

# KTS ZEITSCHRIFT FÜR INSOLVENZRECHT

Heft 4 · Dez. 2022 · 83. Jahrgang der Zeitschrift »Konkurs- und Treuhänderwesen« /  
»Konkurs-, Treuhänder- und Schiedsgerichtswesen«

## Die rechtsgrundlose Leistung im System der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen (§ 134 InsO)

Professor Dr. Georg Bitter\*

- I. Einführung
- II. Die Rechtsprechungsentwicklung im Überblick
  1. Die Rechtsprechung bis zum Fall Phoenix Kapitaldienst
  2. Das Urteil BGHZ 204, 231 zum qualifizierten Rangrücktritt
  3. Der Rechtsprechungswandel in den Jahren 2016 und 2017
    - a) Das BGH-Urteil zum Verkauf eines (angeblich) wertlosen GmbH-Anteils
    - b) Das Urteil BGHZ 214, 350 zum Bearbeitungsentgelt bei Darlehensverträgen
- III. Kritische Analyse der neuen Rechtsprechungslinie
  1. Das Urteil BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO
    - a) Anerkennung der subjektiven Vorstellungen der Parteien anhand eines »Bewertungsspielraums« nur bei unausgeglichenen Austauschgeschäften
    - b) Fehlende Verknüpfung von Leistung und »Gegenleistung« bei rechtsgrundlosen Leistungen
    - c) Zwischenergebnis
  2. Inkonsistenz in Bezug auf unwirksame Schenkungen
    - a) Fehlende Begründung des BGH für eine Anwendung des § 134 InsO auf unwirksame Schenkungen
    - b) Bedürfnis für eine Rückforderung nach § 134 InsO neben § 812 BGB wegen der Unterschiede zwischen Anfechtungs- und Bereicherungsrecht
  3. Wertungswidersprüche bei inverser Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO
    - a) Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang
    - b) Wertungswidersprüche bei inverser Anwendung des § 814 BGB
    - c) Wertungswidersprüche bei inverser Anwendung des § 817 Satz 2 BGB
    - d) Verbleibende Unterschiede zwischen Anfechtungs- und materiellem Recht
    - e) Die Entreicherung im System des Bereicherungs- und Anfechtungsrechts
  4. Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB
    - a) Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt
    - b) Überfrachtung des § 134 InsO mit der subjektiven Komponente einer Kenntnis der Nichtschuld
  5. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO
    - a) Der Begriff der »Freigiebigkeit« und die Tendenz zu seiner Subjektivierung
    - b) Differenzierung zwischen dem Begünstigungswillen und der Parteiabrede über den Leistungsaustausch (causa)
    - c) Differenzierung zwischen Beurteilungsspielraum und (ursprünglichem)

\* Professor Dr. Georg Bitter ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht an der Universität Mannheim und Vorstandsvorsitzender des dortigen Zentrums für Insolvenz und Sanierung (ZIS). Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der Tagung der Insolvenzrechtslehrer/innen am 29.09.2022 in Wien gehalten hat.

- Irrtum über einen werthaltigen Leistungsaustausch
- d) Keine Anknüpfung an einen subjektiven Begünstigungswillen
  - e) Irrelevanz von Fehlvorstellungen über die Entgeltlichkeit
  - f) Konsequenzen für die Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen
1. Sachgerechtigkeit einer Anfechtbarkeit aller rechtsgrundlosen Leistungen nach § 134 InsO
  2. Konkurrenzverhältnis von § 134 InsO zu § 131 InsO
  3. Ein Caveat gegenüber der Verbreiterung des Holzwegs
- V. Zusammenfassung in Thesen
- IV. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung

### I. Einführung

Die früher seltener diskutierte<sup>1</sup> Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach § 134 InsO ist spätestens seit dem Fall Phoenix Kapitaldienst<sup>2</sup> ins Blickfeld der insolvenzrechtlichen Öffentlichkeit geraten.<sup>3</sup> Die jüngere Rechtsprechung vermittelt dem interessierten Betrachter dabei den Eindruck, es wimmele in der Praxis – wie im Fall Phoenix Kapitaldienst – geradezu von (verdeckten)<sup>4</sup> Schneeballsystemen, in denen Anleger betrügerisch aufs Kreuz gelegt werden.<sup>5</sup> Die ohnehin schon geschädigten Anleger sehen sich in der Insolvenz der Betreiberin des Schneeballsystems dem Rückforderungsverlangen des Insolvenzverwalters ausgesetzt, welches bei rechtsgrundlos

- 1 Vgl. *Thole*, KTS 2011, 219: »Die sog. Schenkungsanfechtung hat lange Zeit ein vergleichsweise bescheidenes Dasein geführt.«
- 2 Dazu eingehend und kontrovers *Heim*, Schenkungsanfechtung bei Auszahlungen im verdeckten Schneeballsystem – Eine Untersuchung anhand des Falles der Phoenix Kapitaldienst GmbH (2011); v. *Wilmowsky*, Schneeballsysteme der Kapitalanlage: Auszahlungen an Kunden und deren Beurteilung im Insolvenzfall (2010); Überblick bei *Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569 ff.; ferner *Thole*, KTS 2011, 219 ff.; zu jener Rechtsprechung sogleich unten Ziff. II. 1.
- 3 Vgl. neben den in Fn. 2 genannten Werken insb. *Held*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO (2016); ferner die Kongressvorträge von *Klinck* auf dem 13. Mannheimer Insolvenzrechtstag am 23.06.2017 (veröffentlicht in ZIP 2017, 1589 ff.) sowie von *Bork* auf dem VID-Kongress am 16.11.2017 (veröffentlicht in NZI 2018, 1 ff.); aus der sonstigen Aufsatzliteratur *Thole*, KTS 2011, 219 ff.; *Ganter*, NZI 2015, 249 ff.; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2280 ff.; *Gehrlein*, WM 2019, 1241 ff.; *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629 ff.; s.a. die Rezension von *Baumert*, JZ 2017, 940.
- 4 Vgl. zu dem – vom BGH früher nicht hinreichend beachteten – Unterschied zwischen offenen und verdeckten Schneeballsystemen und der Auswirkung auf die Nichtigkeit des Vertrags *Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569, 1570 f.; zutreffende Differenzierung inzwischen bei BGH v. 01.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 15).
- 5 Vgl. neben den zahlreichen Urteilen im Fall Phoenix Kapitaldienst (grundlegend BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = NJW 2009, 363 = ZIP 2009, 186; weitere Nachweise bei *Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569, 1570 in Fn. 6 ff.) in jüngerer Zeit BGH v. 06.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (zum Schneeballsystem Rn. 1); BGH v. 05.07.2018 – IX ZR 139/17, ZIP 2018, 1746 (zum Schneeballsystem Rn. 1, 20, 25 ff.); ferner die vier zu einem identischen Gesamtkomplex gehörenden Urteile des BGH v. 01.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (zum Schneeballsystem insb. Rn. 15); BGH v. 22.07.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (zum Schneeballsystem insb. Rn. 14 f., 33 ff.); BGH v. 02.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (zum Schneeballsystem insb. Rn. 13 f., 28 ff.); BGH v. 07.04.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (zum Schneeballsystem insb. Rn. 23 ff.); zu einem anderen Sachverhalt andeutungsweise ferner BGH v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 95 f.).

ausgezählten Scheingewinnen einerseits auf Bereicherungsrecht, insbesondere aber auf § 134 InsO gestützt ist, weil die Insolvenzanfechtung dem Insolvenzverwalter in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht diverse Vorteile bietet.<sup>6</sup> Doch nicht nur in Fällen von Schneeballsystemen, sondern auch in vielen anderen Fällen hatte sich der IX. Zivilsenat in der jüngeren Zeit mit der Frage zu befassen, ob rechtsgrundlose Leistungen ein Fall für die Unentgeltlichkeitsanfechtung sind.<sup>7</sup>

Während sich die BGH-Rechtsprechung bis zum Fall Phoenix Kapitaldienst noch so las, dass *jede* rechtsgrundlose Leistung im Grundsatz zur Anfechtung gem. § 134 InsO führt,<sup>8</sup> hat der IX. Zivilsenat beginnend mit dem Urteil BGHZ 214, 350 zu den Bearbeitungsentgelten bei Darlehensverträgen<sup>9</sup> eine Differenzierung eingeführt, die er mittlerweile auch den neueren Fällen der (möglichen) Ausschüttung von Scheingewinnen in Schneeballsystemen zugrunde legt<sup>10</sup> sowie in diversen weiteren Zusammenhängen heranzieht.<sup>11</sup> Danach soll die Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO nicht (mehr) möglich sein, wenn aufgrund einer rechtsgrundlosen Leistung zugunsten des Leistenden ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht, weil dieser Anspruch einen »endgültigen, vom Empfänger nicht auszugleichenden, freigiebigen Vermögensverlust des Schuldners« verhindern und folglich eine »unentgeltliche« Leistung i.S.v. § 134 InsO ausscheiden soll.<sup>12</sup> Nur in jenen Fällen,

6 Zu diesen Vorteilen BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 – »Phoenix Kapitaldienst«; ferner unten Ziff. III. 2. b) bei Fn. 154 ff. und Ziff. III. 3. d) bei Fn. 191.

7 Siehe dazu sogleich die Nachweise in Fn. 9 und 11. Nach *Klinck*, ZIP 2017, 1589 hatte sich die Rechtsprechung zwischen 2010 und 2017 immerhin halb so häufig mit § 134 InsO wie mit § 133 InsO zu befassen.

8 Dazu *Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569 ff.; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592 m.w.N. in Fn. 33 f.; eingehend *Heim* (Fn. 2) S. 44 ff., 60 ff. mit Zusammenfassung S. 76 f., ferner S. 151 ff. mit Ergebnis S. 166 f. und S. 194 f. sowie zu teilweise rechtsgrundlosen Leistungen S. 216 ff. mit Ergebnis S. 219 f.

9 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233.

10 BGH v. 05.07.2018 – IX ZR 139/17, ZIP 2018, 1746 (Rn. 12 f.); BGH v. 01.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 10); BGH v. 22.07.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 12); BGH v. 02.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 11); BGH v. 07.04.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 11); zur Zahlung von Maklerlohn bei Schneeballsystemen auch BGH v. 10.06.2021 – IX ZR 157/20, ZIP 2021, 1503 (Rn. 10); siehe aus der instanzgerichtlichen Verspr. auch OLG Hamm v. 15.06.2021 – 27 U 105/20, ZInsO 2021, 1755.

11 Zur Vermögensübertragung auf einen Treuhänder aufgrund einer möglicherweise nichtigen Treuhandvereinbarung BGH v. 07.09.2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863 (Rn. 14 ff., insb. Rn. 18 f.); zur Rückzahlung eines Nachrangdarlehens BGH v. 06.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Rn. 10, 14); zu einem (möglicherweise) nichtigen Darlehensvertrag BGH v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 65 f., 86, 95, 111); zum qualifizierten Rangrücktritt BGH v. 24.02.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 (Rn. 16) – dazu unten Ziff. III. 4. a); knappe Erwähnung ferner bei BGH v. 11.11.2021 – IX ZR 237/20, ZIP 2021, 2655 (Rn. 15).

12 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 13).

in denen der Bereicherungsanspruch gem. § 814 BGB (oder § 817 Satz 2 BGB)<sup>13</sup> ausgeschlossen ist, fehle es an einem in das Vermögen des Leistenden fließenden Gegenwert, weshalb die Anfechtung aus § 134 InsO begründet sei.<sup>14</sup>

Diese Differenzierung der jüngeren Rechtsprechung zwischen einem bestehenden oder ausgeschlossenen Bereicherungsanspruch ist in der Literatur ganz überwiegend zustimmend aufgenommen worden, nicht allerdings beim *Verfasser*.<sup>15</sup> Sie ist beeinflusst durch einen parallel vollzogenen allgemeinen Rückbau der Unentgeltlichkeitsanfechtung in der jüngeren Rechtsprechung.<sup>16</sup> Dieser geht unter dem Schlüsselwort<sup>17</sup> der »freigiebig«<sup>18</sup> Handlung des Schuldners mit einer stärker subjektiven Betrachtung einher, in der den Vorstellungen von Leistendem und Empfänger über die (scheinbare) Entgeltlichkeit des Leistungsaustauschs auch gegen die objektiven Umstände Gewicht beigemessen wird.<sup>19</sup> Prägend ist insoweit das kurz vor BGHZ 214, 350 ergangene BGH-Urteil vom 15.09.2016 zur Anfechtung aus § 134 InsO bei beiderseitigem Irrtum über die Werthaltigkeit eines als Gegenleistung übertragenen GmbH-Geschäftsanteils.<sup>20</sup> Die neuere Rechtsprechung zur Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen ist insoweit eingebettet in die allgemeine Diskussion zur richtigen Justierung der Unentgeltlichkeitsanfechtung.

Um die Berechtigung und die Systemgerechtigkeit der jüngeren Rechtsprechungslinie analysieren zu können, wird nachfolgend zunächst die Entwicklung der Rechtsprechung mit dem soeben geschilderten Wandel in Erinnerung gerufen (unten II.).

13 So BGH v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 66 und 95); BGH v. 01.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 11); BGH v. 22.07.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 12, 37); BGH v. 02.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 11, 31); BGH v. 07.04.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 24); dazu unten Ziff. III. 3. c).

14 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 16); die Differenzierung bestätigend die in Fn. 10 f. angeführten Urteile.

15 Der Differenzierung zustimmend *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR, 9. Aufl. (2022) § 134 Rn. 29; *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. (2019) § 134 Rn. 32a, 48 f.; *Jacoby*, EWiR 2017, 403, 404; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1593 mit Hinweis auf *v. Wilмовsky* (Fn. 2) S. 38 f. (Rn. 119–121); *Lütcke*, NZI 2017, 673; *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2294; *Becker*, DZWIR 2018, 201 ff.; ferner *Spatz*, DZWIR 2017, 175, 176; wohl auch *Thole* in: Kayser/Thole, HK-InsO, 10. Aufl. (2020) § 134 Rn. 14; *Bork*, NZI 2018, 1, 4 f.; zuvor bereits *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht (2010) S. 457 f. m.w.N.; *Ganter*, NZI 2015, 249, 256; *Schäfer* in: Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 3. Aufl. (2017) Rn. G 42a; rein darstellend *Freitag*, EWiR 2017, 503, 504; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2280, 2281 f. und 2284; *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1242; widersprüchlich *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO, Band 2, 4. Aufl. (2019) § 134 Rn. 17a, 17b, 22; ablehnend *Bitter*, WuB 2018, 99 ff.; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 634 ff.; *Baumert*, EWiR 2021, 23, 24 m.w.N.

16 Allgemein auf die Einschränkung der §§ 133, 134 InsO in der jüngeren Rechtsprechung hinweisend *Gehrlein*, WM 2019, 1241 f.

17 So die Begrifflichkeit bei *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2280, 2289; dem folgend *Rube-Schweigel*, NZI 2019, 631; siehe dazu noch unten Ziff. III. 5. a) bei Fn. 232 ff.

18 Vgl. die Nachweise in Fn. 232; teilweise ist statt »freigiebig« auch von »freigiebig« die Rede; vgl. BGH v. 10.06.2021 – IX ZR 157/20, ZIP 2021, 1503 (Rn. 21).

19 Dazu kritisch die in Fn. 229 genannten Autoren.

20 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329.

Sodann ist aufzuzeigen, dass die jüngere Rechtsprechung zur Behandlung rechtsgrundloser Leistungen entgegen der h.L. keine Zustimmung verdient, sie vielmehr logische Systembrüche und praktische Schwierigkeiten in der Rechtsanwendung mit sich bringt (unten III.). Stattdessen wird für eine Rückbesinnung auf die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze plädiert und dabei aufgezeigt, dass auf der Basis des bisherigen, stärker objektiv ausgerichteten Ansatzes überzeugendere Ergebnisse erzielt werden können, gerade auch in den jüngeren vom BGH entschiedenen Fällen. Die hier geübte Kritik richtet sich also weniger gegen die im Einzelfall vom BGH gefundenen Ergebnisse<sup>21</sup> als stärker gegen die Kehrtwende in den allgemein formulierten Rechtsätzen zur Anfechtung gem. § 134 InsO.

## II. Die Rechtsprechungsentwicklung im Überblick

Wie der *Verfasser* bereits an anderer Stelle dargelegt hat, kommt dem Urteil BGHZ 214, 350 vom 20.04.2017 ein besonderes Gewicht zu, weil es einen deutlichen und nicht unbedingt überzeugenden Wandel der Rechtsprechung zu § 134 InsO mit sich bringt, auch wenn der IX. Zivilsenat des BGH in den Entscheidungsgründen bemüht ist, die Übereinstimmung des jüngeren Urteils mit der bisherigen Rechtsprechung zu betonen.<sup>22</sup>

### 1. Die Rechtsprechung bis zum Fall *Phoenix Kapitaldienst*

Die frühere, insbesondere anhand des Falles *Phoenix Kapitaldienst* entwickelte Rechtsansicht des IX. Zivilsenats ging dahin, *jede* rechtsgrundlose Leistung zugleich als unentgeltlich i.S.v. § 134 InsO anzusehen,<sup>23</sup> zumal die Abweichung des Grundsatz-

21 Besonders deutlich unten Ziff. III. 5. c) bei Fn. 259 zum Fall BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Geschäftsanteilsverkauf); ferner unten Ziff. II. 3. b) bei Fn. 80 f. zum Fall BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Bearbeitungsentgelt) sowie die Schlussbetrachtung unten Ziff. IV. 1. bei Fn. 305 ff. zu beiden Urteilen.

22 *Bitter*, WuB 2018, 99 f.; zuvor kritisch schon *Baumert*, LMK 2017, 393960 und JZ 2017, 940; auf den Bruch des BGH mit der vorherigen Linie hinweisend und diesen kritisierend auch *Jacoby*, EWIR 2017, 403, 404; zur Kritik an dem stärker subjektiven Ansatz des BGH s.a. die Nachweise in Fn. 229, wobei viele jener Autoren – inkonsequent – der in BGHZ 214, 350 eingeführten Differenzierung der Unentgeltlichkeitsanfechtung nach einem bestehenden oder fehlenden Bereicherungsanspruch zustimmen (vgl. Fn. 15).

23 Dazu *Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569 ff. m.N. in Fn. 21; *Gehrlein*, WM 2019, 1241 m.N. in Fn. 7 und S. 1242 bei Fn. 17; *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2294 bei Fn. 7 f.; *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 121; s.a. *Klaahsen* in: KölnKommInsO, Band 3 (2017) § 134 Rn. 20; *Baumert*, LMK 2017, 393960; auf jene frühere Rechtsprechung als gegenläufig zu den jüngeren Urteilen hinweisend auch *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 14 und *Bork*, NZI 2018, 1; demgegenüber wird öfters die generelle Anfechtbarkeit *aller* Scheingewinne unrichtig als (angeblich) heute immer noch geltende Rechtsprechung bezeichnet (vgl. *Huber* in: Graf-Schlicker, InsO, 6. Aufl. [2022] § 134 Rn. 21; *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR [Fn. 15] § 134 Rn. 26; *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck [Fn. 15] § 134 Rn. 129 [vgl. aber auch Rn. 121]; in sich widersprüchlich *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO [Fn. 15] § 134 Rn. 24a, die teils auf die alte, teils auf die neue Linie der Rspr. Bezug nehmen).

urteils BGHZ 179, 137 im Fall Phoenix Kapitaldienst<sup>24</sup> von der früheren, zur KO ergangenen Entscheidung BGHZ 113, 98<sup>25</sup> nur überzeugen konnte, wenn die Unentgeltlichkeitsanfechtung auch bei *fehlender* Anwendbarkeit des § 814 BGB eingreift.<sup>26</sup> Mit der Anfechtbarkeit *aller* rechtsgrundlosen Leistungen nach § 134 InsO fügte sich die Rechtsprechung zum Fall Phoenix Kapitaldienst in die allgemeine Linie des BGH zur Unentgeltlichkeitsanfechtung ein, welche im Grundsatz nur auf die objektiven Wertverhältnisse der ausgetauschten Leistungen schaute<sup>27</sup> und dabei eine von den Parteien hergestellte Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung verlangte.<sup>28</sup>

Es ist hier nicht der Raum, die komplette Entwicklung der Rechtsprechung zu § 134 InsO bis hin zum Fall Phoenix Kapitaldienst nachzeichnen zu können. Insofern sei vielmehr auf einen »Gutachterstreit« verwiesen, der die dänischen Prozesse im Fall Phoenix Kapitaldienst betraf und in dessen Zusammenhang nicht nur die beiden gegensätzlichen Positionen – der objektive und subjektive Ansatz<sup>29</sup> – deutlich herausgearbeitet, sondern insbesondere auch die frühere Rechtsprechung des BGH gründlich analysiert worden ist. In jenem Verfahren hat der *Verfasser* den früher u.a. auch von *Kayser* und *Gehrlein* unterstützten, im Urteil BGHZ 214, 350 als »Gegenauffassung«<sup>30</sup> zitierten objektiven Ansatz vertreten und sich dabei auf die frühere Rechtsprechung des BGH gestützt. In seinem umfassenden Rechtsgutachten wurde der *Verfasser* seinerzeit von *Heim* unterstützt, der jene Rechtsprechung zur Konkurs- und Insolvenzordnung in seiner Dissertation zur »Schenkungsanfechtung bei Auszahlungen im verdeckten Schneeballsystem – Eine Untersuchung anhand des Falles der Phoenix Kapitaldienst GmbH« aus dem Jahr 2011 sorgsam aufgearbeitet hat. Sehr ausführlich wird darin begründet, warum die generelle Anfechtbarkeit rechtsgrundloser Leistungen gem. § 134 InsO mit dem (damaligen) Gesamtkonzept der Rechtsprechung zur Unentgeltlichkeitsanfechtung harmoniert.<sup>31</sup> Die Gegenposition hat seinerzeit *von Wilmosky* eingenommen, dessen Ideen im Jahr 2010 mit dem Titel »Schneeballsysteme

24 BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 – »Phoenix Kapitaldienst«.

25 BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98 = ZIP 1991, 35.

26 Dazu unten Ziff. III. 3. b) bei Fn. 170 ff. und eingehend *Heim* (Fn. 2) S. 43 ff. mit Ergebnis S. 97 f. und eigenem Konzept S. 99 ff.

27 Ebenso *Gehrlein*, WM 2019, 1241 und 1243 (»rein objektive ... Beurteilung«). Nachw. zur Rspr. bei *Bork* in: Kübler/Prütting/Bork (KPB) InsO (Stand: März 2022) § 134 Rn. 40; *Schäfer* in: Kummer/Schäfer/Wagner (Fn. 15) Rn. G 28; *Klaabsen* in: KölnKommInsO (Fn. 23) § 134 Rn. 13; dies als Grundsatz (»in erster Linie«) immer noch bestätigend BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 21) – dazu unten bei Fn. 73; ferner BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 208/18, ZIP 2020, 2348 (Rn. 10); BGH v. 10.06.2021 – IX ZR 157/20, ZIP 2021, 1503 (Rn. 9); BGH v. 11.11.2021 – IX ZR 237/20, ZIP 2021, 2655 (Rn. 50) m.w.N.; ferner *Kayser*, ZIP 2019, 293, 297; *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 22.

28 Siehe zum Folgenden schon *Bitter*, WuB 2018, 99 f.; zur erforderlichen Verknüpfung von Leistung und Gegenwert unten Ziff. III. 1. b) bei Fn. 130 ff.

29 Dazu *Ganter*, NZI 2015, 249, 252 ff.; ausführlich *Held* (Fn. 3) S. 17 ff.

30 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 14).

31 *Heim* (Fn. 2) S. 43 ff. zur Rechtsprechung des BGH, ferner S. 99 ff. zu den Voraussetzungen und S. 244 ff. zu den Rechtsfolgen der Schenkungsanfechtung.

der Kapitalanlage: Auszahlungen an Kunden und deren Beurteilung im Insolvenzfall« der Öffentlichkeit vorgestellt wurden.<sup>32</sup>

Wie die Untersuchung von *Heim* deutlich macht, hat die frühere Rechtsprechung grundsätzlich das objektive Verhältnis der ausgetauschten Werte für maßgeblich erklärt;<sup>33</sup> es genügte nicht, wenn die Parteien einer objektiv wertlosen Gegenleistung in ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen einen subjektiven Wert beimessen.<sup>34</sup> Folgerichtig hat der BGH die subjektiven Vorstellungen der Parteien jedenfalls bei objektiv gänzlich fehlendem Gegenwert für unerheblich erklärt.<sup>35</sup> Allein bei *teilweiser* objektiver Unentgeltlichkeit, nämlich bei unausgeglichene Austauschgeschäften, hatte die Rechtsprechung auch die subjektiven Vorstellungen der Parteien berücksichtigt,<sup>36</sup> um insbesondere die privatautonome Preisbestimmung der Parteien zu schützen, aber auch tatsächlichen Unsicherheiten und volkswirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen.<sup>37</sup> Das Kausalgeschäft wurde von Rechtsprechung und h.L. – ausnahmsweise – auch in Höhe der Wertdifferenz als entgeltlich angesehen, wenn die Parteien übereinstimmend in voller Höhe eine entgeltliche Zuwendung wollen (erste Voraussetzung) und sie sich dabei im Rahmen ihres angemessenen Bewertungsspielraums halten (zwei-

32 Siehe zu dessen von der herrschenden Sichtweise deutlich abweichendem Konzept unten Fn. 191.

33 Vgl. BGH v. 28.02.1991 – IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 396 = ZIP 1991, 454 (juris-Rn. 10, 12): »nach dem objektiven Sachverhalt zu beurteilender Gegenwert«; »nicht die subjektiven Vorstellungen ... dürfen entscheidend sein, sondern die objektive Wertrelation ist es«; BGH v. 03.03.2005 – IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 281 = ZIP 2005, 767 unter Ziff. II. 2. b) der Gründe (juris-Rn. 14); BGH v. 05.06.2008 – IX ZR 163/07, ZIP 2008, 1385 (Rn. 12); eingehend *Heim* (Fn. 2) S. 112 ff.; ferner *Held* (Fn. 3) S. 17 ff., die aber selbst a.A. ist (S. 142 ff.; 214 ff.); zusammenfassend *Gehrlein*, WM 2019, 1241; *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 42; *Klaabsen* in: KölnKommInsO (Fn. 23) § 134 Rn. 56; *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 14; *Dauernheim* in: FK-InsO, 9. Aufl. (2018) § 134 Rn. 13; *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 29; *Thole*, KTS 2011, 219, 220.

34 BGH v. 28.02.1991 – IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 396 f. = ZIP 1991, 454 unter Ziff. 2. b) bb) der Gründe (juris-Rn. 12); ferner – wenn auch weniger eindeutig – BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 102 = ZIP 1991, 35, 37 unter Ziff. II. 2. b) der Gründe (juris-Rn. 11 f.); letzteres Urteil für »unklar« haltend *Thole* (Fn. 15) S. 458.

35 Besonders deutlich BGH v. 28.02.1991 – IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 397 = ZIP 1991, 454 unter Ziff. 2. b) bb) der Gründe (juris-Rn. 12); BGH v. 03.03.2005 – IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 281 = ZIP 2005, 767 unter Ziff. II. 2. b) der Gründe = juris-Rn. 14 (»Da es hier schon objektiv an einem Gegenwert fehlt, kommt es auf die subjektiven Vorstellungen nicht an.«); ferner BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 102 = ZIP 1991, 35, 37 unter Ziff. II. 2. b) der Gründe (juris-Rn. 12); eingehend *Heim* (Fn. 2) S. 170 ff.; zusammenfassend auch *Gehrlein*, WM 2019, 1241; *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 42, 45; heute noch für die weitere Befolgung dieser früheren Rechtsprechungs-Linie *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 15 ff.; *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 32a; die frühere Linie unrichtig als (angeblich) noch heute geltende Rspr. zitierend *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 23.

36 Nachw. zur Rspr. bei *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 40, 42; *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17; *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR (Fn. 15) § 134 Rn. 23.

37 Vgl. eingehend *Heim* (Fn. 2) S. 199 ff. und dazu unten Ziff. III. 1. a); ausweitend nun BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 = WM 2016, 2312 für den Kauf eines (angeblich) gänzlich wertlosen Geschäftsanteils [dazu unten Ziff. II. 3. a) und III. 5. c) bei Fn. 254 ff.].

te Voraussetzung).<sup>38</sup> Die Leistung des Schuldners in Erfüllung des insgesamt entgeltlichen Kausalgeschäfts ist dann ebenfalls *insgesamt* entgeltlich und daher überhaupt nicht gem. § 134 InsO anfechtbar.

Jene für Fälle unausgeglichener Austauschgeschäfte entwickelten Grundsätze, in denen ganz ausnahmsweise die subjektiven Vorstellungen der Parteien in den Grenzen des genannten Bewertungsspielraums berücksichtigt wurden, hatte die Rechtsprechung jedoch nicht auf teilweise rechtsgrundlose Leistungen übertragen, bei denen folglich die subjektiven Vorstellungen keine Rolle spielten.<sup>39</sup>

## 2. Das Urteil BGHZ 204, 231 zum qualifizierten Rangrücktritt

Diese Rechtsprechungsgrundsätze, nach denen *jede* rechtsgrundlose Leistung zugleich eine unentgeltliche darstellt, hatte der IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 204, 231<sup>40</sup> zum sog. »qualifizierten Rangrücktritt« herangezogen und sich damit aus einem Dilemma befreit, welches sich im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO ergab:<sup>41</sup>

Nach § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO bleiben Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus wirtschaftlich entsprechenden Rechtshandlungen nur dann im Überschuldungsstatus unberücksichtigt, wenn zwischen Gläubiger und Schuldner gem. § 39 Abs. 2 InsO der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 InsO bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist.<sup>42</sup> Insoweit war problematisch, ob jener Rangrücktritt auch bei Forderungen von Nichtgesellchaftern

38 Heim (Fn. 2) S. 198 mit umfassenden Nachweisen zur (damaligen) Rspr. und h.L. in Fn. 641 und Detailbetrachtung auf S. 204 ff.; s.a. die Nachw. bei Bork in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 40; Thole in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17; Rogge/Leptien in: HambKommInsR (Fn. 15) § 134 Rn. 23; Borries/Hirte in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 30; Kayser/Freudenberg in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 40, 41. Aus der Rspr. z.B. BGH v. 13.03.1978 – VIII ZR 241/76, BGHZ 71, 61, 66 = NJW 1978, 1326 unter Ziff. II. 2. b) bb) der Gründe (juris-Rn. 16): »[D]ie Frage der Entgeltlichkeit [richtet] sich neben der objektiven Gestaltung wesentlich danach ..., inwieweit die Beteiligten – im Rahmen eines angemessenen Bewertungsspielraums – den Gegenwert als Entgelt ansehen, wie sie also Leistung und Gegenleistung bewerten«; BGH v. 01.04.2004 – IX ZR 305/00, ZIP 2004, 957 = WM 2004, 1037 unter Ziff. 3. c) der Gründe (juris-Rn. 39) m.w.N.: »Die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten sind für die Frage der Entgeltlichkeit zusätzlich [neben dem objektiven Wertverhältnis] von Bedeutung, wenn zu beurteilen ist, ob die Gegenleistung den Wert der Leistung des Schuldners erreicht (...). Bei dieser Einschätzung steht den Beteiligten ein Bewertungsspielraum zu.«; Ganter, NZI 2015, 249, 250 ff. sieht die Basis jener Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum – freilich ursprünglich als Korrektur der subjektiven Vorstellungen durch die objektive Betrachtung – in BGH v. 20.10.1971 – VIII ZR 212/69, BGHZ 57, 123 = NJW 1972, 48 = WM 1971, 1435. In jenem Urteil heißt es unter Ziff. IV. 1 der Gründe (juris-Rn. 17): »Nur wenn die wechselseitig zugeteilten Vermögensgegenstände in einem groben Mißverhältnis zueinander stehen und die Ehegatten den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum bei der Auseinandersetzung mißbräuchlich überschritten haben, ist für die Annahme einer insgesamt unentgeltlichen und damit anfechtbaren Zuwendung Raum.«.

39 Heim (Fn. 2) S. 195 ff. mit Zusammenfassung S. 220.

40 BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638.

41 Siehe zum Folgenden schon Bitter/Heim, ZIP 2015, 644 ff.; Bitter in: Scholz, GmbHG, Band III, 12. Aufl. (2021) Vor § 64 Rn. 92 ff.

42 Siehe dazu Bitter in: Scholz (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 92 ff. und Anh. § 64 Rn. 142 m.w.N.

möglich ist, obwohl bei ihnen die vorinsolvenzliche Erfüllung trotz Rangrücktritts keine Insolvenzanfechtung gem. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO auslöst<sup>43</sup> und daher die Vergleichbarkeit der Interessenlage als Voraussetzung einer Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO in Frage gestellt war.<sup>44</sup>

Diese und andere problematische Fragen<sup>45</sup> wurden vom IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 204, 231<sup>46</sup> adressiert und einer überzeugenden Lösung zugeführt:<sup>47</sup> In Übereinstimmung mit einer zuvor schon in der Literatur vertretenen Ansicht<sup>48</sup> geht der BGH davon aus, dass zur Vermeidung der Passivierung neben dem Rangrücktritt für das eröffnete Verfahren (§ 39 Abs. 2 InsO) auch die Vereinbarung einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre erforderlich ist und bezeichnet die Kombination – nicht ganz glücklich<sup>49</sup> – als »qualifizierter Rangrücktritt«.<sup>50</sup> Diesen sieht der BGH als einen verfügbaren Schuldänderungsvertrag an,<sup>51</sup> welcher die gleichwohl vorinsolvenzlich erfolgende Befriedigung zu einer Leistung auf eine Nichtschuld macht, die in der Folge – vorbehaltlich des § 814 BGB<sup>52</sup> – einen Anspruch aus Leistungskondition auslöst.<sup>53</sup> Der BGH interpretierte also die vorinsolvenzliche Sperre im Sinne einer »dilatatorischen Einwendung«, welche die wirksame Erfüllung der Forderung während der andauern-

43 *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Anh. § 64 Rn. 474.

44 Siehe dazu *Bitter* in: Scholz, Band III, 11. Aufl. (2015) Vor § 64 Rn. 69; ferner *Bitter*, ZIP 2015, 345, 347; zur fehlenden Anwendbarkeit des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO bei einem freiwilligen Rangrücktritt *Bitter*, ZIP 2013, 2 ff.; zust. OLG Düsseldorf v. 20.05.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187, 189 f. = WM 2014, 2218 m. Anm. *Bitter*, WuB 2015, 117 (Vorinstanz zu BGHZ 204, 231; dazu sogleich im Text); a.A. speziell bei einem Rangrücktritt von Nichtgesellschaftern i.S.v. § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO *Dittmar*, Der überschuldungsvermeidende Rangrücktritt, 2019, S. 267 f.

45 Siehe dazu *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 94 ff.

46 BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638.

47 Siehe dazu die Urteilsanmerkung von *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644 ff.; ferner *Poelzig*, BB 2015, 979, 980; gänzlich anders *Ekkenga*, ZIP 2018, 1493 ff.; *Dittmar* (Fn. 44) S. 117 ff., 181 ff.

48 *Bitter* in: Scholz (Fn. 44) Vor § 64 Rn. 65 f. mit Nachweisen zum damaligen Streitstand.

49 *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Anh. § 64 Rn. 473.

50 BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, 236 ff. = ZIP 2015, 638, 639 f. (Rn. 15 ff.); dem folgend OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – 12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 438; OLG München v. 18.01.2018 – 23 U 2702/17, GmbHR 2018, 368, 370 (juris-Rn. 37); s.a. *Gehrlein*, ZInsO 2022, 1, 2; eingehend kritisch *Dittmar* (Fn. 44) S. 117 ff. m.w.N. und Alternativkonzept S. 181 ff. (anfechtungs- und haftungsbewahrter Solvenzttest).

51 BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, 244 = ZIP 2015, 638, 642 (Rn. 32); ebenso schon *Fleischer*, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht (1994) S. 346; dazu *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Anh. § 64 Rn. 469, 471 ff.

52 Mit beachtlichen Argumenten für eine Zurückdrängung des § 814 BGB *Berger*, ZInsO 2015, 1938, 1943 f.; für Druckzahlungen auch *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232, 236; gänzlich a.A. *Geißler*, DZWIR 2015, 345, 350 f.: (»§ 814 BGB regelmäßig nicht überwindbar«); *Mock*, NZI 2020, 405, 407 bei Fn. 12 (§ 814 BGB greife meist ein); differenzierend *Dittmar* (Fn. 44) S. 82 f.

53 BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, 242 ff. = ZIP 2015, 638, 641 f. (Rn. 27 ff., 33 f.); dazu auch *Gehrlein*, ZInsO 2022, 1, 2 f.; eingehend *Dittmar* (Fn. 44) S. 28 ff., 44 ff., zu denkbaren Verteidigungsmöglichkeiten des Empfängers S. 78 ff.

den Krise ausschließt und nicht lediglich – wie bei einer *Einrede*<sup>54</sup> – die Durchsetzbarkeit ausschließt.<sup>55</sup> An die Leistung auf eine Nichtschuld knüpfte auf dem Stand der damaligen BGH-Rechtsprechung – für den Insolvenzverwalter viel interessanter und insoweit in der Literatur nicht vorgedacht<sup>56</sup> – die Insolvenzanfechtung wegen »unentgeltlicher Leistung« nach § 134 InsO an.<sup>57</sup> Der IX. Zivilsenat konnte diesbezüglich in BGHZ 204, 231 auf seine oben erwähnte Rechtsprechung im Fall Phoenix Kapitaldienst<sup>58</sup> zurückgreifen, nach der im Rahmen des § 134 InsO die rechtsgrundlose der unentgeltlichen Leistung gleichgestellt wurde<sup>59</sup> und § 814 BGB die Rückforderung nicht hindern sollte.<sup>60</sup> Leistungen trotz eines »qualifizierten Rangrücktritts« waren damit einem konsequenten, zeitlich über § 135 InsO hinausgehenden Anfechtungsregime unterworfen, welches für Gesellschafter und Nichtgesellschafter gleichermaßen gilt.<sup>61</sup> Das von der Vorinstanz OLG Düsseldorf<sup>62</sup> aufgegriffene Problem vorinsolvenzlicher Rückzahlungen an Nichtgesellschafter war damit einer eleganten Lösung zugeführt.<sup>63</sup>

### 3. Der Rechtsprechungswandel in den Jahren 2016 und 2017

Sein – aus Sicht des *Verfassers* überzeugend entwickeltes<sup>64</sup> – Schutzkonzept hat der BGH dann allerdings mit dem Urteil BGHZ 214, 350 vom 20.04.2017 selbst wieder partiell in Frage gestellt, indem er seine Rechtsprechung zur Anwendung des § 134 InsO in Fällen rechtsgrundloser Leistungen – wie eingangs bereits erwähnt – revidiert und damit den »Dreh- und Angelpunkt« der in BGHZ 204, 231 entwickelten Lösung<sup>65</sup> beseitigt hat.<sup>66</sup> Soweit der Empfänger aufgrund der Leistung einem Bereicherungsan-

54 In diesem Sinne noch *Bitter*, WuB 2015, 117, 118 in der Urteilsanmerkung zur Vorinstanz OLG Düsseldorf v. 20.05.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187 = WM 2014, 2218.

55 Näher *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 645 f.; zust. *Mock*, JZ 2015, 525, 527; *Westpfahl/Kresser*, DB 2016, 33, 35 m.w.N. in Fn. 28; s.a. *Berger*, ZInsO 2015, 1938, 1941 ff. (»Nichttilgungsvereinbarung«, »bedingte Einrede«); dies übersehend *Rogge/Leptien* in: *HambKommInsR* (Fn. 15) § 134 Rn. 21.

56 So schon *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 646 bei Fn. 20 und S. 648; *Bitter*, ZHR 181 (2017) 428, 432; von einem »großen Wurf« spricht *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 905.

57 BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, 249 ff. = ZIP 2015, 638, 643 f. (Rn. 46 ff.).

58 S.o. Ziff. II. 1.

59 Deutlich zum Rangrücktritt z.B. *Klaahsen* in: *KölnKommInsO* (Fn. 23) § 134 Rn. 206 (»Rechtsgrundlosigkeit und damit Unentgeltlichkeit der Leistung«).

60 BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 – »Phoenix Kapitaldienst«; dazu und zu den zahlreichen Folgeurteilen des BGH im Fall »Phoenix« s. *Bitter/Heim*, ZIP 2010, 1569 ff.; umfassend die erwähnte Dissertation von *Heim* (Fn. 2).

61 Ebenso *Berger*, ZIP 2016, 1, 2 f.; insoweit übereinstimmend auch *Dittmar* (Fn. 44) S. 44 ff., der jenem Konzept aber kritisch gegenübersteht (S. 117 ff.).

62 OLG Düsseldorf v. 20.05.2014 – 12 U 87/13, ZIP 2015, 187, 189 f. = WM 2014, 2218 m. Anm. *Bitter*, WuB 2015, 115.

63 *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 645 f.

64 *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644 ff.; *Bitter* in: *Scholz* (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 95 ff.

65 So wörtlich *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907, der zusätzlich vom »Auge des Taifuns« spricht.

66 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 m. krit. Anm. *Bitter*, WuB 2018, 97; bestätigend BGH v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283, 316 f. = ZIP 2019, 1577, 1587 f., 1590 (Rn. 86, 88, 111); die Auswirkung dieser Rechtsprechungsänderung

spruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgesetzt ist, soll es nun an einem endgültigen, vom Empfänger nicht auszugleichenden freigiebigen Vermögensverlust und damit an einer unentgeltlichen Leistung i.S.v. § 134 InsO fehlen.<sup>67</sup> Nur noch bei *fehlendem* Bereicherungsanspruch, insbesondere bei Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB, soll zukünftig die Schenkungsanfechtung möglich bleiben.<sup>68</sup>

Ob jener Wandel überzeugend ist, wird später zu diskutieren sein.<sup>69</sup> An dieser Stelle gilt es zunächst einmal nur die jüngere Entwicklung nachzuzeichnen und darzulegen, wie es zu der Neupositionierung der Rechtsprechung kam.

*a) Das BGH-Urteil zum Verkauf eines (angeblich) wertlosen GmbH-Anteils*

Wohl u.a. inspiriert durch einen den subjektiven Ansatz befürwortenden Aufsatz von *Ganter* aus dem Jahr 2015<sup>70</sup> hatte der IX. Zivilsenat des BGH die Vorstellung der Vertragsparteien bei der Beurteilung der Unentgeltlichkeit i.S.v. § 134 InsO in einem am 15.09.2016 entschiedenen Fall stärker herausgestellt. Zugrunde lag ein Sachverhalt, in welchem sich die Parteien eines Unternehmenskaufvertrags nach Erstellung eines Wertgutachtens auf einen Kaufpreis von 175.000 € für einen GmbH-Anteil geeinigt hatten, der nach den Feststellungen der Vorinstanz tatsächlich wertlos gewesen sein soll. Hierzu entschied der BGH – festgehalten im Leitsatz des Urteils:

*»Entrichtet der Schuldner den vereinbarten Kaufpreis für einen nach den tatsächlichen Gegebenheiten objektiv wertlosen GmbH-Geschäftsanteil an den Verkäufer, scheidet eine Anfechtung wegen einer unentgeltlichen Leistung aus, wenn beide Teile nach den objektiven Umständen von einem Austausch-Marktgeschäft ausgegangen und in gutem Glauben von der Werthaltigkeit des Kaufgegenstands überzeugt sind.«<sup>71</sup>*

Es fehle – so der IX. Zivilsenat in den Urteilsgründen – an der Unentgeltlichkeit der Kaufpreiszahlung von 175.000 € selbst dann, wenn der im Gegenzug abgetretene Geschäftsanteil objektiv wertlos war. Eine Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung nach § 134 Abs. 1 InsO scheidet aus, wenn beide Vertragsteile im Rahmen eines vertraglichen Austauschgeschäftes aufgrund eigenverantwortlicher Willensausübung ein ausgewogenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung zugrunde gelegt hätten.<sup>72</sup>

auf Zahlungen trotz Rangrücktritts offenbar übersehend BFH v. 19.08.2020 – XI R 32/18, BFHE 270, 344 = ZIP 2020, 2566, 2567 (Rn. 29); *Gehrlein* in *Gehrlein/Born/Simon, GmbHG*, 4. Aufl. (2019) Vor § 64 Rn. 323 (vgl. aber jetzt auch *Gehrlein, DZWIR* 2022, 232, 236; widersprüchlich *Gehrlein, ZInsO* 2022, 1, 4); *Borries/Hirte* in: *Uhlenbruck* (Fn. 15) § 134 Rn. 49, 125a; *Huber* in: *Graf-Schlicker* (Fn. 23) § 134 Rn. 5; *Dittmar* (Fn. 44) S. 32, 45 ff., 78 ff.

67 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350, 354 = ZIP 2017, 1233, 1235 (Rn. 13).

68 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350, 356 = ZIP 2017, 1233, 1235 (Rn. 16); die Differenzierung bestätigend die in Fn. 10 f. angeführten Urteile.

69 Unten Ziff. III.

70 *Ganter*, NZI 2015, 249 ff.

71 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329; dem folgend *Dauernheim* in: *FK-InsO* (Fn. 33) § 134 Rn. 11; *Rogge/Leptien* in: *HambKommInsR* (Fn. 15) § 134 Rn. 27; kritisch hingegen *Thole* in: *HK-InsO* (Fn. 15) § 134 Rn. 15 ff.; *Borries/Hirte* in: *Uhlenbruck* (Fn. 15) § 134 Rn. 32a.

72 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 18).

Für die Bewertung sei zwar in erster Linie die objektive Wertrelation zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Empfängers ausschlaggebend.<sup>73</sup> Andernfalls könnten nämlich die Beteiligten allein dadurch, dass sie einer für den Schuldner objektiv wertlosen Leistung in ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen einen subjektiven Wert beimessen, den Zweck des Gesetzes vereiteln.<sup>74</sup> In der bisherigen Rechtsprechung des Senats sei aber die Frage offen geblieben, ob ein Irrtum beider Teile über die tatsächlichen Voraussetzungen der Werthaltigkeit einer Gegenleistung die Anwendung des § 134 Abs. 1 InsO ausschließe. Sie sei nunmehr dahin zu beantworten, dass § 134 Abs. 1 InsO jedenfalls nicht einschlägig ist, wenn beide Teile nach den objektiven Umständen der Vertragsanbahnung, der Vorüberlegungen der Parteien und des Vertragsschlusses selbst von einem Austauschgeschäft ausgehen und zudem in gutem Glauben von der Werthaltigkeit der dem Schuldner gewährten Gegenleistung überzeugt sind, die sich erst aufgrund einer nachträglichen Prüfung als wertlos erweist.<sup>75</sup>

Im Rahmen eines vertraglichen Austauschgeschäfts unterliege es aufgrund der Vertragsfreiheit der Entschließung der Beteiligten, die wechselseitig zu erbringenden Leistungen zu konkretisieren. Der von der Rechtsordnung bei der Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung zu beachtende Beurteilungsspielraum werde jedenfalls dann nicht verlassen, sofern beide Parteien subjektiv in gutem Glauben der Überzeugung sind, bei der Bemessung von Leistung und Gegenleistung einen interessengerechten Ausgleich gefunden zu haben. Nachträgliche bessere Erkenntnisse seien nicht geeignet, die von den Parteien in Wahrnehmung ihrer eigenen Belange ohne Willensmangel frei verantwortete Preisgestaltung in Frage zu stellen.<sup>76</sup>

Da der erworbene Geschäftsanteil aufgrund der vorangegangenen Unternehmensbewertung sogar auf 450.000 € taxiert worden und nur deshalb auf 175.000 € ermäßigt worden sei, weil die spätere Insolvenzschuldnerin zu einer höheren Zahlung nicht imstande war, seien die Parteien in freier Willensausübung von einem entgeltlichen, für die Schuldnerin sogar besonders günstigen Geschäft ausgegangen, auch wenn sich der Geschäftsanteil nach dem Inhalt des im Rechtsstreit eingeholten Sachverständigengutachtens tatsächlich als wertlos erweise.<sup>77</sup>

Aufgrund der starken Betonung der subjektiven Vorstellung der Vertragsparteien und der jedenfalls im Leitsatz des Urteils für unerheblich erklärten »tatsächlichen Ge-

73 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 21) mit Hinweis auf die oben in Fn. 33–35 zitierten Urteile BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 102 = ZIP 1991, 35, 37 unter Ziff. II. 2. b) der Gründe (juris-Rn. 11 f.); BGH v. 28.02.1991 – IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 396 = ZIP 1991, 454 unter Ziff. 2. b) der Gründe (juris-Rn. 10, 12); BGH v. 03.03.2005 – IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 280 f. = ZIP 2005, 767 unter Ziff. II. 2. b) der Gründe (juris-Rn. 14); später bestätigend die in Fn. 27 angeführten Entscheidungen.

74 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 21) mit Hinweis auf das ebenfalls schon oben in Fn. 33–35 zitierte Urteil BGH v. 28.02.1991 – IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 396 f. = ZIP 1991, 454 unter Ziff. 2. b) bb) der Gründe (juris-Rn. 12).

75 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 22); bestätigend BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 208/18, ZIP 2020, 2348 (Rn. 10).

76 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 22).

77 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 24).

gebenheiten« einer »objektiv wertlosen« Gegenleistung ist das Urteil überwiegend als eine Hinwendung des IX. Zivilsenats zum subjektiven Ansatz verstanden worden.<sup>78</sup> Ob dem auf der Basis der – mit dem Leitsatz nicht vollständig übereinstimmenden – Urteilsgründe zu folgen ist oder sich das Urteil vom 15.09.2016 nicht richtigerweise noch in die bisherige Linie der Rechtsprechung einfügt, wird später zu besprechen sein.<sup>79</sup> Jedenfalls dürfte das Urteil aber den gut sieben Monate später in BGHZ 214, 350 vollzogenen Wandel in Bezug auf die rechtsgrundlosen Leistungen befördert haben, weil nun auch dort sehr stark die subjektiven Vorstellungen der Parteien in den Vordergrund gerückt werden.

*b) Das Urteil BGHZ 214, 350 zum Bearbeitungsentgelt bei Darlehensverträgen*

Dem Urteil BGHZ 214, 350 lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Insolvenzverwalter eines Darlehensnehmers von der beklagten Bank u.a. gestützt auf § 134 Abs. 1 InsO Bearbeitungsentgelte zurückforderte, welche die Bank bei Auszahlung der Darlehen in Abzug gebracht hatte. Eine solche Berechnung einmaliger, laufzeitunabhängiger Entgelte bei Abschluss des Darlehensvertrags war zur Zeit ihrer Entrichtung branchenweit üblich und von der früheren Rechtsprechung des BGH gedeckt. Nur aufgrund eines nicht überzeugenden Wandels der Rechtsprechung, den der XI. Zivilsenat fehlerhaft auf ein angeblich entgegenstehendes Leitbild des Darlehensvertrags stützte,<sup>80</sup> wurden sie später für unzulässig erklärt.<sup>81</sup> Viele Darlehensnehmer forderten deshalb die zuvor gezahlten Entgelte nach Bereicherungsrecht zurück.

Den Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB lehnte der IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 214, 350 schon deshalb ab, weil die beklagte Bank insoweit mit ihrem Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens aufrechnen konnte.<sup>82</sup> Deutlich ausführlicher befasste sich das Gericht hingegen mit dem parallel geltend gemachten Anfechtungsanspruch aus § 134 InsO. Ihn lehnte der BGH ab, obwohl die Bearbeitungsgebühren ohne Rechtsgrund gezahlt worden seien.<sup>83</sup>

78 Vgl. *Bork*, EWiR 2020, 723, 724; *Jacoby*, EWiR 2017, 403, 404; *Lütcke*, NZI 2017, 673; *Gehrein*, WM 2019, 1241, 1242; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 630; wohl auch *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1593 f.; nur tendenziell *Baumert*, JZ 2017, 940.

79 Unten Ziff. III. 5. c) bei Fn. 259.

80 Zunächst nur für Verbraucherdarlehen BGH v. 13.05.2014 – XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 = ZIP 2014, 1266; BGH v. 13.05.2014 – XI ZR 170/13, ZIP 2014, 1369; w.N. bei *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 2249 in Fn. 1; Übertragung auf Darlehen zwischen Unternehmern in BGH v. 04.07.2017 – XI ZR 562/15, BGHZ 215, 172 = ZIP 2017, 1610; BGH v. 04.07.2017 – XI ZR 233/16, ZIP 2017, 1654.

81 Dazu kritisch u.a. *Bitter*, JZ 2015, 170 ff. m.w.N.; *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203 und 2249 ff.; ferner – nur beispielhaft für die umfassende und deutliche Kritik im Schrifttum – *Casper/Möllers*, BKR 2014, 59 ff.; *Becher/Krepold*, BKR 2014, 45 ff.; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2012, 2349 ff.; *Casper* in: Früh/Grüneberg/Langenbacher/Metz/Mülbert (Hrsg.) Bankrechtstag 2017 (2018) S. 11, 25 ff.; s. insb. zur Übertragung auf Darlehen zwischen Unternehmern *Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243 ff. sowie die weiteren Nachw. bei *Casper*, a.a.O., S. 26 in Fn. 35.

82 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 25 ff.).

83 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 7 ff.).

Auch ohne eine vertragliche Vereinbarung einer Gegenleistung fehle es an einer für die Unentgeltlichkeit erforderlichen kompensationslosen Minderung des schuldnerischen Vermögens, wenn der Empfänger die Leistung des Schuldners auf andere Art und Weise auszugleichen hat. So setze bei einem Vergleich die Frage, ob eine Gegenleistung vorliegt, die der Unentgeltlichkeit der empfangenen Leistung entgegensteht, nur voraus, dass Schuldner und Vertragspartner im Rahmen des Vergleichs einen angemessenen Interessenausgleich finden.<sup>84</sup> Das vergleichsweise Nachgeben eines Teils könne erst dann als unentgeltliche Leistung gewertet werden, wenn der Vergleichsinhalt den Bereich verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft sein kann.<sup>85</sup>

Nach diesen Maßstäben erfülle – so der IX. Zivilsenat – eine Leistung ohne Rechtsgrund nicht stets die Voraussetzungen einer unentgeltlichen Leistung i.S.d. § 134 Abs. 1 InsO. Leiste der Schuldner, weil er sich irrtümlich hierzu verpflichtet hält, stehe ihm hinsichtlich der Leistung ein Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Der Empfänger sei von vornherein diesem Bereicherungsanspruch ausgesetzt. Insofern fehle es bei einer solchen Leistung an einem endgültigen, vom Empfänger nicht auszugleichenden, freigiebigen Vermögensverlust des Schuldners. Daher sei eine Leistung des Schuldners, wenn dieser irrtümlich annimmt, zu einer entgeltlichen Leistung verpflichtet zu sein, nicht nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar.<sup>86</sup>

Wer nämlich irrtümlich auf eine entgeltliche Nichtschuld leiste, erstrebe eine Gegenleistung, an deren Stelle der Rückforderungsanspruch gegen den Empfänger tritt. In solchen Fällen handele es sich regelmäßig nicht um eine freigiebige Handlung des Schuldners. Denn an die Stelle des weggegebenen Vermögensgegenstandes trete der Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB.<sup>87</sup>

Anders sei dies, wenn der Empfänger nicht mit einer Verpflichtung belastet wird, die der Unentgeltlichkeit entgegenstehen kann. Dies sei bei einer rechtsgrundlosen Leistung der Fall, sofern dem Schuldner kein Rückforderungsanspruch zusteht. Daher liege eine unentgeltliche und deshalb anfechtbare Leistung des Schuldners vor, wenn er in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes handelt. Unter diesen Umständen sei eine Rückforderung nach § 814 BGB ausgeschlossen. Der Leistende, der gewusst hat, dass die Verbindlichkeit nicht besteht, erstrebe in Wahrheit nicht den Erfolg der Schuldtilgung, sondern etwas anderes, nämlich schenkungshalber, zur Erfüllung einer Anstandspflicht oder um einer verdeckten Gegenleistung willen zu leisten.<sup>88</sup>

84 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 12) mit Hinweis auf BGH v. 08.03.2012 – IX ZR 51/11, WM 2012, 857 = ZIP 2012, 984 (Rn. 34).

85 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 12) mit Hinweis auf BGH v. 09.11.2006 – IX ZR 285/03, ZIP 2006, 2391 (Rn. 17 f.); 08.03.2012 – IX ZR 51/11, WM 2012, 857 = ZIP 2012, 984 (Rn. 35).

86 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 12) mit Hinweis u.a. auf den äußerst knapp begründeten und insoweit nicht mit der vorangegangenen Rechtsprechung (oben Ziff. II. 1. und 2.) übereinstimmenden Nichtannahmebeschluss des BGH v. 09.10.2014 – IX ZR 294/13, ZInsO 2015, 305 (Rn. 3).

87 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 15).

88 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 16); dazu unten Ziff. III. 5. a) bei Fn. 235 ff.

Die Rechtsprechung im Fall Phoenix Kapitaldienst stehe der jetzigen Einschätzung des Senats nicht entgegen, weil es seinerzeit um die Auszahlung von Scheingewinnen in Kenntnis der Nichtschuld gegangen sei und folglich einem Bereicherungsanspruch § 814 BGB entgegengestanden habe.<sup>89</sup> Ebenso sei es bei der Auszahlung von Provisionen auf Scheingewinne.<sup>90</sup>

Die gleichen Grundsätze hätten auch für die Anfechtung einer Leistung des Schuldners trotz qualifizierter Rangrücktrittsvereinbarung zu gelten. Unentgeltlich sei eine solche Leistung nur dann, wenn der Schuldner in Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes handelt. Dies könne allerdings offenbleiben, sofern die Leistung entweder nach § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB zurückzugewähren oder – bei Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes – nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar wäre. Soweit den früheren Entscheidungen entnommen werden sollte, dass *jede* Leistung ohne Rechtsgrund als unentgeltliche Leistung nach § 134 InsO anfechtbar ist, werde daran nicht festgehalten.<sup>91</sup>

### *III. Kritische Analyse der neuen Rechtsprechungslinie*

Auch wenn der IX. Zivilsenat des BGH ersichtlich darum bemüht ist, die weitgehende Übereinstimmung des Urteils BGHZ 214, 350 mit der bisherigen Rechtsprechung zu begründen, bleibt richtigerweise zu konstatieren, dass er in Wahrheit mit der bisherigen, stark objektiven Linie bricht,<sup>92</sup> soweit nunmehr im Zwei-Personen-Verhältnis das Kriterium der »Freigiebigkeit« in den Mittelpunkt gerückt und damit offenbar auf einen subjektiv eingefärbten Maßstab abgestellt wird, der sich teilweise auch in der Literatur findet.<sup>93</sup> Den mit der früheren Rechtsprechung verbundenen effektiven Gläubigerschutz<sup>94</sup> fährt der BGH damit zurück.

Die oben erwähnte, in Bezug auf den Fall Phoenix Kapitaldienst in monographischer Auseinandersetzung zwischen *Heim* und *von Wilmsowsky* geführte Debatte greift der BGH dabei – wie übrigens auch weitgehend das Schrifttum<sup>95</sup> – mit keinem Wort auf, sondern wertet nur die Aufsatz- und Kommentarliteratur aus. Da folglich auch keine Auseinandersetzung mit den seinerzeit ausgetauschten Argumenten stattfindet, sei nachfolgend die neue Rechtsprechungslinie, welche in der Literatur überwiegend zustimmend aufgenommen wurde,<sup>96</sup> ausführlicher mit Blick auf die bisherige Debatte gewürdigt.

89 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 21).

90 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 22).

91 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 22).

92 So bereits *Bitter*, WuB 2018, 99, 100 mit Hinweis auf *Jacoby*, EWiR 2017, 403, 404; ähnlich *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2295; ferner *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1242: »Abkehr von der strengen bisherigen Rechtsprechung«, der zusätzlich in Bezug auf das BGH-Urt. v. 15.09.2016 [oben Ziff. II. 3. a)] von einem »Kontrast zur früheren Betrachtung« spricht.

93 Besonders deutlich bei *Held* (Fn. 3) S. 142 ff. mit Ergebnis S. 156 f., S. 214 ff. mit Zusammenfassung S. 224 f.

94 *Heim* (Fn. 2) S. 220.

95 Eine rühmliche Ausnahme ist *Klinck*, ZIP 2017, 1589 ff., der die ausgetauschten Argumente jedenfalls partiell würdigt (insb. S. 1593).

96 Vgl. die Nachweise in Fn. 15.

Dabei soll in einem ersten Schritt aufgezeigt werden, inwiefern sich der IX. Zivilsenat mit den in BGHZ 214, 350 entwickelten und seither vielfach bestätigten<sup>97</sup> Grundsätzen zu Unrecht in Übereinstimmung mit seiner früheren und teilweise auch in jüngerer Zeit weiterverfolgten Rechtsprechungslinie sieht (unten 1.). Anschließend wird dargelegt, dass die in BGHZ 214, 350 eingeführte Differenzierung zwischen bestehendem und ausgeschlossenen Bereicherungsanspruch im Rahmen des § 134 InsO aus vielfachen Gründen nicht überzeugen kann, weil sie bereits in jenem Urteil nicht konsequent durchgehalten wird (unten 2.), sie Wertungswidersprüche (unten 3.) und auch im Übrigen unstimmmige Ergebnisse hervorruft (unten 4.), die mit dem Sinn und Zweck des § 134 InsO schwerlich in Einklang zu bringen sind (unten 5.).

### 1. Das Urteil BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO

Was zunächst die Stimmigkeit des Urteils BGHZ 214, 350 im System der anerkannten Grundsätze zur Anfechtung nach § 134 InsO angeht, gilt es zwei Dinge herauszustellen: Erstens übergeht der BGH in der Subsumtion die in der früheren Rechtsprechung mit gutem Grund anerkannten Unterschiede zwischen teilweise unausgeglichenen Rechtsgeschäften und (teilweise) rechtsgrundlosen Leistungen [dazu sogleich unten a)]. Zweitens wird allein bei rechtsgrundlosen Leistungen auf die von den Parteien hergestellte Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenwert verzichtet, was zu Systembrüchen führt [dazu unten b)].

#### a) Anerkennung der subjektiven Vorstellungen der Parteien anhand eines »Bewertungsspielraums« nur bei unausgeglichenen Austauschgeschäften

Die frühere Rechtsprechung bis zum Fall Phoenix Kapitaldienst hatte – wie dargelegt – nur bei partiell unausgeglichenen Austauschgeschäften im Rahmen eines gewissen Beurteilungsspielraums die subjektiven Vorstellungen der Parteien berücksichtigt, nicht aber bei gänzlich fehlender Gegenleistung sowie bei (teilweise) rechtsgrundlosen Leistungen.<sup>98</sup> Mit dieser Linie bricht der IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 214, 350, ohne dies (klar) auszusprechen oder die Änderung der Rechtsprechung zu begründen. Er stellt nämlich u.a. auf die früher für den Abschluss von Vergleichen entwickelte Rechtsprechung ab,<sup>99</sup> um sofort anschließend die rechtsgrundlose Leistung unter jene Maßstäbe zu subsumieren.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Vgl. die zahlreichen Nachweise oben Fn. 10 f.

<sup>98</sup> Dazu oben Ziff. II. 1.

<sup>99</sup> BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 12) mit Hinweis auf BGH v. 09.11.2006 – IX ZR 285/03, ZIP 2006, 2391 (Rn. 17 f.); BGH v. 08.03.2012 – IX ZR 51/11, WM 2012, 857 = ZIP 2012, 984 (Rn. 34 f.).

<sup>100</sup> BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 13): »Nach diesen Maßstäben erfüllt eine Leistung ohne Rechtsgrund nicht stets die Voraussetzungen einer unentgeltlichen Leistung i.S.d. § 134 Abs. 1 InsO. ...«.

Richtigerweise können, wie *Heim* bereits zuvor eingehend dargelegt hatte, die für unausgeglichene Austauschgeschäfte – und dazu kann auch ein Vergleich gehören<sup>101</sup> – entwickelten Grundsätze nicht auf (teilweise) rechtsgrundlose Leistungen übertragen werden.<sup>102</sup> Um dies erkennen zu können, müssen allerdings die Gründe herausgearbeitet werden, die der allein für unausgeglichene Austauschgeschäfte entwickelten Ausnahme zugrunde liegen. Sie finden sich bei *Heim* eingehend analysiert und seien hier in ihrem wesentlichen Kern zusammengefasst:

Soweit die frühere Rechtsprechung und h.L. das Kausalgeschäft – ausnahmsweise – auch in Höhe einer Wertdifferenz zwischen Leistung und Gegenleistung als entgeltlich betrachtet haben, wenn die Parteien übereinstimmend in voller Höhe eine entgeltliche Zuwendung wollen (erste Voraussetzung) und sie sich dabei im Rahmen ihres angemessenen Bewertungsspielraums halten (zweite Voraussetzung),<sup>103</sup> erscheint – wie *Heim* zutreffend ausführt – auf den ersten Blick überraschend, dass die Vorstellungen der Parteien bei teilweise objektiver Unentgeltlichkeit – anders als bei gänzlich fehlendem Gegenwert – nach der Rechtsprechung ausnahmsweise beachtlich sein sollen. Die Berücksichtigung der subjektiven Vorstellungen liegt insoweit jedoch in der Privatautonomie der Parteien, tatsächlichen Unsicherheiten und volkswirtschaftlichen Bedürfnissen begründet. Dazu finden sich bei *Heim* folgende überzeugende Gedanken:<sup>104</sup>

*aa) Gründe für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums bei Austauschgeschäften.* Die Privatautonomie gestattet es jedermann, seine privaten Rechtsverhältnisse nach Belieben zu gestalten. Vor allem steht es einer Person frei, für eine Sache mehr als deren (objektiven) Wert zu zahlen<sup>105</sup> bzw. eine Sache über Wert zu verkaufen: Die Preisgestaltung unterliegt der Disposition der Parteien. Wäre jedes Kausalverhältnis teilweise unentgeltlich i.S.v. § 134 InsO, bei dem der Wert der Leistung des Schuldners bei objektiver Betrachtung über den Wert der Leistung des Empfängers hinausgeht, griffe man in starkem Maße in die Privatautonomie ein, vor allem auch in diejenige des Empfängers.<sup>106</sup> Dieser sähe sich z.B. bei einer Versteigerung, an der der Schuldner als Bieter teilgenommen hat, der Anfechtung gem. § 134 InsO nur deshalb ausgesetzt, weil er seine Sache, für die es mehrere Interessenten gab, an den meistbietenden Schuldner zu einem Preis verkauft hat, der über dem eigentlichen (fundamentalen) Wert der Sache

101 Vgl. *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17; *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR (Fn. 15) § 134 Rn. 24.

102 *Heim* (Fn. 2) S. 199 ff., 217 ff.; siehe zum nicht überzeugenden Hinweis auf den Vergleich auch *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592.

103 S.o. bei Fn. 38.

104 Siehe zum Folgenden *Heim* (Fn. 2) S. 199 ff.

105 Beispiel für Dienstleistungen bei *Bork*, NZI 2018, 1, 3: deutlich übertarifliche Bezahlung eines Arbeitnehmers.

106 *Heim* (Fn. 2) S. 199 f.; ferner *Bork*, NZI 2018, 1, 3; insoweit im Ansatz übereinstimmend und auf die Vertragsfreiheit hinweisend auch BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 23); gegen die insoweit ganz h.M. aber *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1594 f.

lag. Das Prinzip der Marktwirtschaft, wonach Angebot und Nachfrage den Preis bestimmen, würde so in Frage gestellt.<sup>107</sup>

Damit eng verknüpft ist der zweite Grund für die Berücksichtigung der Vorstellungen der Parteien: Es gibt keinen objektiv eindeutigen Marktpreis; vor allem lässt er sich in den meisten Fällen nicht für die Vergangenheit – bis zu vier Jahre (§ 134 InsO) zurück – feststellen.<sup>108</sup> Weil sich Angebot und Nachfrage (ständig) verändern, ändert sich auch der zu erzielende Preis. Damit die Parteien solche Marktentwicklungen berücksichtigen können und das Gericht nicht in jedem Einzelfall (komplexe) Marktentwicklungen nachvollziehen muss, ist den Parteien ein gewisser Bewertungsspielraum einzuräumen. In diesen Grenzen hat der Verkehrsschutz bzw. die Rechtssicherheit Vorrang vor den Interessen der Gläubiger.<sup>109</sup>

Drittens besteht auch ein volkswirtschaftliches Interesse daran, dass jemand vom Schuldner Sachen unter Wert erwerben oder ihm Sachen über Wert verkaufen kann; dabei spielen erneut auch die Prinzipien eine Rolle, nach denen sich in einer Marktwirtschaft Preise bilden. Die – volkswirtschaftlich erwünschte – Aufrechterhaltung des Betriebs des Schuldners kann es erfordern, dass er schnell einen bestimmten Posten bezieht oder abstößt, ersteres zum Beispiel wenn er einen bestimmten Rohstoff für die Produktion benötigt, letzteres zum Beispiel wenn er Liquidität benötigt, um Gläubiger zu befriedigen oder Investitionen zu finanzieren. In solchen Fällen ist die Verhandlungsposition des Schuldners naturgemäß schlecht. Dem Prinzip der Marktwirtschaft ist es immanent, dass sich die schlechte Verhandlungsposition des Schuldners in dem von ihm erzielten bzw. gezahlten Preis widerspiegelt. Dies lässt sich indes nicht berücksichtigen, wenn man allein auf die ausgetauschten objektiven Werte schaut, sondern nur, wenn es einen gewissen Bewertungsspielraum gibt.<sup>110</sup>

Viertens erscheint ein solcher Beurteilungsspielraum aufgrund der Systematik der Anfechtungstatbestände geboten, weil so eine deutliche Abgrenzung des § 134 InsO gegenüber dem allein bei der objektiven Wertdifferenz ansetzenden § 132 InsO erfolgt.<sup>111</sup>

Dass man es andererseits bei einem angemessenen Bewertungsspielraum belässt, anstatt den Parteien bzw. dem Markt völlig »freie Hand« zu lassen, liegt in den gegenläufigen Interessen der Insolvenzmasse (der Gläubiger) begründet: Diese ist daran interessiert, die Leistung des Schuldners zurückzuholen, soweit sie nicht *objektiv* ausgeglichen wurde.<sup>112</sup> Indem man (nur) einen Bewertungsspielraum anerkennt, wird also

107 Heim (Fn. 2) S. 200.

108 Es besteht überdies die Gefahr, dass auf die Vergangenheit bezogene Wertgutachten von den Preisen beeinflusst werden, die zur Zeit der Gutachtenerstattung gelten (vgl. dazu unten bei Fn. 262).

109 Heim (Fn. 2) S. 200.

110 Heim (Fn. 2) S. 200 f.

111 So Heim (Fn. 2) S. 201; ähnlich Schoppmeyer, WM 2018, 353 f.; s.a. Kayser/Freudenberg in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 1; demgegenüber von einem unauflösbaren Konkurrenzverhältnis zu § 132 InsO ausgehend Klinck, ZIP 2017, 1589, 1592.

112 Siehe zur Abwägung zwischen dem (im Grundsatz vorrangigen) Prinzip optimaler Masserealisierung und dem Vertrauensprinzip näher unten Ziff. III. 5. e) bei Fn. 284 f.

ein gerechter Ausgleich zwischen der Privatautonomie und dem Prinzip der Marktwirtschaft einerseits und den Interessen der Insolvenzmasse andererseits geschaffen.<sup>113</sup>

*bb) Fehlende Übertragbarkeit auf teilweise rechtsgrundlose Leistungen.* Wie *Heim* sodann ebenfalls überzeugend herausgearbeitet hat, lassen sich jene von der Rechtsprechung für unausgeglichene Austauschgeschäfte entwickelten Grundsätze schon nicht auf *teilweise* rechtsgrundlose Leistungen übertragen und damit erst recht nicht auf *gänzlich* rechtsgrundlose Leistungen. Die vorgenannten Gründe, die bei objektiv unausgeglichenen Austauschgeschäften für die Berücksichtigung subjektiver Vorstellungen sprechen, sind nämlich bei (teilweise) rechtsgrundlosen Leistungen nicht einschlägig und den Parteien ist insoweit auch kein Beurteilungsspielraum einzuräumen:<sup>114</sup>

Bei (teilweise) rechtsgrundlosen Erfüllungsleistungen gibt es keine privatautonome Übereinkunft der Parteien, die aufgrund von volkswirtschaftlichen Bedürfnissen, tatsächlichen Unwägbarkeiten oder Problemen der marktwirtschaftlichen Preisbildung geschützt werden müssten. Stattdessen liegt in ihnen schlicht eine Leistung ohne zurechenbaren objektiven Gegenwert, die den Interessen der Gläubiger des Leistenden zuwiderläuft.<sup>115</sup> Der Empfänger ist im Verhältnis zu den Gläubigern auch nicht allein deshalb schutzwürdig, weil er sich auf die Erklärung des Schuldners verlässt, dass die Schuld existiert: Der Rechtsverkehr funktioniert nämlich auch ohne einen gesetzlichen Schutz dieses Vertrauens. Es genügt deshalb, dass der redliche Verkehrsteilnehmer auf Rechtsfolgenseite insoweit bessergestellt ist, als seine Haftung auf eine bleibende Bereicherung begrenzt ist (§ 143 Abs. 2 InsO).<sup>116</sup>

Jedenfalls aber besteht kein Bedürfnis für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums bei rechtsgrundlosen Leistungen:<sup>117</sup> Der Wert der Leistung des Schuldners und die tatsächliche Höhe der entgeltlich begründeten Verbindlichkeit stehen grundsätzlich eindeutig fest. Dann aber bedarf es keines Beurteilungsspielraums, damit die Parteien tatsächlichen Unsicherheiten, wirtschaftlichen Notwendigkeiten oder persönlichen Verhältnissen Rechnung tragen können.

*Heim* bildet dazu das Beispiel einer teilweise vermeintlichen Geldschuld: Leiste der Schuldner 101 € auf eine Geldschuld i.H.v. 100 €, könne auch diese minimale Differenz nicht unter Hinweis auf einen Bewertungsspielraum der Parteien hingenommen werden. Es sei nämlich immer unvertretbar, eine Leistung von 101 € auf ein Kausalverhältnis von 100 € zu beziehen. Weil wirtschaftliche Gründe nicht dafür bestehen (können), entfernten sich die Parteien »zu weit« von den objektiven Verhältnissen.<sup>118</sup> Schon sprachlich setze ein Bewertungsspielraum voraus, dass es tatsächliche wirtschaftliche Entwicklungen gibt, die die Parteien zu berücksichtigen haben. Wo solche nicht denkbar sind, scheide er im Interesse der Gläubiger (des Leistenden) aus.<sup>119</sup>

113 So die Quintessenz der Überlegungen von *Heim* (Fn. 2) S. 201 m.w.N.

114 Siehe zum Folgenden *Heim* (Fn. 2) S. 217 ff.

115 *Heim* (Fn. 2) S. 217.

116 *Heim* (Fn. 2) S. 218.

117 Dazu *Heim* (Fn. 2) S. 218 f.

118 *Heim* (Fn. 2) S. 218 f. in Abgrenzung vom Fall des Notverkaufs.

119 *Heim* (Fn. 2) S. 219.

In diesem Zusammenhang grenzt *Heim* die teilweise rechtsgrundlose Leistung mit Recht auch von Fällen eines Vergleichs ab,<sup>120</sup> während in BGHZ 214, 350 – wie dargelegt – die für den Vergleich entwickelten Grundsätze ohne nähere Begründung und ohne Auseinandersetzung mit den bereits zuvor von *Heim* vorgetragenen Argumenten auf rechtsgrundlose Leistungen übertragen werden.<sup>121</sup> Sei – so *Heim* – die Rechtslage (tatsächlich und rechtlich) unsicher und in der Folge auch die konkrete Höhe der Verbindlichkeit, sei in Bezug auf die Rechtslage eine (gemeinsame) Bewertung der Parteien und ein dabei bestehender Spielraum nur anzuerkennen, wenn sie aus Anlass bzw. vor dem Hintergrund der Ungewissheit im Rahmen eines Vergleichs zu einer vertretbaren Verständigung gelangt sind.<sup>122</sup> Eine solche Verständigung sei auf dem Markt üblich und volkswirtschaftlich erstrebenswert. Halten sich die Parteien innerhalb eines gewissen Spielraums, darf nach der überzeugenden Ansicht von *Heim* ihre privatautonome Einigung nicht durch den Rückgriff auf die tatsächliche Rechtslage entwertet werden.<sup>123</sup> All diese Gründe treffen aber – wie *Heim* ebenfalls richtig konstatiert – nicht zu, wenn sich die Parteien schlicht getäuscht haben, ohne die – möglicherweise tatsächlich ungewisse – Rechtslage zu berücksichtigen: Es gibt keine verständige Einigung zwischen den Parteien,<sup>124</sup> die zur Verwirklichung der Privatautonomie oder aufgrund volkswirtschaftlicher Interessen geschützt werden müsste. Daher ist in letzterem Fall den Interessen der Gläubiger der Vorrang einzuräumen.<sup>125</sup>

*b) Fehlende Verknüpfung von Leistung und »Gegenleistung« bei rechtsgrundlosen Leistungen*

Das Urteil BGHZ 214, 350 zu den Bearbeitungsentgelten übersieht aber nicht nur, dass die für die Anerkennung eines Beurteilungsspielraums bei unausgeglichene Austauschgeschäften streitenden Gründe nicht auf (teilweise) rechtsgrundlose Leistungen übertragbar sind. Es bricht vielmehr – worauf der *Verfasser* bereits an anderer Stelle hingewiesen hat<sup>126</sup> – auch mit einem anderen bislang in der Rechtsprechung zu § 134 InsO anerkannten Grundsatz: Die Rechtsprechung hatte zuvor stets eine Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung verlangt,<sup>127</sup> an welcher es bei rechtsgrundlosen Leistungen offensichtlich fehlt. Der Leistende erbringt seine Leistung nämlich

120 *Heim* (Fn. 2) S. 219.

121 Vgl. oben Ziff. II. 3. b) bei Fn. 84 ff.

122 *Heim* (Fn. 2) S. 219; siehe zu Vergleichen und dem dort bestehenden Beurteilungs- und Ermessenspielraum auch BGH v. 08.03.2012 – IX ZR 51/11, WM 2012, 857 = ZIP 2012, 984 (Rn. 34 ff.); *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 54; *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17; *Huber* in: Graf-Schlicker (Fn. 23) § 134 Rn. 20; *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR (Fn. 15) § 134 Rn. 24; *Klaahsen* in: KölnKommInsO (Fn. 23) § 134 Rn. 204; *Ganter*, NZI 2015, 249, 256; *Kayser*, ZIP 2019, 293, 297.

123 *Heim* (Fn. 2) S. 219.

124 Zur fehlenden (wirksamen) vertraglichen Abrede bei rechtsgrundloser Leistung in Abgrenzung zum Vergleich auch *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592.

125 *Heim* (Fn. 2) S. 219.

126 *Bitter*, WuB 2018, 99, 100.

127 Nachweise sogleich in Fn. 130–132.

nicht, weil er im Gegenzug einen Bereicherungsanspruch gem. § 812 BGB erwerben will. Auch dazu sei auf die näheren Überlegungen bei *Heim* verwiesen, die hier nur kurz zusammengefasst werden können:<sup>128</sup>

Die Unentgeltlichkeit bemisst die Rechtsprechung nach der Frage, ob ein Ausgleich für den weggegebenen Vermögenswert in das Vermögen des leistenden Insolvenzschuldners gelangt ist oder jedenfalls nach der Übereinkunft der Parteien gelangen soll.<sup>129</sup> Erforderlich ist dabei, dass die Parteien die Leistung des Schuldners in bestimmter Weise mit einer Wertzuwendung des Empfängers verknüpft bzw. mit einer solchen in ein Abhängigkeitsverhältnis gestellt haben.<sup>130</sup> Dadurch wird der Wert zum *Gegenwert*, weil er der Leistung des Schuldners rechtlich zuordenbar ist.

Die rechtliche Verknüpfung muss nach der Rechtsprechung nicht notwendig synallagmatisch i.S.d. §§ 320 ff. BGB sein;<sup>131</sup> ausreichend ist vielmehr auch eine konditionale, d.h. über eine Bedingung i.S.v. § 158 BGB hergestellte, sowie eine *rechtlich* kausale Verknüpfung.<sup>132</sup> Demgegenüber genügt es nicht, wenn die Leistung des Schuldners

128 *Heim* (Fn. 2) S. 151 ff.; s.a. die in Fn. 124 angeführte Kritik von *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592.

129 Vgl. – mit teilweise leicht abweichender Formulierung – BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 101 f. = ZIP 1991, 35, 37 unter Ziff. II. 2. b) der Gründe (juris-Rn. 11); BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 20) m.w.N.; BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 208/18, ZIP 2020, 2348 (Rn. 9); *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 25; *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 39; *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17; *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 7; *Klaabsen* in: KölnKommlnsO (Fn. 23) § 134 Rn. 56; *Schäfer* in: Kummer/Schäfer/Wagner (Fn. 15) Rn. G 28; *Thole*, KTS 2011, 219, 220; sehr ähnlich wie hier formulierend *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR (Fn. 15) § 134 Rn. 18; *Dauernheim* in: FK-InsO (Fn. 33) § 134 Rn. 9; eingehend *Heim* (Fn. 2) S. 113 ff.

130 Näher *Heim* (Fn. 2) S. 119 ff. m.w.N. in Fn. 341. Hingewiesen wird insb. auf BGH v. 10.05.1978 – VIII ZR 32/77, WM 1978, 671, 474 unter Ziff. B. I. 2.c) und 3. a), b) der Gründe (insoweit in BGHZ 71, 296 und in juris nicht abgedruckt), wo es u.a. heißt: »Entgeltlich ist ein Erwerb nur, wenn er kraft Gesetzes oder kraft rechtsgeschäftlicher Bestimmung rechtlich abhängig ist von einer als Ausgleichung aufgefaßten eigenen Zuwendung in dem Sinne, daß er nur zusammen mit dieser endgültig sein soll.«; gefordert wird zur Verknüpfung zumindest »eine Bedingung oder eine Zweckbestimmung«; ferner BGH v. 07.06.2001 – IX ZR 195/00, ZIP 2001, 1248 unter Ziff. II. 3. a) der Gründe (juris-Rn. 15), wo der BGH die Unentgeltlichkeit daraus herleitet, dass die Beteiligten die Leistung nicht in eine rechtliche Beziehung zu einem Gegenwert gesetzt haben; zum Erfordernis einer Verknüpfung von Leistung und Gegenwert auch *Thole* (Fn. 15) S. 450 f.; *Held* (Fn. 3) S. 328 ff. mit Ergebnis S. 350; *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 18 und insb. Rn. 19 ff.; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592; *Dauernheim* in: FK-InsO (Fn. 33) § 134 Rn. 11.

131 So ausdrücklich BGH v. 07.09.2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863 (Rn. 13 für einen Treuhandvertrag); BGH v. 19.07.2018 – IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 (Rn. 38); BGH v. 29.04.2021 – IX ZR 266/17, ZIP 2021, 1347 (Rn. 14 für einen Darlehensvertrag); s.a. *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17a, 22; *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 19; *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 37 m.w.N.; *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 7; *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR (Fn. 15) § 134 Rn. 18, 23; *Thole* (Fn. 15) S. 450; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1591; *Bork*, NZI 2018, 1, 3; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2280, 2283; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629.

132 BGH v. 19.07.2018 – IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 (Rn. 38); *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17a, 18; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629 f. und 634; *Thole* (Fn. 15) S. 450 f.; eingehend *Heim* (Fn. 2) S. 121 ff.; *Held* (Fn. 3) S. 328 ff. mit Ergebnis S. 350; in diesem Sinne wohl auch *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 37.

schlicht ursächlich dafür war, dass ein Wert tatsächlich in sein Vermögen gelangt (natürliche/reine Ursächlichkeit).<sup>133</sup>

Ein Bereicherungsanspruch ist in diesem Sinne kein beachtlicher Gegenwert, weil er nicht auf die erforderliche Weise mit der rechtsgrundlosen Leistung des Schuldners *rechtlich* verknüpft ist. Es besteht nämlich – wie *Heim* überzeugend dargelegt hat<sup>134</sup> – keine synallagmatische, konditionale oder rechtlich kausale Verknüpfung; der Bereicherungsanspruch ist der Leistung des Schuldners mangels entsprechender Parteivereinbarung nicht als Entgelt zuordenbar.<sup>135</sup> Die Parteien sind nämlich nicht (nachträglich) dahin übereingekommen, dass der Schuldner für seine Leistung einen Bereicherungsanspruch erhalten soll. Nur der im (unwirksamen) Kausalverhältnis vermeintlich vereinbarte Gegenwert war als Entgelt vorgesehen, nicht aber der Bereicherungsanspruch. Ihn haben die Parteien in keiner Weise als Zielsetzung zur Grundlage der Leistung gemacht bzw. als Gegenwert für die Leistung des Schuldners vorausgesetzt.<sup>136</sup>

Indem der IX. Zivilsenat in BGHZ 214, 350 nun die Existenz bzw. Nichtexistenz jenes Bereicherungsanspruchs für maßgeblich erklärt, bricht er – erneut ohne dies kenntlich zu machen – mit jener bisherigen Linie der Rechtsprechung. Dadurch kommt es notwendig zu Friktionen mit der Entscheidungspraxis in anderen Fällen, in denen es ebenfalls an einer ausreichenden Verknüpfung zwischen »Leistung« und »Gegenleistung« fehlt.<sup>137</sup>

Nur gut ein Jahr nach BGHZ 214, 350 hat denn auch der IX. Zivilsenat in einem am 19.07.2018 entschiedenen Fall, in dem es um die Erlangung von Fördergeldern als Gegenleistung für eine Nutzungsüberlassung ging, das Erfordernis einer rechtlichen Verknüpfung wieder deutlich betont und sich dabei nun ausgerechnet auf *Heim* bezogen, der für den Bereicherungsanspruch mit Recht das Fehlen jener Verknüpfung herausgestellt hatte. Im Urteil vom 19.07.2018 heißt es dazu wörtlich:

*»[37] ... Soll im Zwei-Personen-Verhältnis die ... an den Schuldner zu erbringende Leistung der Unentgeltlichkeit entgegenstehen, muss es sich um eine Leistung handeln, die dem Schuldner gerade für die von ihm erbrachte Leistung zugeflossen oder versprochen ist. Insoweit ist eine rechtliche Zuordnung und eine entsprechende rechtliche Verknüpfung erforderlich (vgl. Heim, Schenkungsanfechtung bei Auszahlungen im verdeckten Schneeballsystem, 2011, S. 113).*

133 Näher *Heim* (Fn. 2) S. 124 ff.; ferner *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 630 (nur bei einer Vereinbarung der Parteien); *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17a (nur bei »rechtlich verknüpfte[n]« Interessen und Vorteilen); undeutlich insoweit *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR (Fn. 15) § 134 Rn. 18; *Bork*, NZI 2018, 1, 3 bei Fn. 30 und *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1591 bei Fn. 30.

134 *Heim* (Fn. 2) S. 151 ff.

135 A.A. offenbar *Becker*, DZWIR 2018, 201, 204, der es genügen lassen will, dass der Bereicherungsanspruch aus der unberechtigten Leistung »erwächst«.

136 So *Heim* (Fn. 2) S. 152 mit Hinweis auf die bei *Thole* (Fn. 15) S. 451 formulierten Anforderungen an die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.

137 So *Bitter*, WuB 2018, 99, 100.

[38] Unentgeltlichkeit im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO setzt nicht voraus, dass eine Schenkung vorliegt; ebensowenig ist eine besondere Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung erforderlich (...). Unentgeltlichkeit scheidet jedoch aus, wenn dem Verfügenden ein entsprechender Gegenwert vereinbarungsgemäß zufließen soll. Es muss sich dabei nicht um eine Gegenleistung im Sinne der §§ 320 ff. BGB handeln (...). Es genügen insbesondere konditionale oder kausale Verknüpfungen (...). Eine konditionale Verknüpfung liegt regelmäßig vor, wenn entweder die Leistungsverpflichtung des Schuldners von einem Bewirken einer entsprechenden Gegenleistung oder die dem Schuldner versprochene Gegenleistung von einem Bewirken der Leistung des Schuldners abhängt (vgl. Heim, aaO S. 121 f.). Eine rechtlich kausale Verknüpfung erfordert, dass eine rechtsgeschäftliche Zweckvereinbarung oder Geschäftsgrundlage zwischen der Zuwendung des Schuldners und der Gegenleistung besteht (vgl. Heim, aaO S. 123 f.). Dies gilt im Zwei-Personen-Verhältnis auch für die von einem Dritten zu erbringenden Gegenleistungen.<sup>138</sup>

Warum der IX. Zivilsenat in diesem Fall aus dem Jahr 2018 zutreffend auf die bisherige Entscheidungspraxis Bezug nimmt und demgemäß die erforderliche Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenwert prüft, er diese Voraussetzung demgegenüber nur ein Jahr früher in BGHZ 214, 350 überhaupt nicht benennt und demgemäß einen Bereicherungsanspruch trotz fehlender Verknüpfung als Gegenwert anerkennt, bleibt unerfindlich. Eine überzeugende Rechtsfindung für die Zukunft ist auf einem derart brüchigen Fundament sicher nicht möglich. Vielmehr droht auch in anderen Fällen eine widersprüchliche Entscheidungspraxis, wenn Tatbestandsvoraussetzungen – hier die Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenwert – im einen Fall geprüft und bejaht werden, im anderen Fall hingegen ohne Begründung ungeprüft bleiben.

Heim war demgegenüber um Systemgerechtigkeit und Widerspruchsfreiheit bemüht und hatte deshalb auch mit Recht betont, der Bereicherungsanspruch müsse mit anderen Ausgleichsansprüchen gleichbehandelt werden. Tilge etwa der Insolvensschuldner eine fremde Schuld und sei fraglich, ob darin eine unentgeltliche Leistung gegenüber demjenigen liegt, dessen Schuld getilgt wurde, sei der zugunsten des Leistenden vom Gesetz vorgesehene Ausgleichsanspruch kein Gegenwert i.S.v. § 134 InsO.<sup>139</sup> Warum für den ebenfalls gesetzlich entstehenden Bereicherungsanspruch etwas anderes gelten sollte, sei nicht ersichtlich.<sup>140</sup>

### c) Zwischenergebnis

Mit der in BGHZ 214, 350 erstmals eingeführten und seitdem vielfach bestätigten<sup>141</sup> Differenzierung, nach der rechtsgrundlose Leistungen nur noch dann der Anfechtung gem. § 134 InsO unterliegen sollen, wenn zugunsten des Leistenden *kein* Bereicherungsanspruch entsteht, insbesondere bei bewusster Leistung in Kenntnis der Nichtschuld (§ 814

138 BGH v. 19.07.2018 – IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 (Rn. 37 f.).

139 Heim (Fn. 2) S. 154 mit umfassenden Nachweisen in Fn. 469; vgl. nur Kayser/Freudenberg in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 31a m.w.N.

140 Heim (Fn. 2) S. 154.

141 Siehe die Nachweise oben Fn. 10 f.

BGB), weicht der IX. Zivilsenat in doppelter Weise von der früheren Rechtsprechung ab, ohne dies hinreichend deutlich zu machen und zu begründen:

Die subjektiven Vorstellungen der Parteien wurden zuvor nur ganz ausnahmsweise bei teilweise unentgeltlichen Leistungen im Rahmen von unausgeglichenen Austauschgeschäften berücksichtigt, um die Privatautonomie der Parteien zu sichern sowie tatsächlichen Unsicherheiten und volkswirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Diese Gründe sind auf (teilweise) rechtsgrundlose Leistungen nicht übertragbar.

Stets hatte die Rechtsprechung eine Verknüpfung zwischen der Leistung des Schuldners und dem vom Empfänger geleisteten Gegenwert verlangt, an der es bei rechtsgrundlosen Leistungen offensichtlich fehlt.

In beiderlei Hinsicht ist das früher konsistente System der Rechtsprechung durch BGHZ 214, 350 brüchig geworden, wodurch eine systematische Rechtsanwendung in der Zukunft erschwert wird.

## 2. Inkonsistenz in Bezug auf unwirksame Schenkungen

Wie bereits an anderer Stelle dargelegt,<sup>142</sup> spricht für die frühere, bis zum Fall Phoenix Kapitaldienst verfolgte und in BGHZ 214, 350 aufgegebene Linie des BGH insbesondere auch ein wertungsmäßiger Vergleich zum Paradefall des § 134 InsO, der Schenkung i.S.v. § 516 BGB: Dem Beschenkten steht mit dem – formwirksam begründeten – Anspruch auf den empfangenen Gegenstand ein Behaltensgrund zur Seite, sodass er *keinem* materiellen Rückforderungsanspruch des Schenkers ausgesetzt ist. Wenn er gleichwohl den Gegenstand gem. § 134 InsO zurückzugewähren hat, dann muss *erst recht* der sog. Schenkungsanfechtung unterliegen, wer einen Gegenstand *ohne* objektive Gegenleistung erhalten hat und mangels wirksamen Anspruchs bzw. Behaltensgrundes (zusätzlich) auch materiell-rechtlich die Rückgabe schuldet. Es kann nämlich nicht anfechtungsrechtlich besser behandelt werden, wer nach materiellem Recht *schlechter* steht.<sup>143</sup> Die neue Linie des BGH kann in Schenkungsfällen ein geradezu groteskes Prozessverhalten der Beschenkten heraufbeschwören: Diese werden sich nach Möglichkeit auf eine *Unwirksamkeit* der Schenkung zu berufen versuchen, weil sie dann *keinen* Behaltensgrund haben, folglich einem Bereicherungsanspruch gem. § 812 BGB ausgesetzt sind und sie hierdurch die Rechtsfolge des § 134 InsO nach dem Grundkonzept des BGH eigentlich vermeiden können müssten.<sup>144</sup> Dass der Empfänger im Rahmen des § 134 InsO bei nichtiger Schenkung besser steht als bei einem formwirksamen Schenkungsversprechen, ist jedoch wertungsmäßig kaum erträglich.<sup>145</sup>

142 Bitter, WuB 2018, 99, 100.

143 Vgl. auch dazu eingehend Heim (Fn. 2) S. 157 ff.

144 So Bitter, WuB 2018, 99, 100.

145 Heim (Fn. 2) S. 164; Bitter, WuB 2018, 99, 100; insoweit übereinstimmend auch Becker, DZWIR 2018, 201, 206.

a) *Fehlende Begründung des BGH für eine Anwendung des § 134 InsO auf unwirksame Schenkungen*

Nun will der IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 214, 350 jenes unerträgliche Ergebnis vermeiden, indem er darauf hinweist, die Unentgeltlichkeit sei nach dem Grundgeschäft zu beurteilen.<sup>146</sup> Daher sei die Leistung auf ein unwirksames Schenkungsversprechen unentgeltlich.<sup>147</sup>

Doch kann diese Überlegung nun ihrerseits gar nicht überzeugen, sodass auch der Wertungswiderspruch zwischen wirksamer und unwirksamer Schenkung nicht beseitigt wird: Zum einen ist nicht erkennbar, wie der IX. Zivilsenat bei einem unwirksamen Schenkungsversprechen auf das Grundgeschäft abstellen will, das ja gerade nichtig ist.<sup>148</sup> Die Folge der Nichtigkeit von Rechtsgeschäften ist bekanntlich, dass die Willenserklärungen der Parteien keinerlei Wirkung zeitigen. Besonders deutlich wird dies, wenn ein Geschäftsunfähiger der Partner des Schenkungsvertrags ist. Dann kann doch nicht ernsthaft zulasten jenes Geschäftsunfähigen seine *nichtige* Willenserklärung gleichwohl im Rahmen eines kausal der Leistung zugrunde liegenden »Grundgeschäfts« zur Begründung der Unentgeltlichkeit herangezogen werden.

Die Rechtsanwendung des BGH ist aber auch noch aus einem weiteren Grund inkonsistent: Auch bei einem unwirksamen Schenkungsvertrag entsteht nämlich ein Bereicherungsanspruch gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB und es ist nicht ersichtlich, warum jener Bereicherungsanspruch nun allein bei unwirksamen Schenkungsverträgen nicht als »Gegenwert« in Betracht kommen soll, während dies bei allen sonstigen unwirksamen Kausalverhältnissen (angeblich) der Fall sein soll. Auch bei der unwirksamen Schenkung tritt ja – im Sinne des Urteils BGHZ 214, 350 – »an die Stelle des weggegebenen Vermögensgegenstands ... der Bereicherungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB«, <sup>149</sup>weshalb es im Hinblick auf jenen »Rückforderungsanspruch« am »endgültigen Verlust des Vermögensgegenstandes ohne ausgleichende Gegenleistung des Empfängers« <sup>150</sup> fehlen müsste.

Das unerträgliche Ergebnis einer fehlenden Anfechtbarkeit unwirksamer Schenkungen kann der BGH also nur um den Preis einer in sich inkonsistenten Rechtsanwendung vermeiden. Wird aber das eigene Grundkonzept einer Differenzierung zwischen bestehendem und nicht bestehendem Bereicherungsanspruch allein in Bezug auf die Schenkung durchbrochen und nur hier der bestehende Bereicherungsanspruch als Gegenwert außen vor gelassen, zeigt dies im Grunde überdeutlich, dass eben das ganze Grundkonzept auf Sand gebaut ist.

146 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 15) mit Hinweis auf BGH v. 13.02.2014 – IX ZR 133/13, WM 2014, 516 = ZIP 2014, 528 (Rn. 15) m.w.N.

147 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 15); zust. *Becker*, DZWIR 2018, 201, 206.

148 A.A. *Becker*, DZWIR 2018, 201, 206: Der scheiternde Rechtsgrund habe »noch genügend Kraft«, um die Leistung anfechtungsrechtlich als unentgeltlich zu qualifizieren.

149 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 15).

150 So BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 14).

*b) Bedürfnis für eine Rückforderung nach § 134 InsO neben § 812 BGB wegen der Unterschiede zwischen Anfechtungs- und Bereicherungsrecht*

Nun wird allerdings von manchen Autoren, die entgegen dem BGH auch beim unwirksamen Schenkungsversprechen – insoweit konsequent – auf den Bereicherungsanspruch als Gegenwert abstellen und deshalb die Anfechtung nach § 134 InsO versagen, gegenüber der hiesigen Wertentscheidung eingewendet, diese kehre sich bei genauerem Hinsehen um: Gerade weil der Empfänger nach materiellem Recht schlechter steht, wenn das Schenkungsversprechen unwirksam ist, habe das Insolvenzanfechtungsrecht keinen Anlass, korrigierend einzugreifen.<sup>151</sup>

Doch kann jene Argumentation, die letztlich auf eine angebliche Gleichwertigkeit der Schutzsysteme (Bereicherungsrecht einerseits, Insolvenzanfechtungsrecht andererseits) verweist,<sup>152</sup> in keinem Fall überzeugen. Der Bereicherungsanspruch bleibt nämlich – wie die Rechtsprechung zeigt – in mehrfacher Hinsicht hinter dem Anspruch aus § 134 InsO zurück und stellt deshalb kein äquivalentes Instrument des Gläubigerschutzes dar.<sup>153</sup> Einerseits wird der Empfänger einer rechtsgrundlosen Leistung hinsichtlich der Fristen im Vergleich zu einem der Insolvenzanfechtung ausgesetzten Empfänger deutlich privilegiert.<sup>154</sup> Nur beispielhaft sei insoweit auf die jüngeren Urteile zur Ausschüttung von Scheingewinnen verwiesen, in denen der BGH eine Insolvenzanfechtung gem. § 134 InsO für möglich, den Bereicherungsanspruch hingegen für verjährt hält.<sup>155</sup>

Insbesondere aber zeigt bereits der Fall BGHZ 214, 350 selbst, dass der aus dem einfachen materiellen Recht folgende Bereicherungsanspruch schon deshalb in der Insolvenz weniger wert ist als die Anfechtung nach § 134 InsO, weil ihm sämtliche materiellen Einwendungen entgegengehalten werden können, insbesondere die Aufrechnung mit einer gewöhnlichen Insolvenzforderung.<sup>156</sup>

Auch dazu findet sich das Nötige bereits bei *Heim* ausgeführt, der die Folgen der zwischenzeitlich vom BGH vertretenen Position bereits zuvor nicht nur allgemein,

151 So *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1593 mit Hinweis auf *v. Wilimowsky* (Fn. 2) S. 40 f. (Rn. 124).

152 Tendenziell in diesem Sinne BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 22), wo im Hinblick auf den qualifizierten Rangrücktritt (dazu BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638) die Frage der Unentgeltlichkeit offengelassen wird, »sofern die Leistung entweder nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB zurück zu gewähren oder – bei Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes – nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar wäre«.

153 Darauf hinweisend schon *Bitter*, WuB 2018, 99, 100.

154 Näher *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 635.

155 BGH v. 22.07.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 10 ff. zu § 134 InsO, Rn. 39 zur Verjährung des Bereicherungsanspruchs); BGH v. 07.04.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 8 ff. zu § 134 InsO, Rn. 26 ff. zur Verjährung des Bereicherungsanspruchs); BGH v. 07.04.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 10 ff. zu § 134 InsO, Rn. 27 f. zur Verjährung des Bereicherungsanspruchs).

156 Dazu BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 25 ff.); vgl. bereits oben bei Fn. 82; ebenso zuvor schon BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 – »Phoenix Kapitaldienst«.

sondern auch anhand einer Beispielsrechnung plastisch gemacht hat:<sup>157</sup> Sei der Schuldner zur Zahlung von zweimal 1.000 € verpflichtet, erstens aus einem formwirksamen Schenkungsversprechen und zweitens aus einem Kaufvertrag und leiste er sechs Monate vor dem Eröffnungsantrag 1.000 € auf das Schenkungsversprechen, müsse der Empfänger die 1.000 € aus § 134 InsO zurückerstatten und könne dagegen nicht mit seinem Kaufpreisanspruch aufrechnen. Ganz anders stelle sich die Rechtslage hingegen bei einem formunwirksamen Schenkungsversprechen dar, wenn man den Bereicherungsanspruch als »Gegenwert« berücksichtigt und deshalb die Anfechtung gem. § 134 InsO ausschließt. Dann nämlich könne der Empfänger der 1.000 € gegen den (angeblich allein bestehenden) Bereicherungsanspruch mit seinem Kaufpreisanspruch aufrechnen, sodass ihm im Ergebnis die gezahlten 1.000 € verbleiben. Der Empfänger stünde also bei der unwirksamen Schenkung deutlich besser als bei der wirksamen und das kann – wie dargelegt – wertungsmäßig gar nicht überzeugen.

### *3. Wertungswidersprüche bei inverser Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO*

Noch größere Zweifel ergeben sich allerdings, wenn man das praktische Ergebnis der jüngeren Rechtsprechung viel allgemeiner im Hinblick auf die Frage untersucht, ob der Ausschluss der Anfechtung nach § 134 InsO bei vorhandenem Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB überzeugen kann. Dadurch kommt es zu einer nachfolgend als »invers« bezeichneten Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO: Beide Ansprüche schließen sich nach dem Konzept des IX. Zivilsenats gleichsam notwendig aus: Besteht ein Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB, soll § 134 InsO ausscheiden; ist der Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB nach §§ 814, 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen, soll umgekehrt § 134 InsO begründet sein.<sup>158</sup>

#### *a) Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang*

Durch diese inverse, sich gegenseitig ausschließende Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO wird das Insolvenzanfechtungsrecht vom Bereicherungsrecht abgekoppelt.<sup>159</sup> Damit wird gerade derjenige Empfänger einer rechtsgrundlosen Leistung einer vier Jahre zurückgreifenden Insolvenzanfechtung gem. § 134 InsO ausgesetzt, welcher zivilrechtlich gem. §§ 814, 817 BGB nicht zur Rückzahlung verpflichtet ist, während umgekehrt derjenige Empfänger keine Schenkungsanfechtung befürchten muss, der zivilrechtlich gem. § 812 BGB auf Rückgewähr haftet.<sup>160</sup> Dass die den Empfänger

<sup>157</sup> Heim (Fn. 2) S. 159 ff. mit Beispielsrechnung S. 163 ff.

<sup>158</sup> Vgl. in Bezug auf § 814 BGB grundlegend BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 16); ferner die Nachweise oben in Fn. 10 f.; in Bezug auf § 817 Satz 2 BGB erstmals wohl BGH v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 66 und 95); ferner die weiteren Nachweise oben in Fn. 13.

<sup>159</sup> Völlig anders Thole in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 14, der unverständlich von einem »Gleichlauf mit dem Bereicherungsrecht« spricht.

<sup>160</sup> Bitter, WuB 2018, 99; ähnlich Neuberger, ZInsO 2020, 629, 634: Eine Vermögensübertragung, die bereits nach dem »Gesamturteil der Rechtsordnung« als nicht schützenswert anerkannt wird und deshalb nicht von Dauer sein soll, könne nicht vom Anwendungsbereich des § 134 InsO ausgenommen werden.

im Einzelfall von der Rückforderung befreienden §§ 814, 817 BGB nun über § 134 InsO gleichsam zum »insolvenzanfechtungsrechtlichen Bumerang« werden und auf diese Weise Zivil- und Insolvenzanfechtungsrecht deutlich auseinanderlaufen, kann wertungsmäßig nicht überzeugen.<sup>161</sup> Und umgekehrt ist nicht ersichtlich, warum eine Leistung, die nach § 812 BGB gerade *nicht* endgültig sein soll, nun im Rahmen des § 134 InsO als anfechtungsfest privilegiert wird.<sup>162</sup> Schließlich geht es doch im Bereicherungs- und Anfechtungsrecht – mit Unterschieden im Detail – jeweils darum, welche Vermögensverschiebungen, die zulasten der späteren Insolvenzmasse erfolgt sind, wieder korrigiert werden können.<sup>163</sup>

Der Wertungswiderspruch wird noch deutlicher, wenn man sich einmal genauer die im Bereicherungsrecht entwickelten Wertungen anschaut und dann die Frage stellt, ob es tatsächlich gerechtfertigt sein kann, jene bereicherungsrechtlichen Wertungen im Rahmen des § 134 InsO jeweils notwendig umzukehren, weil angeblich jene Norm invers zu § 812 BGB anzuwenden ist.

*b) Wertungswidersprüche bei inverser Anwendung des § 814 BGB*

So ist weitgehend anerkannt, dass § 814 BGB Ausfluss der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens ist.<sup>164</sup> Dann aber erscheint es doch merkwürdig, dass aufgrund der inversen Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO gerade bei widersprüchlichem Verhalten und damit eingreifendem Einwand aus § 814 BGB die Rückforderung zugunsten der Insolvenzmasse gem. § 134 InsO möglich sein soll. Hierdurch würde das widersprüchliche Verhalten im Rahmen des § 134 InsO geradezu privilegiert.

Umgekehrt wird die Rückforderung nach Bereicherungsrecht trotz Kenntnis von der Nichtschuld ausnahmsweise nicht nach § 814 BGB ausgeschlossen, wenn der Empfänger nicht darauf vertrauen konnte, die Leistung behalten zu können, insbesondere bei Hingabe im Rahmen eines Darlehens oder eines Treuhandverhältnisses.<sup>165</sup> Das insoweit im Bereicherungsrecht als Argument *für* einen Rückforderungsanspruch angeführte *fehlende* Vertrauen des Empfängers, die Gelder behalten zu dürfen,<sup>166</sup> wird nach dem neuen BGH-Konzept der inversen Anwendung von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht über § 134 InsO zum Argument, im Anfechtungsrecht gerade *nicht* zur Rückerstattung verpflichtet zu sein, weil bei vorhandenem Bereicherungsanspruch § 134 InsO ausgeschlossen sein soll. Damit wird der Sinn und Zweck des § 134 InsO konterkariert, der darin besteht, das Interesse der Insolvenzmasse auf Rückerhalt der

161 In diesem Sinne schon *Bitter*, WuB 2018, 99.

162 Zutreffend *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 635 und 645.

163 Ähnlich die bei *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 641 zur Anfechtung bei Drei-Personen-Verhältnissen entwickelten, aber darüber hinaus anwendbaren Gedanken.

164 Dazu allgemein *Schwab* in: MünchKommBGB, Band 7, 8. Aufl. (2020) § 814 Rn. 2 mit umfassenden Nachweisen; im hiesigen Zusammenhang BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 105 f. = ZIP 1991, 35, 38 unter Ziff. II. 3. b) der Gründe (juris-Rn. 21; Zitat sogleich bei Fn. 172); *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2295; *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232 und 233.

165 BGH v. 07.09.2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863 (Rn. 20).

166 Siehe dazu *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232, 233 f. mit Hinweis auch auf weitere Konstellationen *fehlender* Schutzwürdigkeit des Empfängers.

unentgeltlichen Leistung gegen den Vertrauensschutz des Empfängers abzuwägen.<sup>167</sup> Ganz allgemein wird damit der die Anfechtung eigentlich *begrenzende* Vertrauensschutz des Empfängers über die inverse Anwendung von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht gerade zum Argument *für* die Begründung des § 134 InsO und umgekehrt.

Wie absurd die dabei erzielten Ergebnisse sind, lässt sich deutlich auch anhand einer weiteren anerkannten Ausnahme von § 814 BGB erkennen: Die Norm soll nur für freiwillige Leistungen gelten; zahlt ein Schuldner hingegen unter Druck oder Zwang, so steht die Kenntnis der Nichtschuld einer Kondition nicht entgegen.<sup>168</sup> Aufgrund der inversen Anwendung von § 134 InsO und § 812 BGB wird der unter Druck oder Zwang gesetzte Schuldner nun allein im Bereicherungsrecht mit einer Rückforderungsmöglichkeit bedacht, während der Empfänger im Rahmen des § 134 InsO für seine Ausübung von Druck oder Zwang damit belohnt wird, dass eine Anfechtung gem. § 134 InsO gegen ihn ausgeschlossen sein soll.<sup>169</sup>

Besonders interessant ist insoweit zu konstatieren, dass der IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 113, 98<sup>170</sup> unter Geltung der KO den jetzt von ihm produzierten offenkundigen Wertungswiderspruch selbst noch erkannt und gerade deshalb die Unentgeltlichkeitsanfechtung bei Eingreifen des § 814 BGB mit dem Argument *ausgeschlossen* hatte, der Empfänger dürfe in diesem Fall nicht schlechter stehen als im hypothetischen Vergleichsfall einer fehlenden Kenntnis der Nichtschuld.<sup>171</sup> Wörtlich heißt es dazu:

»Diese Norm [§ 814 BGB] beruht auf dem Gedanken der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens (...). Sie will den Leistenden benachteiligen, während der Empfänger darauf vertrauen darf, daß er eine Leistung, die bewußt zur Erfüllung einer nicht bestehenden Verbindlichkeit erbracht worden ist, behalten darf (...). Im Streitfall wirkte sich § 814 BGB entgegen seinem Normzweck zum Nachteil des Empfängers aus. Dies ist auch durch den Gedanken des Gläubigerschutzes, der dem Anfechtungsrecht der Konkursordnung zugrunde liegt, nicht zu rechtfertigen.«<sup>172</sup>

Später entschied derselbe Senat im Fall Phoenix Kapitaldienst<sup>173</sup> exakt umgekehrt, indem er in *beiden* Fällen, also bei Anwendbarkeit und Unanwendbarkeit des § 814 BGB die Auszahlung der Scheingewinne nach § 134 InsO *eröffnete*. Auch dadurch war der in BGHZ 113, 98 erkannte Wertungswiderspruch vermieden, aber das an-

167 Dazu unten Ziff. III. 5. e) bei Fn. 284 f.

168 *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232, 234 mit Hinweis auf BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638.

169 So in der Tat *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232, 235 (zur Zahlung von Scheingewinnen) und 236 (zur Zahlung trotz qualifizierten Rangrücktritts), ohne freilich den darin liegenden offenkundigen Wertungswiderspruch zu erkennen.

170 BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 105 f. = ZIP 1991, 35, 38 unter Ziff. II. 3. der Gründe (juris-Rn. 18 ff.).

171 Siehe dazu die Darstellung und Analyse bei *Heim* (Fn. 2) S. 55 ff.

172 BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 105 f. = ZIP 1991, 35, 38 unter Ziff. II. 3. b) der Gründe (juris-Rn. 21).

173 BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186.

fechtungsrechtliche Ergebnis besser getroffen.<sup>174</sup> Dass die damaligen Erkenntnisse nur gut acht Jahre später beim IX. Zivilsenat schon wieder verblasst sind und nun erstmals der früher bewusst und überzeugend vermiedene Wertungswiderspruch direkt in seine Rechtsprechung hineingetragen wird, ist sehr bedauerlich.

c) *Wertungswidersprüche bei inverser Anwendung des § 817 Satz 2 BGB*

Die Wertungswidersprüche im Verhältnis zwischen Bereicherungs- und Anfechtungsrecht treten auch in Fällen möglicher Anwendung des § 817 Satz 2 BGB offen zutage. Die Wertungsgrundlage jener Norm fasst der IX. Zivilsenat mit folgenden Worten zusammen:

*»Die Bestimmung verkörpert den Grundsatz, dass bei der Rückabwicklung Rechtsschutz nicht in Anspruch nehmen kann, wer sich selbst durch gesetz- oder sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung stellt.«<sup>175</sup>*

Nicht erläutert wird jedoch anschließend, warum jene gesetzliche Wertung aufgrund der inversen Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO im letzteren Fall – der Insolvenzanfechtung – nun exakt umgekehrt werden soll, also gerade *nur* in jenen Fällen Rechtsschutz über § 134 InsO in Anspruch genommen werden kann, in denen sich der leistende Schuldner durch gesetz- oder sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat. Soll hier ernsthaft das gesetz- oder sittenwidrige Handeln im Rahmen der Insolvenzanfechtung privilegiert werden?

Abgesehen davon würde sich – wie bei § 814 BGB – jedes im Bereicherungsrecht für ein Rückforderungsrecht der Insolvenzmasse vorgebrachte Argument im Rahmen der Insolvenzanfechtung gem. § 134 InsO exakt umkehren und damit genau gegen denjenigen richten, den es eigentlich schützen sollte: die Insolvenzmasse.

Überdeutlich wird dies bei einem Blick auf die langjährige Debatte zu der Frage, ob § 817 Satz 2 InsO den Bereicherungsanspruch nur zulasten des Insolvenzschuldners ausschließt oder nach Insolvenzeröffnung ebenso zulasten des die Insolvenzmasse vertretenden Insolvenzverwalters.

Insoweit hatten das Reichsgericht im Urteil RGZ 99, 161<sup>176</sup> und ihm folgend die frühere BGH-Rechtsprechung<sup>177</sup> bekanntlich die Ansicht vertreten, dass § 817 Satz 2 InsO der Klage eines Insolvenzverwalters – anders als einem Rückforderungsverlangen des Insolvenzschuldners – nicht entgegensteht und die damit ermöglichte Rückforderung nach Bereicherungsrecht mit dem Schutz der Insolvenzmasse begründet. Zwar trete der Konkursverwalter im Grundsatz nur in die Rechtsposition des Schuld-

174 Siehe dazu die eingehende Analyse beider Urteile bei *Heim* (Fn. 2) S. 43 ff. mit Ergebnis S. 97 f. und eigenem, alle rechtsgrundlosen Leistungen gleichbehandelndem Konzept S. 99 ff.  
175 BGH v. 01.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 33); BGH v. 02.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 31).

176 RG v. 17.05.1920 – VI 49/20, RGZ 99, 161, 168; s.a. RG v. 29.01.1931 – IV 295/30; JW 1931, 2093 f.

177 BGH v. 21.12.1955 – IV ZR 36/55, BGHZ 19, 338, 340 f. = WM 1955, 256; BGH v. 09.11.1961 – VII ZR 158/60, NJW 1962, 483 = WM 1962, 112, 113 f. unter Ziff. II. der Gründe.

ners ein.<sup>178</sup> § 817 Satz 2 BGB erfordere jedoch eine besondere Betrachtung, weil der Strafcharakter jener Regelung nur den Leistenden selbst treffen solle, nicht aber den Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens.<sup>179</sup> Es fehle – so das RG wörtlich – »an einem inneren Grunde, die Anwendung des § 817 Satz 2 auf solchen Tatbestand zu erstrecken und dem Konkursverwalter die Bereicherungsklage abzusprechen. Diesem kann, wenn er das Rückforderungsrecht ausübt, irgendein Sittenverstoß nicht zur Last gelegt werden. Er erfüllt mit der Erhebung und Durchführung der Bereicherungsklage lediglich die ihm gesetzlich obliegende Pflicht, der seiner Verwaltung und Verfügung unterliegenden Masse Werte, die ihr zufolge einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung entzogen waren, wieder zuzuführen (§§ 6, 117 KO).«<sup>180</sup>

Jene zunächst auch vom BGH geteilten,<sup>181</sup> in der Literatur jedoch stets umstrittenen Grundsätze<sup>182</sup> wurden im Urteil BGHZ 106, 169 vom 07.12.1988 wieder aufgegeben; danach kann das unter Gesetzes- oder Sittenverstoß Geleistete auch der Konkursverwalter über das Vermögen des Leistenden nicht zurückfordern.<sup>183</sup> Zur Begründung betont der BGH stärker als seinerzeit das RG die heute sog. »Fußstapfentheorie«,<sup>184</sup> nach welcher der Insolvenzverwalter in die Rechtsposition des Schuldners eintritt und deshalb keine weitergehenden Ansprüche aus dem materiellen Recht herleiten kann als dieser; nur die Insolvenzanfechtung nehme insoweit eine Ausnahmestellung ein, als sie an die Benachteiligung der Gläubiger anknüpft.<sup>185</sup> Nichtigkeit nach §§ 134, 138 BGB und Anfechtbarkeit könnten zwar in Ausnahmefällen nebeneinander vorliegen und dann im selben Verfahren geltend gemacht werden; die Tatbestände hätten jedoch jeweils ihre eigenen Voraussetzungen und Rechtsfolgen.<sup>186</sup>

Betrachtet man die unterschiedlichen Argumentationen in Bezug auf die hiesige Untersuchung, ist nicht relevant, ob in der angeführten Streitfrage die frühere oder heutige Rechtsprechung überzeugender ist. Entscheidend ist vielmehr, dass das RG und auch der BGH jeweils im Bereicherungsrecht mit *insolvenzrechtlichen* Wertungen argumentiert haben, wie dies übrigens prominent auch in Drei-Personen-Verhältnissen geschieht.<sup>187</sup> Insbesondere das RG wollte die Insolvenzmasse durch einen Bereiche-

178 RG v. 17.05.1920 – VI 49/20, RGZ 99, 161, 166 f. m.w.N.

179 RG v. 17.05.1920 – VI 49/20, RGZ 99, 161, 167 f.

180 RG v. 17.05.1920 – VI 49/20, RGZ 99, 161, 168.

181 Siehe die Nachweise in Fn. 177.

182 Vgl. die Nachweise in BGH v. 07.12.1988 – IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169, 173 f. = ZIP 1989, 107, 108 unter Ziff. A. II. 2. a) und c) der Gründe.

183 BGH v. 07.12.1988 – IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169 = ZIP 1989, 107; bestätigend BGH v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 65).

184 So OLG Hamm v. 15.06.2021 – 27 U 105/20, ZInsO 2021, 1755, 1757 (juris-Rn. 19); Haas, ZJP 2013, 115, 116 f. m.w.N. und Hinweis auf zahlreiche Ausnahmen (u.a. §§ 103 ff. InsO).

185 BGH v. 07.12.1988 – IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169, 174 ff. = ZIP 1989, 107, 108 unter Ziff. II. 2. d) der Gründe.

186 BGH v. 07.12.1988 – IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169, 177 = ZIP 1989, 107, 109 unter Ziff. II. 2. d) dd) der Gründe.

187 Auf die Zuordnung von Insolvenzzrisiken im Bereicherungsrecht hinweisend *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 641; allgemein *Schwab* in: MünchKommBGB, Band 7, 8. Aufl. (2020) § 812 Rn. 62 f.; s.a. *Auer* in: Staudinger, Eckpfeiler des Zivilrechts, 7. Aufl. (2020) Kapitel S, Rn. 20: »angemessene Verteilung der Prozess-, Einwendungs- und Insolvenzzrisiken« mit

rungsanspruch weitergehend schützen, indem es die Ausnahmevorschrift des § 817 Satz 2 BGB für unanwendbar erklärte, während die jüngere BGH-Rechtsprechung stärker die »rechtsdogmatische[n] Bedenken«<sup>188</sup> im Hinblick auf die heute sog. »Fußstapfentheorie« betonte. Für die Zwecke der hier angestellten Überlegungen ist insoweit (allein) von Interesse, dass sich alle in jener Diskussion für oder gegen ein Rückforderungsrecht des Insolvenzverwalters aus § 812 BGB vorgebrachten Argumente im Rahmen des § 134 InsO gleichsam automatisch umkehren, wenn man mit dem Urteil BGHZ 214, 350 von einem hier als »inverse Anwendung« bezeichneten wechselseitigen Ausschluss von Bereicherungs- und Anfechtungsanspruch ausgeht. Jedes Argument, welches insbesondere das RG *für* ein Rückforderungsrecht der Masse im Rahmen des Bereicherungsanspruchs vorgebracht hat, würde sich im Rahmen des § 134 InsO automatisch umkehren und gegen den Insolvenzverwalter wenden, weil angeblich bei begründetem Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB automatisch die Anfechtungsklage aus § 134 InsO unbegründet sein soll. Umgekehrt würde jedes Argument, das in BGHZ 106, 169 *gegen* einen Bereicherungsanspruch der Masse vorgetragen wurde, im Rahmen des § 134 InsO automatisch *für* eine Rückforderung streiten. Ein solcher inverser Automatismus kann aber keinesfalls überzeugen, wenn man – wie dargelegt – bedenkt, dass es im Bereicherungs- und Anfechtungsrecht – durchaus mit Unterschieden im Detail – jeweils darum geht, welche Vermögensverschiebungen, die zulasten der späteren Insolvenzmasse erfolgt sind, wieder korrigiert werden können.<sup>189</sup>

*d) Verbleibende Unterschiede zwischen Anfechtungs- und materiellem Recht*

Um Missverständnissen vorzubeugen: Hier soll nicht einem Gleichlauf von Anfechtungsrecht einerseits und Rückforderungsrecht nach materiellem Recht andererseits das Wort geredet werden. Selbstverständlich haben die verschiedenen Ansprüche – wie RGZ 99, 161 und BGHZ 106, 169 insoweit übereinstimmend betonen – jeweils eigene Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Und selbstverständlich kann in diesem Zusammenhang die Unentgeltlichkeitsanfechtung über das materielle Recht hinausgehen,

Hinweis auf die Grundlegung bei *Canaris* in: FS Larenz (1973) S. 799, 802 ff., 860 ff.; ferner *Larenz/Canaris*, Schuldrecht, Band 2/2, 13. Aufl. (1994) § 70 VI, S. 247; *Meier*, Irrtum und Zweckverfehlung (1999) S. 70; s.a. BGH v. 05.07.2018 – IX ZR 126/17, ZIP 2018, 1505 (Rn. 14) m.w.N. zur Heranziehung der Zuordnungskriterien des bereicherungsrechtlichen Leistungsbegriffs; zur Übertragung der bereicherungsrechtlichen Wertungen auf die Insolvenzanfechtung in Drei-Personen-Verhältnissen *Bitter* in: Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig (Hrsg.) Bankenregulierung, Insolvenzrecht, Kapitalanlagegesetzbuch, Honorarberatung, Bankrechtstag 2013 (2014) S. 37, 73 ff., insb. S. 88 f., ferner S. 64; *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1244 f.; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 640 ff.; einschränkend *Kayser*, ZIP 2019, 293, 294; partiell kritisch *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 8 (vgl. aber auch Rn. 10); früher schon *Thole*, KTS 2011, 219, 226 ff., insb. S. 229 (»keineswegs zwingend, Bereicherungsrecht ... und Anfechtungsrecht zu harmonisieren«; vgl. aber auch S. 232 zur Ausklammerung der Anweisungsfälle).

188 So ausdrücklich BGH v. 07.12.1988 – IVb ZR 93/87, BGHZ 106, 169, 174 = ZIP 1989, 107, 109 unter Ziff. II. 2. d) der Gründe.

189 S.o. bei Fn. 163.

wenn etwa im Paradedfall des § 134 InsO – beim wirksamen Schenkungsversprechen – insolvenzrechtlich eine Rückforderung ermöglicht wird, die nach materiellem Recht aufgrund des bestehenden Rechtsgrundes ausgeschlossen ist, oder der Einwand aus § 814 BGB allein dem Bereicherungsanspruch, nicht aber der Anfechtung gem. § 134 InsO entgegengehalten werden kann, wie es der BGH im Fall Phoenix Kapitaldienst in Abweichung von der früheren Rechtsprechung zur KO<sup>190</sup> herausgearbeitet hat.<sup>191</sup> Insoweit kann der Anfechtungsanspruch also – wie an früherer Stelle auch schon in Bezug auf die Verjährung und die Aufrechnungsmöglichkeit dargelegt<sup>192</sup> – weiter gehen als der Bereicherungsanspruch.<sup>193</sup> Dass aber die Ablehnung des Bereicherungsanspruchs automatisch zur Basis der Anfechtung wird bzw. umgekehrt die Bejahung des Bereicherungsanspruchs zur Basis der Ablehnung des Anfechtungsanspruchs, überzeugt nicht. Es darf sich nicht jedes im Bereicherungsrecht für das Rückforderungsrecht der Masse vorgebrachte Argument im Rahmen der Insolvenzanfechtung aus § 134 InsO genau gegen denjenigen richten, den es schützen sollte: die Insolvenzmasse, und umgekehrt.

e) Die Entreichung im System des Bereicherungs- und Anfechtungsrechts

Zu unstimmgigen Ergebnissen würde die in BGHZ 214, 350 begründete und vom BGH in jüngerer Zeit vielfach bestätigte Rechtsprechung<sup>194</sup> ferner führen, wenn man die Anfechtungsmöglichkeit bei rechtsgrundlosen Leistungen nach § 134 InsO auch darauf stützen würde, dass der Empfänger i.S.v. § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist. Wenn der BGH in einem *bestehenden* Bereicherungsanspruch den »Gegenwert« für die Leistung

190 BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 105 f. = ZIP 1991, 35, 38 mit einer komplizierten und sachlich nicht überzeugenden Hilfserwägung durch Bildung eines hypothetischen Vergleichsfalls (fehlende Anwendbarkeit des § 814 BGB) unter Ziff. II. 3. der Gründe; dazu mit Recht kritisch *Heim* (Fn. 2) S. 55 ff., insb. S. 80 ff. mit eigenem Konzept S. 99 ff.

191 BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 (insb. Rn. 15 f.) – »Phoenix Kapitaldienst«; dazu schon oben Ziff. III. 3.b) bei Fn. 170 ff.; eingehend *Heim* (Fn. 2) S. 43 ff. mit Zwischenergebnis S. 97 f. und eigenem Konzept S. 99 ff.; die fehlende Anwendung des § 814 BGB auf den Anspruch aus §§ 134, 143 Abs. 1 InsO bestätigend BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 (Rn. 46) zum qualifizierten Rangrücktritt; deutlich auch *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 46; ferner *Huber* in: Graf-Schlicker (Fn. 23) § 134 Rn. 21; *Schäfer* in: Kummer/Schäfer/Wagner (Fn. 15) Rn. G 44, G 46a; *Thole* (Fn. 15) S. 457; *Thole*, KTS 2011, 219, 234 ff.; gänzlich anders das Konzept zur Anfechtbarkeit von Scheingewinnen in Schneeballsystemen bei *v. Wilimowsky* (Fn. 2), der den Verlust des Bereicherungsanspruchs aus § 812 BGB gem. § 814 BGB als anfechtbare Rechtshandlung ansieht (Rn. 125–140), die folglich durch Wiederherstellung des Bereicherungsanspruchs rückgängig zu machen ist (Rn. 151–160), gegen den sodann aber die Aufrechnung mit Insolvenzforderungen des Empfängers möglich ist (Rn. 229 ff.), sodass im Ergebnis auch die Anfechtung aus § 134 InsO scheitert (Rn. 348); dazu kritisch *Thole*, KTS 2011, 219, 233 in Fn. 58; eher kritisch auch *Baumert*, LMK 2017, 393960 (»Einzelmeinung«).

192 S.o. bei Fn. 154 ff.

193 Deutlich BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 (Rn. 15) – »Phoenix Kapitaldienst«: »[D]ie Insolvenzanfechtung [eröffnet] dem Insolvenzverwalter eine Rückforderungsmöglichkeit, die nach dem materiellen Recht dem Verfügenden selbst verwehrt ist (...).«; ebenso *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 46 m.w.N. zur Rspr. in Fn. 151.

194 S.o. Fn. 10 f.

des Insolvenzschuldners sieht, müsste er die Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO eigentlich befürworten, wenn jener Bereicherungsanspruch nach § 818 Abs. 3 InsO ausgeschlossen ist.<sup>195</sup> Ein Bereicherungsanspruch, der nach den Wertungen des Bereicherungsrechts im Ergebnis nicht existiert, kann nämlich schlecht einen den Vermögensabfluss kompensierenden Gegenwert zugunsten der Insolvenzmasse bilden.<sup>196</sup> Bei einer derartigen Rechtsanwendung würde nun aber die auch im Anfechtungsrecht in § 143 Abs. 2 InsO ausdrücklich enthaltene Wertung konterkariert. Genau jener Umstand – die Entreicherung des Empfängers –, welche nach jener Norm auf der Rechtsfolgenseite in Parallele zum Bereicherungsrecht *entlastend* wirken soll, würde dann nämlich über den Ausschluss des Bereicherungsanspruchs und den damit fehlenden Gegenwert gerade zur Basis der Anfechtung nach § 134 InsO.

Dem lässt sich nun nicht entgehen, dass aber die so begründete Insolvenzanfechtung im Ergebnis wieder gem. § 143 Abs. 2 InsO ausgeschlossen werde. Das nämlich ändert nichts an dem hier in den Mittelpunkt gestellten systematischen Bruch, der schon darin läge, einen auf Rechtsfolgenseite entlastenden Umstand zunächst auf Tatbestandsseite zur Haftungs begründung heranzuziehen. Der Verweis in § 143 Abs. 2 InsO auf das Bereicherungsrecht zeigt insoweit, dass der Gesetzgeber bei der Unentgeltlichkeitsanfechtung *Parallelen* zum Bereicherungsrecht gesehen hat und damit eine *inverse* Rechtsanwendung nicht überzeugen kann, welche einer sich gegenseitig ausschließenden Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO das Wort redet.

#### 4. *Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB*

Indem der BGH die Insolvenzanfechtung rechtsgrundloser Leistungen nach § 134 InsO seit BGHZ 214, 350 in diversen, insbesondere zu Ausschüttungen von Scheingewinnen ergangenen Urteilen von einem Eingreifen des § 814 BGB abhängig macht,<sup>197</sup> wird das dortige Tatbestandsmerkmal einer Kenntnis der Nichtschuld im Zeitpunkt der Leistung mittelbar auch zum Tatbestandsmerkmal der Anfechtung gem. § 134 InsO.<sup>198</sup> Das aber kann unabhängig von der damit verbundenen, bereits kritisierten Privilegierung des widersprüchlichen Verhaltens im Anfechtungs- im Gegensatz zum Bereicherungsrecht<sup>199</sup> nicht überzeugen, weil die Anknüpfung an eine Kenntnis der Nichtschuld ganz allgemein zu unstimmigen Ergebnissen im Anfechtungsrecht führt.

195 Interessanterweise diskutiert der BGH im Treuhänderinnen-Fall (BGH v. 07.09.2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863) die Entreicherung nur in Bezug auf den Bereicherungsanspruch (Rn. 33), nicht aber – neben § 814 BGB – als Basis für die Begründung der Anfechtung aus § 134 InsO.

196 Gegen diese Konsequenz aber *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1593 vor Fn. 52.

197 Vgl. zu Scheingewinnen die in Fn. 10 angeführten Urteile; ferner die in Fn. 11 zitierten Entscheidungen zu anderen Themenbereichen.

198 Siehe dazu noch unten Ziff. III. 4. b) bei Fn. 225.

199 Dazu oben Ziff. III. 3. b).

*a) Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt*

Für die oben im Rahmen der Rechtsprechungsentwicklung aufgeführte, im Urteil BGHZ 204, 231<sup>200</sup> begründete Rechtsprechung zum sog. »qualifizierten Rangrücktritt« hat der *Verfasser* dies bereits an anderer Stelle aufgezeigt.<sup>201</sup> Während Leistungen, die gegen eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre verstoßen, nach dem in BGHZ 204, 231 entwickelten Konzept nicht nur einen Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB, sondern daran anknüpfend auch die Anfechtung nach § 134 InsO auslösten und sie damit einem konsequenten Anfechtungsregime im Verhältnis zu Gesellschaftern und Nichtgesellschaftern unterworfen waren, soll die Insolvenzanfechtung gem. § 134 InsO nach der neuen Rechtsprechung nur noch bei Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB eingreifen.<sup>202</sup> Diese liegt aber keineswegs immer vor, wie der *Verfasser* schon bisher betont hat<sup>203</sup> und die jüngere Rechtsprechung nochmals deutlich macht:

*aa) Abhängigkeit des § 134 InsO von rechtlichen Zweifeln des Leistenden.* So hat der IX. Zivilsenat die in BGHZ 214, 350 im Hinblick auf § 134 InsO eingeführte Differenzierung zwischen bestehendem und ausgeschlossenen Bereicherungsanspruch im Urteil vom 06.12.2018 für einen Fall betont, in welchem die Unwirksamkeit der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre nach AGB-Recht in Rede stand.<sup>204</sup> Dieses Urteil reiht sich in eine ganze Kette von Gerichtsentscheidungen ein, in denen in der jüngeren Zeit – im Anschluss an eine in der Literatur geführte Debatte<sup>205</sup> – die (Un-)Wirksamkeit qualifizierter Rangrücktritte – insbesondere im Verhältnis zu Kleinanlegern – diskutiert worden ist.<sup>206</sup> Allein schon der Blick auf jene differenziert im Hinblick auf ver-

200 BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638.

201 *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 92 ff., insb. Rn. 100 ff.; knapp zusammenfassend *Bitter*, WuB 2018, 99, 100.

202 Explizit auch für qualifizierte Rangrücktritte und die darin enthaltene vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 22) und dazu oben bei Fn. 91; bestätigend BGH v. 06.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Rn. 14); s.a. *Gebrlein*, DZWIR 2022, 232, 236.

203 Siehe bereits *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 102 mit Hinweis auf *Berger*, ZInsO 2015, 1938, 1943 f., der sich mit beachtlichen Argumenten für eine Zurückdrängung des § 814 BGB stark macht; für Druckzahlungen auch *Gebrlein*, DZWIR 2022, 232, 236; gänzlich a.A. *Geißler*, DZWIR 2015, 345, 350 f.: (»§ 814 BGB regelmäßig nicht überwindbar«); *Mock*, NZI 2020, 405, 407 bei Fn. 12 (§ 814 BGB greife meist ein); differenzierend *Dittmar* (Fn. 44) S. 82 f.

204 BGH v. 06.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679.

205 Nachweise bei *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Anh. § 64 Rn. 477; zur Position des *Verfassers* siehe zuvor schon *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff.; dem folgend BGH v. 01.10.2019 – VI ZR 156/18, ZIP 2019, 2345 (Rn. 26 ff.) m. Anm. *Bitter*, WuB 2020, 37 und Anm. *Poelzig*, EWiR 2019, 743; OLG Düsseldorf v. 20.12.2017 – 12 U 16/17, ZIP 2018, 437, 438 f.; OLG Hamburg v. 11.03.2020 – 13 U 141/19, WM 2020, 1116 f.; s.a. OLG München v. 25.04.2018 – 13 U 2823/17, BKR 2018, 518, 520 (Rn. 17) = ZInsO 2018, 2480, 2481 = juris Rn. 18.

206 Siehe aus der BGH-Rspr. – in zeitlicher Reihenfolge – BGH v. 22.03.2018 – IX ZR 99/17, BGHZ 218, 183 = ZIP 2018, 882 = AG 2018, 431 m. Anm. *Poelzig/Schwarzat*, WuB 2018, 381 (unverbriefte Genussrechte in der Insolvenz der Emittentin); BGH v. 26.03.2018 – 4 StR 408/17, ZIP 2018, 962 = NJW 2018, 1486 – »König von Deutschland« (Entgegennahme von Geldern auf »Sparbüchern« der »Kooperationskasse« von »Neudeutschland«); BGH v.

schiedene Aspekte des AGB-Rechts geführte Diskussion<sup>207</sup> macht rasch deutlich, dass sich angesichts der bestehenden Wirksamkeitsbedenken in vielen Fällen keine klare Feststellung zu einer Leistung in Kenntnis der Nichtschuld treffen lässt, dies jedenfalls in all jenen Fällen nicht, in welchen dem Leistenden die Wirksamkeitsbedenken im Rahmen seiner »Parallelwertung in der Laiensphäre«<sup>208</sup> bewusst waren.

Soll nun aber in Zukunft die Anfechtung gem. § 134 InsO tatsächlich davon abhängen, wie groß ggf. im Einzelfall die Wirksamkeitsbedenken waren bzw. welche Rechtskenntnisse der Leistende insoweit besaß, um davon – über die im Einzelfall anzunehmende oder abzulehnende Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 134 InsO – die Anfechtung gem. § 134 InsO abhängig zu machen? Je größer die Wirksamkeitsbedenken des Leistenden bei in Wahrheit wirksamem Rangrücktritt wären, umso weniger könnte bei der Darlehensrückzahlung von einer Leistung in – grundsätzlich eng verstandener<sup>209</sup> – Kenntnis der Nichtschuld gesprochen und damit die Anfechtung aus § 134 InsO bejaht werden.

*bb) Abhängigkeit des § 134 InsO von Irrtümern des Leistenden über die Krise.* Zweifel an der Kenntnis der Nichtschuld können sich aber auch bei einem unzweifelhaft wirksamen qualifizierten Rangrücktritt ergeben, wenn zum Zeitpunkt der Leistung unklar ist, ob die Voraussetzungen der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre eingreifen, die ja nicht jegliche Rückzahlung, sondern lediglich eine Rückzahlung in der Krise verbietet.<sup>210</sup> Da sich über diese Voraussetzung trefflich streiten lässt, weil das Eingreifen von Insolvenzgründen zum Zeitpunkt der Leistung angesichts diverser

10.07.2018 – VI ZR 263/17, ZIP 2018, 1678 (Rn. 22, 36 ff.; Ankauf von Lebensversicherungsverträgen als Einlagengeschäft); BGH v. 06.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Nachrangdarlehen mit »qualifiziertem Nachrang«); BGH v. 01.10.2019 – VI ZR 156/18, ZIP 2019, 2345 m. Anm. *Bitter*, WuB 2020, 37 und Anm. *Poelzig*, EWiR 2019, 743 (Vermögensanlage mit Nachrangklausel); BGH v. 12.12.2019 – IX ZR 77/19, ZIP 2020, 310 (Nachrangdarlehen mit »qualifiziertem Nachrang«); Nachw. zur OLG-Rspr. bei *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Anh. § 64 Rn. 477 in Fn. 1690; ferner OLG Köln v. 07.08.2020 – 13 U 174/19, juris; OLG Brandenburg v. 23.12.2021 – 7 U 113/21, BKR 2022, 383 m. Anm. *Schwennicke*; VGH Hessen v. 14.07.2021 – 6 B 1093/21, ZInsO 2021, 2266.

207 Überblick bei *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Anh. § 64 Rn. 477 ff.

208 Darauf i.R.d. § 814 BGB abstellend BGH v. 01.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 30) m.w.N.; BGH v. 22.07.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 22); BGH v. 02.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 21); *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2295 m.w.N. in Fn. 18; *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232, 233.

209 Dazu *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2295 (»Strenge der Anforderungen«); *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232, 233; s.a. BGH v. 01.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 30): »Erforderlich ist die positive Kenntnis der Rechtslage im Zeitpunkt der Leistung. Zur Kenntnis der Nichtschuld genügt es nicht, dass dem Leistenden die Tatsachen bekannt sind, aus denen sich das Fehlen einer rechtlichen Verpflichtung ergibt; der Leistende muss vielmehr aus diesen Tatsachen nach der maßgeblichen Parallelwertung in der Laiensphäre auch eine im Ergebnis zutreffende rechtliche Schlussfolgerung gezogen haben«.

210 Dazu BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 (Rn. 24 ff.) m. Anm. *Bitter/Heim*; jüngst bestätigend BGH v. 24.02.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 (Rn. 32).

prognostischer Elemente in §§ 17 bis 19 InsO<sup>211</sup> mit Unsicherheiten behaftet ist, dürfte eine Sicherheit des Leistenden über das Eingreifen der Durchsetzungssperre und daran anknüpfend eine Kenntnis der Nichtschuld zur Zeit der Leistung selten sein.

cc) *Steigerung der Probleme bei Abhängigkeit des Insolvenzgrundes von rechtlichen Zweifeln.* Wie ein am 24.02.2022 vom BGH entschiedener Fall deutlich macht, gilt dies erst recht, wenn das Eingreifen des Insolvenzgrundes – dort der Zahlungsunfähigkeit – nun seinerseits davon abhängig ist, ob die Rückforderungsansprüche der Darlehensgeber – dort aus Wandeldarlehenverträgen – wirksam einer vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre unterworfen wurden oder nicht. Ausdrücklich hält der IX. Zivilsenat in jenem Fall fest, es lasse sich »nicht feststellen, dass die Schuldnerin wusste, dass die qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung dem Rückforderungsbegehren *nicht* entgegenstand.«<sup>212</sup> Wendet man jene in Bezug auf § 133 InsO getroffene Aussage auf die Anfechtung gem. § 134 InsO, stand umgekehrt wohl ebenso wenig fest, dass die Schuldnerin sicher vom Eingreifen jener Durchsetzungssperre ausging, zumal sie jedenfalls die Wandelabrede für formnichtig gehalten hat.<sup>213</sup> In derartigen, mit (deutlichen) Rechtsunsicherheiten verbundenen Fällen ist eine klare Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB bei Rückführung der Darlehen nicht vorhanden. Und dabei muss man nicht einmal ergänzend die Frage stellen, ob jene Kenntnis der Nichtschuld auf Seiten des Leistenden bei qualifizierten Rangrücktritten nicht zusätzlich verlangen würde, die in BGHZ 204, 231 entwickelte Idee von einer Leistung ohne Rechtsgrund trotz grundsätzlich bestehenden Rückzahlungsanspruchs<sup>214</sup> in der laienhaften Parallelwertung<sup>215</sup> nachvollzogen zu haben.

dd) *Brüchigkeit der Analogie zu § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO bei Leistungen an Nichtgesellschafter.* So oder so sind viele Fälle denkbar, in denen es bei einer Leistung trotz (wirksam vereinbarter) vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre an den Voraussetzungen des § 814 BGB fehlt und deshalb nach dem in BGHZ 214, 350 entwickelten Konzept die Anfechtung nach § 134 InsO (angeblich) auszuschneiden hat. Für all diese Fälle ist der BGH wieder auf den mit BGHZ 204, 231 überwunden geglaubten Zustand zurückgeworfen, in dem ein Nichtgesellschafter ggf. weder aus § 135 InsO noch aus § 134 InsO zur Rückgewähr verpflichtet ist und damit die oben erwähnte Basis für eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO auf Nichtgesellschafter<sup>216</sup> ins Wanken

211 Dazu *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 25, 30 zur Zahlungsunfähigkeit, Rn. 51 ff. zur Überschuldung, Rn. 111 ff. zur drohenden Zahlungsunfähigkeit.

212 BGH v. 24.02.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 (Rn. 34); Hervorhebung durch Kursivdruck vom *Verfasser*.

213 Dazu BGH v. 24.02.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 (Rn. 36).

214 Vgl. BGH v. 05.03.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, 242 ff. = ZIP 2015, 638, 641 f. (Rn. 27 ff., 33 f.); dazu *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 96; eingehend *Dittmar* (Fn. 44) S. 28 ff., 44 ff., zu denkbaren Verteidigungsmöglichkeiten des Empfängers S. 78 ff.

215 Dazu oben Fn. 208.

216 S.o. Ziff. II. 2.

gerät.<sup>217</sup> Der IX. Zivilsenat wird sich insoweit die Frage stellen müssen, ob allein der – einer Aufrechnung durch den Gegner offenstehende<sup>218</sup> – Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB ausreicht, um die Vergleichbarkeit der Interessenlage im Verhältnis zu einem immerhin aus § 135 Abs. 1 InsO zur Rückgewähr verpflichteten Gesellschafter herzustellen.<sup>219</sup>

*b) Überfrachtung des § 134 InsO mit der subjektiven Komponente einer Kenntnis der Nichtschuld*

Unabhängig von dieser Sonderproblematik bei qualifizierten Rangrücktritten stellt sich ganz allgemein die Frage, ob eine Anknüpfung des § 134 InsO an im Einzelfall vom Leistenden erkannte Rechtsunsicherheiten und die daraus sich ggf. ergebenden Zweifel an der Kenntnis vom fehlenden Rechtsgrund sachgerecht sein kann. Ob und ggf. welche Vorstellungen der Leistende sich insoweit gemacht hat und wie groß seine rechtlichen Zweifel in Bezug auf die Berechtigung des Leistungsbegehrens des Empfängers im Einzelfall waren, ändert nämlich nichts daran, dass jedenfalls ein Vermögenstransfer vom Leistenden zum Empfänger stattgefunden hat, für den objektiv ein Rechtsgrund fehlt, weshalb der Empfänger die Leistung nicht zu beanspruchen hatte.<sup>220</sup> Diesbezüglich stellt sich nicht nur ganz allgemein die an späterer Stelle noch aufzugreifende Frage, ob es nach dem Sinn und Zweck des § 134 InsO auf die subjektive Vorstellung des Leistenden, insbesondere dessen Willen zur Freigiebigkeit, wirklich ankommen kann.<sup>221</sup> Vielmehr ist speziell in Bezug auf die hier untersuchten Leistungen ohne Rechtsgrund zu fragen, ob die Kenntnis der Nichtschuld ein sachgerechtes Differenzierungskriterium darstellt.

Allgemein gilt es insoweit festzustellen, dass subjektive Tatbestandsmerkmale, insbesondere eine innere Einstellung des Leistenden, schwerer zu beweisen sind und sie damit die Rechtsunsicherheit erhöhen.<sup>222</sup> Diesbezüglich haben insbesondere *Madaus/Wilke/Knauth* am Beispiel der Ausschüttungen von Scheingewinnen in verdeckten Schneeballsystemen eindrücklich aufgezeigt, mit welchen Beweisproblemen der Insolvenzverwalter angesichts der subjektiven Elemente des § 814 BGB konfrontiert ist.<sup>223</sup>

Wenn *Bork* nun zur partiellen Verteidigung der neuen, nach der Existenz eines Bereicherungsanspruchs differenzierenden Rechtsprechung spitzfindig ausführt, mit dem Abstellen auf die Vorstellungen des leistenden Schuldners werde kein sub-

217 Vgl. dazu schon *Bitter*, WuB 2018, 97, 100 und *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 102; näher zu jener Problematik *Bitter* in: Scholz (Fn. 44) Vor § 64 Rn. 69.

218 S.o. bei Fn. 82 und 156.

219 So bereits *Bitter* in: Scholz (Fn. 41) Vor § 64 Rn. 102.

220 Siehe dazu allgemein auch *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1590 f.; näher zur Irrelevanz der subjektiven Einstellung der Beteiligten unten Ziff. III. 5. e).

221 Siehe zum Zweck des § 134 InsO näher unten Ziff. III. 5 e).

222 Darauf in Bezug auf § 134 InsO zutreffend hinweisend *Bork*, NZI 2018, 1, 7 (in Ablehnung eines subjektiv verstandenen Begriffs der »Freigiebigkeit«) und S. 8 bei Fn. 120; *Blöse*, GmbHR 2017, 80, 81 mit Hinweis auf die Rechtsprechung zur Vorsatzanfechtung.

223 *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2295 ff.

jektives Element in die Bestimmung der Unentgeltlichkeit eingeführt, sondern es werde bei der Ermittlung der Unentgeltlichkeit »objektiv auf die Existenz eines Rückforderungsanspruchs abgestellt, die nun freilich ihrerseits nach materiellem Recht von dem Fehlen eines subjektiven Tatbestandes abhängt«,<sup>224</sup> ist damit im Ergebnis wenig gewonnen. Unbestritten wird damit nämlich zumindest faktisch ein subjektives Tatbestandsmerkmal »durch die Hintertür des § 814 BGB« in den Tatbestand des § 134 InsO hineingetragen.<sup>225</sup> Dabei ist die positive Kenntnis als besonderes inneres Merkmal in der Praxis besonders schwierig darzulegen und zu beweisen, wie nicht nur die erwähnte Analyse von *Madaus/Wilke/Knauth* deutlich macht, sondern auch die umfangreichen Ausführungen zu § 814 BGB in den jüngeren Urteilen des BGH zeigen.<sup>226</sup> Jeweils ist nun bei rechtsgrundloser Leistung im Einzelfall die subjektive Einstellung des Leistenden sorgfältig herauszuarbeiten, was – wie dargelegt – bei bestehenden Rechtsunsicherheiten besonders schwierig, wenn nicht gar unmöglich ist. Nur beispielhaft sei insoweit auf den u.a. vom OLG Koblenz zum BGH gelangten Fall verwiesen, in dem bei der rechtsgrundlosen Zahlung auf Genussrechte die Kenntnis der Nichtschuld von dem streitigen Wissen der Organmitglieder in Bezug auf bestimmte Details der Bilanzierung abhing.<sup>227</sup> Damit kommt dem § 814 BGB plötzlich im Rahmen des § 134 InsO ein übergroßes Gewicht zu, obwohl seine Wertungsgrundlagen – wie dargelegt – in diesem Rahmen jedenfalls in der vom BGH befürworteten inversen Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO überhaupt nicht passen.<sup>228</sup> Dass damit kein zukunftsfähiges Konzept für rechtsgrundlose Leistungen geschaffen worden ist, liegt auf der Hand.

##### 5. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO

Doch führt die neuere Rechtsprechung nicht nur zu den aufgezeigten Wertungswidersprüchen und Schwierigkeiten einer Umsetzung in der Praxis, sondern es erscheint

224 *Bork*, NZI 2018, 1, 4 f.; ähnlich auch *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2294 und 2296 bei Fn. 27.

225 Dies zugestehend *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2294: Die Prüfung der §§ 814, 817 BGB verlange »vor allem die Klärung subjektiver Elemente«.

226 BGH v. 01.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 30 ff.); BGH v. 22.07.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 21 ff.); BGH v. 02.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 20 ff.); BGH v. 07.04.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 17 ff.).

227 Nach Ansicht des BGH v. 22.07.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 25 ff.) kam es dabei entgegen dem OLG Koblenz, ZIP 2020, 526 ff. allerdings nicht auf die Einordnung bestimmter Werte ins Umlauf- oder Anlagevermögen und die davon abhängige Frage einer Anwendung des strengen Niederstwertprinzips an; immerhin waren aber verschiedene bilanzielle Wertansätze zu diskutieren, über die jedenfalls in weniger eindeutigen Fällen als dem BGH-Fall leicht Streit entstehen kann. Dieser Streit wirkt sich notwendig auf die Frage einer *Kenntnis* der Nichtschuld aus bei Auszahlungen, die bei gänzlich zutreffender Bilanzierung nicht zulässig gewesen wären. Siehe zum gleichen Problemkomplex auch die in der 2. Instanz vom OLG Jena beurteilten Fälle BGH v. 02.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 20 ff.); BGH v. 07.04.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 17 ff.).

228 S.o. Ziff. III. 3. b).

auch in dogmatischer Hinsicht zweifelhaft, ob einer Versubjektivierung des § 134 InsO zuzustimmen ist.<sup>229</sup>

a) *Der Begriff der »Freigiebigkeit« und die Tendenz zu seiner Subjektivierung*

Die vorgenannten Schwierigkeiten hängen – wie bereits in der Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung aufgezeigt – mit der jüngeren Tendenz der BGH-Rechtsprechung zusammen, die Unentgeltlichkeit mit dem Begriff der »Freigiebigkeit« des Schuldners in Verbindung zu bringen und diesen Begriff offenbar stärker subjektiv zu verstehen als es der früheren, die objektiven Wertverhältnisse betonenden Rechtsprechung<sup>230</sup> entsprach.<sup>231</sup>

Der Hinweis auf das »freigiebig« Verhalten des Leistenden findet sich in einer Vielzahl jüngerer Urteile<sup>232</sup> und wird deshalb schon als »Schlüsselwort« der Schenkungsanfechtung bezeichnet.<sup>233</sup>

Auch wenn der BGH im hier diskutierten Grundlagener Urteil BGHZ 214, 350 zur rechtsgrundlosen Leistung nicht explizit aus dem Begriff der »Freigiebigkeit« auf das Erfordernis eines Begünstigungswillens des Leistenden schließt, wie es bspw. dem stark subjektiven Ansatz der Dissertation von *Held* entspricht,<sup>234</sup> tritt die subjektive Komponente doch insbesondere in Bezug auf die Diskussion zu § 814 BGB deutlich hervor. Zur Begründung, warum allein bei Eingreifen des § 814 BGB und nicht bei der Entstehung eines Anspruchs aus Leistungskondition die Anfechtung gem. § 134 InsO begründet sein soll, heißt es wörtlich:

*»Der Leistende, der gewusst hat, dass die Verbindlichkeit nicht besteht, erstrebt in Wahrheit nicht den Erfolg der Schuldtilgung, sondern etwas anderes, nämlich schenkungshalber, zur Erfüllung einer Anstandspflicht oder um einer verdeckten Gegenleistung willen zu leisten (...).«<sup>235</sup>*

229 Wie hier auch *Klinck*, ZIP 2017, 1589 ff.; *Bork*, NZI 2018, 1 ff.; *Bork*, EWiR 2020, 723, 724; *Jacoby*, 2017, 403, 404; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 636 f.; *Baumert*, EWiR 2021, 23, 24; a.A. offenbar *Becker*, DZWIR 2018, 201, 205.

230 Dazu oben Ziff. II 1. bei Fn. 27 ff.

231 Dazu auch *Gehrlein*, WM 2019, 1241 und 1243; kritisch *Bork*, NZI 2018, 1, 6 f.; anders *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592, der in der neuen Formulierungsweise noch keine Trendwende sieht.

232 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 10, 11, 13, 14, 15, 19, 20); BGH v. 07.09.2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863 (Rn. 19); BGH v. 05.07.2018 – IX ZR 126/17, ZIP 2018, 1505 (Rn. 14); BGH v. 19.07.2018 – IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 (Rn. 31, 32, 34); BGH v. 06.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Rn. 10); BGH v. 27.06.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 85); von »freigiebig« statt »freigiebig« spricht BGH v. 10.06.2021 – IX ZR 157/20, ZIP 2021, 1503 (Rn. 21).

233 *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2280, 2289; dem folgend *Rube-Schweigel*, NZI 2019, 631.

234 *Held* (Fn. 3) S. 142 ff. mit Ergebnis S. 156 f., S. 214 ff. mit Zusammenfassung S. 224 f.; dazu kritisch schon *Bitter*, WuB 2018, 99 f.; ferner *Bork*, NZI 2018, 1, 2; *Baumert*, JZ 2017, 940.

235 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 16).

Jedenfalls an dieser Stelle wird die zuvor achtfach und auch anschließend noch an zwei Stellen des Urteils erwähnte »Freigiebigkeit«<sup>236</sup> offenbar stark subjektiv im Sinne eines – der echten Schenkung vergleichbaren – Begünstigungswillens des Leistenden verstanden.<sup>237</sup>

Bemerkenswert erscheint insoweit, dass der BGH in dem gut ein Jahr zuvor ergangenen Urteil vom 15.09.2016 zum Verkauf des – nach Feststellung der Vorinstanz – wertlosen Geschäftsanteils den Begriff der »freigiebigen« Handlung noch nicht verwendet, obwohl auf jenes Urteil in BGHZ 214, 350 in der Frage des beiderseitigen Irrtums über eine werthaltige Gegenleistung Bezug genommen wird.<sup>238</sup> Gerade bei der beiderseitigen Annahme, einen wertausgeglichenen Leistungsaustausch vorzunehmen, wie es auch bei einer unerkannt rechtsgrundlosen Leistung der Fall sein kann,<sup>239</sup> hätte es sich angeboten, eine fehlende »Freigiebigkeit« im Sinne eines fehlenden Begünstigungswillens des Leistenden<sup>240</sup> zu betonen.

In der unterschiedlichen Begrifflichkeit deuten sich möglicherweise sachliche Unterschiede an, obwohl nicht nur der BGH die beiden Urteile von 2016 (zum Verkauf des Geschäftsanteils) und 2017 (zu den Bearbeitungsentgelten) offenbar gleichgerichtet versteht, sondern auch in der Literatur betont wird, der BGH setze mit dem Urteil BGHZ 214, 350 zu den Bearbeitungsentgelten seine zuvor eingeschlagene, durch *Ganter*<sup>241</sup> vorbereitete Linie fort, zur Bestimmung der Unentgeltlichkeit auf die Vorstellungen der Vertragsparteien abzustellen.<sup>242</sup>

*b) Differenzierung zwischen dem Begünstigungswillen und der Parteiabrede über den Leistungsaustausch (causa)*

Diesbezüglich gilt es zunächst klarzustellen, dass in der Debatte um ein objektives oder subjektives Verständnis der Entgeltlichkeit i.S.v. § 134 InsO<sup>243</sup> insoweit Begriffsverwirrung herrscht, als die Befürworter einer subjektiven Sichtweise diese nicht iden-

236 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 10, 11, 13, 14, 15, 19, 20); den auffallend häufigen Hinweis auf die Freigiebigkeit betonend auch *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592.

237 Dazu kritisch *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1590 f. und 1592; *Bork*, NZI 2018, 1, 6 f.; bei *Held* (Fn. 3) S. 369 ff. wird der (von ihr geforderte) Begünstigungswille des Leistenden von der Freigiebigkeit i.S. einer altruistischen Gesinnung getrennt; letztere Einengung des Begriffs der »Freigiebigkeit« entspricht jedoch nicht der jüngeren Rspr. des IX. Zivilsenats.

238 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 23) mit Hinweis auf BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, WM 2016, 2329 = ZIP 2016, 2329 (Rn. 22).

239 Vgl. *Ganter*, NZI 2015, 249, 256 und *Lütcke*, NZI 2017, 673; Der Irrtum über die Gleichwertigkeit der Leistungen sei ähnlich dem Fall der gutgläubigen Leistung auf eine nicht bestehende Schuld. Die Frage ist nur, in welche Richtung (Befürwortung oder Ablehnung der Anfechtung) die Gleichbehandlung zu erfolgen hat (vgl. dazu noch unten bei Fn. 296).

240 Zum engeren Begriffsverständnis bei *Held* (Fn. 3) S. 369 ff. s.o. Fn. 237.

241 *Ganter*, NZI 2015, 249 ff.

242 *Jacoby*, EWiR 2017, 403, 404, der darin aber einen Bruch mit dem vorherigen Verständnis des BGH sieht und zudem meint, der subjektive Ansatz begegne erheblichen Bedenken; deutlich zurückhaltender und dem BGH zustimmend *Lütcke*, NZI 2017, 673; Der BGH entferne sich »ein klein wenig« von den früheren Grundsätzen.

243 Darstellung bei *Ganter*, NZI 2015, 249, 252 ff.; ausführlich *Held* (Fn. 3) S. 17 ff.

tisch verstehen. Während insbesondere die Dissertation von *Held* – wie erwähnt – auf einen (nicht notwendig von einer altruistischen Gesinnung getragenen)<sup>244</sup> Begünstigungswillen des Leistenden abstellt<sup>245</sup> und damit die Unentgeltlichkeit entgegen der gängigen Sichtweise<sup>246</sup> nahe an die Schenkung im Wortsinne rückt,<sup>247</sup> betont *Ganter* mit seinem subjektiven Ansatz nur die Bedeutung der Parteiabrede (*causa*) für die Bestimmung des Leistungsaustauschs als unentgeltlich.<sup>248</sup>

Vor dem Hintergrund des unterschiedlichen Verständnisses kann es dann nicht verwundern, wenn teilweise in der Literatur betont wird, eine subjektive Sicht stehe im Gegensatz zum historischen Willen des Gesetzgebers, wobei die subjektive Sicht im Sinne eines erforderlichen Begünstigungswillens des Leistenden verstanden wird,<sup>249</sup> während auf der anderen Seite *Ganter* meint, die Gesetzgebungsgeschichte gebe keine Argumente für einen Paradigmenwechsel weg von der subjektiven zur objektiven Anknüpfung, und er dabei die subjektive Sicht im Sinne einer Anknüpfung an die vereinbarte *causa* versteht.<sup>250</sup>

Wie auch die Vertreter einer objektiven Sichtweise nicht in Abrede stellen, kommt man um die Berücksichtigung der Parteiabrede insoweit nicht herum, als erst über die zugrunde liegende *causa* die Verbindung zwischen den ausgetauschten Leistungen hergestellt wird.<sup>251</sup> Dies ergibt sich schon aus dem in § 134 InsO verwendeten Begriff der »unentgeltlichen Leistung«, weil ein »Entgelt« die Vergütung (vorzugsweise in Geld) für eine von der anderen Seite erbrachte Leistung darstellt und die Verknüpfung zwischen Leistung und Vergütung über die *causa* erfolgt.<sup>252</sup>

244 *Held* (Fn. 3) S. 369 ff. mit Ergebnis S. 383 grenzt insoweit den von ihr i.R.d. § 134 InsO geforderten Begünstigungswillen von der Freigiebigkeit i.S. einer altruistischen Gesinnung ab.

245 *Held* (Fn. 3) S. 131 ff., insb. S. 142 ff. mit Ergebnis S. 156 f., S. 214 ff. mit Zusammenfassung S. 224 f.; dazu kritisch die in Fn. 234 zitierten Autoren.

246 Nach h.M. ist schon der Begriff der »Schenkungsanfechtung« verfehlt (vgl. nur *Thole* in: HK-InsO [Fn. 15] § 134 Rn. 1; *Thole*, KTS 2011, 219, 220; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1591 mit Hinweis auf BT-Drucks. 12/2443, S. 160 f.; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 632 f. [zur InsO und auch bereits zur KO]). Die unentgeltliche Leistung wird nämlich ganz überwiegend deutlich weiter verstanden als es dem Begriff der Schenkung i.S.v. § 516 BGB entspricht (vgl. BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 [Rn. 19 f.] m.w.N.; *Bork* in: KPB [Fn. 27] § 134 Rn. 37 m.w.N.; *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR [Fn. 15] § 134 Rn. 18; *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck [Fn. 15] § 134 Rn. 33; *Huber* in: Graf-Schlicker [Fn. 23] § 134 Rn. 4; *Klaabsen* in: KölnKommInsO [Fn. 23] § 134 Rn. 13; *Thole* [Fn. 15] S. 445 ff.; *Thole*, KTS 2011, 219, 221 f.; *Gehrlein*, WM 2019, 1241; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, m.w.N. in Fn. 13; *Bork*, NZI 2018, 1, 3; *Kayser*, ZIP 2019, 293, 296; näher *Heim* [Fn. 2] S. 188 ff.).

247 Deutlich *Held* (Fn. 3) S. 140: § 516 Abs. 1 BGB als »Leitbild«.

248 *Ganter*, NZI 2015, 249, 254 ff.

249 *Bork*, NZI 2018, 1, 2; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 632 f.; *Klinck*, ZIP 2017, 1589 ff.; insoweit dezidiert a.A. *Held* (Fn. 3) S. 57 ff., 131 ff.

250 *Ganter*, NZI 2015, 249, 255.

251 *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 47; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1591; *Bork*, NZI 2018, 1, 3; s.a. *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 634 f.; zur erforderlichen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenwert oben Ziff. III. 1. b) bei Fn. 127 ff.

252 *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1591; ähnlich *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 634 f.

c) Differenzierung zwischen Beurteilungsspielraum und (ursprünglichem) Irrtum über einen werthaltigen Leistungsaustausch

Damit ist aber noch nicht über die Frage entschieden, ob eine »unentgeltliche« Leistung i.S.d. § 134 InsO schon dann auszuschneiden hat, wenn die Parteien nur subjektiv – wenn auch im guten Glauben – davon ausgegangen sind, dass der Leistung einer Seite eine werthaltige Gegenleistung der anderen Seite gegenübersteht.

Wie dargelegt, hatte die ältere Rechtsprechung bei objektiv gänzlich fehlender Gegenleistung die Anfechtung gem. § 134 InsO befürwortet und nur bei teilweise un- ausgeglichenen Austauschgeschäften die Parteiabrede im Rahmen eines angemessenen Beurteilungsspielraums berücksichtigt; ganz oder teilweise rechtsgrundlose Leistungen wurden hingegen immer dem § 134 InsO unterworfen.<sup>253</sup>

Im BGH-Urteil vom 15.09.2016 zum Verkauf des (angeblich) wertlosen Geschäftsanteils wird nicht ganz deutlich, wie es sich in jene frühere Rechtsprechungslinie einfügt, weil der IX. Zivilsenat zwar auf den »Beurteilungsspielraum« Bezug nimmt, er diesen aber stärker subjektiv einfärbt. Wörtlich heißt es dazu:

»Der von der Rechtsordnung bei der Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung (§ 134 Abs. 1 InsO) zu beachtende Beurteilungsspielraum wird ... jedenfalls dann nicht verlassen, sofern beide Parteien subjektiv in gutem Glauben der Überzeugung sind, bei der Bemessung von Leistung und Gegenleistung einen interessengerechten Ausgleich gefunden zu haben. Nachträgliche bessere Erkenntnisse sind nicht geeignet, die von den Parteien in Wahrnehmung ihrer eigenen Belange ohne Willensmangel frei verantwortete Preisgestaltung in Frage zu stellen.«<sup>254</sup>

Lässt man im Sinne jener Passage allein den (subjektiven) guten Glauben der Parteien an eine vorhandene ausgleichende Gegenleistung genügen, bliebe von der angeblich im Grundsatz maßgeblichen objektiven Wertrelation<sup>255</sup> nicht mehr viel übrig<sup>256</sup> und auch nicht von der Idee des *angemessenen* Beurteilungsspielraums als (objektives) Korrektiv gegenüber der (subjektiven) Parteiabrede.<sup>257</sup> Doch fragt man sich wegen des gleich anschließenden Hinweises auf die fehlende Bedeutung *nachträglich* besserer Erkenntnisse, ob der »gute Glaube« hier wirklich so subjektiv verstanden wurde, wie der BGH es formuliert.<sup>258</sup> Im konkreten Fall war ja – wie oben dargestellt – der Kaufpreis

253 Oben Ziff. II. 1.

254 BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 23).

255 Dazu oben bei Fn. 27 und 33.

256 Darauf hinweisend *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1595; *Bork*, NZI 2018, 1, 8.

257 Dazu *Heim* (Fn. 2) S. 195 ff.; *Bork*, NZI 2018, 1, 3; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 637. Für das Ergebnis ist dabei unerheblich, ob man von einer objektiven Korrektur der subjektiven Parteiabrede ausgeht (so wohl *Thole* [Fn. 15] S. 452) oder umgekehrt von einer grds. objektiven Bestimmung der Wertrelation, der gegenüber begrenzt (i.R.d. Beurteilungsspielraums) der Parteiwille berücksichtigt wird (vgl. zu den je unterschiedlichen Ansätzen in der Rechtsprechung oben Fn. 38 und *Ganter*, NZI 2015, 249, 250 f.).

258 Vgl. später etwa BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 208/18, ZIP 2020, 2348 (Rn. 10), wo besonders betont wird, die Fehlvorstellung der Beteiligten über den Wert der Leistung sei »nur dann erheblich, wenn sie ihre Grundlage in den objektiven Umständen des Vertragsschlusses findet«.

auf der Basis eines zuvor eingeholten Gutachtens bestimmt worden, das von einem den Kaufpreis sogar deutlich übersteigenden Wert des Geschäftsanteils ausgegangen war. Wenn der BGH demgegenüber *nachträgliche*, erst im Gerichtsprozess sich ergebende Erkenntnisse für unmaßgeblich erklärt, spricht viel dafür, dass der Geschäftsanteil zum Zeitpunkt des Verkaufs überhaupt nicht wertlos gewesen ist, sondern es um ein Risikogeschäft ging, bei dem die Markterwartung zum Zeitpunkt des Kaufs zugrunde gelegt wurde.<sup>259</sup>

Hätte sich etwa – um ein Beispiel aus der aktuellen Energiekrise zu bilden – ein Händler von Erdgas Anfang 2022 zur längerfristigen Lieferung von Gas zum damals niedrigen Gaspreis verpflichtet, weil zu jenem Zeitpunkt noch die Markterwartung bestand, jener Preis werde auch in den kommenden Jahren (annähernd) stabil bleiben und steigt der Gaspreis anschließend aufgrund der Kriegereignisse in der Ukraine und der daraufhin verhängten Sanktionen ganz deutlich an, läge in der späteren Gaslieferung zum niedrigen Verkaufspreis keineswegs eine teilweise unentgeltliche Leistung. Hier gilt nichts anderes als bei sonstigen Risikogeschäften – insbesondere an der Börse (etwa Futures oder Optionen) –, die nicht deshalb partiell unausgeglichen sind, weil die spätere Entwicklung anders verlaufen ist als ursprünglich erwartet. So fällt etwa der Wert einer Call-Option auf Null, wenn der Ausübungskurs des zugrunde liegenden Wertpapiers während der Ausübungsspanne nicht erreicht wird und doch war die Option damit zum Zeitpunkt des Verkaufs nicht wertlos.<sup>260</sup>

Wie hier an früherer Stelle unter Hinweis auf die Untersuchung von *Heim* bereits herausgestellt wurde, ist ein Beurteilungsspielraum u.a. deshalb anzuerkennen, weil es keinen objektiv eindeutigen Marktpreis gibt, sich dieser vor allem oft nicht für die Vergangenheit – bis zu vier Jahre (§ 134 InsO) zurück – feststellen lässt.<sup>261</sup> Überdies besteht die Gefahr, dass auf die Vergangenheit bezogene Wertgutachten von den Preisen beeinflusst werden, die zur Zeit der Gutachtenerstattung gelten (sog. Rückschaufehler),<sup>262</sup> was möglicherweise auch im BGH-Fall zu den unterschiedlichen Bewertungen des Geschäftsanteils im Vorfeld des Verkaufs und im späteren Prozess geführt hat. Weil sich Angebot und Nachfrage (ständig) verändern, ändert sich – wie dargelegt – auch der zu erzielende Preis. Damit die Parteien solche Marktentwicklungen be-

259 Darauf mit Recht hinweisend *Jacoby*, EWiR 2017, 403, 404; ähnlich wohl auch *Kayser/Freundenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 40; anders *Bork*, NZI 2018, 1, 7 f., der von einem »tatsächlichen Wert« des Geschäftsanteils von Null Euro ausgeht und deshalb den Beurteilungsspielraum für überschritten hält; unklar *Kayser*, ZIP 2019, 293, 297 f., der einerseits davon spricht, die Äquivalenz habe nicht gestimmt, wenn ein objektiver Maßstab angelegt wird, andererseits aber von einem »Austausch-Marktgeschäft« ausgeht.

260 Vgl. BFH v. 24.06.2003 – IX R 2/02, NJW 2003, 3295 (juris-Rn. 13): »Zu den Wirtschaftsgütern ... zählen auch Optionen (...). Denn es handelt sich um vermögenswerte Vorteile, die selbständig bewertbar ... sind.«; s.a. *Schmid/Renner*, DStR 2005, 815, 816; allgemein zu Optionen *Kraft* in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bankrecht und Kapitalmarktrecht, 6. Aufl. (2022) Rn. 19.81 ff.

261 Siehe dazu oben Ziff. III. 1. a).

262 Allgemein zum Rückschaufehler (*hindsight bias*) *Goette*, DStR 2016, 1752 f. m.w.N. in Fn. 74; ausführlich *Falk*, Rückschaufehler und Fahrlässigkeit – Zivilrechtliche Perspektive, RW 2019, 204, 207 ff.

rücksichtigen können und das Gericht nicht in jedem Einzelfall (komplexe) Marktentwicklungen nachvollziehen muss, ist den Parteien ein gewisser Bewertungsspielraum einzuräumen.<sup>263</sup>

Davon klar zu trennen sind jedoch Fälle, in denen sich die Parteien bereits ursprünglich über einen werthaltigen Leistungsaustausch geeinigt haben, sie also ihrer vertraglichen Abrede eine Preisvorstellung zugrunde gelegt haben, die nicht der damaligen Markterwartung entsprach.<sup>264</sup> Gerade für diese Fälle hat die frühere Rechtsprechung mit Recht eine Korrektur vorgenommen, indem sie nur einen »angemessenen«, aber keinen uferlosen Beurteilungsspielraum anerkannt hat.<sup>265</sup> Überzeugend ist insoweit in der Literatur darauf hingewiesen worden, dass die bloße Vorstellung, eine entgeltliche Leistung erbracht zu haben, die Unentgeltlichkeit nicht ausschließen darf, wenn bei Betrachtung des tatsächlichen Leistungsflusses in die Masse kein Gegenwert gelangt ist; der Irrtum des leistenden Schuldners ändert nämlich nichts daran, dass ein Gegenstand aus seinem Vermögen ersatzlos ausgeschieden ist.<sup>266</sup>

*d) Keine Anknüpfung an einen subjektiven Begünstigungswillen*

In den zuletzt genannten Fällen könnte die Anfechtung nach § 134 InsO zugunsten des Leistungsempfängers nur mit dem Hinweis darauf zurückgeschnitten werden, dass die Parteien, wenn sie denn subjektiv tatsächlich im guten Glauben gewesen sein sollten, keinen Willen hatten, den Empfänger zu begünstigen.

*aa) Erhöhte Rechtsunsicherheit bei subjektiven Merkmalen.* Dieser im Urteil zum Geschäftsanteilsverkauf vielleicht nur scheinbar,<sup>267</sup> im Urteil zu den (angeblich)<sup>268</sup> rechtsgrundlos erbrachten Bearbeitungsentgelten dann aber deutlicher hervortretende<sup>269</sup> und

263 So die oben unter Ziff. III. 1. a) dargestellte Quintessenz der Überlegungen von Heim (Fn. 2) S. 200.

264 Ein problematischer und hier nicht näher betrachteter Grenzfall könnte in seltenen Fällen vorliegen, in denen sich der Wert eines Gegenstandes aufgrund objektiv veränderter Marktumstände (Kriegsgeschehen, Explosion eines Atomkraftwerks etc.) bereits verändert hat, die konkreten Parteien davon aber zum Zeitpunkt ihres Vertragsschlusses zufällig noch nichts wussten, weil das Ereignis zu kurze Zeit zurücklag, um bereits allgemein im Markt bekannt zu sein. In diesem Fall wäre zu entscheiden, ob der »Beurteilungsspielraum« so weit geht, auch das – ggf. nicht vorwerfbare – Nichtwissen der konkreten Parteien zur Sicherung der Privatautonomie, der tatsächlichen Unsicherheiten und der volkswirtschaftlichen Bedürfnisse zu berücksichtigen.

265 BGH v. 13.03.1978 – VIII ZR 241/76, BGHZ 71, 61, 66 = NJW 1978, 1326 unter Ziff. II. 2. b) bb) der Gründe (juris-Rn. 16); dazu oben Ziff. II. 1. bei Fn. 38; ferner oben Ziff. III. 1. a) aa) bei Fn. 112; Darstellung der Rechtsprechung bei Heim (Fn. 2) S. 195 ff., 204 ff.

266 Jacoby, EWiR 2017, 403, 404; ähnlich Ruhe-Schweigel, NZI 2019, 631: »[E]ine bloße Vorstellung zur Erbringung einer entgeltlichen Leistung [kann] nicht geeignet sein ..., einen tatsächlich nicht erfolgten Massezufluss auszugleichen«; s.a. Klinck, ZIP 2017, 1589, 1594.

267 Dazu soeben Ziff. III. 5. c) bei Fn. 254 ff.

268 Dazu oben Ziff. II. 3. b) bei Fn. 81 und unten Ziff. IV. bei Fn. 306.

269 Dazu soeben Ziff. III. 5. a) bei Fn. 234 ff.

in der Literatur pointiert von *Held* vertretene Ansatz kann jedoch nicht überzeugen.<sup>270</sup> Er führt zu der hier in Bezug auf die (angebliche) Relevanz von § 814 BGB bereits kritisierten<sup>271</sup> Überfrachtung der Unentgeltlichkeitsprüfung mit subjektiven Merkmalen und damit zu erhöhter Rechtsunsicherheit.<sup>272</sup> Nur beispielhaft sei dafür auf ein jüngeres Urteil des BGH vom 22.10.2020 verwiesen, in dem die Beweisschwierigkeiten des Insolvenzverwalters deutlich hervortreten, falls man mit der jüngeren BGH-Rechtsprechung im Rahmen des § 134 InsO auf die subjektiven Vorstellungen der Parteien von einem gleichwertigen Leistungsaustausch abstellt.<sup>273</sup> Der daran von *Bork* pointiert geübten Kritik<sup>274</sup> ist nichts hinzuzufügen.

*bb) Relevanz eines Schuldnerfehlverhaltens nur bei dessen Zahlungsunfähigkeit.* Im Übrigen wäre die Anknüpfung an ein Fehlverhalten des Schuldners, welcher Vermögen verschenkt statt es zur Gläubigerbefriedigung zu verwenden, nur dann überzeugend, wenn der Schuldner im Moment der unentgeltlichen Leistung bereits zahlungsunfähig wäre.<sup>275</sup>

Interessanterweise sieht dies auch *Ganter*<sup>276</sup> so, der mit seinem ebenfalls subjektiven, aber anders als *Held* nicht an einen Begünstigungswillen anknüpfenden Ansatz<sup>277</sup> die jüngere Rechtsprechung beeinflussen dürfte.<sup>278</sup> Die These von der »Freigiebigkeit« des Schuldners als Basis der Anfechtung gem. § 134 InsO formuliert er überspitzt dahin, dass niemand »die Spendierhosen anhaben« dürfe, dessen finanzielle Verhältnisse nicht über jeden Zweifel erhaben sind. Dieser Gedanke bringe aber fehlerhaft ein Moment der subjektiven Vorwerfbarkeit ins Spiel und sei mit der Suspektsperiode des § 134 InsO nicht vereinbar; diese sei mit vier Jahren so lange bemessen, dass auch Leistungen erfasst werden, die der Schuldner zu einem Zeitpunkt erbringt, als er wirtschaftlich noch völlig gesund war.<sup>279</sup>

Der wirtschaftliche Zustand des Schuldners im Zeitpunkt der Leistung spielt im Tatbestand des § 134 InsO – anders als bei der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung i.S.v. § 133 InsO – keine Rolle;<sup>280</sup> beide Tatbestände hat der historische Gesetzgeber

270 Zutreffend *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1590 und 1592; *Bork*, NZI 2018, 1, 2 und 8; s.a. die Rezension von *Baumert*, JZ 2017, 940.

271 Oben Ziff. III. 4. b) bei Fn. 222 ff.

272 So zutreffend *Bork*, NZI 2018, 1, 2 und 8; zuvor schon ähnlich *Bork*, EWiR 2016, 765, 766 zur Berücksichtigung von gemeinsamen Irrtümern über die Werthaltigkeit; zur Gefahr nachträglicher Manipulationen *Tbole* (Fn. 15) S. 449; *Heim* (Fn. 2) S. 189.

273 BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 208/18, ZIP 2020, 2348 (Rn. 11 ff.).

274 *Bork*, EWiR 2020, 723, 724 unter Ziff. 3.

275 Auch insoweit überzeugend *Bork*, NZI 2018, 1, 2.

276 *Ganter*, NZI 2015, 249, 255.

277 Zu den Unterschieden beider subjektiver Ansätze oben Ziff. III. 5. b) bei Fn. 245 ff.

278 Zur Beeinflussung durch *Ganter* oben Ziff. II. 3. a) bei Fn. 70 und Ziff. III. 5. a) bei Fn. 241; ferner *Jacoby*, EWiR 2017, 403, 404.

279 *Ganter*, NZI 2015, 249, 255; ähnlich *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1590 zur 2-Jahres-Frist des § 102 Nr. 2 pr. KO: Je ferner die Krise sei, desto weniger lasse sich von der Unentgeltlichkeit auf einen Benachteiligungsvorsatz schließen.

280 Deutlich *Schoppmeyer*, WM 2018, 353: »Die materielle Insolvenz des Schuldners hat für die Unentgeltlichkeitsanfechtung keine Bedeutung.«

vielmehr trotz gemeinsamer Wurzel in der *actio pauliana* bewusst voneinander getrennt und dabei auf einen irgendwie gearteten Willen zur Begünstigung des Empfängers vor den (anderen) Gläubigern verzichtet.<sup>281</sup>

e) *Irrelevanz von Fehlvorstellungen über die Entgeltlichkeit*

Zur Rechtfertigung der Anfechtung aus § 134 InsO verweist der Gesetzgeber der Insolvenzordnung auf die – auch an anderen Stellen der Rechtsordnung zum Ausdruck kommende<sup>282</sup> – »geringere Bestandskraft unentgeltlichen Erwerbs.«<sup>283</sup> Damit liegt dem § 134 InsO offenbar eine Abwägung der Interessen des Leistungsempfängers im Verhältnis zu den Insolvenzgläubigern zugrunde: Derjenige, der aus der späteren Insolvenzmasse etwas »unentgeltlich« erhalten hat, also ohne dafür im Gegenzug etwas aus seinem Vermögen aufgebracht zu haben (das »Entgelt«), soll denjenigen weichen, die deshalb vom Schuldner nicht mehr vollständig befriedigt werden können.<sup>284</sup> Das Interesse der Insolvenzgläubiger an einer möglichst hohen Insolvenzquote wird also höher gewichtet als das Vertrauen des Empfängers in die ohne entsprechenden Gegenwert erlangte Leistung;<sup>285</sup> jenes Empfängervertrauen wird allein auf der Rechtsfolgenrechte Seite im Rahmen des § 143 Abs. 2 InsO geschützt.<sup>286</sup>

281 Näher *Klinck*, ZIP 2017, 1589 ff.; *Bork*, NZI 2018, 1, 8; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 632 f. und 637; ausführlich gegen die subjektive, an § 516 BGB angelehnte Sichtweise schon *Heim* (Fn. 2) S. 188 ff.; a.A. eingehend *Held* (Fn. 3) S. 57 ff., S. 131 ff., insb. S. 142 ff., 214 ff.

282 *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1590 verweist auf §§ 816 Abs. 1 Satz 2, 822, 988, 2113 Abs. 2 BGB; bei *Bork*, NZI 2018, 1, 2 werden zusätzlich §§ 528, 530 BGB zitiert, bei *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 2 auch noch §§ 2287, 2329 BGB, bei *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 1 in Fn. 1 ferner §§ 39 Abs. 1 Nr. 4 InsO, § 4 AnfG, §§ 519, 1390 Abs. 1, 2325 BGB.

283 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 161; dazu *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 2 und *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 2, jeweils mit umfassenden Nachweisen; vgl. auch *Schoppmeyer*, WM 2018, 353; ebenso für Österreich *Trenker* in: Artmann/Rüffler/Torggler (Hrsg.) *Gesellschafterpflichten in der Krise*, Wien (2015) S. 123, 143 mit Hinweis auf den Entwurf des AnfG 1884 (Zitat sogleich in Fn. 284 a.E.).

284 BGH v. 28.02.1991 – IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 396 = ZIP 1991, 454 unter Ziff. 2. b) bb) der Gründe (juris-Rn. 12); *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1590; *Bork*, NZI 2018, 1, 8; *Schoppmeyer*, WM 2018, 353; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 632 f. und 636; *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1243; ferner *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 2; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2280, 2286; *Kayser*, ZIP 2019, 293; im Ansatz übereinstimmend auch *Ganter*, NZI 2015, 249 und BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Rn. 19), wo jeweils betont wird, dieser Zweck gebiete eine weite Auslegung des Begriffs der Unentgeltlichkeit; vgl. für Österreich auch *Trenker* (Fn. 283) S. 123, 143 mit Hinweis auf den Entwurf des AnfG 1884, in dem es heißt: »Wer einen Vortheil unentgeltlich erlangt, muß eben unter allen Umständen Demjenigen weichen, welcher dadurch in seinem entgeltlich erworbenen Rechtsanspruch geschädigt würde.«

285 *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 1; *Bork* in: KPB (Fn. 27) § 134 Rn. 2; *Bork*, NZI 2018, 1, 2 und 8; *Kayser*, ZIP 2019, 293 f.; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 636; s.a. *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR (Fn. 15) § 134 Rn. 1; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1590.

286 *Bork*, NZI 2018, 1, 8; ebenso für Österreich *Trenker* (Fn. 283) S. 123, 143 mit Hinweis auf den vergleichbaren § 39 Abs. 3 IO; siehe für Deutschland auch *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 2; *Thole* (Fn. 15) S. 457.

Auf dieser Basis kann der subjektiven Fehlvorstellung des Empfängers, eine wert- haltige Gegenleistung erbracht zu haben, keine Bedeutung zukommen.<sup>287</sup> Und genau weil dies so ist, hat der BGH in jüngerer Zeit überzeugend die Aussage der Rechts- sprechung im Fall Phoenix Kapitaldienst bestätigt, wonach der Irrtum des Leistungs- empfängers über die Entgeltlichkeit der Gewinnausschüttungen irrelevant ist.<sup>288</sup> Noch viel mehr gilt die Irrelevanz jedoch für eine Fehlvorstellung auf Seiten des leistenden Schuldners, weil dessen Interessen in der oben erwähnten Abwägung zwischen opti- maler Masserealisierung und Vertrauensschutz des Empfängers von vorneherein keine Rolle spielen.<sup>289</sup> Sind aber die Fehlvorstellungen sowohl des Schuldners als auch des Leistungsempfängers im Tatbestand des § 134 InsO nicht bedeutsam, dann ist – wie *Bork* es treffend ausdrückt – schwer nachzuvollziehen, warum die gemeinsame Fehl- vorstellung der Parteien zu einem anderen Ergebnis führen soll.<sup>290</sup>

Insoweit steht das BGH-Urteil vom 15.09.2016 zum Verkauf des (angeblich) wert- losen Geschäftsanteils mit seiner Betonung des guten Glaubens an die Werthaltigkeit des Kaufgegenstandes<sup>291</sup> jedenfalls dann in einem schwer lösbaren Wertungswider- spruch zu der jüngst bestätigten Irrelevanz eines Irrtums über die Entgeltlichkeit aus- geschütteter Scheingewinne,<sup>292</sup> wenn man es nicht in dem hier für möglich gehaltenen Sinne eines Risikogeschäfts interpretiert, bei dem der Marktpreis zum Zeitpunkt des

287 *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1590; *Bork*, NZI 2018, 1, 8; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 636 f.; deutlich mit Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des BGH *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1243 (»rein objektive ... Beurteilung«); insoweit übereinstimmend auch *Thole* (Fn. 15) S. 456 f.; *Thole*, KTS 2011, 219, 223; *Held* (Fn. 3) S. 149 ff., 220 ff.; *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 15; *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 22.

288 BGH v. 11.11.2021 – IX ZR 237/20, ZIP 2021, 2655 (Rn. 15).

289 Zutreffend *Bork*, NZI 2018, 1, 8; zust. auch *Kayser*, ZIP 2019, 293, 297 f.; ähnlich *Kayser/ Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 22; allgemein gegen die Relevanz subjektiver Einstellungen der Beteiligten ferner *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1594 und 1590; a.A. ausführlich *Held* (Fn. 3) S. 131 ff., insb. S. 142 ff., 216 ff.; im Grundsatz a.A. ferner *Thole* (Fn. 15) S. 458 f.; *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 15: (begrenzte) Relevanz des einseitigen Irrtums des Schuldners.

290 *Bork*, NZI 2018, 1, 8; im Ergebnis übereinstimmend auch *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 636 (»Irrelevanz subjektiver Elemente«); *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1594 und 1590 (»subjektive Einstellung der Beteiligten ... irrelevant«); a.A. *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 32 f., 48 ff., insb. Rn. 48b; ferner *Kayser*, ZIP 2019, 293, 297 f., der die »Einbeziehung des übereinstimmenden Vorstellungsbildes« im Gegensatz zur (einseitigen) Schuldner- vorstellung für möglich hält; *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 17, 22 wollen den *gemeinsamen* Irrtum der Parteien im Gegensatz zu *einseitigen* Irrtümern ber- rücksichtigen.

291 Darauf hinweisend auch *Schoppmeyer*, WM 2018, 353 f. in Fn. 41.

292 Auf den »Kontrast zur früheren Betrachtung« und die »Abkehr von der strengen bisheri- gen Rechtsprechung« hinweisend auch *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1242 m.N. zur früheren Linie in Fn. 17; a.A. offenbar BGH v. 11.11.2021 – IX ZR 237/20, ZIP 2021, 2655 (Rn. 15), weil dort die nach der subjektiven Einstellung des Leistenden (Kenntnis der Nichtschuld) differenzierende, in BGHZ 214, 350 begründete neue Rechtsprechungslinie mit der früheren Rechtsprechung kombiniert wird, nach welcher die Fehlvorstellung des Leistungsempfän- gers über einen vorhandenen Rechtsgrund irrelevant ist (ebenso *Thole* in: HK-InsO [Fn. 15] § 134 Rn. 14 f.; *Rogge/Leptien* in: HambKommInsR [Fn. 15] § 134 Rn. 28 f.).

Verkaufs zugrunde gelegt wurde und sich eine Wertminderung (auf Null) erst durch nachträgliche Umstände/Erkenntnisse ergab.<sup>293</sup>

f) *Konsequenzen für die Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen*

Welche Konsequenzen ergeben sich aus den vorstehenden Überlegungen für die hier im Mittelpunkt stehende Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen nach § 134 InsO?

Ist ein Begünstigungswille des Leistenden unerheblich<sup>294</sup> und ebenso der ein- oder beidseitige Irrtum darüber, es gebe eine die Leistung wertmäßig ausgleichende Gegenleistung,<sup>295</sup> bestätigt sich die hier bereits aus anderen Gründen herausgestellte Erkenntnis: Die mit BGHZ 214, 350 vollzogene Wende der Rechtsprechung zu rechtsgrundlosen Leistungen kann nicht überzeugen. Der einseitige oder gemeinsame Irrtum der Parteien, die Leistung sei mit Rechtsgrund erbracht worden, ist richtigerweise ebenso irrelevant wie der sonstige Irrtum über die Existenz einer wertmäßig die Leistung ausgleichenden Gegenleistung.<sup>296</sup> Soweit an früherer Stelle dieser Untersuchung herausgestellt wurde, dass es an einer hinreichenden Verknüpfung zwischen der Leistung des Schuldners und dem angeblichen Gegenwert in Form des Anspruchs aus § 812 BGB fehlt,<sup>297</sup> kann diese tatsächlich fehlende Verknüpfung also auch nicht durch den einseitigen oder beidseitigen Irrtum über eine vorhandene Verknüpfung überwunden werden. Ferner überzeugt es nicht, auf den subjektiven Begünstigungswillen des Leistenden bei einer Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB abzustellen und damit die in BGHZ 214, 350 eingeführte Differenzierung zwischen vorhandenem und fehlendem Bereicherungsanspruch aus § 812 BGB im Rahmen des § 134 InsO zu rechtfertigen.

Nur am Rande sei insoweit noch erwähnt, dass auch der Wortlaut des § 134 InsO der neuen Rechtsprechungslinie entgegensteht: Ein »Entgelt« ist – wie dargelegt – schon im natürlichen Sprachsinne die Gegenleistung (vorzugsweise in Geld) für eine von der anderen Seite erbrachte Gegenleistung.<sup>298</sup> Den durch die rechtsgrundlose Leistung entstehenden Bereicherungsanspruch als »Entgelt« in diesem Sinne anzusehen, sprengt diesen Wortsinn.<sup>299</sup>

#### IV. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung

Die vorstehende Analyse kommt damit zu einem eindeutigen Fazit: In Übereinstimmung mit der früheren, insbesondere im Fall Phoenix Kapitaldienst sowie im Urteil

293 Dazu oben Ziff. III. 5. c) bei Fn. 259.

294 Oben Ziff. III. 5. d).

295 Oben Ziff. III. 5. e).

296 Für eine wertungsmäßige Gleichbehandlung beider Fälle – freilich in genau umgekehrter Richtung eines jeweiligen *Ausschlusses* der Anfechtbarkeit – auch *Ganter*, NZI 2015, 249, 256 und *Lütcke*, NZI 2017, 673; a.A. offenbar, da beide Fälle differenzierend, *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 32a, 48; in sich widersprüchlich *Kayser/Freudenberg* in: MünchKomm-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 22.

297 Oben Ziff. III. 1. b) bei Fn. 126 ff.

298 S.o. bei Fn. 252.

299 Zutreffend *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 634 f.

BGHZ 204, 231 zum sog. qualifizierten Rangrücktritt angewendeten Rechtsprechung sind *sämtliche* rechtsgrundlosen Leistungen als unentgeltlich i.S.v. § 134 InsO anzusehen. Die Abkehr von jenen Grundsätzen im Urteil BGHZ 214, 350 zu den Bearbeitungsentgelten und die dort erstmals eingeführte und seitdem vielfach bestätigte<sup>300</sup> Differenzierung danach, ob zugunsten des Leistenden ein Bereicherungsanspruch entsteht oder nicht, können nicht überzeugen. Die jetzige Differenzierung passt nicht ins Gesamtsystem der Rechtsprechung zu § 134 InsO (oben III. 1.), führt zu Inkonsistenzen beim Vergleich zwischen wirksamen und unwirksamen Schenkungen (oben III. 2.), ferner durch die hier als »invers« bezeichnete, sich gegenseitig ausschließende Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO zu nicht hinnehmbaren Wertungswidersprüchen (oben III. 3.). Schließlich kann auch die mit der jüngeren Rechtsprechung verbundene (faktische) Versubjektivierung der Anfechtungsvoraussetzungen nicht überzeugen, weil sie erhebliche Probleme der praktischen Anwendung mit sich bringt (oben III. 4.) und mit dem Telos des § 134 InsO nicht vereinbar ist (oben III. 5.). Vor dem Hintergrund dieses deutlichen Befundes muss die weitgehende Zustimmung überraschen, welche die im Urteil BGHZ 224, 350 eingeführte Differenzierung inzwischen in der Lehre gefunden hat.<sup>301</sup>

### 1. Sachgerechtigkeit einer Anfechtbarkeit aller rechtsgrundlosen Leistungen nach § 134 InsO

Die hier in Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung vertretene Anfechtbarkeit *aller* rechtsgrundlosen Leistungen gem. § 134 InsO wird offenbar von der h.L. als zu streng empfunden.<sup>302</sup> Wird aber die Unentgeltlichkeitsanfechtung bei der hier für richtig gehaltenen Anwendung auf *jede* rechtsgrundlose Leistung tatsächlich zu der von *Kayser* befürchteten »Allzweckwaffe«?<sup>303</sup> Musste insbesondere im Fall BGHZ 214, 350 das Vertrauen der Bank gegenüber der nachträglichen Korrektur einer langjährigen Rechtsprechung zu den Bearbeitungsentgelten im Kreditgeschäft durch eine Versubjektivierung des § 134 InsO geschützt werden, um für die Praxis überzeugende Ergebnisse zu erzielen?<sup>304</sup>

Sicherlich konnte man mit jener im konkreten Fall verklagten Bank, die sich bei ihrer Entgeltgestaltung an einer langjährigen, vom BGH zuvor anerkannten Praxis orientierte, Mitleid haben, zumal die spätere Änderung der Rechtsprechung zu den Bearbeitungsentgelten durch den XI. Zivilsenat<sup>305</sup> nicht nur überraschend kam, sondern auch sachlich nicht überzeugen kann.<sup>306</sup> Unterstellt man jedoch einmal mit der

300 Siehe die Nachweise oben Fn. 10 f.

301 Nachweise oben in Fn. 15.

302 Deutlich z.B. *Lütcke*, NZI 2017, 673, der zwar bewusst anerkennt, bei »strenger Lesart« sei »die rechtsgrundlose Leistung objektiv unentgeltlich, weil auf eine in Wahrheit nicht bestehende Schuld geleistet wurde«, gleichwohl aber der behutsamen Einschränkung durch subjektive Kriterien zustimmt.

303 *Kayser*, ZIP 2019, 293, 296 f.

304 So *Lütcke*, NZI 2017, 673.

305 Nachweise oben in Fn. 80.

306 Siehe die Nachweise oben in Fn. 81.

(fehlerhaften) Rechtsprechung des XI. Zivilsenats, dass sich die Bank die Entgelte zu lasten des (späteren) Insolvenzschuldners unzulässig »in die eigene Tasche gesteckt hatte«, dann erscheint sie doch – vorbehaltlich einer ggf. fehlenden Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO)<sup>307</sup> sowie einer späteren Entreicherung (§ 143 Abs. 2 InsO) – nach der oben dargelegten, dem § 134 InsO zugrunde liegenden Interessenabwägung<sup>308</sup> nicht schutzwürdig. Hätte die Bank die Bearbeitungsentgelte nämlich tatsächlich AGB-rechtlich unzulässig erhoben und deshalb als rechtsgrundlos zu erstatten (so die Rechtsprechung des XI. Senats), hätte sie im Gegenzug zu den erhaltenen Beträgen gerade keinen Gegenwert in die (spätere) Insolvenzmasse erbracht. Dann aber müsste die Bank nach der Grundidee des § 134 InsO den anderen Insolvenzgläubigern weichen, die Austauschgeschäfte mit Leistung und (gleichwertiger) Gegenleistung getätigt haben. Mit gutem Grund hielten insoweit schon die Schöpfer der KO denjenigen für weniger schutzwürdig, der einen Vorteil ohne rechtlichen Anspruch (!) erlangt hat.<sup>309</sup> Dass nach der in BGHZ 214, 350 begründeten neueren Rechtsprechung des IX. Zivilsenats nun gerade derjenige Empfänger die Leistung anfechtungsrechtlich soll behalten dürfen, der sie nach materiellem Bereicherungsrecht herauszugeben hat, während sie umgekehrt derjenige nach § 134 InsO erstatten muss, der bereicherungsrechtlich *nicht* zur Rückgabe verpflichtet ist, kann demgegenüber – wie dargelegt – nicht überzeugen.<sup>310</sup>

Der Milde des IX. Zivilsenats gegenüber der betroffenen Bank kann man deshalb nur im Ergebnis zustimmen, weil richtigerweise die neue Linie des XI. Zivilsenats zu den Bearbeitungsentgelten im Kreditgeschäft nicht überzeugt. Wenn aber eine unrichtige bankrechtliche Rechtsprechung durch eine unrichtige insolvenzanfechtungsrechtliche Rechtsprechung korrigiert und dadurch nur zufällig der konkrete Fall zu einem überzeugenden Resultat geführt wird, ist damit keine systematisch richtige Basis für die Beurteilung zukünftiger Fälle geschaffen.<sup>311</sup>

Das Gleiche gilt für den vom IX. Zivilsenat zuvor am 15.09.2016 entschiedenen Fall des Verkaufs eines (angeblich) wertlosen Geschäftsanteils. Auch in diesem Fall ist zwar das erzielte Ergebnis des BGH durchaus überzeugend, dies aber nicht, weil die subjektiven Fehlvorstellungen der Parteien nun allgemeiner im Rahmen des § 134 InsO zu berücksichtigen wären. Vielmehr lag der Fall offenbar so, dass bereits objektiv von einem entgeltlichen Markt-Austauschgeschäft auszugehen und die konkrete Preisbestimmung zumindest durch den Beurteilungsspielraum gedeckt war, den die Rechtsprechung als Ausnahmetatbestand und nur bei Austauschgeschäften bereits zuvor an-

307 An der Gläubigerbenachteiligung zweifelnd *Bitter*, WuB 2018, 99, 101; diese wohl bejahend *Becker*, DZWIR 2018, 201, 202: »Der Vorwegabzug der Bearbeitungsgebühr wirkt solange fort, wie die Tilgungen noch nicht die Nettoauszahlungsbeträge erreichen.«

308 S.o. Ziff. III. 5. e) bei Fn. 284 ff.

309 Dazu *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1591.

310 Eingehend zur Kritik an der »inversen« Anwendung von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht oben III. 3.

311 Siehe dazu schon *Bitter*, WuB 2018, 99 f.

erkannt hatte, um die Privatautonomie zu sichern sowie tatsächlichen Unsicherheiten und volkswirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen.<sup>312</sup>

## 2. Konkurrenzverhältnis von § 134 InsO zu § 131 InsO

Der hier vertretenen Anfechtbarkeit *aller* rechtsgrundlosen Leistungen nach § 134 InsO wird nun allerdings nicht nur vom BGH,<sup>313</sup> sondern verbreitet auch in der Literatur<sup>314</sup> ein systematisches Argument entgegengehalten, das sich auf das Verhältnis der Unentgeltlichkeitsanfechtung nach § 134 InsO zur Anfechtung inkongruenter Deckungen gem. § 131 InsO stützt: Da eine rechtsgrundlose Leistung unter § 131 InsO falle, weil sie der Insolvenzgläubiger im Sinne jener Norm »nicht ... zu beanspruchen hatte«, würden die engen zeitlichen Grenzen jener Norm überspielt, wenn die Leistung stets parallel dem § 134 InsO unterworfen würde. Damit wird – ähnlich wie in der aktuellen Debatte um das richtige Verhältnis von § 133 InsO zu § 131 InsO<sup>315</sup> – ein »Abstandsgebot« postuliert, also eingefordert, dass ein Sachverhalt nur unter *zusätzlichen* Voraussetzungen im Vergleich zu § 131 InsO parallel dem § 134 InsO unterfallen dürfe.

Selbst wenn aber jene Idee vom »Abstandsgebot« zutreffend wäre, würde sie es in keinem Fall rechtfertigen, ein Abstandskriterium wie die Differenzierung nach vorhandenem oder fehlendem Bereicherungsanspruch einzuführen,<sup>316</sup> welches – wie dargelegt – wertungsmäßig extrem unstimmige sowie mit dem Sinn und Zweck des § 134 InsO nicht vereinbare Ergebnisse produziert. Müssen wir uns also auf die Suche nach einem anderen Abstandskriterium machen?

Richtigerweise ist dies nicht der Fall, worauf *Heim*<sup>317</sup> bereits vor mehr als 10 Jahren bei seiner Untersuchung des Verhältnisses zwischen Unentgeltlichkeits- und Deckungsanfechtung aufmerksam gemacht hat: Eines *neuen* Abstandskriteriums bedarf es überhaupt nicht, insbesondere nicht der Einführung eines subjektiven Merkmals im Sinne einer Begünstigungsabsicht des Leistenden, welches teleologisch nicht zu § 134 InsO passt. Der Gesetzgeber hat nämlich den erforderlichen »Abstand« beider Normen bereits selbst herbeigeführt, allerdings nicht auf Tatbestands-, sondern auf Rechtsfolgenseite: Innerhalb der Frist des § 131 InsO liegende Leistungen ohne

312 Siehe allgemein oben Ziff. II. 1. bei Fn. 38 sowie konkret zum Urteil BGH v. 15.09.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329 (Geschäftsanteilsverkauf) oben Ziff. III. 5. c) bei Fn. 259.

313 BGH v. 20.04.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 17).

314 *Thole*, KTS 2011, 219, 224; *Thole* (Fn. 15) S. 458; ihm zust. *Schäfer* in: Kummer/Schäfer/Wagner (Fn. 15) Rn. G 42a a.E.; dem BGH zust. *Borries/Hirte* in: Uhlenbruck (Fn. 15) § 134 Rn. 48; *Becker*, DZWIR 2018, 201, 203 f. und insb. S. 206; § 131 BGB ginge vollkommen in § 134 InsO auf und wäre überflüssig; a.A. *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592: Die Argumentation mit der Systematik der Insolvenzanfechtung werde geschwächt, weil ohnehin ein unauflösbares Konkurrenzproblem zu § 132 InsO bestehe (vgl. dagegen oben bei Fn. 111); mit wenig überzeugender Argumentation gegen die Position des BGH auch *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 635.

315 Siehe jüngst *Linsenbarth/Liebisch*, ZIP 2022, 512, 515.

316 So aber sehr früh schon *Thole* (Fn. 15) S. 458; *Thole*, KTS 2011, 219, 224.

317 Dazu *Heim* (Fn. 2) S. 240 ff.

Rechtsgrund unterliegen, wenn die sonstigen Voraussetzungen des § 131 InsO erfüllt sind, unbedingt der Insolvenzanfechtung nach § 143 Abs. 1 InsO, während außerhalb der kritischen Phase liegende rechtsgrundlose Leistungen nur die begrenzteren Rechtsfolgen des § 143 Abs. 2 InsO auslösen, der Empfänger also – vom Sonderfall der Bösgläubigkeit abgesehen – nur die noch vorhandene Bereicherung herauszugeben hat.<sup>318</sup> Das Gesetz bietet folglich *auf der Rechtsfolgenseite* ein abgestuftes Regime für rechtsgrundlose Leistungen an, durch welches die beiden Tatbestände der §§ 131, 134 InsO hinreichend voneinander getrennt sind. Die Situation ist insoweit nicht vergleichbar mit dem problematischen und gerade deshalb jüngst in die Diskussion geratenen Verhältnis zwischen § 131 InsO und § 133 InsO. Wegen der dort *gleichen* Rechtsfolgenanordnung (jeweils § 143 Abs. 1 BGB) muss eine Abstufung notwendig auf *Tatbestandsseite* erfolgen und genau dies fällt – wie *Klinck* überzeugend dargelegt hat – aufgrund der »Wertungsaporie der heutigen Vorsatzanfechtung« extrem schwer.<sup>319</sup>

### 3. Ein Caveat gegenüber der Verbreiterung des Holzwegs

Unsere Schlussbetrachtung führt zu folgender Erkenntnis: Die nach dem vorhandenen und fehlenden Bereicherungsanspruch differenzierende Neuausrichtung der Rechtsprechung erweist sich als insgesamt inkonsistent im System der Anfechtung nach § 134 InsO und hat zu Unrecht eine breite Gefolgschaft in der Literatur gefunden.<sup>320</sup> Belässt man es demgegenüber – wie hier vertreten – bei der früheren richtigen Linie der Rechtsprechung und sieht *jede* rechtsgrundlose Leistung als unentgeltlich i.S.v. § 134 InsO an, erledigen sich nicht nur alle durch die jüngere Rechtsprechung hervorgerufenen Wertungswidersprüche, sondern es entsteht ein in sich stimmiges System. Deshalb sollte erst recht nicht darüber nachgedacht werden, ob der neue subjektiv eingefärbte Ansatz bei der »Freigiebigkeit« nun auch noch auf die Drei-Personen-Verhältnisse ausgedehnt werden sollte.<sup>321</sup> Richtigerweise kann die bisherige, die Anfechtung nach § 134 InsO in Drei-Personen-Verhältnissen weit ausdehnende Position des IX. Zivilsenats schon aus ganz anderen Gründen nicht überzeugen, die in der fehlenden Berücksichtigung der verschiedenen Leistungsbeziehungen in Anweisungsfällen wurzeln.<sup>322</sup> Insoweit sollte man nicht den Teufel mit dem Beelzebub austreiben.

Auch der jüngst zu beobachtenden Tendenz, die hier dargestellten Wertungswidersprüche bei der »inversen« Anwendung von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht nun auch noch ins Gesellschaftsrecht fortwuchern zu lassen, muss rechtzeitig

318 Zutreffend *Heim* (Fn. 2) S. 243.

319 *Klinck*, ZIP 2022, 1357, 1361 ff.

320 Vgl. nochmals die Nachweise oben in Fn. 15.

321 Dafür *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1243 f.; dagegen *Kayser*, ZIP 2019, 293, 295; *Thole*, WuB 2020, 303, 304 f.; *Thole* in: HK-InsO (Fn. 15) § 134 Rn. 9.

322 Dazu *Bitter* in: Habersack/Mülbert/Nobbe/Wittig (Fn. 187) S. 37, 73 ff., insb. S. 88 f., ferner S. 64; ähnlich sodann *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 640 ff.; im Ansatz übereinstimmend *Gehrlein*, WM 2019, 1241, 1244 f., der jedoch zusätzlich auf die – davon richtigerweise zu trennende – Diskussion um eine objektive oder subjektive Beurteilung der Entgeltlichkeit abhebt (S. 1243); vgl. aber auch die (partiell) kritischen Stimmen oben in Fn. 187.

und entschieden entgegengetreten werden: Nach Ansicht des OLG Frankfurt<sup>323</sup> soll bei rechtsgrundlos geleisteten Dividendenzahlungen auch ein gesellschaftsrechtlicher Rückgewähranspruch aus § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG wirtschaftlich kompensierend und damit die Unentgeltlichkeit ausschließend wirken können. Da jener Anspruch nach § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG jedoch ausgeschlossen ist, wenn die Aktionäre schutzwürdig, weil gutgläubig sind, stellt sich bei § 134 InsO das gleiche, wertungsmäßig absurde Ergebnis ein, welches hier bereits für §§ 814, 817 BGB aufgezeigt wurde: Die Schutzwürdigkeit der Aktionäre wird wegen des dann *fehlenden* Rückgewähranspruchs aus § 62 Abs. 1 AktG zum Argument, in der Insolvenz der Aktiengesellschaft nur jene schutzwürdigen Aktionäre mit der Anfechtung nach § 134 InsO für ihre Gutgläubigkeit zu bestrafen, während sich die nicht schutzwürdigen, da bösgläubigen Aktionäre keiner Unentgeltlichkeitsanfechtung ausgesetzt sehen.<sup>324</sup> Spätestens bei diesem, konsequent aus den jüngeren Urteilen des IX. Zivilsenats entwickelten Ergebnis<sup>325</sup> sollte jeder erkennen, dass wir uns mit jener Rechtsprechung insgesamt auf einem Holzweg befinden, den es abzureißen und gerade nicht zu verbreitern gilt.

### V. Zusammenfassung in Thesen

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich in folgenden Thesen zusammenfassen:<sup>326</sup>

#### 1. Hauptthese

In Übereinstimmung mit der früheren Rechtsprechung im Fall Phoenix Kapitaldienst sowie zum sog. qualifizierten Rangrücktritt ist *jede* rechtsgrundlose Leistung als unentgeltlich i.S.v. § 134 InsO anzusehen. Nicht zu folgen ist der jüngeren Rechtsprechung des IX. Zivilsenats, die beginnend mit dem Urteil BGHZ 214, 350 zu den Bearbeitungsentgelten unter dem Schlüsselwort der (fehlenden) »Freigiebigkeit« die Anfechtung gem. § 134 InsO nicht mehr zulassen will, soweit die Leistung einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB auslöst, und damit die Unentgeltlichkeitsanfechtung rechtsgrundloser Leistungen auf Fälle begrenzt, in denen der Bereicherungsanspruch gem. §§ 814, 817 BGB ausgeschlossen ist.

#### 2. Einzelthesen

- a) Die frühere Rechtsprechung fügte sich konsistent und überzeugend in das System der Anfechtung gem. § 134 InsO ein, welche für die Feststellung der »Unent-

323 OLG Frankfurt v. 25.05.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556, 1557 (juris-Rn. 40).

324 So in der Tat das Ergebnis bei *Habersack*, ZIP 2022, 1621, 1625, der die darin liegende Absurdität allerdings nicht auflöst, sondern nebulös mit der Aussage zu verschleiern sucht, § 134 InsO ziehe schlicht die Konsequenz daraus, dass allein der bösgläubige Aktionär der aktienrechtlichen Haftung unterliegt. Richtigerweise muss jener bösgläubige Aktionär, welcher sogar gesellschaftsrechtlich zur Rückgewähr verpflichtet ist, erst recht der Unentgeltlichkeitsanfechtung ausgesetzt sein, wenn diese schon gegen den gutgläubigen Aktionär begründet ist.

325 Deutlich *Habersack*, ZIP 2022, 1621, 1625, der seine – freilich höchst fragwürdigen – Ergebnisse konsequent aus der BGH-Rechtsprechung entwickelt.

326 Die nachfolgenden Thesen lagen den Insolvenzrechtslehrern/innen beim Vortrag v. 29.09.2022 als Grundlage der Diskussion vor.

- geltlichkeit« grundsätzlich nur auf die objektiven Wertverhältnisse von Leistung und Gegenwert schaute und nur im Ausnahmefall unausgeglichener Austauschgeschäfte die subjektiven Vorstellungen der Parteien in den Grenzen eines objektiv bemessenen Beurteilungsspielraums berücksichtigte, um die Privatautonomie der Parteien zu sichern sowie tatsächlichen Unsicherheiten und volkswirtschaftlichen Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Diese begrenzte Ausnahme hat die frühere Rechtsprechung mit Recht nicht auf (teilweise) rechtsgrundlose Leistungen ausgedehnt, weil auf diese die genannten Gründe nicht übertragbar sind.
- b) Die jüngere, mit BGHZ 214, 350 begonnene Rechtsprechung bricht ohne (überzeugende) Begründung auch mit dem weiteren, bis heute anerkannten Grundsatz, dass zwischen Leistung und Gegenwert eine Verknüpfung erforderlich ist, die zwar nicht notwendig synallagmatischer Natur sein muss, aber zumindest konditional oder rechtlich kausal (BGH v. 19.07.2018 – IX ZR 307/16, Rn. 38). An einer derartigen Verknüpfung fehlt es offensichtlich zwischen rechtsgrundloser Leistung und Bereicherungsanspruch, weil die Parteien nicht (nachträglich) dahin übereingekommen sind, dass der Schuldner für seine Leistung einen Bereicherungsanspruch erhalten soll.
- c) Die mit BGHZ 214, 350 begonnene Rechtsprechung würde bei konsequenter Anwendung zu dem untragbaren Ergebnis führen, dass der Leistungsempfänger bei einem *unwirksamen* Schenkungsvertrag anfechtungsrechtlich bessergestellt wird als bei einem (*form-*)*wirksamen* Schenkungsversprechen. Vermeiden kann der BGH den darin liegenden Wertungswiderspruch nur durch inkonsequente Anwendung der von ihm selbst aufgestellten Grundsätze, nämlich durch die Ausblendung des (angeblich einen hinreichenden Gegenwert bildenden) Bereicherungsanspruchs allein beim unwirksamen Schenkungsvertrag sowie durch Rückgriff auf das *nichtige* Grundverhältnis (*causa*) zur Anerkennung der Unentgeltlichkeitsrechtsprechung.
- d) Die mit BGHZ 214, 350 eingeführte, hier sog. »inverse« Anwendung von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht durch den IX. Zivilsenat, bei der sich der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1, 1. Alt. BGB und die Unentgeltlichkeitsanfechtung gem. § 134 InsO notwendig gegenseitig ausschließen sollen, führt zu erheblichen Wertungswidersprüchen, welche derselbe Senat im Jahr 1990 noch selbst erkannt und zu vermeiden gesucht hatte (BGHZ 113, 98, 105 f.). Jedes Argument, das im Bereicherungsrecht zugunsten eines Anspruchs der Insolvenzmasse vorgetragen wird, wendet sich im Rahmen der Anfechtung nach § 134 InsO automatisch gegen die Masse und umgekehrt. Die §§ 814, 817 BGB werden zum »insolvenzrechtlichen Bumerang«, indem exakt und ausschließlich in jenen Fällen die Unentgeltlichkeitsrechtsprechung zugelassen wird, in denen die Rückforderung nach den bereicherungsrechtlichen Wertungen ausgeschlossen sein soll. Das selbstwidersprüchliche, gesetz- und sittenwidrige Verhalten wird damit im Rahmen des § 134 InsO privilegiert, während umgekehrt genau jener Empfänger die Unentgeltlichkeitsanfechtung nicht fürchten muss, welcher materiellrechtlich nach § 812 BGB zur Rückerstattung verpflichtet ist.
- e) Mit der in BGHZ 214, 350 eingeführten Differenzierung nach bestehendem oder ausgeschlossenen Bereicherungsanspruch hat der IX. Zivilsenat den Dreh- und

Angelpunkt seiner Rechtsprechung zum sog. qualifizierten Rangrücktritt (BGHZ 204, 231) in nicht überzeugender Weise selbst beseitigt. Bei gegen den Rangrücktritt verstoßenden Rückzahlungen in der Krise ist nur noch in einem begrenzten Teil der Fälle, nämlich bei – keineswegs gesichertem – Eingreifen des § 814 BGB, die Anfechtung gem. § 134 InsO möglich. Damit hat das Urteil BGHZ 214, 350 die erst kurz zuvor durch BGHZ 204, 231 geschaffene Basis für eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO auf Rangrücktritte von Nichtgesellschaftern wieder beseitigt.

- f) Die neuere Rechtsprechung zur eingeschränkten Anfechtbarkeit rechtsgrundloser Zahlungen führt nicht nur beim qualifizierten Rangrücktritt, sondern auch im Übrigen zu einer Überfrachtung der Unentgeltlichkeitsrechtsprechung mit schwer zu beweisenden subjektiven Voraussetzungen und damit zu erhöhter Rechtsunsicherheit.
- g) Die Versubjektivierung der Unentgeltlichkeitsanfechtung bricht außerdem mit dem Telos des § 134 InsO, für das die *einseitigen* Fehlvorstellungen sowohl des (späteren) Insolvenzschuldners als auch des Leistungsempfängers grundsätzlich irrelevant sind und deshalb in gleicher Weise der *beiderseitige* Irrtum über einen wertausgeglichene Leistungsaustausch mit dem Unterfall der unerkannt rechtsgrundlosen Leistung. Ein eventuelles Vertrauen des Leistungsempfängers in den rechtsgrundlos und damit ohne verknüpften Gegenwert erlangten Gegenstand wird nach dem Telos des § 134 InsO nur auf der Rechtsfolgenseite geschützt (§ 143 Abs. 2 InsO).
- h) Die Anfechtbarkeit *aller* rechtsgrundlosen Leistungen gem. § 134 InsO entspricht demgegenüber exakt dem Telos jener Norm: Wer ohne Rechtsgrund eine Leistung empfängt, die er (deshalb) schon nach materiellem Recht nicht behalten darf, hat in der Interessenabwägung gegenüber den sonstigen Insolvenzgläubigern zurückzustehen. Das Konkurrenzverhältnis zu § 131 InsO zwingt entgegen dem BGH und der h.M. nicht zu einem »Abstandskriterium«, insbesondere nicht zur Anerkennung eines – dem § 134 InsO völlig fremden – subjektiven Merkmals wie der Begünstigungsabsicht des Leistenden. Die Abstufung des § 134 InsO zu § 131 InsO erfolgt vielmehr auf der Rechtsfolgenseite, indem die in der engen Suspektsperiode des § 131 InsO erfolgten rechtsgrundlosen Leistungen *unbedingt* zurückzugewähren sind (§ 143 Abs. 1 InsO), während die früheren, bis zu vier Jahre zurückliegenden Leistungen ohne Rechtsgrund im Grundsatz nur *bei fortbestehender Bereicherung* des Empfängers zu erstatten sind (§ 143 Abs. 2 InsO).