

**Ohne Rechtsgrund oder unentgeltlich? Zur
Anfechtbarkeit gläubigerschädlicher Leistungen:
Besprechung des BGH-Urteils vom 20. 4. 2017 – IX ZR
252/16, DZWIR 2018, 225 [Urteilsanmerkung]**

Christoph Becker

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Becker, Christoph. 2018. "Ohne Rechtsgrund oder unentgeltlich? Zur Anfechtbarkeit gläubigerschädlicher Leistungen: Besprechung des BGH-Urteils vom 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, DZWIR 2018, 225 [Urteilsanmerkung]." *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 28 (5): 201–6. <https://doi.org/10.1515/dwir-2018-0059>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright



DEUTSCHE ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTS- UND INSOLVENZRECHT

Herausgeber: Wilhelm Bichlmeier, Rainer Funke, Reinfrid Fischer, Volker Grub, Norbert Horn, Hartmut Oetker, Rolf A. Schütze, Stefan Smid, Harm Peter Westermann

Korrespondierender Beirat: Rainer M. Bähr, Christian Graf Brockdorff, Peter Depré, Norbert Fehl, Volkhard Frenzel, Ottmar Hermann, Klaus Hubert Görg, Horst M. Johlke, Wulf-Gerd Joneleit, Harro Mohrbutter, Peter Mohrbutter, Hans-Jürgen Papier, Horst Piepenburg, Michael Pluta, Rolf Rattunde, Harald Schliemann, Tobias Wellensiek, Frank M. Welsch, Wilhelm Wessel, Klaus Wimmer, Mark Zeuner

Schriftleitung: Michael Schmidt

Aufsatz

Univ.-Prof. Dr. iur. utr. Christoph Becker

Ohne Rechtsgrund oder unentgeltlich? Zur Anfechtbarkeit gläubigerschädlicher Leistungen

Besprechung des BGH-Urteils vom 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, DZWIR 2018, 225

<https://doi.org/10.1515/dwir-2018-0059>

Das am 20. 4. 2017 verkündete Urteil des Bundesgerichtshofes dient einer Klärung der zunehmend unsicher gewordenen Abgrenzungen zwischen den in §§ 130 ff. InsO geregelten Anfechtungstatbeständen für das Insolvenzverfahren. Es hilft mittelbar auch der Handhabung des Anfechtungsgesetzes für die Einzelzwangsvollstreckung.

I. Aufrechnung: Darlehen gegen Bereicherung

Der Rechtsstreit zwischen dem klagenden Insolvenzverwalter und einer beklagten Bank als Anfechtungsgegnerin entspann sich um vier überschaubare Geldbeträge, welche

sich zusammen auf 2.535 € beliefen.¹ Die Summe ergab sich aus Bearbeitungsentgelten, welche die Bank für Verbraucherkredite berechnete. Der spätere Insolvensschuldner hatte die Verbraucherkredite aufgenommen und die Bank hatte die Bearbeitungsentgelte unmittelbar von dem ausgezahlten Darlehensgeld einbehalten (Disagio). Die Bearbeitungsentgelte hatten zwar den Allgemeinen Geschäftsbedingungen entsprochen, mit welchen die Darlehensverträge nach § 305 BGB ausgestattet waren.² Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hielten jedoch einer Inhaltskontrolle nach § 307 BGB nicht stand, so dass sich ihre Vereinnahmung als ungerechtfertigte Bereicherung der Bank aus rechtsgrundloser Leistung des Darlehensnehmers gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB darstellte.³ Deswegen forderte der Insolvenzverwalter die Erstattung der Bearbeitungsentgelte als Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung. Diesem Verlangen begegnete die

Christoph Becker, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Zivilverfahrensrecht, Römisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte, Juristische Fakultät, Universität Augsburg.

¹ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 1, DZWIR 2018, 225 (in diesem Heft).

² BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 1, DZWIR 2018, 225.

³ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 8, DZWIR 2018, 225, 226.

Bank mit Aufrechnung (§ 387 BGB), zu der sie sich trotz des schon laufenden Insolvenzverfahrens gemäß § 94 InsO berechtigt sah. Zur Aufrechnung verwendete sie ihre noch unbeglichenen wirklichen Ansprüche auf Tilgung und Verzinsung der Darlehenskapitalien, welche sie kurz vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mittels Kündigung wegen Zahlungsrückständen fällig gestellt hatte.⁴

II. Unanfechtbare Schaffung der Aufrechnungslage

Um diese Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu entkräften und so seine mit der Klage verfolgte Kondiktion als noch unbefriedigt darzulegen, berief der Insolvenzverwalter sich auf die Anfechtbarkeit unentgeltlicher Leistungen des Schuldners nach § 134 Abs. 1 InsO. Läge im Entrichten der ungeschuldeten Bearbeitungsentgelte (durch Abzug von den Darlehensauszahlungen) eine unentgeltliche Leistung des späteren Insolvenzschuldners innerhalb des kritischen Zeitraums, so hätte sich die Bank mit der rechtsgrundlosen Vereinnahmung in anfechtbarer Weise eine Aufrechnungslage verschafft. Der Vorteil der Bank wäre, zum Nachteil der anderen Insolvenzgläubiger, dass sie in Höhe der Aufrechnungssumme (2.535 €) volle Deckung ihrer Insolvenzforderung genösse und nicht nur die Bedienung laut Ausschüttungsquote nach Verwertung (§§ 187 ff. InsO). Noch deutlicher auf die Auswirkung im Insolvenzverfahren hinweisend, könnte man den die anderen Gläubiger zurücksetzenden Vorteil der Bank auch damit beschreiben, dass die Bank sich vom späteren Insolvenzschuldner Rückzahlung höherer Darlehensbeträge zusagen ließ, als sie nach den Abmachungen dem späteren Insolvenzschuldner auszureichen hatte. Der Vorwegabzug der Bearbeitungsentgelte wirkt solange fort, wie die Tilgungen noch nicht die Nettoauszahlungsbeträge erreichen. Außerdem enthalten vom Darlehensnehmer zwischenzeitlich an die Bank gezahlte Raten zu hohe Zinsanteile, da die Verzinsung, bevor die Ungültigkeit der Bearbeitungsentgelte entdeckt wird, nicht nur aus dem tatsächlich ausgezahlten Darlehensgeld errechnet ist, sondern aus dem Bruttobetrag vor Einbehalt der Bearbeitungsentgelte, das heißt aus höheren Kapitalbeträgen, als sie dem Kreditnehmer tatsächlich zur Verfügung standen.

III. Suche nach langfristiger Anfechtungsmöglichkeit

Das Insolvenzverfahren wurde im September des Jahres 2012 beantragt und eröffnet. Die Darlehensverträge stammten jedoch vom Februar des Jahres 2009 und waren alsbald ausgeführt worden. Seit Vereinnahmen der Bearbeitungsentgelte waren somit schon mehr als drei Jahre vergangen. Die in den Tatbeständen der Insolvenzanfechtungen nach §§ 130 bis 132 InsO festgelegten Zeiträume waren verstrichen. Mit ihnen konnte der Verwalter die überhöhten Tilgungsverpflichtungen und die angebundenen überhöhten Zinsverpflichtungen nicht mehr reduzieren. Helfen konnten dem Insolvenzverwalter nur noch die besonders langfristigen Anfechtungstatbestände der §§ 133f. InsO. Alle Instanzen versagten indessen dem Insolvenzverwalter die gewünschte Unterstützung. Der Bundesgerichtshof sieht mit dem Berufungsgericht den bereicherungsrechtlichen Erstattungsanspruch als erloschen an, weil die Bank wirksam von einer unanfechtbar erlangten Aufrechnungslage nach der Verfahrenseröffnung Gebrauch mache.⁵

IV. Entgeltlichkeit unberechtigter Bearbeitungsgebühren

Der Gewinn einer Aufrechnungsmöglichkeit litt nicht unter Anfechtbarkeit nach § 134 InsO. Die Aufrechnungsmöglichkeit war zwar Folge des Entrichtens von Bearbeitungsgebühren durch Einbehalt von den ausgegebenen Darlehenskapitalbeträgen. Da die Einzahlungen mangels wirksamer Vertragsklauseln keinen Rechtsgrund hatten, erzeugten sie die später zur Aufrechnung genutzten Erstattungsverpflichtungen der Bank. Aber es fehlt an der Unentgeltlichkeit der Gebühreneinbehalte an und für sich.⁶ Deswegen ist die Schaffung der Kondiktionslage durch sie nicht unentgeltlich; und damit ist auch nicht die Aufrechnungsmöglichkeit unentgeltlich, welche die Kondiktionslage mit sich brachte.⁷

⁵ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 5, 6, DZWIR 2018, 225, 226.

⁶ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 9–23 (dazu Ls. 1), DZWIR 2018, 225, 226 ff.

⁷ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 27–30 (dazu Ls. 2), DZWIR 2018, 225, 228.

V. Keine Unentgeltlichkeit bei intendierter Entgeltlichkeit

Die Einbehalte waren nicht etwa deswegen unentgeltlich, weil der Darlehensnehmer und spätere Insolvenzschuldner zu Gebührenzahlungen nicht verpflichtet war. Weil sowohl der Darlehensnehmer als auch die Bank zumindest glaubten, die objektiv nicht geschuldeten Bearbeitungsgebühren seien rechtmäßig als Gegenleistung für die Kreditgewährung erhoben, waren die Gebührenzahlungen entgeltliche Leistungen.⁸ Um eine Leistung als im Sinne von § 134 InsO unentgeltlich einstufen zu können, muss also von den Beteiligten Unentgeltlichkeit gedacht sein. Irrige Annahme der Entgeltlichkeit stört den Befund der Unentgeltlichkeit.⁹ Der Bundesgerichtshof fasst das Merkmal somit – zumindest: auch – subjektiv auf.

VI. Relevanz objektiver Einschätzung einer Leistung als unentgeltlich?

Nicht ausdrücklich klärt das Revisiongericht, ob der objektive Befund gänzlich belanglos ist. Es bleibt, da im Fall nicht relevant, offen, ob allein die übereinstimmende Auffassung von Schuldner und Gläubiger, eine Leistung sei unentgeltlich, zur Anwendung von § 134 InsO führen kann, obwohl in Wahrheit ein Zusammenhang mit einer Gegenleistung besteht. Den Zusammenhang können die Beteiligten beispielsweise deshalb übersehen, weil sie einen Vertrag nicht mehr in allen Details in Erinnerung haben oder ihnen seine Deutung nicht hinreichend klar vor Augen steht. Für die Erheblichkeit auch des objektiven Befundes sprechen die umfänglichen weiteren Ausführungen des Revisiongerichts, in denen es den prinzipiellen Unterschied zwischen ungerechtfertigter (rechtsgrundloser) und unentgeltlicher Leistung hervorhebt.¹⁰

VII. Rechtsgrundlosigkeit als vorrangiger objektiver Befund

Die Rechtsgrundlosigkeit erscheint als objektives Abgrenzungsmerkmal. Die subjektive Einschätzung einer Leistung als geschuldet tritt hinter der objektiven Würdigung zurück. Zwar entscheidet am Ende erst eine Gesamtwürdigung aller objektiven und subjektiven Momente über die Einstufung einer Leistung als unentgeltlich. Doch genießt der objektive Befund einen Vorrang, demgegenüber das Subjektive lediglich korrigierend wirken kann.¹¹ Und schon bevor es an die Unterscheidung zwischen Unentgeltlichkeit und Entgeltlichkeit geht, ordnet der objektive Befund eine Leistung der Kategorie »mit Rechtsgrund« oder der Kategorie »ohne Rechtsgrund« zu. Erst nach der objektiven Einteilung eines Falles in eine der beiden Kategorien »ohne Rechtsgrund« und »mit Rechtsgrund« erhebt sich in der Kategorie »mit Rechtsgrund« die Frage, ob es sich um unentgeltliche oder entgeltliche Leistung handelt.

VIII. Trennung der Anfechtungstatbestände

1. Eigenständigkeit von Vorsatz und Unentgeltlichkeit

Mit der vorrangigen Scheidung rechtsgrundloser von rechtsbegründeter Leistung zieht der Bundesgerichtshof (insoweit unausgesprochen) auch eine Trennlinie zwischen den besonderen Insolvenzanfechtungen und den in der Gesamtvollstreckung wie in der Einzelzwangsvollstreckung vorgesehenen Anfechtungen wegen Vorsatzes oder wegen Unentgeltlichkeit. Anfechtungen wegen Vorsatzes oder wegen Unentgeltlichkeit sind nicht Unterfälle kongruenter Deckungen (§ 130 InsO) oder – wozu das Revisiongericht insbesondere auch rechtsgrundlose Leistungen zählt¹² – inkongruenter Deckungen (§ 131 InsO), welche in §§ 133 und 134 InsO mit Fristverlängerungen ausgestattet wären. Vielmehr handelt es sich bei Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO; in der Einzelvollstreckung § 3 AnfG) und Anfechtung wegen Unentgeltlichkeit (§ 134 InsO; § 4 AnfG) um eigenständige Tatbestände. Es bleibt lediglich unbenommen, einen Einzelfall sowohl unter § 130 oder § 131

⁸ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 7 f., DZWIR 2018, 225, 226.

⁹ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 9, DZWIR 2018, 225, 226.

¹⁰ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 10–23 (dazu Ls. 1), DZWIR 2018, 225, 226 ff.

¹¹ Vgl. Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, Stand: September 2017, § 134 Rn. 13.

¹² BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 17, DZWIR 2018, 225, 227.

InsO als auch unter § 133 oder § 134 InsO zu subsumieren. Der geflossenen Leistung versagt der Bundesgerichtshof das Kennzeichen der Unentgeltlichkeit, weil der Leistende bürgerlich-rechtlich ein Rückforderungsrecht nach den Regeln ungerechtfertigter Bereicherung hat. Das Rückforderungsrecht steht zwar nicht in einem synallagmatischen Zusammenhang mit der unberechtigten Leistung, erwächst aber eben aus ihr, so dass der Erwerb dem Empfänger nicht folgenlos, zu uneingeschränktem Genuss verbleibt.

2. Kondiktion außerhalb der Anfechtungsregeln?

Eine noch strengere Auffassung schließt die rechtsgrundlose Leistung sogar gänzlich von den Anfechtungstatbeständen aus. Ihr zufolge ist der Insolvenzverwalter auf den Kondiktionsanspruch nach einer der Vorschriften in §§ 812ff. BGB beschränkt. Sie lässt nur ausnahmsweise dann die Anfechtung wegen Inkongruenz zu, wenn (etwa wegen Kenntnis von der Rechtsgrundlosigkeit nach § 814 BGB) die Kondiktion verschlossen ist.¹³ Die Grenze zwischen unbegründeter Leistung und unentgeltlicher Leistung liegt danach nicht zwischen den Anfechtungstatbeständen, sondern zwischen der Gruppe der Anfechtungstatbestände und der Gruppe der Bereicherungstatbestände. Dieser Ansatz hat den Vorzug besonderer systematischer Klarheit. Er nötigt allerdings zu Feststellungen, welche ein konkreter Sachverhalt oft nur unter großen Anstrengungen erlaubt – wenn man nicht auf die je nach verstrichener Zeit noch mögliche Notlösung ausweichen will, wegen gleichen Ergebnisses auf die exakte rechtliche Begründung einer Rückforderung zu verzichten.

3. Rechtsgrundlose Leistung als Inkongruenz

Die Haltung des Bundesgerichtshofes, rechtsgrundloser Leistung Heimat sowohl im Bereicherungsrecht als auch im Anfechtungsrecht und hier primär im Tatbestand der Inkongruenz zu bieten, also zugunsten des Insolvenzverwalters konkurrierende Anspruchsgrundlagen anzunehmen, erscheint in ihrer Geschmeidigkeit vorzugswürdig. Freilich könnte die Position des Bundesgerichtshofes mit einer leichten Modifikation noch etwas an Klarheit gewinnen: Das Urteil ordnet eine Leistung dem Bereich Entgelt-

lichkeit oder dem Bereich Nichtentgeltlichkeit nach einem feststellbaren, aber ungültigen Grundgeschäft zu.¹⁴ Die rechtsgrundlose Leistung ist nach Meinung des Bundesgerichtshofes grundsätzlich dann von der Unentgeltlichkeit ausgenommen, wenn das scheiternde Grundgeschäft, Gültigkeit unterstellt, ein entgeltliches wäre. Wäre das scheiternde Kausalgeschäft hingegen unentgeltlich, so soll die Leistung auch anfechtungsrechtlich (sicherlich nicht nur nach der Insolvenzordnung, sondern auch nach dem Anfechtungsgesetz) eine unentgeltliche sein; demnach ist namentlich die Leistung auf ein unwirksames Schenkungsversprechen unentgeltlich. Damit verteilen sich die Kondiktionsfälle letztlich doch im Prinzip (nicht notwendig auch im realen Vorkommen quantitativ) gleichmäßig zwischen § 131 InsO und § 134 InsO.

IX. Verbindung subjektiver und objektiver Anschauung zur Entgeltlichkeit einer Leistung

1. Freigiebigkeit

Die etwaige Unentgeltlichkeit einer Leistung ist Kriterium vor allem nach Verneinen von Rechtsgrundlosigkeit. Unentgeltlichkeit heißt in der Anfechtungsregelung Freigiebigkeit. Rechtsgrund einer unentgeltlichen Zuwendung kann beispielsweise Schenkung (§ 516 BGB)¹⁵ sein oder Ausstattung (§ 1624 BGB) oder unbenannte Disposition innerhalb der Ehe oder der Lebenspartnerschaft zur Gestaltung der Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB; § 2 LPartG) aus freien Stücken (also ohne dass Unterhaltpflicht nach § 1360 BGB oder § 5 LPartG die Maßnahme geböte). Ob der Rechtsgrund schon lange vor der Leistung oder erst mit ihr entsteht, ist für eine Beurteilung als kondizierbar gleichgültig. Allerdings wendet der erst mit der Leistung entstehende Rechtsgrund (eigens rechtsgeschäftlich erzeugt oder gesetzlich, etwa in § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB oder in § 518 Abs. 2 BGB, als Heilung eines schon existenten, aber bislang kraftlosen Grundgeschäfts angeordnet) sehr wahrscheinlich nicht mehr¹⁶ und der bloß nachgereichte Rechtsgrund gewiss nicht mehr den Befund der Inkongruenz ab.

Keine Unentgeltlichkeit im anfechtungsrechtlichen Sinn ist Aushändigung zu treuen Händen (so bei Auftrag,

¹⁴ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 15, DZWIR 2018, 225, 227.

¹⁵ Siehe BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 15, DZWIR 2018, 225, 227.

¹⁶ Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, 14. Aufl., 2015, § 131 Rn. 5.

13 Siehe Jaeger/Henckel, InsO, Bd. 4, 2008, § 131 Rn. 8.

Kommission, Lager, Sicherungsübertragung), weil sie das Vermögen des Empfängers nicht ohne Weiteres mehren soll¹⁷, sofern nicht der Empfänger etwaige Erträge des übernommenen Treugutes ohne Verrechnung auf einen anderen Anspruch für sich behalten darf (diesbezüglich schweigt die Entscheidung). Unentgeltlich ist auch nicht die Leistung eines Beitrages zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 706 BGB), denn der Beitrag dient nicht der Anreicherung des Gesellschaftsvermögens an sich, sondern der gemäß § 705 BGB von den Mitgliedern einander zugesagten Verfolgung des gemeinsamen Zwecks. Unentgeltlichkeit besteht somit nicht schon überall dort, wo kein Austausch stattfindet. Auch Verpflichtungen ohne Wechselseitigkeit (Leistung ohne Gegenleistung) dringen nicht in die Kategorie der Unentgeltlichkeit, wenn es an Freigiebigkeit fehlt.

2. Intention der Parteien

Der objektive Befund eines Rechtsgrundes für eine unentgeltliche Leistung hat freilich seinerseits einen subjektiven Einschlag, weil das objektiv beurteilte Geschäft seine Eigenart als freigiebig aus der Intention der Parteien gewinnt. Überhaupt enthält das Merkmal »Leistung« in § 134 InsO mit der ihm innenwohnenden Zielrichtung in stärkerem Maße ein subjektives Element als der in § 129 InsO (wie in § 1 AnFG) übergeordnete Begriff der »Rechtshandlung«. Außerdem verdrängt der Wunsch, den Empfänger in den Genuss der Leistung kommen zu lassen, den Befund der Rechtsgrundlosigkeit, wenn der Leistende erkannte, dass kein Rechtsgrund bestand. Weil er mit seiner Leistung trotz Rechtsgrundlosigkeit keine Konditionslage schafft (§ 814 BGB), muss insolvenzrechtlich im Interesse der Gläubigerbefriedigung Unentgeltlichkeit nach § 134 InsO angenommen werden.¹⁸ Das heißt auf der anderen Seite aber auch, dass die rechtsgrundlose Leistung deswegen zumeist keine unentgeltliche Leistung im anfechtungsrechtlichen Sinn sein kann, weil der Leistende den Empfänger nicht einvernehmlich freigiebig bereichern will, sondern, klärte man ihn über das Fehlen einer Verpflichtung auf, umgehend eine Rückforderung erhöbe.¹⁹

3. Vermeintliche Freigiebigkeit

Besteht objektiv ein Rechtsgrund für eine entgeltliche Leistung, so wird das Verständnis des leistenden späteren Insolvenzschuldners und des Empfängers, die Leistung sei freigiebig, keine Unentgeltlichkeit bewirken, solange dieses Verständnis noch mit dem wirklichen Rechtsgrund zusammenhängt und lediglich eine falsche rechtliche Einschätzung darstellt. So verhält es sich beispielsweise, wenn, wie es häufig vorkommt, ein Händler irrig annimmt, er sei nicht wegen Sachmangels nach § 437 BGB haftbar, aber dem Kunden großzügig bedeutet, er komme der Reklamation aus Kulanz nach. Erst wenn die Parteien an einen separaten Rechtsgrund für eine freigiebige Bereicherung denken oder ihn sogar schaffen, kann die Leistung eine im anfechtungsrechtlichen Sinn unentgeltliche sein.

Und besteht objektiv ein Rechtsgrund für eine unentgeltliche Leistung, so wird das einvernehmliche Partieverständnis, die Leistung sei entgeltlich, die anfechtungsrechtliche Unentgeltlichkeit nicht beseitigen. Es sei denn, die Parteien lösten sich von dem bestehenden Rechtsgrund und insinuierten oder schafften gar einen anderen Rechtsgrund, der mit Entgeltlichkeit zu beschreiben ist.

4. Freigiebigkeit mit passendem Rechtsgrund

Am einfachsten erscheinen schließlich die Fälle zu lösen, in denen objektiver und subjektiver Befund zusammenpassen. Besteht objektiv ein Rechtsgrund für eine unentgeltliche Leistung und nehmen die Parteien bei der Leistung auch an, dass sie unentgeltlich erfolge, so ist die Leistung auch im anfechtungsrechtlichen Sinne unentgeltlich. Ob Leistender und Empfänger an denselben Rechtsgrund innerhalb der Familie der freigiebigen Zuwendungen denken und der gedachte Rechtsgrund identisch mit dem wirklich gegebenen ist, dürfte gleichgültig sein. Ebenso führt die Übereinstimmung von objektivem und subjektivem Befund eines entgeltlichen Rechtsgrundes (auch wenn es nicht überall dieselbe Rechtsgrund ist) von anfechtungsrechtlicher Unentgeltlichkeit fort.

¹⁷ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 19, DZWIR 2018, 225, 227.

¹⁸ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 16, DZWIR 2018, 225, 227. Siehe auch schon oben zu VIII. 2.

¹⁹ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 14, DZWIR 2018, 225, 226f.

X. Bevorzugung möglichst klarer Tatbestandsabgrenzung

1. Rechtsgrundlosigkeit ohne Unentgeltlichkeit

Im Interesse klarer Abgrenzung der Anfechtungstatbestände ist dem Bundesgerichtshof darin beizupflichten, dass die Kategorien Rechtsgrundlosigkeit und Unentgeltlichkeit eher entgegengesetzt sind als sich deckend. Der Preis für diese systematische Trennung liegt in starker Verkürzung des Zeitraums, aus dem der Insolvenzverwalter Vermögen zur Masse zurückzugewinnen vermag. Die lange Rückholfrist des § 134 InsO bietet weitaus höhere Korrekturaussichten als die kurzen Zeiträume des § 131 InsO. Sie ist letztlich Motiv für diejenigen Stimmen, welche das Urteil als Rechtsgrundlosigkeit mit Unentgeltlichkeit gleichsetzend anführt.²⁰ Doch wird man nicht um der langen Frist willen die in Rechtsgrundlosigkeit liegende Inkongruenz mit Unentgeltlichkeit gleichsetzen dürfen, weil dann § 131 InsO vollkommen in § 134 InsO aufginge und überflüssig wäre. Die Anfechtungsfrist, wenn es rechtspolitisch angezeigt sein mag, im Sinne der Gläubiger auszudehnen ist Aufgabe des Gesetzgebers, nicht der Rechtsanwendung.

2. Rechtsgrundlose Unentgeltlichkeit

Und obwohl die scharfe Tatbestandsabgrenzung beeinträchtigt wird, ist dem Bundesgerichtshof²¹ zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs auch darin zuzustimmen, dass der scheiternde Rechtsgrund einer als unentgeltlich gedachten Leistung noch genügend Kraft hat, die Leistung anfechtungsrechtlich als unentgeltlich zu qualifizieren. Denn wenn ein Rechtsgrund für eine unentgeltliche Leistung wirklich besteht, muss der Empfänger während der

langen Frist des § 134 InsO bangen. Unentgeltlicher Erwerb ist in vielerlei Hinsicht schwächer als entgeltlicher.²² Dann aber müsste es verwundern, wenn das Scheitern des Rechtsgrundes die Frist des Bangens um die Dauerhaftigkeit des Erwerbs im Vergleich zu einer wirklichen Schenkung (angenommen also, der Rechtsgrund Schenkungsvertrag bestehe) verkürzen sollte, indem der Erwerb aus der Kategorie der Unentgeltlichkeit hinausfiele. Der rechtsgrundlose Erwerb, welcher bei Gültigkeit des Rechtsgrundes ein unentgeltlicher wäre, ist ein unentgeltlicher.

3. Leistung in Kenntnis der Nichtschuld

Ebenfalls im anfechtungsrechtlichen Sinne unentgeltlich ist Leistung in Kenntnis der Nichtschuld (§ 814 BGB)²³, auch wenn Leistender und Empfänger nicht spätestens bei der Leistung einen gültigen oder einen ungültigen Rechtsgrund mit der Eigenschaft »unentgeltlich« erzeugen. Dem Leistenden ist vielleicht lediglich gleichgültig, dass er nicht leisten muss. Er verzichtet darauf, eine Einwendung gegen den vielleicht vom Empfänger erhobenen Anspruch zu erheben, oder er will einer mit dem Risiko zusätzlicher Kosten behafteten Beanspruchung ohne Verweis auf die eventuell streitanfällige Einwendung zuvorkommen. Aber er will den Empfänger nicht beschenken oder sonst ein unentgeltliches Zuwendungsgeschäft tätigen. Gleichwohl ist es angemessen, dass der Empfänger wie ein Beschenkter lange Zeit um den Bestand seines Erwerbs fürchten muss, weil sich das Tun des Leistenden als ähnlich freigiebig zeigt wie dasjenige eines Schenkers. Hiervon muss man aber für den Fall eine Ausnahme machen, dass der bewusst rechtsgrundlos Leistende sich nach den Umständen von seiner Generosität Entgegenkommen des Empfängers in anderen Teilen einer mit ihm gepflegten Geschäftsbeziehung machen darf, welches ihm sonst versagt bleibe. Dann nämlich ist die bewusste Leistung des Nichtgeschuldeten eine Investition in einen gegenläufigen (wenngleich nicht synallagmatischen) Empfang.

²⁰ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 14, DZWIR 2018, 225, 226 f.

²¹ BGH, Urt. v. 20. 4. 2017 – IX ZR 252/16, Rn. 15, DZWIR 2018, 225, 227.

²² Betont von Jaeger/Henckel, InsO, § 131 Rn. 2.

²³ Siehe oben VIII. 2. und IX. 2.