.

<sup>84</sup> Vgl. **D. III. 1.** ff.

<sup>85</sup> Dies kritisierend *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 60.

<sup>86</sup> Vgl. **D. III. 1.** b) bb); *Ganter/Weinland*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 131 Rn. 13 ff.

Herstellung der Aufrechnungslage dann nicht zu beanspruchen habe. Umgekehrt liege hingegen eine nach § 130 InsO kongruente Deckung vor, wenn der spätere Insolvenzgläubiger zunächst Schuldner des nachmaligen Insolvenzschuldners war.<sup>87</sup>

*b) Beurteilung anhand des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses*

Der BGH grenzt §§ 130, 131 InsO in ständiger Rechtsprechung – jedenfalls der Formel nach – deutlich einzelfallbezogener voneinander ab. So überprüft der BGH die Frage, ob der Aufrechnende einen Anspruch im Sinne des § 131 InsO auf die Vereinbarung hatte, welche zur Entstehung der Aufrechnungslage geführt hat, individuell anhand des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses.<sup>88</sup>

*c) Übereinstimmung der Ansichten zur Bestimmung der Inkongruenz*

Angesichts der Tatsache, dass der BGH in seiner Differenzierung deutlich abstrakter bleibt,<sup>89</sup> erscheint zunächst klärungsbedürftig, ob die Ansichten deckungsgleich sind. Das ist im Ausgangspunkt allerdings nicht naheliegend, da der BGH sich in keiner seiner Entscheidungen die zeitliche Abgrenzungsformel zu eigen gemacht hat,<sup>90</sup> obwohl diese in der Lehre wie dargestellt<sup>91</sup> seit langem sehr prominent ist und nicht zuletzt auch vom Vorsitzenden Richter des für Insolvenzsachen zuständigen neunten Senats *Schoppmeyer* selbst vertreten wird.<sup>92</sup>

Denkbar ist allerdings, dass der BGH zumindest im Ergebnis die Abgrenzung wie die Lehrmeinung vornimmt. Mithin müsste der BGH in seinen zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ergangenen Entscheidungen stets § 131 InsO angenommen haben,

---

<sup>87</sup> *Huber*, Die insolvenzrechtlich unzulässige Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO, ZInsO 2009, 566 (567); *Henckel*, in: Jaeger-InsO IV (Fn. 70), § 131 Rn. 18; *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 137 ff.; *Thole* (Fn. 22), S. 380 f.; differenzierter, aber ebenfalls an zeitlicher Abfolge orientiert *Bork* (Fn. 59), S. 42 f.; *Piekenbrock*, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 14 f.

<sup>88</sup> BGH, ZIP 2023, 265 (265, Rn. 7) m. w. N.; so auch *BFH*, Urt. v. 2.11.2010, BeckRS 2011, 94145, Rn. 41.

<sup>89</sup> *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 136.

<sup>90</sup> Paradigmatisch insofern das Ausgangsurteil BGH, ZIP 2023, 265 (265 ff.) als neueste (Stand 15.12.2023) Entscheidung des BGH zur Abgrenzung im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO: Dort zeichnet der BGH nämlich erneut die dargestellte ständige Rechtsprechung nach (Rn. 7 f.) und verweist in Rn. 9 ganz bewusst nur im Ergebnis auf die Kommentierung von *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 137b) und nicht auf dessen Herleitung *ebd.*, § 131 Rn. 137 f.

<sup>91</sup> Siehe Fn. 87.

<sup>92</sup> *Schoppmeyer*, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 137 ff., der im Übrigen wohl auch selbst davon ausgeht, dass die von ihm vertretene zeitliche Abgrenzung nicht der des BGH entspricht, da er von einer Ergänzung spricht (*ebd.*, Rn. 137).

wenn der Insolvenzgläubiger erst später zum Schuldner des Insolvenzschuldners wurde und umgekehrt § 130 InsO bejaht haben, wenn der spätere Insolvenzgläubiger zunächst Schuldner des Insolvenzschuldners war.

Der Beweis einer von der Lehrmeinung abweichenden Entscheidung des *BGH* in Fällen, in denen der Insolvenzgläubiger erst später auch zum Schuldner wird, ist indes schwierig zu führen. Schließlich ist eine Kongruenz nicht positiv zu begründen.<sup>93</sup> Es bedarf daher keiner Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO, wenn bereits die strengeren Voraussetzungen des § 130 Abs. 1 InsO vorliegen. Insofern folgerichtig nimmt der *BGH* in mehreren Fällen einer zuerst begründeten Gläubigerstellung zwar § 130 InsO an, jedoch ohne Abgrenzung zu § 131 InsO.<sup>94</sup>

Der umgekehrte Fall ist dagegen leichter nachweisbar. So hat der *BGH* gleich mehrfach die Anwendung von § 131 InsO für möglich gehalten, obwohl nach der Lehrmeinung aufgrund der zuerst begründeten Schuldnerstellung ausschließlich § 130 InsO in Betracht hätte gezogen werden dürfen.<sup>95</sup> In mehreren oberlandesgerichtlichen Entscheidungen wurde in solchen Fällen unter Bezugnahme auf die dargestellte *BGH*-Rechtsprechung § 131 InsO sogar explizit angenommen.<sup>96</sup>

---

<sup>93</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. b).**

<sup>94</sup> *BGH*, ZIP 2020, 2079 (2082, Rn. 31): Hier verlangte der Insolvenzverwalter Rückzahlung eines Bankguthabens von der beklagten Bank. Diese hatte das Guthaben mit einer zuvor begründeten Darlehnsforderung verrechnet.; *BGH*, ZIP 2013, 588 (590, Rn. 16 f.): Der Insolvenzverwalter verlangte Zahlung aus einer Werklohnforderung aus dem Jahr 2009. Dagegen rechnete der Beklagte mit eigener Forderung aus dem Jahr 2008 auf.

<sup>95</sup> *BGH*, ZIP 2010, 90 (92, Rn. 24): Der Insolvenzverwalter machte gegen das Finanzamt einen Steuererstattungsanspruchs des Insolvenzschuldners geltend. Dagegen rechnete das Finanzamt mit erst danach entstandenen Umsatzsteuerforderungen auf; *BGH*, ZIP 2005, 181 (181): Der Insolvenzverwalter begehrte die Erstattung eines Guthabens aus Betriebskostenvorauszahlungen für das Jahr 2000. Die Beklagte rechnete jedoch mit nicht gezahlten Mietforderungen aus dem Jahr 2001 auf. Der *BGH* hielt diesbezüglich sowohl § 130 als auch § 131 InsO für einschlägig, lehnte im Ergebnis aber beides ab, da der maßgebliche Zeitraum verstrichen sei.

<sup>96</sup> *OLG Brandenburg*, Urt. v. 17.6.2020, BeckRS 2020, 17105, Rn. 74 ff., 125: Der Insolvenzverwalter verlangte mit der Insolvenzschuldnerin Zahlung einer im Jahr 2012 entstandenen Abfindung und Auszahlung von Gewinnansprüchen infolge der Einziehung der Geschäftsanteile des Insolvenzschuldners. Dagegen rechnete die Beklagte mit einer Forderung gegen den Insolvenzschuldner auf, die ihr kurz vor Antragsstellung Ende 2014 abgetreten wurde; *OLG Frankfurt*, Urt. v. 15.9.2017, BeckRS 2017, 144892: Das *OLG* ließ es offen, welche Forderung zuerst entstanden ist, da in beiden Fällen § 131 Abs. 1 InsO einschlägig sei.

Somit stimmt die Ansicht des *BGH* nicht nur im Ausgangspunkt bei der Bestimmung der Inkongruenz nicht mit der Lehrmeinung überein, sondern kommt auch zu anderen Ergebnissen.<sup>97</sup>

*d) Stellungnahme*

Fraglich ist deswegen, welche der Ansichten vorzugswürdig ist bzw. ob nicht sogar ein (nuanciert) anderer Weg bei der Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO beschritten werden sollte.

aa) Zuerst begründete Gläubigerstellung als inkongruente Deckung

Wenig überzeugend ist die Behauptung, eine zuerst begründete Gläubigerstellung sei mangels Anspruchs auf eine Aufrechnungslage stets inkongruent.<sup>98</sup> Sofern überhaupt begründet, wird hierfür streitend die „starke“ Position des Insolvenzgläubigers angeführt, der in diesen Fällen Rücksicht auf die Interessen anderer Gläubiger nehmen müsse.<sup>99</sup>

Diese Begründung dürfte den Fall vor Augen haben, dass der Insolvenzgläubiger sich durch Abschluss eines (weiteren) gegenseitigen Vertrags mit dem Insolvenzschuldner zu dessen Schuldner macht, um eine Aufrechnungslage zu erlangen.<sup>100</sup> Entscheidend für die Einordnung als inkongruent ist jedoch, ob von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses in verdächtiger Weise abgewichen wurde.<sup>101</sup> Für den konkreten Fall lässt sich dies mit der Frage fassbar machen, inwiefern die Leistung des nachmaligen Insolvenzschuldners auf den später geschlossenen Vertrag wirtschaftlich einer Leistung an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) auf die Insolvenzforderung des Gläubigers gleichsteht.<sup>102</sup>

Diese Frage lässt sich jedoch gerade nicht pauschal bejahen. Vielmehr sind auch Fälle denkbar, in denen eine Aufrechnungslage durch einen später abgeschlossenen Vertrag des Gläubigers mit dem nachmaligen Insolvenzschuldner kongruent erlangt wird. Etwa dann, wenn die spätere Verrechnung bereits in dem die Gläubigerstellung begründenden

---

<sup>97</sup> So im Ergebnis auch *Brandes/Lohmann*, in: MüKo-InsO II, 3. Aufl. 2013, § 96 Rn. 31, auf den allerdings die neueste Auflage verweist (*Lohmann/Reibel*, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 96 Rn. 48); *Hofmann*, in: Graf-Schlicker-InsO (Fn. 83), § 96 Rn. 16; *Bernsau/Wimmer-Amend*, in: FK-InsO, 9. Aufl. 2018, § 96 Rn. 18.

<sup>98</sup> *Huber* (Fn. 87), S. 567; *Thole*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 96 Rn. 19 f.

<sup>99</sup> *Thole*, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 96 Rn. 20.

<sup>100</sup> So etwa der Sachverhalt bei *BGH*, ZIP 2010, 2460 (2460).

<sup>101</sup> Vgl. **D. III. 1. b) bb)**.

<sup>102</sup> Vgl. *Piekenbrock*, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 15.



Ausgangsrechtsverhältnis vereinbart wurde.<sup>103</sup> Dann stellt die spätere Aufrechnung gerade keine (verdächtige) Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses dar. Eine hingegen erst mit Abschluss des – die Schuldnerstellung des nachmaligen Insolvenzgläubigers begründenden – späteren Vertrags geschlossene Verrechnungsvereinbarung wäre inkongruent,<sup>104</sup> da dann von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses in verdächtiger Weise abgewichen würde.

Folglich ist in Fällen einer zuerst begründeten Gläubigerstellung zwar im Ergebnis häufig von einer inkongruenten Deckung auszugehen,<sup>105</sup> sie allein genügt jedoch nicht für die Annahme einer i. S. d. § 131 InsO nicht zu beanspruchenden Deckung. Vielmehr ist in diesen Fällen die konkrete Zuordnung zu § 130 oder § 131 InsO mit dem *BGH* weiterhin anhand des zuerst begründeten Rechtsverhältnisses im konkreten Einzelfall zu erforschen.<sup>106</sup>

#### bb) Zuerst begründete Schuldnerstellung als kongruente Deckung

Fraglich ist, ob ein solches Vorgehen auch für den umgekehrten Fall einer Aufrechnungslage nach zuerst begründeter Schuldnerstellung vorzugswürdig ist oder ob hier nicht vielmehr mit der Lehrmeinung stets von einer kongruenten Deckung ausgegangen werden kann. Präziser wäre es indes, da die Kongruenz nicht festzustellen ist,<sup>107</sup> danach zu fragen, ob die zuerst begründete Schuldnerstellung des späteren Insolvenzgläubigers die Annahme einer inkongruenten Deckung ausschließt.

#### (1) Heranziehung der Wertung aus § 55 Nr. 3 KO

Dafür streitend wird die Wertung des § 55 Nr. 3 KO angeführt, welcher der kongruenten Deckung nachgebildet war<sup>108</sup> und tatbestandlich genau den Fall der zuerst begründeten Schuldnerstellung des Insolvenzgläubigers behandelte.<sup>109</sup>

Gegen diese Argumentation lässt sich nicht bereits der pauschale Hinweis fruchtbar machen, dass § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO bewusst auf eine zeitliche

---

<sup>103</sup> Vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 15.3.2012, BeckRS 2013, 3842.

<sup>104</sup> Vgl. *BGHZ* 147, 233 (240).

<sup>105</sup> *Bork* (Fn. 59), S. 42 f.; *Jacoby*, in: *Bork*, Handbuch des Insolvenzanfechtungsrechts, 2006, Kap. 16 Rn. 31.

<sup>106</sup> *Bork* (Fn. 59), S. 42 f.; *Jacoby* (Fn. 105), Kap. 16 Rn. 31; *Piekenbrock*, in: *AGR-InsO* (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 15.

<sup>107</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. b)**.

<sup>108</sup> *Henkel* (Fn. 43), S. 85.

<sup>109</sup> *Bork* (Fn. 59), S. 43.

Differenzierung verzichtet habe.<sup>110</sup> Das ist zwar richtig,<sup>111</sup> kann indes aber nur Ausgangspunkt der Überlegungen sein, weil Gegenstand des Arguments nicht die tatbestandliche Differenzierung durch § 55 Nr. 3 KO ist, sondern dessen Wertung. Entscheidend ist deswegen die Frage, ob sich den Gesetzgebungsmaterialien zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO die Wertung entnehmen lässt, dass der von § 55 Nr. 3 KO geregelte Fall auch nach der InsO kein Fall der inkongruenten Deckung sein soll. In den Gesetzgebungsmaterialien heißt es dazu, dass die Regelung des § 55 Nr. 3 KO als unvollständig angesehen wird und „andere Fälle, in denen die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise herbeigeführt worden ist, ebenso behandelt werden müssen“.<sup>112</sup>

Mit „ebenso“ wird aber nicht auf die Einordnung der Aufrechnungslage als kongruente Deckung, sondern auf die Rechtsfolge von § 55 Nr. 3 KO Bezug genommen. Das ergibt sich daraus, dass als Folge der durch den Gesetzgeber erkannten Unvollständigkeit des § 55 Nr. 3 KO der Wortlaut von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO nun weit formuliert wurde.<sup>113</sup> § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO verweist bewusst auf das gesamte Anfechtungsrecht und knüpft damit nicht länger tatbestandlich an die kongruente Deckungsanfechtung an. Hieraus könnte man sogar im Gegenteil darauf schließen, dass es nach altem Recht Fälle einer zuerst begründeten Schuldnerstellung gab, die, obwohl die Aufrechnungslage anfechtbar herbeigeführt wurde, nicht von § 55 Nr. 3 KO erfasst wurden, da sie dessen strenge Voraussetzungen nicht erfüllten. Mithin stellte die Aufrechnungslage also eigentlich eine inkongruente Deckung dar, die aber nach § 55 Nr. 3 KO an den Voraussetzungen der kongruenten Deckung zu messen war.

Dieser Schluss ist allerdings nach den Gesetzesmaterialien nicht zwingend. Es lässt sich nicht eindeutig feststellen, dass der Gesetzgeber Fälle des § 55 Nr. 3 KO nach der InsO (teilweise) anders regeln wollte. Er gestaltete aber jedenfalls § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO derart offen, dass eine solche Deutung zumindest möglich ist. Daraus ergibt sich im Ergebnis ein indifferentes Bild. Die Wertung des § 55 Nr. 3 KO kann in Fällen der zuerst begründeten Schuldnerstellung des späteren Insolvenzgläubigers weder für noch gegen eine stets nicht inkongruente Deckung angeführt werden.

---

<sup>110</sup> So aber *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 96 Rn. 59 f.

<sup>111</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 141.

<sup>112</sup> *Ebd.*

<sup>113</sup> *Ebd.*

## (2) Vergleichbarkeit mit einem gesetzlichen Pfandrecht

Gegen eine inkongruente Deckung bei zuerst begründeter Schuldnerstellung wird ferner argumentiert, dass der Aufrechnungsberechtigte seine Gegenforderung zeitgleich mit der Aufrechnungsmöglichkeit erlange, sodass sich die Frage, ob der Aufrechnende dies zu beanspruchen hat, gar nicht stelle.<sup>114</sup> Die später erworbene Forderung sei vielmehr von Anfang an durch die Aufrechnungsmöglichkeit gesichert,<sup>115</sup> weswegen die Entstehung der Aufrechnungslage mit einem gesetzlichen Pfandrecht vergleichbar sei.<sup>116</sup>

Die Sicherung mittels gesetzlichen Pfandrechts stellt keine inkongruente Deckung dar. Zwar besteht auf sie kein Anspruch, ihre Bestellung ist aufgrund des gesetzlichen Automatismus jedoch nicht verdächtig.<sup>117</sup> Fraglich ist, ob diese behauptete Vergleichbarkeit der Aufrechnung mit einem gesetzlichen Pfandrecht in Fällen der zuerst begründeten Schuldnerstellung tatsächlich zutrifft, also ein vergleichbarer unverdächtigter Automatismus besteht und es damit ebenfalls nicht darauf ankäme, inwiefern die Aufrechnung zu beanspruchen war. Bereits für den Fall der nicht originär, sondern vom nun Aufrechnungsberechtigten durch Abtretung erworbenen Forderung ist dies zweifelhaft. Dann war nämlich die Forderung ursprünglich nicht durch eine Aufrechnungsmöglichkeit gesichert. Die Abtretung erfolgt daher zur Herstellung der Aufrechnungslage und damit ohne den beschriebenen unverdächtigen Automatismus.<sup>118</sup> Dies begründet regelmäßig<sup>119</sup> – sofern sich aus dem zuerst entstandenen Rechtsverhältnis nicht etwas Abweichendes ergibt – die Inkongruenz der erlangten Aufrechnungslage.<sup>120</sup>

Aber auch sonst erscheint die bloße Tatsache, dass der (originäre) Forderungserwerb nach einer zuvor begründeten Schuldnerstellung erfolgte, nicht geeignet, pauschal eine inkongruente Deckung auszuschließen. Schließlich

---

<sup>114</sup> Bork (Fn. 59), S. 43; Jacoby, in: HambKomm-InsO, 9. Aufl. 2022, § 96 Rn. 22; vgl. Thole, in: Karsten Schmidt-InsO (Fn. 70), § 96 Rn. 19 f.

<sup>115</sup> Jacoby, in: HambKomm-InsO (Fn. 114), § 96 Rn. 22; Piekenbrock, in: AGR-InsO (Fn. 2), § 96 InsO Rn. 14; Schoppmeyer, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 137a.

<sup>116</sup> Schoppmeyer, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 137a.

<sup>117</sup> BGHZ 150, 326 (330 f.); Schoppmeyer, in: KPB-InsO (Fn. 72), § 131 Rn. 110 f.; vgl. auch § 50 InsO, der gesetzliche Pfandrechte explizit einschließt.

<sup>118</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 17.6.2020, BeckRS 2020, 17105, Rn. 74 ff.; OLG Köln, NJW-RR 2001, 1493 (1494); Fischer (Fn. 26), S. 5; Bork (Fn. 59), S. 43; Jacoby (Fn. 105), Kap. 16 Rn. 31; Kruth, in: Nerlich/Römermann-InsO I, 47. EL 2023, § 96 Rn. 20.

<sup>119</sup> Jacoby, in: HambKomm-InsO (Fn. 114), § 96 Rn. 22.

<sup>120</sup> Vgl. OLG Brandenburg, Urt. v. 17.6.2020, BeckRS 2020, 17105, Rn. 74 ff.; OLG Köln, NJW-RR 2001, 1493 (1494).

kommt der Aufrechnungslage anders als einem gesetzlichen Pfandrecht nicht nur eine Sicherungswirkung zu, sondern sie steht im Kontext der §§ 94 ff. InsO wie ausgeführt auch der Erfüllung der Insolvenzforderung wertungsmäßig gleich.<sup>121</sup> Es genügt folglich nicht, wenn nur die Sicherung durch den dargestellten Automatismus unverdächtig entstanden ist, denn damit ist nur die Hälfte des relevanten Vorgangs beachtet. Vielmehr ist zusätzlich noch darauf abzustellen, ob die vom Gläubiger insofern „selbst herbeigeführte Befriedigung“<sup>122</sup> ebenfalls unabhängig von einem Anspruch darauf unverdächtig erfolgte. Da sich die Befriedigung durch Erlöschen einer zur Masse zu erbringenden Schuld in gleicher Höhe vollzieht (vgl. § 389 BGB), kann dies jedoch nicht losgelöst vom zuerst entstandenen Rechtsverhältnis – der Forderung gegen den Insolvenzgläubiger – beurteilt werden. Es ist schließlich gerade der Sinn von § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO, einer so aufgedrängten wechselseitigen Erfüllung Grenzen aufzuzeigen.<sup>123</sup> Folglich greift die Parallele zum gesetzlichen Pfandrecht hier nicht, weswegen die Befriedigung nicht pauschal als unverdächtig eingeordnet werden kann. Stattdessen ist danach zu fragen, ob die erlangte Befriedigung eine verdächtige Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses darstellt.<sup>124</sup> Das liegt etwa nahe, wenn – in Abwandlung des Beispiels von oben<sup>125</sup> – nun das Finanzamt gegen einen Steuerrückzahlungsanspruch des Insolvenzschuldners mit einer davon *gänzlich unabhängigen*, später begründeten Werklohnforderung aufrechnet.<sup>126</sup>

cc) Differenzierung anhand des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses

Insgesamt vermag die zeitliche Abfolge der Gläubiger- bzw. Schuldnerstellung somit zwar teilweise einen guten ersten Anhaltspunkt für die Differenzierung von kongruenter und inkongruenter Deckung zu geben; die allein danach gefundenen Ergebnisse überzeugen wie aufgezeigt indes nicht in jedem Fall. Es ist somit vorzugswürdig mit dem *BGH*<sup>127</sup> das zuerst entstandene Rechtsverhältnis heranzuziehen, um festzustellen, ob die Aufrechnungslage i. S. d. § 131 InsO zu beanspruchen war.<sup>128</sup>

<sup>121</sup> *Windel*, in: Jaeger-InsO II (Fn. 30), § 94 Rn. 9; siehe dazu oben **D. III. 1. b**).

<sup>122</sup> Vgl. *Breutigam/Syren*, in: BK-InsO (Fn. 58), § 131 Rn. 14.

<sup>123</sup> Siehe dazu oben **C.**; vgl. *Thole* (Fn. 22), S. 378.

<sup>124</sup> Vgl. *OLG Brandenburg*, Urt. v. 17.6.2020, BeckRS 2020, 17105, Rn. 74 f.

<sup>125</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. b**) bb).

<sup>126</sup> Abwandlung des Sachverhalts von *BGH*, Beschl. v. 9.6.2011, BeckRS 2011, 17989, Rn. 2.

<sup>127</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. b**).

<sup>128</sup> So im Ergebnis auch *Altmeyden*, Zur Reichweite des Aufrechnungsprivilegs in der Insolvenz, in: FS Kübler, 2015, S. 1 (3 f.).

Dabei legt der *BGH* das zuerst entstandene Rechtsverhältnis jedoch sehr restriktiv aus, was in den meisten Fällen zur Annahme einer inkongruenten Deckung führt.<sup>129</sup> So scheint er bisher sogar zu verlangen, dass die Möglichkeit zur Aufrechnung positiv im zugrundeliegenden Rechtsverhältnis vorgesehen sein muss.<sup>130</sup> In einem späteren Urteil nahm der *BGH* zumindest an, dass eine Aufrechnungslage auch dann kongruent erlangt ist, wenn der Gläubiger des nachmaligen Insolvenzschuldners durch pflichtgemäßes Verhalten seinerseits zum Schuldner einer Gegenforderung wird.<sup>131</sup>

Diese Rechtsprechung des *BGH* überzeugt jedoch nicht, da sie zu Ergebnissen führt, die so kaum gewollt sein können. Indem der *BGH* wegen der Feststellung der Inkongruenz in den meisten Fällen eine Aufrechnungslage unter den vereinfachten Voraussetzungen des § 131 InsO für anfechtbar erklärt, wird das in der Insolvenz eigentlich sehr potente Sicherungs- und Erfüllungsmittel<sup>132</sup> der Aufrechnung unnötig entwertet.<sup>133</sup> Dies ist ganz besonders in folgender Konstellation misslich:

*Der finanziell stark angeschlagene S ist Inhaber einer Forderung gegen G. S steht mit G in ständiger gegenseitiger Geschäftsbeziehung; allerdings hat G aktuell keine Forderungen gegen S. Um sich aus der finanziellen Schieflage zu befreien, ist S auf physische Leistungen des G angewiesen, deren Kosten ca. der Höhe der eigenen Forderung gegen G entsprechen.*

Hier wird G nur noch dann einen Vertrag mit S abschließen, wenn die dadurch entstehende Aufrechnungsmöglichkeit anfechtungsfest ist.<sup>134</sup> Dafür kommt es

---

<sup>129</sup> Siehe bereits die negative Formulierung „nur kongruent, wenn“ bei *BGH*, Beschl. v. 9.6.2011, BeckRS 2011, 17989, Rn. 2; vgl. die im Ausgangsfall vom *BGH* beispielhaft aufgezählten Entscheidungen in *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 8)); *Hiebert*, COVInsAG: Kein Aufrechnungsverbot nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO?, ZInsO 2020, 2026 (2026 ff.); *Haarmeyer/Huber/Schmittmann* (Fn. 24), Kap. 1 Rn. 45; sofern der *BGH* § 130 InsO annimmt, dann meistens nur, weil eine Abgrenzung zu § 131 InsO entbehrlich ist, siehe dazu oben Fn. 94; a.A. ohne Nachweise oder Begründung hingegen *d’Avoine*, Anmerkung zum Urteil des *BGH* vom 8.12.2022, Az. IX ZR 175/21 – Zur Frage der Inkongruenz bei Herstellung einer Aufrechnungslage, EWiR 2023, 179 (180).

<sup>130</sup> Vgl. *BGH*, ZIP 2007, 1507 (1510, Rn. 21); den *BGH* auch so verstehend *Hiebert* (Fn. 129), S. 2026 ff.; *Thole* (Fn. 22), S. 380 f.; wohl auch *Fuchs*, Keine Inkongruenz der Herstellung der Aufrechnungslage bei Vereinbarung von Haupt- und Gegenforderung im selben Vertrag, GWR 2023, 72 (72 ff.), der deswegen stets die Aufnahme einer Aufrechnungsbefugnis in den Vertrag empfiehlt.

<sup>131</sup> *BGH*, ZIP 2010, 682 (685, Rn. 27).

<sup>132</sup> Siehe dazu oben **C**.

<sup>133</sup> *Altmeyen* (Fn. 128), S. 3.

<sup>134</sup> Ansonsten bekommt er für seine Leistung nur die Insolvenzquote, siehe dazu oben

**A**.

entscheidend darauf an, dass § 131 InsO nicht greift.<sup>135</sup> Das ist nach der dargestellten Rechtsprechung des *BGH* in dieser Konstellation nur dann sichergestellt, wenn S und G im zuerst begründeten Rechtsverhältnis eine Aufrechnungsbefugnis positiv vereinbart hatten. In allen anderen Fällen wird ein gut beratener G kein Geschäft mehr mit S abschließen und diesen damit in die Insolvenz stürzen.

Des Weiteren erscheint eine solch restriktive Auslegung auch nach Sinn und Zweck des § 131 InsO nicht erforderlich. Zwar ist der Aussage des *BGH* im Grunde zuzustimmen, dass in den meisten Fällen ohne ausdrücklich vereinbarte Aufrechnungsbefugnis eine dennoch erfolgte Aufrechnung zu einer Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses führt. Diese Abweichung kann jedoch auch nur geringfügig sein, sodass aus ihr nicht immer etwas Verdächtiges abzuleiten ist.<sup>136</sup> Die ausnahmslose Annahme von § 131 InsO in solchen Fällen erscheint daher vorschnell.<sup>137</sup>

Es ist zwar begrüßenswert, dass der *BGH* wie oben erwähnt eine spätere Schuldnerstellung des Gläubigers als nicht inkongruent beurteilt hat, sofern diese durch pflichtgemäßes Verhalten entstanden ist. Allerdings ist auch diese Formel zu eng. Sie muss nämlich zumindest auch im umgekehrten Fall einer zuerst begründeten Schuldnerstellung des späteren Insolvenzgläubigers gelten,<sup>138</sup> da auch dann die begründete Aufrechnungslage unverdächtig ist.

#### dd) Eigener Ansatz zur Ermittlung der Inkongruenz

Es sollte indes nicht (allein) darauf ankommen, inwiefern die geschaffene Aufrechnungslage „pflichtgemäß“ erlangt wurde. Letztlich ist auch diese scheinbar neue Formel des *BGH* nur der Versuch, zu ermitteln, ob ein Anspruch auf die Aufrechnungslage besteht.<sup>139</sup> Wie beschrieben sollte aber nicht bei der Anspruchsprüfung verharret werden. Es ist auch vom *BGH* anerkannt, dass bei nur geringfügiger Abweichung zwischen Anspruch und Deckungsleistung eine

---

<sup>135</sup> Das Bargeschäftsprivileg kommt hier nicht in Frage (§ 142 Abs. 1 InsO: „unmittelbar“).

<sup>136</sup> Vgl. **D. III. 1. b) aa)**; siehe auch *BGH*, ZIP 2005, 1243 (1244).

<sup>137</sup> Vgl. *Altmeyden* (Fn. 128), S. 7.

<sup>138</sup> Vom *BGH* nur angedeutet in ZIP 2014, 2351 (2353, Rn. 15).

<sup>139</sup> Dafür spricht, dass der *BGH* in besagter Entscheidung (ZIP 2010, 682 (685, Rn. 27)) zuvor seine „Anspruchs-Rechtsprechung“ referiert und darunter ohne Widerspruch die Fälle pflichtgemäßen Verhaltens subsumiert. So auch *Hiebert* (Fn. 129), S. 2026 („weiter konkretisiert“); a.A.: *de Bra*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 11.2.2010, FD-InsR 2010, 301288 („Ausnahme“).

inkongruente Deckung ausscheidet, da das Erbrachte dann unverdächtig ist.<sup>140</sup> Typische Fälle sind Abweichungen von der nach dem Inhalt des Anspruchs vorgesehenen Erfüllung, sofern diese noch der Verkehrssitte entsprechen.<sup>141</sup> Es liegt deswegen nahe, diese Rechtsprechung auch auf Fälle der Aufrechnung zu übertragen. Nicht umsonst wird teilweise davon ausgegangen, die Erlangung der Aufrechnungslage sei als gesetzlich vorgesehenes Erfüllungssurrogat stets kongruent.<sup>142</sup> Dem ist zwar nicht beizupflichten,<sup>143</sup> richtig ist aber, dass die erlangte Aufrechnungslage sich weder als pauschal kongruent noch inkongruent einordnen lässt, sondern es vielmehr einer Bewertung im Einzelfall bedarf.<sup>144</sup> Es sollte deswegen auch bei Ablehnung eines Anspruchs auf die Aufrechnungslage noch geprüft werden, ob die so erfolgte Abweichung von den Vorgaben des ursprünglichen Rechtsverhältnisses nur geringfügig war.<sup>145</sup>

Die Einordnung einer Aufrechnungslage als nicht inkongruent kommt nach dem zuvor Gesagten also dann in Betracht, wenn die Aufrechnungslage im zuerst begründeten Rechtsverhältnis eindeutig angelegt war bzw. beide Forderungen aus einem einheitlichen Vertrag erwachsen sind. So könnte man etwa im Beispiel oben<sup>146</sup> eine inkongruente Deckung ablehnen, sofern sich die regelmäßige Geschäftsbeziehung aus dem zuerst entstandenen Rechtsverhältnis ergibt. Ferner ist abweichend vom *BGH* sowohl die Aufrechnung von Mietforderungen und Guthaben aus der Betriebskostenabrechnung<sup>147</sup> als auch die Aufrechnung gegen einen Anspruch auf Herausgabe eingezogener Gelder durch einen Mandanten mit dem dafür entstandenen anwaltlichen Vergütungsanspruch<sup>148</sup> nicht wegen Inkongruenz anfechtbar.

Im Ergebnis ist deswegen bei der Bestimmung der Inkongruenz zunächst mit dem *BGH* danach zu fragen, ob sich aus dem zuerst begründeten Rechtsverhältnis ein Anspruch auf die Aufrechnungslage ergibt. Es ist also nach einer Verpflichtung zur Schaffung der Aufrechnungslage bzw. nach einer

---

<sup>140</sup> *BGH*, ZIP 2005, 1243 (1244); ZIP 2003, 356 (357 f.); *Schoppmeyer*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 131 Rn. 39 ff.

<sup>141</sup> *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck-InsO* (Fn. 16), § 131 Rn. 6, 92 ff.; *Raupach*, in: *BeckOK-InsO* (Fn. 15), § 131 Rn. 6.1; *Schoppmeyer*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 131 Rn. 41.

<sup>142</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1.**; vgl. *Windel*, in: *Jaeger-InsO II* (Fn. 30), § 96 Rn. 60 ff.

<sup>143</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1.** ff.

<sup>144</sup> *Jeremias* (Fn. 24), S. 151 f.

<sup>145</sup> So auch *Windel*, in: *Jaeger-InsO II* (Fn. 30), § 96 Rn. 60 ff., der jedoch eine Anspruchsprüfung gänzlich ablehnt und stattdessen nur am Maßstab der Üblichkeit abgrenzt.

<sup>146</sup> Siehe dazu oben **D. III. 1. d)** cc).

<sup>147</sup> *BGH*, ZIP 2005, 181 (181) lässt die Einordnung offen.

<sup>148</sup> *BGH*, ZIP 2007, 1507 (1510, Rn. 21); wie hier: *Jacobi*, *NZI* 2007, 495 (497 f.).

positiven Vereinbarung zu suchen.<sup>149</sup> Besteht ein solcher Anspruch nicht, ist in einem zweiten Schritt die durch die dennoch erklärte Aufrechnung erfolgte Abweichung von den Vorgaben des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses auf ihre Geringfügigkeit zu untersuchen. Dies ist durch Auslegung des Rechtsverhältnisses anhand der Verkehrssitte zu ermitteln,<sup>150</sup> insbesondere mittels der Frage, inwiefern die Aufrechnung in diesem bereits angelegt war. Erst wenn hierbei eine mehr als nur geringfügige Abweichung festgestellt wird, ist die Möglichkeit zur Aufrechnung inkongruent und damit anfechtbar i. S. d. § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO erlangt worden.

### 3. Anfechtung nach §§ 133, 134 InsO

Entgegen teilweise anders lautender Stimmen in der Literatur<sup>151</sup> kommt auch den §§ 133, 134 InsO im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO durchaus praktische Bedeutung zu.<sup>152</sup>

#### a) Relevanz in der Rechtsprechung

Dies zeigt bereits die Fülle der *BGH*-Entscheidungen, die sich damit befassen.<sup>153</sup> Ferner kann die Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO eine Anfechtung nach § 131 InsO über den Dreimonatszeitraum hinweg möglich machen. Schließlich ist die inkongruente Deckung ein Beweiszeichen im Rahmen des § 133 InsO.<sup>154</sup> Dadurch liefert auch § 133 Abs. 2 InsO ein weiteres Argument dafür, die ausufernde Annahme inkongruent erlangter Aufrechnungslagen zu begrenzen.<sup>155</sup>

Im Übrigen ist auch die Schenkungsanfechtung nach § 134 InsO von Bedeutung, wenn der spätere Insolvenzschuldner dem Insolvenzgläubiger rechtsgrundlos eine Zahlung außerhalb des Zeitraums der §§ 130, 131 InsO gewährt hat und der Insolvenzgläubiger gegen den Rückzahlungsanspruch mit einer eigenen Forderung aufrechnet.<sup>156</sup> Dann kommt es entscheidend darauf an, inwiefern die

<sup>149</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) cc**).

<sup>150</sup> Vgl. *Kayser/Freundenberg*, in: *MüKo-InsO II* (Fn. 1), § 131 Rn. 11.

<sup>151</sup> Vgl. *Lohmann/Reichelt*, in: *MüKo-InsO II* (Fn. 1), § 96 Rn. 51.

<sup>152</sup> *Thole*, in: *Karsten Schmidt-InsO* (Fn. 70), § 96 Rn. 18.

<sup>153</sup> *BGHZ* 214, 350 (350 ff.); 179, 137 (137 ff.); *BGH*, *ZIP* 2018, 1188 (1188 ff.); Urt. v. 12.3.2015, *BeckRS* 2015, 6673, Rn. 9; *ZIP* 2012, 1254 (1255, Rn. 16 ff.); *Lüke*, in: *KPB-InsO* (Fn. 72), § 96 Rn. 63 m. w. N.

<sup>154</sup> Daran hat auch die Neuausrichtung der Vorsatzanfechtung durch *BGHZ* 230, 28 (28 ff.) nichts geändert, da diese nur den Bereich kongruenter Deckungen betraf; *BGH*, *ZIP* 2022, 1608 (1612 f., Rn. 40).

<sup>155</sup> Vgl. *Huber* (Fn. 87), S. 566; *Haarmeyer/Huber/Schmittmann* (Fn. 24), Kap. 1 Rn. 45.

<sup>156</sup> So der Sachverhalt bei *BGHZ* 214, 350 (350 ff.)



rechtsgrundlose Leistung des Insolvenzschuldners als unentgeltlich i. S. d. § 134 InsO anzusehen ist. Nach dem *BGH* ist dies nur der Fall, wenn der Schuldner in Kenntnis des Nichtbestehens der Verbindlichkeit zahlt.<sup>157</sup> Zahlt der Schuldner hingegen in der Annahme, die Verbindlichkeit bestehe, fehle es an der Unentgeltlichkeit.<sup>158</sup> Dies begründet der *BGH* zum einen damit, dass § 814 BGB nicht greife und somit der Insolvenzschuldner für seine rechtsgrundlose Leistung einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 1 BGB erhalte.<sup>159</sup> Zum anderen wird der Schutzzweck des § 134 InsO angeführt, da ansonsten eine Vielzahl inkongruenter Leistungen nach § 134 InsO anfechtbar seien, sodass zweckwidrig die Möglichkeit ihrer Anfechtung von drei Monaten (§ 131 InsO) auf vier Jahre (§ 134 InsO) ausgedehnt würde.<sup>160</sup> Deswegen genügt es dem *BGH* für §§ 96 Abs. 1 Nr. 3, 134 InsO nicht, dass dem Schuldner ein bereicherungsrechtlicher Anspruch zusteht.<sup>161</sup>

*b) Relevanzgewinn von § 134 InsO durch Richtlinienentwurf?*

Diese Argumentation des *BGH* ist überzeugend, da ansonsten eine enorme Entwertung der Aufrechnung als Sicherungsmittel droht. Fraglich erscheint indes, ob sie vor dem Hintergrund jüngster europarechtlicher Entwicklungen Bestand haben kann. So hat die EU-Kommission am 7.12.2022 einen Richtlinienentwurf zur (Mindest-)Harmonisierung des Insolvenzrechts (RL-E) vorgelegt,<sup>162</sup> welcher sich in Art. 7 RL-E auch mit der Schenkungsanfechtung befasst. Dort heißt es: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass Rechtshandlungen des Schuldners [...] gegen eine offensichtlich nicht angemessene Gegenleistung für nichtig<sup>163</sup> erklärt werden können“. Damit fasst der RL-E den Tatbestand der

<sup>157</sup> *BGH*, ZIP 2013, 1533 (1535, Rn. 21).

<sup>158</sup> BGHZ 214, 350 (352, Rn. 9 ff.); a.A. *Ludwig*, Anfechtung geleisteter Bearbeitungsentgelte in Verbraucherdarlehensverträgen; Unentgeltliche Leistung: Ja oder Nein?, ZInsO 2016, 891 (894); *Zistler*, Anmerkung zu *AG Friedberg*, Urt. v. 30.10.2015 – 2 C 318/15 (12), ZInsO 2016, 212 (212).

<sup>159</sup> BGHZ 214, 350 (354, Rn. 13 ff.).

<sup>160</sup> *Ebd.*, 350 (356, Rn. 17).

<sup>161</sup> *Ebd.*, 350 (360, Rn. 25 ff.).

<sup>162</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, COM (2022) 702 final.

<sup>163</sup> Der Richtlinienentwurf geht bei der Rechtsfolge der Anfechtung – anders als das nationale Recht (vgl. § 143 InsO) von einer Nichtigkeit der angefochtenen Rechtshandlung aus. Angesichts Art. 5 RL-E dürfte dieses Verständnis jedoch keine zwingende Vorgabe für deutsches Recht sein (vgl. *Thole*, Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Insolvenzrechts, COM (2022) 702, ZIP 2023, 389 (390)).

Schenkungsanfechtung – jedenfalls dem Wortlaut nach – deutlich weiter als § 134 InsO.

Als Folge drohen die dargestellten Argumente des *BGH* obsolet zu werden. Mit Blick auf die beweisrechtlichen Schwierigkeiten<sup>164</sup> und die Möglichkeit der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) erscheint es nämlich naheliegend, einen bloßen Bereicherungsanspruch als offensichtlich nicht angemessene Gegen„leistung“ einzuordnen. Das zweite systematische Argument des *BGH* bleibt zwar bestehen und ließe sich sogar noch ergänzen. Bei unbesehener Umsetzung von Art. 7 Abs. 1 RL-E in § 134 InsO käme es nämlich nicht nur zu einer Überschneidung mit § 131 InsO. Vielmehr wäre darüber hinaus auch § 132 InsO mit seinen kürzeren Anfechtungsfristen in vielen Fällen ohne eigenen Anwendungsbereich, da eine Rechtshandlung gegen eine „offensichtlich nicht angemessene Gegenleistung“ ein typischer Fall des § 132 InsO ist.<sup>165</sup> Diesem Argument wird allerdings nur noch eine rechtspolitische Dimension zukommen, wenn das nationale Recht entsprechend eindeutig angepasst wurde.

### **E. Bewertung der Ausgangsentscheidung des *BGH***

Betrachtet man nun das eingangs dargestellte Urteil des *BGH* vom 8.12.2022 im Lichte der herausgearbeiteten Ansätze, ergibt sich für das Urteil folgende grobe Gliederung: Zunächst bezieht der *BGH* zur Abgrenzung von kongruenter und inkongruenter Deckung Stellung (**I.**).<sup>166</sup> Danach befasst er sich mit der Frage, ob eine im kritischen Zeitraum des § 131 InsO begründete Aufrechnungsbefugnis pauschal inkongruent ist (**II.**).<sup>167</sup> Schließlich stellt er kurz fest, dass die Aufrechnungsbefugnis selbst nicht isoliert anfechtbar ist (**III.**).<sup>168</sup>

### **I. Abgrenzung von kongruenter und inkongruenter Deckung**

Der *BGH* beginnt die Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO mit seiner üblichen Formel.<sup>169</sup> Diese Formel konkretisiert er jedoch dergestalt, dass es einer ausdrücklichen Vereinbarung der Aufrechnungsbefugnis nicht bedürfe (**1.**) und es vor diesem Hintergrund genüge, dass sich aus dem zuerst entstandenen Rechtsverhältnis eine Verknüpfung rechtfertige (**2.**).<sup>170</sup>

<sup>164</sup> Vgl. *Wendeborst*, in: BeckOK-BGB, 67. Ed., Stand: 1.8.2023, § 812 Rn. 281 ff.

<sup>165</sup> Vgl. *Raupach*, in: BeckOK-InsO (Fn. 15), § 132 Rn. 10 ff.

<sup>166</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (265 f., Rn. 7-10).

<sup>167</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 11 f.

<sup>168</sup> *Ebd.*, S. 267, Rn. 13.

<sup>169</sup> *Ebd.*, S. 265, Rn. 7; vgl. **D. III. 1. b.**

<sup>170</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 9.

## 1. Keine ausdrückliche Vereinbarung der Aufrechnungsbefugnis

Der Verzicht des *BGH* auf eine ausdrückliche Vereinbarung der Aufrechnungsbefugnis stellt soweit ersichtlich ein Novum dar.<sup>171</sup> Besonders hervorzuheben ist dabei die allgemein gehaltene Begründung des *BGH*, wonach es der ausdrücklichen Vereinbarung nicht bedürfe, weil die Aufrechnung ein echtes Erfüllungssurrogat sei.<sup>172</sup> Folglich liegt es nahe, davon auszugehen, dass der *BGH* hier einen neuen allgemeinen Grundsatz statuieren will, der nicht nur für den (vorliegenden) Fall gilt, dass Haupt- und Gegenforderung aus demselben Vertrag erwachsen sind.<sup>173</sup>

Diesem neuen Grundsatz ist unter Zugrundelegung der Ansicht des *BGH* zur Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO beizupflichten: Wie zuvor herausgearbeitet, gibt es eine Tendenz in der Rechtsprechung des *BGH*, vorschnell § 131 InsO anzunehmen.<sup>174</sup> Diese war in nicht unerheblichem Maße darin begründet, dass der *BGH* – jedenfalls faktisch – eine ausdrückliche Vereinbarung der Aufrechnungsbefugnis für nötig hielt.<sup>175</sup> Im Sinne der oben vorgeschlagenen Einzelfallbetrachtung<sup>176</sup> ist es überzeugend, wenn der *BGH* dies nun ändert, insbesondere, da dies auch mit schlüssiger Begründung erfolgt. Es erscheint fernliegend, von den Beteiligten die Vereinbarung eines Rechts zur Ausübung der Aufrechnung zu verlangen, das sich bereits aus dem Gesetz ergibt und durch §§ 94 f. InsO im Grundsatz auch insolvenzfest ist.<sup>177</sup>

## 2. Rechtfertigung aus zuerst entstandenem Rechtsverhältnis

Allerdings möchte der *BGH* stattdessen anhand des zuerst entstandenen Rechtsverhältnisses nach einer die Aufrechnungsbefugnis begründenden Rechtfertigung suchen. Das ist zwar – als Einzelfallbetrachtung – grundsätzlich ebenfalls zu begrüßen, Bedenken ergeben sich aber daraus, dass der *BGH* dies immer noch im Rahmen seiner „Anspruchsprüfung“ vollzieht. Der *BGH* untersucht nämlich das zuerst entstandene Rechtsverhältnis danach, ob sich aus diesem eine Aufrechnungsbefugnis ergibt, die dann die Kongruenz der erlangten Aufrechnungslage begründen würde.<sup>178</sup>

---

<sup>171</sup> Vgl. *Fuchs* (Fn. 130), S. 72.

<sup>172</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 9).

<sup>173</sup> A. A. ohne Begründung *Fuchs* (Fn. 130), S. 72.

<sup>174</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) cc) f.**

<sup>175</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) cc).**

<sup>176</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) dd).**

<sup>177</sup> Vgl. *d’Avoine* (Fn. 129), S. 180.

<sup>178</sup> Vgl. *BGH*, ZIP 2023, 265 (265 f., Rn. 7, 9).

Damit erscheint aber wenig gewonnen, sofern nicht ein Fall eines gegenseitigen Vertrages vorliegt. Schließlich dürften sich in diesen Fällen – ohne ausdrückliche Vereinbarung oder „Pflicht“ zur Schaffung der Aufrechnungslage – kaum Anhaltspunkte ergeben, die einen Anspruch auf die Aufrechnungslage begründen würden. Auch fehlt es an Anhaltspunkten, dass der *BGH* hier zukünftig großzügiger sein könnte. Im Gegenteil begründet er vorliegend trotz des einheitlichen Vertragsverhältnisses die Kongruenz primär mit einem Umkehrschluss daraus, dass eine Aufrechnung nur gegen die Unternehmenskaufpreisforderung ausgeschlossen war und nicht gegen den Anspruch auf die „*Handling Fee*“.<sup>179</sup> Das kommt dann aber der eigentlich nicht für nötig gehaltenen Vereinbarung einer Aufrechnungsbefugnis schon wieder sehr nahe.

Besser wäre es, wenn der *BGH* die Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO nicht länger allein am Kriterium des Anspruchs auf die Aufrechnung vollziehen würde. Daraus ergibt sich nämlich bereits jetzt eine teilweise wenig nachvollziehbare Rechtsprechung, in welcher der *BGH* bemüht ist, sich den Anspruch auf die Aufrechnungslage in jedem Einzelfall passend zurecht zu biegen.<sup>180</sup> In diese zweifelhafte Tradition reiht sich nun auch die vorliegende Entscheidung ein. Deswegen sollte der *BGH* vielmehr, wie vorgeschlagen, zweistufig prüfen und nach der strengen „Anspruchsprüfung“ noch eine Einzelfallprüfung der sich ergebenden (verdächtigen) Abweichung vornehmen.<sup>181</sup> Dadurch wäre sichergestellt, dass die eigentlich klare und damit rechtssichere Formel des Anspruchs auf die Aufrechnungslage nicht verwässert wird. Zugleich könnte der *BGH* dem – offensichtlich auch von ihm geteilten<sup>182</sup> – (berechtigten) Störgefühl Rechnung tragen, wenn ansonsten jede Aufrechnungslage als inkongruent eingeordnet würde, die nicht zu beanspruchen war.

## II. Begründung der Aufrechnungsbefugnis in der kritischen Zeit

Des Weiteren befasst sich der *BGH* in der Ausgangsentscheidung mit der Frage, ob die Herstellung der Aufrechnungslage allein deswegen inkongruent ist, weil die Aufrechnungsbefugnis im kritischen Zeitraum des Art 131 InsO begründet wurde.<sup>183</sup> Dies lehnt er im Ergebnis ab.<sup>184</sup>

---

<sup>179</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 10.

<sup>180</sup> Vgl. die Darstellung ergangener Rechtsprechung in *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 8).

<sup>181</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d)** dd).

<sup>182</sup> Vgl. *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 9).

<sup>183</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 11 f.

<sup>184</sup> *Ebd.*, S. 266, Rn. 12.

## 1. Auswertung bisheriger *BGH*-Rechtsprechung

In der Vergangenheit war hierzu keine klare Rechtsprechungslinie des *BGH* erkennbar. So hatte der *BGH* zwar in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 trotz Begründung der Aufrechnungsbefugnis einen Monat vor Antragsstellung die Inkongruenz nicht allein mit dieser kurzen Zeitspanne begründet,<sup>185</sup> in einer Entscheidung aus dem Jahr 2010, welche er in der gegenständlichen Ausgangsentscheidung sogar darstellt,<sup>186</sup> nahm er eine kongruente Deckung dagegen nur an, weil der Gegenanspruch außerhalb der kritischen Zeit begründet wurde.<sup>187</sup> Wohl auch deswegen hielt das *OLG Düsseldorf* als Berufungsinstanz des Ausgangsfalls eine solche Argumentation für gangbar.<sup>188</sup>

## 2. Argumentation des *BGH*

Die nun erfolgte Ablehnung der pauschalen Einordnung einer im kritischen Zeitraum begründeten Aufrechnungsbefugnis als inkongruent begründet der *BGH* im Wesentlichen mit einer fehlenden Vergleichbarkeit der Aufrechnung mit der Einzelzwangsvollstreckung. Die Rechtsfolgen seien zwar wirtschaftlich betrachtet gleich, die Aufrechnung folge nach §§ 94 ff. InsO jedoch eigenständigen insolvenzrechtlichen Regeln. Insbesondere wird eine bestehende Aufrechnungslage durch die Verfahrenseröffnung grundsätzlich nicht berührt (§ 94 InsO). Aus diesem Grund rechtfertige der Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung eine durch § 131 InsO vermittelte Vorwirkung anders als in den Fällen der Einzelzwangsvollstreckung nicht, da sich die Inkongruenz der Einzelzwangsvollstreckung durch die vom Gläubiger in Anspruch genommenen hoheitlichen Zwangsmittel ergebe.<sup>189</sup>

## 3. Stellungnahme

### a) Beseitigung der bestehenden Unklarheit

Unabhängig von der Argumentation oder dem gefundenen Ergebnis ist es zunächst begrüßenswert, dass der *BGH* zu dem in oberlandesgerichtlichen Entscheidungen immer wieder anzutreffenden Topos der Begründung der Aufrechnungsbefugnis in der kritischen Zeit des § 131 InsO<sup>190</sup> Stellung bezieht.

---

<sup>185</sup> *BGH*, ZIP 2003, 2370 (2371).

<sup>186</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 8).

<sup>187</sup> *BGH*, ZIP 2010, 682 (685, Rn. 27).

<sup>188</sup> *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 8.10.2021, BeckRS 2021, 60152, Rn. 37 ff.

<sup>189</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (266, Rn. 12).

<sup>190</sup> Siehe Beschwerdevortrag bei *BVerfG*, Beschl. v. 3.5.2021, BeckRS 2021, 13468, Rn. 9; vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 15.3.2012, BeckRS 2013, 3842 (3842).

So gelingt ihm eine wertvolle Klarstellung,<sup>191</sup> die angesichts der teils widersprüchlichen Entscheidungen zuvor nicht absehbar war.

Diese Widersprüchlichkeit ergab sich im Wesentlichen durch besagte Entscheidung des *BGH* aus dem Jahr 2010. Das dort nur „*en passant*“<sup>192</sup> angesprochene Abstellen auf den kritischen Zeitraum erfolgte ohne Begründung und allein mit Verweis auf eine im Wortlaut wiedergegebene Kommentarstelle.<sup>193</sup> Kurioserweise wird eben diese Kommentarstelle (zwar in ihrer neuesten Auflage, die jedoch inhaltlich zur Voraufgabe identisch ist) vom *BGH* in der Ausgangsentscheidung als möglicherweise andere Ansicht zitiert.<sup>194</sup> Damit gibt der *BGH* faktisch die 2010 jedenfalls angedeutete Differenzierung – diesmal immerhin mit Begründung – auf.

*b) Argumentation mit ständiger Rechtsprechung zur Einzelzwangsvollstreckung*

Die besagte Begründung des *BGH* beruht im Wesentlichen auf einer fehlenden Vergleichbarkeit der Aufrechnung mit der Einzelzwangsvollstreckung. Das ist überraschend, da weder die Berufung noch die von der Berufung in Bezug genommenen Quellen einen entsprechenden Vergleich bemüht haben.<sup>195</sup> Das etwas undurchsichtige Argument ist nur bei Kenntnis der ständigen Rechtsprechung des *BGH* zur Inkongruenz von Einzelzwangsvollstreckungen zu verstehen. Nach dieser sind sämtliche im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Sicherungen oder Befriedigungen in der kritischen Zeit des § 131 InsO inkongruent.<sup>196</sup> Dies begründet der *BGH* damit, dass das die Einzelzwangsvollstreckung beherrschende Prioritätsprinzip mit seinem „Wetlauf der Gläubiger“ nur so lange hinzunehmen sei, wie für alle Gläubiger noch eine Aussicht bestehe, sich vom Schuldner eine volle Deckung zu verschaffen. Dies sei, wie sich aus der Wertung des § 131 InsO ergebe, nicht

---

<sup>191</sup> *Leithaus*, Aufrechnungslage trotz Begründung im Dreimonatszeitraum nicht zwingend inkongruent, NZI 2023, 211 (213).

<sup>192</sup> *De Bra* (Fn. 139).

<sup>193</sup> *BGH*, ZIP 2010, 682 (685, Rn. 27); zitiert: *Kirchhof*, in: MüKo-InsO II, 2. Aufl. 2008, § 131 Rn. 17.

<sup>194</sup> *BGH*, ZIP 2022, 265 (266, Rn. 12).

<sup>195</sup> Vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 8.10.2021. BeckRS 2021, 60152, Rn. 45.

<sup>196</sup> Schon das *RG* ging davon aus, dass die Entstehung eines Pfändungspfandrechts und damit auch der daraus erlangte Erlös inkongruent sei (*RGZ* 4, 435 (435 ff.); 6, 367 (368)). Dem schloss sich der *BGH* an (vgl. *BGHZ* 128, 196 (196 f.)), wobei er 1997 diese Wertung auf sämtliche Deckungen im Wege der Zwangsvollstreckung – unabhängig von der Entstehung eines Pfändungspfandrechts – als inkongruent einordnete (*BGHZ* 136, 309 (311 ff.)) und seitdem an dieser Rechtsprechung festhält (vgl. *BGHZ* 162, 143 (149); *BGH*, ZIP 2002, 1159 (1160 f.); *Borries/Hirte*, in: *Uhlenbruck-InsO* (Fn. 16), § 131 Rn. 60 m. w. N.).

mehr der Fall, wenn der Schuldner einen Eröffnungsantrag gestellt habe oder nicht mehr zahlungsfähig sei. Entsprechend dürfe in dieser Zeit die Ungleichbehandlung der Gläubiger im Wege der Einzelzwangsvollstreckung nicht mehr durch staatliche Machtmittel erzwungen werden. Geschehe dies dennoch, dürfe das Ergebnis nicht insolvenzfest sein und sei deswegen stets inkongruent erlangt.<sup>197</sup>

Vor diesem Hintergrund überzeugt, dass der *BGH* die Vergleichbarkeit von Aufrechnung und Einzelzwangsvollstreckung ablehnt, schließlich ergibt sich die pauschale Inkongruenz der Einzelzwangsvollstreckung in der kritischen Zeit des § 131 InsO nach dem *BGH* maßgeblich aus deren Durchsetzung im Wege hoheitlicher Zwangsmittel.<sup>198</sup> Da die Aufrechnung aber nur eine Selbstexekutionsbefugnis bietet und damit lediglich eine Art „privater Zwangsvollstreckung“<sup>199</sup> darstellt, ist es folgerichtig, die dargestellte Rechtsprechung nicht auf Fälle der Aufrechnung auszuweiten.

*c) Bewertung der Ablehnung im Ergebnis*

Auch im Ergebnis überzeugt die Ablehnung einer pauschalen Inkongruenz bei einer im kritischen Zeitraum begründeten Aufrechnungsbefugnis. Der *BGH* führt insofern zu Recht an, dass der Gesetzgeber mit §§ 94 ff. InsO die sich aus der Aufrechnung ergebende Problematik gesehen, sich aber mit § 94 InsO gegen einen pauschalen Ausschluss in der kritischen Zeit des § 131 InsO entschieden hat. Ein vergleichbares Argument gilt jedoch auch für die Einzelzwangsvollstreckung, als es dort nach § 88 Abs. 1 InsO zu einer *ipso iure*-Wirkung des § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO kommt<sup>200</sup> – jedoch nur für erlangte Sicherungen. Im Umkehrschluss sollen Befriedigungen im Wege der Zwangsvollstreckung gerade nicht pauschal unter § 131 InsO fallen.<sup>201</sup> Deswegen begegnen dieser Rechtsprechung erhebliche Bedenken,<sup>202</sup> sodass es auch insofern erfreulich ist, dass sie nicht auf Fälle der Aufrechnung ausgeweitet wurde. Im Übrigen gilt § 88 InsO gerade nicht für privatrechtliche

---

<sup>197</sup> Vgl. BGHZ 136, 309 (311 ff.); *BGH*, ZIP 2002, 1159 (1160 f.).

<sup>198</sup> BGHZ 136, 309 (313).

<sup>199</sup> *Jeremias* (Fn. 24), S. 153.

<sup>200</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 137.

<sup>201</sup> *Paulus*, Erwerb durch Zwangsvollstreckung als inkongruente Deckung?, ZInsO 2001, 241 (242).

<sup>202</sup> Vgl. *Niesert*, Einzelzwangsvollstreckung als kongruentes Deckungsgeschäft, NZI 2014, 592 (592 ff.) m. w. N.

Pfandrechte,<sup>203</sup> sodass aufgrund des von §§ 94 f. InsO intendierten Gleichlaufs mit § 50 InsO<sup>204</sup> dies auch für die Aufrechnung gelten muss.<sup>205</sup>

Ferner droht eine pauschale Einordnung der Begründung der Aufrechnungsbefugnis im kritischen Zeitraum als inkongruent, auch die oben beispielhaft dargestellte Problematik<sup>206</sup> weiter zu verstärken. So stellt die Aufrechnung aufgrund ihrer grundsätzlichen Insolvenzfestigkeit ein für die insolvenzbedrohte (juristische) Person wichtiges Instrument dar, um noch Geschäfte zu tätigen und so die Insolvenz ggf. abzuwenden. Schließlich werden insbesondere bisherige Gläubiger ein besonderes Interesse daran haben, zu Schuldnern zu werden, um so eine Aufrechnungslage zu erlangen. Dadurch eröffnet die Aufrechnung neben den dargestellten Risiken für die Gläubigermehrheit auch eine große Chance für den potenziellen Insolvenzschuldner, was letztlich im Interesse aller Gläubiger ist. Wird nun aber pauschal jede Begründung der Aufrechnungsbefugnis in der kritischen Zeit des § 131 InsO als inkongruent angesehen, wird der dargestellte insolvenzabwendende Mechanismus in sein Gegenteil verkehrt. Es droht dann ein Szenario, in dem mit Blick auf die negativen Folgen einer nicht anfechtungsfesten Aufrechnung<sup>207</sup> zu einem früheren Zeitpunkt auf die Schaffung einer Aufrechnungslage verzichtet wird, was wiederum dazu führt, dass noch früher eine Situation entsteht, in der die insolvenzbedrohte Person eigentlich auf die Aufrechnung angewiesen wäre.

Damit ist der Ablehnung einer pauschalen Annahme der Inkongruenz und dem so gegangenen Schritt in Richtung der gebotenen<sup>208</sup> Einzelfallbetrachtung nicht nur mit Blick auf die fehlende Vergleichbarkeit zur Einzelzwangsvollstreckung, sondern auch im Hinblick auf die wirtschaftlichen Folgen in der Krise zuzustimmen.

---

<sup>203</sup> *Breuer/Flöther*, in: MüKo-InsO II (Fn. 1), § 88 Rn. 6.

<sup>204</sup> Siehe dazu oben **C**.

<sup>205</sup> *Jeremias* (Fn. 24), S. 153.

<sup>206</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) cc**.

<sup>207</sup> Siehe dazu oben **A**.

<sup>208</sup> Siehe dazu oben **D. III. 2. d) dd**.



### III. Selbstständige Anfechtbarkeit der Aufrechnungsbefugnis

Überzeugend<sup>209</sup> ist schließlich auch, dass der *BGH*, soweit ersichtlich, erstmals klarstellt,<sup>210</sup> dass der gegenseitige Vertrag nicht allein deswegen anfechtbar ist, weil er die die Aufrechnungsbefugnis begründende Rechtshandlung darstellt.<sup>211</sup> Gerade mit Blick auf die zuvor durch den *BGH* häufig gebrauchte, mindestens missverständliche Formulierung<sup>212</sup> und die Tatsache, dass auch ein neues *BFH*-Urteil Anlass gegeben hatte, daran zu zweifeln,<sup>213</sup> war dies keine Selbstverständlichkeit.

#### F. Fazit

Mit seiner jüngsten Entscheidung zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO hat der *BGH* die Dogmatik zur anfechtbaren Aufrechnung insgesamt in erfreulicher Weise weiterentwickelt. Besonders hervorzuheben ist, dass er nun ausdrücklich feststellt, dass bei einer durch einen gegenseitigen Vertrag begründeten Aufrechnungsbefugnis regelmäßig von einer kongruenten Deckung auszugehen ist. Dadurch schützt er das Vertrauen in die Insolvenzfestigkeit der Aufrechnung,<sup>214</sup> was gerade mit Blick auf ihre insolvenzvorbeugende Wirkung<sup>215</sup> überzeugt.

Spannend bleibt hingegen, wie der *BGH* in Zukunft die Abgrenzung von §§ 130, 131 InsO gestalten wird. Begrüßenswert ist es zwar, dass der *BGH* in seiner neuesten Entscheidung den auch hier favorisierten Weg einer Einzelfallbetrachtung beschreitet und Pauschallösungen eine Absage erteilt; ob dies allerdings auch dazu führt, dass er seinen bedenklichen Hang zur Annahme einer inkongruent erlangten Aufrechnungsmöglichkeit korrigieren wird, erscheint zweifelhaft. Solange der *BGH* nämlich die Abgrenzung allein nach der Frage eines Anspruchs auf die Aufrechnung vollzieht, führt dies wohl zwangsläufig (zu) häufig zur Inkongruenz.

---

<sup>209</sup> Siehe dazu oben **D. I. 2. b).**

<sup>210</sup> In *BGH*, ZIP 2004, 1912 (1914 f.) wird dies nur angedeutet, da der *BGH* lediglich feststellt, dass eine Anfechtung eines gegenseitigen Vertrages bei Verkauf unter Wert möglich ist.

<sup>211</sup> *BGH*, ZIP 2023, 265 (266 f., Rn. 13).

<sup>212</sup> Siehe dazu oben **D. I. 2. b).**

<sup>213</sup> Siehe Fn. 42.

<sup>214</sup> *D'Avoine* (Fn. 128), S. 180; *Kiesel*, Anmerkung zu *BGH*, Urt. v. 8.12.2022 – IX ZR 175/21, FD-InsR 2023, 455792.

<sup>215</sup> Siehe dazu oben **E. II. 3. c).**