ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Aufsätze

*Georg Bitter**

Privilegierung der bösgläubigen Aktionäre bei der Anfechtung von Dividendenzahlungen nach § 134 InsO?

Erwiderung auf *Habersack*, ZIP 2022, 1621 mit Kritik an der BGH-Rechtsprechung zur Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen

Habersack hat in ZIP 2022, 1621 in Übereinstimmung mit dem OLG Frankfurt (OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556) die These vertreten, bei unzulässigen Dividendenzahlungen könne nur der gutgläubige Aktionär, der gem. § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG gesellschaftsrechtlich nicht auf Rückgewähr haftet, der Anfechtung nach § 134 InsO unterliegen, während der bösgläubige und deshalb nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG zur Rückgewähr verpflichtete Aktionär die Unentgeltlichkeitsanfechtung nicht fürchten müsse. Dieses groteske Ergebnis beruht auf der fehlerhaften, im Urteil BGHZ 214, 350 begründeten Rechtsprechung des BGH zur Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen nach § 134 InsO, die ihrerseits deutliche Wertungswidersprüche produziert und deshalb dringend der Korrektur bedarf.

I. Einführung

Unter dem Titel „Wie gewonnen, so zerronnen" hat sich *Habersack* jüngst in dieser Zeitschrift mit der „Anfechtbarkeit von Dividendenzahlungen an gutgläubige Aktionäre gem. § 134 InsO" beschäftigt.[1] Schon die mit jener Überschrift erfolgende Beschränkung der Untersuchung auf die Unentgeltlichkeitsanfechtung gegenüber *gutgläubigen* Aktionären lässt aufhorchen. Soll damit gesagt werden, dass sich die Anfechtung unzulässiger Dividendenzahlungen nach § 134 InsO allein gegen gutgläubige Aktionäre richtet, während die bösgläubigen Aktionäre privilegiert sind, sie also im Rahmen der Unentgeltlichkeitsanfechtung ungeschoren davonkommen?

In der Tat ist dies die bemerkenswerte These von *Habersack*, welche er bereits im Teaser zu seinem Aufsatz andeutet. Darin heißt es: „Tatsächlich muss § 134 Abs. 1 InsO auch und gerade in den Fällen des § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG zur Anwendung gelangen." – also speziell gegenüber den gutgläubigen Aktionären.

In Anwendung der jüngeren BGH-Rechtsprechung zur Unentgeltlichkeitsanfechtung rechtsgrundloser Leistungen[2] wird sodann entfaltet, dass die bösgläubigen Aktionäre einem gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG ausgesetzt sind und dieser Anspruch die mit der unerlaubten Dividendenzahlung verbundene Vermögenseinbuße kompensiere; deshalb hätten jene bösgläubigen Aktionäre keine Anfechtung wegen „Unentgeltlichkeit" nach § 134 InsO zu befürchten.[3] Umgekehrt seien die gutgläubigen Aktionäre im Hinblick auf das Privileg des § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG gesellschaftsrechtlich nicht zur Rückgewähr nach § 62 Abs. 1 Satz 1

* *Prof. 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).

1 *Habersack*, ZIP 2022, 1621 ff.

2 Siehe die sogleich unter Ziff. II. in Fn. 14 ff. angeführte Rechtsprechung; dazu eingehend *Bitter*, KTS 2022, 423 ff.

3 *Habersack*, ZIP 2022, 1621, 1622.

AktG verpflichtet; allenfalls jene gutgläubigen Aktionäre sähen sich in der Folge der Anfechtung des § 134 InsO ausgesetzt.[4]

Klar und deutlich formuliert *Habersack* insoweit, dass „der gutgläubige Aktionär insolvenzrechtlich betrachtet schlechter behandelt wird als der bösgläubige Aktionär."[5] Darin sieht *Habersack* aber nur eine Konsequenz der mit dem Urteil BGHZ 214, 350[6] begonnenen Rechtsprechung zu rechtsgrundlosen Leistungen, die eine Unentgeltlichkeitsanfechtung ausschließt, falls der Empfänger einem Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgesetzt ist.[7] Richtig sei zwar – so *Habersack* wörtlich –, dass sich nach jenem Konzept „allein der gutgläubige Dividendenempfänger der Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO ausgesetzt sieht." Zurückzuführen sei dies jedoch auf den „Umstand, dass es an einer unentgeltlichen Zuwendung fehlt, wenn der Empfänger die Leistung des Schuldners bereits anderweitig auszugleichen hat und die Leistung somit nicht kompensationslos erfolgt".[8]

Das von *Habersack* erzielte Ergebnis einer insolvenzrechtlichen Privilegierung des bösgläubigen Aktionärs stellt sich – wie nachfolgend dargelegt werden soll – in der Tat als Konsequenz der jüngeren BGH-Rechtsprechung zur Unentgeltlichkeitsanfechtung rechtsgrundloser Leistungen ein. Wer diese Konsequenz jedoch so deutlich ausbuchstabiert wie *Habersack*, dem hätte auffallen können, dass die zur Basis genommene BGH-Rechtsprechung zu § 134 InsO nicht überzeugen kann. Sie produziert nämlich nicht nur bei den unzulässigen Dividendenzahlungen systemwidrige Ergebnisse, sondern weit darüber hinaus. Da sich der *Verfasser* hierzu bereits an anderer Stelle ausführlich geäußert hat[9], kann an dieser Stelle eine Zusammenfassung jener Gedanken genügen:

II. Die BGH-Rechtsprechung zur Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen nach § 134 InsO

Die Rechtsprechung des BGH zur Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen nach § 134 InsO hat mit dem Urteil BGHZ 214, 350 zur Rückforderung (angeblich[10]) unzulässig erhobener Darlehensabschlussentgelte einen Bruch erhalten. Während der BGH zuvor in seiner Rechtsprechung bis zum Fall Phoenix Kapitaldienst[11] sowie auch im Urteil BGHZ 204, 231 zum sog. qualifizierten Rangrücktritt[12] jede rechtsgrundlose Zahlung als unentgeltlich angesehen und somit § 134 InsO angewendet hatte[13], will der IX. Zivilsenat seit dem Urteil BGHZ 214, 350 differenzieren:

Die Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO soll 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.[14] Nur in jenen Fällen, in denen der Bereicherungsanspruch gem. § 814 BGB (oder § 817 Satz 2 BGB[15]) ausgeschlossen ist, fehle es an einem in das Vermögen des Leistenden fließenden Gegenwert, weshalb die Anfechtung aus § 134 InsO begründet sei.[16] Diese mit dem Urteil BGHZ 214, 350 zu den Bearbeitungsentgelten bei Darlehensverträgen[17] eingeführte Differenzierung hat der IX. Zivilsenat anschließend auch den neueren Fällen der (möglichen) Ausschüttung von Scheingewinnen in Schneeballsystemen zugrunde gelegt[18] sowie in diversen weiteren Zusammenhängen herangezogen.[19]

4 *Habersack*, ZIP 2022, 1621, 1622.

5 *Habersack*, ZIP 2022, 1621, 1625.

6 BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 = EWiR 2017, 403 *(Jacoby)*.

7 Siehe die Nachweise sogleich unter Ziff. II. in Fn. 14 ff.

8 *Habersack*, ZIP 2022, 1621, 1625.

9 Eingehend *Bitter*, KTS 2022, 423 ff.; zuvor schon *Bitter*, WuB 2018, 99 ff.; *Bitter* in Scholz, 12. Aufl. 2021, Vor § 64 GmbHG Rz. 100 ff.

10 Zur Rechtsprechung des XI. Zivilsenats des BGH, der einmalige, nicht laufzeitabhängige Entgelte beim Darlehen für unzulässig erklärt (grundlegend BGH v. 13.5.2014 – XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 = ZIP 2014, 1266 = EWiR 2014, 437 *(Casper)*; für Darlehen zwischen Unternehmern ferner BGH v. 4.7.2017 – XI ZR 562/15, ECLI:DE:BGH:2017:040717UXIZR562.15.1, BGHZ 215, 172 = ZIP 2017, 1610 = EWiR 2017, 677 *(John)*) s. kritisch u.a. *Bitter*, JZ 2015, 170 ff. m.w.N.; *Bitter/Linardatos*, ZIP 2018, 1203, 2249 ff.; w.N. bei *Bitter*, KTS 2022, 423, 435 in Fn. 81.

11 BGH v. 11.12.2008 – IX ZR 195/07 – Phoenix Kapitaldienst, BGHZ 179, 137 = ZIP 2009, 186 = EWiR 2009, 419 *(Runkel/Schmidt)*; 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.

12 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 m. Anm. *Bitter/Heim*, m. Bespr. *Schmidt*, ZIP 2015, 901, m. Bespr. *Berger*, ZIP 2016, 1 = EWiR 2015, 219 *(Bork)*.

13 Darstellung bei *Bitter*, KTS 2022, 423, 427 ff.

14 BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 Rz. 13.

15 So BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, ECLI:DE:BGH:2019:270619UIXZR167.18.0, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 Rz. 66, 95 = EWiR 2019, 595 *(Swierczok/Schubert)*; BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ECLI:DE:BGH:2020:011020UIXZR247.19.0, ZIP 2020, 2242 Rz. 11 = EWiR 2021, 23 *(Baumert)*; BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 Rz. 12, 37 = EWiR 2021, 590 *(Stefanink)*; BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, ECLI:DE:BGH:2021:021221UIXZR110.20.0, WM 2022, 126 = AG 2022, 492 Rz. 11, 31; BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 107/20, ECLI:DE:BGH:2022:070422UIXZR107.20.0, ZIP 2022, 1008 Rz. 24 = EWiR 2022, 403 *(Schur)*.

16 BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 Rz. 16.

17 BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233.

18 BGH v. 5.7.2018 – IX ZR 139/17, ECLI:DE:BGH:2018:050718UIXZR139.17.0, ZIP 2018, 1746 Rz. 12 f. = EWiR 2019, 53 *(Vosberg/Klawa)*; BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ECLI:DE:BGH:2020:011020UIXZR247.19.0, ZIP 2020, 2242 Rz. 10; BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 Rz. 12; BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, ECLI:DE:BGH:2021:021221UIXZR110.20.0, WM 2022, 126 = AG 2022, 492 Rz. 11; BGH v. 7.4.2022 – IX ZR 107/20, ECLI:DE:BGH:2022:070422UIXZR107.20.0, ZIP 2022, 1008 Rz. 11; zur Zahlung von Maklerlohn bei Schneeballsystemen auch BGH v. 10.6.2021 – IX ZR 157/20, ECLI:DE:BGH:2021:100621UIXZR157.20.0, ZIP 2021, 1503 Rz. 10; s. aus der instanzgerichtlichen Rspr. auch OLG Hamm v. 15.6.2021 – 27 U 105/20, ECLI:DE:OLGHAM:2021:0615.27U105.20.00, ZInsO 2021, 1755.

19 Zur Vermögensübertragung auf einen Treuhänder aufgrund einer möglicherweise nichtigen Treuhandvereinbarung BGH v. 7.9.2017 – IX ZR 224/16, ECLI:DE:BGH:2017:070917UIXZR224.16.0, ZIP 2017, 1863 Rz. 14 ff., insb. Rz. 18 f. = EWiR 2018, 21 *(Henkel)*; zur Rückzahlung eines Nachrangdarlehens BGH v. 6.12.2018 – IX ZR 143/17, ECLI:DE:BGH:2018:061218UIXZR143.17.0, BGHZ 220, 280 = ZIP 2019, 679 Rz. 10, 14 = EWiR 2019, 307 *(Lau/Forster)*; zu einem (möglicherweise) nichtigen Darlehensvertrag BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, ECLI:DE:BGH:2019:270619UIXZR167.18.0, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 Rz. 65 f., 86, 95, 111; zum qualifizierten Rangrücktritt BGH v. 24.2.2022 – IX ZR 250/20, ECLI:DE:BGH:2022:240222UIXZR250.20.0, ZIP 2022, 654 Rz. 16 – dazu unten Ziff. VII. = EWiR 2022, 341 *(Undritz)*; knappe Erwähnung ferner bei BGH v. 11.11.2021 – IX ZR 237/20, ECLI:DE:BGH:

III. Übertragung der Rechtsprechung ins Gesellschaftsrecht

Jene Rechtsprechung zu rechtsgrundlosen Leistungen haben annähernd zeitgleich das OLG Frankfurt[20] und *Habersack* in seinem eingangs erwähnten ZIP-Beitrag[21] auf gesellschaftsrechtliche Fälle unzulässiger Dividendenausschüttungen übertragen. Jeweils wird die Argumentation des IX. Zivilsenats zu einem (angeblichen) Ausschluss des § 134 InsO bei bestehendem Bereicherungsanspruch für die Konstellation eines vorhandenen Rückgewähranspruchs aus § 62 AktG fortgedacht, der ebenso wie der Bereicherungsanspruch (angeblich) den Vermögensabfluss kompensieren könne.[22] Wörtlich heißt es dazu beim OLG Frankfurt:

„Durch einen solchen Rückgewähranspruch [aus § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG] würde eine rechtsgrundlose Leistung von Dividenden wirtschaftlich kompensiert und wäre damit nicht mehr als unentgeltlich anzusehen. Allerdings besteht ein derartiger Anspruch nach § 62 Abs. 1 Satz 1 AktG im Falle des Bezuges von Gewinnanteilen nur dann, wenn die Aktionäre wussten oder hätten wissen müssen, dass sie zum Bezug nicht berechtigt waren. Im vorliegenden Fall hatte die Beklagte unstreitig keine Kenntnis von der Nichtigkeit der den Dividendenzahlungen zugrunde liegenden Jahresabschlüsse und Gewinnverwendungsbeschlüsse. Auch eine grob fahrlässige Unkenntnis ist nicht ersichtlich. Daher ist sie nach § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht zur Rückzahlung verpflichtet und fällt ein solcher Rückzahlungsanspruch nicht in das Vermögen der Schuldnerin."[23]

Wie *Habersack* gelangt auch das OLG Frankfurt – freilich ohne dies ebenso deutlich auszubuchstabieren – zu dem grotesken Ergebnis, dass der bösgläubige Aktionär im Rahmen des § 134 InsO privilegiert wird, indem er insolvenzrechtlich nicht nach jener Vorschrift auf Rückgewähr haftet, während die vom Insolvenzverwalter verklagte Aktionärin für ihre Gutgläubigkeit mit der Unentgeltlichkeitsanfechtung „bestraft" wird.[24]

Weder dem OLG Frankfurt noch *Habersack* kann man dabei den Vorwurf machen, sie hätten die Rechtsprechung des BGH zu rechtsgrundlosen Leistungen nicht konsequent auf Fälle gesellschaftsrechtlich unerlaubter Dividendenzahlungen übertragen.[25] Wer – wie der BGH – einen Bereicherungsanspruch als Kompensation des Vermögensabflusses ansieht und deshalb die Unentgeltlichkeit i.S.v. § 134 InsO verneint, kann für einen gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch (sei er aus § 62 AktG, aus § 31 GmbHG oder aus dem Sondervorteilsverbot und der Treuepflicht hergeleitet[26]) nicht anders entscheiden. Der Kern des Problems ist vielmehr schon in der Rechtsprechung des BGH zur Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen nach § 134 InsO angelegt. Diese bringt auch außerhalb des gesellschaftsrechtlichen Kontextes erhebliche Wertungswidersprüche hervor[27], welche in der Entscheidung des OLG Frankfurt und dem Beitrag von *Habersack* nur besonders augenfällig werden.

IV. Wertungswidersprüche bei inverser Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO

Die mit dem Urteil BGHZ 214, 350 begründete neue Rechtsprechungslinie beruht auf der Idee einer vom *Verfasser*[28] 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.[29]

1. Zivilrechtliche Privilegierungen des Leistungsempfängers als insolvenzanfechtungsrechtlicher Bumerang

Mit diesem Konzept wird gerade derjenige Empfänger einer rechtsgrundlosen Leistung einer vier Jahre vor den Insolvenzantrag zurückgreifenden Insolvenzanfechtung gem. § 134 InsO ausgesetzt, welcher zivilrechtlich gem. §§ 814, 817 BGB nicht zur Rückzahlung verpflichtet ist, während umgekehrt derjenige Empfänger keine Unentgeltlichkeitsanfechtung befürchten muss, der zivilrechtlich gem. § 812 BGB auf Rückgewähr haftet. Dass die den Empfänger im Einzelfall von der Rückforderung befreienden §§ 814, 817 BGB über § 134 InsO gleichsam zum „insolvenzanfechtungsrechtlichen Bumerang" werden und auf diese Weise Zivil- und Insolvenzanfechtungsrecht deutlich auseinanderlaufen, kann wertungsmäßig nicht überzeugen.[30] Und ebenso stößt es befremdlich auf, wenn sich nun im Gesellschaftsrecht wegen jenes Bumerang-Effekts die den Aktionär eigentlich privilegierende Vorschrift des § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG im Rahmen des § 134 InsO zu seinem Nachteil auswirkt, also nur der gutgläubige Aktionär der Unentgeltlichkeitsanfechtung unterworfen wird.

2. Frühere Vermeidung der Wertungswidersprüche in BGHZ 113, 98 und BGHZ 179, 137

Der mit BGHZ 214, 350 eingeleitete Wandel der Rechtsprechung erscheint deshalb besonders bemerkenswert, weil der für Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 113, 98[31] unter Geltung der KO den jetzt von ihm produzierten of-

2021:111121UIXZR237.20.0, ZIP 2021, 2655 Rz. 15 = EWiR 2022, 53 *(Bork)*.

20 OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556.

21 *Habersack*, ZIP 2022, 1621 ff.

22 OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556, 1557 = juris Rz. 39 f.; zur identischen Position von *Habersack* oben Ziff. I.

23 OLG Frankfurt v. 25.5.2022 – 4 U 310/19, ZIP 2022, 1556, 1557 = juris Rz. 40 f.

24 Dazu kritisch bereits *Bitter*, KTS 2022, 423, 475.

25 Auf die konsequente Fortentwicklung durch *Habersack* hinweisend schon *Bitter*, KTS 2022, 423, 476.

26 Zu den Rückgewähransprüchen bei offenen und verdeckten Vermögensverlagerungen s. *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2022, § 3 Rz. 187 ff. (zur AG), § 4 Rz. 224 ff. (zur GmbH), § 5 Rz. 149 (zur GbR), § 6 Rz. 69 (zur oHG), § 7 Rz. 39 f. (zur KG); ausführlich *Bitter*, ZHR 168 (2004), 302–351; umfassend *Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften, 2000, S. 229 ff., 272 ff., 304 ff.

27 Dazu umfassend *Bitter*, KTS 2022, 423, 437 ff., insb. S. 446 ff.

28 *Bitter*, KTS 2022, 423, 449 ff.

29 Vgl. in Bezug auf § 814 BGB grundlegend BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 Rz. 16; ferner die Nachweise oben in Fn. 18 f.; in Bezug auf § 817 S. 2 BGB erstmals wohl BGH v. 27.6.2019 – IX ZR 167/18, ECLI:DE:BGH:2019:270619UIXZR167.18.0, BGHZ 222, 283 = ZIP 2019, 1577 Rz. 66, 95; ferner die weiteren Nachweise oben in Fn. 15.

30 In diesem Sinne schon *Bitter*, WuB 2018, 99; ausführlich *Bitter*, KTS 2022, 423, 450 ff.; 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.

31 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 Rz. 18 ff. = EWiR 1991, 75 *(Ackmann)*.

fenkundigen 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.[32] 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."[33]

Später entschied derselbe Senat im Urteil BGHZ 179, 137 zum Fall Phoenix Kapitaldienst[34] 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 anfechtungsrechtliche Ergebnis besser getroffen.[35]

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.[36] Die höchst merkwürdigen Konsequenzen zeigen sich nun auch in der hier untersuchten Frage der gesellschaftsrechtlich unerlaubten Dividendenzahlungen. Richtigerweise kann – wie es der IX. Senat im Urteil BGHZ 113, 98 noch selbst gesehen hat – eine den Empfänger privilegierende Vorschrift (hier: § 62 Abs. 1 Satz 2 AktG) unmöglich zur Folge haben, dass allein jener privilegierte und deshalb zivilrechtlich *nicht* zur Rückgewähr verpflichtete Empfänger mit der Unentgeltlichkeitsrechtsprechung sanktioniert wird. Der bösgläubige Empfänger muss erst recht der Anfechtung aus § 134 InsO unterliegen, wenn sie schon gegen den gutgläubigen Empfänger begründet ist.[37]

3. Wertungswidersprüche seit BGHZ 214, 231

Die in der Position des OLG Frankfurt sowie der Darstellung von *Habersack* zum Ausdruck kommende Absurdität der Ergebnisse lässt sich problemlos auch mit weiteren Beispielen belegen:[38]

Beispiel 1: § 814 BGB soll nur für freiwillige Leistungen gelten; zahlt ein Schuldner hingegen unter Druck oder Zwang, so steht die Kenntnis der Nichtschuld einer Kondiktion nicht entgegen.[39] 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.[40]

Beispiel 2: § 817 Satz 2 BGB verkörpert nach Ansicht des IX. Zivilsenats den Grundsatz, dass bei der Rückabwicklung Rechtsschutz nicht in Anspruch nehmen kann, wer sich selbst durch gesetz- oder sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung stellt.[41] Jene gesetzliche Wertung kehrt sich aufgrund der inversen Anwendung von § 812 BGB und § 134 InsO im letzteren Fall – der Insolvenzanfechtung – exakt um: Gerade *nur* in jenen Fällen kann Rechtsschutz über § 134 InsO in Anspruch genommen werden, in denen sich der leistende Schuldner durch gesetz- oder sittenwidriges Handeln außerhalb der Rechtsordnung gestellt hat. Das gesetz- oder sittenwidrige Handeln wird also im Rahmen der Insolvenzanfechtung privilegiert.[42]

Beispiel 3: Ein Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB entfällt gegenüber dem gutgläubigen Empfänger, wenn dieser i.S.v. § 818 Abs. 3 BGB entreichert ist. Da der BGH in einem *bestehenden* Bereicherungsanspruch den „Gegenwert" für die Leistung des Insolvenzschuldners sieht, müsste er die Insolvenzanfechtung nach § 134 InsO eigentlich befürworten, wenn jener Bereicherungsanspruch nach § 818 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist.[43] Ein Bereicherungsanspruch, der nach den Wertungen des Bereicherungsrechts im Ergebnis nicht existiert, kann nämlich schlecht einen den Vermögensabfluss kompensierenden Gegenwert zugunsten der Insolvenzmasse bilden.[44] 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.[45]

Insgesamt wendet sich über den beschriebenen Bumerang-Effekt der jüngeren Rechtsprechung jedes im allgemeinen Zivilrecht zugunsten des Empfängers wirkende Tatbestandsmerkmal und jedes zugunsten des Empfängers vorgebrachte Argument[46] im Rahmen der Unentgeltlichkeitsrechtsprechung gegen jenen schutzwürdigen Empfänger, während allein der im

32 Siehe dazu die Darstellung und Analyse des Urteils bei *Heim* (Fn. 11), S. 55 ff.

33 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 Rz. 21.

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

35 Siehe dazu die eingehende Analyse beider Urteile bei *Heim* (Fn. 11), S. 43 ff. mit Ergebnis S. 97 f. und eigenem, alle rechtsgrundlosen Leistungen gleichbehandelnden Konzept S. 99 ff.

36 In diesem Sinne bereits *Bitter*, KTS 2022, 423, 451 f.

37 So bereits *Bitter*, KTS 2022, 423, 476 in Fn. 324 gegen *Habersack*, ZIP 2022, 1621, 1625.

38 Siehe zum Folgenden schon *Bitter*, KTS 2022, 423, 450 ff.

39 *Gehrlein*, DZWiR 2022, 232, 234 mit Hinweis auf BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638.

40 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 thematisieren; vgl. bereits *Bitter*, KTS 2022, 423, 451.

41 BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ECLI:DE:BGH:2020:011020UIXZR247.19.0, ZIP 2020, 2242 Rz. 33 = EWiR 2021, 23 *(Baumert)*; BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, ECLI:DE:BGH:2021:021221UIXZR110.20.0, WM 2022, 126 = AG 2022, 492 Rz. 31.

42 Siehe dazu ausführlicher *Bitter*, KTS 2022, 423, 452 ff.

43 Interessanterweise diskutiert der BGH im Treuhänderinnen-Fall (BGH v. 7.9.2017 – IX ZR 224/16, ECLI:DE:BGH:2017:070917UIXZR224.16.0, ZIP 2017, 1863 = EWiR 2018, 21 (*Henkel*)) die Entreicherung nur in Bezug auf den Bereicherungsanspruch (Rz. 33), nicht aber – neben § 814 BGB – als Basis für die Begründung der Anfechtung aus § 134 InsO.

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

45 Siehe dazu schon *Bitter*, KTS 2022, 423, 454 f.

46 Siehe etwa zur klassischen Streitfrage, ob § 817 Satz 2 BGB auch zu Lasten des Insolvenzverwalters wirkt, *Bitter*, KTS 2022, 423, 452 ff.

allgemeinen Zivilrecht nicht für schutzwürdig gehaltene Empfänger insolvenzanfechtungsrechtlich privilegiert wird. Das kann nicht richtig sein.

V. Inkonsistenz in Bezug auf unwirksame Schenkungen

Zu Inkonsistenzen führt die neue Rechtsprechung auch bei unwirksamen Schenkungen i.S.v. § 516 BGB:[47]

Ist die Schenkung wirksam, insbesondere die Form des § 518 BGB gewahrt, steht dem Beschenkten mit dem Anspruch auf den empfangenen Gegenstand ein Behaltensgrund zur Seite, so dass 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.[48] Deshalb wäre es wertungsmäßig kaum erträglich, wenn der Empfänger bei einer nichtigen Schenkung nicht ebenso wie bei einem formwirksamen Schenkungsversprechen der Unentgeltlichkeitsanfechtung unterläge.[49]

Das unerträgliche Ergebnis sucht der IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 214, 350 ersichtlich zu vermeiden, indem er darauf hinweist, die Unentgeltlichkeit sei nach dem Grundgeschäft zu beurteilen.[50] Daher sei die Leistung auf ein unwirksames Schenkungsversprechen unentgeltlich.[51] Doch wird mit jener Argumentation nicht nur – wenig überzeugend – die *nichtige* Willenserklärung zum Maßstab für die Bemessung der Unentgeltlichkeit erhoben[52], sondern auch das eigene Konzept des BGH 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 Alt. 1 BGB"[53], weshalb es im Hinblick auf jenen „Rückforderungsanspruch" am „endgültigen Verlust des Vermögensgegenstandes ohne ausgleichende Gegenleistung des Empfängers"[54] fehlen müsste.

Wird aber das eigene Grundkonzept einer Differenzierung zwischen bestehendem und nicht bestehendem Bereicherungsanspruch allein in Bezug auf die Schenkung durchbrochen und nur hier der vorhandene Bereicherungsanspruch als Gegenwert außen vor gelassen, zeigt dies im Grunde überdeutlich, dass eben das ganze Grundkonzept auf Sand gebaut ist.[55]

VI. Fehlende Verknüpfung zwischen Leistung und Rückgewähranspruch

Die neue, mit dem Urteil BGHZ 214, 350 begründete Linie der Rechtsprechung führt aber nicht nur zu den aufgezeigten Wertungswidersprüchen und Inkonsistenzen, sondern sie bricht auch mit einem bis in die jüngere Zeit hochgehaltenen Grundsatz der Unentgeltlichkeitsanfechtung: Die Anerkennung der „Entgeltlichkeit" i.S.v. § 134 InsO erfordert eine hinreichende Verknüpfung zwischen Leistung und „Gegenleistung".[56]

Ob eine Leistung „entgeltlich" erfolgte, 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.[57] 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.[58] Dadurch wird der Wert zum *Gegen*wert, 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[59];

47 Siehe zum Folgenden schon *Bitter*, WuB 2018, 99, 100; ausführlicher *Bitter*, KTS 2022, 423, 446 ff.

48 Dazu eingehend *Heim* (Fn. 11), S. 157 ff.

49 *Heim* (Fn. 11), S. 164; *Bitter*, WuB 2018, 99, 100; *Bitter*, KTS 2022, 423, 446; insoweit übereinstimmend auch *Becker*, DZWiR 2018, 201, 206.

50 BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 Rz. 15 mit Hinweis auf BGH v. 13.2.2014 – IX ZR 133/13, WM 2014, 516 = ZIP 2014, 528 Rz. 15 m.w.N. = EWiR 2014, 325 *(Baumert)*.

51 BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 Rz. 15; zust. *Becker*, DZWiR 2018, 201, 206.

52 Dazu kritisch *Bitter*, KTS 2022, 423, 447.

53 BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 Rz. 15.

54 So BGH v. 20.4.2017 – IX ZR 252/16, ECLI:DE:BGH:2017:200417UIXZR252.16.0, BGHZ 214, 350 = ZIP 2017, 1233 Rz. 14.

55 So bereits das Fazit bei *Bitter*, KTS 2022, 423, 447.

56 Siehe zum Folgenden bereits *Bitter*, WuB 2018, 99, 100; *Bitter*, KTS 2022, 423, 442 ff.

57 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 Rz. 11; BGH v. 15.9.2016 – IX ZR 250/15, ECLI:DE:BGH:2016:150916UIXZR250.15.0, ZIP 2016, 2329 Rz. 20 m.w.N. = EWiR 2016, 765 *(Bork)*; BGH v. 22.10.2020 – IX ZR 208/18, ZIP 2020, 2348 Rz. 9 = EWiR 2020, 723 *(Bork)*; *Borries/Hirte* in Uhlenbruck, 15. Aufl. 2019, § 134 InsO Rz. 25; *Bork* in Kübler/Prütting/Bork, § 134 InsO Rz. 40 (Stand: September 2022); *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm/InsO, 4. Aufl. 2019, § 134 InsO Rz. 17; *Thole* in Kayser/Thole, HeidelbKomm/InsO, 10. Aufl. 2020, § 134 InsO Rz. 7; *Schäfer* in Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, 3. Aufl. 2017, Rz. G 28; *Thole*, KTS 2011, 219, 220; sehr ähnlich wie hier formulierend *Rogge/Leptien* in HambKomm/InsR, 9. Aufl. 2022, § 134 InsO Rz. 18; *Dauernheim* in FrankfKomm/InsO, 9. Aufl. 2018, § 134 InsO Rz. 9; eingehend *Heim* (Fn. 11), S. 113 ff.

58 Näher *Heim* (Fn. 11), S. 119 ff. m.w.N. in Fn. 341. Hingewiesen wird insbesondere auf BGH v. 10.5.1978 – VIII ZR 32/77, WM 1978, 671, 674 unter Ziff. B. I. 2.c) und 3. a), b) der Gründe (insoweit in BGHZ 71, 296 und in juris nicht abgedruckt) und BGH v. 7.6.2001 – IX ZR 195/00, ZIP 2001, 1248 unter Ziff. II. 3. a) der Gründe = juris Rz. 15 = EWiR 2001, 1007 *(Gerhardt)*; zum Erfordernis einer Verknüpfung von Leistung und Gegenwert auch *Thole*, Gläubigerschutz durch Insolvenzrecht, 2010, S. 450 f.; *Held*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO, 2016, S. 328 ff. mit Ergebnis S. 350; *Borries/Hirte* in Uhlenbruck (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 18 und insb. Rz. 19 ff.; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1592; *Dauernheim* in FrankfKomm/InsO (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 11.

59 So ausdrücklich BGH v. 7.9.2017 – IX ZR 224/16, ECLI:DE:BGH:2017:070917UIXZR224.16.0, ZIP 2017, 1863 Rz. 13 für einen Treuhandvertrag; BGH v. 19.7.2018 – IX ZR 307/16, ECLI:DE:BGH:2018:190718UIXZR307.16.0, ZIP 2018, 1601 Rz. 38 = EWiR 2018, 529 *(Eckardt)*; BGH v. 29.4.2021 – IX ZR 266/17, BGH v. 29.4.2021 – IX ZR 266/19, ZIP 2021, 1347 Rz. 14 für einen Darlehensvertrag = EWiR 2021, 530

ausreichend ist vielmehr auch eine konditionale, d.h. über eine Bedingung i.S.v. § 158 BGB hergestellte, sowie eine *rechtlich* kausale Verknüpfung.[60] Demgegenüber genügt es nicht, wenn die Leistung des Schuldners schlicht ursächlich dafür war, dass ein Wert tatsächlich in sein Vermögen gelangt (natürliche/reine Ursächlichkeit).[61]

Nach diesen Grundsätzen der Rechtsprechung zu § 134 InsO kann weder ein Bereicherungsanspruch noch ein gesellschaftsrechtlicher Rückgewähranspruch (z.B. aus § 62 AktG) ein beachtlicher Gegenwert sein, weil er nicht auf die erforderliche Weise mit der rechtsgrundlosen und/oder gesellschaftsrechtlich unzulässigen Leistung des Schuldners *rechtlich* verknüpft ist.[62] Der Insolvenzschuldner erbringt nämlich ganz offensichtlich nicht seine Leistung, um im Gegenzug einen Bereicherungsanspruch oder einen gesellschaftsrechtlichen Rückgewähranspruch zu erlangen.[63]

Besonders bemerkenswert erscheint in diesem Zusammenhang, dass der IX. Zivilsenat nur gut ein Jahr nach dem Urteil BGHZ 214, 350 in einem am 19.7.2018 entschiedenen Fall, in dem es um die Erlangung von Fördergeldern als Gegenleistung für eine Nutzungsüberlassung ging, das Erfordernis einer rechtlichen Verknüpfung wieder deutlich betont. Dabei beruft sich der Senat nun ausgerechnet auf die Dissertation von *Heim*[64], der die Frage der rechtlichen Verknüpfung zwischen Leistung und Gegenleistung in der BGH-Rechtsprechung speziell mit Blick auf die rechtsgrundlosen Leistungen untersucht und dabei für den Bereicherungsanspruch deutlich das Fehlen jener Verknüpfung herausgestellt hatte.[65]

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.[66]

VII. Zweifelhafte Konsequenzen beim qualifizierten Rangrücktritt

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass sich der IX. Zivilsenat mit seiner neuen, in BGHZ 214, 350 begründeten Linie auch sein wenige Jahre zuvor im Urteil BGHZ 204, 231[67] entwickeltes, vom *Verfasser*[68] in dieser Zeitschrift enthusiastisch gefeiertes Konzept zum sog. qualifizierten Rangrücktritt selbst wieder zerstört hat.[69]

Das Urteil BGHZ 204, 231 hatte auf der früheren, bis zum Fall Phoenix Kapitaldienst entwickelten Rechtsprechung aufgebaut, in der *jede* rechtsgrundlose Leistung als „unentgeltlich" angesehen wurde und folglich die Anfechtung nach § 134 InsO unabhängig davon eingriff, ob im Einzelfall ein Bereicherungsanspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht oder dieser nach § 814 BGB ausgeschlossen ist.[70] Da der IX. Zivilsenat im Urteil BGHZ 204, 231 Zahlungen auf eine qualifiziert nachrangige Forderung, die in der Krise erfolgen und damit gegen die vereinbarte vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre[71] verstoßen, für rechtsgrundlos i.S.v. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB erklärte[72], knüpfte daran nach der damaligen Rechtsprechung ein konsequentes Anfechtungsregime an. Dieses erfasste Rangrücktritte von Gesellschaftern und Nichtgesellschaftern gleichermaßen und stellte so die Basis für eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO auf Nichtgesellschafter her.[73] Nur deshalb konnten bei Vereinbarung eines sog. qualifizierten Rangrücktritts auch Forderungen von Nichtgesellschaftern in der Überschuldungsbilanz außen vor gelassen werden; der Insolvenzgrund des § 19 InsO aufgrund jener nachrangigen Forderungen und eine daran anknüpfende Insolvenzantragspflicht gem. § 15a InsO waren so vermeidbar.[74]

Dieses konsequente Anfechtungsregime, das eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO auf Nichtgesellschafter erlaubte, wurde mit dem Urteil BGHZ 214, 350 nur wenige Jahre nach seiner Ausformulierung durch den IX. Zivilsenat wieder beseitigt. Nun soll ja die Anfechtung gem. § 134 InsO bei rechtsgrundlosen Leistungen nur noch im Ausnahmefall des § 814 BGB eingreifen, in dem der Leistende den Mangel des Rechtsgrundes kennt. Eine solche Kenntnis liegt aber in Rangrücktrittsfällen keineswegs immer vor, wie der *Verfasser*

(Mordhorst); s. auch *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm/InsO (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 17a, 22; *Borries/Hirte* in Uhlenbruck (Fn. 57), § 134 Rz. 19; *Bork* in Kübler/Prütting/Bork (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 38 m.w.N.; *Thole* in Kayser/Thole, HeidelbKomm/InsO (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 7; *Rogge/Leptien* in HambKomm/InsR (Fn. 57), § 134 Rz. 18, 23; *Thole* (Fn. 58), S. 450; *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1591; *Bork*, NZI 2018, 1, 3; *Gehrlein*, ZInsO 2018, 2280, 2283; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629.

60 BGH v. 19.7.2018 – IX ZR 307/16, ECLI:DE:BGH:2018:190718UIXZR307.16.0, ZIP 2018, 1601 Rz. 38; *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm/InsO (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 17a, 18; *Neuberger*, ZInsO 2020, 629 f., 634; *Thole* (Fn. 58), S. 450 f.; eingehend *Heim* (Fn. 11), S. 121 ff.; *Held* (Fn. 58), S. 328 ff. mit Ergebnis S. 350; in diesem Sinne wohl auch *Bork* in Kübler/Prütting/Bork (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 38.

61 Näher *Heim* (Fn. 11), S. 124 ff.; ferner *Neuberger*, ZInsO 2020, 629, 630 (nur bei einer Vereinbarung der Parteien); *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm/InsO (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 17a (nur bei „rechtlich verknüpfte[n]" Interessen und Vorteilen); undeutlich insoweit *Rogge/Leptien* in HambKomm/InsR (Fn. 57), § 134 InsO Rz. 18; *Bork*, NZI 2018, 1, 3 bei Fn. 30 und *Klinck*, ZIP 2017, 1589, 1591 bei Fn. 30.

62 A.A. offenbar *Becker*, DZWiR 2018, 201, 204, der es genügen lassen will, dass der Bereicherungsanspruch aus der unberechtigten Leistung „erwächst".

63 Eingehend *Heim* (Fn. 11), S. 151 ff.; zust. *Bitter*, WuB 2018, 99, 100.

64 BGH v. 19.7.2018 – IX ZR 307/16, ECLI:DE:BGH:2018:190718UIXZR307.16.0, ZIP 2018, 1601 Rz. 37 f. mit dreifachem Hinweis auf *Heim* (Fn. 11), S. 113, S. 121 f., S. 123 f.

65 *Heim* (Fn. 11), S. 152 mit Hinweis auf die bei *Thole* (Fn. 58), S. 451 formulierten Anforderungen an die Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung.

66 So das Fazit bei *Bitter*, KTS 2022, 423, 445.

67 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638.

68 *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644 ff.

69 Dazu bereits *Bitter* in Scholz (Fn. 9), Vor § 64 GmbHG Rz. 92 ff., insb. Rz. 100 ff.; ausführlicher *Bitter*, KTS 2022, 423, 430 ff., 457 ff.

70 Darstellung der Rechtsprechungsentwicklung bei *Bitter*, KTS 2022, 423, 427 ff.

71 Zur Differenzierung zwischen Rangrücktritt und vorinsolvenzlicher Durchsetzungssperre *Bitter/Rauhut*, ZIP 2014, 1005, 1007 ff.; *Bitter*, ZIP 2015, 345 f.; *Bitter* in Scholz (Fn. 9), Anh. § 64 GmbHG Rz. 471 ff.

72 BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 Rz. 27 ff. mit Erläuterung durch *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 645 f.

73 Dazu *Bitter* in Scholz (Fn. 9), Vor § 64 GmbHG Rz. 94 ff.; *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 645 f.; *Bitter*, KTS 2022, 423, 430 ff.; zur problematischen Lage *vor* BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231 = ZIP 2015, 638 s. *Bitter*, WuB 2015, 117, 118.

74 Umfassend zur Insolvenzvorsorge durch Rangrücktritt (und Patronatserklärung) *Bitter*, ZHR 181 (2017), 428–481.

schon bisher betont hat[75] und die jüngere Rechtsprechung nochmals deutlich macht.[76] Zum einen können beim Leistenden rechtliche Zweifel an der Wirksamkeit des Rangrücktritts (etwa aus dem AGB-Recht[77]) bestehen, so dass ihm die – grundsätzlich eng verstandene[78] – Kenntnis vom fehlenden Rechtsgrund fehlt. Insbesondere aber wird der Schuldner im Zeitpunkt der Zahlung oft am Vorliegen eines Insolvenzgrundes zweifeln oder die Zahlung jedenfalls später damit rechtfertigen, er sei (subjektiv) nicht von einer Insolvenzreife ausgegangen. Dann aber lässt sich ihm nicht mit der hinreichenden Gewissheit nachweisen, dass er bei seiner Leistung den Verstoß gegen den sog. qualifizierten Rangrücktritt und damit die Rechtsgrundlosigkeit der Leistung erkannt hat[79] – ganz zu schweigen von der Frage, ob der Leistende für die Kenntnis der Nichtschuld nicht zusätzlich auch die in BGHZ 204, 231 entwickelte Idee von einer Leistung ohne Rechtsgrund trotz grundsätzlich bestehenden Rückzahlungsanspruchs[80] im Rahmen seiner „Parallelwertung in der Laiensphäre"[81] nachvollzogen haben muss.

So oder so ist jedenfalls die Basis für eine analoge Anwendung des § 19 Abs. 2 Satz 2 InsO auf Nichtgesellschafter ins Wanken geraten.[82] Will man die Überschuldungsvermeidung durch Rangrücktritte von Nichtgesellschaftern auch zukünftig anerkennen, muss man entweder den Bereicherungsanspruch – trotz seiner Schwächen im Vergleich zu § 134 InsO[83] – für ausreichend erklären oder sich auf die Suche nach einer alternativen Anspruchsgrundlage für den Rückgewähranspruch machen.[84]

VIII. Fazit

Ein Haus, das auf Sand gebaut ist, kann keine Stabilität gewinnen. Das OLG Frankfurt und *Habersack* haben die Rechtsprechung des BGH zur Anfechtung rechtsgrundloser Leistungen gem. § 134 InsO zwar durchaus konsequent auf unzulässige Dividendenausschüttungen übertragen und sind deshalb zu dem Ergebnis gelangt, dass allein der gutgläubige Aktionär der Unentgeltlichkeitsanfechtung unterliegt, während der bösgläubige Aktionär insolvenzrechtlich privilegiert wird. Diese absurde Konsequenz beruht jedoch auf der Fehlerhaftigkeit der zugrunde gelegten BGH-Rechtsprechung, die beginnend mit dem Urteil BGHZ 214, 350 die Anfechtung gem. § 134 InsO ausschließen will, wenn der Empfänger zivilrechtlich (aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) zur Rückerstattung verpflichtet ist. Diese hier als invers bezeichnete, sich gegenseitig ausschließende Rückforderung nach materiellem Recht einerseits, Insolvenzanfechtungsrecht andererseits führt zu deutlichen Wertungswidersprüchen, die in der Privilegierung des bösgläubigen Aktionärs gegenüber dem gutgläubigen Aktionär ihren traurigen Höhepunkt finden. Es ist Zeit, diesen Holzweg zu verlassen. Die Unentgeltlichkeitsanfechtung muss auf ihr früheres festes Fundament zurückgeführt werden.

75 Siehe bereits *Bitter* in Scholz (Fn. 9), Vor § 64 GmbHG Rz. 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 *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*, Der überschuldungsvermeidende Rangrücktritt, 2019, S. 82 f.

76 Siehe zum Folgenden ausführlicher *Bitter*, KTS 2022, 423, 457 ff.

77 Vgl. dazu den Überblick bei *Bitter* in Scholz (Fn. 9), Anh. § 64 GmbHG Rz. 477 ff.; zur Position des *Verfassers* s. *Bitter*, ZIP 2015, 345 ff.; zuvor *Poelzig*, WM 2014, 917 ff.; später *Gehrlein*, WM 2017, 1385 ff.

78 Dazu *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2295 („Strenge der Anforderungen"); *Gehrlein*, DZWiR 2022, 232, 233; s. auch BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ECLI:DE:BGH:2020:011020UIXZR247.19.0, ZIP 2020, 2242 Rz. 30.

79 Näher *Bitter*, KTS 2022, 423, 458 f.

80 Vgl. BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, BGHZ 204, 231, 242 ff. = ZIP 2015, 638, 641 f. Rz. 27 ff., 33 f.; dazu erläuternd *Bitter/Heim*, ZIP 2015, 644, 645 f.; *Bitter* in Scholz (Fn. 9), Vor § 64 GmbHG Rz. 96 m.w.N.; eingehend *Dittmar* (Fn. 75), S. 28 ff., 44 ff., zu denkbaren Verteidigungsmöglichkeiten des Empfängers S. 78 ff.

81 Darauf im Rahmen des § 814 BGB abstellend BGH v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, ECLI:DE:BGH:2020:011020UIXZR247.19.0, ZIP 2020, 2242 Rz. 30 m.w.N.; BGH v. 22.7.2021 – IX ZR 26/20, ZIP 2021, 1768 Rz. 22; BGH v. 2.12.2021 – IX ZR 110/20, ECLI:DE:BGH:2021:021221UIXZR110.20.0, WM 2022, 126 = AG 2022, 492 Rz. 21; *Madaus/Wilke/Knauth*, ZIP 2018, 2293, 2295 m.w.N. in Fn. 18; *Gehrlein*, DZWiR 2022, 232, 233.

82 Vgl. bereits *Bitter*, WuB 2018, 99, 100; näher *Bitter*, KTS 2022, 423, 457 ff.

83 Dazu *Bitter*, KTS 2022, 423, 448 f., ferner S. 454 f.

84 Dazu *Bitter* in Scholz (Fn. 9), Vor § 64 GmbHG Rz. 102 f., Anh. § 64 GmbHG Rz. 585.