

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

## Neuere BGH-Rechtsprechung zu § 134 InsO

Lehrgang „Insolvenzrecht“  
der Bielefelder Fachlehrgänge  
am 16. Mai 2023 in Westerland/Sylt

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)

## Auftakt

### § 134 InsO. Unentgeltliche Leistung

(1) Anfechtbar ist eine **unentgeltliche Leistung des Schuldners**, es sei denn, sie ist früher als **vier Jahre** vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden.

(2) Richtet sich die Leistung auf ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Werts, so ist sie nicht anfechtbar.

### § 143 InsO. Rechtsfolgen

(1) Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. ...

(2) **Der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat diese nur zurückzugewähren, soweit er durch sie bereichert ist.** Dies gilt nicht, sobald er weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt.

**Sinn und Zweck des § 134 InsO:**

Abwägung der Interessen des Leistungsempfängers im Verhältnis zu den Insolvenzgläubigern:

Wer etwas „unentgeltlich“ (= ohne eigenes Vermögensopfer) aus der späteren Insolvenzmasse erhalten hat, soll denjenigen weichen, die deshalb vom Schuldner nicht mehr vollständig befriedigt werden können.

**Hauptproblem in der Rechtsprechung der letzten Jahre:**

Verhältnis des § 134 InsO zum Bereicherungs-/Rücktritts-/Gesellschaftsrecht

→ Wird die Anfechtung nach § 134 InsO bei bestehendem Anspruch aus § 812 BGB, § 346 BGB, Kapitalerhaltung etc. ausgeschlossen oder greift sie erst recht ein?

**Praktische Bedeutung des § 134 InsO im Unternehmensrecht:**

⇒ **Urteil BGHZ 204, 231 zum qualifizierten Rangrücktritt**

- Vorinsolvenzliche Leistung in der Krise trotz qualifizierten Rangrücktritts = Leistung ohne Rechtsgrund i.S.v. § 812 BGB
- Folge: unbedingte Möglichkeit der Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO

⇒ **Ausschüttung von Scheindividenden/Scheingewinnen (Wirecard u.a.)**

⇒ **verdeckte Gewinnausschüttung/Vermögensverlagerung (insbesondere in Konzernsachverhalten)**

**BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233**

Leitsatz 1: Der Schuldner, der im Zwei-Personen-Verhältnis auf eine tatsächlich nicht bestehende Schuld leistet, nimmt keine unentgeltliche Leistung vor, wenn er irrtümlich annimmt, zu einer entgeltlichen Leistung verpflichtet zu sein.

Rn. 13: „Leistet der Schuldner, weil er sich irrtümlich hierzu verpflichtet hält, steht ihm hinsichtlich der Leistung ein **Bereicherungsanspruch** nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu. Der Empfänger ist von vornherein diesem Bereicherungsanspruch ausgesetzt. Insoweit **fehlt es** bei einer solchen Leistung **an einem endgültigen, vom Empfänger nicht auszugleichenden, freigiebigen Vermögensverlust des Schuldners.**“

Konsequenz: § 134 InsO nur bei Ausschluss des Bereicherungsanspruchs nach § 814 oder § 817 BGB ⇒ **inverse (= sich gegenseitig ausschließende) Anwendung von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht**

**Bestätigung für die Ausschüttung von Scheingewinnen**

- ❖ BGH v. 5.7.2018 – IX ZR 139/17, ZIP 2018, 1746 (Rn. 12 f.)
- ❖ BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 10)
- ❖ BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 12)
- ❖ BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 11)
- ❖ BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 11)
- ❖ BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 108/20, ZInsO 2022, 1281 (Rn. 11)
- ❖ zur Zahlung von Maklerlohn bei Schneeballsystemen auch BGH v. 10.6.2021 – IX ZR 157/20, ZIP 2021, 1503 (Rn. 10)

**Bestätigung für andere Fallkonstellationen:**

- ❖ BGH v. 7.9.2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863 (Rn. 14 ff., insbes. Rn. 18 f.) zur Vermögensübertragung auf einen Treuhänder aufgrund einer möglicherweise nichtigen Treuhandvereinbarung
- ❖ BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Rn. 10, 14) zur Rückzahlung eines Nachrangdarlehens
- ❖ BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 65 f., 86, 95, 111) zu einem (möglicherweise) nichtigen Darlehensvertrag
- ❖ BGH v. 24.2.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 (Rn. 16) zum qualifizierten Rangrücktritt

**Übertragung auf einen Rückgewähranspruch aus § 346 Abs. 1 BGB**

- ❖ BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 17/12 (Rn. 11) – P&R Container

**Übertragung auf einen gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch**

- ❖ OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556, 1557 (juris-Rn. 40)
- ❖ bestätigend in der Revision **BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22 (Rn. 15 f., 22)**

## Weitgehende Zustimmung zu BGHZ 214, 350 in der Literatur:

- ❖ *Rogge/Leptien*, in: HambKommInsR, 9. Aufl. 2022, § 134 Rn. 29; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 134 Rn. 32a, 48 f.; *Bork*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand: 12/2022, § 134 Rn. 41 (vgl. aber auch Rn. 53); *Jacoby*, EWiR 2017, 403, 404; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1593 mit Hinweis auf v. *Wilmowsky*, Schneeballsysteme der Kapitalanlage: Auszahlungen an Kunden und deren Beurteilung im Insolvenzfall, 2010, 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 *Ganter/Weinland*, in: K. Schmidt, InsO, 20. Aufl. 2023, § 134 InsO Rn. 20; *Thole*, in: Kayser/Thole, HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 134 Rn. 14; *Thole*, ZRI 2023, 49 ff.; *Bork*, NZI 2018, 1, 4 f.; **vor BGHZ 214, 350** 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
- ❖ ablehnend *Bitter*, WuB 2018, 99 ff.; *Bitter*, KTS 2022, 423 ff.; *Bitter*, ZIP 2023, 169 ff.; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 634 ff.; *Baumert*, EWiR 2021, 23, 24 m.w.N.

- I. Entwicklung der Rechtsprechung im Überblick
- II. BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO
- III. Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche
- IV. Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB
- V. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO
- VI. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung
- VII. Thesen

Anhang: Neues Urteil des BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22

## 1. Die Rechtsprechung bis zum Fall Phoenix Kapitaldienst

- jede rechtsgrundlose Leistung ist unentgeltlich i.S.v. § 134 InsO
- Abweichung des Grundsatzurteils BGHZ 179, 137 von der Entscheidung BGHZ 113, 98 (zur KO) setzte voraus, dass die Anfechtung nach § 134 InsO auch bei *fehlender* Anwendbarkeit des § 814 BGB eingreift
- objektive Wertverhältnisse der ausgetauschten Leistungen maßgebend
  - ⇒ subjektive Vorstellungen der Parteien jedenfalls bei objektiv gänzlich fehlendem Gegenwert unerheblich
  - ⇒ subjektive Vorstellung nur bei **unausgeglichenen Austauschgeschäften** im Rahmen eines Beurteilungsspielraums begrenzt relevant
- von den Parteien hergestellte Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung erforderlich

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

- Befreiung aus einem Dilemma im Rahmen des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO: zuvor streitige Anwendung auf Rangrücktritte von Nichtgesellschaftern

Wortlaut des § 19 Abs. 2 S. 2 InsO: „Forderungen auf Rückgewähr von Gesellschafterdarlehen oder aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, für die gemäß § 39 Abs. 2 zwischen Gläubiger und Schuldner der Nachrang im Insolvenzverfahren hinter den in § 39 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 bezeichneten Forderungen vereinbart worden ist, sind nicht bei den Verbindlichkeiten nach Satz 1 zu berücksichtigen.“

Problem: Übertragbarkeit auf außenstehende Drittgläubiger?

  - ⇒ bei vorzeitiger Rückzahlung kein § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO, da unanwendbar bei freiwilligem Rangrücktritt von Nichtgesellschaftern (*Bitter*, ZIP 2013, 2 ff.; zust. OLG Düsseldorf, ZIP 2015, 187, 189 f.)

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

- Lösung: vorinsolvenzliche Leistung in der Krise trotz qualifizierten Rangrücktritts = Leistung ohne Rechtsgrund i.S.v. § 812 BGB
  - Rn. 19: vorinsolvenzliche Zahlungssperre neben dem Rangrücktritt erforderlich (sog. „qualifizierter Rangrücktritt“)
    - ⇒ Rn. 25: Durchsetzbarkeit der Forderung nur, solange durch die Zahlung keine Insolvenzgefahr begründet wird
  - Rn. 32: verfügender Schuldänderungsvertrag ⇒ Leistung auf eine Nichtschuld bei Befriedigung trotz Insolvenzreife
    - ⇒ Rn. 27 ff.: Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB vorbehaltl. § 814 BGB
- Folge: unbedingte Möglichkeit der Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO
  - ⇒ Rn. 46 ff. mit Hinweis auf die Rspr. im Fall Phoenix Kapitaldienst

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

- Ergebnis:
  - Alle vorinsolvenzlichen Zahlungen in der Krise an Gesellschafter und Nichtgesellschafter trotz qualifizierten Rangrücktritts unterliegen der vier Jahre zurückreichenden Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO.
  - eigenes, konsequentes und zeitlich weiter zurückreichendes Haftungsregime, das neben die Insolvenzanfechtung des § 135 InsO tritt; letztere gilt nur bei Darlehen von Gesellschaftern und wirtschaftlich vergleichbaren Rechtshandlungen
- *Karsten Schmidt*, ZIP 2015, 901, 907: „Dreh- und Angelpunkt“ der in BGHZ 204, 231 entwickelten Lösung

## 3. Urteil zum Verkauf eines (angeblich) wertlosen GmbH-Anteils

BGH v. 15.9.2016 – IX ZR 250/15, ZIP 2016, 2329

Leitsatz: 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.

Mehrheitliche Interpretation in der Literatur:

Hinwendung des IX. Zivilsenats zum subjektiven Ansatz.

## 3. BGHZ 214, 350 – Bearbeitungsentgelt beim Darlehensvertrag

- Hintergrund: (fehlerhafte) Änderung der Rechtsprechung des XI. Zivilsenats zur (angeblichen) Unzulässigkeit laufzeitunabhängiger Entgelte
  - ⇒ BGHZ 201, 168 = ZIP 2014, 1266; BGH ZIP 2014, 1369; BGHZ 215, 172 = ZIP 2017, 1610; Kritik u.a. bei *Bitter*, JZ 2015, 170 ff.; *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203 und 2249 ff.
- keine Rückforderung aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, da Aufrechnung der Bank mit Darlehensrückzahlungsanspruch
- keine Anfechtung nach § 134 InsO, da Anspruch aus § 812 BGB
- Rn. 12: „Auch ohne eine vertragliche Vereinbarung einer Gegenleistung fehlt 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.“



## 3. BGHZ 214, 350 – Bearbeitungsentgelt beim Darlehensvertrag

- Rn. 15: „Wer ... irrtümlich auf eine entgeltliche Nichtschuld leistet, erstrebt eine Gegenleistung, an deren Stelle der Rückforderungsanspruch gegen den Empfänger tritt. In solchen Fällen handelt es sich regelmäßig nicht um eine freigiebige Handlung des Schuldners. Denn **an die Stelle des weggegebenen Vermögensgegenstandes tritt der Bereicherungsanspruch** nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB.“
- Rn. 16: „**Anders ist dies**, wenn der Empfänger nicht mit einer Verpflichtung belastet wird, die der Unentgeltlichkeit entgegenstehen kann. Dies ist bei einer rechtsgrundlosen Leistung der Fall, **sofern dem Schuldner kein Rückforderungsanspruch zusteht**. Daher liegt eine unentgeltliche und deshalb anfechtbare Leistung des Schuldners vor, wenn er in **Kenntnis des fehlenden Rechtsgrundes** handelt. Unter diesen Umständen ist eine Rückforderung nach **§ 814 BGB** ausgeschlossen.“

- I. Entwicklung der Rechtsprechung im Überblick
- II. BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO**
- III. Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche
- IV. Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB
- V. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO
- VI. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung
- VII. Thesen

## 1. Frühere Rechtsprechung: „Bewertungsspielraum“ nur bei unausgeglichenen Austauschgeschäften

- Erste Voraussetzung: Die Parteien wollen übereinstimmend in voller Höhe eine entgeltliche Zuwendung.
- Zweite Voraussetzung: Sie halten sich dabei im Rahmen eines angemessenen Bewertungsspielraums.
- Grund: Schutz der Privatautonomie der Parteien / tatsächliche Unsicherheiten / volkswirtschaftliche Bedürfnisse
- fehlende Übertragbarkeit auf (teilweise) rechtsgrundlose Leistungen
  - ⇒ *Heim*, Schenkungsanfechtung bei Auszahlungen im verdeckten Schneeballsystem – Eine Untersuchung anhand des Falles der Phoenix Kapitaldienst GmbH, 2011, S. 217 ff.

## 2. Fehlende Verknüpfung von Leistung und „Gegenleistung“ bei rechtsgrundlosen Leistungen

- Der Leistende erbringt seine Leistung nicht, weil er im Gegenzug einen Bereicherungsanspruch gemäß § 812 BGB erwerben will.
  - ⇒ *Heim*, Schenkungsanfechtung bei Auszahlungen im verdeckten Schneeballsystem – Eine Untersuchung anhand des Falles der Phoenix Kapitaldienst GmbH, 2011, S. 151 ff.
- BGH: Die rechtliche Verknüpfung muss nicht notwendig synallagmatisch i.S.d. §§ 320 ff. BGB sein; ausreichend ist auch eine konditionale (vgl. § 158 BGB) sowie eine *rechtlich* kausale Verknüpfung.
  - ⇒ BGH v. 19.7.2018 – IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 (Rn. 37 f.) ⇒ b.w.  
Fall: Zahlung von Fördergeldern durch das Land NRW als Gegenleistung für die Nutzungsüberlassung an einem Krankenhaus an einen Landschaftsverband.

### 2. Fehlende Verknüpfung von Leistung und „Gegenleistung“ bei rechtsgrundlosen Leistungen

BGH v. 19.7.2018 – IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 (Rn. 37 f.)

„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). ... 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).“

- I. Entwicklung der Rechtsprechung im Überblick
- II. BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO
- III. Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche**
- IV. Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB
- V. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO
- VI. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung
- VII. Thesen

#### 1. Privilegierung der unwirksamen Schenkung gegenüber der wirksamen Schenkung?

- Wenn der wirksam Beschenkte nach § 134 InsO auf Rückgewähr haftet, 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.
- Groteskes Prozessverhalten auf Basis der neuen Rechtsprechung: Beschenkter beruft sich auf die Unwirksamkeit der Schenkung, um einem Anspruch aus § 812 BGB ausgesetzt zu sein und damit die Anfechtung nach § 134 InsO abzuwehren.

#### 1. Privilegierung der unwirksamen Schenkung gegenüber der wirksamen Schenkung?

- BGHZ 214, 350 Rn. 15: „Auch eine Leistung, die aufgrund eines Schenkungsvertrages – also mit Rechtsgrund – erfolgt, ist unentgeltlich. Die **Unentgeltlichkeit** einer Leistung, die – wie hier – kein Verpflichtungsgeschäft darstellt, ist **nach dem Grundgeschäft zu beurteilen (...)**. **Daher ist die Leistung auf ein unwirksames Schenkungsversprechen unentgeltlich.**“
- bestätigend **BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22** (Rn. 13) ⇒ Folie 64
- Kritik (Bitter, KTS 2022, 423, 446 ff.):
  - Die *nichtige* Willenserklärung kann nicht zur Begründung der Unentgeltlichkeit herangezogen werden.
  - Warum soll der Bereicherungsanspruch nur bei der unwirksamen Schenkung keinen „Gegenwert“ darstellen? ⇒ Inkonsistenz

### 2. Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang

- Derjenige Empfänger einer rechtsgrundlosen Leistung wird einer vier Jahre zurückgreifenden Insolvenzanfechtung gemäß § 134 InsO ausgesetzt, welcher zivilrechtlich gemäß §§ 814, 817 BGB nicht zur Rückzahlung verpflichtet ist.
- Derjenige Empfänger muss keine Schenkungsanfechtung befürchten, der zivilrechtlich gemäß § 812 BGB auf Rückgewähr haftet.
- Deutliches Auseinanderlaufen von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht
  - ❖ *Bitter*, KTS 2022, 423, 449 ff.; a.A. unverstündlich *Thole*, in: Kayser/Thole, HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 134 Rn. 14: „Gleichlauf mit dem Bereicherungsrecht“

### 3. Wertungswidersprüche in Bezug auf § 814 BGB

- § 814 BGB als Ausfluss der Unzulässigkeit widersprüchlichen Verhaltens
  - Folge für § 134 InsO: Privilegierung des widersprüchlichen Verhaltens
- § 814 BGB gilt nur für freiwillige Leistungen; zahlt ein Schuldner unter Druck oder Zwang, steht die Kenntnis der Nichtschuld einer Kondition nicht entgegen.
  - Folge für § 134 InsO: Der Empfänger wird für seine Ausübung von Druck oder Zwang damit belohnt, dass eine Anfechtung gemäß § 134 InsO gegen ihn ausgeschlossen ist.
    - ❖ *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232, 235 (zur Zahlung von Scheingewinnen) und 236 (zur Zahlung trotz qualifizierten Rangrücktritts)

## 3. Wertungswidersprüche in Bezug auf § 814 BGB

- Vermeidung des Wertungswiderspruchs bei BGH v. 29.11.1990 – IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 105 f. (juris-Rn. 21); dazu *Bitter*, KTS 2022, 423, 451 f.  
„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.“
- Die neue Linie des IX. Senats gegen die Kritik von *Bitter*, KTS 2022, 423 ff. verteidigend **BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22** (Rn. 17 f.) ⇒ Folien 62 ff.

## 4. Wertungswidersprüche in Bezug auf § 62 AktG

- bei rechtsgrundlos geleisteten Dividendenzahlungen wirkt auch ein gesellschaftsrechtlicher Rückgewähranspruch aus § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG wirtschaftlich kompensierend = die Unentgeltlichkeit ausschließend
  - ❖ OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556, 1557 (juris-Rn. 40); bestätigend **BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22** (Rn. 15 f., 22)
  - ❖ zu § 346 BGB vgl. BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 17/12 (Rn. 11) – P&R Container
- Achtung: Der Anspruch ist nach § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG ausgeschlossen, wenn die Aktionäre schutzwürdig, weil gutgläubig sind.
- Wortlaut des § 62 Abs. 1 AktG: <sup>1</sup>Die Aktionäre haben der Gesellschaft Leistungen, die sie entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes von ihr empfangen haben, zurückzugewähren. <sup>2</sup>Haben sie Beträge als Gewinnanteile bezogen, so besteht die Verpflichtung nur, wenn sie wußten oder infolge von Fahrlässigkeit nicht wußten, daß sie zum Bezug nicht berechtigt waren.

## 4. Wertungswidersprüche in Bezug auf § 62 AktG

- Folge für § 134 InsO: Nur die in § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG als schutzwürdig angesehenen Aktionäre werden der Anfechtung nach § 134 InsO ausgesetzt und damit im Ergebnis für ihre Gutgläubigkeit bestraft, während sich die nicht schutzwürdigen, da bösgläubigen Aktionäre keiner Unentgeltlichkeitsanfechtung ausgesetzt sehen.
  - ❖ so *Habersack*, ZIP 2022, 1621, 1625
  - ❖ dazu kritisch *Bitter*, ZIP 2023, 169 ff.
  - ❖ beschwichtigend *Thole*, ZRI 2023, 49, 53: nur Konkurrenz der Anspruchsgrundlagen; **ähnlich jetzt BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22** (Rn. 43-45: der bösgläubige Aktionär steht im praktischen Ergebnis schlechter als der gutgläubige ⇒ Folien 70 ff.)
- Der Schutz des § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG wirkt nicht gegenüber § 134 InsO.
  - ❖ **BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22** (Rn. 32 ff.) gegen *Foerster*, WM 2022, 2359 ff. u.a.

- I. Entwicklung der Rechtsprechung im Überblick
- II. BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO
- III. Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche
- IV. Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB**
- V. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO
- VI. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung
- VII. Thesen



### 1. Ausgangspunkt

- Kenntnis der Nichtschuld im Zeitpunkt der Leistung wird über § 814 BGB mittelbar zum Tatbestandsmerkmal der Anfechtung gemäß § 134 InsO (dazu kritisch *Bitter*, KTS 2022, 423, 456 ff.)
- IX. Zivilsenat wird zum „Interpreten“ des § 814 BGB (und des § 817 BGB)
  - ❖ BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ZIP 2020, 2242 (Rn. 29 - 34)
  - ❖ BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 21 - 38)
  - ❖ BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 20 - 32)
  - ❖ BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 17 - 25)
  - ❖ BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 108/20, ZInsO 2022, 1281 (Rn. 17 - 25)

### 2. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

- Unwirksamkeit vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre nach AGB-Recht
  - ❖ BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679  
Leitsatz 4: „In allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern ist eine qualifizierte Nachrangvereinbarung nur dann hinreichend transparent, wenn aus ihr die Rangtiefe, die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, deren Dauer und die Erstreckung auf die Zinsen klar und unmissverständlich hervorgehen. Knüpft eine solche Klausel die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre an das Entstehen von Insolvenzeröffnungsgründen, muss sie die erfassten Insolvenzeröffnungsgründe klar und unmissverständlich bezeichnen.“
- Folge für § 134 InsO: Anfechtung wegen „Kenntnis der Nichtschuld“ hängt von Wirksamkeitsbedenken/Rechtskenntnissen des Leistenden ab: Je größer die Wirksamkeitsbedenken bei in Wahrheit wirksamem Rangrücktritt sind, desto weniger ist die Anfechtung nach § 134 InsO möglich.



## 2. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

- Abhängigkeit des § 134 InsO von Irrtümern des Leistenden über die Krise
- Hintergrund: Der „qualifizierte Rangrücktritt“ verbietet nicht jegliche Rückzahlung, sondern lediglich eine Rückzahlung in der Krise.
  - ❖ BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 (Rn. 24 ff.) m. Anm. *Bitter/Heim*; bestätigend BGH v. 24.2.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 (Rn. 32).
- Unsicherheiten beim Eingreifen von Insolvenzgründen zum Zeitpunkt der Leistung angesichts diverser prognostischer Elemente in §§ 17 bis 19 InsO
- Steigerung der Probleme bei Abhängigkeit des Insolvenzgrundes von rechtlichen Zweifeln ⇒ b.w.

## 2. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

- Steigerung der Probleme bei Abhängigkeit des Insolvenzgrundes von rechtlichen Zweifeln
    - ❖ BGH v. 24.2.2022 – IX ZR 250/20, ZIP 2022, 654 – Wandelanleihen
- Abhängigkeit der Zahlungsunfähigkeit einer Gesellschaft von der Frage, ob die in Wandelanleihen vereinbarte vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre (aus einem „qualifizierten Rangrücktritt“) wirksam vereinbart wurde.
- Rn. 34 zu § 133 InsO: „Es lässt sich nicht feststellen, dass die Schuldnerin wusste, dass die qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung dem Rückforderungsbegehren nicht entgegenstand. Da die Schuldnerin zahlungsunfähig war, sofern die Rückzahlungsansprüche durchsetzbar und fällig waren, lagen die tatsächlichen Voraussetzungen für eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre vor.“
- ⇒ Rechtliche Zweifel hindern die Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB

### 2. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

- Ergebnis: Zerstörung des in BGHZ 204, 231 entwickelten Konzepts
  - ⇒ § 134 InsO scheidet (angeblich) oftmals aus, weil die Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB fehlt (*Bitter*, KTS 2022, 423, 457 ff.)
  - ⇒ Basis einer analogen Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO auf Nichtgesellschafter gerät (wieder) ins Wanken, weil es bei gegen den Rangrücktritt verstoßenden Zahlungen an Nichtgesellschafter kein konsequentes Anfechtungsregime mehr gibt und damit die vergleichbare Interessenlage fehlt.
  - ⇒ Suche nach einem alternativen Rückgewähranspruch
- ❖ Scholz/*Bitter*, GmbHG, Band III, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 Rn. 102 f., Anh. § 64 Rn. 585

### 3. Überfrachtung des § 134 InsO mit der subjektiven Komponente einer Kenntnis der Nichtschuld

- Umfangreiche Rechtsprechung ⇒ Folie 31
  - Beispiel: Abhängigkeit einer Kenntnis der Nichtschuld bei rechtsgrundloser Zahlung auf Genussrechte vom streitigen Wissen der Organmitglieder in Bezug auf bestimmte Details der Bilanzierung
  - ❖ BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 (Rn. 25 ff.) gegen OLG Koblenz, ZIP 2020, 526 ff.; zum gleichen Problemkomplex auch BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, WM 2022, 126 (Rn. 20 ff.); BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 107/20, ZIP 2022, 1008 (Rn. 17 ff.); BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 108/20, ZInsO 2022, 1281 (Rn. 17 ff.)
- Beweisprobleme der Insolvenzverwalter bei subjektivem Merkmal
  - ❖ *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2295 ff. zu Ausschüttungen von Scheingewinnen in verdeckten Schneeballsystemen

- I. Entwicklung der Rechtsprechung im Überblick
- II. BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO
- III. Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche
- IV. Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB
- V. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO**
- VI. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung
- VII. Thesen

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

### 1. Die „Freigiebigkeit“ als Schlüsselwort der jüngeren Rechtsprechung zu § 134 InsO

- Hinweis auf das „freigiebige“ Verhalten des Leistenden
  - ❖ BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 10, 11, 13, 14, 15, 19, 20)
  - ❖ BGH v. 7.9.2017 – IX ZR 224/16, ZIP 2017, 1863 (Rn. 19)
  - ❖ BGH v. 5.7.2018 – IX ZR 126/17, ZIP 2018, 1505 (Rn. 14)
  - ❖ BGH v. 19.7.2018 – IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 (Rn. 31, 32, 34)
  - ❖ BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 (Rn. 10)
  - ❖ BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 (Rn. 85)
  - ❖ BGH v. 10.6.2021 – IX ZR 157/20, ZIP 2021, 1503 (Rn. 21): „freigiebig“
- h.L.: stärkere Versubjektivierung des § 134 InsO
- Kritik bei *Bitter*, KTS 2022, 423, 461 ff.

### 2. Die subjektiven Lehren zu § 134 InsO

- Begünstigungswille des Leistenden ⇒ Nähe zur Schenkung im Rechtssinn
  - ❖ *Held*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO, 2016, S. 131 ff., insbes. S. 142 ff. mit Ergebnis S. 156 f., S. 214 ff. mit Zusammenfassung S. 224 f.
- Bedeutung der Parteiabrede (*causa*) für die Bestimmung des Leistungsaustauschs als unentgeltlich
  - ❖ *Ganter*, NZI 2015, 249, 254 ff.
- Begriff der „unentgeltlichen Leistung“: „Entgelt“ = Vergütung (vorzugsweise in Geld) für eine Leistung der anderen Seite ⇒ Maßgeblichkeit der *causa*

### 3. Die Position des IX. Zivilsenats des BGH

- BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 16) – Bearbeitungsentgelt beim Darlehen

„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 (...)“.
- starke Betonung des Begünstigungswillens (im Sinne von *Held*)

### 3. Die Position des IX. Zivilsenats des BGH

- BGH v. 15.9.2016 – IX ZR 250/15, WM 2016, 2329 = ZIP 2016, 2329 – Verkauf eines (angeblich) wertlosen Geschäftsanteils

Rn. 22: „In der bisherigen Rechtsprechung des Senats ist die Frage offen geblieben, ob ein **Irrtum beider Teile über die** tatsächlichen Voraussetzungen der **Werthaltigkeit einer Gegenleistung** die Anwendung des § 134 InsO ausschließt (...). Sie ist 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** (...).“

### 3. Die Position des IX. Zivilsenats des BGH

- BGH v. 15.9.2016 – IX ZR 250/15, WM 2016, 2329 = ZIP 2016, 2329 – Verkauf eines (angeblich) wertlosen Geschäftsanteils

Rn. 23: „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.**“

- Geschäftsanteil zum Zeitpunkt des Verkaufs überhaupt nicht wertlos  
⇒ Risikogeschäft, bei dem die Markterwartung zum Zeitpunkt des Kaufs zugrunde gelegt wurde (*Jacoby*, EWiR 2017, 403, 404)

### 4. Kritik am Abstellen auf einen Begünstigungswillen

- ❖ *Bitter*, KTS 2022, 423, 461 ff.
- Erhöhte Rechtsunsicherheit bei subjektiven Merkmalen (s.o.)
- Relevanz des Schuldnerfehlverhaltens nur bei dessen Zahlungsunfähigkeit
  - ❖ *Bork*, NZI 2018, 1, 2; insoweit übereinstimmend *Ganter*, NZI 2015, 249, 255
- Irrelevanz von Fehlvorstellungen über die Entgeltlichkeit bei § 134 InsO
  - ⇒ Telos des § 134 InsO (vgl. bereits Folie 3): Abwägung der Interessen des Leistungsempfängers im Verhältnis zu den Insolvenzgläubigern: Wer etwas „unentgeltlich“ (= ohne eigenes Vermögensopfer) aus der späteren Insolvenzmasse erhalten hat, soll denjenigen weichen, die deshalb vom Schuldner nicht mehr vollständig befriedigt werden können.

### 4. Kritik am Abstellen auf einen Begünstigungswillen

- ⇒ keine Bedeutung der subjektiven Fehlvorstellung des Empfängers, eine werthaltige Gegenleistung erbracht zu haben
  - ❖ BGH v. 11.11.2021 – IX ZR 237/20, ZIP 2021, 2655 (Rn. 15): Irrtum des Leistungsempfängers über Entgeltlichkeit von Gewinnausschüttungen irrelevant
- ⇒ keine Bedeutung der subjektiven Fehlvorstellung des leistenden Insolvenzschuldners, weil seine Interessen in der Abwägung zwischen optimaler Masserealisierung und Vertrauensschutz des Empfängers von vorneherein keine Rolle spielen
  - ❖ *Bork*, NZI 2018, 1, 8; zust. auch *Kayser*, ZIP 2019, 293, 297 f.
- ⇒ dann auch Irrelevanz des *beiderseitigen* Irrtums
  - ❖ *Bork*, NZI 2018, 1, 8; im Ergebnis auch *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 636; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1594 und 1590

- I. Entwicklung der Rechtsprechung im Überblick
- II. BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO
- III. Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche
- IV. Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB
- V. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO
- VI. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung**
- VII. Thesen

## VI. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung

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

- Ausgangsfall BGHZ 214, 350 zu den Bearbeitungsentgelten
  - Pflicht zur langjährigen Rückgewähr von im guten Glauben erhaltenen Entgelten beruht auf fehlerhafter Rechtsprechung des XI. Zivilsenats
    - ❖ *Bitter*, JZ 2015, 170 ff. m.w.N.; *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203 und 2249 ff.; *Casper/Möllers*, BKR 2014, 59 ff.; *Becher/Krepold*, BKR 2014, 45 ff.; *Piekenbrock/Ludwig*, WM 2012, 2349 ff.; *Müller/Marchant/Eilers*, BB 2017, 2243 ff.
  - bei tatsächlich unzulässiger Entgeltberechnung ginge die Abwägung (s.o.) zulasten der empfangenden Bank aus



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

- BGH und h.L.: Gebot eines Abstands zwischen § 134 InsO und § 131 InsO
  - Hintergrund: rechtsgrundlose Leistung fällt unter § 131 InsO, weil der Insolvenzgläubiger sie „nicht ... zu beanspruchen hatte“
    - ❖ BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 (Rn. 17); *Thole*, KTS 2011, 219, 224; *Borries/Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 134 Rn. 48; *Becker*, DZWIR 2018, 201, 203 f. und insbes. S. 206
- Gegenthese 1: Abstandsgebot rechtfertigt kein falsches Abstandskriterium
- Gegenthese 2: Abstand wird auf Rechtsfolgenseite hergestellt
  - Rückgewähr jeder rechtsgrundlosen Leistung nur im Drei-Monats-Zeitraum des § 131 InsO
  - Rückgewähr im Vier-Jahres-Zeitraum des § 134 InsO nur bei verbleibender Bereicherung beim Empfänger (vgl. § 143 Abs. 2 InsO) ⇒ Text b.w.

## § 134 InsO. Unentgeltliche Leistung

(1) Anfechtbar ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners, es sei denn, sie ist früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden.

(2) Richtet sich die Leistung auf ein gebräuchliches Gelegenheitsgeschenk geringen Werts, so ist sie nicht anfechtbar.

## § 143 InsO. Rechtsfolgen

(1) Was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, muß zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden. ...

(2) **Der Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat diese nur zurückzugewähren, soweit er durch sie bereichert ist.** Dies gilt nicht, sobald er weiß oder den Umständen nach wissen muß, daß die unentgeltliche Leistung die Gläubiger benachteiligt.



- I. Entwicklung der Rechtsprechung im Überblick
- II. BGHZ 214, 350 im System der Anfechtung nach § 134 InsO
- III. Inkonsistenzen und Wertungswidersprüche
- IV. Unstimmige Verknüpfung des § 134 InsO mit der Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB
- V. Keine Versubjektivierung der Anfechtung nach § 134 InsO
- VI. Schlussbetrachtung zur rechtsgrundlosen Leistung
- VII. Thesen**

*Bitter, KTS 2022, 423 ff.*

### 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 gemäß § 134 InsO nicht mehr zulassen will, soweit die Leistung einen Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB auslöst, und damit die Unentgeltlichkeitsanfechtung rechtsgrundloser Leistungen auf Fälle begrenzt, in denen der Bereicherungsanspruch gemäß §§ 814, 817 BGB ausgeschlossen ist.

## 2. Einzelthesen

a) Die frühere Rechtsprechung fügte sich konsistent und überzeugend in das System der Anfechtung gemäß § 134 InsO ein, welche für die Feststellung der „Unentgeltlichkeit“ 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.

## 2. Einzelthesen

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. 19.7.2018 – 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.

## 2. Einzelthesen

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.

## 2. Einzelthesen

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 Alt. 1 BGB und die Unentgeltlichkeitsanfechtung gemäß § 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.

## 2. Einzelthesen

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 gemäß § 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.

## 2. Einzelthesen

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.

## 2. Einzelthesen

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 wertausgeglichenen 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).

## 2. Einzelthesen

h) Die Anfechtbarkeit *aller* rechtsgrundlosen Leistungen gemäß § 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).

- *Bitter*, Die rechtsgrundlose Leistung im System der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen (§ 134 InsO), KTS 2022, 423
- *Bitter*, Privilegierung der bösgläubigen Aktionäre bei der Anfechtung von Dividendenzahlungen nach § 134 InsO?, ZIP 2023, 169
- *Bork*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach § 134 InsO, NZI 2018, 1
- *Foerster*, Der gutgläubige Gewinnbezug in der Insolvenz der Gesellschaft, WM 2022, 2359
- *Ganter*, Zum Begriff der „Unentgeltlichkeit“ nach § 134 InsO in Zwei-Personen-Verhältnissen, NZI 2015, 249
- *Gehrlein*, Neuere Entwicklungen zur Schenkungsanfechtung, ZInsO 2018, 2280
- *Gehrlein*, Die Schenkungsanfechtung (§ 134 InsO) im Drei-Personen-Verhältnis, WM 2019, 1241
- *Gehrlein*, Bewusste Zahlung auf Nichtschuld (§ 814 BGB) und Schenkungsanfechtung (§ 134 InsO), DZWIR 2022, 232
- *Habersack*, Wie gewonnen, so zerronnen – Zur Anfechtbarkeit von Dividendenzahlungen an gutgläubige Aktionäre gem. § 134 Abs. 1 InsO ZIP 2022, 1621
- *Held*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO, 2016
- *Heim*, Schenkungsanfechtung bei Auszahlungen im verdeckten Schneeballsystem – Eine Untersuchung anhand des Falles der Phoenix Kapitaldienst GmbH, 2011

- *Klinck*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZIP 2017, 1589
- *Neuberger*, Eine unentgeltliche Leistung nach § 134 InsO ist eine unentgeltliche Leistung, ZInsO 2020, 629
- *Thole*, Grundfragen und aktuelle Problemstellungen der Anfechtung unentgeltlicher Leistungen, KTS 2011, 219
- *Thole*, Analoge Anwendung von § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG auf § 134 InsO beim gutgläubigen Gewinnbezug des Aktionärs?, ZRI 2023, 49
- *v. Wilmsky*, Schneeballsysteme der Kapitalanlage: Auszahlungen an Kunden und deren Beurteilung im Insolvenzfall, 2010

© 2023

Prof. Dr. Georg Bitter

Universität Mannheim

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,

Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

Schloss, Westflügel W 241/242

68131 Mannheim

[www.georg-bitter.de](http://www.georg-bitter.de)



Zentrum für Insolvenz und Sanierung  
an der Universität Mannheim e.V.

[www.zis.uni-mannheim.de](http://www.zis.uni-mannheim.de)

### **Achtung:**

Nach Fertigstellung und Übersendung des hiesigen Foliensatzes an den Veranstalter ist das neue Urteil des BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22 veröffentlicht worden, in dem sich der IX. Zivilsenat erstmals zu der von mir in KTS 2022, 423 ff. und ZIP 2023, 169 ff. geäußerten Kritik an seiner Rechtsprechung zu § 134 InsO äußert (insbes. Rn. 18). Die Leitsätze und die relevanten Passagen der Urteilsgründe sind nachfolgend abgedruckt.

Meine persönliche Einschätzung zu dem neuen Urteil finden Sie hier:

<https://blog.otto-schmidt.de/gesellschaftsrecht/2023/05/09>

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

Leitsatz 1: Der aktienrechtliche Schutz des gutgläubigen Dividendenempfängers schließt eine Insolvenzanfechtung nicht aus.

Leitsatz 2: Eine Dividendenzahlung an den Aktionär ist nicht deshalb unentgeltlich, weil der zugrundeliegende Gewinnverwendungsbeschluss infolge der (späteren) Ersetzung des Jahresabschlusses seine Wirkung verliert.

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[13] Stellt die Leistung des Schuldners kein Verpflichtungsgeschäft dar, ist die Unentgeltlichkeit nach dem Grundgeschäft zu beurteilen (BGH, Urteil vom 20. April 2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 Rn. 15; vom 27. Juni 2019, aaO Rn. 84; vom 11. November 2021 – IX ZR 237/20, ZInsO 2022, 104 Rn. 53). Danach sind Erfüllungsleistungen des Schuldners unentgeltlich, wenn entweder – die Wirksamkeit des Grundgeschäfts unterstellt – dem Schuldner bereits nach dem Grundgeschäft keine ausgleichende Leistung zufließen sollte, oder wenn – bei Unwirksamkeit des entgeltlichen Grundgeschäfts – dem Schuldner bereits im Zeitpunkt seiner Leistung kein Anspruch auf Rückforderung der dann ohne Rechtsgrund erbrachten Leistung zusteht (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017, aaO Rn. 15 f).



**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[14] Im Hinblick auf das Grundgeschäft ist im Zwei-Personen-Verhältnis zu berücksichtigen, inwieweit der leistende Schuldner eine dem von ihm aufgegebenen Vermögenswert entsprechende Gegenleistung erhalten soll oder nicht (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017, aaO Rn. 11 mwN). Die Erfüllung einer eigenen, rechtsbeständigen, infolge einer entgeltlichen Gegenleistung begründeten Verbindlichkeit stellt eine entgeltliche Leistung dar. Ausschlaggebend ist, dass die eingegangene Schuld ihrerseits als entgeltlich anzusehen ist, weil der Schuldner eine entsprechende, seinem Vermögen zufließende Gegenleistung erhalten hat oder soll (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 2019, aaO).

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[15] Fehlt es an einem wirksamen, entgeltlichen Grundgeschäft, ergibt sich die nach § 134 Abs. 1 InsO erforderliche Unentgeltlichkeit nicht ohne weiteres. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs **können ohne rechtlichen Grund vorgenommene Leistungen entgeltlich sein, wenn dem Schuldner ein Rückforderungsanspruch hinsichtlich seiner Leistung zusteht** (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017 – IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 Rn. 14). Ein Rückforderungsanspruch kann sich aus den §§ 812 ff BGB ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 20. April 2017, aaO Rn. 13 ff; vom 7. September 2017 – IX ZR 224/16, NZI 2017, 854 Rn. 18; vom 1. Oktober 2020 – IX ZR 247/19, NZI 2021, 30 Rn. 10). Das dem Rechtsverhältnis zugrundeliegende Recht kann aber auch eine **Rückgewähr nach den §§ 346 ff BGB** vorsehen (etwa § 326 Abs. 4 BGB, vgl. dazu BGH, Beschluss vom 26. Januar 2023 – IX ZR 17/22, ZIP 2023, 598 Rn. 11).

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[16] Die Frage der (Un-)Entgeltlichkeit bestimmt sich hier maßgeblich nach dem Rechtsverhältnis und dem diesem zugrundeliegenden allgemeinen Recht. Aus ihm ergibt sich, ob ein Rückforderungsanspruch in das Vermögen des Schuldners gelangt ist oder nicht. Zur Annahme der Unentgeltlichkeit kann es daher führen, wenn eine rechtsgrundlose Leistung in Kenntnis der Nichtschuld (§ 814 BGB) oder unter den Voraussetzungen des § 817 Satz 2 BGB vorgenommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 27. Juni 2019 – IX ZR 167/18, BGHZ 222, 283 Rn. 95; vom 1. Oktober 2020, aaO Rn. 10 f). Eine erst später, nach dem gemäß § 140 InsO maßgeblichen Zeitpunkt eintretende Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) ist hingegen ohne Bedeutung.

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[17] Die Rechtsprechung des Senats zur Beurteilung der (Un-)Entgeltlichkeit im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO bei bestehendem Rückforderungsanspruch wird kritisiert (Bitter, KTS 2022, 423 ff, ders., ZIP 2023, 169 ff). Die Kritik zielt darauf ab, die Unentgeltlichkeit im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO bei rechtsgrundloser Leistung stets, also unbeschadet eines bestehenden Rückforderungsanspruchs anzunehmen (vgl. Bitter, KTS 2022, 423, 476; ders., ZIP 2023, 169, 175). Begründet wird dies mit angeblichen Widersprüchen zwischen allgemein zivilrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Wertungen auf der einen und insolvenzanfechtungsrechtlichen Wertungen auf der anderen Seite. Dies gelte insbesondere für eine insolvenzanfechtungsrechtliche Privilegierung des bösgläubigen Dividendenempfängers, der wegen des bestehenden Rückgewähranspruchs aus § 62 AktG nicht Gegner einer Schenkungsanfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO sein könne (Bitter, KTS 2022, 423, 475 f; ders., ZIP 2023, 169, 171).

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[18] Die Kritik ist unberechtigt. Unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff InsO wird ein ansonsten in jeder Hinsicht ordnungsgemäßer Rechtserwerb außer Kraft gesetzt und der Inhaber des Rechts zur Rückgewähr nach § 143 InsO verpflichtet. Die Rechtsposition des Empfängers einer rechtsgrundlosen Leistung, demgegenüber der Bereicherungsanspruch wegen § 814 oder § 817 Satz 2 BGB ausgeschlossen ist, bleibt hinter einem in jeder Hinsicht ordnungsgemäßen Rechtserwerb zurück. Der Behaltensgrund ergibt sich nur aufgrund spezieller bereicherungsrechtlicher Wertungen. **Es gibt keinen Grund, den Empfänger einer rechtsgrundlosen Leistung insolvenzanfechtungsrechtlich gegenüber demjenigen zu privilegieren, der sein Recht in jeder Hinsicht ordnungsgemäß erworben hat. Für den Empfänger gesetzeswidriger Dividendenzahlungen gilt nichts anderes.** Der Kritik an der Senatsrechtsprechung geht es ersichtlich nicht um die Interessen desjenigen, der durch die allgemeinen zivilrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Wertungen geschützt ist. Die vermeintlichen Wertungswidersprüche sollen nicht aufgelöst, sondern dadurch überdeckt werden, dass jede rechtgrundlose Leistung zugleich unentgeltlich im Sinne des § 134 InsO ist (Bitter, KTS 2022, 423, 476; ders., ZIP 2023, 169, 175). Dafür besteht kein Anlass.

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[43] Eine Anfechtbarkeit von Dividendenzahlungen lässt § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht leerlaufen. Zum einen ist die Haftung aus § 62 Abs. 1 AktG in mehrfacher Hinsicht strenger als der aus § 134 Abs. 1 InsO resultierende Anfechtungsanspruch (vgl. auch Habersack, ZIP 2022, 1621, 1625). **Die Haftung aus § 62 Abs. 1 AktG kennt keinen Entreicherungsseinwand** (vgl. MünchKomm-AktG/Bayer, 5. Aufl., § 62 Rn. 8; BeckOGK-AktG/Cahn, 2023, § 62 Rn. 5; Henssler/Strohn/Paefgen, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 62 AktG Rn. 1), während der Anfechtungsanspruch im Grundsatz auf die (fort-)bestehende Bereicherung beschränkt ist (§ 143 Abs. 2 InsO). In zeitlicher Hinsicht begrenzt nur die **zehnjährige Verjährungsfrist nach § 62 Abs. 3 AktG** die aktienrechtliche Haftung, während der insolvenzanfechtungsrechtliche Rückgewähranspruch aus § 134 Abs. 1 InsO einer Anfechtungsfrist von vier Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens und einer dreijährigen Verjährungsfrist (§ 146 Abs. 1 InsO, §§ 195, 199 BGB) unterliegt.

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[44] Zum anderen bestehen unterschiedliche Anspruchsvoraussetzungen. § 62 AktG erfasst jeden Fall eines Dividendenbezugs aufgrund eines nichtigen oder erst in einem Anfechtungsverfahren für nichtig erklärten Gewinnverwendungsbeschlusses (vgl. MünchKomm-AktG/Bayer, 5. Aufl., § 62 Rn. 66 mwN). Insbesondere kann die erfolgreiche Anfechtung eines Gewinnverwendungsbeschlusses auch auf andere Gründe als die anfängliche Nichtigkeit gestützt werden (vgl. Koch, AktG, 17. Aufl., § 62 Rn. 7). Demgegenüber kommt eine Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO nur in Betracht, wenn bereits zum nach § 140 InsO zu bestimmenden Zeitpunkt der Leistung des Schuldners kein wirksamer Gewinnverwendungsbeschluss bestand. Eine bloße Anfechtbarkeit des Gewinnverwendungsbeschlusses genügt hingegen – trotz einer im Falle erfolgreicher Anfechtung eintretenden Nichtigkeit von Anfang an (§ 241 Nr. 5 AktG) – nicht.

**BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22**

[45] Die praktischen Auswirkungen dieser Unterschiede führen dazu, dass **der bösgläubige Aktionär schlechter steht als der gutgläubige**. Dies gilt auch in den Fällen, in denen gegenüber dem gutgläubigen Aktionär eine Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO durchgreift. Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, die der Verbesserung der Gläubigerbefriedigung dienenden Anfechtungsvorschriften im Hinblick auf die aktienrechtlichen Regelungen in ihrem Regelungsbereich zu beschränken.