



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolvensies : naar een geobjectieeerde regeling van schuldeisersbenadeling

de Weijs, R.J.

**Publication date**  
2010

[Link to publication](#)

#### **Citation for published version (APA):**

de Weijs, R. J. (2010). *Faillissementspauliana, insolvenzanfechtung & transaction avoidance in insolvensies : naar een geobjectieeerde regeling van schuldeisersbenadeling*. [, Universiteit van Amsterdam].

#### **General rights**

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

#### **Disclaimer/Complaints regulations**

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

## 2 | Duits recht

### 2.1 Inleiding

Het Duitse recht voorziet zowel binnen als buiten een formele insolventieprocedure in de mogelijkheid om bepaalde handelingen die schuldeisers benadelen aan te tasten, oftewel in het Duits ‘*an zu fechten*’. Voor de gevallen van schuldeisersbenadeling buiten een formele insolventieprocedure is een aparte wet van toepassing, het *Anfechtungsgesetz*. De bepalingen inzake de mogelijkheden om binnen een insolventieprocedure een handeling aan te tasten zijn opgenomen in de artikelen 129 tot en met 147 *Insolvenzordnung* (‘InsO’).<sup>1</sup>

De *Insolvenzordnung* dateert van 1994 en is in 1999 van kracht geworden. In dat jaar verving de *Insolvenzordnung* de *Konkursordnung*. Bij deze omvangrijke wijziging van de Duitse faillissementswet is de *Insolvenzanfechtung* ingrijpend gewijzigd. Reden voor deze wijziging was dat algemeen het beeld bestond dat de *Insolvenzanfechtung* niet aan haar doel voldeed, hetgeen voornamelijk werd toegeschreven aan een te zware bewijslast voor de bewindvoerder.<sup>2</sup> In de nieuwe regeling van de *Insolvenzanfechtung* is de bewijslast dan ook verlicht en is op onderdelen afstand genomen van subjectieve criteria ten faveure van objectieve criteria.

De opzet van dit hoofdstuk is als volgt. § 2.1.1 bespreekt de bepalingen op grond waarvan een insolventieprocedure kan worden geopend. § 2.1.2 bespreekt de hoofdlijnen en uitgangspunten van de verschillende gronden waarop een bewindvoerder een handeling verricht voor formele insolventie kan aantasten. § 2.2 behandelt vervolgens in § 2.2.1 tot en met § 2.2.6 de verschillende gronden waarop een handeling kan worden aangetast (artikel 130 tot en met 136 InsO). Hierbij wordt, overeenkomstig de hoofdstukken Engeland en Nederland, steeds de gehele bepaling weergegeven waarna eerst bezien zal worden wat de wetgever kennelijk

---

<sup>1</sup> Hieronder zullen slechts de bepalingen in de *Insolvenzordnung* besproken worden en blijft het *Anfechtungsgesetz* buiten beschouwing.

<sup>2</sup> Zie V. Gessner, B. Rohde, G. Strate en K.A. Ziegert, *Die Praxis der Konkursabwicklung in der Bundesrepublik Deutschland; eine rechtssoziologische Untersuchung*, Köln: Bundesanzeiger Verlagsges.mBH 1978. Zie hierover ook o.a. M. Huber, *Insolvenzanfechtung*, in: P. Gottwald (red.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, München: C.H. Beck 2006, p. 774.

als rechtvaardiging heeft gezien om in te grijpen en vervolgens de objectieve en de subjectieve criteria geanalyseerd worden.

§ 2.3 beziet in hoeverre het Duitse recht de belangen van de schuldeisers beschermt tegen een dubbele opstelling van aandeelhouders. Twee vormen van deze dubbele opstelling zijn in het inleidende hoofdstuk (zie § 1.4.3) onderscheiden, te weten de aandeelhouder die de vennootschap met leningen in plaats van kapitaal financiert en de aandeelhouder die zich jegens bepaalde schuldeisers sterk maakt. Anders dan het Nederlandse en het Engelse recht, kent het Duitse recht hier een uitgebreide regeling. Dit leerstuk is recent onderwerp geweest van een ingrijpende vernieuwing. Deze vernieuwing heeft plaatsgevonden middels de zogenoemde MoMiG (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*). MoMiG is op 1 november 2008 in werking getreden. Hoewel de belangrijkste regeling in verband met verhaalsbenadeling in artikel 135 InsO is geplaatst, en dus in § 2.2 behandeld zou kunnen worden als een grond waarop handelingen verricht voor formele insolventie kunnen worden aangetaast, is gekozen voor de behandeling in een separate paragraaf (§ 2.3). Hiermee sluit de structuur van dit hoofdstuk inzake het Duitse recht zoveel mogelijk aan op de structuur van de hoofdstukken inzake het Nederlandse en het Engelse recht.

In § 2.4 wordt vervolgens ingegaan op de verhouding van de kernbepalingen van de *Insolvenzanfechtung* tot het Duitse onrechtmatigedaadsrecht en bestuurdersaansprakelijkheid. Onderzocht zal worden in hoeverre de *Insolvenzanfechtung* verklaard kan worden door de gedachte dat de wederpartij en/of de schuldenaar een vorm van onrechtmatige daad jegens de schuldeisers heeft/hebben gepleegd.

In § 2.5 worden samenvattende conclusies ten aanzien van het Duitse recht gegeven. De rechtsvergelijkende conclusies voortbouwend op de analyse van het Duitse, Engelse en Nederlandse recht zijn opgenomen in hoofdstuk 5. In het onderhavige hoofdstuk zal slechts bij uitzondering verwezen worden naar het Engelse en Nederlandse recht om opvallende verschillen te signaleren of om het voorliggende probleem scherper te stellen.

### 2.1.1 Gronden voor het openen van een insolventieprocedure

Voor een goed begrip van de regeling van de *Insolvenzanfechtung* is een zekere bekendheid met de regels omtrent het openen van de insolventieprocedure vereist. Pas met de insolventverklaring verliest de schuldenaar de vrije beschikking over zijn vermogen. De benadelende handelingen waartegen de *Insolvenzanfechtung*

---

3 Waar artikel 130, 131 en 132 InsO spreken over de periode van drie maanden voor de *aanvraag*, gold voor het oude recht onder de *Konkursordnung*, dat buiten het bereik van de bijzondere *Insolvenzanfechtung* (thans art. 130, 131, 132 InsO) vielen de handelingen die meer dan zes maanden voor de *opening* van de procedure waren verricht. Zie hierover H.P. Kirchhof, *Insolvenzanfechtung*, in: *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, München: C.H. Beck 2002, p. 507.

waakt, worden veelal ook verklaard door de dreigende insolventieprocedure waarmee de schuldenaar het vrije beheer over zijn vermogen verliest. Er bestaat daarmee een nauw verband tussen de regels inzake de insolventverklaring en de aanvraag daartoe enerzijds en de regels omtrent de aantasting van benadelende handelingen anderzijds. Onder het Duitse recht is dit in het bijzonder het geval omdat de verschillende bepalingen op grond waarvan een handeling aangetast kan worden, niet de aanvang van een insolventieprocedure nemen, maar de aanvraag daartoe.<sup>3</sup> Verder vormen de gronden waarop een insolventieprocedure gestart kan worden – betalingsonmacht (*Zahlungsunfähigkeit*), dreigende betalingsonmacht (*drohende Zahlungsunfähigkeit*) en materiële insolventie (*Überschuldung*) – belangrijke begrippen binnen de regeling van de *Insolvenzanfechtung*.

Het Duitse recht hanteert een uniforme insolventieprocedure, das *Insolvenzverfahren*, waarbinnen zowel reorganisatie als liquidatie mogelijk is. Welke wijze van afwikkeling wordt gekozen maakt niet uit voor de vraag of de *Insolvenzanfechtung* kan worden ingeroepen.<sup>4</sup> Verder is er een procedure waarbij de schuldenaar zelf de beschikking houdt over het vermogen (*Eigenverwaltung*). Ook is er een speciale procedure voor ‘consumenten’. De regels inzake de aantasting van benadelende handelingen en de vraag aan wie deze bevoegdheid toekomt, varieert enigszins al naar gelang de toepasselijke procedure.<sup>5</sup> Hier zal steeds de meest voorkomende procedure van *Insolvenzverfahren* als uitgangspunt genomen worden.

Het Duitse recht voorziet in uitgebreide regels omtrent de procedure tot insolventverklaring. Het geeft in de artikelen 17 tot en met 19 InsO verschillende gronden waarop de formele insolventie kan worden uitgesproken. Artikel 17 InsO geeft als openingsgrond betalingsonmacht (*Zahlungsunfähigkeit*). Artikel 17 InsO bepaalt dat een schuldenaar in betalingsonmacht verkeert indien hij zijn opeisbare schulden niet kan voldoen.<sup>6</sup> Artikel 18 InsO bepaalt dat de schuldenaar ook zelf insolventverklaring kan verzoeken indien betalingsonmacht dreigt (*drohende Zahlungsunfähigkeit*). Dreigende betalingsonmacht wordt aangenomen indien ‘het zich laat aanzien dat de schuldenaar niet aan zijn verplichtingen zal kunnen

---

4 Zie H. Hirte, *Insolvenzanfechtung*, in: W. Uhlenbruck (red.), *Insolvenzordnung Kommentar*, München: Franz Vahlen 2003, p. 1956. De introductie van een enkelvoudige procedure, waarbinnen zowel reorganisatie op basis van een vastgesteld plan als liquidatie mogelijk is, vormt een verruiming van het werkingsgebied van de *Insolvenzanfechtung* vergeleken met de oude *Konkursordnung*. Zie hierover Toelichting op het Regeringsontwerp (M. Balz en H.G. Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, Düsseldorf: IDW-Verlag 1995, p. 227): ‘*Insoweit wird der Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts im Vergleich zum geltenden Recht erweitert, wo eine Anfechtung zwar im Konkurs- und im Gesamtvollstreckungsverfahren, nicht aber im Vergleichsverfahren möglich ist.*’

5 Zie over de bijzonderheden Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1968 e.v.

6 Artikel 17 InsO bepaalt het volgende: ‘(1) *Allgemeiner Eröffnungsgrund ist die Zahlungsunfähigkeit. (2) Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Zahlungsunfähigkeit ist in der Regel anzunehmen, wenn der Schuldner seine Zahlungen eingestellt hat.*’ Zie over de versoepeling ten aanzien van het aannemen van betalingsonmacht ten opzichte van het recht van voor 1999, J. Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, Neuwied: Luchterhand 1999, p. 60.

voldoen zodra deze opeisbaar worden'.<sup>7</sup> Artikel 19 InsO bepaalt dat materiële insolventie (*Überschuldung*) ook een grond vormt om een insolventieprocedure te starten ten aanzien van een schuldenaar/rechtspersoon. Een dergelijke schuldenaar wordt geacht materieel insolvent te zijn indien zijn totale activa niet meer voldoende zijn om de bestaande verplichtingen te dekken.<sup>8</sup> De waardering van de activa dient op continuïteitsbasis te geschieden, indien de voortzetting van de onderneming overwegend waarschijnlijk is (ten aanzien van welke laatste omstandigheid de bewijslast bij de schuldenaar ligt).<sup>9</sup>

Een belangrijk vereiste voor het openen van een insolventieprocedure is dat de beschikbare activa tenminste voldoende zullen zijn om de kosten van de procedure, inclusief de gerechtelijke kosten en het salaris van de bewindvoerder, te dragen.<sup>10</sup> Om vast te stellen of aan dit vereiste voldaan is, benoemt de rechtbank in voorkomende gevallen een deskundige. De regels omtrent de insolventverklaring resulteren erin dat in de regel veel tijd verstrijkt tussen de aanvraag en de uiteindelijke insolventverklaring. Wel heeft de rechtbank de mogelijkheid om een voorlopige bewindvoerder te benoemen.

## 2.1.2 *Insolvenzanfechtung*

### 2.1.2.1 *De verschillende aantastingsgronden*

Artikel 129 InsO stelt een aantal basisvereisten waaraan in alle gevallen voldaan moet zijn voor het kunnen inroepen van de *Insolvenzanfechtung*. In alle gevallen is vereist dat er een i) handeling is geweest die tot ii) benadeling van iii) schuldeisers heeft geleid. De artikelen 130 tot en met 136 InsO geven vervolgens aan onder welke omstandigheden uiteenlopende handelingen bestreden kunnen wor-

7 Artikel 18 InsO bepaalt het volgende: '(1) Beantragt der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, so ist auch die drohende Zahlungsunfähigkeit Eröffnungsgrund. (2) Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen. (3) (...).'

8 Artikel 19 InsO bepaalt het volgende: '(1) Bei einer juristischen Person ist auch die Überschuldung Eröffnungsgrund. (2) Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt. Bei der Bewertung des Vermögens des Schuldners ist jedoch die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich ist. Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.'

9 In reactie op de economische crisis is middels het *Finanzmarktstabilisierungsgesetz* een tijdelijke beperking van de werking van artikel 19 InsO opgenomen, welke vooralsnog slechts zal werken tot 31 december 2013. Een nieuw lid 2 bepaalt het volgende: 'Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich. Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.' Hierdoor geldt toch *Überschuldung* niet als een openingsgrond indien de voortzetting van de onderneming overwegend waarschijnlijk is.

10 Zie artikel 26 InsO.

den. Het werkingsgebied van de verschillende bepalingen kan als volgt worden samengevat:

- *Kongruente Deckung*: Artikel 130 InsO ziet op handelingen die een verplichting inlossen op het moment en op de wijze waarop de schuldeiser aanspraak kon maken, verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna.
- *Inkongruente Deckung*: Artikel 131 InsO ziet op handelingen die een verplichting inlossen op een *ander* moment of op een *andere* wijze dan waarop de schuldeiser aanspraak kon maken, verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna.
- *Unmittelbare Benachteiligung*: Artikel 132 InsO ziet op rechtshandelingen van de schuldenaar die onmiddellijk leiden tot benadeling van schuldeisers, verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna.
- *Vorsätzliche Benachteiligung*: Artikel 133 InsO ziet op rechtshandelingen van de schuldenaar waarmee deze zijn schuldeisers opzettelijk benadeelt in de periode van 10 jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring.
- *Unentgeltliche Leistung*: Artikel 134 InsO ziet op rechtshandelingen van de schuldenaar zonder tegenprestatie in de periode van vier jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring.
- *Aandeelhoudersleningen en aandeelhoudersgaranties*: Artikel 135 InsO ziet op handelingen die een betaling vormen van, of een zekerheid creëren voor, een aandeelhouderslening in de periode van respectievelijk één en tien jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring. Verder kent artikel 135 InsO een regeling voor het geval de aandeelhouder zich sterk heeft gemaakt jegens een bepaalde schuldeiser van de schuldenaar en de schuldenaar in de aanloop naar de insolventverklaring (juist) deze schuldeiser voldoet.
- *Stille Gesellschaft*: Artikel 136 InsO ziet op handelingen tussen een personenvennootschap en een vennoot in het jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna.

De artikelen 139 tot en met 147 InsO geven algemene regels<sup>11</sup> van meer procedurele aard zoals bepalingen over de gevolgen van de *Insolvenzanfechtung*,<sup>12</sup> regels over derdenbescherming<sup>13</sup> en bepalingen inzake verjaring.<sup>14</sup> Deze zullen niet zelfstandig besproken worden.

---

11 Binnen deze artikelen vormt artikel 142 InsO een uitzondering in de zin dat het artikel een nadere afbakening van het werkingsgebied van artikel 130 en 131 InsO enerzijds en artikel 133 InsO anderzijds biedt, zodat het van meer materiële aard is. Artikel 142 InsO wordt besproken in § 2.2.1, § 2.2.2 en § 2.2.4 hieronder.

12 Zie artikel 143 en 144 InsO.

13 Zie artikel 145 InsO.

14 Artikel 146 InsO bepaalt wanneer de aanspraak tot *Insolvenzanfechtung* verjaard is en verklaart de algemene regels van het BGB van toepassing. Artikel 146 lid 2 InsO bepaalt daarbij dat ook al is een vordering tot *Anfechtung* verjaard, de bewindvoerder nakoming van een verplichting kan weigeren indien de handeling welke de verplichting heeft gecreëerd met de *Insolvenzanfechtung* bestreden zou kunnen worden.

### 2.1.2.2 Algemene uitgangspunten

Artikel 129 InsO is het basisartikel dat een aantal criteria geeft waaraan in alle gevallen voldaan moet zijn, wil de bewindvoerder een beroep kunnen doen op de *Insolvenzanfechtung*. Het artikel bepaalt het volgende:

- 1) *Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen sind und die Insolvenzgläubiger benachteiligen, kann der Insolvenzverwalter nach Maßgabe der §§ 130 bis 146 anfechten.*
- 2) *Eine Unterlassung steht einer Rechtshandlung gleich.*

Wil de bewindvoerder een beroep kunnen doen op de aantastingsgronden in artikel 130 InsO e.v., dan is vereist dat er een handeling is geweest die heeft geleid tot benadeling van schuldeisers.<sup>15</sup> De toets om vast te stellen of benadeling heeft plaatsgevonden is de vraag of de schuldeisers meer in de insolventieprocedure zouden hebben ontvangen zonder de gewraakte handeling dan het geval is wanneer deze in stand wordt gelaten.<sup>16</sup> Aantasting is niet mogelijk indien alle schuldeisers volledig kunnen worden voldaan.<sup>17</sup> Behalve in geval van artikel 132 InsO en artikel 133 lid 2 InsO, is niet vereist dat benadeling het onmiddellijke gevolg was van de rechtshandeling,<sup>18</sup> zodat in de regel middellijke benadeling volstaat. Benadeling kan optreden zowel door een afname van het beschikbare actief als een toename van het passief. De benadeling moet haar beslag hebben gekregen uiterlijk bij pleidooi voor de hoogste rechter die over de feiten oordeelt.<sup>19</sup>

Artikel 129 InsO spreekt over *Rechtshandlung*. Het Duitse begrip *Rechtshandlung* is ruimer dan het Nederlandse begrip rechtshandeling, omdat bij een *Rechtshandlung* onder het Duitse recht het rechtsgevolg ook intreedt *zonder* dat vereist is dat de wil van de persoon op dit rechtsgevolg gericht was. Het Nederlandse begrip rechtshandeling komt meer overeen met het begrip *Rechtsgeschäft*.<sup>20</sup> Onder het Duitse begrip *Rechtshandlung* vallen daarmee ook handelingen die onder het Nederlandse recht niet, althans niet zonder meer, als

15 Dit geldt ook wanneer achtergestelde schuldeisers als in artikel 39 InsO zijn benadeeld. Zie P. de Bra, *Insolvenzanfechtung*, in: E. Braun (red.), *Insolvenzordnung Kommentar*, München: C.H. Beck 2007, p. 813 en Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 46.

16 Zie hierover Smid (S. Smid, *Grundzüge des Insolvenzrechts*, München: C.H. Beck 2002, p. 313): '*Eine Gläubigerbenachteiligung liegt demnach dann vor, wenn sich die Befriedigung der Konkursgläubiger im Fall des Unterbleibens der Rechtshandlung günstiger gestaltet hätte.*' Zie overeenkomstig Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 45 en Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, Berlin: De Gruyter Recht 2008, p. 43.

17 Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 45.

18 Voorbeelden van onmiddellijke benadeling van schuldeisers zijn de verkoop en overdracht door de schuldenaar voor een te lage prijs of onder omstandigheden, de koop door de schuldenaar voor een te hoge prijs. Zie hierover § 2.2.3 hieronder.

19 Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 50.

20 *Rechtsgeschäft* wordt als volgt gedefinieerd: '*Privatwillenserklärungen, gerichtet auf die Hervorbringung eines Rechtserfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil es gewollt ist.*' Zie hierover Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1974 met verwijzing naar rechtspraak. Zie uitgebreid over de achtergrond van ons begrip rechtshandeling en het Duitse begrip *Rechtsgeschäft*, J.H.A. Lokin, 'Van handeling naar rechtshandeling, een kwestie van definitie', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, 2000, p. 17-42.

rechtshandeling zouden worden bestempeld. Voor de *Insolvenzanfechtung* is het bijvoorbeeld relevant dat het plaatsen van roerende goederen in een gehuurde onroerende zaak als *Rechtshandlung* kwalificeert. Met deze *Rechtshandlung* verkrijgt de verhuurder rechten ten aanzien van de geplaatste roerende goederen.<sup>21</sup> Schuldeisers kunnen door deze *Rechtshandlung* benadeeld worden. Hieronder zal steeds het Duitse begrip *Rechtshandlung* met ‘handeling’ vertaald worden. In artikel 132 InsO wordt gesproken over *Rechtsgeschäft*, welke term vertaald zal worden met ‘rechtshandeling’.

Belangrijk is te onderkennen dat artikel 129 InsO niet spreekt over een handeling van de schuldenaar. Lezing van de artikelen 130 tot en met 136 InsO leert dat een onderscheid gemaakt kan worden tussen bepalingen die wel en bepalingen die niet een handeling van de schuldenaar zelf vereisen. Artikel 132 tot en met 136 InsO zijn slechts van toepassing indien de schuldenaar zelf een handeling heeft verricht. De artikelen 130 en 131 InsO daarentegen vereisen slechts een handeling en stellen niet als bijkomend vereiste dat dit een handeling van de schuldenaar dient te zijn.

Artikel 129 lid 2 InsO bepaalt dat het nalaten een handeling te verrichten gelijk gesteld dient te worden met het verrichten ervan. Bepalend is de vraag of het verrichten van een handeling of het nalaten ervan gevolg heeft in het materiële recht of het procesrecht.<sup>22</sup> Voor zover het een nalaten betreft, is vereist dat het nalaten willens en wetens geschiedde.<sup>23</sup> Verder bepaalt artikel 141 InsO dat aantasting niet uitgesloten is indien de handeling middels executie heeft plaatsgevonden.<sup>24</sup>

### 2.1.2.3 *Inroepen en gevolgen*

Uit artikel 129 InsO volgt dat in een insolventieprocedure alleen de bewindvoerder een handeling kan aantasten. Er bestaat hier echter een uitzondering. Schuldeisers met het recht van separatisme kunnen nog steeds de gewone *Anfechtung* als opgenomen in het *Anfechtungsgesetz* inroepen indien zij door een handeling benadeeld zijn.<sup>25</sup>

De gevolgen van het succesvol inroepen van de *Insolvenzanfechtung* blijken uit artikel 143 InsO. Artikel 143 InsO bepaalt dat hetgeen op grond van een aantastbare handeling uit het vermogen van de schuldenaar is gevloeid aan de boedel geretourneerd moet worden (*muß zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden*). Het

21 Zie verder over gelijke gevallen zoals natrekking (*Einbau von Gegenstände in eine fremde Sache*) Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1973.

22 Smid, *Grundzüge des Insolvenzrechts*, p. 312.

23 Zie hierover Dauernheim, *Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 41: ‘Das Unterlassen muß jedoch bewußt und gewollt geschehen.’ Zie ook Kreft (G. Kreft en W. Gerhardt, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, Köln: RWS Verlag Kommunikationsforum 2006, p. 3): ‘Zu den Rechtshandlungen gehören nach § 129 Abs. 2 auch Unterlassungen; dies aber nur, wenn das Unterlassen wissentlich und willentlich geschieht.’ Zie ook De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 829 en Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1973.

24 Zie over deze bepaling meer uitgebreid Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 143 en volgende.



Duitse recht werkt dus niet met vernietiging, en heeft ook afstand gedaan van het voorheen gebruikte begrip van onwerkzaamheid ('*unwirksam*').<sup>26</sup>

In het inleidende hoofdstuk is het onderscheid gemaakt tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen enerzijds en handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen anderzijds. Betoogd is dat, om de gevolgen van het aantasten van een handelingen voor de wederpartij te bezien, *niet* een vergelijking gemaakt zou moeten worden tussen de situatie waarin deze wederpartij verkeert voor een geslaagd beroep en na een geslaagd beroep. Bij die vergelijking zal de wederpartij altijd wel slechter af zijn. De relevante vergelijking is bovenal de vergelijking tussen de situatie waarin de wederpartij zou hebben verkeerd zonder de gewraakte handeling en na een geslaagd beroep op de *Insolvenzanfechtung*.

Voor zover de wederpartij in strijd met de *paritas creditorum* voldaan is, dient hij het ontvangene af te staan. Zijn vordering kan hij gewoon indienen. Artikel 144 lid 1 InsO bepaalt dit met zoveel woorden.<sup>27</sup> In deze zin is de wederpartij (*Anfechtungsgegner*) niet slechter af dan wanneer hij de gewraakte handeling niet zou hebben verricht. Indien de vordering verzekerd was met een zekerheidsrecht, herleeft ook dit recht weer.<sup>28</sup>

Indien de wederpartij echter zelf een prestatie heeft geleverd en de transactie wordt later aangetast, dan is de vraag wat met de geleverde prestatie dient te gebeuren. Hierbij dient bijvoorbeeld gedacht te worden aan de overdracht door de schuldenaar van een auto voor 40% van de marktwaarde. Indien de bewindvoerder een geslaagd beroep doet op de *Insolvenzanfechtung*, wat dient dan te gebeuren met de prestatie geleverd door de wederpartij (de 40%)? Artikel 144 InsO geeft hiervoor de volgende regeling:

25 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 834, Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1968 en Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 154, 155.

26 De toelichting op artikel 129 InsO stelt nog het volgende ten aanzien van het karakter van de *Anfechtung*. 'Auf die Übernahme der Worte "als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam" (§ 29 KO (de oude InsO, RdW) ist bewußt verzichtet worden. Schon zum geltenden Recht hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß die Anfechtbarkeit einer Rechtshandlung nicht als relative Unwirksamkeit aufzufassen ist, sondern im Regelfall einen obligatorischen Rückgewähranspruch begründet (§ 143 des Entwurfs). Eine weitergehende Stellungnahme zum Streit um die dogmatische Einordnung der Anfechtung ergibt sich aus dem Entwurf nicht.' (Toelichting op het Regeringsontwerp van art. 129 InsO, Balz en Landfermann, *Die neuen Insolvenzgesetze*, p. 229). Hiermee is afstand genomen van de *dingliche Theorie*. Onenigheid blijft echter bestaan of de verplichting het verkregene af te staan ten behoeve van de boedel gezien moet worden als een schuld van de wederpartij (*schuldrechtliche Theorie*) of dat het vermogensbestanddeel in kwestie nog steeds door de schuldeisers uitgewonnen kan worden (*haftungsrechtliche Theorie*). Zie hierover De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 827, 828. De schuldrechtelijke theorie leidt daarbij slechts tot een insolventievordering van de bewindvoerder in een eventuele insolventieprocedure van de wederpartij, waarbij de *haftungsrechtliche Theorie* de bewindvoerder een recht met goederenrechtelijke kenmerken (i.c. *Aussonderungsrecht*) verleent. Zie over de theorieënstrijd ook Dauernheim, *Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 36, Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 407 tot en met 412 en Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1995 e.v.

27 Artikel 144 lid 1 InsO: 'Gewährt der Empfänger einer anfechtbaren Leistung das Erlangte zurück, so lebt seine Forderung wieder auf.'

28 Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 559. Dit geldt voor accessoire en niet accessoire zekerheidsrechten en ook voor zekerheidsrechten verschaft door een derde (zie Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 560 en 561).

*Eine Gegenleistung ist aus der Insolvenzmasse zu erstatten, soweit sie in dieser noch unterscheidbar vorhanden ist oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist. Darüber hinaus kann der Empfänger der anfechtbaren Leistung die Forderung auf Rückgewähr der Gegenleistung nur als Insolvenzgläubiger geltend machen.*

Deze regeling komt er dus op neer dat, voor zover de boedel gebaat is door de prestatie, de wederpartij een boedelvordering heeft. Voor zover de boedel echter niet gebaat is, blijft de wederpartij met een concurrente vordering achter. De *Insolvenzanfechtung* kan dus als effect hebben dat de wederpartij uiteindelijk aanzienlijk slechter af is indien men zijn situatie vergelijkt met die waarin hij de gewraakte handeling nooit had verricht.

De *Insolvenzanfechtung* richt zich in principe tegen de gehele handeling en bij het sluiten van een overeenkomst op de gehele overeenkomst.<sup>29</sup> Het Duitse recht maakt een uitzondering voor die bepalingen in een overeenkomst die slechts beogen te werken in geval van insolventie. Deze bepalingen kunnen zelfstandig met de *Insolvenzanfechtung* bestreden worden.<sup>30</sup> Verder kan een zekerheidsrecht dat voor meerdere vorderingen wordt gevestigd, ten dele als een congruente en ten dele als een incongruente voldoening hebben te gelden, afhankelijk van de vraag ter zekerheid van welke vordering de zekerheid strekt. Indien het zekerheidsrecht wel als een incongruente maar niet als een congruente voldoening aantastbaar is, is het zekerheidsrecht *ten dele* aantastbaar althans *ten dele* niet inroepbaar.<sup>31</sup> Dezelfde aanpak wordt gevolgd indien het zekerheidsrecht ten dele strekt ter verzekering van oud krediet en ten dele strekt tot zekerheid voor nieuw krediet, en het zekerheidsrecht voor het oude krediet wel en voor het nieuwe krediet niet met de *Insolvenzanfechtung* bestreden kan worden.<sup>32</sup>

29 Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 45 en Huber, *Insolvenzrechts-Handbuch*, p. 789. Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 130: 'Grundsätzlich sind Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen nur im Ganzen anfechtbar, eine Teilanfechtung ist ausgeschlossen. Ob und wie weit ausnahmsweise eine Teilanfechtung zugelassen werden kann, muss für die einzelnen Anfechtungstatbestände differenziert geklärt werden.'

30 Zie over deze 'nachteilige Vertragsklauseln speziell für den Insolvenzfall' § 2.2.4 hieronder.

31 Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 131: 'Bestand vor den kritischen Zeit eine fällige Verpflichtung des Schuldners zur Bestellung einer Sicherheit der gewährten Art für eine der gesicherten Forderungen, für die andere Forderungen dagegen nicht, und wird für eine der beiden Forderungen eine voll deckende Sicherheit bestellt, so ist diese nur insoweit nach § 131 anfechtbar, als sie die zweite Forderung sichert. Die einheitliche Rechtshandlung, nämlich die Bestellung einer Sicherheit, ist also nur teilweise nach § 131 anfechtbar.'

32 Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 132: 'Ist dagegen eine einheitliche Sicherungsübertragung vorgenommen worden, sollte mit ihr sowohl der Altkredit als auch der Neukredit gesichert werden und reichte die Sicherheit sowohl zur Deckung des Altkredites als auch des Neukredites aus, ist sie nur insoweit anfechtbar, wie sie den Altkredit sichert. Denn hinsichtlich des Neukredites ist sie eine unanfechtbare Bardeckung (§ 142).' Er blijven echter risico's bestaan voor de bank indien niet duidelijk is waarvoor de zekerheid is gevestigd. Zie hierover ook Hirte (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 2017): 'Demensprechend liegt umgekehrt regelmäßig eine inkongruente Sicherung vor, wenn eine Sicherungsübergabe neben einem gewährten Neukredit auch sämtliche Altverbindlichkeiten des Gläubigers sichern soll. Geht aus den getroffenen Vereinbarungen nicht eindeutig hervor, dass die Sicherheit vorrangig die Rückzahlung des im Gegenzug gewährten Kredits abdecken soll, ist das gesamte Geschäft in vollem Umfang anfechtbar.'

## 2.2 Aantastingsgronden

De artikelen 130 tot en met 136 InsO kunnen in drie categorieën onderverdeeld worden. De verschillende categorieën geven inzicht in de rechtvaardiging die ten grondslag ligt aan de verschillende bepalingen. Artikel 130, 131 en 132 InsO worden de bijzondere aantastingsgronden genoemd (*besondere Insolvenzanfechtung*), welke naam verklaard wordt door het feit dat deze bepalingen geen equivalent hebben in de gewone civiele aantastingsgronden.<sup>33</sup> De tweede categorie wordt gevormd door artikel 133 en 134 InsO, die de algemene *Insolvenzanfechtung* vormen en die op bepaalde handelingen van de schuldenaar zien. De derde categorie wordt gevormd door artikel 135 en 136 InsO, waarbij aansluiting gezocht wordt bij de wijze van financieren door aandeelhouders en vennoten van een vennootschap.<sup>34</sup>

### 2.2.1 Artikel 130 InsO: kongruente Deckung

Artikel 130 InsO voorziet onder omstandigheden in de mogelijkheid om congruente voldoeningen aan te tasten. Artikel 130 InsO bepaalt het volgende:

- 1) *Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat,*
  - i) *wenn sie in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen ist, wenn zur Zeit der Handlung der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der Gläubiger zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte oder*
  - ii) *wenn sie nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der Gläubiger zur Zeit der Handlung die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.*
- (...)<sup>35</sup>
- 2) *Der Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit oder des Eröffnungsantrags steht die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag schließen lassen.*
- 3) *Gegenüber einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestand (§ 138), wird vermutet, daß sie die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.*

<sup>33</sup> Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 37 en p. 53.

<sup>34</sup> Zie voor deze driedeling o.a. G. Kayser, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht. Unternehmensinsolvenz und Insolvenzanfechtung*, Keulen: Carl Heymanns Verlag 2009, p. 171, 172.

<sup>35</sup> Artikel 130 InsO lid 1 sub 2 is uitgebreid in verband met de implementatie van de Europese richtlijn (2002/47/EG) inzake de financiëlezekerheidsovereenkomst. De toevoeging luidt als volgt: *Dies gilt nicht, soweit die Rechtshandlung auf einer Sicherungsvereinbarung beruht, die die Verpflichtung enthält, eine Finanzsicherheit, eine andere oder eine zusätzliche Finanzsicherheit im Sinne des § 1 Abs. 17 des Kreditwesengesetzes zu bestellen, um das in der Sicherungsvereinbarung festgelegte Verhältnis zwischen dem Wert der gesicherten Verbindlichkeiten und dem Wert der geleisteten Sicherheiten wiederherzustellen (Margensicherheit).*

Artikel 130 InsO is nauw verwant met artikel 131 InsO. Deze twee bepalingen vormen samen de *Deckungsanfechtung*. Als de handeling beoogt een bestaande schuld teniet te doen gaan of daartoe zekerheid creëert of in nog ruimere zin, de voldoening van die schuld mogelijk maakt,<sup>36</sup> dan is een dergelijke handeling aantastbaar indien voldaan is aan de vereisten in artikel 130 of 131 InsO. De artikelen 130 en 131 InsO introduceren een voor het Duitse recht zeer belangrijk onderscheid tussen congruente en incongruente voldoeningen. Het theoretische onderscheid tussen deze twee bepalingen is helder en eenvoudig. De praktische toepassing is dat zeker niet. Een voldoening geldt kort gezegd als een congruente voldoening (*kongruente Deckung*) als de handeling een schuld teniet doet gaan of een zekerheidsrecht creëert op de wijze en op het tijdstip waarop de schuldeiser daar aanspraak op kon maken. Een voldoening kwalificeert als een incongruente voldoening (*inkongruente Deckung*) als de handeling weliswaar een bestaande schuld teniet doet gaan of een zekerheidsrecht creëert, maar op een andere wijze of op een ander tijdstip dan waar de schuldeiser aanspraak op kon maken.<sup>37</sup> Incongruente voldoeningen zijn uiteraard makkelijker aan te tasten dan congruente voldoeningen.

#### 2.2.1.1 Doel en rechtvaardiging van artikel 130 InsO

In het inleidende hoofdstuk is het onderscheid gemaakt tussen handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* enerzijds en handelingen die de integriteit van het vermogen van de schuldenaar aantasten anderzijds. Artikel 130 InsO (gelijk artikel 131 InsO) beoogt de *paritas creditorum* zoals die geldt tijdens formele insolventie werking te geven in de aanloop naar formele insolventie. Zie in deze zin Kirchhof:

*‘Die Vorschrift erklärt – wie die §§ 131 und 132 als die weiteren Tatbestände “der besonderen Insolvenzanfechtung” – bestimmte Handlungen für anfechtbar, die während der wirtschaftlichen Krise des Schuldners vorgenommen worden sind. Sie soll damit den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger schon für den Zeitpunkt des Eintritts derjenigen Vermögensverschlechterung durchsetzen, welche die Insolvenz zur Folge hat, soweit die Interessen der einzelnen begünstigten Partner nicht Vorrang verdienen.’<sup>38</sup>*

Artikel 130 en 131 InsO zien op de bescherming van de gelijkheid van crediteuren en niet op het voorkomen van benadeling door geheel nieuwe, nadelige handelingen waarmee de integriteit van het verhaalsvermogen wordt aangetast. Het onderscheid tussen een doorbreking van de *paritas creditorum* en een aantasting

<sup>36</sup> Hierna zal, ten behoeve van de leesbaarheid, niet steeds de derde variant ‘de voldoening mogelijk maken’ genoemd worden.

<sup>37</sup> Van een incongruente voldoening is ook sprake indien de schuldeiser geen aanspraak op voldoening kon maken zoals het geval is bij het voldoen van een verjaarde vordering of een vordering uit spel of weddenschap. Zie verder § 2.2.2 hieronder.

<sup>38</sup> Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 507.

van de integriteit van het verhaalsvermogen van de schuldenaar wordt in het Duitse recht nog aangescherpt door de zogenoemde *Bargeschäft*-regeling. Deze regeling, opgenomen in artikel 142 InsO,<sup>39</sup> bepaalt dat elke prestatie waar een onmiddellijke en gelijkwaardige prestatie van de wederpartij tegenover staat, alleen aangetast kan worden op grond van artikel 133 InsO. Indien de wederpartij niet een tegenprestatie levert, maar ‘slechts’ zijn reeds bestaande schuld betaald krijgt, kan deze voldoening vernietigd worden op grond van artikel 130 of 131 InsO.

De gedachte die ten grondslag ligt aan de aantastingsgronden die tezamen de ‘*besondere Insolvenzanfechtung*’<sup>40</sup> vormen, is dat het vermogen van de schuldenaar reeds voor de formele insolventie strekt ter voldoening van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>41</sup> Dauernheim:

*‘Die besondere Insolvenzanfechtung beruht auf dem Gedanken, daß schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit der Zahlungsunfähigkeit, dem Eröffnungsantrag oder innerhalb eines bestimmten Zeitraumes vor Verfahrensöffnung (§131 InsO) das Vermögen des Schuldners der Allgemeinheit der Gesamtgläubigerschaft verhaftet ist.’*<sup>42</sup>

Zie in deze zin ook Kayser:<sup>43</sup>

*‘Die Tatbestände der §§ 130, 131 (und auch § 132) InsO regeln die Anfechtbarkeit von Handlungen, die in der wirtschaftlichen Krise vorgenommen werden. Sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die materiellen Wirkungen der Insolvenz schon vor der formellen Eröffnung des Verfahrens (vgl. § 27 Abs. 2 Nr. 3 Abs. 3 InsO) eintreten.’*<sup>44</sup>

Het uitgangspunt dat reeds voor de formele insolventie de materiële insolventie van de schuldenaar leidt tot een beperking van de vrije beschikkingsbevoegdheid omdat de insolventie zich reeds heeft aangekondigd,<sup>45</sup> gold ook reeds onder de

<sup>39</sup> Zie uitgebreider § 2.2.1.2 hieronder.

<sup>40</sup> Zoals hierboven in § 2.2 is opgemerkt wordt de *besondere Insolvenzanfechtung* gevormd door de bepalingen van artikel 130, 131 en 132 InsO. Oftewel door de *Deckungsanfechtung* (opgenomen in artikel 130 en 131 InsO) en artikel 132 InsO. Deze bepalingen hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat ze slechts van toepassing zijn op handelingen verricht in de periode van drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna.

<sup>41</sup> Zie over de achtergrond van de *besondere Insolvenzanfechtung* ook Schoppmeyer, ‘Besondere und allgemeine Insolvenzanfechtung am Beispiel der Anfechtung von Zwangsvollstreckungen’, *NZI* 2005, p. 185 tot en met 194.

<sup>42</sup> Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 53.

<sup>43</sup> Artikel 132 InsO is weliswaar net als artikel 130 en 131 InsO een *besondere Anfechtungsgrund*, maar is toch van een ander karakter dan deze twee bepalingen. Zie verder § 2.2.3.

<sup>44</sup> Kayser, *Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 206.

<sup>45</sup> Zie in deze zin Huber (*Insolvenzrechts-Handbuch*, p. 774) waar hij de eerste categorie van de hoofdcategorieën als volgt omschrijft: ‘Die unter dem Oberbegriff *besondere Insolvenzanfechtung* zusammengefassten Tatbestände (§§ 130 – 132 InsO), deren Kennzeichen es ist, dass im Zeitpunkt der Vornahme der nun anzufechtenden Rechtshandlung schon “Vorbote der Insolvenz” aufgetreten waren (*Zahlungsunfähigkeit* oder *Eröffnungsantrag*).’

*Konkursordnung* (de voorloper van de *Insolvenzordnung*). Ten aanzien van de *besondere Insolvenzanfechtung*, daar opgenomen in artikel 30 KO als *besondere Konkursanfechtung*, merkte Uhlenbruck het volgende op:

*‘Die besondere Konkursanfechtung beruht auf dem Gedanken, daß von der Zahlungseinstellung oder dem Konkursantrag ab das Vermögen des Schuldners der Allgemeinheit seiner persönlichen Gläubiger verfangen ist (BGHZ 58, 240, 242/43; WM 1972, 471, 472), und trägt dem Rechnung, daß sich der Schuldner mit der Zahlungseinstellung oder dem Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens in einer Lage befindet, die man als materiellen Konkurs bezeichnen kann.’*<sup>46</sup>

Artikel 130 InsO als *besondere Insolvenzanfechtungs*-bepaling wordt daarmee verklaard door de gedachte dat reeds voor de formele insolventie het vermogen van de schuldenaar niet meer geheel tot zijn vrije beschikking stond. Op grond van de rechtszekerheid wordt deze periode voor alle gevallen begrensd tot drie maanden voor de aanvraag.<sup>47</sup> Het principe dat reeds voor de formele insolventie de schuldenaar niet meer vrij over zijn vermogen kan beschikken wordt echter begrensd door een nog ander principe, namelijk dat een schuldeiser die krijgt waar hij aanspraak op kan maken, er in beginsel op moet kunnen vertrouwen dat de prestatie van de schuldenaar definitief en onaantastbaar is.<sup>48</sup>

Er zijn dus twee botsende principes bij de rechtvaardiging en onderbouwing van artikel 130 InsO. In de eerste plaats is dat het principe dat het vermogen reeds voor de opening strekt ter voldoening van de gezamenlijke schuldeisers (welke periode op grond van de rechtszekerheid in tijd wordt begrensd) en anderzijds de beschermenswaardigheid van de belangen van de wederpartij. De reden waarom wordt ingegrepen in congruente voldoeningen, wordt dan ook niet in de eerste plaats gevonden in een subjectief element aan de zijde van de schuldenaar of diens wederpartij. In de kern is het de reeds ingetreden betalingsonmacht die het vermogen van de schuldenaar als het ware beslaat, althans de vrije beschikkingsmacht van de schuldenaar aantast. Er wordt echter een uitzondering gemaakt voor de wederpartij die niet wist van de betalingsonmacht. De goede trouw van de verkrijger, die datgene krijgt waar hij aanspraak op heeft, wordt beschermd.<sup>49</sup> De

46 W. Uhlenbruck, *Konkursordnung Kommentar*, München: Verlag Franz Vahlen 1994, p. 544. Zie bijna woordelijk gelijk ten aanzien van het huidige recht Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1998.

47 Zie Toelichting op het Regeringsontwerp artikel 130 (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 231): ‘Die Anfechtbarkeit vor dem Eröffnungsantrag vorgenommener Rechtshandlungen muß im Interesse der Rechtssicherheit zeitlich begrenzt werden.’

48 Zie in deze zin de Toelichting op het Regeringsontwerp artikel 130 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 231): ‘Ein Gläubiger, der eine vertraglich geschuldete Leistung erhalten hat, muß grundsätzlich darauf vertrauen können, daß er die ihm zustehende Leistung behalten darf. Dieses Vertrauen verdient jedoch dann keinen Schutz, wenn er wußte, daß die Krise eingetreten war.’ Zie hierover ook Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 53.

49 Deze benaderingswijze lijkt ook Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 506) te volgen ten aanzien van de *besondere Insolvenzanfechtung*: ‘Sie soll damit den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger schon für den Zeitpunkt des Eintritts derjenigen Vermögensverschlechterung durchsetzen, welche die Insolvenz zur Folge hat, soweit die Interessen der einzeln begünstigten Partner nicht Vorrang verdienen.’

bescherming van de goede trouw van de wederpartij kan gezien worden als uitwerking van de bescherming van het rechtsverkeer (*Verkehrsschutzes*) dan wel de bescherming van de rechtszekerheid.<sup>50</sup> Zie in deze zin ten aanzien van de grondslagen van artikel 130 InsO, Henckel:

*‘Weil jedoch die materielle Insolvenz – anders als die Eröffnung des Insolvenzverfahrens – nicht publiziert werden kann, hat der Gesetzgeber in den §§ 130 und 132 davon abgesehen, die Insolvenzwirkungen allein schon mit dem objektiven Tatbestand des materiellen Insolvenz eintreten zu lassen. Vielmehr ist aus Gründen des **Verkehrsschutzes** die besondere Insolvenzanfechtung hier davon abhängig, dass der Anfechtungsgegner die Krise des Schuldners oder jedenfalls Umstände kennt, die auf die Krise schließen lassen.’<sup>51</sup>*

Artikel 130 InsO verbindt dus aan de ingetreden betalingsonmacht bepaalde gevolgen, welke niet intreden of niet tegengeworpen kunnen worden aan de wederpartij indien deze te goeder trouw is. De bewoordingen van artikel 130 InsO gaan echter aan deze genuanceerde achtergrond van de bepaling voorbij en stellen als vereiste dat de schuldenaar in betalingsonmacht verkeerde en dat de wederpartij daarvan wist.

Ter vergelijking met het Nederlandse recht, het volgende. De Nederlandse wetgever verbindt naar eigen zeggen geen enkel gevolg aan het intreden van betalingsonmacht.<sup>52</sup> Onder het Nederlandse recht wordt het ingrijpen gerechtvaardigd met een beroep op de wetenschap van benadeling onder artikel 42 Fw en wetenschap van een hangende faillissementsaanvraag en samenspanning onder artikel 47 Fw, dus subjectieve vereisten. Onder het Duitse recht is het dus veeleer zo dat de *betalingsonmacht zelf* het ingrijpen rechtvaardigt en dat het subjectieve element, i.c. goede trouw zijdens de wederpartij, een uitzondering vormt.

50 Het oorspronkelijke Regeringsvoorstel (zie ook hieronder § 2.2.1.2.2) stelde dat voldoende was voor het inroepen van de *Insolvenzanfechtung* onder artikel 130 InsO dat de wederpartij ernstig nalatig (*grobe Fahrlässigkeit*) was ten aanzien van zijn wetenschap van de bestaande betalingsonmacht. Dit werd later geschrapt omdat een te ruime mogelijkheid om congruente voldoeningen aan te tasten in strijd werd geacht met de rechtszekerheid. Zie *Ausschußbericht* bij artikel 130 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 232): ‘Die Anfechtbarkeit von Geschäften, bei denen der Vertragspartner des Schuldners nicht anderes als die geschuldete Leistung erhält, darf im Interesse der Rechtssicherheit nicht zu weit ausgedehnt werden. Der Begriff der “groben Fahrlässigkeit” sollte vermieden werden.’

51 Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 167.

52 Zie expliciet in deze zin, MvT, Van der Feltz, 1896, p. 436: ‘Op den regel: geen nietigheid van verplichte handelingen, kent het Ontwerp slechts twee uitzonderingen, in artikel 47 aangewezen en bij dat artikel nader toe te lichten. Reeds hier dient echter uitdrukkelijk geconstateerd te worden, dat het geenszins de bedoeling is daarmede te huldigen de theorie van den Konkursanspruch, die in de Motiven tot de Konkursord. f. d. Deutsche Reich wordt voorgesteld als de juridieke basis voor de nietigheid van door den schuldenaar gedane betalingen en in navolging der Motiven ook hier te lande door enkele schrijvers is verdedigd. De zg. Konkursanspruch, een op het onvermogen van de schuldenaar gegrond objectief recht van de schuldeischers jegens een ieder (zoowel den schuldenaar als jegens elkander) op door faillissement te verwezenlijken uitsluitende en gemeenschappelijke bevrediging uit den boedel huns schuldenaar, staat lijnrecht tegenover het stelsel van het Ontwerp dat aan het onvermogen als zodanig geen enkel rechtsgevolg verbindt, en is buitendien ook wetenschappelijk niet verdedigbaar.’

### 2.2.1.2 Objectieve vereisten artikel 130 InsO

In scherp contrast met de artikelen 132 tot en met 136 InsO, vereist artikel 130 InsO, evenals artikel 131 InsO, niet een handeling van de schuldenaar zelf. Artikel 130 en 131 InsO zijn zelfs toepasselijk als de schuldenaar niet alleen niet heeft meegewerkt of ingestemd met de handeling, maar ook als deze heeft geprotesteerd tegen de gewraakte handeling.<sup>53</sup> Artikel 130 InsO is van toepassing als een handeling is te identificeren die een betaling vanuit het vermogen van de schuldenaar van een schuld vormt of een zekerheidsrecht creëert<sup>54</sup> of in meer indirecte zin voldoening mogelijk gemaakt heeft.<sup>55</sup>

Hoewel artikel 130 InsO steevast wordt aangeduid als het artikel dat betrekking heeft op congruente voldoening (*kongruente Deckung*), wordt de term ‘congruent’ in het artikel zelf niet gehanteerd. Artikel 130 InsO stelt dan ook niet als vereiste dat sprake is van een *congruente* voldoening. De verklaring hiervoor is dat de werking van artikel 130 InsO niet beperkt is tot de aantasting van congruente voldoeningen, maar zich ook uitstrekt tot incongruente voldoeningen. Als een incongruente voldoening kan worden aangetast op grond van artikel 130 InsO, dan zal *altijd* ook aan de vereisten van artikel 131 InsO voldaan zijn. Een gevolg hiervan is dat, indien aan de voorwaarden van artikel 130 InsO is voldaan, niet meer onderzocht hoeft te worden of de handeling als een congruente of een incongruente voldoening kwalificeert.<sup>56</sup> Wel is vereist dat onder artikel 130 InsO (evenals onder artikel 131 InsO) sprake is van het voldoen van een reeds eerder gecreëerde of ontstane aanspraak.<sup>57</sup>

Ten aanzien van de werking van artikel 130 InsO zijn twee perioden te onderscheiden. Ten eerste de periode van drie maanden voorafgaand aan het verzoek tot insolventverklaring. Ten tweede de periode voorafgaand aan de insolventieprocedure maar na de aanvraag daartoe. Los van de subjectieve vereisten, welke separaat besproken zullen worden in § 2.2.1.3 hieronder, is vereist dat de schuldenaar in betalingsonmacht verkeerde (*Zahlungsunfähigkeit*) op het moment dat de handeling werd verricht of dat deze was verricht op een moment nadat de aanvraag was gedaan.

53 Zie Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 53, Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 510 en Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 2000.

54 Een voorbeeld wordt hier gevormd door de overname van vorderingen om deze onder bestaande zekerheden te brengen. Zie hierover verder § 2.2.2.1.

55 De Toelichting op het Regeringsontwerp van artikel 130 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 230) stelt het volgende: ‘Dabei ist vor allem an Prozeßhandlungen gedacht, die – wie z.B. ein Anerkenntnis – selbst zwar keine Deckung gewähren, jedoch zu einer solchen führen können.’

56 Zie De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 841 en Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 508.

57 Zie hierover Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 513): ‘Der Anspruch des Insolvenzgläubigers muss grundsätzlich bereits vor der Deckungshandlung bestanden haben.’ Zie verder Kreft (*Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 112): ‘Wie § 30 Nr.1 Fall 2 und § 30 Nr. 2 KO erfassen auch §§ 130 f InsO nur Deckungen. Das sind Rechtshandlungen, die eine Forderung des Gläubigers erfüllen oder sichern (oder eine Erfüllung oder Sicherung ermöglichen). Voraussetzung ist jeweils, dass im Zeitpunkt der Rechtshandlung bereits eine solche Forderung bestand.’



Het begrip betalingsonmacht in artikel 130 InsO is hetzelfde begrip betalingsonmacht als in artikel 17 InsO.<sup>58</sup> Voor toepasselijkheid van artikel 130 InsO<sup>59</sup> is het in dit verband voldoende dat de schuldenaar in betalingsonmacht verkeert en is niet vereist dat de schuldenaar ook daadwerkelijk gestopt is betalingsonmacht te verrichten (*Zahlungseinstellung*).<sup>60</sup> Vereist voor het aannemen van betalingsonmacht is dat de schuldenaar van zijn opeisbare vorderingen een wezenlijk<sup>61</sup> deel niet kan voldoen en dat hij ook geen concreet vooruitzicht heeft op korte termijn<sup>62</sup> alsnog over de daartoe benodigde middelen de beschikking te krijgen.<sup>63</sup> Artikel 130 InsO is ook toepasselijk als door de voldoening de betalingsonmacht intreedt.<sup>64</sup> In de gevallen waarin artikel 130 InsO toegepast kan worden, zal in de regel sprake zijn van het reeds gestopt zijn van het verrichten van betalingen. De wetgever heeft het werkingsgebied echter willen uitbreiden tot die gevallen waarin de schuldenaar niet meer zijn opeisbare schulden kan voldoen, maar nog wel een of enkele schuldeisers betaalt.<sup>65</sup>

Vereist onder artikel 130 InsO (evenals onder artikel 131 InsO) is, zoals gezegd, dat sprake is van het voldoen van een reeds eerder gecreëerde of ontstane aanspraak.<sup>66</sup> Hier staat niet aan in de weg dat de aanspraak mogelijk nog niet afgedwongen kon worden. Artikel 130 InsO ziet daarmee dus niet op het aangaan van een geheel nieuwe relatie. De werking van artikel 130 InsO wordt aanzienlijk ingeperkt door artikel 142 InsO. De meeste overeenkomsten creëren verplichtin-

- 
- 58 Hirte (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 2006) onderstreept het belang van gelijke toepassing van het begrip betalingsonmacht in artikel 130 InsO en artikel 17 InsO en waarschuwt voor zowel een ruimere interpretatie als een beperktere interpretatie van het begrip in artikel 130 InsO in vergelijking met artikel 17 InsO. Als in artikel 130 InsO een ruimer begrip zou worden gehanteerd, dan zou volgens Hirte het onwenselijke gevolg zijn, dat een aanvraag onder omstandigheden zou worden afgewezen, terwijl een executie door een individuele schuldeiser later wel alsnog op grond van artikel 130 InsO aangetast zou kunnen worden. Bedacht dient hierbij te worden dat dreigende betalingsonmacht overeenkomstig artikel 18 InsO weliswaar een openingsgrond oplevert, maar dat dit niet volstaat voor een geslaagd beroep op de *Insolvenzanfechtung* onder artikel 130 InsO.
- 59 De voorloper van artikel 130 InsO, het oude artikel 30 KO, vereiste dat de schuldenaar reeds gestopt was betalingsonmacht te verrichten (*Zahlungseinstellung*), aan welk vereiste minder snel voldaan is dan het verkeren in betalingsonmacht (*Zahlungsunfähigkeit*).
- 60 Hoewel artikel 17 InsO bepaalt dat betalingsonmacht aangenomen kan worden zodra de schuldenaar stopt met betalingen, kan de betalingsstop door betalingsonmacht voorafgegaan worden. Zie verder over deze begrippen § 2.1.1 hierboven.
- 61 Het is niet in het algemeen duidelijk wanneer er sprake zal zijn van een 'wezenlijk deel'. Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 517, spreekt over 10%.
- 62 Indien de schuldenaar op het moment zelf niet alle schuldeisers kan voldoen, maar wel op korte termijn voldoende middelen kan krijgen om deze alsnog te voldoen, ook wanneer deze middelen bankkrediet verkregen worden, wordt geen betalingsonmacht aangenomen. Over de vraag op welke termijn deze middelen verkregen moeten kunnen worden bestaat geen consensus. De discussie concentreert zich voornamelijk op de vraag of dit een termijn van twee of drie weken moet zijn.
- 63 Zie ten aanzien van de vraag hoe de feitenrechter de betalingsonmacht dient vast te stellen, BGH 12 oktober 2006, IX ZR 228/03. Niet vereist is dat de bewindvoerder een liquiditeitsbalans opstelt en overlegt. 'Eine solche Liquiditätsbilanz ist jedoch nicht erforderlich, wenn anderweitig festgestellt werden kann, dass der Schuldner einen wesentlichen Teil seiner fälligen Verbindlichkeiten nicht bezahlen konnte.'
- 64 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 514. Kirchhof voegt nog toe dat het bewijs van de wetenschap aan de zijde van de wederpartij in deze gevallen in de regel wel moeilijkheden zal opleveren.
- 65 Zie Toelichting op het Regeringsvoorstel artikel 130 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 231). Zie hierover ook De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 842 en Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 60.
- 66 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 513.

gen over en weer. Men kan deze verplichtingen over en weer van elkaar scheiden op de juridische snijtafel. De verkoop van bijvoorbeeld een kast, creëert een verplichting aan de zijde van de verkoper om de eigendom van de kast te verschaffen en aan de zijde van de koper om de koopprijs te betalen. Indien men onder de bepalingen van de *Insolvenzanfechtung* deze scheiding zou hanteren, dan zou de werking van artikel 130 InsO (en artikel 131 InsO eveneens) zeer ruim worden. Dit is echter niet wat is beoogd met deze artikelen. Artikel 142 InsO<sup>67</sup> bepaalt daarom dat elke prestatie verricht door de schuldenaar waar een onmiddellijke en gelijkwaardige prestatie van de schuldeiser/wederpartij tegenover staat,<sup>68</sup> alleen aangetast kan worden op grond van artikel 133 InsO. Artikel 133 InsO voorziet in de aantastbaarheid van opzettelijk benadelende rechtshandelingen. Rechtshandelingen waarbij onmiddellijk<sup>69</sup> gelijkwaardige prestaties over en weer<sup>70</sup> worden verricht, zijn daarmee slechts in beperkte mate aantastbaar.<sup>71</sup> Wordt een geheel nieuwe relatie aangegaan dan zijn mogelijk de artikelen 132 InsO en verder van toepassing, waarbij met name aan artikel 133 InsO gedacht kan worden. Artikel 130 InsO en artikel 131 InsO zien dan ook op de bescherming van de gelijkheid van crediteuren<sup>72</sup> en niet op het voorkomen van benadeling door het aangaan door de schuldenaar van geheel nieuwe nadelige handelingen.

Hoewel niet opgenomen in de bepalingen ten aanzien van de *Insolvenzanfechtung* dient hier nog artikel 88 InsO genoemd te worden. Het artikel bepaalt dat zekerheidsrechten die bij wijze van executie in de maand voor de aanvraag gecreëerd zijn, niet ingeroepen kunnen worden (*unwirksam sein*).<sup>73</sup> Hoewel artikel 141 InsO reeds transacties verricht bij wijze van executie binnen het bereik van de

---

67 Artikel 142 luidt: 'Eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt, ist nur anfechtbar, wenn die Voraussetzungen des § 133 Abs. 1 gegeben sind.'

68 Zie voor de complicaties bij reeds eerder gesloten raamovereenkomsten, Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 457, 458.

69 Artikel 142 InsO hanteert het begrip 'unmittelbar', hetgeen een 'nauwe' temporele samenhang veronderstelt. Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 144: 'Das Merkmal der Unmittelbarkeit der Gegenleistung für die Leistung des Schuldners weist auf den für ein Bargeschäft typischen engen zeitlichen Zusammenhang des Leistungsaustauschs hin.' Niet van belang is welke partij eerst presteert.

70 Artikel 142 InsO hanteert het begrip *gleichwertige Gegenleistung*. Ook de betaling van de kosten van het inschakelen van een advocaat kunnen kwalificeren als onderdeel van een *Bargeschäft*. Indien de advocaat reeds bij aanvang duidelijk is dat een herstructurering niet meer mogelijk is, geldt zijn prestatie niet als een gelijkwaardige tegenprestatie en is de betaling van het honorarium vernietigbaar op grond van artikel 130 InsO. Zie BGH 26 oktober 2000, IX ZR 289/99: 'War, wie der Kläger behauptet, wegen der finanziellen Lage der Schuldnerin die von den Beklagten erbrachte Tätigkeit von vornherein nicht sachgerecht, so scheitert eine Insolvenzanfechtung auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Bardeckung.' Zie hierover ook Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 145.

71 Zie ten aanzien van het doel en de achtergrond van deze regeling, Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 141.

72 Zie ten aanzien van de achtergrond van artikel 130 en 131 InsO ook Kayser, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 206: 'Im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung wird den Gläubigern folglich die Pflicht zu wechselseitiger Rücksichtnahme auferlegt.'

73 Artikel 88 InsO bepaalt: 'Hat ein Insolvenzgläubiger im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung eine Sicherung an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners erlangt, so wird diese Sicherung mit der Eröffnung des Verfahrens unwirksam.'

*Insolvenzanfechtung* brengt, vormt artikel 88 InsO wel een verruiming van de mogelijkheden voor de bewindvoerder vergeleken met artikel 130 InsO. Waar artikel 130 InsO nog een subjectief vereiste stelt, is dat niet het geval onder artikel 88 InsO.

### 2.2.1.3 Subjectieve vereisten artikel 130 InsO

Er zijn twee gronden in artikel 130 InsO waarop een congruente voldoening kan worden aangetast en elke aantastingsgrond kent zijn eigen subjectieve criteria. De eerste grond is dat de schuldenaar al in betalingsonmacht (*Zahlungsunfähigkeit*) verkeerde. Het subjectieve vereiste is er in gelegen dat de wederpartij van de betalingsonmacht moet hebben geweten. Reeds hierboven is in § 2.2.1.1 aangegeven dat deze aantastingsgrond beperkt is tot handelingen verricht in de periode van drie maanden voorafgaande aan de aanvraag. De tweede aantastingsgrond onder artikel 130 InsO is dat de aanvraag reeds was gedaan. Hier bestaat het subjectieve vereiste er uit dat de wederpartij ofwel wist van de aanvraag of wist van de betalingsonmacht van de schuldenaar. Artikel 130 InsO stelt geen subjectieve vereisten aan de zijde van de schuldenaar, zodat slechts subjectieve elementen aan de zijde van de wederpartij hier een rol spelen.

In het oorspronkelijke regeringsvoorstel voor artikel 130 InsO ging de objectiveering van de vereiste subjectieve elementen nog een stap verder. Bepaald werd dat voldoende zou zijn dat de wederpartij ‘aanzienlijk nalatig’<sup>74</sup> was ten aanzien van zijn bekendheid met de betalingsonmacht of de aanvraag. Dit is niet overgenomen, zodat nu vereist is dat de wederpartij bekend was met de betalingsonmacht of met omstandigheden die daar dwingend op wijzen.

Wil aangenomen kunnen worden dat de wederpartij wist van de betalingsonmacht van de schuldenaar, dan is vereist dat de wederpartij weet van de feiten die artikel 17 InsO veronderstelt voor het bestaan van de betalingsonmacht. De wederpartij moet dus weten dat de schuldenaar van zijn opeisbare vorderingen een wezenlijk deel niet kan voldoen en dat de schuldenaar ook geen concreet vooruitzicht heeft op korte termijn alsnog over de daartoe benodigde middelen de beschikking te krijgen.<sup>75</sup> Ten aanzien van de vereiste kennis van de betalingsonmacht, is niet voldoende dat de wederpartij de insolventverklaring van de schuldenaar vreesde of

---

74 In het Duits *grober Fahrlässigkeit*. Zie voor de tekst van het oorspronkelijke Regeringsvoorstel, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 230. Zie hierover ook De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 845. Illustratief voor de gedetailleerde onderscheiden die het Duitse recht bereid is te maken, is dat de aanvankelijk voorgestelde regeling weer een uitzondering maakte voor het geval de handeling de verkrijging van onroerend goed betreft, omdat hier het verkeersbelang een zwaardere wetenschap zou vereisen. ‘*Es entspricht dem erhöhten Verkehrsschutzbedürfnis auf diesem Rechtsgebiet, hier den Nachweis positiver Kenntnis zu verlangen.*’ Zie Toelichting op het oorspronkelijke Regeringsvoorstel, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 231.

75 Zie over de criteria van betalingsonmacht nader § 2.1.1 hierboven.

twijfelde aan diens kredietwaardigheid.<sup>76</sup> Er dient meer te zijn. De vraag wanneer de vereiste wetenschap van de betalingsonmacht kan worden aangenomen, is moeilijk in nadere, algemene bewoordingen te vangen. Lid 2 van artikel 130 InsO bepaalt dat bekendheid met omstandigheden die rechtstreeks duiden op betalingsonmacht, gelijkgesteld worden met bekendheid van de betalingsonmacht.<sup>77</sup> Tekenen (*Beweisanzeichen*) van betalingsonmacht worden volgens de literatuur o.a. gevormd door het staken van de ondernemingsactiviteiten, mededelingen van de schuldenaar dat executiemaatregelen niets zullen opleveren, wetenschap dat eigendomsvoorbehouden worden ingeroepen door leveranciers en de wetenschap dat de schuldenaar alleen nieuwe schulden voldoet.<sup>78</sup> Ook het gegeven dat de schuldenaar enkel presteert onder druk van aangekondigde executiemaatregelen of ter afwering van een verzoek tot insolventverklaring, vormt een teken van betalingsonmacht. Ten slotte kan nog als een sterk teken van betalingsonmacht genoemd worden, achterstand van betaling van sociale verzekeringspremies. Het ontstaan van een dergelijke achterstand bij een liquide schuldenaar vormt namelijk een strafbare gedraging (artikel 266 a StGB<sup>79</sup>).<sup>80</sup>

Een tweede grond in artikel 130 InsO om congruente voldoeningen aan te tasten is dat reeds een aanvraag was gedaan op het moment van de handeling en dat de wederpartij op dat moment wist van ofwel de aanvraag ofwel van bestaande betalingsonmacht. Ten aanzien van de wetenschap van een aanvraag, is niet vereist dat de wederpartij wist van *de* aanvraag waarop de insolventverklaring is uitgesproken. Voldoende is dat de wederpartij wist van *een* gedane aanvraag.<sup>81</sup> Indien de wederpartij wist van een aanhangige aanvraag is niet tevens vereist dat de schuldenaar reeds in betalingsonmacht verkeerde, hetgeen van belang is te onderkennen omdat de insolventie ook kan worden uitgesproken op grond van dreigende betalingsonmacht (artikel 18 InsO) of *Überschuldung* (artikel 19 InsO). Ook hier relateert lid 2 van artikel 130 InsO de vereiste kennis aan de zijde van de

---

76 Zie Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 62. Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 517) stelt het volgende: 'Anderseits genügt weder, dass der Gläubiger nur die ungewisse Möglichkeit einer Zahlungsunfähigkeit befürchtet und jene bewusst in Kauf nimmt (...) noch dass er in allgemeiner Form den Vermögensverfall des Schuldners kennt und Bedenken gegen dessen weitere Kreditwürdigkeit hat, noch dass er eine Zahlungsstockung des Schuldners und sogar dessen drohende Zahlungsunfähigkeit positive kennt.'

77 Zie voor voorbeelden Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 518 nr. 37 en 38. Kirchhof noemt als voorbeeld het geval waarbij een schuldeiser ondanks beslagpogingen maandenlang niet betaald krijgt en de schuldenaar vervolgens ter afwering van een aanvraag tot insolventverklaring alleen die schuldeiser voldoet. Hiermee wordt over de band van artikel 130 InsO beperkingen gesteld aan de mogelijkheden van het uitoefenen van dwang door een verzoek tot insolventverklaring. Een betaling die op deze wijze wordt afgedwongen kan zeer wel mogelijk op grond van artikel 130 lid 2 InsO aangetast worden. Er bestaat echter een grote bereidheid bij het Bundesgerichtshof om handelingen die verricht zijn onder druk van een aanhangige aanvraag of zelfs de dreiging daarmee, als incongruent te bestempelen. Zie hierover hieronder § 2.2.2.2.

78 Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 61, 62.

79 Artikel 266 a StGB lid 1 luidt als volgt: '(1) Wer als Arbeitgeber Beiträge des Arbeitnehmers zur Sozialversicherung oder zur Bundesanstalt für Arbeit der Einzugsstelle vorenthält, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.'

80 Zie hierover Huber, *Insolvenzrechts-Handbuch*, p. 821.

81 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 524 e.v.

wederpartij en bepaalt dat bekendheid met omstandigheden die rechtstreeks duiden op een aanvraag, gelijkgesteld worden met bekendheid met de betalingsonmacht of de aanvraag zelf.<sup>82</sup>

Indien de wederpartij een gerelateerde persoon in de zin van artikel 138 InsO is, dan wordt vermoed dat de wederpartij de vereiste wetenschap had. Dit geldt zowel voor de wetenschap van een aanhangige aanvraag als de wetenschap van betalingsonmacht. De bewindvoerder dient echter nog immer de objectieve vereisten te stellen en bewijzen. De bewindvoerder zal dan ook moeten aantonen dat de schuldenaar ten tijde van de handeling reeds in betalingsonmacht verkeerde<sup>83</sup> of dat reeds een aanvraag aanhangig was, indien hij een congruente voldoening in de drie maanden voor de aanvraag wil aantasten. Wanneer de bewindvoerder het bewijsvermoeden kan invoeren, kan de wederpartij trachten het vermoeden te weerleggen door aan te tonen dat hij niet wist van de betalingsonmacht of de gedane aanvraag.<sup>84</sup>

#### 2.2.2 Artikel 131 InsO: inkongruente Deckung

Waar artikel 130 InsO in een beperkt aantal gevallen voorziet in de mogelijkheid om congruente voldoeningen aan te tasten, voorziet artikel 131 InsO in ruimere mogelijkheden *inkongruente* voldoeningen aan te tasten, waarbij alle gevallen die op grond van artikel 130 InsO aantastbaar zijn ook aantastbaar zijn op grond van artikel 131 InsO.

Artikel 131 InsO bepaalt het volgende:

- (1) *Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte:*
- i. *wenn die Handlung im letzten Monat vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist,*
  - ii. *wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war oder,*
  - ii. *wenn die Handlung innerhalb des zweiten oder dritten Monats vor dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und dem Gläubiger zur Zeit der Handlung bekannt war, daß sie die Insolvenzgläubiger benachteiligte.*

<sup>82</sup> Een voorbeeld wordt hier gevormd door de benoeming van een voorlopige bewindvoerder.

<sup>83</sup> Zie in deze zin Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 60): 'Im Fall der Anfechtung nach § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO kann Gegenstand der Kenntnis nur die tatsächlich vorliegende Zahlungsunfähigkeit sein.' Zie ook Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 64.

<sup>84</sup> Kirhhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 526.

(2) *Für die Anwendung des Absatzes 1 Nr. 3 steht der Kenntnis der Benachteiligung der Insolvenzgläubiger die Kenntnis von Umständen gleich, die zwingend auf die Benachteiligung schließen lassen. Gegenüber einer Person, die dem Schuldner zur Zeit der Handlung nahestand (§ 138), wird vermutet, daß sie die Benachteiligung der Insolvenzgläubiger kannte.*

#### 2.2.2.1 Doel en rechtvaardiging van artikel 131 InsO

Artikel 131 InsO vormt samen met artikel 130 InsO (en 132 InsO) de bijzondere *Insolvenzanfechtungs*-gronden. Hierboven in § 2.2.1.1 is reeds besproken dat de gedachte die ten grondslag ligt aan deze bepalingen is dat ook reeds voor de formele insolventverklaring het vermogen met het intreden van de crisis strekt ter voldoening van de schuldeisers. Hiermee verbindt het Duitse recht rechtsgevolgen aan het intreden van de crisis, in elk geval de wettelijke crisis van de periode van drie maanden voorafgaand aan de aanvraag. Hierboven is bij de bespreking van artikel 130 InsO reeds aangegeven dat hier twee beginselen botsen. Het beginsel dat met het intreden van de crisis de schuldenaar niet meer de volledig vrije beschikking over zijn vermogen heeft enerzijds en de goede trouw van de verkrijger anderzijds. Nu de wederpartij onder artikel 131 InsO op incongruente wijze voldoening krijgt, verdient de eventuele subjectieve goede trouw van de wederpartij minder bescherming onder artikel 131 InsO dan het geval is onder artikel 130 InsO.<sup>85</sup> De bewindvoerder kan dus gemakkelijker een incongruente voldoening aantasten op grond van artikel 131 InsO. Zie in deze zin de Regeringstoelichting op artikel 131 InsO:

*‘Ein Gläubiger, der eine ihm nicht zustehende Leistung erhält, erscheint weniger schutzwürdig als ein Gläubiger, dem eine kongruente Deckung gewährt wird.’<sup>86</sup>*

Een ietwat afwijkende positie binnen de bijzondere *Insolvenzanfechtung* neemt artikel 131 lid 1 sub 3 InsO in. Deze bepaling vormt weliswaar een onderdeel van artikel 131 InsO, maar gezien de aard van de bepaling wordt deze ten dele als een verbijzondering van artikel 133 InsO gezien.<sup>87</sup>

#### 2.2.2.2 Objectieve vereisten artikel 131 InsO

Artikel 131 InsO stelt als vereiste dat sprake is van een incongruente voldoening. Het artikel is dus niet van toepassing als sprake is van een congruente voldoening. Zoals uit de bewoordingen van artikel 131 InsO volgt, zal sprake zijn van een incongruente voldoening indien de wederpartij voldaan wordt of een zekerheids-

<sup>85</sup> Toelichting op het Regeringsontwerp, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 233. Zie overeenkomstig Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 65.

<sup>86</sup> Toelichting op het Regeringsontwerp, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 233.

<sup>87</sup> Toelichting op Regeringsontwerp artikel 131 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 234).

recht krijgt op een wijze of op een tijdstip waarop hij hier geen,<sup>88</sup> of niet op die wijze of niet op dat tijdstip, aanspraak kon maken. Eveneens onder artikel 131 InsO vallen handelingen die niet direct tot een incongruente voldoening leiden, maar deze wel mogelijk maken.

Naast het vereiste dat sprake is van een incongruente voldoening, zijn twee verschillende perioden te onderscheiden binnen het temporele werkingsgebied van artikel 131 InsO. De te onderscheiden perioden worden in de eerste plaats gevormd door de periode van een maand voorafgaand aan de aanvraag doorlopend tot aan de insolventverklaring, waarbij weer een nader onderscheid gemaakt kan worden in de periode voor en na de aanvraag. De tweede periode is die van twee en drie maanden voorafgaand aan de aanvraag. Afhankelijk van de vraag in welke periode de incongruente voldoening plaatsvond, worden voor de aantastbaarheid van de voldoening nog nadere vereisten gesteld.

Alle incongruente voldoeningen in de maand voorafgaand aan en na de aanvraag, zijn zonder meer aantastbaar. Hier worden geen nadere vereisten gesteld, met name geen subjectieve. Hiermee heeft het Duitse recht dus een helder systeem dat in ruime mate de *paritas creditorum* beschermt, voor zover een schuldeiser nog op een ietwat afwijkende wijze (incongruente wijze) voldaan wordt voor de andere schuldeisers of althans voor de rang die hij heeft in formele insolventie.

Incongruente voldoeningen in de periode van twee tot en met drie maanden voor de aanvraag zijn aantastbaar indien de schuldenaar toen reeds in betalingsonmacht verkeerde. Het betreft een zuiver objectief vereiste en bekendheid van de wederpartij of de schuldenaar met de betalingsonmacht is hier dus niet vereist.

Alleen de derde grond onder artikel 131 InsO ten aanzien van incongruente voldoeningen stelt een subjectief vereiste. Indien in de periode van twee tot drie maanden voor de aanvraag de wederpartij op incongruente wijze voldaan werd, is deze ook aantastbaar als de wederpartij toen wist dat de schuldeisers benadeeld zouden worden. De derde grond opgenomen in artikel 131 InsO voorziet daarmee in de aantastbaarheid van incongruente voldoeningen indien de wederpartij wetenschap van benadeling had waarbij niet vereist is dat de schuldenaar in betalingsonmacht verkeerde of dat de schuldenaar zelf voldeed aan bepaalde subjectieve vereisten.<sup>89</sup>

---

88 Een voorbeeld waarbij een schuldeiser wordt voldaan waarbij hij geen aanspraak op voldoening kon maken, wordt gevormd door het nakomen van niet afdwingbare verplichtingen uit spel en weddenschap of het nakomen van reeds verjaarde aanspraken. Mogelijk zijn dergelijke rechtshandelingen ook aantastbaar op grond van artikel 134 InsO. Zie De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 852, Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 66 en Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 123.

89 Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 66.

Van belang is te onderkennen dat de mogelijkheden van het aantasten van incongruente voldoeningen niet beperkt zijn tot artikel 131 InsO. Indien dit wel het geval zou zijn, zou dit tot gevolg hebben dat incongruente voldoeningen slechts aantastbaar zouden zijn in een relatief korte periode van 3 maanden voorafgaand aan de aanvraag. Indien de incongruente voldoening voor de periode van 3 maanden voor de aanvraag heeft plaatsgevonden, dan is deze mogelijk nog aantastbaar op grond van artikel 133 InsO, mits een handeling van de schuldenaar voorligt.<sup>90</sup> De bedoeling van artikel 131 InsO is dan ook veeleer aan te geven wanneer incongruente voldoeningen *in elk geval* aantastbaar zijn.

Alvorens in § 2.2.2.3 nader in te gaan op de subjectieve vereisten en de redenen van het ten dele ontbreken daarvan, wordt hier het toepassingsgebied van artikel 131 InsO uitgewerkt. Besproken worden de gevallen waarin vragen kunnen rijzen of een handeling als een congruente of een incongruente voldoening kwalificeert en gevallen waarin de vraag opkomt of het handelen überhaupt wel als een voldoening (*Deckung*) valt te kwalificeren. De volgende zeven gevallen verdienen in dit verband de aandacht: i) het verstrekken van zekerheden op basis van eerder overeengekomen algemene voorwaarden (de problematiek van algemene bankvoorwaarden), ii) cessie van toekomstige vorderingen die ontstaan in de drie maanden voorafgaand aan de aanvraag, iii) herstructureringen, iv) betalingen verricht onder druk van een aanhangige aanvraag tot insolventverklaring of dreiging daarmee, v) het overnemen van vorderingen teneinde deze onder bestaande zekerheden te brengen, vi) het overnemen van vorderingen op de schuldenaar teneinde deze met een schuld aan de schuldenaar te verrekenen en vii) betalingen van debiteuren van de schuldenaar op een rekening-courant met een debetstand gevolgd door verrekening door de bank.

i) Een belangrijk geval dat onder artikel 131 InsO valt, betreft het geval waarbij de schuldenaar als kredietnemer aan zijn bank op verzoek van de bank extra zekerheden verstrekt. Duitsland kent een op het Nederlandse artikel 26 (oud artikel 20) Algemene Bankvoorwaarden<sup>91</sup> gelijkende bepaling in artikel 13 van de AGB-voorwaarden.<sup>92</sup> Indien de schuldenaar gehoor geeft aan het verzoek van de bank extra zekerheden te verstrekken, kwalificeert deze zekerheidsverstrekking in de regel als een incongruente voldoening.<sup>93</sup> Wil een latere zekerheidverschaffing als een congruente voldoening aangemerkt worden, dan dient zowel het object waarop het zekerheidsrecht gevestigd wordt als het bedrag waarvoor zekerheid ver-

---

90 Zie Kirchhof ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 133 InsO op incongruente voldoeningen (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 569): 'Keinesfalls hindert diese Neuregelung jedoch daran, das – schwächere – bloße Beweisanzeichen der Inkongruenz für Zeiträume anzuwenden, die länger als drei Monate vor einem Eröffnungsantrag liegen.'

91 Zie over de werking hiervan en het belang van deze bepaling voor de faillissementspauliana, hoofdstuk 4 § 4.2.3.2.1.

92 Gelijke bepalingen zijn te vinden in artikel 22 AGB-Sparkassen.

93 Zie De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 842 met verwijzing naar BGH, ZIP 1995, S. 1078 ff., 1082. Zie ook Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 68 en Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 254.



schaft zal worden, van tevoren overeengekomen te zijn. Bij gebreke hiervan wordt de zekerheidsverschaffing als incongruente voldoening beschouwd.<sup>94</sup> Opvallend genoeg is deze regel ook van toepassing indien de schuldenaar (nog) maar over één vermogensbestanddeel beschikt dat zich voor zekerheidverstrekking leent.<sup>95</sup>

ii) Een enigszins met de problematiek van de algemene bankvoorwaarden vergelijkbaar probleem wordt gevormd door de inpassing van *Globalzession künftiger Forderungen*, waarbij toekomstige vorderingen bij voorbaat worden gecedeerd. De vraag die zich aandient is of, indien deze vorderingen pas ontstaan in de periode van drie maanden voor de aanvraag en daarmee de overdracht pas in deze kritieke periode voltooid is, een dergelijk geval onder artikel 130 of 131 InsO valt. Het OLG Karlsruhe oordeelde in 2005 dat de verkrijging door de bank als een incongruente voldoening kwalificeert en daarmee onder artikel 131 InsO valt.<sup>96</sup> De waarde van een debiteurenportefeuille als zekerheidsobject, vooral in geval het vorderingen met een hoge omloopsnelheid betreft, zou sterk teruglopen indien de beslissing van het OLG Karlsruhe gevolgd zou worden.<sup>97</sup> Inmiddels heeft het *Bundesgerichtshof* een einde gemaakt aan de onzekerheid die ontstond na de beslissing van het OLG Karlsruhe. Het *Bundesgerichtshof* heeft eind 2007 geoordeeld dat de verpanding bij voorbaat van vorderingen die pas ontstaan in de drie maanden voor de aanvraag als een congruente voldoening hebben te gelden.<sup>98</sup>

94 Zie in deze zin De Bra (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 854): ‘Umfang und Art der Sicherheit und die Auswahl der Sicherungsgegenstände dürfen nicht offen gelassen werden.’ Zie ook Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 59.

95 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 854 met verwijzing naar BGH, ZIP 1999, S. 76.

96 OLG Karlsruhe, 8 april 2005 ZIP 2005, 1248: ‘Die Konkretisierung in kritischer Zeit führt jedoch nicht zur Kongruenz; der Erwerb der Forderung ist daher als inkongruente Deckung anfechtbar.’

97 Zie hierover o.a. Kayser, G. Kayser, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung und zur Unternehmensinsolvenz*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2006, p. 132 en 133: ‘Hiermit ist das Problem jedoch noch nicht zu Ende gedacht. Es stellt sich die Anschlussfrage, welche anfechtungsrechtliche Behandlung das Sicherungseigentum in den Fällen von Raumsicherungsverträgen zu erfahren hat. Bei “Schnelldrehern” wäre auch diese Sicherheit zumindest stark entwertet. Der BGH ist aufgerufen, den von Kirchhof (aaO) in diesem Zusammenhang herausgestellten Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz gegen das berechtigte Sicherungsbedürfnis des Geldkreditgeber abzuwägen und die Fälle der Globalsicherheiten einer befriedigenden anfechtungsrechtlichen Gesamtlösung zuzuführen.’

98 BGH 29 november 2007, IX ZR 30/07: ‘Globalzessionsverträge sind auch hinsichtlich der zukünftig entstehenden Forderungen grundsätzlich nur als kongruente Deckung anfechtbar.’ Zie hierover o.a. V. Kammel en C. Staps, ‘Die Deckungsanfechtung von Globalzessionen’, NZI 2008/3, p. 143-146. BGH 26 juni 2008 herhaalt dit oordeel en bepaalt dat deze regel ook geldt ten aanzien van een vordering die de schuldenaar verkrijgt doordat een werknemer van de schuldenaar een prestatie verricht. Dit oordeel is principieel van aard omdat de vraag naar de benadeling problematisch is. Er gaat immers niet meteen een vermogensrecht van de schuldenaar verloren. De arbeidskracht van de werknemer vertegenwoordigt echter ook waarde en indien deze wordt omgezet in een vordering en deze vordering slechts toekomt aan een individuele schuldeiser, is hiermee sprake van benadeling. Zie Dahl en Schmitz, ‘BGH: Anfechtung bei Werthaltigmachung einer global abgetretenen Forderung durch Arbeitnehmerleistungen, mit Anmerkung Dahl/Schmitz’, NZI 2008/9, p. 541: ‘Auch die Arbeitskraft stellt einen Vermögenswert dar, deren Entzug zu einer Gläubigerbenachteiligung führt. Im Ergebnis steht damit als gefestigte Rechtsprechung fest: Auf welche Weise auch immer der Insolvenzschuldner eine global zedierte Forderung werthaltig macht – insbesondere, indem er etwa Waren liefert oder Werk – oder Dienstleistungen erbringt und seinem Drittschuldner die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (§ 320 BGB) nimmt –, es besteht soweit dies im von § 130 InsO erfassten Zeitraum erfolgt, ein Anfechtungsrisiko für den Zessionar.’ Zie voor een nadere bespreking van de problematiek, Kayser, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 215-220.

Hoewel hier nog een zeker *quid pro quo* element te onderkennen is (financiering tegen zekerheid) heeft het Bundesgerichtshof nog toegevoegd dat de bank geen bescherming geniet onder de *Bargeschäft*-regeling.<sup>99</sup>

iii) Indien een incongruente voldoening onderdeel uitmaakt van een samenstel van handelingen die samen een herstructurering beogen, dan is het Bundesgerichtshof bereid gebleken om artikel 133 InsO toe te passen en artikel 131 InsO buiten toepassing te laten.<sup>100</sup> Ook een zekerheidsverschaffing die anders als een incongruente voldoening aangemerkt zou worden, wordt dan niet als zodanig aangemerkt. Zie kritisch ten aanzien van deze benadering Smid.<sup>101</sup>

iv) Een vierde geval dat vragen oproept ten aanzien van de kwalificatie als congruent of incongruent wordt gevormd door betalingen verricht onder druk van een aanhangige aanvraag tot insolventverklaring in de drie maanden voorafgaand aan de aanvraag. Het Bundesgerichtshof heeft bepaald dat dergelijke ‘druk-betalin- gen’ incongruente voldoeningen vormen:

*‘Leistet der Schuldner zur Abwendung eines angekündigten Insolvenzantrags, den der Gläubiger zur Durchsetzung seiner Forderung angedroht hat, bewirkt dies eine inkongruente Deckung.’<sup>102</sup>*

99 BGH 29 november 2007, IX ZR 30/07: ‘Die Insolvenzanfechtung von global abgetretenen, zukünftig entstehenden Forderungen scheidet grundsätzlich nicht am Vorliegen eines Bargeschäfts.’ Zie op onderdelen kritisch ten aanzien van de motivering en systematische inpassing van dit oordeel R. Leithaus, ‘Rehabilitation der revolutionierenden Sicherheit’ of ‘Das Warten hat ein Ende’, *NZI* 2008/2, *NZI Aktuell* p. vi.

100 BGH ZIP 1993, 276. Zie hierover uitgebreid hieronder de bespreking van artikel 133 InsO in § 2.2.4. Onder omstandigheden kan echter ook artikel 132 InsO van toepassing zijn, namelijk wanneer er weliswaar prestaties worden geleverd, maar er geen vooruitzicht op verbetering bestaat. Zie daarover de bespreking van artikel 132 InsO in § 2.2.3 hieronder.

101 Smid verwoordt zijn kritiek als volgt (Smid, *Grundzüge des Insolvenzrechts*, p. 323, 324): ‘So hat der BGH mit Urt. v. 12. November 1992 im Falle einer fehlgeschlagenen Sanierung entschieden, die Inkongruenz der Deckung sei ein Beweiszeichen für das Vorliegen der Benachteiligungsabsicht, das aber bei Geringfügigkeit der Inkongruenz “herabgesetzt” werde und gar entkräftet werde, wenn die angefochtene Rechtshandlung in unmittelbarem Zusammenhang mit der Durchführung eines Sanierungskonzepts steht. Dieser Entscheidung muß nachdrücklich widersprochen werden, da sie nicht nur die ökonomischen Interessen bei Sanierungsversuchen verkennt, sondern, gravierender, daran vorbeigeht, daß der vorkonkursliche Sanierungsversuch eine schwerwiegende Einflußnahme auf das Verhältnis zwischen späterem Gemeinschuldner und den übrigen Gläubigern darstellt, deren Rechtsdurchsetzungsaussichten beim Fehlschlagen der Sanierung oftmals nachdrücklich geschmälert werden, in aller Regel ohne daß sie Möglichkeiten haben, auf den Gang des Sanierungsversuches einzuwirken. Der Sanierungsversuch widerlegt daher nicht die Gläubigergefährdung.’

102 BGH 18 december 2003, IX ZR 199/02. Zie hierover Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 135. Zie ook Kayser (*Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 207) die een ruime werking van het arrest voorstaat: ‘Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs versteht den Begriff der Inkongruenz in einem weiten Sinne, weil nur so ein objektiver Gläubigerschutz in der gesetzlichen Krise erreicht werden kann. Daher ist in diesem Zeitraum jede Leistung des Schuldners, die im Wege der Zwangsvollstreckung, durch einen Insolvenzantrag oder durch Drohung mit diesen Maßnahmen erlangt wird, inkongruent (vgl. BGHZ 155, 75, 80; 157, 242, 245ff).’

Een vergelijkbare regel geldt wanneer de schuldenaar presteert ter afwendings van individuele executiemaatregelen.<sup>103</sup> Deze benadering lijkt echter op gespannen voet te staan met het uitgangspunt dat de vraag of een handeling congruent of incongruent is, objectief vastgesteld moet worden en los van de voorstelling van partijen.<sup>104</sup> Vooral ‘Finanzämter’ en ‘Socialversicherungsträger’ liepen tegen de ruimhartige interpretatie van het begrip incongruent aan, waardoor deze aanzienlijke bedragen moesten afstaan aan bewindvoerders.<sup>105</sup> Dit heeft aanvankelijk geleid tot een zeer omstreden wetsvoorstel dat in algemene zin een einde aan deze ruime benadering beoogde te maken, te weten het *Gesetz zum Pfändungsschutz der Altvorsorge und zur Anpassung des Rechts der Insolvenzanfechtung* (hierna te noemen ‘Wetsvoorstel aanpassing Insolvenzanfechtung’). Onder het wetsvoorstel zou slechts relevant zijn of de schuldeiser krijgt waar hij recht op heeft op een tijdstip waarop hij er recht op had. Niet meer relevant zou dan zijn de manier waarop de schuldenaar tot betaling bewogen is.<sup>106</sup> Dit voorstel is op veel kritiek gestuit<sup>107</sup> en lijkt van de baan te zijn.<sup>108</sup>

103 Zie BGH 15 mei 2003, IX ZR 194/02: ‘Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ist eine inkongruente Deckung, wenn der Schuldner zur Zeit seiner Leistung damit rechnen muß, daß ohne sie der Gläubiger nach dem kurz bevorstehenden Ablauf einer letzten Zahlungsfrist mit der ohne weiteres zulässigen Zwangsvollstreckung beginnt.’ Zie hierover ook Kayser, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 226 en 227.

104 Zie Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 66): ‘Ob eine Inkongruenz gegeben ist, ist objektiv zu beurteilen unabhängig von den Vorstellungen der Parteien.’

105 De Regeringstoelichting op het wetsvoorstel spreekt over meerdere honderden miljoenen euro’s per jaar. Zie Regeringstoelichting in S. Smid, *Gro, e Insolvenzrechtsreform 2006*, Berlijn: De Gruyter Recht 2006, p. 60: ‘Diesem wirtschafts- und sozialpolitisch notwendigen Bestreben läuft es zuwider, wenn den Sozialkassen jährlich mehrere 100 Mio. Euro an Beitragsaufkommen im Wege der Insolvenzanfechtung durch Insolvenzverwalter entzogen werden und dies, wie die Praxis zeigt, mit zunehmender Tendenz.’

106 De voorgestelde aanpassing zag op een uitbreiding van artikel 131 lid 1 InsO, dat volgens het ontwerp als volgt zou moeten komen te luiden: ‘Eine Rechtshandlung wird nicht allein dadurch zu einer solchen nach Satz 1, dass der Gläubiger die Sicherung oder Befriedigung durch Zwangsvollstreckung erlangt.’ De tekst zelf dekt niet geheel de lading. Zie hierover in kritische zin Huber, *Insolvenzrechts-Handbuch*, p. 826. De Regeringstoelichting maakt echter duidelijk dat beoogd werd alle hier genoemde nuancerings op congruente voldoeningen af te schaffen. Zie Regeringstoelichting (Smid, *Große Insolvenzrechtsreform 2006*, p. 68): ‘Eine zwangsweise Befriedigung durch Zwangsvollstreckung oder die Leistung unter dem Druck einer drohenden Zwangsvollstreckung soll künftig nicht mehr allein wegen der Art ihrer Erlangung als inkongruente Deckung gewertet werden können. Die Zwangsvollstreckung stellt nicht lediglich ein Erfüllungssurrogat dar, sondern ist echte Erfüllung.’

107 Een samenvatting van de commentaren op het wetsvoorstel is te vinden in M. Zeuner, ‘Reform der Zustellung insolvenzgerichtlicher Entscheidungen und des Rechts der Insolvenzanfechtung’, in: S. Smid (red.), *Große Insolvenzrechtsreform 2006*, Berlijn: De Gruyter Recht 2006, p. 253 tot en met 257. De commentaren zijn overwegend zeer kritisch. Zie bijvoorbeeld de kritiek in de literatuur als samengevat door Zeuner: ‘Auch die insolvenzrechtliche Fachliteratur stört sich erheblich an dem Entwurf der Bundesregierung. Die Kritik bezieht sich hier vor allem auf die Gesetzbegründung. Es wird dem Gesetzgeber vorgeworfen, er beabsichtige mit scheinheiligen Argumenten eine Aufhebung des zentralen Grundsatzes der Gläubigergleichbehandlung.’ (Zeuner, p. 256). Zie verder ook kritisch Huber (*Insolvenzrechts-Handbuch*, p. 826): ‘Die Konsequenzen aus der vorgeschlagenen Änderung wären für die Praxis der Insolvenzverwaltung verheerend. Die stärksten und schnellsten Gläubiger, also vornehmlich Finanzämter und Sozialversicherungsträger, die ihre Forderungen selbst titulieren können, und darüber hinaus alle Titel-Gläubiger würden sich mit gesetzgeberischer Billigung sogar durch “rüde” Methoden anfechtungsfest befriedigen und das so Erlangte trotz der Insolvenz ihres Schuldners behalten dürfen.’

108 Zie R. Leithaus en M.C. Frege, ‘Erneuter Angriff auf die par conditio creditorum’, *NZI* 2007/10, *NZI Aktuell*, p. v: ‘Dank erfolgreicher Interventionen aus Fachkreisen hat der Gesetzgeber jedoch von der Umsetzung dieses Vorhabens (zunächst?) abgesehen.’ Het stranden van het project heeft wel tot nieuwe wetgeving geleid waarbij betalingen van sociale zekerheidsbijdragen de facto uitgezonderd worden. Zie hierover Chr. Sterzinger, ‘Auswirkungen des § 28 e I 2 SGB IV bei der Insolvenzanfechtung von Sozialversicherungsbeiträgen’, *NZI* 2008/4, p. 221-224. Zie hierover nader § 2.2.4 hieronder.

v) Als gezegd<sup>109</sup> is de werking van de artikelen 129 InsO en verder niet principieel beperkt tot handelingen van de schuldenaar.<sup>110</sup> Artikel 129 InsO, de grondbepaling van de *Insolvenzanfechtung*, spreekt niet van een handeling van de schuldenaar, maar meer algemeen van een handeling. Een geval dat rechtstreeks onder artikel 131 InsO valt, waarbij geen handeling van de schuldenaar is te identificeren, is het overnemen van vorderingen teneinde deze onder bestaande zekerheden te brengen. Onder het Duitse recht wordt dit geacht een incongruente voldoening op te leveren.<sup>111</sup> Een bewindvoerder hoeft dus niet toe te zien hoe zekerheden worden uitgewonnen indien de overname van de vordering voldoet aan de eisen in artikel 131 InsO.<sup>112</sup>

vi) Een vergelijkbaar geval als hiervoor onder v) omschreven, wordt gevormd door het overnemen van vorderingen teneinde deze met een schuld aan de schuldenaar te verrekenen.<sup>113</sup> Deze overname en verrekening valt niet rechtstreeks onder artikel 129 InsO e.v., maar wel indirect. Artikel 96 InsO bepaalt namelijk dat verrekening niet is toegestaan indien de verrekeningsmogelijkheid is gecreëerd met een handeling die strijdig is met de bepalingen van de *Insolvenzanfechtung*. Deze regel is echter aanzienlijk minder duidelijk dan zij op het eerste gezicht lijkt. De vraag naar welke bepaling artikel 96 lid 1 sub 3 InsO verwijst wordt noch in de wet, noch in de parlementaire geschiedenis beantwoord. Het antwoord op de vraag welk artikel van toepassing is, is dan ook geruime tijd onduidelijk geweest.<sup>114</sup> Twee artikelen leken in aanmerking te komen: artikel 130 InsO en artikel 131 InsO. Uiteindelijk heeft het *Bundesgerichtshof* in 2006 duidelijkheid gegeven. In beginsel is artikel 131 InsO van toepassing. Dit is slechts anders wanneer de schuldenaar zich reeds eerder had verbonden om mee te werken aan het creëren van de verrekeningsmogelijkheid. Het *Bundesgerichtshof* oordeelde als volgt:

---

109 Zie hierboven § 2.1.1.

110 Artikel 132, 133 en 134 InsO veronderstellen wel expliciet een handeling van de schuldenaar.

111 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 855: 'Läßt sich ein Gläubiger mit nicht voll ausgeschöpftem Sicherungsumfang innerhalb der von § 131 abgedeckten Fristen ungesicherte Forderungen anderer Gläubiger abtreten, so ist dieses Unterstellen unter die Sicherungen als inkongruente Deckung anfechtbar.'

112 Smid, *Grundzüge des Insolvenzrechts*, p. 318.

113 Onder het Nederlandse recht worden zowel de figuur van het overnemen van vorderingen om deze te verrekenen als het overnemen van vorderingen om deze onder bestaande zekerheden te brengen onder artikel 54 Fw gebracht. Zie hierover hoofdstuk 4 (§ 4.2.4.3.4), met name de bespreking van het arrest HR 30 januari 1953, *NJ* 1953, 578 (Doyer/Kalff).

114 Veel auteurs verwezen slechts naar de mogelijk toepasselijke bepalingen van artikel 130 en 131 InsO zonder aan te geven welke bepaling volgens hen dan van toepassing zou zijn. Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 533 schreef echter reeds eerder dat het overnemen van een vordering om deze met een schuld te verrekenen onder artikel 131 InsO viel. '(...) dann ist die Deckung inkongruent. Ebenso verhält es sich, wenn sich ein Schuldner des späteren Insolvenzschuldners in der Zeit seiner wirtschaftliche Krise eine gegen diesen gerichtete Insolvenzforderung von deren Inhaber abtreten lässt, um mit ihr gegen die eigene Verbindlichkeit aufzurechnen.'

*‘Ob die Begründung der Aufrechnungslage zu einer kongruenten oder einer inkongruenten Deckung führt, richtet sich nach gefestigter Rechtsprechung des BGH danach, ob der Aufrechnende einen Anspruch auf Abschluss der Vereinbarung hatte, welche die Aufrechnungslage entstehen liess, oder ob dies nicht der Fall war. (...) Die Vorschrift des §131 InsO bezeichnet jede Rechtshandlung als inkongruent, die dem Insolvenzgläubiger eine Befriedigung gewährt, auf die er keinen Anspruch hatte. Deshalb ist die Herstellung einer Aufrechnungslage inkongruent, soweit die Aufrechnungsbefugnis sich nicht aus dem zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger zuerst entstandenen Rechtsverhältnis ergibt.’<sup>115</sup>*

vii) Een zevende geval dat vragen oproept in verband met de kwalificatie als congruent of incongruent, betreft de betaling door de debiteuren van de schuldenaar in een rekening-courant met een debetstand waarna de bank verrekent. De storting door een debiteur van de schuldenaar stelt de bank in staat om de vordering die zij heeft op de schuldenaar te verminderen. Het Duitse recht maakt een onderscheid tussen het geval waarbij de bank wel en niet bevoegd was om de terugbetaling van het openstaande debetsaldo te vorderen. Indien de bank gerechtigd is om bij een debetstand terugbetaling te vorderen, vormt de verrekening door de bank na een storting een congruente voldoening. Voor zover de bank niet bevoegd is het saldo terug te vorderen,<sup>116</sup> heeft de verrekening als incongruent te gelden.<sup>117</sup>

115 BGH 9.2.2006 – IX ZR 121/03 onder 14.

116 Zie voor een nadere uitwerking hiervan, De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 844. *‘Im Falle von Kontokorrentverhältnissen sind Gutschriften dann kongruent, wenn die Bank einen fälligen Zahlungsanspruch gegen ihren Kunden hat. Dies ist dann der Fall, wenn das Konto einseitig überzogen bzw. ein eingeräumter Kontokorrentkredit (Dispositionscredit) überschritten wurde, soweit darin nicht eine konkludente vertragliche Vereinbarung zu sehen ist. Eine Vereinbarung, wonach der Kontokorrentkredit “täglich fällig” sein soll, reicht i.d.R. ebenfalls nicht zur Begründung von Kongruenz aus, sondern ist i.d.R. als jederzeitige Kündigungsmöglichkeit zu verstehen. Bis zur Höhe der Rückführung des Kontostandes auf den vertraglich zulässigen Rahmen ist die Verrechnung von Gutschriften daher nur nach § 130 anfechtbar.’* Zie over het onderscheid tussen gevallen waarin de bank wel en niet tot terugbetaling van het debetsaldo gerechtigd is Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 66): *‘Inkongruenz liegt deshalb bei Rückführung eines Annuitätendarlehens und sonstigen Ratenkrediten vor, nicht aber bei Überziehung eines Girokontos, da nach Nr. 14 Abs. 3 der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken bzw. Kreditgenossenschaften; Nr. 9 Abs. 4 der AGB der Sparkassen diese jederzeitige Rückführung des Saldos bei dem Girokonto verlangen können.’* Zie verder de Hirte (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 2015): *‘Die Rückführung eines jederzeit fälligen Überziehungskredits ist keine inkongruente Deckung (...). Hatte die Bank dagegen mit ihrem Kunden die Vereinbarung getroffen, dass der Überziehungskredit für eine bestimmte Zeit zur Verfügung gestellt wird, stellt sich eine vorzeitige Rückführung als inkongruente Deckung dar.’*

117 Indien de bank de kredietfaciliteit heeft beëindigd, wordt een creditering van de rekening door een storting door een debiteur van de schuldenaar – latere failliet – in beginsel ook als een congruente voldoening gezien. Indien de bank de schuldenaar – latere failliet – toestaat om betalingen ten laste van de rekening-courant te blijven verrichten nadat ‘de crisis’ is ingetreden, worden de crediteringen gevolgd door verrekening behandeld als ‘Bargeschäft’ in de zin van artikel 142 InsO. Voorwaarde is wel dat er temporeel een nauw verband bestaat tussen de betalingen ten laste van de rekening en de ontvangsten op deze rekening. Zie verder over deze problematiek, met verwijzingen naar jurisprudentie en literatuur De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 844-845. Zie ook Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 58, over de mogelijkheid om onder omstandigheden op te komen tegen het beëindigen van de kredietfaciliteit door de bank waarmee een verrekeningsmogelijkheid wordt gecreëerd.

### 2.2.2.3 *Subjectieve vereisten artikel 131 InsO of het ontbreken daarvan*

Het werkingsgebied van artikel 131 InsO is omvangrijker dan dat van artikel 130 InsO. Artikel 131 InsO biedt daarbij welbeschouwd drie aantastingsgronden, waarbij slecht één grond subjectieve vereisten stelt.

#### 2.2.2.3.1 *Ontbreken subjectief criterium: maand voor aanvraag (en daarna)*

Alle incongruente voldoeningen in de maand voorafgaand aan de aanvraag (en daarna) zijn aantastbaar. De aanvraag geldt overeenkomstig artikel 139 InsO als aanhangig zodra de aanvraag bij de rechtbank (*Insolvenzgericht*) is aangeboden. Bekendheid van de schuldenaar met de gedane aanvraag is niet van belang voor de toepasselijkheid van artikel 131 InsO. Deze eerste grond onder 131 InsO kan als *besondere Insolvenzanfechtungsbepaling*, zoals gezien,<sup>118</sup> verklaard worden door de gedachte dat het vermogen als het ware reeds voor de formele insolventie strekt ter bevrediging van de gezamenlijke schuldeisers. Gezien de zeer korte tijd voor de aanvraag en de verdachte incongruente wijze waarop voldoening plaatsvindt, is de handeling zonder meer aantastbaar.

Voor zover de insolventieprocedure wordt geopend op grond van artikel 17 InsO, wegens betalingsonmacht, levert de rechtvaardiging van het ingrijpen op grond van artikel 131 InsO als bijzondere *Insolvenzanfechtungs*-grond niet veel problemen op. Artikel 131 lid 1 sub 1 InsO is echter ook van toepassing indien de insolventieaanvraag wordt gebaseerd op artikel 18 InsO wegens dreigende betalingsonmacht (*drohende Zahlungsunfähigkeit*).<sup>119</sup> In deze gevallen wordt de *besondere Insolvenzanfechtung* ver opgerekt. Waar de onderliggende gedachte van de *besondere Insolvenzanfechtung* is dat reeds voor de formele insolventie, de schuldenaar zijn vrije beschikkingsbevoegdheid ingeperkt ziet omdat hij reeds materieel insolvent is, past deze rechtvaardiging eigenlijk slecht bij die gevallen waarin de schuldenaar wegens *dreigende* insolventie zijn insolventverklaring verzoekt. Men zou kunnen stellen dat voor zover van belang voor artikel 131 InsO, wat de openingsgrond ook moge zijn, de betalingsonmacht van de schuldenaar reeds een maand voor de aanvraag wordt geacht te zijn ingetreden.<sup>120</sup> De toelichting op artikel 131 lid 1 sub 1 InsO geeft ook aan dat met een dubbel vermoeden wordt gewerkt, namelijk met een vermoeden ten aanzien van de ingetreden betalingsonmacht én een vermoeden ten aanzien van de bekendheid daarmee. De Regeringstoelichting stelt het als volgt:

*‘Wegen der besonderen Verdächtigkeit inkongruenten Erwerbs ist es gerechtfertigt, für einen Zeitraum von bis zu einem Monat vor dem Eröffnungsantrag auf subjektive Voraussetzungen in der Person des Anfechtungsgegners ganz zu*

118 Zie § 2.2.1.1 en § 2.2.2.1 hierboven.

119 Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 2021.

120 Zie in deze zin Hirte met een verwijzing naar de Regeringstoelichting (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 2021): *‘Das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit wird daher ab diesem Zeitpunkt unwiderleglich vermutet (Begr. RegE zu § 131).’*

*verzichten. Aus Nummer 1 ergibt sich daher, daß die innerhalb des letzten Monats vor dem Eröffnungsantrag gewährten inkongruenten Deckungen ohne Rücksicht auf subjektive Voraussetzungen und den tatsächlichen Eintritt der Zahlungsunfähigkeit anfechtbar sind; Kenntnis und grob fahrlässige Unkenntnis von der Krise sowie die Krise selbst werden insoweit unwiderleglich vermutet.*<sup>121</sup>

Gelijk hierboven in § 2.2.1.1 ten aanzien van de bewoordingen van artikel 130 InsO is opgemerkt, zijn deze bewoordingen enigszins ongenueanceerd en inconsistent met de rechtvaardiging van artikel 130 en 131 InsO als bijzondere *Insolvenzabwehr*-bepalingen. Het Duitse recht verbindt reeds aan het intreden van de crisis het gevolg dat de schuldenaar niet meer geheel de vrije beschikking over zijn vermogen heeft. Indien de wederpartij te goeder trouw ontvangt waar hij recht op heeft, wordt hier, in elk geval onder artikel 130 InsO, een uitzondering op gemaakt omdat deze goede trouw bescherming verdient. Meer in overeenstemming met de onderbouwing die gegeven wordt ten aanzien van artikel 130 InsO zou geweest zijn indien de toelichting op artikel 131 InsO zou aangeven dat bij incongruente voldoeningen in de maand voor de aanvraag aangenomen wordt dat hier de wederpartij geacht wordt niet te goeder trouw te zijn geweest. De parlementaire geschiedenis doet het nu, m.i. onjuist, voorkomen als zou de rechtvaardiging van het categorisch aantastbaar maken van incongruente voldoeningen in deze periode gevonden worden in het aannemen van een soort van kwade trouw, in de zin dat bepaalde wetenschap aanwezig geacht wordt. Het gaat echter niet zozeer om het bestaan van kwade trouw maar om het ontbreken van goede trouw. M.i. is het dus veeleer zo dat wordt aangenomen dat de wederpartij niet te goeder trouw is, en gezien de aard van de prestatie en het tijdstip waarop deze verricht is, ook niet kan zijn.<sup>122</sup>

121 Toelichting op Regeringsontwerp, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 233 en overeenkomstig Smid, *Grundzüge des Insolvenzrechts*, p. 317, De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 856 en Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 65.

122 Zie ten aanzien van de grondslagen Henckel. Het citaat dat hierboven in § 2.2.1.1 is opgenomen ten aanzien van artikel 130 InsO, vervolgt met een analyse van artikel 131 InsO. Het volledige citaat luidt als volgt (Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 167): 'Weil jedoch die materielle Insolvenz – anders als die Eröffnung des Insolvenzverfahrens – nicht publiziert werden kann, hat der Gesetzgeber in den §§ 130 und 132 davon abgesehen, die Insolvenzwirkungen allein schon mit dem objektiven Tatbestand des materiellen Insolvenz eintreten zu lassen. Vielmehr ist aus Gründen des **Verkehrsschutzes** die besondere Insolvenzabwehr hier davon abhängig, dass der Anfechtungsgegner die Krise des Schuldners oder jedenfalls Umstände kennt, die auf die Krise schließen lassen. Lediglich bei den **besonders verdächtigen inkongruenten Deckungen** verzichtet das Gesetz auf subjektive Voraussetzungen, wenn die Handlung im letzten Monat vor der Verfahrenseröffnung oder nach dieser vorgenommen worden ist oder im zweiten oder dritten Monat vor dem Eröffnungsantrag und der Schuldner zur Zeit der Handlung zahlungsunfähig war (§ 131 I Nr 1 und 3). Der Gläubiger, der in dieser Zeit eine inkongruente Deckung erhält oder dem sie ermöglicht wird, soll keinen Verkehrsschutz genießen.'

Artikel 131 InsO zelf zwijgt over deze nuanceringen. Duidelijk is in elk geval wel dat, hoewel artikel 131 InsO lid 1 onder 1 volledig afstand neemt van subjectieve criteria, de bepaling wel gedeeltelijk subjectieve wortels heeft<sup>123</sup> en de rechtvaardiging in de wetsgeschiedenis ook een beroep doet op subjectieve elementen, die dan echter geacht worden te zijn vervuld.

#### 2.2.2.3.2 Ontbreken subjectief criterium: betalingsonmacht

Incongruente voldoeningen in de tweede en de derde maand voor de aanvraag, kunnen bestreden worden indien de schuldenaar toen reeds in betalingsonmacht verkeerde (*Zahlungsunfähigkeit*). Subjectieve eisen worden niet gesteld. De bewijslast dat de schuldenaar ten tijde van de voldoening reeds in betalingsonmacht verkeerde, rust op de bewindvoerder.<sup>124</sup> Het is voldoende dat de schuldenaar in betalingsonmacht verkeerde, niet vereist is dat de schuldenaar reeds gestopt was met betalingen (*Zahlungseinstellung*).

Hoewel in dit geval geen subjectieve eisen worden gesteld, wordt ook<sup>125</sup> deze bepaling wel gedeeltelijk door subjectieve elementen aan de zijde van de wederpartij verklaard. Of zoals de toelichting op artikel 131 lid 1 sub 2 InsO zegt, dat hier ook de subjectieve criteria geacht worden te zijn vervuld.<sup>126</sup> Evenals het geval is bij de aantasting van incongruente voldoeningen in de maand voor de aanvraag, lijkt daarmee de rechtvaardiging voor het ingrijpen bij incongruente voldoeningen toch mede gevonden te worden in bepaalde subjectieve elementen aan de zijde van de wederpartij.<sup>127</sup> De omstandigheden rechtvaardigen echter niet een enkele omkering in de bewijslast, maar dat de subjectieve elementen onweerlegbaar worden geacht te zijn vervuld.

#### 2.2.2.3.3 Subjectief criterium derde grond: wetenschap zijdens wederpartij

Incongruente voldoeningen kunnen op grond van artikel 131 lid 1 sub 3 InsO ook aangetast worden indien de wederpartij wist dat benadeling van de schuldeisers het resultaat zou zijn. De bewindvoerder zal zich op deze bepaling beroepen indien hij niet zeker weet dat hij bij de incongruente voldoeningen in de twee tot

---

123 Ten aanzien van de wortels van artikel 131 lid 1 sub 1 InsO dient nog op de voorganger van het artikel gewezen te worden, het oude artikel 30 lid 2 KO. Hieronder golden nog subjectieve criteria, in de zin dat het aan de wederpartij was om te bewijzen dat hij te goeder trouw was. Artikel 30 lid 2 KO (oud): '(...) die nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Eröffnung des Verfahrens oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erfolgten Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte, sofern er nicht beweist, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung und der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.'

124 Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 136.

125 Zie hiervoor § 2.2.2.3.1.

126 Zie de Toelichting op Regeringsontwerp van artikel 131 lid 1 sub 2 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 233): 'die subjektiven Voraussetzungen (Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von der Zahlungsunfähigkeit) werden dagegen wegen der besonderen Verdächtigkeit inkongruenten Erwerbs unwiderleglich vermutet.' Zie in dezelfde zin Smid, *Grundzüge des Insolvenzrechts*, p. 317.

127 Zie voor een kritische beschouwing van de rechtvaardiging van artikel 131 InsO en de rol die subjectieve elementen daarbij spelen, hierboven § 2.2.2.3.1.



en met drie maanden periode voor de aanvraag, zal slagen in het bewijs dat de schuldenaar toen al in betalingsonmacht verkeerde. Het is onder lid 1 sub 3 ook niet vereist dat de schuldenaar reeds in betalingsonmacht verkeerde.<sup>128</sup> Hier wordt het ingrijpen dan ook niet in de eerste plaats gerechtvaardigd doordat de schuldenaar door de betalingsonmacht reeds de vrije beschikking over zijn vermogen is verloren. Hier wordt het ingrijpen veel meer gerechtvaardigd door een subjectief element aan de zijde van de wederpartij dan onder de eerste twee gevallen van artikel 131 InsO.

In de onderbouwing stelt de parlementaire geschiedenis echter nog wel met zoveel woorden dat het opzet te benadelen aan de zijde van de *schuldenaar* zelf geacht wordt te hebben bestaan.<sup>129</sup> Volgens de Regeringstoelichting op artikel 131 InsO vormt lid 1 sub 3 InsO een bijzonder geval van de opzettelijke benadeling ex artikel 133 InsO.<sup>130</sup> In die zin gaat de onderbouwing van artikel 131 lid 1 sub 3 InsO ten dele terug op subjectieve elementen aan de zijde van de *wederpartij* en wordt in belangrijke mate aangesloten bij een verondersteld subjectief element aan de zijde van de *schuldenaar*. Sommige Duitse schrijvers zien de derde grond onder artikel 131 InsO dan ook grotendeels als een categorie van artikel 133 InsO.<sup>131</sup> De Bra, bijvoorbeeld, betoogt dat in praktisch alle gevallen die onder artikel 131 lid 1 sub 3 InsO vallen, ook aan de vereisten voor toepasbaarheid van artikel 133 InsO is voldaan. De Bra meent dan ook dat de verschillen tussen artikel 131 lid 1 sub 3 InsO en artikel 133 InsO marginaal zijn, behalve voor de gevallen waarin de wederpartij door middel van executie voldaan wordt of de zeldzame gevallen waarin de wederpartij beter op de hoogte is van de stand van het vermogen van de schuldenaar, dan de schuldenaar zelf.<sup>132</sup> Het belangrijkste verschil tussen artikel 133 InsO en artikel 131 InsO is dat artikel 133 InsO bewijs vereist dat de schuldenaar zelf zijn schuldeisers opzettelijk (*vorsätzlich*) benadeelde. Artikel 131 InsO daarentegen veronderstelt opzet aan de zijde van de schuldenaar en gaat verder dan ook voorbij aan de subjectieve gesteldheid van de schuldenaar.

128 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 856.

129 Zie Toelichting op Regeringsontwerp van artikel 131 lid 1 sub 3 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 234): 'Bei Rechtshandlungen des Schuldners wird unwiderleglich vermutet, daß er die anderen Gläubiger benachteiligen wollte und daß dem Anfechtungsgegner dieser Wille bewußt war. Der Insolvenzverwalter hat lediglich zu beweisen, daß dem Anfechtungsgegner die Benachteiligung der anderen Gläubiger bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war.' In het oorspronkelijke ontwerp was voldoende dat de wederpartij ernstig nalatig was ten aanzien van zijn kennis omtrent de benadeling. Dit is ingeperkt tot het huidige lid 2, waarin met de bekendheid met benadeling gelijkgesteld wordt bekendheid met omstandigheden die dwingend op de benadeling wijzen.

130 Zie Toelichting op Regeringsontwerp van artikel 131 lid 1 sub 3 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 234): 'Bei dieser Regelung handelt es sich um einen auf inkongruente Deckungen bezogenen Sonderfall der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung nach § 133 InsO.'

131 Zie Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 65): 'Bei § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO handelt es sich um einen auf inkongruente Deckung bezogenen Sonderfall der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung nach § 133 InsO. Während es in den Fällen der Nr. 1 und 2 auf den Kenntnisstand des Anfechtungsgegner nicht ankommt, ist es für Nr. 3 irrelevant, ob der Schuldner zum Zeitpunkt der Rechtshandlung zahlungsunfähig oder überschuldet war.'

Vereist voor toepasbaarheid van lid 1 sub 3 is dat de wederpartij moest weten dat de schuldeisers benadeeld zouden worden. Van groot belang is hier de vraag in hoeverre de wederpartij bekend was met de kritische financiële positie van de schuldenaar om van deze wetenschap van benadeling te kunnen spreken. Bij het nader bepalen welke kennis voldoende is, dient bedacht te worden dat artikel 131 InsO beoogt de bewijslast van de bewindvoerder ten opzichte van artikel 130 InsO te verlichten. Niet vereist is dan ook dat de wederpartij wist van betalingsonmacht als gedefinieerd in artikel 17 InsO (welk vereiste artikel 130 InsO stelt voor de aantastbaarheid van congruente voldoeningen<sup>133</sup>). Hoewel wetenschap van dreigende betalingsonmacht als gedefinieerd in artikel 18 InsO voldoende zal zijn om bij incongruente voldoeningen in de drie maanden voor de aanvraag wetenschap van benadeling aan te nemen, is ook deze wetenschap niet vereist.<sup>134</sup> Gezien de achtergrond van de bepaling, een verlichte bewijslast ten opzichte van artikel 130 InsO, de korte tijd dat de handeling voor de aanvraag wordt verricht en het feit dat het om een incongruente voldoening gaat, worden niet al te zware eisen aan de wetenschap van benadeling gesteld. Kayser schrijft ten aanzien van de bewijslast van de bewindvoerder:

*‘Die Feststellung der Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligung wird zudem bei Inkongruenz – über die gesetzliche Beweiserleichterung hinaus (vgl. § 131 Abs. 2 InsO) – durch die Rechtsprechung des BGH wesentlich erleichtert (vgl. BGHZ 157, 242, 250).’<sup>135</sup>*

Om de wetenschap van benadeling aan te nemen dient de wederpartij zowel te weten dat door de handeling, hier de incongruente voldoening, het voor verhaal beschikbare vermogen vermindert als dat daardoor de schuldeisers benadeeld zullen worden, doordat er onvoldoende zal zijn allen geheel te voldoen. Kreft stelt het volgende ten aanzien van de wetenschap van benadeling:

*‘Diese Kenntnis hat ein Gläubiger, der weiß, dass mit der Deckungshandlung das Vermögen des Schuldners geschmälert wird und dieser wegen seiner finanziell beengten Lage in absehbarer Zeit nicht in der Lage ist, sämtliche Gläubiger zu befriedigen.’<sup>136</sup>*

Aangezien incongruente voldoeningen vrijwel altijd het voor verhaal vatbare vermogen verminderen ziet de vraag naar de wetenschap van benadeling bovenal op kennis die de wederpartij heeft of moet hebben van de financiële positie van de schuldenaar.<sup>137</sup> De wetenschap van benadeling wordt onder artikel 131 lid 1 sub 3

---

132 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 857 geeft als voorbeeld het geval waarin de bank zich al beraadt over het opzeggen van de kredietfaciliteit.

133 Zie hierboven § 2.2.1.3.

134 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 547.

135 Kayser, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 207.

136 Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 137.

137 Zie in deze zin Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 547.

InsO in het algemeen aangenomen wanneer de wederpartij die op incongruente wijze voldaan wordt, op grond van de economische situatie van de schuldenaar, de toestand van de schuldenaar zo inschat dat deze binnen afzienbare tijd in de positie zal geraken dat hij niet al zijn schuldeisers volledig kan voldoen.<sup>138</sup> Van belang is daarbij tot op welke hoogte de wederpartij inzicht had in de activa en de passiva van de schuldenaar en mogelijk ook in de orderportefeuille.<sup>139</sup>

Artikel 131 lid 2 InsO biedt de bewindvoerder nog een verdere verlichting van zijn bewijslast. Lid 2 stelt in de eerste plaats dat bekendheid met omstandigheden die dwingend op benadeling wijzen, met wetenschap van benadeling gelijkgesteld wordt. Indien de wederpartij een gerelateerde partij in de zin van artikel 138 InsO is, wordt de vereiste wetenschap vermoed aanwezig te zijn geweest. Dit betreft echter slechts een bewijsvermoeden, zodat de wederpartij kan proberen tegenbewijs te leveren.

### 2.2.3 Artikel 132 InsO: unmittelbare Benachteiligung

Tezamen vormen de artikelen 130, 131 en 132 InsO de bijzondere *Insolvenz-anfechtungs*-gronden.<sup>140</sup> Artikel 130 en 131 InsO zien op de aantasting van congruente en incongruente voldoeningen in de periode tot en met drie maanden voor de aanvraag. Artikel 132 InsO biedt de mogelijkheid om rechtshandelingen aan te tasten die eveneens in deze periode zijn verricht en die tot *onmiddellijke benadeling* van de schuldeisers hebben geleid.

138 Zie Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 547 en 548): ‘Vielmehr genügt es, wenn der Begünstigte auf Grund der ihm bekannt gewordenen Tatsachen die Liquiditäts- und Vermögenslage des Schuldners als so unzulänglich einschätzt, dass dieser in absehbarer Zeit voraussichtlich nicht mehr in der Lage sein wird, alle seine Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen, und dass dann Gläubiger wenigstens teilweise leer ausgehen.’ Een gelijke maatstaf gold onder het oude artikel 30 sub 2 KO, waar de wederpartij diende te bewijzen dat deze niet bekend was met het opzet zijdens de schuldenaar deze schuldeiser boven de anderen te bevredigen (‘eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war’). Zie hierover, en de continuïteit van het oude criterium met het nieuwe artikel 131 lid 1 sub 3 InsO, Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 137 en Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 548. Dauernheim met verwijzing naar BGH ZIP 1995, 293 (296); ZIP 1996, 1015, lijkt tot een nog enigszins soepeler criterium in deze gevallen te komen (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 70, 71): ‘Diese Kenntnis ist vorhanden, wenn er aufgrund der sich für ihn darstellenden wirtschaftlichen Lage des Schuldners nicht davon ausgehen konnte, daß das Vermögen des Schuldners zur Befriedigung aller seiner Gläubiger jetzt oder in absehbarer Zeit ausreichen wird.’ Dauernheim lijkt hier een soort van onderzoeksplicht te creëren die niet terugkomt in latere literatuur nadat artikel 131 InsO is ingevoerd, waarmee de formulering van Dauernheim als te ruim heeft te gelden.

139 Zie Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 71): ‘Maßgeblich ist dabei, inwieweit der Anfechtungsgegner über das Aktivvermögen des Schuldners, dessen Verbindlichkeiten, die Realisierbarkeit von Außenständen oder etwa auch seine Auftragslage informiert war.’

140 Zie hierboven § 2.2.

Artikel 132 InsO bepaalt het volgende:

- 1) *Anfechtbar ist ein Rechtsgeschäft des Schuldners, das die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt,*
  - i. *wenn es in den letzten drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist, wenn zur Zeit des Rechtsgeschäfts der Schuldner zahlungsunfähig war und wenn der andere Teil zu dieser Zeit die Zahlungsunfähigkeit kannte oder*
  - ii. *wenn es nach dem Eröffnungsantrag vorgenommen worden ist und wenn der andere Teil zur Zeit des Rechtsgeschäfts die Zahlungsunfähigkeit oder den Eröffnungsantrag kannte.*
- (2) *Einem Rechtsgeschäft, das die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt, steht eine andere Rechtshandlung des Schuldners gleich, durch die der Schuldner ein Recht verliert oder nicht mehr geltend machen kann oder durch die ein vermögensrechtlicher Anspruch gegen ihn erhalten oder durchsetzbar wird.*
- (3) *§ 130 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.*

#### 2.2.3.1 Doel en rechtvaardiging artikel 132 InsO

Artikel 132 InsO ziet, net als artikel 130 en 131 InsO, op de periode van drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en de periode daarna. Het artikel vormt samen met artikel 130 en 131 InsO de bijzondere *Insolvenzanzfechtungs*-bepalingen. Toch heeft artikel 132 InsO een eigen achtergrond en kent belangrijke verschillen met artikel 130 en 131 InsO. Artikel 132 InsO beoogt benadeling van schuldeisers door handelingen van de schuldenaar met wederpartijen die niet reeds schuldeiser zijn tegen te gaan. De Bra schrijft over artikel 132 InsO:

*‘§ 132 (...) ist als Auffangregel konzipiert, die eine Masseschmälerung durch Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen des Schuldners gegenüber anderen Personen als den Insolvenzgläubigern erfassen soll. Im Unterschied zu den §§ 130, 131 genügt es folglich für § 132, wenn die Rechtsbeziehungen zu dem Anfechtungsgegner gerade durch das anfechtbare Rechtsgeschäft begründet werden.’<sup>141</sup>*

In het inleidende hoofdstuk is het onderscheid gemaakt tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen enerzijds en handelingen die een doorbreking vormen van de *paritas creditorum* anderzijds. De artikelen 130 en 131 InsO zien op die gevallen waarbij een bestaande schuld wordt voldaan. De rechtvaardiging van het ingrijpen op grond van artikel 130 en 131 InsO dient gevonden te worden in de bewaking van de *paritas creditorum*. De wederpartij die voldaan wordt, had de hoedanigheid van schuldeiser, maar tracht

---

141 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 858.

de dans te ontspringen. De *paritas creditorum*, de gelijkheid van *schuldeisers onderling*, speelt geen directe rol bij artikel 132 InsO.<sup>142</sup> Daar is de wederpartij immers zonder de rechtshandeling geen (toekomstige) insolventieschuldeiser. Het gaat bij artikel 132 InsO dan ook niet om de bescherming van de gelijkheid van de schuldeisers onderling, maar om de bescherming van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers tegen handelingen die de integriteit van het verhaalsvermogen aantasten.<sup>143</sup>

Tegen deze achtergrond is het m.i. ook onjuist om te oordelen dat de artikelen 130 en 131 InsO *leges speciales*<sup>144</sup> vormen van artikel 132 InsO, zoals de Bra betoogt.<sup>145</sup> De Bra verwijst weliswaar naar de Toelichting op het Regeringsantwoord, maar daar wordt ook niet van een *lex specialis* verhouding van de artikelen 130 en 131 tot artikel 132 InsO gesproken.<sup>146</sup> De artikelen 130 InsO en 131 InsO enerzijds en artikel 132 InsO anderzijds zien op geheel andere gevallen: respectievelijk de doorbreking van de *paritas creditorum* en een inbreuk op de integriteit van het verhaalsvermogen. Daar komt nog bij dat het toepassingsgebied van artikel 131 InsO, zover het de subjectieve criteria betreft, ruimer is dan dat van artikel 132 InsO. De subjectieve criteria van artikel 130 InsO komen immers overeen met artikel 132 InsO (zie hieronder § 2.2.3.3) en artikel 131 InsO heeft qua subjectieve criteria een duidelijk ruimer werkingsgebied dan artikel 130 InsO. Artikel 130 en artikel 131 InsO zijn dan ook geen *leges speciales* van artikel 132 InsO, maar zien eenvoudig op andere gevallen en hanteren in artikel 131 InsO ook nog ruimere criteria.

142 Anders en m.i. onjuist ten aanzien van artikel 132 InsO, schrijft Kirchhof dat het artikel als doel heeft de gelijke behandeling van schuldeisers te waarborgen. Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 550) schrijft: ‘Die Vorschrift dient, ebenso wie § 130, der Gläubigergleichbehandlung. Während jene Norm die Gewährung von Befriedigungen oder Sicherungen auf bereits bestehende Verbindlichkeiten des Schuldners erfasst, richtet sich § 132 Abs. 1 vor allem schon gegen das Begründen von Verbindlichkeiten zugunsten Einzelner in der wirtschaftlichen Krise des Schuldners, für die ihm kein ausgleichender Gegenwert zufließen soll (“Verschleuderungsgeschäfte”).’

143 In die zin komt het doel van artikel 132 InsO meer overeen met artikel 134 InsO dan met artikel 130 en 131 InsO. Artikel 134 InsO beschermt de gezamenlijke schuldeisers tegen benadelende rechtshandelingen om niet van de schuldenaar. Ten aanzien van artikel 134 InsO wordt wel algemeen aangenomen dat dit artikel niet ziet op de bescherming van de *paritas creditorum* oftewel de ‘gleiche Behandlung aller Gläubiger’. Zie over het doel van artikel 134 InsO, Dauernheim (Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 82): ‘Die Schenkungsanfechtung bezweckt nicht die Durchsetzung des Prinzips der gleichen Behandlung aller Gläubiger, sondern will aus Billigkeitsgründen dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit geben, unentgeltliche Leistungen des Schuldners in den letzten vier Jahren vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugunsten der Insolvenzgläubiger und zur Massemehrung rückgängig zu machen.’

144 Zie over de vraag wanneer er in het algemeen van een *lex specialis* gesproken kan worden § 4.4.

145 Zie in deze zin De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 858: ‘Neben den §§ 130, 131 kommt § 132 nicht zur Anwendung; ist eine Anfechtung nach diesen Normen möglich, verdrängen sie als *leges speciales* den § 132.’

146 De Toelichting op het Regeringsvoorstel (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 235) stelt het volgende ten aanzien van de reikwijdte van artikel 132 InsO: ‘Nicht zu den Rechtsgeschäften im Sinne dieser Vorschrift gehören Rechtshandlungen, die einem Insolvenzgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähren oder ermöglichen; für sie gelten die besonderen Vorschriften der § 130, 131 InsO des Entwurfs.’ Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 551) houdt een slag om de arm, waar hij spreekt over de mogelijke samenloop van artikel 132 InsO tot de andere bepalingen en stelt dat wanneer de rechtshandeling als een voldoening kwalificeert de speciale (*spezielleren*) artikelen 130 en 131 InsO de toepasselijkheid van artikel 132 InsO uitsluiten.

Wat de artikelen 130, 131 en 132 InsO met elkaar gemeen hebben is dat ze samen de bijzondere *Insolvenzanfechtung* vormen en daarmee ten dele verklaard worden door de gedachte dat de schuldenaar reeds enige tijd voor aanvang van de formele insolventie, niet meer het vrije beheer over zijn vermogen heeft.<sup>147</sup> Ook bij artikel 132 InsO stelt de wetgever dat de wederpartij bij de benadelende rechtshandeling (of de partij die voordeel heeft gehad bij het niet verrichten van een rechtshandeling) erop moet kunnen vertrouwen dat de ingetreden rechtsgevolgen in stand blijven.<sup>148</sup> Slechts wanneer hij wist van de betalingsonmacht of de aanvraag, kan hij op grond van artikel 132 InsO geen beroep doen op de ingetreden rechtsgevolgen.

De Toelichting op het Regeringsontwerp stelt dat, indien de wederpartij weet van de betalingsonmacht of de aanvraag, het gerechtvaardigd is dat de wederpartij afstand doet van het door hem behaalde voordeel.<sup>149</sup> De toelichting gaat er echter aan voorbij dat met het aantasten van de handeling, de wederpartij ook groot nadeel kan ondervinden indien deze niet zijn prestatie geheel terugkrijgt (zie hierover ook § 2.1.2.3 ‘Inroepen en gevolgen’). Kirchhof meent dat de gekozen regel een rechtvaardige oplossing is en dat de restitutieplichting overeenkomstig artikel 144 InsO niet beperkt moet worden tot het waardeverschil:

*‘Für § 132 wäre eine automatische Saldierung auf die bloße Leistungsdifferenz auch nicht gerechtfertigt, weil die vorausgesetzte Kenntnis der Wirtschaftlichen Krise des Schuldners hinreichend vor unausgewogenen Rechtshandlungen mit diesem warnt.’<sup>150</sup>*

#### 2.2.3.2 Objectieve vereisten artikel 132 InsO

Het karakteristieke element van artikel 132 InsO is er in gelegen dat er een rechtshandeling van de schuldenaar moet zijn geweest die *onmiddellijk* tot benadeling moet hebben geleid. Niet voldoende voor toepasselijkheid van artikel 132 InsO is dat er een zeker causaal verband is tussen de handeling en de benadeling.<sup>151</sup> Het artikel is dan ook niet van toepassing indien de schuldenaar een handeling verricht met een derde terwijl sprake is van een gelijkwaardige tegenprestatie waarna de waarde van die tegenprestatie weer opgesoupeerd wordt of anderszins uit het vermogen van de schuldenaar verdwijnt.<sup>152</sup> Het meest typische voorbeeld van handelingen die onder artikel 132 InsO vallen wordt gevormd door de verkoop door de schuldenaar van een goed onder de marktprijs, of de aankoop van een goed voor

<sup>147</sup> Zie hierboven § 2.2.1.1.

<sup>148</sup> Toelichting op het Regeringsvoorstel, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 236.

<sup>149</sup> Toelichting op het Regeringsvoorstel, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 236.

<sup>150</sup> Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 557.

<sup>151</sup> Toelichting op het Regeringsvoorstel, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 235.

<sup>152</sup> Indien de schuldenaar overeenkomt dat hetgeen hij verkrijgt uit de transactie zal aanwenden om een genoemde schuldeiser te voldoen, dan is er wel van onmiddellijke benadeling sprake. Zie in deze zin Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 48): ‘Unmittelbar nachteilig ist ein Vertrag, in dem sich der Schuldner verpflichtet, das durch den Vertrag Erlangte zur Befriedigung eines einzelnen Gläubigers zu verwenden.’

een veel te hoge prijs.<sup>153</sup> Ook andere afspraken van de schuldenaar met zijn wederpartij die tot onevenredig hoge aanspraken in de insolventieprocedure leiden vallen onder artikel 132 InsO.<sup>154</sup>

Het is ook mogelijk om op grond van artikel 132 InsO, bij een zogenoemde herstructurering, ten aanzien van de honoraria van ingeschakelde adviseurs en zekerheden voor een saneringskrediet de *Insolvenzanfechtung* in te roepen, wanneer geen vooruitzicht op redding bestond.<sup>155</sup> Zie De Bra:

*‘Sind bei der Gewährung von Sanierungskrediten und Honoraren für Sanierungsberatung die ausgetauschten Leistungen (Sicherung für das Sanierungsdarlehen: angemessenes Honorar für Beratungsleistungen) zwar objektiv gleichwertig, bestehen aber von Anfang an keine Sanierungsaussichten, kann die Leistung – unabhängig von ihrem nominellen Wert – für den Schuldner wirtschaftlich nicht werthaltig and damit nach § 132 Abs. 1 anfechtbar sein.’<sup>156</sup>*

Artikel 132 InsO vereist voor toepasselijkheid dat sprake is van een *Rechtsgeschäft des Schuldners*. In afwijking van artikel 130 en 131 InsO vereist artikel 132 InsO daarmee een handeling van de schuldenaar. Artikel 132 InsO is dan ook niet van toepassing op handelingen van derden waar de schuldenaar geen partij bij is en ook niet aan meewerkt. In afwijking van artikel 129 InsO en ook in afwijking van artikel 130 en 131 InsO spreekt artikel 132 InsO niet over een *Rechtshandlung* maar van *Rechtsgeschäft*. *Rechtsgeschäft* komt meer overeen met het Nederlandse begrip rechtshandeling. Terwijl bij het Duitse begrip *Rechtshandlung* rechtsgevolgen intreden onafhankelijk van de wil van de persoon, is bij de *Rechtsgeschäft* in principe wel een op rechtsgevolg gerichte wilsverklaring vereist.<sup>157</sup>

De reikwijdte van het begrip rechtshandeling dient onder artikel 132 InsO ruim te worden geïnterpreteerd. Lid 2 van artikel 132 InsO breidt de reikwijdte expliciet uit tot rechtshandelingen waardoor de schuldenaar een recht verliest of niet meer geldend maken kan of waardoor een derde een aanspraak tegen de schuldenaar krijgt of een aanspraak afdwingbaar wordt. Onder lid 2 valt onder meer het niet tijdig instellen van een vordering en het laten verstrijken van een verjaringster-

153 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 858 en 859.

154 Kreft schrijft ten aanzien van artikel 132 InsO (*Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 138) het volgende: *‘Die Anfechtung dient in erster Linie dazu, durch einen auf sie gestützten Widerspruch des Insolvenzverwalters eine Feststellung der aus den in Rede stehenden Rechtsgeschäften resultierenden Gläubigerforderungen zur Tabelle zu verhindern.’*

155 Zie ook Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 554.

156 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 859.

157 Kirchhof schrijft (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 551): *‘Der Begriff des Rechtsgeschäfts ist grundsätzlich im Sinne des BGB zu verstehen. Er bezeichnet also den aus einer oder mehreren privaten Willenserklärungen, gegebenenfalls in Verbindung mit anderen Tatsachen, bestehenden Tatbestand, an den die Rechtsordnung den Eintritt des in der Willenserklärung bezeichneten rechtlichen Erfolgs knüpft.’*

mijn.<sup>158</sup> De reikwijdte van artikel 132 InsO in lid 2 komt grotendeels overeen met die van artikel 129 lid 2 InsO.<sup>159</sup>

Het temporele bereik van artikel 132 InsO kent twee te onderscheiden perioden; de drie maanden voor de aanvraag en de periode na de aanvraag tot de insolventverklaring. Voor zover de rechtshandeling in de drie maanden voor de aanvraag is verricht, is voor aantastbaarheid vereist dat de wederpartij wist van de betalingsonmacht aan de zijde van de schuldenaar. Voor rechtshandelingen verricht nadat de aanvraag is gedaan, volstaat zowel de kennis van de betalingsonmacht als de kennis van een gedane aanvraag. Voor zover artikel 132 InsO in de mogelijkheid voorziet om direct benadelende rechtshandelingen verricht na de aanvraag te vernietigen, is dit in overeenstemming met de algemene lijn waarin rechtshandelingen verricht na de aanvraag bloot staan aan ruime aantastingmogelijkheden. Wel dient daarbij bedacht te worden dat het Duitse recht geen algemene bepaling kent op grond waarvan benadelende rechtshandelingen verricht na de aanvraag in het algemeen aangetast kunnen worden. Ook in geval van artikel 132 InsO wordt ten aanzien van onmiddellijk benadelende rechtshandelingen verricht na de aanvraag nog een additioneel (subjectief) vereiste gesteld voor aantasting, namelijk dat de wederpartij wist van ofwel de betalingsonmacht of van de aanvraag.

Artikel 132 InsO heeft als doel een gat te vullen dat zonder dit artikel zou bestaan tussen artikel 130 en 131 InsO enerzijds en artikel 133 InsO anderzijds.<sup>160</sup> Artikel 132 InsO voorziet in aantastbaarheid van rechtshandelingen die niet als ‘voldoening’ in de zin van artikel 130 en 131 InsO vallen. Anders dan artikel 130 en 131 InsO biedt artikel 132 InsO daarmee bescherming tegen rechtshandelingen van de schuldenaar die een nieuwe rechtsrelatie in het leven roepen.<sup>161</sup> Anders dan artikel 133 InsO gaat artikel 132 InsO voorbij aan subjectieve criteria aan de zijde van de *schuldenaar* en beoogt het artikel daarmee mindere zware eisen te stellen aan vernietigbaarheid dan artikel 133 InsO.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> Zie voor dit voorbeeld Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 74.

<sup>159</sup> Zie De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 860.

<sup>160</sup> Toelichting op het Regeringsvoorstel, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 235. Zie ook De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 858 die ook meent dat dit voor artikel 132 InsO als geheel geldt. Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 74) en Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 555) lijken deze functie van het voorkomen van gaten voornamelijk toe te kennen aan artikel 132 InsO lid 2.

<sup>161</sup> De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 858.

<sup>162</sup> Toelichting op het Regeringsvoorstel (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 235): ‘*Es soll erreicht werden, daß solche Rechtshandlungen nicht nur wegen vorsätzlicher Benachteiligung unter den strenger Voraussetzungen des § 133 InsO anfechtbar sind, soweit nicht eine erleichterte (objektivierte) Anfechtung nach § 134 des Entwurfs (unentgeltliche Zuwendung) in Betracht kommt.*’



### 2.2.3.3 *Subjectieve vereisten artikel 132 InsO*

De subjectieve vereisten onder artikel 132 InsO zijn dezelfde als die onder artikel 130 InsO, welke hierboven reeds besproken zijn in § 2.2.1.3.

Ten aanzien van de subjectieve vereisten onder artikel 132 InsO moet nog opgemerkt worden dat, anders dan onder artikel 131 lid 3 InsO, niet vereist is dat de wederpartij wist dat de schuldeisers benadeeld zouden worden. Voldoende voor toepasselijkheid van artikel 132 InsO is dat de rechtshandeling direct tot benadeling van schuldeisers leidde en dat de wederpartij wist van de betalingsonmacht of de aanvraag. In het Regeringsvoorstel was aanvankelijk opgenomen dat voldoende was dat de wederpartij ernstig nalatig was in het niet weten van de betalingsonmacht. Dit is echter niet overgenomen, zodat nu vereist is dat de schuldenaar de betalingsonmacht kende.<sup>163</sup>

Lid 3 van artikel 132 InsO bepaalt dat de leden 2 en 3 van artikel 130 InsO van overeenkomstige toepassing zijn. Onder artikel 132 InsO geldt dus ook dat bekendheid met omstandigheden die direct op betalingsonmacht of een bestaande aanvraag wijzen, gelijkgesteld moet worden met bekendheid met bestaande betalingsonmacht of een aanvraag. Bij direct benadelende transacties met een gerelateerd persoon wordt de vereiste wetenschap aan de zijde van de wederpartij vermoed, waarbij echter nog wel tegenbewijs mogelijk is.

### 2.2.4 *Artikel 133 InsO: vorsatzliche Benachteiligung*

Artikel 133 InsO biedt bescherming tegen handelingen van de schuldenaar waarmee deze opzettelijk zijn schuldeisers benadeelt. Terwijl het temporele werkingsgebied van de artikelen 130, 131 en 132 InsO beperkt is tot de periode van drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en de periode na deze aanvraag, reikt het werkingsgebied van artikel 133 InsO tot rechtshandelingen verricht tot 10 jaar voor de aanvraag.

Artikel 133 InsO bepaalt het volgende:

*(1) Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wußte, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und daß die Handlung die Gläubiger benachteiligte.*

---

<sup>163</sup> Zie voor het oorspronkelijke Regeringsvoorstel, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 235.

(2) *Anfechtbar ist ein vom Schuldner mit einer nahestehenden Person (§ 138) geschlossener entgeltlicher Vertrag, durch den die Insolvenzgläubiger unmittelbar benachteiligt werden. Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Vertrag früher als zwei Jahre vor dem Eröffnungsantrag geschlossen worden ist oder wenn dem anderen Teil zur Zeit des Vertragsschlusses ein Vorsatz des Schuldners, die Gläubiger zu benachteiligen, nicht bekannt war.*

#### 2.2.4.1 Doel en rechtvaardiging van artikel 133 InsO

Artikel 133 InsO voorziet in de aantastbaarheid van handelingen van de *schuldenaar* waarmee deze opzettelijk zijn schuldeisers benadeelt. Het uitgangspunt van artikel 133 InsO is dat handelingen van de schuldenaar waarmee deze opzettelijk zijn schuldeisers benadeelt, niet werken in een insolventieprocedure.

De *Insolvenzanfechtung* ziet echter niet slechts op de relatie van de *schuldenaar* tot diens schuldeisers, maar in de praktijk bovenal op de verhouding van de gezamenlijke schuldeisers tot de wederpartij (*Anfechtungsgegner*). De rechtvaardiging van het ingrijpen onder artikel 133 InsO wordt in de eerste plaats gevonden in de subjectieve gesteldheid van de *schuldenaar*. De vrije beschikkingsmacht van de schuldenaar vindt haar begrenzing daar waar de schuldenaar zijn schuldeisers opzettelijk benadeelt. Deze verwerpelijke subjectieve gesteldheid vormt het aangrijppingspunt van de *Insolvenzanfechtung*. Dit biedt echter nog onvoldoende rechtvaardiging om ook de gevolgen ten laste van de wederpartij te laten komen. Vereist, maar ook voldoende, is daarom dat de wederpartij wist van deze subjectieve gesteldheid van de schuldenaar. Niet vereist is dat de wederpartij zelf opzettelijk de gezamenlijke schuldeisers benadeelde.

In het inleidende hoofdstuk is een principiële onderscheid besproken tussen de vormen van benadeling (zie § 1.4). Enerzijds zijn er handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen. Hierbij dient bovenal gedacht te worden aan de verkoop van een goed door de schuldenaar onder de waarde. Anderzijds zijn er de gevallen waarin de handeling de *paritas creditorum* doorbreekt. Hierbij dient bovenal gedacht te worden aan de betaling van een individuele schuldeiser op de valreep. Kenmerkend van handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken, is dat deze voor de schuldenaar zelf vermogensneutraal zijn. In de inleiding is ook ingegaan op een aantal belangrijke verschillen tussen deze twee vormen van benadelende handelingen.<sup>164</sup> Geconcludeerd is daar ook dat een handeling die tot benadeling van schuldeisers leidt, in de regel in één van de twee categorieën valt: of de *paritas creditorum* wordt doorbroken of de integriteit van het verhaalsvermogen wordt aangetast.<sup>165</sup>

---

<sup>164</sup> Zie § 1.4.2.4.

<sup>165</sup> De specifieke gevallen waarin aandeelhouders door een dubbele opstelling (financieren met leningen of het verstrekken van garanties) een uitzondering maken op de uitgangspunten van rechtspersoonlijkheid met beperkte aansprakelijkheid waarbij aandeelhouders met risicodragend kapitaal financieren, worden hier buiten beschouwing gelaten.

Artikel 133 InsO ziet nu op beide gevallen van schuldeisersbenadeling. Artikel 133 InsO is daarmee zowel van toepassing op handelingen die de integriteit van het verhaalsvermogen aantasten als op handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken. Voor toepasselijkheid van artikel 133 InsO is dus, anders dan onder de artikelen 130 en 131 InsO,<sup>166</sup> niet *vereist* dat de wederpartij reeds een schuldeiser is en zonder de gewraakte handeling de hoedanigheid van insolventieschuldeiser zou hebben. Artikel 133 InsO kan dan ook niet enkel en alleen verklaard worden door het streven de gelijkheid van crediteuren *onderling* te bewaken. Het uitgangspunt dat crediteuren zich jegens elkaar redelijk hebben te gedragen, is dan ook van minder belang voor de verklaring van artikel 133 InsO, dan voor artikel 130 en 131 InsO. Waar artikel 130 en 131 InsO geen subjectieve vereisten stellen aan de zijde van de schuldenaar, ligt dit anders bij artikel 133 InsO. Artikel 133 InsO vereist zelfs een vorm van opzet aan de zijde van de schuldenaar. Anderzijds geldt wel dat veel gevallen die onder artikel 133 InsO beslecht worden wel degelijk zien op een voldoening van een bestaande schuld. Het gaat dan veelal om incongruente voldoeningen verricht onder druk. Het werkingsgebied van artikel 133 InsO is echter ruimer en het artikel is dan ook niet in de eerste plaats of bovenal geschreven voor handelingen van de schuldenaar die bestaande schuldeisers in een betere positie brengen. Te beperkt komt me dan ook voor de verklaring die Kayser geeft van de achtergrond van artikel 133 InsO:

*‘Steht die Vorschrift des § 133 InsO nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der materiellen Insolvenz, findet sie ihre innere Rechtfertigung in der Missbilligung besonderer Verhaltenweisen des Schuldners. Sie ist Ausdruck des Gedankens, dass ein Schuldner nicht berechtigt ist, vorsätzlich einzelne Gläubiger gegenüber anderen zu bevorzugen. Schutzzweck ist das Interesse der Gläubiger, dass der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt.’<sup>167</sup>*

Opvallend daarbij is dat Kayser vervolgens<sup>168</sup> onder artikel 133 InsO slechts uitspraken bespreekt die zien op de voldoening van bestaande schuldeisers (*einzelne Gläubiger*). Het toepassingsgebied van artikel 133 InsO is echter niet beperkt tot het voldoen van bestaande schuldeisers en ziet ook op handelingen die de integriteit van het vermogen van de schuldenaar aantasten.

#### 2.2.4.2 Objectieve vereisten artikel 133 InsO

Het kenmerk van artikel 133 InsO is dat het bescherming biedt tegen handelingen waarmee de schuldenaar opzettelijk zijn schuldeisers benadeelt. Naast opzet aan de zijde van de schuldenaar is vereist dat de wederpartij hier wetenschap van had. Deze subjectieve vereisten worden hieronder in § 2.2.4.3 besproken.

<sup>166</sup> Zie ten aanzien van de achtergrond van artikel 130 en 131 InsO ook Kayser (*Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 206): ‘Im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung wird den Gläubigern folglich die Pflicht zu wechselseitiger Rücksichtnahme auferlegt.’

<sup>167</sup> Kayser, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 233.

<sup>168</sup> Kayser, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 149 tot en met p. 160.

In tegenstelling tot artikel 130 en 131 InsO vereist artikel 133 InsO een handeling<sup>169</sup> van *de schuldenaar*.<sup>170</sup> Anders dan de artikelen 130 en 131 InsO is voor toepasbaarheid van artikel 133 InsO niet vereist dat de wederpartij reeds een schuldeiser is en zonder de gewraakte handeling de hoedanigheid van insolventieschuldeiser zou hebben.<sup>171</sup> Hoewel het dus niet vereist is dat de wederpartij reeds schuldeiser was op het moment van het verrichten van de handeling, staat het zijn van schuldeiser niet aan de toepasselijkheid van artikel 133 InsO in de weg. Congruente en incongruente voldoeningen zijn dan ook niet van het werkingsgebied van artikel 133 InsO uitgesloten. Een belangrijke consequentie hiervan is dat zowel congruente als incongruente voldoeningen meer dan drie maanden voor de aanvraag (buiten de wettelijke *Krise*), mogelijk nog op grond van artikel 133 InsO aangetast kunnen worden.<sup>172</sup> Wel is dan uiteraard vereist dat aan de subjectieve criteria van artikel 133 InsO is voldaan.

Voor toepasselijkheid van artikel 133 InsO is niet vereist dat de schuldeisers onmiddellijk door de handeling benadeeld zijn. Ook handelingen die de benadeling slechts middellijk hebben veroorzaakt vallen onder het bereik van artikel 133 InsO. Zo stelt de Toelichting op het Regeringsontwerp uitdrukkelijk dat ook overdrachten waarbij een redelijke prijs overeengekomen is, binnen het bereik van de *Insolvenzanfechtung* van 133 InsO kunnen komen indien de wederpartij wist dat de schuldenaar het voornemen had om het geld aan het verhaal van de schuldeisers te onttrekken. De Toelichting stelt het als volgt:

*‘So kann die Veräußerung eines Grundstücks auch dann wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 133 InsO) anfechtbar sein, wenn sie zwar zu einem angemessenen Preis erfolgt, wenn der Schuldner aber die dem anderen Teil bekannte Absicht hat, das Geld dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen.’<sup>173</sup>*

Artikel 133 InsO biedt ook het toetsingskader voor mislukte herstructureringen (*gescheiterte Sanierungsversuche*). Zoals hierboven reeds ter sprake is gekomen bij artikel 131 InsO,<sup>174</sup> is het Bundesgerichtshof bereid gebleken om bepaalde handelingen die individueel beschouwd als een incongruente voldoening zouden kwalificeren, te toetsen aan artikel 133 InsO in plaats van artikel 131 InsO, indien deze handeling onderdeel uitmaakt van een meeromvattende herstructurering.

169 Zie over het Duitse begrip *Rechtshandlung* hierboven § 2.1.2.2.

170 Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 76. Niet onder artikel 133 InsO vallen daarmee executie maatregelen of andere handelingen van derden. Zie Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 150. Voldoening door middel van executie valt wel onder het bereik van artikelen 130 en 131 InsO. Zie verder hierover BGH 18 december, 2003, IX ZR 199/02.

171 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 560.

172 Zie over de subjectieve criteria onder artikel 133 InsO en de aantastbaarheid van congruente en incongruente voldoeningen op grond van artikel 133 InsO hieronder § 2.2.4.

173 Toelichting op Regeringsontwerp artikel 129 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 229). Zie ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 133 InsO op overdrachten tegen de marktprijs ook Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 571 en Hirte, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1994.

174 Zie hierboven § 2.2.2.2.

#### 2.2.4.3 Subjectieve vereisten artikel 133 InsO

Alvorens in § 2.2.4.3.2 en § 2.2.4.3.3 de subjectieve vereisten onder artikel 133 InsO nader worden uitgewerkt, dienen eerst nog enkele opmerkingen gewijd te worden aan de enigszins complexe structuur van het artikel.

##### 2.2.4.3.1 Structuur artikel 133 InsO

Artikel 133 InsO kent in lid 1 en 2 verschillende bepalingen omtrent de bewijslast. Lid 1 bevat de algemene regel ten aanzien van de bewijslast. In principe moet de bewindvoerder stellen en bewijzen dat de schuldenaar handelde met het vereiste opzet te benadelen en dat de wederpartij daarvan wist. Er bestaat geen *wettelijke* regel die met zich brengt dat het vereiste opzet aan de zijde van de *schuldenaar* wordt aangenomen of dat de wederpartij moet aantonen dat dit ontbrak. Wel bevat lid 1 een algemene regel die een omkering van de bewijslast met zich brengt ten aanzien van de vereiste wetenschap aan de zijde van de *wederpartij* van opzet van de schuldenaar. Deze bewijslast wordt omgedraaid (waarbij dus nog tegenbewijs mogelijk is)<sup>175</sup> indien de wederpartij wist dat i) betalingsonmacht dreigde (*drohte*) én ii) dat de handeling schuldeisers benadeelde. Opvallend genoeg voorziet de wettelijke bepaling niet in een omkering van de bewijslast ten aanzien van het opzet aan de zijde van de *schuldenaar*.<sup>176</sup>

In toevoeging op lid 1 bevat lid 2 nog een nadere regel ten aanzien van de bewijslast voor het geval de handeling is verricht met een gerelateerde persoon als genoemd in artikel 138 InsO. Lid 2 is qua werking in tijd beperkt tot handelingen verricht binnen twee jaar voor de aanvraag. Lid 2 keert de bewijslast om indien de wederpartij een gerelateerde partij was en de handeling<sup>177</sup> anders dan om niet<sup>178</sup> tot *directe* benadeling van schuldeisers heeft geleid. In dit geval is niet vereist dat de bewindvoerder bewijst dat de schuldenaar opzettelijk zijn schuldeisers benadeelde.<sup>179</sup> Dit leidt ertoe dat de bewindvoerder slechts hoeft te bewijzen dat een handeling heeft plaatsgevonden met een gerelateerde persoon die onmiddellijk tot

175 Zie over de eisen die aan dit tegenbewijs worden gesteld BGH 24 mei 2007, IX ZR 97/06: ‘Zur Widerlegung der Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO muss der Anfechtungsgegner konkrete Umstände darlegen und beweisen, die es nahe liegend erscheinen lassen, dass ihm der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners nicht bekannt war.’

176 Hoe hier in concreto mee moest worden omgegaan, werd aan de rechter overgelaten. Zie voor een kritiek op deze regeling waarbij het vaststellen van de vereiste opzet zijdens de schuldenaar in het gedrang komt, Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 567. Het Bundesgerichtshof heeft in 2006 dit ‘gat’ gedicht. Zie hierover § 2.2.4.3.3 hieronder.

177 Lid 2 spreekt niet van *Rechtshandlung*, maar hanteert weer een eigen begrip, namelijk ‘Vertrag’ wat te vertalen valt met ‘overeenkomst’. Ook dit begrip dient ruim uitgelegd te worden. Zie hierover De Bra (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 865): ‘Der Begriff des “Vertrages” ist weit auszulegen; es fallen hierunter nicht nur – schuld- und sachenrechtliche – Verträge des BGB, sondern alle auf wechselseitiger Willensübereinstimmung beruhende Erwerbsvorgänge (...)’.

178 Hoewel artikel 133 lid 2 InsO spreekt van handelingen anders dan om niet (*entgeltlichkeit*) vormt dit geen zelfstandig vereiste. Ook indien een handeling om niet is verricht valt deze onder artikel 133 lid 2 InsO, maar aangezien het temporele werkingsbereik van lid 2 beperkter is dan artikel 134 InsO, zal een bewindvoerder zijn vordering op artikel 134 InsO baseren.

179 Het opzet van de schuldenaar wordt in deze gevallen verondersteld. Zie in deze zin, Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 576.

benadeling heeft geleid. De wederpartij heeft wel de mogelijkheid tot tegenbewijs. Hij zal moeten bewijzen dat hij niet bekend was met een intentie aan de zijde van de schuldenaar om zijn schuldeisers te benadelen. Indien een handeling slechts middellijk tot benadeling heeft geleid, kan de bewindvoerder geen beroep doen op lid 2, ook niet in geval van gerelateerde partijen. Hierdoor wordt een belangrijk onderscheid gecreëerd binnen artikel 133 InsO ten aanzien van handelingen verricht met het opzet schuldeisers te benadelen. Indien de benadeling onmiddellijk wordt veroorzaakt en de wederpartij een gerelateerde persoon is, verschuift de bewijslast naar de gerelateerde wederpartij. Indien de benadeling op een middellijke wijze tot stand is gekomen, blijft de bewijslast bij de bewindvoerder.

De gekozen bewoordingen in lid 1 en vooral lid 2 kunnen tot verwarring leiden. Lid 1 geeft een algemeen bewijsvermoeden, waarbij lid 2 nog weer een separate bepaling bevat ten aanzien van handelingen met gerelateerde personen indien de handeling binnen twee jaren voor de aanvraag is verricht.<sup>180</sup> Van belang is op te merken dat, indien een handeling niet aangetast kan worden op grond van lid 2 omdat deze meer dan twee jaren voor de aanvraag is verricht of anderszins niet onder lid 2 valt, een handeling dan nog wel op grond van artikel 133 lid 1 InsO kan worden aangetast. Lid 2 moet dan ook vooral gezien worden als een bepaling die de bewijslast voor de bewindvoerder verlicht, maar niet als een bepaling die een zelfstandige grond voor aantasting geeft.<sup>181</sup>

#### 2.2.4.3.2 Invulling subjectieve vereisten artikel 133 InsO

Artikel 133 InsO kent twee subjectieve criteria. In de eerste plaats is vereist dat de schuldenaar handelde met het opzet (*Vorsatz*) zijn schuldeisers te benadelen. In de tweede plaats is vereist dat de wederpartij wist van dit opzet aan de zijde van de schuldenaar. Het subjectieve vereiste dat artikel 133 InsO stelt ten aanzien van de schuldenaar is anders van aard dan het vereiste dat gesteld wordt aan de zijde van de wederpartij. Niet vereist is dat de wederpartij zelf handelde met de intentie of opzet om de schuldeisers te benadelen.<sup>182</sup> Ook vereist artikel 133 InsO niet een vorm van bedrieglijke samenwerking of samenspanning van de schuldenaar met diens wederpartij.<sup>183</sup> Vereist, maar ook voldoende, is dat de wederpartij bekend was met het opzet aan de zijde van de schuldenaar. Ook wanneer de wederpartij

---

180 Om het gevaar van antedateren te voorkomen, rust onder lid 2 de bewijslast ten aanzien van het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht op de wederpartij.

181 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 866 en Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 574.

182 Zie De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 749.

183 Zie BGH 17 juli 2003, IX 272/02: 'Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO setzt kein unlauteres Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger voraus.' Herhaald in BGH 13 mei 2004, IX ZR 190/03: 'Zu Recht beanstandet die Revision jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO setze ein unlauteres Handeln voraus. Für den Benachteiligungsvorsatz reicht vielmehr auch bei kongruenten Deckungsgeschäften die Feststellung aus, der Schuldner habe sich eine Benachteiligung nur als möglich vorgestellt, sie aber in Kauf genommen, ohne sich durch die Vorstellung dieser Möglichkeit von seinem Handeln abhalten zu lassen (Senat, Urt. v. 17. Juli 2003 - IX ZR 272/02).'

weliswaar wist dat benadeling van de schuldeisers zou volgen, en mogelijk deze zelfs wilde, dan is er geen ruimte voor de *Insolvenzanfechtung* wanneer bij de schuldenaar dit opzet ontbrak.<sup>184</sup>

Artikel 133 InsO spreekt over opzet (*Vorsatz*) aan de zijde van de schuldenaar. Niet vereist is echter dat de benadeling van de schuldeisers het enige of zelfs het leidende doel was van het verrichten van de handeling. Vereist, maar ook voldoende is dat de schuldenaar wist dat benadeling van de schuldeisers het gevolg van de handeling zou zijn, en deze benadeling als gevolg accepteerde.<sup>185</sup> In die zin is dus *dolus eventualis* voldoende.<sup>186</sup> Indien de schuldenaar de mogelijkheid van benadeling onderkende (*Bewusstsein*), maar niet verwachtte dat deze zou intreden en evenmin wilde, dan is er onvoldoende grondslag om aan te nemen dat de schuldenaar met het vereiste opzet handelde.<sup>187</sup> Als de schuldenaar de mogelijkheid van benadeling onderkent en deze op de koop toeneemt, dan bestaat in de regel<sup>188</sup> de vereiste opzet.<sup>189</sup>

De wederpartij hoeft niet zelf te hebben gehandeld met opzet de schuldeisers te benadelen. Vereist, maar ook voldoende, is dat de wederpartij wist van het opzet aan de zijde van de schuldenaar. Van groot belang is hier de omkering van de bewijslast in lid 1 ten aanzien van de vereiste wetenschap aan de zijde van de *wederpartij* van het opzet van de schuldenaar, indien de wederpartij wist dat i) betalingsonmacht dreigde (*drohte*) en ii) dat de handeling schuldeisers benadeelde. De wederpartij die bekend is met omstandigheden die dwingend op een dreigende betalingsonmacht wijzen wordt vermoed ook bekend te zijn met de dreigende betalingsonmacht zelf.<sup>190</sup>

Bekendheid van partijen met de naderende insolventie is een belangrijke omstandigheid bij het beantwoorden van de vraag of partijen voldoen aan de gestelde subjectieve vereisten onder artikel 133 InsO. Opvallend is dat artikel 133 InsO wel een vermoeden geeft voor het aannemen van de vereiste wetenschap aan de zijde

184 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 564.

185 Toelichting op het Regeringsvoorstel (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 237): ‘Danach ist nicht erforderlich, daß die Gläubigerbenachteiligung Beweggrund oder überwiegender Zweck der Handlung des Schuldners war. Entscheidend sind das Bewußtsein und der Wille, die Gläubiger zu benachteiligen; eine dem bedingten Vorsatz des Strafrechts entsprechende “bedingte Benachteiligungsabsicht” wird dabei ausreichend erachtet.’ Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 562: ‘Erforderlich und ausreichend ist für § 133 also das Bewusstsein des Schuldners, durch seine Handlung Gläubiger im Allgemeinen zu benachteiligen, und sein Handeln mit dem Willen, dieses Ziel (mit) zu erreichen.’

186 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 863.

187 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 863.

188 Zie Kirchhof over wanneer dit niet het geval is (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 563): ‘Hat der Schuldner die masseschädigende Wirkung seiner Rechtshandlung erkannt und billigend in Kauf genommen, kann sein Benachteiligungsvorsatz nur ausnahmsweise ausgeschlossen sein, nämlich wenn er auf Grund konkreter Vorstellungen davon überzeugt war, in absehbarer Zeit alle seine Gläubiger befriedigen zu können, wenn also aus seiner Sicht seine Insolvenz so gut wie ausgeschlossen war.’

189 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 562.

190 Zie BGH 17 juli 2003, IX 272/02: ‘Von einem Gläubiger, der Umstände kennt, die zwingend auf eine mindestens drohende Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, ist zu vermuten, daß er auch die drohende Zahlungsunfähigkeit selbst kennt.’

van *wederpartij*, maar niet aan de zijde van de *schuldenaar* zelf. Artikel 133 InsO bepaalt immers dat de wederpartij moet weten van het opzet zijdens de schuldenaar zijn schuldeisers te benadelen en dat deze wetenschap vermoed wordt indien hij wist dat de betalingsonmacht van de schuldenaar dreigde en dat de handeling de schuldeisers zou benadelen. Opvallend en niet goed te verklaren is dat deze bepaling niet ook met zoveel woorden van toepassing is op het opzet van de schuldenaar zelf. Het Bundesgerichtshof heeft in 2006 dit gat gedicht door te overwegen dat deze regel ook geldt voor het vereiste opzet van de *schuldenaar*.<sup>191</sup> Het vereiste opzet zijdens de schuldenaar wordt in dat geval ook vermoed te hebben bestaan indien de schuldenaar wist dat zijn betalingsonmacht dreigde (*drohte*) en dat de handeling schuldeisers benadeelde.

#### 2.2.4.3.3 Enige gevallen onder artikel 133 InsO

In deze paragraaf worden nog enige belangrijke gevallen die onder 133 InsO vallen besproken. Achtereenvolgens komen aan bod i) de aantasting van congruente en incongruente voldoeningen onder artikel 133 InsO, ii) de inpassing van druk uitgeoefend op de schuldenaar iii) mislukte herstructureringen en iv) over het graf-rechtshandelingen.

i) Hierboven is reeds ter sprake gekomen dat congruente en incongruente voldoeningen op grond van artikel 133 InsO aangetast kunnen worden indien deze verricht zijn buiten de drie-maands-periode van artikel 130 en 131 InsO. In deze gevallen vormt een incongruente voldoening zelf een indicatie van zowel het vereiste opzet aan de zijde van de schuldenaar<sup>192</sup> als de wetenschap daarvan aan de zijde van de wederpartij.<sup>193</sup> Hierbij heeft te gelden dat hoe sterker de incongruentie is, hoe sterker de indicatie.<sup>194</sup> Het aantasten van congruente voldoeningen in de

---

191 BGH 13 april 2006, IX ZR 158/05: 'Ein Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in aller Regel mit Benachteiligungsvorsatz (BGHZ 155, 75, 83 f; 162, 143, 153). Dessen Vorliegen ist jedoch schon dann zu vermuten, wenn der Schuldner seine drohende Zahlungsunfähigkeit kennt. Dies ergibt sich mittelbar aus § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO. Da für den anderen Teil die Kenntnis vom Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners vermutet wird, wenn er wusste, dass dessen Zahlungsunfähigkeit drohte, können für den Schuldner selbst keine strengeren Anforderungen gelten.' Wel dient de toevoeging gemaakt te worden dat deze regeling geldt voor incongruente voldoeningen, omdat daarmee ook reeds het element vervuld is dat het voor partijen duidelijk moet zijn dat, zoals artikel 133 InsO als tweede vereiste voor het vermoeden stelt, de handeling benadelend is. Zie ook Kreft (*Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 158) die de regel van het Bundesgerichtshof als volgt samenvat: 'Weiß der Schuldner, dass seine Zahlungsunfähigkeit droht und dass Gläubiger durch die Rechtsabhandlung benachteiligt werden, wird in entsprechender Anwendung von § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO sein Benachteiligungsvorsatz vermutet.'

192 De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 864, Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 77. Zie verder Kreft (*Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 155) die aangeeft dat aan deze indicatie geen betekenis toekomt als buiten twijfel staat dat de schuldenaar liquide was.

193 Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 159, 160. Deze indicatie komt wat betreft de wetenschap van de wederpartij te vervallen indien de wederpartij niet serieus twijfelde aan de liquiditeit van de schuldenaar. Zie in deze zin BGH 11 maart 2004, IX ZR 160/02: 'Zwar kann die Indizwirkung einer inkongruenten Deckung entfallen, wenn die Handlung zu einer Zeit vorgenommen wird, in welcher aus der Sicht des Anfechtungsgegners noch keine ernsthaften Zweifel an der Liquidität des Schuldners zu bestehen scheinen.'

194 Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 569) schrijft: 'Je geringer die Inkongruenz im Einzelfall ist, desto mehr tritt sie als Beweisanzeichen in ihrer Bedeutung zurück.' Zie in dezelfde zin De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 864.



periode voor de drie-maands-periode van artikel 130 InsO is niet uitgesloten maar plaatst wel een zware bewijslast op de bewindvoerder.<sup>195</sup> Hoewel in het algemeen voldoende is voor het aannemen van het opzet te benadelen dat de schuldenaar weet dat benadeling het gevolg zal zijn en deze gevolgen accepteert, wordt de lat bij het aantasten van congruente voldoeningen met een beroep op artikel 133 InsO aanzienlijk hoger gelegd. Het vereiste opzet te benadelen zal aangenomen kunnen worden indien de schuldenaar hoofdzakelijk als doel had de activa buiten het bereik van zijn schuldeisers te brengen en niet zozeer wenste te voldoen aan een bestaande verplichting.<sup>196</sup> Hiervan kan sprake zijn indien de schuldenaar goederen aan verhaal wenst te onttrekken. Zie in deze zin Kreft en in vrijwel gelijke zin Dauernheim.<sup>197</sup>

*‘Das trifft zu, wenn der Schuldner mit dem Gläubiger in der Absicht zusammenwirkt, den anderen Gläubigern Zugriffobjekte zu entziehen.’<sup>198</sup>*

Volgens Dauernheim zal hiervan sprake zijn indien de schuldenaar (of zijn bestuurder) zijn positie na insolventie op een of andere wijze veilig wenst te stellen.<sup>199</sup> Fischer stelt ook dat de lat hoger ligt bij de aantastbaarheid van congruente voldoeningen, maar gaat ervan uit dat hier veelal sprake van zal zijn indien de schuldenaar de wederpartij wenst te bevoordelen.

*‘Obwohl danach der Schuldner bereits dann mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz handelt, wenn er sich eine Benachteiligung der Gläubiger lediglich als möglich vorgestellt und sie in Kauf genommen hat, ohne sich dadurch von seinem Handel abhalten zu lassen, stellen beide Urteile<sup>200</sup> bei einem kongruenten Deckungsgeschäft erhöhte Anforderungen an die Darlegung und den Beweis des Benachteiligungsvorsatzes. Diese Voraussetzungen seien dann erfüllt, wenn der Schuldner wenigstens mittelbar mit seiner Leistung auch die Begünstigung des betreffenden Gläubigers bezwecke. Wer Forderungen eines*

195 Zie in dit verband ook BGH 13 mei 2004, IX ZR 190/03: *‘Bei einem kongruenten Deckungsgeschäft, bei dem der Schuldner dem Gläubiger nur das gewährt, worauf dieser einen Anspruch hatte, sind allerdings erhöhte Anforderungen an die Darlegung und den Beweis des Benachteiligungsvorsatzes zu stellen.’* Zie in het algemeen over deze problematiek, G. Fischer, *‘Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter Deckung’*, NZI 2008/10, p. 588-594.

196 Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 152: *‘Auch bei kongruenten Deckung kann ein Benachteiligungsvorsatz aber zu bejahen sein, wenn es dem Schuldner weniger auf die Erfüllung seiner Pflichten als vielmehr auf die Vereithung der Ansprüche andere Gläubiger ankommt.’*

197 Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 78) schrijft met verwijzing naar BGH ZIP 1998, 793 (798) het volgende: *‘Bei einer kongruenten Deckung sind strengere Anforderungen an die Feststellung des Vorsatzes zu stellen, und eine Anfechtung kommt nur dann in Betracht, wenn es dem Insolvenzschuldner weniger auf die Erfüllung seiner Vertragspflichten als auf Entziehung von Zugriffsobjekten zu Lasten der Gesamtgläubigerschaft angekommen ist.’*

198 Zie Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 152.

199 Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 78): *‘Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn der Schuldner Gläubiger befriedigt oder besichert, von denen er sich Vorteile für die Zeit nach Insolvenzeröffnung verspricht, etwa in Rahmen einer Auffanggesellschaft oder bei der Begründung einer neuen wirtschaftlichen Existenz.’*

200 Zie BGH 27 mei 2003 en BGH 17 juli 2003. Zie ook § 2.2.4.3.2 hierboven.

*einzelnen Gläubigers vorwiegend deshalb ausgleiche, um diesen von der Stellung eines Insolvenzantrags oder von einer unmittelbar bevorstehenden Zwangsvollstreckung abzuhalten, dem komme es nicht in Erster Linie auf die Erfüllung seiner rechtlichen Pflichten, sondern auf die Begünstigung des Empfängers der Leistung an.*<sup>201</sup>

Het perspectief van Fischer verschilt daarmee in zoverre van dat van Kreft en Dauernheim dat Kreft en Dauernheim zich richten op de wens van de schuldenaar om goederen aan verhaal te onttrekken en mogelijk zijn eigen positie te versterken, en Fischer zich richt op de wens van de schuldenaar om de wederpartij te bevoordelen. In beide gevallen zal echter sprake kunnen zijn van opzet zijdens de schuldenaar schuldeisers te benadelen, ook al is sprake van een congruente volvoering.

ii) Het Duitse recht wijkt af van het Nederlandse en het Engelse recht ten aanzien van de inpassing van gevallen waarin de schuldeiser druk uitoefent op de schuldenaar. Onder het Nederlandse en het Engelse recht wordt wel de conclusie getrokken dat hoe sterker de druk is die wordt uitgeoefend op de schuldenaar, hoe minder de schuldenaar gezegd kan worden dat deze opzet had die schuldeiser te bevoordelen.<sup>202</sup> Geheel anders is de aanpak van het Bundesgerichtshof. Het Bundesgerichtshof ziet het gehoor geven aan druk eerder als een teken dat er opzet te benadelen was. Zie in deze zin het Bundesgerichtshof in 2003:

*‘Die durch die Androhung eines Insolvenzantrags bewirkte inkongruente Deckung bildet auch bei Anfechtungen nach § 133 Abs. 1 InsO in der Regel ein starkes Beweisanzeichen für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und eine Kenntnis des Gläubigers hiervon.’*<sup>203</sup>

<sup>201</sup> Fischer, *Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter Deckung*, p. 589.

<sup>202</sup> Zie met zoveel woorden ook voor het Nederlandse recht de Hoge Raad in Gispen q.q./FN (HR 24 maart 1995, NJ 1995, 628), r.o. 3.3: *‘Reeds de omstandigheid dat, naar ‘s Hof’s oordeel, de Vennootschap is gezwicht voor de druk van bedreiging met opzegging van het krediet en indiening van een strafklacht, sluit uit dat tussen de Vennootschap en IFN het in art. 47 bedoelde overleg heeft plaatsgevonden.’*

<sup>203</sup> BGH 18 december 2003, IX ZR 199/02. Opmerking verdient dat voldoening door middel van executie niet onder artikel 133 InsO valt. Tevens valt *buiten* artikel 133 InsO het geval waarin de schuldenaar voldoet om executie die anders onvermijdelijk is en direct zal volgen te vermijden, omdat hier geen eigen vrijwillig handelen van de schuldenaar meer te identificeren is. Zie BGH 10 februari 2005 – IX ZR 211/02: *‘Hat der Schuldner nur noch die Wahl, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung zu dulden, ist also jede Möglichkeit eines selbstbestimmten Handelns ausgeschaltet, fehlt es an einer Rechtshandlung des Schuldners im Sinne von § 133 Abs. 1 InsO.’* Zie hierover Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 134. Indien de schuldenaar presteert ter afwending van executie, zal de prestatie in de regel als een incongruente volvoering hebben te gelden en daarmee onder de voorwaarden als gesteld in artikel 131 InsO aantastbaar zijn (Zie BGH 15 mei 2003, IX ZR 194/02: *‘Die Leistung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung ist eine inkongruente Deckung, wenn der Schuldner zur Zeit seiner Leistung damit rechnen muß, daß ohne sie der Gläubiger nach dem kurz bevorstehenden Ablauf einer letzten Zahlungsfrist mit der ohne weiteres zulässigen Zwangsvollstreckung beginnt.’* Indien de schuldenaar vervolgens na de gedwongen betaling onder druk van de schuldeiser wacht met het indienen van de aanvraag tot insolventverklaring en daarmee bewerkstelligt dat artikel 131 InsO vanwege de drie maandstermijn niet toepasselijk is, is nog immer geen aantasting op grond van artikel 131 en 133 InsO mogelijk. Eventueel is de schuldeiser in een dergelijk geval aansprakelijk op grond van onrechtmatige daad overeenkomstig artikel 826 of 823 BGB. Zie over de subtiële samenhang van de verschillende leerstukken BGH 10 februari 2005, IX ZR 211/02. Zie hierover ook Kayser, *Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Insolvenzrecht*, p. 233 tot en met 235. Al met al lijkt de benadering van de vraag of →

Hierboven is in § 2.2.2 reeds gezien dat het Duitse recht als regel heeft ontwikkeld dat indien de schuldenaar onder druk van zijn schuldeiser niet anders kan dan presteren, de handeling als een incongruente voldoening in de zin van artikel 131 InsO kwalificeert. Deze regeling is niet zonder kritiek<sup>204</sup> en leidde bovenal tot een verzwakking van de positie van een aantal publiekrechtelijke schuldeisers zoals *Finanzämter* en *Socialversicherungsträger*.<sup>205</sup> Het reeds in § 2.2.2.2 besproken Wetsvoorstel aanpassing *Insolvenzanfechtung* voorzag niet alleen in een inperking van de reikwijdte van artikel 131 InsO, maar wenste meteen de reikwijdte van artikel 133 InsO in te perken. Ten aanzien van artikel 133 InsO beoogde het wetsvoorstel zeker te stellen dat congruente voldoeningen (in de zin van het Wetsvoorstel) slechts bij wijze van hoge uitzondering onder het bereik van de *Insolvenzanfechtung* zouden vallen. De voorgestelde toevoeging van artikel 133 InsO bepaalde dat congruente voldoeningen slechts aangetast zouden kunnen worden bij een onbehoorlijke opzet (*unlauteres Verhalten*) van de schuldenaar.<sup>206</sup> Als gezegd, is het Wetsvoorstel aanpassing *Insolvenzanfechtung* op veel bezwaren gestuit en, in elk geval voorlopig, van de baan.<sup>207</sup> Wel is in een recordtempo<sup>208</sup> vervolgens een wetswijziging van bescheidenere omvang doorgevoerd teneinde de betaling van sociale zekerheidspremies in beginsel buiten de *Insolvenzanfechtung* te plaatsen.<sup>209</sup> De reikwijdte van deze regeling is daarmee aanzienlijk beperkter

---

een handeling congruent of incongruent is en of het überhaupt als een handeling van de schuldenaar te kwalificeren valt, zeer gecompliceerd en gebukt te gaan onder uitzonderingen en speciale regels.

- 204 Zie voor een kritische beschouwing van de rechtspraak van het Bundesgerichtshof, U. Foerste, 'Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung', *NZI* 2006, p. 10: 'Normzweck und systematische Auslegung des § 133 InsO zeigen, dass kongruente Deckungen grundsätzlich nicht der Vorsatzanfechtung unterliegen sollen. Anderes gilt bei unlauterem Verhalten des Schuldners. Zahlungen des Schuldners unter dem Druck einer Drohung mit Zwangsvollstreckung oder Insolvenzantrag sind nicht unlauter, sondern – im Gegenteil – nur zu verständlich. Sie sind daher nicht nach § 133 InsO anfechtbar. Der gegenteilige Standpunkt des BGH wird dem nicht gerecht; er ist wohl auch nicht schlüssig begründet.'
- 205 Zie het persbericht van 11 mei 2006 van het Duitse Ministerie van Justitie dat duidelijk maakt dat de voorgestelde wijziging bovenal zou zien op de verbetering van een aantal publiekrechtelijke schuldeisers: 'Mit dem Gesetzentwurf soll auch die Insolvenzanfechtung insbesondere gegenüber den Sozialversicherungsträgern eingeschränkt werden. Die Insolvenzanfechtung wurde durch die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Insolvenzverwalter deutlich erleichtert. Hierdurch sind insbesondere die öffentlich-rechtlichen Gläubiger benachteiligt. Unter anderem wird die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung mit einer allgemeinen Regelung auf Fälle unlauteren Verhaltens beschränkt. Damit trägt das Gesetz einerseits dem Interesse der öffentlich-rechtlichen Gläubiger Rechnung und verletzt andererseits nicht den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung.'
- 206 Het Wetsvoorstel aanpassing *Insolvenzanfechtung* voorzag in een uitbreiding van artikel 133 lid 1 InsO met de volgende zin (Smid, *Große Insolvenzrechtsreform 2006*, p. 55): 'Eine Rechtshandlung nach § 130 Abs. 1 kann nach Satz 1 nur angefochten werden wenn ein unlauteres Verhalten des Schuldners vorliegt.'
- 207 Zie hierboven § 2.2.2.2.
- 208 Het nieuwe wetsvoorstel dateert van 10 augustus 2008, waarna het op 8 november 2008 door de *Bundestag* en op 30 november 2008 door de *Bundesrat* is aangenomen, waarna de wet op 1 januari 2009 van kracht is geworden. De volgende zin is toegevoegd: 'Die Zahlung des vom Beschäftigten zu tragenden Teils des Gesamt-sozialversicherungsbeitrags gilt als aus dem Vermögen des Beschäftigten erbracht.'
- 209 Zie hierover Chr. Sterzinger, 'Auswirkungen des § 28 e I 2 SGB IV bei der Insolvenzanfechtung von Sozialversicherungsbeiträgen', *NZI* 2008/4, p. 221-224. De dogmatische inpassing is enigszins onduidelijk, maar lijkt plaats te vinden door met een soort van afgescheiden vermogen te werken, de zogenaamde *Treuhandrechtsfigur*. Sterzinger, 'Auswirkungen des § 28 e I 2 SGB IV bei der Insolvenzanfechtung von Sozialversicherungsbeiträgen', *NZI* 2008/4, p. 222: 'Zweifelhaft ist, ob die Regelung eine treuhänderische Mitberechnung des Arbeitnehmers an dem vom Arbeitgeber and den Socialversicherungsträger abzuführende Arbeitnehmeranteils in der Insolvenz des Arbeitgebers entgegen der bisherigen Rechtsprechung des IX. Senats des BGH ausschließt. (...) Die Neuregelung soll nach der Begründung insbesondere die Rechtsprechung →

dan het eerdere Wetsvoorstel aanpassing *Insolvenzanfechtung*. De aanpassing is niet in de bepalingen ten aanzien van de *Insolvenzanfechtung* zelf opgenomen, maar in het *Sozialgesetzbuch*. In de Duitse literatuur wordt wel betoogd dat deze poging om in een andere wet de werking van *Insolvenzanfechtung* in te perken niet haar beoogde doel zal hebben. Het is dus wachten op een oordeel van het *Bundesgerichtshof*.<sup>210</sup>

iii) Hierboven in § 2.2.2.1 en § 2.2.4.1 is reeds aangegeven dat mislukte herstructurering (*gescheiterte Sanierungsversuche*) ook worden getoetst aan artikel 133 InsO. Om (onderdelen van) een mislukte herstructurering buiten het bereik van de *Insolvenzanfechtung* te houden is van belang dat een reorganisatieplan is opgesteld waarbij het doel van de redding van de onderneming voorop stond en dat het plan op basis van concrete prognoses haalbaar scheen. Niet vereist is dat de schuldenaar overtuigd was dat de herstructurering zou slagen.<sup>211</sup> Kirchhof:

*‘Reicht, wie für § 133 Abs. 1, eine bloß mittelbare Gläubigerbenachteiligung aus, kann ein ernsthaftes, wenngleich letztlich erfolgloses Sanierungsbemühen im Einzelfall – nicht generell – den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz ausschließen. Dieser kann nach der Lebenserfahrung (§ 286 ZPO) insbesondere fehlen, wenn der Sanierungsversuch für den Schuldner zwar erkennbar mit Risiken belastet ist, die Bemühungen um eine Rettung des Unternehmens jedoch ganz im Vordergrund stehen und auf Grund konkret benennbarer Umstände eine positive Prognose nachvollziehbar und vertretbar erscheint. Nicht nötig ist, dass der Schuldner bereits der sicheren Überzeugung sein durfte, der Sanierungsversuch werde gelingen.’*<sup>212</sup>

---

*des Großen Senats des BAG umsetzen und klarstellen, dass der vom Beschäftigten zu tragende und vom Arbeitgeber einbehaltene Anteil am Gesamtsocialversicherungsbeitrag dem Vermögen des Beschäftigten zugehörig ist.’* Wel is duidelijk dat indien de betaling niet heeft plaatsgevonden, er in insolventie geen *Treuhand* wordt aangenomen ten behoeve van de werknemer zelf. De gedachte is dat zodra er een (fictieve) *Treuhand* wordt aangenomen, er geen sprake is van benadeling indien de derde ten wiens behoeve de *Treuhand* bestaat daaruit voldaan wordt. Zie hierover R. Leithaus en H. Krings, ‘Die fiktive Zuordnung der Sozialversicherungsbeiträge zum Vermögen des Arbeitnehmers gem. § 28 e I 2 SGB IV n.F. oder: der mislungene Versuch des Gesetzgebers, die Sozialversicherungsträger im Insolvenzverfahren des Arbeitgebers zu privilegieren’, *NZI* 2008/7, p. 395: ‘In der Literatur wird nach Begründungen für den Ausschluss des Anfechtungsrechts gesucht. Teilweise wird dabei auf ein “fingiertes Treuhandverhältnis” zurückgegriffen, das ein Aussonderungsrecht nach § 47 zur Folge habe. Damit entfällt die Gläubigerbenachteiligung und folglich auch die Anfechtungsmöglichkeit.’

<sup>210</sup> Zie hierover Leithaus en Krings, *Die fiktive Zuordnung der Sozialversicherungsbeiträge zum Vermögen des Arbeitnehmers gem. § 28 e I 2 SGB IV n.F.*, p. 393-397. Leithaus en Krings geven aan dat een fictieve *Treuhand* geen bescherming kan bieden tegen de *Insolvenzanfechtung* en concluderen dan ook dat de nieuwe wettelijke regeling geenszins hoeft te betekenen dat de werking van de *Insolvenzanfechtung* wordt beperkt (p. 397): ‘Die Anfechtungsmöglichkeiten des Insolvenzverwalters gegenüber den Sozialversicherungsträgern im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers werden durch § 28 e I 2 SGB IV n. F. nicht verringert.’

<sup>211</sup> Zie De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 864, ten aanzien van handelingen die anders als een incongruente voldoening zouden kwalificeren: ‘Auch inkongruente Leistungen, die im Rahmen eines ernsthaften Sanierungsplanes erfolgen, haben keinerlei Beweiswert. Voraussetzung ist freilich, da, der Sanierungsplan mindestens ein in sich schlüssiges Konzept aufweist, das von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist. Ob der Sanierungsplan dann gleichwohl scheitert, ist irrelevant.’ Zie ook Kreft, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 157.

<sup>212</sup> Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 572.

iv) Onder artikel 133 InsO vallen ook de overeenkomsten die als ‘over het grafrechtshandelingen’ te kwalificeren zijn. Het Duitse recht staat zeer kritisch tegenover rechtshandelingen die pas hun werking krijgen in een insolventieprocedure.<sup>213</sup> Bij dergelijke rechtshandelingen wordt in de regel vermoed dat zowel de schuldenaar het vereiste opzet had, als de wederpartij de vereiste wetenschap daaromtrent.<sup>214</sup> Het tegenargument dat in wezen elk zekerheidsrecht ook bovenal strekt ter verbetering van de positie van de zekerheidsgerechtigde in geval van insolventie van de schuldenaar, wordt afgedaan met de redenering dat in die gevallen niet snel het vereiste opzet en wetenschap daarvan aangenomen kunnen worden.<sup>215</sup>

### 2.2.5 Artikel 134 InsO: unentgeltliche Leistung

Artikel 134 InsO ziet op rechtshandelingen om niet. Artikel 134 InsO bepaalt het volgende:

- (1) *Anfechtbar ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners, es sei denn, sie ist früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden.*
- (2) *Richtet sich die Leistung auf ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Werts, so ist sie nicht anfechtbar.*

#### 2.2.5.1 Doel en rechtvaardiging van artikel 134 InsO

De rechtvaardiging van artikel 134 InsO verschilt van die van de andere aantastingsgronden. Artikel 134 InsO ziet er niet op de gelijke behandeling van schuldeisers te waarborgen en ziet er evenmin op opzettelijk benadelende handelingen van de schuldenaar tegen te gaan. Het artikel is gebaseerd op billijkheidsoverwegingen.<sup>216</sup> De bepaling in artikel 134 InsO biedt een instrument om te voorkomen

213 Indien een rechtshandeling onder voorwaarde of onder tijdsbepaling is aangegaan dan zijn er twee momenten waarop men de *Insolvenzanfechtung* zou kunnen toepassen. Ten eerste het aangaan van de rechtshandeling en ten tweede het moment waarop deze haar werking krijgt door het intreden van de voorwaarde of door tijdsverloop. In principe dient naar het eerste moment gekeken te worden. Artikel 140 lid 3 InsO bepaalt zelfs met zoveel woorden dat bij dergelijke rechtshandelingen het tweede moment voor de *Insolvenzanfechtung* niet relevant is. Artikel 140 lid 3 InsO luidt als volgt: ‘Bei einer bedingten oder befristeten Rechtshandlung bleibt der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht.’ Voor zover de rechtshandeling binnen 10 jaar voor de aanvraag is verricht is deze rechtshandeling in de regel op grond van artikel 133 InsO aan te tasten. Huber bepleit dat wanneer de rechtshandeling meer dan 10 jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring is verricht en is verricht onder voorwaarde van insolventverklaring, aan artikel 140 lid 3 InsO voorbijgegaan dient te worden zodat rechtshandelingen die meer dan 10 jaar voor de aanvraag hebben plaatsgevonden binnen het bereik van de *Insolvenzanfechtung* komen. Zie Huber, *Insolvenzrechts-Handbuch*, p. 781.

214 Kirchhof schrijft ten aanzien van ‘eine Sicherheit aus dem Schuldnervermögen unter der aufschiebenden Bedingung des Eintritts der Insolvenz bestellt’ en ‘andere Vereinbarungen, die das Schuldnervermögen gerade für den Insolvenzfall beeinträchtigen sollen’ het volgende (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 568): ‘Deshalb begründet eine solche Vereinbarung einen Anscheinsbeweis sowohl für einen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners als auch für eine entsprechende Kenntnis des anderen Teils.’

215 Zie verder hierover Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 568): ‘Dagegen sind diese Grundsätze nicht auf sofort wirksam werdende Sicherheiten zu übertragen; der Umstand allein, dass alle Sicherheiten insbesondere vor einer Insolvenz der Sicherungsgebers schützen sollen, genügt nicht zur Konkretisierung eines Vorsatzes und der entsprechenden Kenntnis.’

216 Krefß (*Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 164) schrijft: ‘§ 134 Abs. 1 InsO bezweckt weniger die Durchsetzung der par condicio creditorum, sondern beruht – wie seine Vorgänger – in erster Linie auf Billigkeitgesichtspunkten.’

dat de gezamenlijke schuldeisers de lasten dragen van de vrijgevigheid van hun schuldenaar<sup>217</sup> en waakt daarmee tegen inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen. Het artikel vormt daarbij een uitwerking van de gedachte dat rechtshandelingen om niet minder bescherming verdienen dan rechtshandelingen om baat.<sup>218</sup>

#### 2.2.5.2 Objectieve vereisten artikel 134 InsO

Artikel 134 InsO spreekt niet over een (rechts)handeling, maar over een prestatie (*Leistung*). Anders dan artikel 130 en 131 InsO, vereist artikel 134 InsO een handeling, in dit geval een prestatie, van de *schuldenaar*.<sup>219</sup> Tegen de achtergrond van het volledig ontbreken van subjectieve vereisten, heeft het artikel een zeer ruim temporeel werkingsgebied. Zonder nadere subjectieve vereisten te stellen, zijn alle prestaties om niet verricht binnen vier jaren voor de aanvraag, aantastbaar.<sup>220</sup> Lid 2 bevat slechts een uitzondering voor gelegenheidsgiften met een geringe waarde.

Artikel 134 InsO bevat zelf geen nadere regels ter bepaling of een prestatie als om niet of om baat moet worden beschouwd. De reikwijdte van artikel 134 InsO is niet beperkt tot schenkingen, maar omvat alle prestaties om niet.<sup>221</sup> Indien de schuldenaar een verjaringstermijn heeft laten verlopen, dan kwalificeert dit ook als een prestatie om niet.<sup>222</sup>

217 Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 82) schrijft: ‘Die Schenkungsanfechtung bezweckt nicht die Durchsetzung des Prinzips der gleichen Behandlung aller Gläubiger, sondern will aus Billigkeitsgründen dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit geben, unentgeltliche Leistungen des Schuldners in den letzten vier Jahren vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugunsten der Insolvenzgläubiger und zur Massemehrung rückgängig zu machen.’

218 De Toelichting op het Regeringsvoorstel (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 238) stelt het volgende: ‘Die geringere Bestandskraft unentgeltlichen Erwerbs rechtfertigt es, den Anfechtungszeitraum allgemein auf vier Jahre zu erweitern (...).’ Zie ook De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 867.

219 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 581.

220 Om het risico van antedateren van de rechtshandeling tegen te gaan, keert artikel 134 lid 1 InsO, met de woorden *es sei denn* de bewijslast om. Zie hierover Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 87. Bedacht dient te worden dat indien een rechtshandeling om niet meer dan vier jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring heeft plaatsgevonden, deze nog op grond van artikel 133 lid 1 InsO aangetast kan worden. Zie hierover Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 578.

221 Toelichting op het Regeringsontwerp artikel 134 InsO (Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 238).

222 Zie over de reikwijdte van artikel 134 InsO, Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 83): ‘Zu den unentgeltlichen Leistungen gehören nicht nur Verfügungen, sondern auch verpflichtende Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen sowie jede Vermögensentäußerung, das Unterlassen eines Widerspruchs gegen einen Mahnbescheid und die Nichtunterbrechung einer Verjährungs-, Ersitzungs- oder Ausschlussfrist.’ Zie ook De Bra (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 867): ‘So fallen unter den Leistungsbegriff auch Unterlassungen, die bei dem anderen Teil eine Vermögensmehrung zur Folge haben (z.B. Unterlassen der Unterbrechung einer Verjährung oder der Ersitzung) und nichtrechtsgeschäftliche Handlungen.’

Indien de schuldenaar zekerheden verstrekt voor schulden van *derden*, dient aan de hand van de omstandigheden van het geval vastgesteld te worden of het een prestatie om niet of anders dan om niet betreft, hetgeen afhangt van de vraag of de schuldenaar een eigen economisch belang had bij het verstrekken van de zekerheden.<sup>223</sup>

De vraag komt op of het verstrekken van zekerheden voor eigen verplichtingen als een rechtshandeling om niet of om baat kwalificeert. Zowel naar Nederlands als Duits recht is een zekerheidsverstrekking gelijktijdig met het verkrijgen van een lening of een kredietfaciliteit een rechtshandeling anders dan om niet. De vraag is echter hoe een zekerheidsverstrekking bezien dient te worden indien de zekerheidsverschaffing pas later geschiedt en deze niet reeds bij het aangaan is overeengekomen of daartoe een verplichting is opgenomen.<sup>224</sup> Of het verstrekken van zekerheden voor een eerder verkregen lening als om baat of om niet heeft te gelden, heeft ook in Duitsland tot discussie geleid. Het geldende recht<sup>225</sup> bepaalt dat wanneer de onderliggende verplichting een verplichting om baat is geweest, ook de latere zekerheidsverschaffing voor die verplichting om baat is geweest. Kirchhof meent echter dat deze benadering achterhaald is en bepleit dat indien zekerheid wordt verschaft zonder dat daar een prestatie tegenover staat, de zekerheidsverschaffing als om niet heeft te gelden.<sup>226</sup> In Hoofdstuk 5 (§ 5.3.3) zal uiteengezet worden dat de discussie die bestaat ten aanzien van de vraag of een zekerheidsverstrekking voor eigen eerder aangegane verplichtingen om baat of anders dan om baat heeft te gelden, voortkomt uit de ongelukkige keuze in het Duitse (net als het Nederlandse) recht om handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen en handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen, niet scherp van elkaar te scheiden.

223 Zie hierover De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 871: ‘Die freiwillige Sicherheitenbestellung für eine fremde Schuld ist grundsätzlich unentgeltlich. Sie kann jedoch entgeltlich sein, wenn dem Sicherungsgeber für seine Leistung die Kreditgewährung an den Dritten versprochen wird, an der er ein wirtschaftliches Interesse hat.’

224 Onder het Nederlandse recht bestaat geen duidelijkheid omtrent het antwoord op deze vraag. Zie hoofdstuk 4 (§ 4.2.1.2.3).

225 Met zoveel woorden BGH 22 juli 2004, IX ZR 183/03: ‘Die Bestellung einer Sicherheit für eine eigene, durch eine entgeltliche Gegenleistung begründete Verbindlichkeit ist nicht nach § 134 InsO als unentgeltliche Verfügung anfechtbar.’ Zie over deze problematiek ook Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 588). ‘Dagegen soll die Sicherung einer eigenen entgeltlich begründeten Verbindlichkeit des Schuldners nach herrschender Meinung stets entgeltlich sein, sogar dann, wenn der Schuldner zur Bestellung nicht verpflichtet war und für sie keinerlei Gegenleistung – etwa in Gestalt einer Stundung – erhält.’ Zie ook Krefl, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 169. Zie hierover ook Huber, *Insolvenzrechts-Handbuch*, p. 774.

226 Kirchhof formuleert zijn afwijkende mening als volgt (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 590): ‘Deshalb ist die Absicherung einer entgeltlich begründeten eigenen Verbindlichkeit nur entgeltlich, wenn zugleich die Sicherungsabrede entgeltlich getroffen wurde. Dies ist regelmäßig der Fall, wenn die Gestellung der Sicherheit vor oder bei Abschluss des Kreditgeschäfts selbst vereinbart wurde, weil sie dann damit verbunden ist. Wurde sie hingegen erst danach vorgesehen, ist sie unentgeltlich, wenn dafür nicht eine selbständige, werthaltige Gegenleistung vereinbart wurde.’

### 2.2.5.3 *Ontbreken subjectieve elementen artikel 134 InsO*

Artikel 134 InsO stelt geen subjectieve vereisten. Het is voldoende dat de rechtshandeling binnen vier jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring heeft plaatsgevonden en dat de rechtshandeling om niet was. De vraag of de wederpartij wist van de benadeling is wel van belang voor het bepalen van de gevolgen voor deze wederpartij indien de bewindvoerder een succesvol beroep op artikel 134 InsO doet. Indien de wederpartij niet wist van de benadeling, hoeft hij op grond van artikel 143 lid 2 InsO<sup>227</sup> slechts het goed of de waarde daarvan aan de bewindvoerder af te staan voor zover hij daardoor is verrijkt.

### 2.2.6 *Artikel 135 en 136 InsO*

Artikel 135 lid 1 InsO ziet op een dubbele opstelling van aandeelhouders. De leidende gedachte is dat de aandeelhouder in de eerste plaats kapitaalverschaffer is en niet een gewone schuldeiser, ook al verstrekt hij een lening. Kort gezegd bepaalt het artikel dat terugbetalingen binnen een jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring van leningen verstrekt door aandeelhouders aantastbaar zijn, evenals zekerheden verstrekt in de tien jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring ter zekerheid van aandeelhoudersleningen. In artikel 135 lid 2 InsO is een regeling opgenomen ten aanzien van de gevallen waarin de aandeelhouder geen lening heeft verstrekt, maar de schuldenaar heeft gesteund door zich jegens bepaalde schuldeisers sterk te maken (*Kredithilfe*). Net als de bespreking van het Nederlandse en het Engelse recht, wordt de dubbele opstelling van aandeelhouders in een afzonderlijke paragraaf behandeld. Zie § 2.3 hieronder.

Een met artikel 135 InsO vergelijkbare bepaling wordt gevonden in artikel 136 InsO<sup>228</sup> voor stille vennoten. Deze regeling wordt vanwege het specifieke karakter verder niet besproken.<sup>229</sup>

---

227 Artikel 143 lid 2 luidt als volgt: ‘Der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat diese nur zurückzugewähren, soweit er durch sie bereichert ist. Dies gilt nicht, sobald er weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt.’

228 Artikel 136 InsO bepaalt het volgende: 1) *Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, durch die einem stillen Gesellschafter die Einlage ganz oder teilweise zurückgewährt oder sein Anteil an dem entstandenen Verlust ganz oder teilweise erlassen wird, wenn die zugrunde liegende Vereinbarung im letzten Jahr vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts oder nach diesem Antrag getroffen worden ist. Dies gilt auch dann, wenn im Zusammenhang mit der Vereinbarung die stille Gesellschaft aufgelöst worden ist. (2) Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn ein Eröffnungsgrund erst nach der Vereinbarung eingetreten ist.*

229 Zie over deze regeling bijvoorbeeld Henckel, *Anfechtung im Insolvenzrecht*, p. 379 e.v.



### 2.3 Duits recht en een dubbele opstelling van aandeelhouders

In hoofdstuk 1 is uiteengezet hoe schuldeisers benadeeld kunnen worden door een dubbele opstelling van aandeelhouders. Het gaat hierbij om gevallen waarin aandeelhouders, kort gezegd, de vennootschap niet met kapitaal maar met leningen financieren of met garanties.<sup>230</sup> Het Duitse recht kent ten aanzien van beide vormen van een dubbele opstelling van aandeelhouders een regeling in artikel 135 InsO. De regeling vormt daarmee een onderdeel van de *Insolvenzanfechtung*. De regeling is in 2008 gewijzigd door middel van de MoMiG.<sup>231</sup> Voor een goed begrip van artikel 135 InsO is het goed om de ontwikkeling van het leerstuk omtrent aandeelhoudersleningen voor de invoering van MoMiG te doorgronden en dan met name de betekenis van het begrip *Kapitalersatz* (§ 2.3.1). In § 2.3.1.1 wordt daarna uiteengezet wat de positie van leningen van aandeelhouders *in* een insolventieprocedure is en § 2.3.1.2 behandelt de aantastbaarheid van betalingen verricht aan aandeelhouders *voor* de aanvang van de insolventieprocedure. § 2.3.1.3 bespreekt de strenge regels ten aanzien van zekerheden verstrekt aan aandeelhouders ter verzekering van de terugbetaling van een lening. In § 2.3.2 wordt vervolgens ingegaan op de vraag in hoeverre de bewindvoerder een vordering kan instellen tegen aandeelhouders die zich jegens bepaalde schuldeisers hebben sterk gemaakt en de schuldenaar (juist) deze schuldeisers voldoet in de aanloop naar de insolventverklaring.

#### 2.3.1 *Achterstelling van aandeelhoudersleningen in én voor formele insolventie*

In het Duitse recht was een uitgebreid leerstuk van kapitaalvervangende aandeelhoudersleningen tot ontwikkeling gekomen. Het leerstuk van kapitaalvervangende leningen was oorspronkelijk tot stand gekomen in de jurisprudentie. Het leerstuk was vervolgens in 1980 ten dele gecodificeerd in artikel 32 a GmbHG, welk artikel zag op leningen verstrekt door een aandeelhouder aan een GmbH.<sup>232</sup> Ondanks de pogingen het leerstuk te codificeren, bleef de jurisprudentie naast de wettelijke bepaling een belangrijke rol spelen. De achtergrond hiervan was dat het leerstuk, zoals dat tot stand was gebracht in de jurisprudentie, een grotere reikwijdte had dan het gecodificeerde recht. Daarenboven werden de niet gecodificeerde onderdelen ook na 1980 steeds verder doorontwikkeld in de rechtspraak.

---

230 Zie voor een uitgebreidere uiteenzetting van de dubbele opstelling van aandeelhouders en hoe benadeling van schuldeisers daarbij plaatsvindt, hoofdstuk 1 (§ 1.4.3).

231 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen. Zie hierover in het algemeen Th. Kind, 'Insolvenzrechtliche Änderungen durch das MoMiG', *NZI* 2008/8, p. 475-477.

232 De doctrine werd ook m.m. toegepast op andere rechtspersonen.

De basisregel die definieerde wat kapitaalvervangende leningen waren, was te vinden in artikel 32a lid 1 GmbHG.<sup>233</sup> Het artikel bepaalde dat indien een aandeelhouder een lening verstrekt op een tijdstip waarop een redelijke koopman additioneel kapitaal zou hebben verstrekt, de lening als kapitaalvervangend kwalificeert. Deze kwalificatie leidde er onder meer toe dat de lening van de aandeelhouder in een formele insolventieprocedure werd achtergesteld bij die van de concurrente schuldeisers. De regel was alleen van toepassing indien de aandeelhouder meer dan 10% van de uitstaande aandelen had of leiding gaf aan de onderneming. De vraag of een redelijk handelend koopman additioneel kapitaal verschaft zou hebben, diende bevestigend beantwoord te worden indien de vennootschap niet langer kredietwaardig was en zonder lening geliquideerd zou moeten worden.<sup>234</sup> De onderneming werd geacht niet meer kredietwaardig te zijn als een *arm's length*<sup>235</sup> financier niet langer tegen marktcondities geld zou lenen. Dit werd weer verondersteld het geval te zijn indien de vennootschap materieel insolvent was in de zin dat de schulden meer bedroegen dan de activa. Ook indien de vennootschap in betalingsonmacht verkeerde, werd veelal aangenomen dat de vennootschap niet langer kredietwaardig was.<sup>236</sup> Een lening die verstrekt was om een tijdelijke liquiditeitskrapte te overbruggen rechtvaardigde echter niet de sanctie dat een lening als kapitaalvervangend werd aangemerkt. In dergelijke gevallen kon niet gezegd worden dat volgens redelijke kooplieden additioneel kapitaal nodig is. Een vennootschap is immers nog steeds kredietwaardig indien het voldoende zekerheidsrechten kan verschaffen om alle bestaande kredietbehoeften te dekken, zo werd geleerd.<sup>237</sup>

233 Artikel 32 a GmbHG bepaalde het volgende: 1) *Hat ein Gesellschafter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten (Krise der Gesellschaft), statt dessen ein Darlehen gewährt, so kann er den Anspruch auf Rückgewähr des Darlehens im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur als nachrangiger Insolvenzgläubiger geltend machen.*

(2) *Hat ein Dritter der Gesellschaft in einem Zeitpunkt, in dem ihr die Gesellschafter als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zugeführt hätten, statt dessen ein Darlehen gewährt und hat ihm ein Gesellschafter für die Rückgewähr des Darlehens eine Sicherung bestellt oder hat er sich dafür verbürgt, so kann der Dritte im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung verlangen, mit dem er bei der Inanspruchnahme der Sicherung oder des Bürgen ausgefallen ist.*

(3) *Diese Vorschriften gelten sinngemäß für andere Rechtshandlungen eines Gesellschafters oder eines Dritten, die der Darlehensgewährung nach Absatz 1 oder 2 wirtschaftlich entsprechen. Die Regeln über den Eigenkapitalersatz gelten nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter, der mit zehn vom Hundert oder weniger am Stammkapital beteiligt ist. Erwirbt ein Darlehensgeber in der Krise der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zweck der Überwindung der Krise, führt dies für seine bestehenden oder neugewährten Kredite nicht zur Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz.*

234 De Bra gaf de volgende toelichting (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 878): 'Ordentliche Kaufleute als Gesellschafter hätten der Gesellschaft jedenfalls immer dann Eigenkapital zugeführt, wenn die Gesellschaft nicht mehr kreditwürdig war und deshalb ohne das Gesellschafterdarlehen hätte liquidiert werden müssen.'

235 *Arm's length* is een term die wordt gebruikt om aan te geven dat partijen tegen marktcondities op gepaste afstand (dus zonder druk of wens de ander te bevoordelen) met elkaar handelen.

236 Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 97): 'Beim Vorliegen einer Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft im Zeitpunkt der Darlehensgewährung und der drohende Zahlungsunfähigkeit (§18 InsO) ist die Kreditwürdigkeit nicht mehr gegeben.'

237 Dauernheim, *Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 98, met verwijzing naar BGH ZIP 1541 (1542).

Onder het leerstuk van kapitaalvervangende leningen werd daarmee veel waarde gehecht aan het *moment waarop* en de *omstandigheden waaronder* een lening door een aandeelhouder verstrekt werd. De gedachte was dat een aandeelhouder niet verplicht is om extra geld in de vennootschap te steken. Als er onvoldoende geld is dan, zo was de gedachte, zou de onderneming geliquideerd moeten worden. Indien de aandeelhouder echter het leven van de vennootschap wenste te verlengen, dan mocht dit, maar stond het de aandeelhouder niet vrij om te kiezen op welke wijze hij dit wenste te doen. Indien de aandeelhouder het voortbestaan van de vennootschap wenste, dan diende de aandeelhouder extra kapitaal ter beschikking te stellen. Het risico verbonden aan het voortzetten van de activiteiten binnen de vennootschap werd geacht slechts dan voor de schuldeisers acceptabel te zijn indien dit risico in de eerste plaats door de aandeelhouder zelf wordt gedragen.<sup>238</sup>

Het werkingsgebied van kapitaalvervangende leningen was echter niet beperkt tot leningen die verstrekt waren op een moment waarop de vennootschap in financiële nood verkeerde.<sup>239</sup> Leningen die verstrekt waren op een moment dat er geen financiële problemen waren, konden namelijk veranderen in kapitaalvervangende leningen. Dit kon gebeuren wanneer de lening op het moment van opeisbaar worden niet werd opgeëist maar binnen de vennootschap bleef. Dit werd het 'laten staan' van een lening genoemd (*stehenlassen*). Het laten staan van een krediet kan economisch gezien hetzelfde effect hebben als het verstrekken van nieuw krediet. Wilde een lening die niet opgeëist werd 'verkleuren' en de status van kapitaalvervangend krijgen, dan was wel vereist dat de aandeelhouder had kunnen weten van de financiële crisis binnen de vennootschap. De regel dat het laten staan van een lening resulteerde in de herkwalificatie als kapitaalvervangend, had als gevolg dat de aandeelhouder dit soms slechts kon voorkomen door zelf de formele insolventie van de vennootschap aan te vragen.<sup>240</sup> Zodra de aandeelhouder geconfronteerd werd met de financiële crisis bij de vennootschap, werd deze een korte periode gegund om zich te beraden; of deze bleef aandringen op betaling en forceerde daarmee mogelijk insolventverklaring of hij liet de lening staan met als gevolg dat de lening geherkwalificeerd werd als kapitaalvervangend.

---

238 Dauernheim (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 90) schreef met verwijzing naar BGH ZIP 1980, 361 (363); ZIP 1984, 572 (575): 'Das Risiko des Fortbestandes eines solchen Unternehmens in der Krise ist dann für Gesellschaftern nur noch akzeptabel, wenn das Risiko des Fortbestandes des Unternehmens vorrangig von den finanzierenden Gesellschaftern getragen wird.'

239 De regels inzake kapitaalvervangende leningen bleken een fnuikend effect te hebben op herstructureringsposingen, met name wanneer deze (mede) bestonden uit een *debt for equity swap*. Artikel 32a lid 3 GmbHG, derde zin, sloot in verband hiermee nieuwe aandeelhouders, die hun aandelen middels een *debt for equity swap* hadden verkregen, uit van de regels van kapitaalvervangende leningen.

240 Dauernheim schreef met verwijzing naar BGH ZIP 1995, 280 (281) (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 101): 'Der BGH stellt sogar anheim, das Kreditverhältnis durch Liquidation zu beenden wobei er sogar die Einleitung des Konkursverfahrens als einzigen Ausweg zur Vermeidung des Eigenkapitalersatzes sieht.'

De vraag of het verstrekken van een lening als het verstrekken van een kapitaalvervangende leningen gekwalificeerd moest worden, was in principe niet afhankelijk van enig subjectief criterium.<sup>241</sup> Dit was dus slechts anders voor zover het laten staan van een lening betrof, waarbij de aandeelhouder wel moest kunnen weten van de crisis. Hoewel het basisconcept van kapitaalvervangende leningen relatief eenvoudig was, kon dit niet gezegd worden van het doorgronden en bepalen van de exacte reikwijdte van het begrip.<sup>242</sup>

Het leerstuk van *Kapitalersatz* was al met al zeer gecompliceerd geworden. Dit leidde er mede toe dat stappen genomen werden om het recht terzake te vereenvoudigen. De operatie heeft plaatsgevonden door middel van het *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen*, in de regel afgekort tot MoMiG. De belangrijkste wijzigingen door MoMiG, voor zover hier relevant, bestonden eruit dat de regels inzake het recht van kapitaalvervangende leningen vereenvoudigd werden en rechtsvorm overstijgend werden.<sup>243</sup> Leningen van aandeelhouders worden nu automatisch achtergesteld zonder dat nog vereist is dat deze verstrekt zijn op een moment dat de vennootschap reeds in een crisis verkeerde. De oude artikelen 32a en 32b GmbHG zijn geheel komen te vervallen, waarbij onderdelen ten dele zijn teruggekomen in bepalingen in de *Insolvenzordnung*, met name in artikel 39 en 135 InsO.<sup>244</sup>

### 2.3.1.1 Achterstelling van aandeelhoudersleningen in insolventie (artikel 39 InsO)

Artikel 39 lid 1 sub 5 InsO bepaalde voor de invoering van MoMiG dat *kapitaalvervangende* leningen in de insolventieprocedure bij andere crediteuren worden achtergesteld.<sup>245</sup> De regeling is verruimd en bepaalt thans dat alle leningen van

241 Dauernheim schreef het volgende ten aanzien van de vraag of de bewindvoerder bepaalde subjectieve criteria moet bewijzen (*Das Anfechtungsrecht in der Insolvenz*, p. 100): ‘*Besondere subjektive Tatbestandsmerkmale, etwa daß der Gesellschafter das Aufbringen Haftungskapitales vermeiden wollte oder eine Täuschungsabsicht gegenüber den Gläubiger hegte, sind nicht zu überprüfen. Selbst die Kreditwürdigkeit des Gesellschafter muß diesem nicht bekannt sein. Weitere subjektive Voraussetzungen hinsichtlich der Kenntnis der Krise müssen nicht gegeben sein.*’

242 V. Römermann, ‘Insolvenzrecht im MoMiG’, *NZI* 2008/11, p. 644: ‘*Die Komplexität lag vor allem darin begründet, dass der BGH über viele Jahre schon mit einer Analogie zu den §§ 30, 31 GmbHG gearbeitet hatte, wenn ein Unternehmer Darlehen oder andere Leistungen in der Krise der Gesellschaft zuführte, während der BGH ihn als verpflichtet ansah, entweder die GmbH vom Markt zu nehmen – sie zu liquidieren – oder sie mit Eigenkapital auszustatten.*’

243 Regeringstoelichting (‘Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen’, *NZI* 2008, Heft 11, p. 41): ‘*Der Anwendungsbereich wird rechtsformneutral festgelegt. Damit sind die deutschen Gesellschaftsrechtsformen, und zwar die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Aktiengesellschaft, die Kommanditengesellschaft auf Aktien und die Genossenschaft ebenso wie die Kommanditengesellschaft und die offene Handelsgesellschaft, bei der kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist und zu deren persönlich haftenden Gesellschaftern auch keine Gesellschaft mit einer natürlichen Person als persönlich haftender Gesellschafter gehört, sowie die Europäische Gesellschaft (SE) erfasst.*’

244 Zie ten aanzien van de systematische inbedding van het leerstuk, Regeringstoelichting, in: ‘Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen’, *NZI* 2008/11, p. 29.

245 Zie De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 876.

aandeelhouders achtergesteld zijn. De nieuwe regeling luidt als volgt (artikel 39 lid 1 sub 5 InsO):

*Im Rang nach den übrigen Forderungen der Insolvenzgläubiger werden in folgender Rangfolge, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge, berichtet:*

*(...)*

*nach Maßgabe der Absätze 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.*

De achterstelling van de leningen van aandeelhouders, vormt de keerzijde van de beperkte aansprakelijkheid. Het risico van de aandeelhouder is beperkt tot zijn investering, terwijl hij wel gerechtigd is tot de winsten van de vennootschap. In ruil voor beperkte aansprakelijkheid dient de aandeelhouder in insolventie achteraan te sluiten. Zie in deze zin Gundlach, Frenzel en Strandmann:

*‘Die Sonderregelungen zum Gesellschafterdarlehen sollen einen Ausgleich dafür schaffen, dass es dem Gesellschafter gestattet ist, sein unternehmerisches Risiko auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken.’<sup>246</sup>*

Op grond van artikel 39 lid 1 sub 5 InsO worden in beginsel alle leningen van aandeelhouders in insolventie van de vennootschap achtergesteld.<sup>247</sup> Hoewel deze leningen geverifieerd kunnen worden,<sup>248</sup> is in de regel geen betaling op deze vorderingen te verwachten. De reikwijdte van artikel 39 lid 1 sub 5 InsO wordt beperkt door een nieuw lid 5 in artikel 39 InsO, dat als volgt luidt:

*Absatz 1 Nr. 5 gilt nicht für den nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer Gesellschaft im Sinn des Absatzes 4 Satz 1, der mit zehn Prozent oder weniger am Haftkapital beteiligt ist.*

246 U. Gundlach, V. Frenzel en U. Strandmann, ‘Die Insolvenzverwaltung nach den Änderungen durch das MoMiG’, *NZI* 2008/11, p. 648.

247 De Regeringstoelichting (‘Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen’, *NZI* 2008/11, p. 41) stelt dat dit geen verslechtering zou zijn van de positie van de aandeelhouder die een lening verstrekt omdat ook het reeds het laten staan van een lening kon leiden tot achterstelling: *‘Auf das Merkmal „kapitalersetzend“ wird verzichtet. Es gibt nach dem neuen Konzept keine kapitalersetzenden Gesellschafterdarlehen mehr. Jedes Gesellschafterdarlehen ist bei Eintritt der Insolvenz nachrangig. Dies entspricht international verbreiteten Regelmustern. Die Regelung wird dadurch für die Rechtspraxis wesentlich einfacher. Die GmbH gewinnt im Wettbewerb der Rechtsformen an Attraktivität. Zugleich wird der darlehensgewährende Gesellschafter nicht schlechter gestellt, denn auch bisher waren stehengelassene Altdarlehen in aller Regel ab Eintritt der Krise – also schon im Vorfeld der Insolvenz – als kapitalersetzend umqualifiziert.’* Aangezien het werkingsbereik van artikel 39 lid 1 sub 5 InsO duidelijk wijder is dan voor inwerkingtreding van MoMiG, heeft er echter wel degelijk een verslechtering van de positie van de aandeelhouder ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers plaatsgevonden.

248 Op grond van artikel 174 lid 3 InsO is het echter wel vereist dat de rechtbank een beslissing neemt dat achtergestelde vorderingen ook geverifieerd zullen worden.

Hiermee is de regeling van artikel 39 InsO waarmee leningen van aandeelhouders achtergesteld worden, beperkt tot leningen van aandeelhouders die meer dan 10% van de aandelen houden of leiding aan de onderneming geven.

De nieuwe regeling bevat in een nieuw lid 4 van artikel 39 InsO nog een uitzondering voor een aandeelhouder die de aandelen heeft gekregen bij een herstructurering. Deze bepaling is in de plaats gekomen van het oude artikel 32a lid 3 GmbHG en luidt als volgt:<sup>249</sup>

*(...) Erwirbt ein Gläubiger bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder bei Überschuldung Anteile zum Zweck ihrer Sanierung, führt dies bis zur nachhaltigen Sanierung nicht zur Anwendung von Absatz 1 Nr. 5 auf seine Forderungen aus bestehenden oder neu gewährten Darlehen oder auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen.*

De bepaling in artikel 39 InsO zou weinig effectief zijn indien er geen regel zou zijn die de schuldenaar zou beletten om voorafgaand aan de formele insolventie de leningen van de aandeelhouder terug te betalen.<sup>250</sup> Artikel 135 InsO geeft daartoe een regeling (zie volgende paragraaf).

2.3.1.2 *Terugbetalingen aandeelhoudersleningen vóór formele insolventie*  
Artikel 135 lid 1 sub 2 InsO bepaalt sinds 1 november 2008 het volgende:

*Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung*

1. (...)
2. *Befriedigung gewährt hat, wenn die Handlung im letzten Jahr vor dem Eröffnungsantrag oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist.*

Artikel 135 lid 1 sub 2 InsO bepaalt hiermee dat alle handelingen die als gevolg hebben dat een lening van een aandeelhouder voldaan wordt, aantastbaar zijn indien de handeling in het jaar voorafgaand aan de aanvraag is verricht.<sup>251</sup>

249 Artikel 32a lid 3 (tweede gedeelte) GmbHG bepaalde: *Erwirbt ein Darlehensgeber in der Krise der Gesellschaft Geschäftsanteile zum Zweck der Überwindung der Krise, führt dies für seine bestehenden oder neugewährten Kredite nicht zur Anwendung der Regeln über den Eigenkapitalersatz.*

250 De Bra (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 759) ziet de rechtvaardiging van artikel 135 InsO hoofdzakelijk in het effectueren van de achterstelling van aandeelhoudersleningen (toen nog *kapitalersetzend*) in insolventie door artikel 39 InsO. *‘Könnten die Gesellschafter in diesem Falle die zurückgezahlten Gelder behalten oder die ihnen gestellten Sicherheiten ohne weiteres verwerten, so würde dies die Einstufung der durch den Gesellschafter gewährten Leistungen als kapitalersetzend und die daraus folgende, allenfalls nachrangige Befriedigung im Insolvenzverfahren gem. § 39 Abs 1 Ziff. 5 in der Praxis leerlaufen lassen. § 135 gibt daher dem Insolvenzverwalter das Recht, solche Rückzahlungen bzw. Sicherstellungen anzufechten.’*

251 Zie voor een kritiek op deze éénjaartermijn o.a. Ulrich Haas, *‘Stellungnahme für den VID zu insolvenzrechtlichen Aspekten des Reg MoMiG’*, p. 35 en 36. *‘Die starre zeitliche Begrenzung des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO-E auf maximal ein Jahr vor Insolvenzantragstellung begegnet jedoch Bedenken; denn aus der Gerichtspraxis sind durchaus Fälle bekannt, die es nahelegen, dass die Krise im Vorfeld der Insolvenzantragstellung* →

Artikel 135 InsO bevat geen verwijzing naar het GmbHG en de werking van artikel 135 InsO is dan ook niet beperkt tot de GmbH, maar is ook van toepassing als de schuldenaar een andere rechtsvorm heeft. Het belangrijkste verschil met artikel 135 lid 1 InsO van voor 2008 is dat in de oude bepalingen gesproken werd over kapitaalvervangende leningen. Met de invoering van de MoMiG is dit veranderd en wordt nog slechts gesproken over *die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens*.<sup>252</sup>

Artikel 135 InsO is een harde, algemene, zuiver objectieve regel. Niet vereist is dat de schuldenaar of de aandeelhouder wist van een bestaande of dreigende insolventie. Zie hierover Römermann:

*‘Nach § 135 InsO sind Zahlungen usw. im letzten Jahr vor Stellung eines Insolvenzantrags anfechtbar. Das gilt ohne Ausnahme auch dann, wenn die Insolvenz abrupt eingetreten ist, zum Zeitpunkt der Darlehensgewährung bzw. – rück – zahlung also weder eine Krise bestand noch eine Insolvenz absehbar war. Vorschläge, mögliche Härten abzuwenden, indem “plötzliche” Insolvenzfälle von der Regelung ausgenommen werden, sind nicht Gesetz geworden.’<sup>253</sup>*

### 2.3.1.3 Zekerheden voor aandeelhoudersleningen

Artikel 135 lid 1 sub 1 InsO bepaalt dat alle zekerheidsrechten die verstrekt zijn om de terugbetaling van een lening van een aandeelhouder te verzekeren aangetaast kunnen worden, indien deze in de tien jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring verstrekt zijn. Artikel 135 lid 1 sub 1 luidt als volgt:

*Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, die für die Forderung eines Gesellschafters auf Rückgewähr eines Darlehens im Sinne des § 39 Abs. 1 Nr. 5 oder für eine gleichgestellte Forderung*

1. *Sicherung gewährt hat, wenn die Handlung in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag vorgenommen worden ist,*
2. (...)

---

*bzw. –Eröffnung länger als ein Jahr anhalten kann. Der Todeskampf der Gesellschaft kann sich also durchaus in die Länge ziehen. Mögen diese Fälle auch nicht die Regel sein, so handelt es sich hierbei aber auch nicht um absolute oder gar seltene Ausnahmefälle.’* Te raadplegen via: ([www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoe-rungen/28\\_MoMiG/04\\_Stellungnahmen/Stellungnahme\\_Prof\\_Haas.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoe-rungen/28_MoMiG/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Prof_Haas.pdf)). Zie over deze termijn van een jaar Römermann, *Insolvenzrecht im MoMiG*, p. 646: *‘Die Orientierung allein an dem Jahr vor Insolvenzantragstellung für die Frage der Rückgewähr von Leistungen an Gesellschafter ist zwar einfach, dürfte aber sowohl mit Gerechtigkeitsdefiziten als auch mit Manipulationsgelegenheiten behaftet sein und wird die Insolvenzpraxis noch lange beschäftigen.’*

252 De aanpassing van artikel 135 InsO volgt in die zin volledig de aanpassing van artikel 39 lid 1 sub 5 InsO ten aanzien van de rang van leningen in insolventie. De Regeringstoelichting op de wijziging van artikel 135 InsO is dan ook zeer summier (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, NZI, Heft 11/2008, p. 41): *‘Auch hier kann auf das Tatbestandsmerkmal „kapitalersetzend“ verzichtet werden. Rückzahlungen auf Gesellschafterdarlehen im fraglichen Zeitraum sind nach der vorge-schlagenen Regelung stets anfechtbar.’*

253 Römermann, *Insolvenzrecht im MoMiG*, p. 644.

Artikel 135 lid 4 InsO bepaalt ten slotte, door te verwijzen naar artikel 39 InsO, dat artikel 135 InsO slechts van toepassing is indien de aandeelhouder meer dan 10% van de aandelen heeft of leiding geeft aan de onderneming. Verder is ook de uitzondering van artikel 39 sub 4 InsO van toepassing voor zover de aandeelhouder de aandelen heeft verkregen bij een saneringspoging.<sup>254</sup>

Opvallend is dat artikel 135 InsO geen subjectieve vereisten stelt. Het gehele leerstuk van aandeelhoudersleningen en de aantastbaarheid van de voldoening daarvan c.q. de vestiging van zekerheden daartoe maakt dan ook geen gebruik van subjectieve criteria.

### 2.3.2 *Vermindering van exposure van aandeelhouders*

Artikel 135 lid 2 InsO bevat een regeling voor het geval de aandeelhouder niet zelf een lening heeft verstrekt, maar zekerheid heeft gesteld of zich anderszins sterk heeft gemaakt voor een lening door een derde aan de vennootschap verstrekt. Hier past een extra regeling omdat het een ervaringsfeit vormt dat de vennootschap, al dan niet onder druk van de aandeelhouder, eerst die leningen afbetaalt waar de aandeelhouder zich sterk voor heeft gemaakt.

De regeling die thans te vinden is in artikel 135 lid 2 InsO was aanvankelijk te vinden in artikel 32b GmbHG. Dit artikel bepaalde dat indien een aandeelhouder als borg optrad of zekerheid had verstrekt jegens een derde, de aandeelhouder in een opvolgende insolventieprocedure aansprakelijk is jegens de boedel indien de schuldenaar deze derde had voldaan voor de insolventverklaring. Deze regeling was echter weer beperkt tot de gevallen waarin gesproken kon worden van *kapitaalvervangende* krediethulp (*kapitalersatzende Kredithilfe*). Dit betrof daarmee de gevallen waarin de vennootschap deze financiering had verkregen op *een moment* dat de vennootschap zonder de hulp van de aandeelhouder de lening niet van een *arm's length* financier tegen marktcondities zou hebben gekregen.

Ook het leerstuk van de krediethulp is met de invoering van MoMiG vereenvoudigd. Ook hier is het vereiste van 'kapitaalvervangend' verwijderd. Hierdoor is thans niet meer relevant op welk moment de aandeelhouder zich sterk heeft gemaakt voor het verkrijgen van de lening, met name niet of de vennootschap op dat moment de lening ook zelfstandig had kunnen krijgen. De nieuwe regeling is verwijderd uit het GmbHG en thans gecodificeerd in artikel 135 lid 2 InsO. Het nieuwe lid 2 luidt als volgt:

*Anfechtbar ist eine Rechtshandlung, mit der eine Gesellschaft einem Dritten für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens innerhalb der in Absatz 1 Nr. 2 genannten Fristen Befriedigung gewährt hat, wenn ein Gesellschafter für*

---

<sup>254</sup> Zie voor deze bepalingen de bespreking van artikel 39 InsO in § 2.3.1.1 hierboven.



*die Forderung eine Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete; dies gilt sinngemäß für Leistungen auf Forderungen, die einem Darlehen wirtschaftlich entsprechen.*

Hoewel artikel 135 lid 2 InsO spreekt over het *anfechtbar* zijn van de handeling waarmee de derde voldaan wordt, blijft de voldoening aan de derde zelf in stand. De gevolgen van het inroepen van de *Insolvenzanfechtung* in deze gevallen zijn geregeld in een nieuw lid in artikel 143 InsO. Artikel 143 lid 3 InsO bepaalt:

*Im Fall der Anfechtung nach § 135 Abs. 2 hat der Gesellschafter, der die Sicherheit bestellt hatte oder als Bürge haftete, die dem Dritten gewährte Leistung zur Insolvenzmasse zu erstatten. Die Verpflichtung besteht nur bis zur Höhe des Betrags, mit dem der Gesellschafter als Bürge haftete oder der dem Wert der von ihm bestellten Sicherheit im Zeitpunkt der Rückgewähr des Darlehens oder der Leistung auf die gleichgestellte Forderung entspricht. Der Gesellschafter wird von der Verpflichtung frei, wenn er die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient hatten, der Insolvenzmasse zur Verfügung stellt.*

Op grond hiervan dient de aandeelhouder dus het bedrag waarvoor hij zich sterk heeft gemaakt jegens de derde aan de boedel af te dragen, indien in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring de vennootschap deze derde heeft voldaan.

Artikel 135 lid 3 InsO bevat ten slotte nog een gebruiksregeling voor de bewindvoerder voor zover de schuldenaar een gebruiksrecht had van een goed dat aan de aandeelhouder toebehoort. De aandeelhouder kan het goed gedurende een jaar niet opeisen indien het goed voor de voortzetting van de onderneming van significant belang is.<sup>255</sup>

#### **2.4 Schuldeisersbescherming en onrechtmatige daad (artikel 823 en 826 BGB)**

Onder het Nederlandse recht bestaat discussie over de vraag naar de plaats van de actio pauliana in het vermogensrechtelijke systeem. Een aantal schrijvers bepleit dat de pauliana, voor zover deze wetenschap van benadeling aan beide zijden vereist (hetgeen het geval is bij een onverplichte rechtshandeling anders dan om niet),

---

<sup>255</sup> Artikel 135 lid 3 InsO bepaalt het volgende: *Würde dem Schuldner von einem Gesellschafter ein Gegenstand zum Gebrauch oder zur Ausübung überlassen, so kann der Aussonderungsanspruch während der Dauer des Insolvenzverfahrens, höchstens aber für eine Zeit von einem Jahr ab der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht geltend gemacht werden, wenn der Gegenstand für die Fortführung des Unternehmens des Schuldners von erheblicher Bedeutung ist. Für den Gebrauch oder die Ausübung des Gegenstandes gebührt dem Gesellschafter ein Ausgleich; bei der Berechnung ist der Durchschnitt der im letzten Jahr vor Verfahrenseröffnung geleisteten Vergütung in Ansatz zu bringen, bei kürzerer Dauer der Überlassung ist der Durchschnitt während dieses Zeitraums maßgebend.*

een *lex specialis* is van de onrechtmatige daad. In deze paragraaf zal bezien worden hoe in Duitsland de *Insolvenzanfechtung* zich verhoudt tot de onrechtmatige daad. Net als in de hoofdstukken gewijd aan het Nederlandse en het Engelse recht, wordt eerst bezien of de betrokkenheid van de wederpartij bij een *anfechtbare* handeling het plegen van een onrechtmatige daad door deze wederpartij veronderstelt dan wel met zich brengt (§ 2.4.1). Vervolgens zal bezien worden in hoeverre de betrokkenheid van de schuldenaar c.q. diens bestuurder het plegen van een onrechtmatige daad veronderstelt of met zich brengt (§ 2.4.2).

#### 2.4.1 De positie van de wederpartij

Als gezien valt de Duitse *Insolvenzanfechtung* in een aantal verschillende bepalingen uiteen. Voor zover de *Insolvenzanfechtung* geen subjectieve vereisten stelt aan de zijde van de wederpartij, is er geen ruimte om te oordelen dat de wederpartij *ipso facto* onrechtmatig handelt door het verrichten van een handeling die blootstaat aan de *Insolvenzanfechtung* en kan men evenmin aannemen dat het verrichten van een dergelijke handeling een onrechtmatige daad veronderstelt. Dit geldt met name voor gevallen onder artikel 131 lid 1 sub 1 InsO ten aanzien van incongruente voldoeningen in de maand voor de aanvraag en na de aanvraag tot insolventverklaring en gevallen onder artikel 131 lid 1 sub 2 InsO ten aanzien van incongruente voldoeningen in de twee en drie maanden voor de aanvraag terwijl de schuldenaar reeds in betalingsonmacht verkeerde. Het Duitse recht stelt hier immers geen enkel subjectief vereiste. Deze incongruente voldoeningen worden eenvoudigweg als *anfechtbar* gekwalificeerd.

Ten aanzien van artikel 133 InsO zou een andere benadering mogelijk zijn. Hier wordt immers vereist dat de wederpartij wist van het opzet te benadelen aan de zijde van de schuldenaar. De vraag die zich dan aandient is of het als wederpartij betrokken zijn bij een rechtshandeling in strijd met artikel 133 InsO tevens een onrechtmatige daad in de zin van artikel 823 BGB<sup>256</sup> of artikel 826 BGB<sup>257</sup> oplevert.

Ten aanzien van de mogelijke samenloop tussen artikel 823 en 826 BGB en de *Anfechtungs*-bepalingen, waaronder artikel 133 InsO, geldt dat het verrichten van *anfechtbare* handelingen niet automatisch een onrechtmatige daad onder artikel

---

256 Artikel 823 BGB luidt als volgt: § 823 Schadenersatzpflicht: (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet. (2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

257 Artikel 826 BGB luidt als volgt: § 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung: Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

823 of 826 BGB vormt.<sup>258</sup> Zie ten aanzien van de verhouding tussen de *Anfechtungs*-bepalingen en artikel 823 BGB Kirchhof:

*‘Die §§ 129 ff sind keine Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB, sondern bestimmen ihre Rechtsfolgen selbst. Dagegen kann § 823 Abs. 2 BGB gemäß allgemeinen Regeln eingreifen, wenn eine anfechtbare Rechtshandlung zugleich ein anderes Schutzgesetz verletzt. Jedoch ist bei § 283 Abs. 1 Nr. StGB als Schutzgesetz zu beachten, dass die Erfüllung dieses Tatbestands zugleich eine anfechtbare Handlung darstellen kann. Da § 133 hieran für den Leistungsempfänger – als Gehilfen (§ 27 StGB) des Schuldners – andere, regelmäßig weniger einschneidende Rechtsfolgen knüpft, setzt ein Schadenersatzanspruch gegen den Leistungsempfänger zusätzliche, erschwerende Umstände voraus.’<sup>259</sup>*

Soortgelijke overwegingen treft men aan bij de samenloop tussen artikel 826 BGB en de *Insolvenzanfechtung*. Volgens vaste rechtspraak is het zijn van *wederpartij* bij een transactie in strijd met artikel 129 InsO en volgende niet voldoende om aan te nemen dat de *wederpartij* daardoor ook schadeplichtig op grond van onrechtmatige daad is.<sup>260</sup> In het algemeen wordt ten aanzien van de mogelijke samenloop van de *Anfechtungs*-bepalingen onderkend dat de vereisten die de wet stelt om tot schadeplichtigheid van de *wederpartij* op grond van de onrechtmatige daad te komen veelal *zwaardere* eisen stelt aan het handelen van de *wederpartij* dan de *Insolvenzanfechtung*.<sup>261</sup>

Ook de gevolgen van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad kunnen ingrijpender zijn voor de *wederpartij* dan de gevolgen van een geslaagd beroep op de *Insolvenzanfechtung*. Deze omstandigheid draagt eraan bij dat men in Duitsland de *Insolvenzanfechtung* niet als een bijzondere vorm van onrechtmatige daad ziet. Zie ten aanzien van de verhouding tussen de *Insolvenzanfechtung* en mogelijke aansprakelijkheid van de *wederpartij* onder artikel 826 BGB, Kirchhof:

258 Zie in algemene zin ten aanzien van de samenloop van de artikelen 823 e.v. BGB en de *Anfechtungs*-bepalingen Hirte (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1965): ‘Liegt nicht mehr als der bloße Anfechtungstatbestand vor, liegt in der anfechtbaren Rechtshandlung keine unerlaubte Handlung.’ Zie ook Huber, met voorbeelden (*Insolvenzrechts-Handbuch*, p. 775): ‘Die Regeln des BGB über die Nichtigkeit/Sittenwidrigkeit (§§ 134, 138 BGB) und die unerlaubte Handlung (§§ 823 ff, insb § 826 BGB) sind nicht schon dann erfüllt, wenn ein Anfechtungstatbestand der Insolvenzordnung verwirklicht worden ist, sondern erst beim Hinzutreten weiterer Umstände.’

259 Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 423.

260 Zie in de zin Kreft (*Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 65): ‘Ein Anspruch aus unerlaubte Handlung – etwa aus § 826 – kann nicht allein darauf gestützt werden, dass ein Anfechtungstatbestand vorliegt.’ Zie ook Hirte (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1965): ‘Liegt nicht mehr als der bloße Anfechtungstatbestand vor, liegt in der anfechtbaren Rechtshandlung keine unerlaubte Handlung (...)’

261 Zie hierover Hirte (*Insolvenzordnung Kommentar*, p. 1966): ‘Allerdings kann neben dem eigentlichen Anfechtungstatbestand auch eine unerlaubte Handlung i S der §§ 823, 826 BGB vorliegen; dass setzt aber voraus, dass besondere erschwerende Umstände hinzukommen.’

*‘Der Anfechtungsgegner löst nicht allein schon dadurch eine Ersatzpflicht nach § 826 BGB aus, dass er in anfechtbare Weise eine Leistung empfängt (BGH WM 1958, 1278, 1279) oder nicht einmal einen Anfechtungstatbestand voll verwirklicht. Da das Gesetz an eine anfechtbare Handlung andere, regelmäßig weniger einschneidende Rechtsfolgen knüpft, setzt ein Schadenersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung weitergehende Umstände voraus.’<sup>262</sup>*

#### 2.4.2 De positie van de schuldenaar/bestuurder van de schuldenaar

Men kan zich afvragen of het verrichten van de *anfechtbare* handeling mogelijk wel noodzakelijkerwijs een onrechtmatige daad van de *schuldenaar* of diens bestuurder zelf oplevert. Ook deze conclusie wordt onder het Duitse recht niet getrokken, zelfs niet onder artikel 133 InsO, waar opzet te benadelen zijdens de schuldenaar vereist is. Zie bijvoorbeeld Kirchhof waar hij het huidige artikel 133 InsO vergelijkt met de voorloper artikel 31 KO en terloops aangeeft dat het huidige artikel 133 InsO niet een onrechtmatig handelen van de schuldenaar in de zin van artikel 826 BGB veronderstelt of meebrengt:

*‘Die zur Benachteiligungsabsicht gemäß § 31 KO früher – meist in Zusammenhang mit kongruenten Deckungsgeschäften – verwendete Formulierung, diese Absicht müsse eine “unlautere” (“fraudulöse”, “betrügerische”) sein, rückt die Anfechtung zu sehr in die Nähe der Sittenwidrigkeit oder einer unerlaubten Handlung; sie passt jedenfalls nicht mehr zu dem in § 133 verwendeten Vorsatzbegriff (...).’<sup>263</sup>*

Ten aanzien van het Duitse recht geldt dus dat geen principieel verband bestaat tussen de bepalingen inzake onrechtmatige daad en de *Insolvenzanfechtung*. Weliswaar is het mogelijk dat een handeling zowel een onrechtmatige daad als een *anfechtbare* handeling oplevert, maar het zijn van de een brengt niet het zijn van de ander met zich. Het is dus mogelijk dat een handeling *anfechtbaar* is op grond van artikel 133 InsO zonder dat de partijen een onrechtmatige daad in de zin van artikel 823 of artikel 826 BGB hebben gepleegd. Ook is het mogelijk dat partijen met het verrichten van een handeling een onrechtmatige daad plegen doordat zij derden benadelen, zonder dat aan de voorwaarden van de *Insolvenzanfechtung* is voldaan.<sup>264</sup> Nu het Duitse recht, vergeleken met het recht van voor 1999, minder

<sup>262</sup> Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 424. Zie overeenkomstig Kref, *Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung*, p. 65, 66. Aansprakelijkheid op grond van artikel 826 BGB stelt zware subjectieve eisen aan de wederpartij, net als nietigheid wegens strijd met de goede zeden op grond van artikel 138 BGB (artikel 138 BGB luidt: *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.*) Zie over de vraag wanneer voldaan is aan de vereisten van artikel 826 BGB en artikel 138 BGB, Kirchhof (*Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 424): *‘Die Abgrenzung im Einzelnen richtet sich nach denselben Grundsätzen wie gegenüber der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB, weil die Maßstäbe der Sittenwidrigkeit für sich in beiden Normen gleich sind. Zusätzlich zur Sittenwidrigkeit der Handlung setzt § 826 BGB stets eine vorsätzliche Schadenszufügung voraus.’*

<sup>263</sup> Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 562.

<sup>264</sup> Kirchhof, *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, p. 424.

subjectieve vereisten stelt voor het kunnen invoeren van de *Insolvenzanfechtung*, is de afstand tot de onrechtmatige daad ook nog vergroot in vergelijking met het vroegere recht.

## 2.5 Conclusies Duitsland

In het inleidende hoofdstuk zijn drie vormen van benadeling geïdentificeerd.<sup>265</sup> In deze concluderende paragraaf wordt per vorm van benadeling geanalyseerd in hoeverre het Duitse recht objectieve dan wel subjectieve criteria hanteert en in hoeverre hier knelpunten te identificeren zijn (§ 2.5.2 tot en met § 2.5.4). Eerst wordt echter nog uiteengezet in hoeverre het Duitse recht een helder onderscheid maakt tussen handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen enerzijds en handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken anderzijds (§ 2.5.1).

### 2.5.1 *Onderscheid inbreuk integriteit verhaalsvermogen en doorbreking paritas*

Het Duitse recht kent een in beginsel duidelijk onderscheid tussen handelingen die de schuldeisers benadelen doordat een inbreuk op de *paritas creditorum* wordt gemaakt enerzijds en handelingen die tot benadeling van schuldeiser leiden doordat een inbreuk wordt gemaakt op integriteit van het verhaalsvermogen anderzijds.

Ten aanzien van de handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum*, gelden twee specifieke bepalingen, artikel 130 InsO (*kongruente Deckung*)<sup>266</sup> en artikel 131 InsO (*inkongruente Deckung*):<sup>267</sup> samen vormen deze de *Deckungsanfechtung*.

De handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen worden bestreken door artikel 132 InsO, (*unmittelbare Benachteiligung*),<sup>268</sup> artikel 133 InsO (*vorsätzliche Benachteiligung*)<sup>269</sup> en artikel 134 InsO (*unentgeltliche Leistungen*).

Het onderscheid tussen de bepalingen die de *paritas creditorum* beogen te beschermen enerzijds en bepalingen die waken tegen inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen anderzijds, wordt in belangrijke mate verstrekt door artikel 142 InsO (*Bargeschäfte*).<sup>270</sup> Het aangaan van en vrijwel onmiddellijk uit-

---

<sup>265</sup> Zie § 1.4.

<sup>266</sup> Zie § 2.2.1.

<sup>267</sup> Zie § 2.2.2.

<sup>268</sup> Zie § 2.2.3.

<sup>269</sup> Zie § 2.2.4.

<sup>270</sup> Zie § 2.2.1.2.

voering geven aan wederkerige gelijkwaardige overeenkomsten is slechts aantastbaar op grond van artikel 133 InsO en niet tevens op grond van de *Deckungsanfechtung* opgenomen in artikel 130 en 131 InsO. Bij gebreke aan een dergelijke regeling zou het bereik van de *Deckungsanfechtung* zich ook uitstrekken tot contante betaling voor geleverde waren en diensten vlak voor of hangende de aanvraag tot insolventverklaring. Het Duitse recht onderkent dat deze handelingen (*Bargeschäfte*) geen inbreuk maken op de *paritas creditorum* omdat de wederpartij bij het verrichten van de handeling niet de hoedanigheid van schuldeiser heeft (althans dat voor zover dit anders zou zijn deze hoedanigheid niet relevant is bij de handeling).

Het in beginsel heldere onderscheid tussen de twee vormen van benadeling wordt in het Duitse recht vertroebeld door het ruime werkingsgebied van artikel 133 InsO. Artikel 133 InsO is niet alleen van toepassing op handelingen met een waardeverschil en andere handelingen die de integriteit van het verhaalsvermogen aantasten, maar is ook van toepassing op voldoeningen door de schuldenaar van bestaande schuldeisers. Artikel 133 InsO is daarmee ook van toepassing op handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken. Hoewel artikel 130 en 131 InsO dus wel enkel van toepassing zijn op handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen, is artikel 133 InsO niet beperkt tot handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen. Het uitbreiden van de werking van artikel 133 InsO is niet zonder kritiek. Zie met name Foerste die betoogt dat het bereik van artikel 133 InsO ten onrechte tevens congruente voldoeningen omvat:

*‘Schutzbereiche der §§ 130, 133 InsO. Dafür spricht auch das Verhältnis von Deckungs- und Vorsatzanfechtung. Diese Anfechtungsgründe haben keine gemeinsame Basis. Während die Deckungsanfechtung ohne weiteres für Gleichbehandlung innerhalb des Kreises der Insolvenzgläubiger sorgen soll (für einen knapp bemessenen Zeitraum), gleicht die Vorsatzanfechtung Nachteile für die Masse aus, unabhängig davon, ob von diesen einzelne Gläubiger oder Dritte profitieren. Die Vorsatzanfechtung dient also nicht eigentlich der Gleichbehandlung, sondern den Insolvenzgläubigern in ihrer Gesamtheit. Kongruente Deckungen des Schuldners an einzelne Gläubiger müssen daher nicht von § 133 InsO erfasst werden. Sie dürfen aber auch nicht erfasst werden.’<sup>271</sup>*

Doordat artikel 133 InsO op beide typen handelingen ziet, en een zeer ruim temporeel toepassingsgebied heeft (tien jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring) wordt duidelijk dat het Duitse recht geen temporele beperkingen stelt aan de aantastbaarheid van handelingen die de *paritas creditorum* doorbreken. In elk geval voor zover de wederpartij geen gerelateerde partij is, zou men

---

271 Foerste, *Grenzen der Vorsatzanfechtung bei kongruenter Deckung*, p. 6.

kunnen oordelen dat daarmee het beginsel van contractuele finaliteit in het gedrang komt.

De inpassing van een typisch geval van de doorbreking van de *paritas creditorum*, te weten het onverplicht verschaffen van zekerheden voor een eigen bestaande schuld, is ook moeilijk in te passen in het systeem van het Duitse recht. Discussie bestaat over de vraag of dit moet worden gezien als een handeling om niet (en daarmee getoetst dient te worden aan artikel 134 InsO) of als een handeling anders dan om niet (en daarmee getoetst dient te worden aan artikel 133 InsO).<sup>272</sup> In hoofdstuk 5 zal nader op deze discussie ingegaan worden, omdat deze discussie tekenend is voor een gebrekkig onderscheid tussen de verschillende vormen van benadeling. Kort gezegd is het probleem dat de vestiging van een zekerheidsrecht voor een bestaande schuld een doorbreking van de *paritas creditorum* vormt. Bij een doorbreking van de *paritas creditorum* is de vraag of de handeling om niet of anders dan om niet wordt verricht conceptueel van ondergeschikt belang (net als ook artikel 130 en 131 InsO zelf geen onderscheid maken tussen een *kongruente* en *inkongruente Deckung* om baat en om niet). De vraag of een handeling om baat is verricht is een vraag die van cruciaal belang is voor handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen. In het Duitse recht worden handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen getoetst aan artikel (132 en) 133 en 134 InsO. Indien men nu deze laatste artikelen, met het onderscheid tussen handelingen om niet en anders dan om niet, hanteert om voldoeningen en verpandingen (*Deckung*) te toetsen, oftewel handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen, dan leidt dit tot vragen die eigenlijk niet bij de doorbreking van de *paritas creditorum* thuishoren; met name of de handeling om niet of anders dan om niet is verricht.

### 2.5.2 Bescherming integriteit verhaalsvermogen

Een drietal bepalingen waakt in het Duitse recht tegen inbreuken op de integriteit van het verhaalsvermogen. Artikel 132 InsO ziet op onmiddellijk benadelende handelingen verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring. Artikel 134 InsO voorziet in de aantastbaarheid van rechtshandelingen om niet (*unentgeltliche Leistungen*) verricht in de vier jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring. Artikel 133 InsO waakt tegen handelingen waarmee de schuldenaar opzettelijk zijn schuldeisers benadeelt. Deze zijn aantastbaar indien verricht in de tien jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring. Naast het opzet van de schuldenaar is vereist dat de wederpartij wist van diens opzet.

---

<sup>272</sup> Zie § 2.2.5.2.

In het inleidende hoofdstuk is binnen de gevallen van benadeling van schuldeisers doordat een inbreuk wordt gemaakt op de integriteit van het verhaalsvermogen een nadere onderverdeling gemaakt. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

- a. Handelingen om niet of met een waardeverschil.
- b. Handelingen zonder waardeverschil die middellijk ten gevolge hebben dat de verhaalsmogelijkheden worden verminderd.

#### 2.5.2.1 *Handelingen om niet of met een waardeverschil*

De handeling om niet wordt in elk rechtsstelsel weinig beschermenswaardig geacht in een latere insolventieprocedure. De vrijgevigheid van de schuldenaar wordt dan immers, al dan niet bewust, op de schuldeisers afgewenteld. Het Duitse recht gaat zeer ver in de mogelijkheid om handelingen om niet aan te tasten.<sup>273</sup> Handelingen verricht om niet zijn aantastbaar indien deze in de periode tot vier jaren voor de aanvraag tot insolventverklaring zijn verricht. Het Duitse recht stelt *geen* nadere subjectieve vereisten. Ook is niet vereist dat de schuldenaar reeds insolvent was of werd door de handeling om niet.

Artikel 132 InsO is van toepassing op handelingen die verricht zijn in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en die onmiddellijk tot benadeling van schuldeisers leiden. Vereist is niet wetenschap van benadeling, maar artikel 132 InsO stelt wel een subjectief vereiste. De wederpartij moet bekend zijn met de *betalingsonmacht* van de schuldenaar. Deze bepaling is beperkt in tijd en ziet alleen op handelingen met een waardeverschil.<sup>274</sup>

Indien een handeling die een inbreuk maakt op de integriteit van het vermogen van de schuldenaar niet aangetast kan worden op grond van artikel 134 InsO of artikel 132 InsO, kan de handeling nog bestreden worden op grond van artikel 133 InsO. Handelingen verricht in de tien jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring zijn aantastbaar indien de schuldenaar handelende met opzet schuldeisers te benadelen en de wederpartij hiervan wist. Hier wordt de aantastbaarheid gerechtvaardigd door een verwerpelijk geachte subjectieve gesteldheid van de *schuldenaar*, het opzet van de schuldenaar te benadelen (*Vorsatz*), terwijl de schuldeiser hiervan wist.<sup>275</sup> De intentie van de schuldenaar en de wetenschap van de wederpartij worden grotendeels ingevuld door de financiële positie van de schuldenaar. Niet vereist is onder artikel 133 InsO dat de schuldenaar reeds insolvent was.<sup>276</sup> Artikel 133 lid 2 InsO bevat nog een bewijsvermoeden voor zover de handeling onmiddellijk tot benadeling heeft geleid en de wederpartij een gerelateerde partij is.

---

<sup>273</sup> Onder een rechtshandeling om niet wordt in het Duitse recht ook het laten verlopen van een verjaringstermijn gebracht. Zie § 2.2.5.

<sup>274</sup> Zie § 2.2.3.

<sup>275</sup> Zie § 2.2.4.1.

<sup>276</sup> Zie § 2.2.4.3.



Het Duitse recht kent dus ten aanzien van handelingen om niet een zeer ruime aantastbaarheid en ten aanzien van handelingen met een waardeverschil een aanzienlijk beperkter toepassingsgebied door zowel ten aanzien van de schuldenaar als van de wederpartij subjectieve criteria te hanteren. Zoals nog gezien zal worden, stelt het Engelse recht ten aanzien van *transactions at an undervalue* (artikel 238 IA)<sup>277</sup> in het geheel geen subjectieve criteria ten aanzien van de wederpartij in deze gevallen. De subjectieve gesteldheid van de wederpartij is daar irrelevant voor zover het gaat om de aantastbaarheid van handelingen met een significant waardeverschil. Een reden voor het Duitse recht om subjectieve criteria aan de zijde van de wederpartij te hanteren in artikel 132 InsO en artikel 133 InsO is waarschijnlijk gelegen in de, vergeleken met het Engelse recht, mogelijk zware sancties indien het beroep van de bewindvoerder succesvol is. Hier kent het Duitse recht (net als het Nederlandse recht) een regeling die m.i. in haar algemeenheid onevenwichtig is. Artikel 144 InsO bepaalt dat de wederpartij die een prestatie heeft verricht, na een geslaagd beroep op de *Insolvenzanhfechtung*, slechts een boedelvordering heeft voor zover de boedel verrijkt is door de prestatie. Voor het overige heeft de wederpartij slechts een concurrente vordering. Indien een wederpartij een auto met een marktwaarde van € 10.000 voor € 4.000 heeft gekocht, riskeert de wederpartij dus niet alleen de auto te moeten afstaan, maar eveneens zijn € 4.000 kwijt te zijn. Mijns inziens is deze sanctie in haar algemeenheid onnodig hard en ongewenst. Hiermee is geenszins gezegd dat er nimmer voldoende gronden voor deze uitkomst zouden zijn, maar juist de algemeenheid komt mij ongewenst voor. Het Duitse recht koppelt de bevoordeling aan de zijde van de wederpartij, groot € 6.000, zonder aarzeling en uitzondering aan de benadeling aan de zijde van de schuldeisers, hier groot € 10.000. De bevoordeling die plaatsvindt aan de zijde van de wederpartij lijkt in het Duitse recht te rechtvaardigen dat benadeling aan de zijde van de schuldeisers voor rekening van de wederpartij komt. Dit geldt onverkort als de benadeling van de schuldeisers groter is dan de bevoordeling van de wederpartij. Hiervan zal sprake zijn indien de prestatie van de wederpartij niet voor verhaal vatbaar is en ook niet indirect tot een vermeerdering van het voor verhaal vatbare vermogen heeft geleid.

Slechts indien de wederpartij een verwijt gemaakt kan worden is het m.i. te rechtvaardigen dat deze in een slechtere positie verkeert na een geslaagd beroep op aantastbaarheid wegens schuldeisersbenadeling, indien men zijn positie vergelijkt met de positie waarin deze verkeerd zou hebben zonder het verrichten van de gewraakte handeling. Het Duitse recht kent dus geen regeling die enkel de bevoordeling (hier € 6.000) ongedaan maakt voor zover de wederpartij zelf nog wel een prestatie heeft geleverd. (Bij de handeling om niet bestaat wel een nuancering van de sanctie<sup>278</sup>). Mijns inziens kan verwacht worden dat hiermee het werkingsgebied en daarmee de bescherming van de schuldeisers ingeperkt wordt. Het Duitse recht

---

<sup>277</sup> Zie hoofdstuk 3 (§ 3.2.1).

<sup>278</sup> Zie § 2.2.5.3.

plaats de rechter namelijk voor een alles of niets beslissing. Of hij laat de significante bevoordeling ad € 6.000 in stand, of hij maakt deze bevoordeling ongedaan, met als consequentie dat de wederpartij een verlies van € 4.000 bij de gehele transactie lijdt. Bij het toepassen van een rechtsfiguur en met name bij de inpassing van open normen, zoals hier ‘opzet’ van de schuldenaar en de vraag of de wederpartij daarvan ‘wist’ (artikel 133 InsO), kan verwacht worden dat een rechter deze open normen aanzienlijk restrictiever toepast indien daarmee niet enkel een ontvangen voordeel ongedaan gemaakt wordt, maar ook een groot nadeel wordt toegebracht. In elk geval zijn er geen dwingende redenen om het ongedaan maken van de bevoordeling van de wederpartij ten koste van de schuldeisers, afhankelijk te maken van de subjectieve gesteldheid aan de zijde van de wederpartij. Dit blijkt reeds uit het Engelse recht ten aanzien van *transactions at an undervalue*.<sup>279</sup> En ook in het Duitse recht worden bij handelingen om niet geen subjectieve criteria gehanteerd.

#### 2.5.2.2 *Handelingen die middellijk tot benadeling leiden*

Handelingen die middellijk tot benadeling leiden (en die dus geen waardeverschil tussen de prestatie van de schuldenaar en wederpartij tonen) kunnen met een beroep op artikel 133 InsO bestreden worden. Te denken valt hierbij bijvoorbeeld aan een overdracht tegen de marktprijs, waarbij de opbrengst niet voor de schuldeisers aanwezig is. Zo stelt de toelichting op artikel 129 InsO e.v. het volgende:

*‘So kann die Veräußerung eines Grundstücks auch dann wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 133 InsO) anfechtbar sein, wenn sie zwar zu einem angemessenen Preis erfolgt, wenn der Schuldner aber die dem anderen Teil bekannte Absicht hat, das Geld dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen.’<sup>280</sup>*

Het Duitse recht vereist, door dergelijke handelingen onder de werking van artikel 133 InsO te brengen, voor de aantastbaarheid van deze handelingen dat voldaan is aan subjectieve criteria, zowel aan de zijde van de schuldenaar als de wederpartij. De schuldenaar moet hebben gehandeld met het opzet zijn schuldeisers te benadelen en de wederpartij moet hiervan hebben geweten.

Mislukte saneringspogingen worden ook getoetst aan de Insolvenzanfechtung. Een saneringspoging die mislukt heeft veelal als gevolg dat, hoewel prestaties tegen een marktprijs worden verricht – zoals het inschakelen van adviseurs en het verstrekken van zekerheden voor een saneringskrediet – bij het mislukken van de saneringspoging als resultaat hebben dat nog minder overblijft voor de gezamenlijke schuldeisers. Mislukte saneringspogingen en onderdelen daarvan kunnen onder omstandigheden aangetast worden op grond van artikel 132 InsO en artikel 133 InsO.<sup>281</sup> Hoewel artikel 132 InsO ziet op handelingen met een waardeverschil,

279 Zie hoofdstuk 3 (§ 3.2.1).

280 Toelichting op Regeringsontwerp, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 229.

281 Zie § 2.2.3.2.

wordt dit waardeverschil ook aangenomen indien van meet af aan duidelijk is dat de pogingen uitzichtloos zijn. Zie ten aanzien van artikel 132 InsO, de Bra:

*‘Sind bei der Gewährung von Sanierungskrediten und Honoraren für Sanierungsberatung die ausgetauschten Leistungen (Sicherung für das Sanierungsdarlehen: angemessenes Honorar für Beratungsleistungen) zwar objektiv gleichwertig, bestehen aber von Anfang an keine Sanierungsaussichten, kann die Leistung – unabhängig von ihrem nominellen Wert – für den Schuldner wirtschaftlich nicht werthaltig and damit nach § 132 Abs. 1 anfechtbar sein.’<sup>282</sup>*

Om (onderdelen van) een mislukte herstructurering buiten het bereik van artikel 133 InsO te houden is vereist dat een reorganisatieplan is opgesteld waarbij het doel van de redding van de onderneming voorop stond en op basis van concrete prognoses haalbaar scheen.<sup>283</sup>

### 2.5.3 *Bescherming van paritas creditorum*

In het inleidende hoofdstuk is binnen de gevallen van benadeling doordat een inbreuk wordt gemaakt op de *paritas creditorum* een nadere onderverdeling gemaakt. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

- a. Voldoening of zekerheidstelling op een andere wijze of een ander tijdstip dan waartoe de schuldenaar is gehouden.
- b. Voldoening of zekerheidstelling op een wijze en tijdstip als waartoe de schuldenaar is gehouden.

Het Duitse recht kent twee bepalingen die exclusief zien op verstoring van de *paritas creditorum*: artikel 130 InsO en artikel 131 InsO, tezamen de *Deckungsanfechtung*. Het Duitse recht maakt daarbij een onderscheid tussen congruente voldoeningen (artikel 130 InsO) en incongruente voldoeningen (artikel 131 InsO). Daarmee introduceert het Duitse recht een onderscheid dat onderkent dat er vele manieren zijn waarop een schuldeiser mogelijk (nog net) de gedwongen dans van de *concursum creditorum* zou kunnen ontspringen. Verder onderkent dit onderscheid dat hier verschillende toetsingskaders gehanteerd kunnen worden. Naast de aantastbaarheid van handelingen die een inbreuk maken op de *paritas creditorum* op grond van de artikelen 130 en 131 InsO, kan een voldoening van een bestaande schuldeiser onder omstandigheden nog bestreden worden op grond van artikel 133 InsO.

<sup>282</sup> De Bra, *Insolvenzordnung Kommentar*, p. 859.

<sup>283</sup> Zie § 2.2.4.3.3.

### 2.5.3.1 *Voldoening anders dan waartoe gehouden*

Artikel 131 InsO ziet op handelingen die een verplichting inlossen op een ander moment of op een andere wijze dan waarop de schuldeiser aanspraak kon maken verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna (*inkongruente Deckung*).<sup>284</sup> Het Duitse recht kent met artikel 131 InsO een regeling die in een korte periode voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring in ruime mate, en hoofdzakelijk met geobjectiveerde criteria, voorziet in de aantastbaarheid van incongruente voldoeningen.

Binnen het Duitse systeem ten aanzien van de doorbreking van de *paritas creditorum* is het concept *Krise* van groot belang. Reeds voordat de formele insolventie is uitgesproken gaat men ervan uit dat het vermogen door de ingetreden betalingsonmacht als het ware ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers beslagen is. Het is de *betalingsonmacht zelf* die bepaalde gevolgen heeft voor de vrije beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar. Het is dan ook het intreden van de *Krise* die de grondslag vormt van de aantastbaarheid van de voldoening van bestaande schulden. De wetenschap van de wederpartij is in die zin van secundair belang. De wetenschap van de wederpartij van de betalingsonmacht rechtvaardigt dat de nadelige gevolgen van de aantastbaarheid van de handeling aan hem kunnen worden tegengeworpen. Dit geldt zowel voor de aantastbaarheid van congruente als van incongruente voldoeningen. Door de afwijkende wijze van voldoening wordt deze wetenschap van de wederpartij bij incongruente voldoeningen echter in de meeste gevallen onweerlegbaar geacht te hebben bestaan indien de schuldeiser in de drie maanden voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring is voldaan. Dit leidt tot de volgende werking van artikel 131 InsO.

Alle incongruente voldoeningen verricht in de maand voorafgaand aan de aanvraag (en daarna) zijn aantastbaar (artikel 131 lid 1 sub 1 InsO). Gezien de zeer korte tijd voor de aanvraag en de verdachte incongruente wijze waarop voldoening plaatsvindt, is de handeling zonder meer aantastbaar en worden geen nadere vereisten gesteld. Volgens de parlementaire geschiedenis wordt hier zowel de betalingsonmacht als de wetenschap daarvan aan de zijde van de wederpartij (onweerlegbaar) geacht te hebben bestaan.<sup>285</sup> Hier is de inbreuk op de *paritas creditorum* en de aantastbaarheid van de handeling dus volledig geobjectiveerd.

Incongruente voldoeningen in de tweede en de derde maand voor de aanvraag kunnen aangetast worden indien de schuldenaar toen reeds in betalingsonmacht verkeerde (*Zahlungsunfähigkeit*) (artikel 131 lid 1 sub 2 InsO). De bewijslast dat de schuldenaar ten tijde van de voldoening reeds in betalingsonmacht verkeerde, rust op de bewindvoerder. Subjectieve eisen worden niet gesteld.

---

<sup>284</sup> Zie § 2.2.2.

<sup>285</sup> Toelichting op Regeringsontwerp, Balz en Landfermann, *Die Neuen Insolvenzgesetze*, p. 233. Zie § 2.2.2.3.1.

Incongruente voldoeningen kunnen op grond van artikel 131 lid 1 sub 3 InsO ook aangetast worden indien de wederpartij wist dat benadeling van de schuldeisers het resultaat zou zijn. Artikel 131 InsO stelt in het geheel geen subjectieve vereisten aan de zijde van de *schuldenaar*, en hier ook niet. Slechts in artikel 131 lid 1 sub 3 InsO worden subjectieve criteria gehanteerd en wel ten aanzien van de *wederpartij*. De bewindvoerder zal zich op deze bepaling beroepen indien hij niet zeker weet dat hij bij de incongruente voldoeningen in de twee tot en met drie maanden periode voor de aanvraag zal slagen in het bewijs aan te tonen dat de schuldenaar toen al in betalingsonmacht verkeerde.<sup>286</sup>

Het is ook mogelijk om voldoeningen van bestaande schuldeisers aan te tasten op grond van artikel 133 InsO. Vereist is dan dat de schuldenaar in de tien jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring handelde met de bedoeling de schuldeisers te benadelen en dat de wederpartij hiervan wist.<sup>287</sup> Hiervoor is in § 2.5.1 reeds aangegeven dat een gevolg van toepasselijkheid van artikel 133 InsO op congruente en incongruente voldoeningen (naast handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen) is, dat het Duitse recht geen heldere, temporele afbakening kent voor de aantastbaarheid van handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen. Voor zover de wederpartij geen gerelateerde partij is, kan men oordelen dat het beschermenswaardige uitgangspunt van contractuele finaliteit<sup>288</sup> in het gedrang komt.

#### 2.5.3.2 *Voldoening waartoe gehouden*

Artikel 130 InsO ziet op handelingen die een verplichting inlossen op het moment en op de wijze waarop de schuldeiser aanspraak kon maken, verricht in de drie maanden voor de aanvraag tot insolventverklaring en daarna (*kongruente Deckung*).<sup>289</sup> Er zijn twee gronden onder artikel 130 InsO waarop een congruente voldoening kan worden aangetast. De eerste grond is dat de schuldenaar al in betalingsonmacht (*Zahlungsunfähigkeit*) verkeerde, in welk geval de wederpartij van de betalingsonmacht moet hebben geweten. De tweede aantastingsgrond onder artikel 130 InsO is dat de aanvraag reeds was gedaan, in welk geval vereist is dat de wederpartij ofwel wist van de aanvraag of wist van de betalingsonmacht van de schuldenaar. Voor zover de wederpartij een gerelateerde partij was, wordt vermoed dat deze wist van de betalingsonmacht of de aanvraag (artikel 130 lid 3 InsO). Artikel 130 InsO stelt geen subjectieve vereisten aan de zijde van de schuldenaar, zodat slechts subjectieve elementen aan de zijde van de wederpartij hier een rol spelen.<sup>290</sup>

---

<sup>286</sup> Zie § 2.2.2.

<sup>287</sup> Zie hierover § 2.2.4.3.3.

<sup>288</sup> Zie hoofdstuk 1 (§ 1.5.2).

<sup>289</sup> Zie § 2.2.1.

<sup>290</sup> Zie § 2.2.1.

Ook hier dient de aantastbaarheid van de voldoening tegen de achtergrond van de *Krise* gezien te worden. In een periode voorafgaand aan de insolventverklaring is het vermogen van de schuldenaar als het ware reeds beslagen ten gunste van de gezamenlijke schuldeisers. Het is niet een verwerpelijke subjectieve gesteldheid van partijen maar de *Krise* zelf die de grondslag van het ingrijpen vormt. De subjectieve gesteldheid van de wederpartij is secundair en rechtvaardigt ‘slechts’ dat de aantasting van de handeling aan de wederpartij kan worden tegengeworpen.

Ook ten aanzien van een congruente voldoening geldt dat deze nog op grond van artikel 133 InsO kan worden aangetast indien de handeling heeft plaatsgevonden buiten de drie maanden voor de aanvraag. Vereist is dan dat de schuldenaar heeft gehandeld met het opzet schuldeisers te benadelen en dat de wederpartij hiervan wist. Hier zal bij de congruente voldoening van opeisbare vorderingen slechts in uitzonderingsgevallen sprake van zijn.<sup>291</sup>

In de Duitse regeling ten aanzien van handelingen die een doorbreking van de *paritas creditorum* vormen kan op twee knelpunten gewezen worden. Ten eerste is de Duitse regeling ten aanzien van inbreuken op de *paritas creditorum* extreem genuanceerd. Afhankelijk van de vraag of sprake is van een congruente of een incongruente voldoening worden nadere subjectieve vereisten aan de zijde van de wederpartij gesteld. Het onderscheid tussen congruent en incongruent zelf is onder omstandigheden echter weer afhankelijk gemaakt van criteria die als subjectief geïdentificeerd kunnen worden. Het betreft hier de problematiek van ‘druk betalingen’. Indien de wederpartij de schuldenaar dermate onder druk zet dat deze geen vrije wil meer heeft gehad, wordt de betaling als een incongruente voldoening beschouwd. Hiermee wordt het onderscheid tussen de categorieën m.i. verwaterd hetgeen afbreuk doet aan het uitgangspunt van contractuele finaliteit.

Een tweede knelpunt is de toepasselijkheid van artikel 133 InsO op gevallen waarin een inbreuk wordt gemaakt op de *paritas creditorum*. Door artikel 133 InsO ook van toepassing te laten zijn op deze vorm van benadeling (naast handelingen die een inbreuk maken op de integriteit van het verhaalsvermogen) is de aantastbaarheid van handelingen in strijd met de *paritas creditorum* niet beperkt in tijd en in het algemeen niet helder afgebakend. Geoordeeld kan worden dat ook dit afbreuk doet aan het beschermenswaardige beginsel van contractuele finaliteit.

#### 2.5.4 *Bescherming tegen dubbele opstelling van aandeelhouders*

Aandeelhouders kunnen door een dubbele opstelling schuldeisers benadelen. Twee subvormen kunnen worden geïdentificeerd:

- a. De aandeelhouder financiert de vennootschap niet met kapitaal maar met leningen en bedingt hier mogelijk zekerheden voor.

---

<sup>291</sup> Zie § 2.2.4.3.3.

- b. De aandeelhouder stelt zich garant jegens schuldeisers van de vennootschap en de vennootschap voldoet voorafgaand aan de insolventieprocedure (juist) de schulden waar de aandeelhouder zich sterk voor heeft gemaakt.

#### 2.5.4.1 *Leningen en zekerheden*

Het Duitse recht kent al decennia het leerstuk van achterstelling van aandeelhoudersleningen in insolventie. Het leerstuk is recent erg in beweging. Tot 1 oktober 2008 diende een lening van een aandeelhouder in insolventie te worden achtergesteld indien deze een lening had verstrekt *op een moment* dat een redelijk handelend koopman additioneel kapitaal zou hebben verschaft. Ook leningen die een aandeelhouder liet staan op zo'n moment werden in een latere insolventie achtergesteld. In de loop der tijd was het leerstuk dat in de kern eenvoudig en overzichtelijk was, erg gecompliceerd geworden. Middels MoMiG is het leerstuk aangepast en significant uitgebreid.<sup>292</sup>

Niet langer worden slechts die leningen van aandeelhouders achtergesteld die zijn verstrekt *op een moment* dat een redelijk handelend koopman additioneel kapitaal zou hebben verschaft. Sinds de invoering van MoMiG zijn alle leningen van aandeelhouders achtergesteld. Wel geldt nog een vereiste ten aanzien van de omvang van het aandelenbezit (meer dan 10%) of dat de aandeelhouder betrokken is bij de leiding van de onderneming. Het Duitse recht baseert de achterstelling van aandeelhoudersleningen in insolventie, niet op een onrechtmatige daad of een onbehoorlijk handelen. Het stelt dan ook geen subjectieve vereisten.

Terugbetaling op leningen van aandeelhouders vóór insolventverklaring is in zeer ruime mate aantastbaar. Artikel 135 lid 1 sub 2 InsO bepaalt dat alle handelingen die als gevolg hebben dat een lening van een aandeelhouder voldaan wordt, aantastbaar zijn indien de handeling in het jaar voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring is verricht.<sup>293</sup>

Artikel 135 InsO geeft ook een regeling voor zekerheden verstrekt aan aandeelhouders ter verzekering van de terugbetaling van leningen. Voor zover deze zekerheden zijn verstrekt in de tien jaren voorafgaand aan de aanvraag tot insolventverklaring kan de zekerheidverstrekking worden aangetast met een beroep op de *Insolvenzanfechtung*.<sup>294</sup> Ook hier worden geen subjectieve criteria gehanteerd.

#### 2.5.4.2 *Garanties door de aandeelhouder*

Het Duitse recht kende reeds voor de invoering van MoMiG in artikel 32b GmbHG (oud) een bepaling die in formele insolventie de bewindvoerder een rechtstreekse vordering toekende voor het bedrag waarmee het *exposure* van de aandeelhouder werd verminderd. Onder artikel 32b GmbHG (oud) verkreeg de

---

<sup>292</sup> Zie § 2.3.1.

<sup>293</sup> Zie § 2.3.1.2.

<sup>294</sup> Zie § 2.3.1.3.

bewindvoerder slechts een vordering indien de garantie was verstrekt *op een moment* dat een verantwoord koopman kapitaal zou storten. Geheel overeenkomstig de overige aanpassingen door MoMiG ten aanzien van de kapitaalvervangende leningen, heeft MoMiG dit vereiste geschrapt. Thans bepaalt artikel 135 InsO dat alle betalingen door de schuldenaar van schulden waarvoor de aandeelhouder zich garant heeft gesteld, verricht binnen een jaar voor de aanvraag tot insolventverklaring, in een rechtstreekse vordering van de bewindvoerder op de aandeelhouder resulteren. Vereist is wel dat de aandeelhouder een bepaald percentage van de aandelen heeft (meer dan 10%) of betrokken is bij de leiding over de onderneming. Ook hier worden geen subjectieve vereisten ten aanzien van de vennootschap of de aandeelhouder gesteld.