

*Prof. Dr. Georg Bitter*

Lehrstuhl für Bürgerliches Recht,  
Bank- und Kapitalmarktrecht, Insolvenzrecht

**Aktuelle BGH-Rechtsprechung zu § 134 InsO  
– Neue Systematik und praxisrelevante  
Fallgruppen –**

Vortrag beim Leipziger Insolvenzrechtsforum e.V.  
am 7. November 2023

[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?
- ➔ Erstreckt sich ein Privilegierungstatbestand des Zivilrechts, der den Empfänger von der Rückgewährpflicht befreit, auch auf den Anspruch aus § 134 InsO?

- I. **Neue Rechtsprechung zu § 134 InsO**
- II. Bruch mit dem Telos des § 134 InsO
- III. Bruch mit der früheren Rechtsprechung zu § 134 InsO
- IV. Kritik
  1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung
  2. Fehlende Verknüpfung von Leistung und „Gegenleistung“ bei rechtsgrundlosen Leistungen
- V. Schlussbetrachtung zur unterschiedlichen Verjährung

## I. Neue Rechtsprechung zu § 134 InsO

### 1. 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.“

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

- 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.**“
- 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.“

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

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

## 2. 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)

## 3. 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

## 4. Übertragung auf Rückgewähranspruch aus § 346 Abs. 1 BGB

- ❖ BGH v. 26.1.2023 – IX ZR 17/22, ZIP 2023, 598 (Rn. 11) – P&R Container

## 5. Übertragung auf einen gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch

- ❖ OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556 (juris-Rn. 40)
  - ❖ bestätigend BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22, ZIP 2023, 1031 (Rn. 15 f., 22)
- ⇒ b.w.

## Sachverhalt

- Dividendenzahlungen in den Jahren 2009-2012  
Basis: hohe Gewinne laut (damaligen) Jahresabschlüssen
- Insolvenzantrag am 12.11.2013
- Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.4.2014
- Neuerstellung der Jahresabschlüsse für die Jahre 2009-2012  
Ergebnis: Jahresfehlbeträge und Bilanzverluste in mehrstelliger Millionenhöhe
- Verurteilung der Verantwortlichen wegen banden-/gewerbsmäßigen Betrugs
- InsV klagt auf Feststellung der Nichtigkeit der (damaligen) Jahresabschlüsse  
BGH ZIP 2020, 1118: Rechtsschutzinteresse für Feststellung trotz  
zwischenzeitlicher Ersetzung der alten Jahresabschlüsse durch InsV

## Ausgangspunkt für § 134 InsO:

Unzulässigkeit der Dividendenzahlungen ⇒ fehlender Anspruch der Aktionäre auf die Dividende ⇒ Zahlung kann keine Gegenleistung für die Investition sein.

## 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.

## Hauptfrage:

Verhältnis der Unentgeltlichkeitsanfechtung (§ 134 InsO) zum gesellschaftsrechtlichen Rückabwicklungsregime:

1. Greift § 134 InsO bei allen unzulässigen Dividendenzahlungen ein oder nur, soweit keine Rückabwicklung nach Gesellschaftsrecht erfolgt?
2. Ist auch eine Unentgeltlichkeitsanfechtung (§ 134 InsO) ausgeschlossen, soweit die Aktionäre gutgläubig i.S.v. § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG sind?

## Antwort der Rechtsprechung zu Frage 1:

- Bei rechtsgrundlos geleisteten Dividendenzahlungen kompensiert ein gesellschaftsrechtlicher Rückgewähranspruch aus § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG die Leistung der AG und schließt damit die Unentgeltlichkeit aus.
  - ❖ 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, ZIP 2023, 1031 (Rn. 15 f., 22)

- 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.; *Bitter*, ZRI 2023, 837 ff.
  - ❖ beschwichtigend *Thole*, ZRI 2023, 49, 53: nur Konkurrenz der Anspruchsgrundlagen; ähnlich sodann BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22 (Rn. 43-45: der bösgläubige Aktionär steht im praktischen Ergebnis schlechter als der gutgläubige ⇒ Folien 38 ff.)

## Antwort der Rechtsprechung zu Frage 2:

- Der Schutz des § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG wirkt nicht gegenüber § 134 InsO.
  - ❖ OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556, 1558 (juris-Rn. 48 ff.)
  - ❖ BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22, ZIP 2023, 1031 (Rn. 32 ff.) gegen *Foerster*, WM 2022, 2359 ff. u.a.
  - ❖ Kritik bei *Altmeyden*, ZIP 2023, 1217 ff.

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

- ❖ *Rogge/Leptien*, in: HambKomInsR, 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.; *Bitter*, ZRI 2023, 837 ff.; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 634 ff.; *Baumert*, EWIR 2021, 23, 24 m.w.N.; *Gehrlein*, WM 2023, 1725, 1730 ff.

- I. Neue Rechtsprechung zu § 134 InsO
- II. Bruch mit dem Telos des § 134 InsO**
- III. Bruch mit der früheren Rechtsprechung zu § 134 InsO
- IV. Kritik
  1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung
  2. Fehlende Verknüpfung von Leistung und „Gegenleistung“ bei rechtsgrundlosen Leistungen
- V. Schlussbetrachtung zur unterschiedlichen Verjährung

### **Sinn und Zweck des § 134 InsO (s.o. 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.

### **Problem der neuen Rechtsprechung:**

Die Frage, ob der Empfänger im Gegenzug zur vom Schuldner erhaltenen Leistung ein eigenes Vermögensopfer zugunsten der Insolvenzmasse erbracht hat, wird durch die Existenz eines zivilrechtlichen Rückgewähranspruchs in keiner Weise präjudiziert, insbesondere nicht in der vom BGH postulierten inversen, sich gegenseitig ausschließenden Anwendung des zivil- und insolvenzrechtlichen Rückabwicklungsregimes.

- I. Neue Rechtsprechung zu § 134 InsO
- II. Bruch mit dem Telos des § 134 InsO
- III. Bruch mit der früheren Rechtsprechung zu § 134 InsO**
- IV. Kritik
  1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung
  2. Fehlende Verknüpfung von Leistung und „Gegenleistung“ bei rechtsgrundlosen Leistungen
- V. Schlussbetrachtung zur unterschiedlichen Verjährung

## III. Bruch mit der früheren Rechtsprechung zu § 134 InsO

### 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

- 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

- I. Neue Rechtsprechung zu § 134 InsO
- II. Bruch mit dem Telos des § 134 InsO
- III. Bruch mit der früheren Rechtsprechung zu § 134 InsO
- IV. Kritik**
  - 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung**
  - 2. Fehlende Verknüpfung von Leistung und „Gegenleistung“ bei rechtsgrundlosen Leistungen**
- V. Schlussbetrachtung zur unterschiedlichen Verjährung

### 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

- a) 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: Beschenkte 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. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

a) 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.**“
- 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

## 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

a) Privilegierung der unwirksamen Schenkung gegenüber der wirksamen Schenkung?

- bestätigend BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22 (Rn. 13)

„[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).“

## 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

- b) 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.; *Gehrlein*, WM 2023, 1725, 1732; a.A. unverständlich *Thole*, in: Kayser/Thole, HK-InsO, 11. Aufl. 2023, § 134 Rn. 14: „Gleichlauf mit dem Bereicherungsrecht“

## 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

- b) Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang
- § 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.
    - ❖ darstellend *Gehrlein*, DZWIR 2022, 232, 235 (zur Zahlung von Scheingewinnen) und 236 (zur Zahlung trotz qualifizierten Rangrücktritts); kritisch nun *Gehrlein*, WM 2023, 1725, 1730 ff. („Rechtspositivismus in Reinkultur“)

## 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

### b) Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang

- 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.“

## 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

### b) Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang

- verteidigend BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22 (Rn. 17 f.)

„[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).“

## 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

### b) Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang

„[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.“

## 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

### b) Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang

- Kritik an BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22 (Rn. 17 f.)
  - Die Wertungswidersprüche hat der IX. Senat selbst früher erkannt. Warum sie nun als „angeblich“ bezeichnet werden, bleibt unerfindlich.
  - Der IX. Senat erläutert immer noch nicht, warum derjenige, der sogar bereicherungsrechtlich zur Rückgewähr verpflichtet ist, im Rahmen des § 134 InsO nicht zur Rückgewähr verpflichtet sein soll. Auch der Erwerb des (auf Rückgewähr haftenden) Bereicherungsschuldners bleibt hinter einem „in jeder Hinsicht ordnungsgemäßen Rechtserwerb zurück“.
  - Die Rückgewähr nach § 134 InsO muss eigenen Maßstäben folgen; nur ihre Anbindung an die (fehlende) Existenz eines Bereicherungsanspruchs macht sie (invers) abhängig von bereicherungsrechtlichen Wertungen.

## 1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung

### b) Die §§ 814, 817 BGB als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang

- Kritik an BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22 (Rn. 17 f.)
  - Zusätzliche Inkonsistenz: Während bei rechtsgrundlosen Leistungen im Grundsatz die subjektive Einstellung des *Leistenden* – die Kenntnis der Nichtschuld i.S.v. § 814 BGB – wegen Wegfalls des Anspruchs aus § 812 BGB für die Unentgeltlichkeit i.S.v. § 134 InsO maßgeblich sein soll (Stichwort: „Freigiebigkeit“ des Schuldners), wird bei unzulässigen Dividendenzahlungen plötzlich auf ein subjektives Element in der Person des *Empfängers* – dessen Gutgläubigkeit – abgestellt, weil davon gemäß § 62 Abs. 2 Satz 2 AktG die (angeblich relevante) Existenz des Rückgewähranspruchs abhängig ist.
  - Details bei *Bitter*, ZRI 2023, 837 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).“

- Kritik bei *Bitter*, WuB 2018, 99, 100; *Bitter*, KTS 2022, 423, 442 ff.; *Bitter*, ZIP 2022, 169, 173 f.; zust. *Lütcke*, NZI 2023, 547 f.

- I. Neue Rechtsprechung zu § 134 InsO
- II. Bruch mit dem Telos des § 134 InsO
- III. Bruch mit der früheren Rechtsprechung zu § 134 InsO
- IV. Kritik
  1. Wertungswidersprüche der inversen Anwendung
  2. Fehlende Verknüpfung von Leistung und „Gegenleistung“ bei rechtsgrundlosen Leistungen

## V. Schlussbetrachtung zur unterschiedlichen Verjährung

### BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22, ZIP 2023, 1031

[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 Entreicherungseinwand (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, ZIP 2023, 1031

[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.

### Vergleich der Verjährungsregime:

#### 1. Gesellschaftsrecht

- Verjährungsfrist: 10 Jahre
- Fristbeginn mit der verbotenen Zahlung

#### 2. Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO

- Anfechtungsfrist: 4 Jahre vor dem Insolvenzantrag
- Verjährungsfrist: 3 Jahre (§ 195 BGB)
- Beginn der Verjährungsfrist (vgl. BGH v. 27.7.2023 – IX ZR 138/21, Rz. 15 ff.):
  - ❖ Grundsatz: Ende des Jahres der Insolvenzeröffnung = Anspruchsentstehung (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB)
  - ❖ Ausnahme: keine Kenntnis/keine grob fahrlässige Unkenntnis des Insolvenzverwalters (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB) ⇒ 10 Jahre ab Insolvenzeröffnung

### Erhöhte Problematik im Vergleich zwischen Bereicherungsanspruch und § 134 InsO:

#### 1. Verjährungsfrist im Bereicherungsrecht

- Verjährungsfrist: 3 Jahre kenntnisabhängig (§§ 195, 199 BGB)
- Aber: Beginn ab Leistung + Kenntnis des Schuldners entscheidend  
⇒ deutlich schnellere Verjährung des Anspruchs aus § 812 BGB im Vergleich zum Anfechtungsanspruch aus § 134 InsO

#### 2. Möglichkeit der Aufrechnung mit einfacher Insolvenzforderung gegen den Anspruch aus § 812 BGB

- s.o. Folie 6

Literatur: Bitter, ZRI 2023, 837, 845 f.

1. Die Einschränkung der Unentgeltlichkeitsanfechtung durch BGHZ 214, 350 mit ihrer inversen (= sich gegenseitig ausschließenden) Anwendung des § 134 InsO in Abhängigkeit von zivilrechtlichen Rückgewähransprüchen kann nicht überzeugen.
2. Die praktischen Auswirkungen der fehlerhaften Weichenstellung durch BGHZ 214, 350 sind bei gesellschaftsrechtlichen Rückgewähransprüchen weniger gravierend, weil diese oft einer langen Verjährungsfrist unterliegen.
3. Wertungswidersprüche und Inkonsistenzen machen die Rechtsprechung zu § 134 InsO allerdings insgesamt für die Praxis schwerer nachvollziehbar und damit zukünftige Gerichtsentscheidungen weniger vorhersehbar (vgl. dazu auch *Lütcke*, NZI 2023, 547, 548).

- *Altmeppen*, Endet die Privilegierung rechtsgrundloser Dividendenausschüttungen in der Insolvenz der AG?, ZIP 2023, 1217
- *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
- *Bitter*, Insolvenzanfechtung von Dividendenzahlungen nach § 134 InsO bei Nichtigkeit des Jahresabschlusses – Erwiderung auf BGH v. 30.3.2023 – IX ZR 121/22, ZRI 2023, 837
- *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*, Anfechtung unentgeltlicher Leistungen (§ 134 InsO), WM 2023, 1725
- *Gehrlein*, Bewusste Zahlung auf Nichtschuld (§ 814 BGB) und Schenkungsanfechtung (§ 134 InsO), DZWIR 2022, 232

- *Gehrlein*, Anfechtung unentgeltlicher Leistungen (§ 134 InsO), WM 2023, 1725
- *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. Wilimowsky*, 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)