

Abendsymposium des ZIS am 14. März 2023**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.

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.

c) Die mit BGHZ 214, 350 begonnene Rechtsprechung würde bei konsequenter Anwendung zu dem untragbaren Ergebnis führen, dass der Leistungsempfänger bei einem *unwirksamen* Schenkungsvertrag anfechtungsrechtlich bessergestellt wird als bei einem (*form-*)*wirksamen* Schenkungsversprechen. Vermeiden kann der BGH den darin liegenden Wertungswiderspruch nur durch inkonsequente Anwendung der von ihm selbst aufgestellten Grundsätze, nämlich durch die Ausblendung des (angeblich einen hinreichenden Gegenwert bildenden) Bereicherungsanspruchs allein beim unwirksamen Schenkungsvertrag sowie durch Rückgriff auf das *nichtige* Grundverhältnis (*causa*) zur Anerkennung der Unentgeltlichkeitsrechtsprechung.

d) Die mit BGHZ 214, 350 eingeführte, hier sog. „inverse“ Anwendung von Bereicherungs- und Anfechtungsrecht durch den IX. Zivilsenat, bei der sich der Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 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.

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.

f) Die neuere Rechtsprechung zur eingeschränkten Anfechtbarkeit rechtsgrundloser Zahlungen führt nicht nur beim qualifizierten Rangrücktritt, sondern auch im Übrigen zu einer Überfrachtung der Unentgeltlichkeitsrechtsprechung mit schwer zu beweisenden subjektiven Voraussetzungen und damit zu erhöhter Rechtsunsicherheit.

g) Die Versubjektivierung der Unentgeltlichkeitsanfechtung bricht außerdem mit dem Telos des § 134 InsO, für das die *einseitigen* Fehlvorstellungen sowohl des (späteren) Insolvenzschuldners als auch des Leistungsempfängers grundsätzlich irrelevant sind und deshalb in gleicher Weise der *beiderseitige* Irrtum über einen wertausgeglichene Leistungsaustausch mit dem Unterfall der unerkannt rechtsgrundlosen Leistung. Ein eventuelles Vertrauen des Leistungsempfängers in den rechtsgrundlos und damit ohne verknüpften Gegenwert erlangten Gegenstand wird nach dem Telos des § 134 InsO nur auf der Rechtsfolgenseite geschützt (§ 143 Abs. 2 InsO).

h) Die Anfechtbarkeit *aller* rechtsgrundlosen Leistungen 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).

Literatur: Bitter, KTS 2022, 423–478; Bitter, ZIP 2023, 169–175