



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 133/14

Verkündet am:  
5. März 2015  
Kluckow  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB § 311 Abs. 1, § 328; InsO § 39 Abs. 2

Eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung stellt einen Schuld- oder Schuldänderungsvertrag dar, nach dessen Inhalt die Forderung des Gläubigers nicht mehr passiviert wird und nur im Falle eines die Verbindlichkeiten übersteigenden Aktivvermögens befriedigt werden darf. Als Vertrag zugunsten der Gläubigergesamtheit kann die Vereinbarung ab Eintritt der Insolvenzreife nicht durch eine Abrede des Schuldners mit dem Gläubiger der Forderung aufgehoben werden.

BGB § 812 Abs. 1 Satz 1

Wird eine mit einem qualifizierten Rangrücktritt versehene Verbindlichkeit trotz Insolvenzreife beglichen, kann die Zahlung mangels eines Rechtsgrundes kondiziert werden.

InsO § 134 Abs. 1

Eine trotz eines qualifizierten Rangrücktritts im Stadium der Insolvenzreife bewirkte Zahlung kann als unentgeltliche Leistung angefochten werden.

BGH, Urteil vom 5. März 2015 - IX ZR 133/14 - OLG Düsseldorf  
LG Düsseldorf

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 12. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 20. Mai 2014 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf den Antrag vom 26. Juni 2008 über das Vermögen der J GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 14. Oktober 2008 eröffneten Insolvenzverfahren.
- 2 Die Schuldnerin schloss mit der H. KGaA (nachfolgend: H. KGaA) am 11. April 2006 im Rahmen einer Mezzanine-Finanzierung eine Genussrechtsvereinbarung über ein Nominaldarlehen in Höhe von 6 Mio. €. Ferner ging die Schuldnerin am 20. Februar 2007 einen Vertrag über ein nachrangiges Darlehen mit der H. AG

(nachfolgend: H. AG) über einen Betrag von 2 Mio. € ein. Beide Verträge sehen zu Lasten der Gläubigerinnen einen Rangrücktritt folgenden Inhalts vor:

Die Gläubigerin tritt mit ihrem Anspruch auf Rückzahlung des Nominalbetrages und ihrem Anspruch auf Zinszahlung dergestalt im Rang hinter die Forderungen aller bestehenden und künftigen Gläubiger der Schuldnerin zurück, dass sie erst nach Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und, soweit ein Liquidationsüberschuss oder ein die sonstigen Verbindlichkeiten übersteigendes Vermögen der Gesellschaft hierfür zur Verfügung steht, nur zugleich mit, im Rang jedoch vor den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter der Schuldnerin Erfüllung dieser Ansprüche verlangen kann. Der Nachrang gilt auch im Insolvenzverfahren. Der Rangrücktritt gilt nur, solange und soweit durch eine teilweise oder vollständige Befriedigung des im Rang zurückgetretenen Anspruchs der Gläubigerin eine Überschuldung oder eine Zahlungsunfähigkeit im insolvenzrechtlichen Sinne der Schuldnerin entsteht oder zu entstehen droht.

3            Aufgrund einer vertraglich zugelassenen Vertragsübernahme trat die Beklagte anstelle der bisherigen Gläubigerinnen in beide Verträge ein. Im Zeitraum von Januar bis März 2008 entrichtete die Schuldnerin an die Beklagte Zinszahlungen in Höhe von insgesamt 341.180,49 €.

4            Die auf Erstattung dieses Betrages gerichtete Klage wurde in den Vorinstanzen abgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision des Klägers ist begründet.

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (abgedruckt bei WM 2014, 2218) ausgeführt:

7 Aus den hier im Blick auf die am 14. Oktober 2008 erfolgte Verfahrenseröffnung noch einschlägigen Vorschriften der § 135 Abs. 1 Nr. 2, § 143 Abs. 1 InsO aF, §§ 32a, 32b GmbHG aF ergebe sich kein Anspruch auf Rückgewähr der an die Beklagte geleisteten Zinszahlungen. Die Beklagte werde als Nachrangdarlehensgeberin und Inhaberin eines Genussrechts nicht vom persönlichen Anwendungsbereich des § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aF erfasst, weil zwischen der Schuldnerin und der Beklagten ausweislich der vertraglichen Vereinbarungen kein Gesellschaftsverhältnis begründet worden sei. Ebenso habe die Beklagte keine gesellschaftergleiche Stellung innegehabt. Weitreichende Befugnisse zur Einflussnahme auf die Geschäftsführung und Gestaltung der Schuldnerin habe die Beklagte vertraglich nicht erhalten. § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO aF finde auf die Beklagte als gesellschaftergleiche Dritte nicht deshalb Anwendung, weil sie sich einem vertraglichen Rangrücktritt unterworfen habe. Damit habe sich die Beklagte nicht dem Regelungsregime für Gesellschafterdarlehen unterstellt, weil sich die Rechtsfolgen eines vereinbarten freiwilligen Rangrücktritts nur aus der vertraglichen Vereinbarung ergäben. Die Absicherung eines Nachrangs im Wege der Anfechtung sehe das Gesetz in § 135

Abs. 1 Nr. 2 InsO aF nur vor, wenn es sich um einen gegen den Willen des Gesellschafters gesetzlich angeordneten Nachrang handele.

8 Ein Rückgewähranspruch folge auch nicht aus § 134 Abs. 1, § 143 Abs. 1 InsO. Bei den Zinszahlungen der Schuldnerin handele es sich nicht um eine unentgeltliche Leistung, weil ihnen aufgrund der Überlassung der Darlehensvaluta eine entsprechende Gegenleistung gegenüberstehe. Der vereinbarte Rangrücktritt führe nicht zu einer Unentgeltlichkeit der Zinszahlungen. Der Rangrücktritt beinhalte kein pactum de non petendo, weil die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, ihre Zinsforderung nur geltend zu machen, wenn das Aktivvermögen der Gesellschaft ihre Schulden übersteige. Vielmehr habe lediglich der Rangrücktritt nach Zeit und Ausmaß beschränkt werden sollen.

9 Auch ein Rückforderungsanspruch aus § 813 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB sei zu verneinen. Es fehle an einer die Geltendmachung des Zinsanspruchs dauerhaft ausschließenden Einrede. Der Rangrücktritt habe sich von einer vorübergehenden zu einer dauerhaften Einrede erst in dem Moment entwickelt, in dem die Überschuldung oder die Zahlungsschwierigkeiten der Schuldnerin in die Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemündet seien. Von einer Nichtschuld habe im Zeitpunkt der Zahlungen nicht ausgegangen werden können, weil die weitere Entwicklung offen gewesen sei.

## II.

10 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Mangels abweichender tatrichterlicher Feststellungen ist für die revisionsrechtliche Kontrolle zugrunde zu legen, dass die Schuldnerin ihre Zahlungen im Stadium drohen-

der Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit an die Beklagte erbrachte. Bei dieser Sachlage findet die Klageforderung bereits in § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB ihre Grundlage, weil die Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte nach dem Inhalt der getroffenen Rangrücktrittsvereinbarung eines Rechtsgrundes entbehrten.

- 11            1. Zwischen der Schuldnerin und den Rechtsvorgängern der Beklagten ist eine qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung zustande gekommen. Die ausdrücklich getroffene Vereinbarung erfüllt die an eine Rangrücktrittsvereinbarung zu stellende Mindestanforderung einer zweiseitigen Vereinbarung zwischen Schuldner und Gläubiger. Sie hat einen zulässigen Inhalt, weil sie einen Rangrücktritt der Forderung der Beklagten vorsieht und nicht zu Lasten anderer Gläubiger geht (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2014 - IX ZR 137/13, WM 2014, 897 Rn. 7).
- 12            2. Ausweislich des Inhalts der hier getroffenen Vereinbarungen war die Schuldnerin nach Eintritt drohender Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit aus den geschlossenen Darlehensverträgen nicht verpflichtet, Zins- und Tilgungszahlungen auf das gewährte Darlehen an die Rechtsvorgänger der Beklagten zu entrichten. Der gegenteiligen Auslegung des Berufungsgerichts kann nicht gefolgt werden.
- 13            a) Einer Gesellschaft gewährte Darlehen müssen grundsätzlich passiviert werden und können zu ihrer Überschuldung (§ 19 InsO) beitragen. Rangrücktrittsvereinbarungen dienen deshalb dem Zweck, eine Forderung im Überschuldungstatus einer Gesellschaft unberücksichtigt zu lassen und dadurch ihre Insolvenz zu vermeiden.

14

aa) Ein Rangrücktritt wird vielfach zwischen einem Gesellschafter als Inhaber einer Darlehens- oder sonstigen Drittforderung und seiner Gesellschaft vereinbart (vgl. BGH, Urteil vom 9. Februar 1987 - II ZR 104/86, NJW 1987, 1697; Priester, DB 1991, 1917, 1920). Freilich besteht aufgrund der Vertragsautonomie - wie der Bundesgerichtshof bereits in der Vergangenheit stillschweigend zugrunde gelegt hat (Urteil vom 4. Mai 1962 - VI ZR 226/61, WM 1962, 764 f) - ohne weiteres die Möglichkeit, einen Rangrücktritt zwischen einer Gesellschaft und einem Nichtgesellschafter zu verabreden (Priester, aaO; Serick, ZIP 1980, 9 ff; Teller/Steffan, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 3. Aufl., Rn. 2; Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 182; Saenger/Inhvester/Kolmann, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 162; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 42 Rn. 48). Rangrücktritte mit Nichtgesellschaftern finden insbesondere als Bestandteil mezzaniner Finanzierungsformen Verbreitung, durch die der Kapitalgeber - wie im Streitfall - im Wege der Gewährung eines Nachrangdarlehens in die Zwischenebene von Fremd- und Eigenkapital einrückt (Weitnauer, GWR 2012, 193; Bitter, ZIP 2013, 2; Poelzig, WM 2014, 917). Mezzanines Kapital wird regelmäßig ohne besondere Sicherung längerfristig gewährt, wobei das erhöhte Risiko durch einen entsprechenden Zins vergütet wird (Ganter, WM 2011, 1585, 1587; Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1013; Poelzig, aaO S. 925; Weitnauer, aaO). Die Rechtsfolgen einer Rangrücktrittsvereinbarung stimmen überein, gleich ob sie zwischen einer Gesellschaft und einem Gesellschafter oder einem außenstehenden Dritten, insbesondere einem Darlehensgeber, geschlossen wurde (Fleischer, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, 1995, S. 290; Ulmer/Habersack, aaO). Darum sind § 19 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 39 Abs. 2 InsO, die sich nach ihrem Wortlaut nur mit dem Rangrücktritt eines Gesellschafterdarlehensgebers befassen, auch auf einen Rangrücktritt außenstehender Gläubiger anwendbar (HK-InsO/Kirchhof,

7. Aufl., § 19 Rn. 24; HmbKomm-InsO/Schröder, 5. Aufl., § 19 Rn. 43; Nerlich/Kreplin/Bornheimer, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Aufl., § 7 Rn. 85; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Baumert, GmbHG, 5. Aufl., Vor § 64 Rn. 155; Saenger/Inhester/Kolmann, aaO; Altmeyen in Roth/Altmeyen, aaO; Weitnauer, aaO S. 195; Frystatzki, NZI 2013, 609, 611).

15           bb) Inhalt und Reichweite eines Rangrücktritts können Gläubiger und Schuldner der Forderung frei vereinbaren (vgl. Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., Kapitel D, Rn. 1536, Kapitel M, Rn. 957; Herrmann, Quasi-Eigenkapital im Kapitalmarkt- und Unternehmensrecht, 1996, S. 135 ff; Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 183). Es kann etwa vorgesehen werden, dass der Nachrang nur für den Fall der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Geltung haben soll. Eine solche Abrede wäre indessen nicht geeignet, eine Überschuldung des Unternehmens abzuwenden, weil der Gläubiger nicht gehindert wäre, seine Forderung vor Verfahrenseröffnung durchzusetzen (Priester, DB 1977, 2429, 2430; Knobbe-Keuk, ZIP 1983, 127, 128 f; Frystatzki, NZI 2013, 609, 610; Teller/Steffan, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 3. Aufl., Rn. 262). Falls ein Gläubiger vereinbarungsgemäß hinter bestimmte einzelne Gläubiger zurücktritt, lässt sich eine Überschuldung ebenfalls nicht verhüten, weil die betroffene Forderung dann als letztrangige Verbindlichkeit bestehen bleibt, die weiterhin das Schuldnervermögen belastet (vgl. Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., Kapitel D Rn. 1536; Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1008).

16           cc) Soll eine Rangrücktrittsvereinbarung die Vermeidung einer Insolvenz sicherstellen, muss sie nach der bis zum Inkrafttreten des MoMiG am 1. November 2008 und den damit verbundenen Modifizierungen der § 19 Abs. 2 Satz 2, § 39 Abs. 2 InsO maßgeblichen, infolge der zeitlichen Gegebenheiten



vorliegend zu beachtenden Gesetzeslage sowohl vor als nach Verfahrenseröffnung ausschließen, dass eine Darlehensforderung als Verbindlichkeit in die Bilanz aufgenommen wird (BGH, Urteil vom 4. Mai 1962 - VI ZR 226/61, WM 1962, 764 f; BGH, Beschluss vom 23. September 2010 - IX ZB 282/09, WM 2010, 2088 Rn. 7). Demzufolge muss sich der Regelungsbereich einer Rangrücktrittsvereinbarung auf den Zeitraum vor und nach Insolvenzeröffnung erstrecken (Frystatzki, NZI 2013, 609, 610). Ein Rangrücktritt ist als rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot des Inhalts auszugestalten, dass die Forderung des Gläubigers außerhalb des Insolvenzverfahrens nur aus ungebundenem Vermögen und in der Insolvenz nur im Rang nach den Forderungen sämtlicher normaler Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) befriedigt werden darf (Habersack, ZGR 2000, 384, 401; Knobbe-Keuk, ZIP 1983, 127, 128 f; Priester, DB 1977, 2429, 2431; Röhrich, VGR Band 5, 2002, 3, 19; Martinek/Omlor, WM 2008, 665, 667; Herrmann, Quasi-Eigenkapital im Kapitalmarkt- und Unternehmensrecht, 1996, 135 ff; Michalski/Heidinger, GmbHG, 2. Aufl., §§ 32a, 32b aF Rn. 403). Der Gläubiger muss aufgrund der Rangrücktrittsvereinbarung dauerhaft gehindert sein, seine Forderung geltend zu machen (Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., Kapitel D Rn. 1536). Unzureichend ist ein lediglich zeitlich begrenzter Rücktritt (Winnefeld, aaO).

- 17            dd) Vor diesem Hintergrund braucht eine Forderung nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nicht passiviert zu werden, wenn der betreffende Gläubiger aufgrund eines qualifizierten Rangrücktritts sinngemäß erklärt hat, er wolle wegen der Forderung erst nach der Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und - bis zur Abwendung der Krise - auch nicht vor, sondern nur zugleich mit den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter berücksichtigt, also so behandelt werden, als handele es sich bei dem Darlehen um statutarisches Kapital (BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ

146, 264, 271). Ein Rücktritt in den Rang von § 39 Abs. 2 InsO aF genügt den Anforderungen an einen qualifizierten Rangrücktritt, wenn der Gesellschafter in dieser Klasse an die letzte Stelle tritt (BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 13/09, WM 2010, 1080 Rn. 12; vgl. auch Röhricht, VGR Band 5, 2002, 3, 19 f). Als Folge des Rangrücktritts besteht keine Notwendigkeit, die Forderung in den Schuldenstatus der Gesellschaft aufzunehmen. Einer darüber hinausgehenden Erklärung des Gesellschafters, insbesondere eines Verzichts auf die Forderung, bedarf es nicht (BGH, Urteil vom 8. Januar 2001, aaO). Bei einer im engen Wortsinn unzureichenden Vereinbarung kann sich im Wege der Auslegung ergeben, dass ein umfassender Rangrücktritt gewollt war (Knobbe-Keuk, ZIP 1983, 127, 129; Schmidt/Uhlenbruck/Wittig, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl., Rn. 2.262). Der vereinbarte Nachrang erfasst neben der Hauptforderung gemäß § 39 Abs. 3 InsO auch die Zinsen und sonstige Nebenforderungen (Ulmer/Habersack, GmbHG, Ergänzungsband MoMiG, 1. Aufl., § 30 Rn. 55; Saenger/Inhester/Kolmann, GmbHG, 2. Aufl., Anhang § 30 Rn. 165; Gehrlein in Gehrlein/Ekkenga/Simon, GmbHG, 2. Aufl., Vor § 64 Rn. 125).

- 18 ee) Diesen Anforderungen an den Inhalt einer Rangrücktrittsvereinbarung ist auch auf der Grundlage des durch das MoMiG umgestalteten Rechts (§ 19 Abs. 2 Satz 2, § 39 Abs. 2 InsO) im Wesentlichen zu genügen. Abweichend von dem in dem Urteil vom 8. Januar 2001 (aaO) zum Ausdruck gekommenen Verständnis kann die Erklärung nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 2 Satz 2, § 39 Abs. 2 darauf beschränkt werden, hinter die Forderungen aus § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO zurückzutreten, ohne darüber hinaus eine Gleichstellung mit den Einlagerückgewähransprüchen zu verlautbaren (BT-Drucks. 16/9737, S. 58; HmbKomm-InsO/Schröder, 5. Aufl., § 19 Rn. 43; Nerlich/Kreplin/Bornheimer, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Aufl., § 7

Rn. 85; Meyer-Löwy/Schmidt/Shubina, ZIP 2014, 2478, 2479; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 20. Aufl., § 64 Rn. 55; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 42 Rn. 50).

19

Allerdings ist in Einklang mit dem bisherigen Recht zur Vermeidung der andernfalls unumgänglichen Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) zu verlangen, dass der Rangrücktritt auch den Zeitraum vor Verfahrenseröffnung erfasst (Baumbach/Hueck/Haas, aaO; ders. in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Kap. 40 Rn. 59; Pape/Uhländer/Sikora, InsO, § 19 Rn. 44; Münch-Komm-GmbHG/Müller, 2. Aufl., § 64 Rn. 39; Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 19 Rn. 35; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., Vor § 64 Rn. 66; ders. ZIP 2015, 345, 347; Altmeyen in Roth/Altmeyen, aaO Vorb § 64 Rn. 45; Funk, BB 2009, 867, 869; Greil/Herden, ZInsO 2010, 833, 837; Frystatzki, NZI 2013, 609 ff; Henkel/Wentzler, GmbHR 2013, 239, 240; ebenso wohl auch FK-InsO/Schmerbach, 8. Aufl., § 19 Rn. 28; Leithaus/Schaefer, NZI 2010, 844, 847; Poelzig, WM 2014, 917 f; aA Saenger/Inhvester/Kolmann, aaO Anhang § 30 Rn. 161; Rund, GmbHR 2009, 1149, 1150; Budde, ZInsO 2010, 2251, 2262; Kahler/Gehrke, DStR 2010, 227, 229; Geiser, NZI 2013, 1056). Eine Forderung kann nicht vor Verfahrenseröffnung durchsetzbar sein, nach Verfahrenseröffnung aber ausgeblendet werden, wenn es um die Feststellung der Überschuldung geht. Der Überschuldungsstatus würde die Schuldendeckungsfähigkeit nicht zutreffend abbilden, wenn eine vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre fehlte (vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 13/09, WM 2010, 1080 Rn. 10; Röhrich, VGR Band 5, 2002, 3, 19). Diese rechtliche Würdigung entspricht dem Willen des Gesetzgebers, wonach - abgesehen von der Rangtiefe - an den von dem Bundesgerichtshof für eine Rangrücktrittsvereinbarung zwecks Befreiung von der Passivierungspflicht entwickelten Voraussetzungen festgehalten werden soll (BT-Drucks., aaO). Da die Neuregelung dem Geschäftsfüh-

rer nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Entscheidung, ob eine Forderung zu passivieren ist, erleichtern soll (BT-Drucks., aaO), muss ein Rangrücktritt, weil von seiner Reichweite die Geschäftsleiter treffende Insolvenzantragspflicht (§ 15a InsO) abhängt, gerade auch vor Verfahrenseröffnung gelten. Soweit der Gesetzgeber - ohnehin nur bezogen auf Gesellschafterdarlehen (vgl. Bitter/Rauhut, ZIP 2014, 1005, 1012) - eine ungeachtet einer Rangrücktrittsvereinbarung bewirkte Zahlung als anfechtbar erachtet (BT-Drucks., aaO), wird ersichtlich keine Aussage zu einer vor Verfahrenseröffnung eingreifenden materiell-rechtlichen Durchsetzungssperre getroffen, mit der die höchstrichterliche Rechtsprechung zudem erstmals in vorliegender Sache befasst ist.

20            b) Die im Streitfall vereinbarten Vertragsklauseln sind in dem von der Rechtsprechung verlangten (BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 271; Beschluss, vom 1. März 2010 - II ZR 13/09, WM 2010, 1080 Rn. 12) Sinn eines qualifizierten Rangrücktritts zu verstehen. Das Berufungsgericht hat bei seiner gegenteiligen Würdigung den Grundsatz einer beiderseits interessengerechten Auslegung nicht hinreichend berücksichtigt.

21            aa) Die tatrichterliche Auslegung ist für das Revisionsgericht nicht bindend, wenn gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt werden. Die Vertragsauslegung hat in erster Linie den von den Parteien gewählten Wortlaut der Vereinbarungen und den diesem zu entnehmenden objektiv erklärten Parteiwillen zu berücksichtigen. Zu den allgemein anerkannten Auslegungsregeln gehört der Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung. Dieser Grundsatz bezweckt, die Abrede auf einen vertretbaren Sinngehalt zurückzuführen. Es geht hierbei nicht darum, dem Rechtsgeschäft zu dem Inhalt zu verhelfen, der dem Richter

im Entscheidungszeitpunkt als interessengemäß erscheint. Maßgeblich ist vielmehr der Einfluss, den das Interesse der Parteien auf den objektiven Erklärungswert ihrer Äußerungen bei deren Abgabe hatte (BGH, Urteil vom 17. Dezember 2009 - IX ZR 214/08, WM 2010, 365 Rn. 14 mwN).

22           bb) In Einklang mit diesen Grundsätzen ist die Vereinbarung der Parteien dahin zu deuten, dass die Beklagte vor Verfahrenseröffnung keine Befriedigung ihrer Forderung von der Schuldnerin verlangen kann, sofern bei dieser als Folge einer Zahlung Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zumindest einzutreten droht.

23           (1) In den Verträgen ist ausdrücklich vorgesehen, dass die Beklagte mit ihren Ansprüchen auf Rückzahlung des Nominalbetrages und auf Zinszahlung hinter die Forderungen aller anderen Gläubiger zurücktritt und erst nach Befriedigung dieser Gläubiger und nur zugleich mit, im Range jedoch vor den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter Erfüllung ihrer Forderungen verlangen kann. Der Nachrang sollte auch im Insolvenzverfahren gelten. Weiter heißt es, dass der Rangrücktritt zu beachten ist, solange und soweit durch eine teilweise oder vollständige Befriedigung eine Überschuldung oder Zahlungseinstellung entsteht oder zu entstehen droht.

24           (2) Diese aufeinander bezogenen, an der höchstrichterlichen Rechtsprechung orientierten (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2001, II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 271; Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 183) Vertragsbestimmungen bringen - wobei angesichts der verbreiteten unterschiedlichen Formulierungen entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die Wahl einer bestimmten Vertragsklausel verlangt werden kann (vgl. Knobbe-Keuk, ZIP 1983, 127, 129; Teller/Steffan, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Ver-

meidung der Überschuldung bei der GmbH, 3. Aufl., Rn. 16; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., § 64 Anh. Rn. 363) - den unmissverständlichen Willen der Vertragsschließenden zum Ausdruck, dass die Beklagte nur Befriedigung verlangen kann, wenn sich bei der Schuldnerin keine auch nur drohende Insolvenzreife verwirklicht. Der Rangrücktritt sollte sowohl vor wie nach Verfahrenseröffnung gelten.

25           (3) Damit haben die Rechtsvorgänger der Beklagten ausdrücklich ihr Einverständnis geäußert, erst nach Befriedigung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger und nur zugleich mit, im Range jedoch vor den Einlagerückgewähransprüchen der Gesellschafter Erfüllung ihrer Ansprüche beanspruchen zu können. Auf diese Weise wurde klargestellt, dass die Forderung nicht in Konkurrenz zu außenstehenden Gläubigern geltend gemacht werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2001 - II ZR 88/99, BGHZ 146, 264, 273). Nach dem Inhalt der Abrede ist die Beklagte in Einklang mit den Anforderungen der Rechtsprechung an die letzte Stelle im Rang des § 39 Abs. 2 InsO aF getreten (vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 13/09, WM 2010, 1080 Rn. 12). Der Rangrücktritt sollte zwar nur gelten, wenn im Falle einer Befriedigung der Beklagten bei der Schuldnerin eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit zu befürchten war. Die Beschränkung des Rangrücktritts auf Gestaltungen einer drohenden Insolvenzreife ist jedoch interessengerecht, weil sie sicherstellt, dass die Beklagte, die keinen Forderungsverzicht bekundet hat (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2001, aaO S. 271), ihre Forderung durchsetzen kann, solange die Schuldnerin ohne die Gefahr einer Insolvenz über hinreichende finanzielle Mittel zur Tilgung der Verbindlichkeit verfügt (vgl. Frystatzki, NZI 2013, 609, 613). Da der Bestand der Forderung nicht angetastet werden sollte, entspricht es dem Willen der Vertragspartner, dass die Forderung vor Verfahrenseröffnung aus

ungebundenem Vermögen beglichen werden darf (vgl. Priester, DB 1977, 2429, 2431; Habersack, ZGR 2000, 384, 404; Frystatzki, aaO).

26 (4) Der Zusammenhang der Vertragsklauseln lässt erkennen, dass auf der Grundlage des erklärten Rangrücktritts hingegen kein Zahlungsanspruch der Beklagten bestand, wenn eine Befriedigung der Forderung bei der Schuldnerin eine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit auslösen konnte. In diesem Fall war die Schuldnerin nach der getroffenen Abrede - was das Berufungsgesicht rechtsfehlerhaft außer Acht lässt - nicht berechtigt, Erfüllung ihrer Forderung zu "verlangen". Diese Rechtswirkungen des Nachrangs waren, weil dieser "auch" im späteren Insolvenzverfahren gelten sollte, bereits vor Verfahrenseröffnung zu beachten. Folglich hat die Beklagte einen mit einer Durchsetzungssperre verbundenen Rangrücktritt erklärt, nach dessen Inhalt sie nicht Befriedigung ihrer Forderung beanspruchen kann, solange die Voraussetzungen des Rangrücktritts durchgreifen.

27 2. Eine nachträgliche Rangrücktrittsvereinbarung bildet einen Schuldänderungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB). Nach seinem Inhalt steht der Schuldnerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB ein Bereicherungsanspruch wegen einer rechtsgrundlosen Leistung gegen die Gläubigerin zu, sofern sie deren Forderung trotz Geltung des Rangrücktritts beglichen hat. Gleiches gilt, wenn - wie hier - die Begründung der Forderung mit einem quotifizierten Rangrücktritt versehen wird.

28 a) Unter einer Leistung im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens zu verstehen (BGH, Beschluss vom 15. Januar 2009 - IX ZR 237/07, WM 2009, 517 Rn. 10). Dabei kommt es in erster Linie auf die der Zuwendung gegebene Zweckbe-

stimmung, also darauf an, welchen Zweck die Beteiligten nach ihrem zum Ausdruck gekommenen Willen verfolgt haben (BGH, Urteil vom 16. Mai 2013 - IX ZR 204/11, WM 2013, 1271 Rn. 11). Die Schuldnerin hat die Zahlungen zwecks Tilgung der für die Darlehen ausbedungenen Zinsen an die Beklagte erbracht. Damit sind die Zahlungen jeweils als Leistung zu werten.

29            b) Die Zahlungen entbehren infolge der zwischen den Parteien geschlossenen Rangrücktrittsvereinbarung eines Rechtsgrundes. Nach dem Inhalt der Rangrücktrittsvereinbarung durften die Forderungen der Beklagten nur aus freiem Vermögen der Schuldnerin beglichen werden. Folglich war im Fall drohender Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin ein Zahlungsanspruch der Beklagten nicht gegeben.

30            aa) In Rechtsprechung und Schrifttum werden unterschiedliche Auffassungen zur Rechtsnatur einer Rangrücktrittsvereinbarung vertreten. Teilweise wird angenommen, dass ein Rangrücktritt einen bedingten Forderungserlass darstellt (BT-Drucks. 12/2443, S. 115; Serick, ZIP 1980, 9, 14 f; Haack, KTS 1980, 309, 312; BFHE 161, 87, 93; anders aber nunmehr BFH, NZG 2004, 686, 687; GmbHR 2006, 158, 160 f). Andere betrachten eine Rangrücktrittsvereinbarung als pactum de non petendo und damit als eine Stundungsvereinbarung (Schmidt, InsO, 18. Aufl., § 39 Rn. 22). Beiden Einordnungen kann nicht gefolgt werden.

31            Die Annahme eines bedingten Forderungserlasses läuft dem Parteiwillen entgegen, weil er zu dem überschießenden Ergebnis führen würde, dass infolge des Forderungsverzichts akzessorische Sicherheiten erlöschen und der Anspruch auf Verzinsung der Forderung entfällt (Fleischer, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, 1995, S. 285 f; Peters, WM 1988,



685, 688 f; Schulze-Osterloh, WPg 1996, 97, 98; Habersack, ZGR 2000, 384, 403; vgl. Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 2. Aufl., Kapitel N Rn. 644). Infolge des Erlasses würde der Gläubiger überdies in der Insolvenz an einem etwaigen Restvermögen der Schuldnerin, das an die Gesellschafter auszukehren wäre, nicht einmal quotaal partizipieren (Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 39 Rn. 53). Auch die Annahme eines pactum de non petendo erscheint nicht sachgerecht, weil dadurch ein bloßes, in seiner Ausübung vom Belieben des Schuldners abhängiges Leistungsverweigerungsrecht begründet wird und die Forderung ungeachtet der Stundungsvereinbarung weiterhin im Überschuldungsstatus zu berücksichtigen ist (Fleischer, aaO S. 286; Serick, aaO S. 14; Knobbe-Keuk, ZIP 1983, 127, 129; Schulze-Osterloh, aaO S. 98 f; Habersack, aaO; Priester, DB 1991, 1917, 1920; Meyer-Löwy/Schmidt/Shubina, ZIP 2014, 2478, 2480; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl., § 42 Rn. 48; vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 13/09, WM 2010, 1080 Rn. 12).

- 32           bb) Liegt der Zweck einer Rangrücktrittsvereinbarung darin, dass die betroffene Forderung zur Vermeidung einer Insolvenz nicht als Verbindlichkeit in der Überschuldungsbilanz erscheint, bildet die Übereinkunft einen verfügenden Schuldänderungsvertrag (§ 311 Abs. 1 BGB). Aufgrund des Schuld- oder Schuldänderungsvertrages wird die Forderung mit dinglicher Kraft inhaltlich dahin umgewandelt, dass sie nicht mehr zu passivieren ist. Die Forderung bildet im Verhältnis zu den übrigen Gläubigern haftendes Kapital und darf deshalb nicht an den Forderungsinhaber ausbezahlt werden. Damit wird der Forderung vereinbarungsgemäß eine nachrangige Stellung zugewiesen, die eine Befriedigung nur aus freiem, nicht zur Schuldendeckung benötigten Vermögen der Gesellschaft gestattet. Durch die Vereinbarung wird die Rangfolge, aber nicht der Bestand der Forderung geändert, so dass etwaige Sicherungsrechte nicht berührt werden (Fleischer, aaO S. 287; Knobbe-Keuk, aaO; Peters, WM 1988,

685, 689 f; Priester, aaO; Schulze-Osterloh, aaO S. 99; Habersack, aaO; Martinek/Omlor, WM 2008, 665, 667; Altmeyen, aaO § 42 Rn. 49; Nerlich/Kreplin/Bornheimer, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 2. Aufl., Rn. 84; Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., Kapitel M Rn. 957; Michalski/Heidinger, GmbHG, 2. Aufl., § 32a, § 32b aF Rn. 403; Schmidt/Uhlenbruck/Wittig, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl., Rn. 2.262; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., § 64 Anh. Rn. 361; wohl auch Teller/Stephan, Rangrücktrittsvereinbarungen zur Vermeidung der Überschuldung bei der GmbH, 3. Aufl., Rn. 341).

33           c) Wird die mit einem Rangrücktritt versehene Forderung von dem Schuldner trotz Insolvenzreife beglichen, steht ihm nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB ein Rückforderungsanspruch gegen den Gläubiger zu.

34           Infolge der Nachrangvereinbarung darf die Forderung nicht getilgt werden, wenn sich der Schuldner im Stadium der Insolvenzreife befindet. Darum verwirklicht sich in der Rangrücktrittsvereinbarung eine Durchsetzungssperre (vgl. Scholz/Bitter, aaO § 64 Anh. Rn. 365), die aufgrund einer rechtsgeschäftlichen Vereinbarung der Bindung kapitalersetzender Darlehen entspricht (vgl. Scholz/Schmidt, GmbHG, 10. Aufl., §§ 32a, 32b Rn. 105). Der Schuldner, der die Forderung bei Insolvenzreife entgegen der Rangrücktrittsvereinbarung berichtigt, hat infolge der Schuldänderung auf eine Nichtschuld geleistet (vgl. Fleischer, aaO; Serick, ZIP 1980, 9, 13; Schulze-Osterloh, aaO S. 98 f; Habersack, aaO S. 404; Priester, DB 1977, 2429, 2434; Bitter, ZIP 2013, 2, 6; Teller/Stephan, aaO Rn. 373). Deshalb steht dem Kläger im Streitfall ein Erstattungsanspruch aus § 812 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte zu, sofern die Schuldnerin im Zeitpunkt der Begleichung der Darlehenszinsen insolvenzreif war.

35           3. Die Zahlungen der Schuldnerin sind nicht deshalb mit Rechtsgrund erfolgt, weil sie und die Beklagte die Rangrücktrittsvereinbarung nachträglich aufgehoben haben. Eine Rangrücktrittsvereinbarung kann als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 Abs. 1 BGB), der zum Vorteil aller Gläubiger des Schuldners Rechte begründet, nicht durch eine Abrede des Schuldners mit dem Forderungsgläubiger aufgehoben werden. Deshalb kann dahinstehen, ob in der Zahlung der Schuldnerin an die Beklagte ein einer konkludenten Annahme (§ 151 BGB) zugängliches Angebot auf Aufhebung der Rangrücktrittsvereinbarung erkannt werden kann.

36           a) Nach dem Willen der Vertragschließenden ist eine Rangrücktrittsvereinbarung als Vertrag zugunsten der Gläubiger des Forderungsschuldners (§ 328 Abs. 2 BGB) zu verstehen.

37           aa) Den Partnern einer Rangrücktrittsvereinbarung ist bewusst, dass ihre Abrede dazu dient, einen andernfalls möglicherweise eingreifenden Insolvenzgrund (§§ 17 ff InsO) zu verhindern oder zu beseitigen. Zugunsten der bisherigen Gläubiger, aber auch der nach Abschluss der Vereinbarung hinzutretenden Neugläubiger wird aufgrund der Rangrücktrittserklärung rechtsverbindlich bekundet, dass die zurücktretende Forderung mangels einer Passivierungspflicht nicht die Insolvenz des Schuldners auslösen wird, was - sofern nicht andere insolvenzverursachende Umstände hinzukommen - eine volle Befriedigung der übrigen Gläubigerforderungen erwarten lässt. Mithin ist der Wille der Vertragspartner bei Abschluss einer Rangrücktrittsvereinbarung notwendigerweise auf eine Begünstigung der Gläubiger des Forderungsschuldners gerichtet.

38

bb) Ein Rangrücktritt muss, weil ein zeitlicher begrenzter Verzicht die Passivierungspflicht nicht beseitigt, auf Dauer gerichtet sein (Winnefeld, Bilanz-Handbuch, 4. Aufl., Kapitel D Rn. 1536). Im Interesse des Gläubigerschutzes ist es unumgänglich, eine Bindung der Vertragsparteien an eine Rangrücktrittserklärung anzuerkennen, die eine freie Aufhebung des Übereinkommens ausschließt (vgl. BGH, Beschluss vom 1. März 2010 - II ZR 13/09, WM 2010, 1080 Rn. 10). Darum kann die mit einer Rangrücktrittserklärung verbundene Vorsorge gegen den Eintritt eines Insolvenzgrundes nur verwirklicht werden, wenn den Gläubigern eine gesicherte Rechtsposition verschafft wird. Diese Wertung entspricht der Rechtsnatur der Rangrücktrittserklärung. Andernfalls unterläge es dem Belieben der Partner einer Rangrücktrittsvereinbarung, einen Insolvenzgrund vorübergehend zu beseitigen oder wieder eingreifen zu lassen. Ohne gesicherte Rechtsposition der Gläubiger kann eine Suspendierung der öffentlich-rechtlichen Insolvenzantragspflicht nicht gerechtfertigt werden. Deshalb wird die Begründung eines selbständigen Rechts der Gläubiger bei einem Rangrücktritt stets miterklärt (Fleischer, Finanzplankredite und Eigenkapitalersatz im Gesellschaftsrecht, 1995, S. 291 f; ders. DStR 1999, 1774, 1779; Duss, AG 1974, 133, 134, 135; Pesch, WM 1998, 1609 ff; im Ergebnis ebenso Ulmer/Habersack, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 30 Rn. 184; vgl. auch BGH, Urteil vom 8. März 1982 - II ZR 86/81, WM 1982, 507, 509; Urteil vom 28. Juni 1999 - II ZR 272/98, BGHZ 142, 116, 121; Beschluss vom 1. März 2010, aaO; a.A. insbesondere auf der Grundlage eines pactum de non petendo K. Schmidt in FS Goerdeler, 1987, 487, 500; ders. ZIP 1999, 1241, 1247; Bitter, ZIP 2013, 2, 5; Scholz/Bitter, GmbHG, 11. Aufl., Anh. § 64 Rn. 368, aber einschränkend aaO Rn. 369).

39 cc) Der Kreis der hierdurch begünstigten Gläubiger ist entgegen im Schrifttum geäußerter Bedenken hinreichend bestimmt.

40 (1) Die Regelung des § 328 Abs. 2 BGB lässt die Konkretisierung genügen, das Recht des Dritten sofort oder unter gewissen Voraussetzungen zu erwerben. Darum müssen die begünstigten Dritten nicht schon bei Vertragsschluss im Einzelnen feststehen (vgl. RGZ 106, 120, 126 ff; OLG Saarbrücken, NJW 1998, 2746). Ebenso wenig brauchen dem Schuldner die begünstigten Personen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bekannt zu sein (BGH, Urteil vom 20. April 2004 - X ZR 250/02, BGHZ 159, 1, 10). Vielmehr genügt es, wenn die begünstigten Dritten nachträglich bestimmbar sind (RGZ, aaO; BGH, Urteil vom 28. Juni 1979 - VII ZR 248/78, BGHZ 75, 75, 78 f; Fleischer, DStR 1999, 1774, 1779). Einer Beschränkung des Kreises der in den Vertrag einbezogenen Dritten bedarf es nicht, wenn durch ihre Einbeziehung eine Ausweitung des Haftungsrisikos, was wegen der hier auf eine Einzelforderung beschränkten Durchsetzungssperre ausgeschlossen ist, nicht eintritt (BGH, Urteil vom 20. April 2004, aaO S. 9; vom 14. Juni 2012 - IX ZR 145/11, BGHZ 193, 297 Rn. 18; Stürner/Medicus in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 9. Aufl., § 328 Rn. 14).

41 (2) Bei Treuhandverträgen im Rahmen von Kapitalanlagemodellen ist anerkannt, dass diese Drittwirkung auch zugunsten künftiger Anleger entfalten (BGH, Urteil vom 1. Dezember 1994 - III ZR 93/93, WM 1995, 344, 345; vom 30. Oktober 2003 - III ZR 344/02, WM 2003, 2382, 2383). In den Fällen eines Liquidationsvergleichs, bei dem der Schuldner zur Befriedigung seiner Gläubiger sein Vermögen auf einen unabhängigen Treuhänder überträgt, geht die Rechtsprechung von dem Vorliegen eines mit dem Treuhandvertrag verbunde-

nen echten Vertrages zugunsten der Gläubiger aus (BGH, Urteil vom 14. März 1966 - VII ZR 7/64, NJW 1966, 1116; vom 10. Februar 1971 - VIII ZR 182/69, BGHZ 55, 307, 309; vom 29. November 1973 - VII ZR 2/73, BGHZ 62, 1, 3; vom 12. Oktober 1989 - IX ZR 184/88, BGHZ 109, 47, 52). Mithin kann ein Vertrag zugunsten sämtlicher Gläubiger eines Schuldners begründet werden.

42            b) Als Vertrag zugunsten Dritter kann eine Rangrücktrittsvereinbarung grundsätzlich nicht ohne Mitwirkung der begünstigten Gläubiger aufgehoben werden (BGH, Urteil vom 28. November 1973 - VIII ZR 87/72, WM 1974, 14, 15). Allerdings kann das Recht des Dritten gemäß § 328 Abs. 2 BGB an gewisse Voraussetzungen geknüpft werden. Die von einem Rangrücktritt erfasste Forderung darf nach dem Inhalt der hier maßgeblichen Vereinbarung aus freiem Vermögen der Schuldnerin beglichen werden. Ein Recht der Gläubiger wird folglich nicht begründet, wenn eine zur Deckung sämtlicher Verbindlichkeiten genügende Vermögensmasse vorhanden ist. Mithin ist eine Aufhebung einer Rangrücktrittserklärung ohne Mitwirkung der Gläubiger zulässig, wenn eine Insolvenzzreife der Schuldnerin nicht vorliegt oder beseitigt ist (Fleischer, DStR 1999, 1774, 1779; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl., § 39 Rn. 56; Wittig, NZI 2001, 169, 175). Hiervon ist für den Zahlungszeitraum ab Januar 2008 nach dem revisionsrechtlich zugrunde zulegenden Sachverhalt nicht auszugehen.

43            4. Allerdings kann dem aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB folgenden Bereicherungsanspruch § 814 BGB entgegenstehen, sofern die Schuldnerin die Zahlung in Kenntnis ihrer Insolvenzzreife und der folglich durchgreifenden Zahlungssperre bewirkt hat.

44            a) Der Kondiktionsausschluss des § 814 BGB greift erst ein, wenn der Leistende nicht nur die Tatumstände kennt, aus denen sich ergibt, dass er nicht

verpflichtet ist, sondern auch weiß, dass er nach der Rechtslage nichts schuldet (BGH, Urteil vom 28. November 1990 - XII ZR 130/89, BGHZ 113, 62, 70). Die Regelung gilt nur für freiwillige Leistungen. Zahlt ein Schuldner hingegen zwar in Kenntnis der Nichtschuld, jedoch nur unter Druck oder unter Zwang, so steht die Kenntnis der Nichtschuld einer Kondiktion nicht entgegen (BGH, Urteil vom 12. Juli 1995 - XII ZR 95/93, NJW 1995, 3052, 3054). Wird die Leistung, deren Rückabwicklung im Streit steht, durch einen Vertreter erbracht, so kommt es für die Kenntnis des Nichtbestehens eines Rechtsgrundes auf das Wissen des die Leistung bewirkenden Vertreters an (BGH, Urteil vom 10. Dezember 1998 - III ZR 208/97, NJW 1999, 1024, 1025). Scheitert ein Anspruch des Schuldners an § 814 BGB, ist auch dem Insolvenzverwalter ein Bereicherungsanspruch abzusprechen (BGH, Urteil vom 29. November 1990 - IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 100 f).

- 45            b) Nach diesen Grundsätzen kann § 814 BGB hier eingreifen, wenn der Vertreter der Schuldnerin, der die Leistung - auch etwa durch eine Weisung - veranlasst hat (BGH, Urteil vom 10. Dezember 1998, aaO), über die bestehende Durchsetzungssperre unterrichtet war. Daran würde es indessen fehlen, wenn es sich um eine routinemäßig von der Buchhaltung der Schuldnerin bewirkte Zahlung handelt. Ebenso wäre § 814 BGB unanwendbar, wenn die Zahlung auf Druck der Beklagten erfolgt wäre (Priester, DB 1977, 2429, 2434). Zweifel daran, dass die Voraussetzungen des § 814 BGB vorliegen, gehen zu Lasten des darlegungs- und beweispflichtigen Leistungsempfängers (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2002 - III ZR 58/02, NJW 2002, 3772, 3773).

III.

- 46 Die Klageforderung findet nach Maßgabe des für die revisionsrechtliche Prüfung zugrunde zu legenden Sachverhalts jedenfalls ihre Grundlage in § 134 Abs. 1 InsO. Deswegen kann letztlich offenbleiben, ob § 814 BGB dem Bereicherungsanspruch entgegensteht, weil diese Vorschrift auf das anfechtungsrechtliche Rückgewährverhältnis des § 143 Abs. 1 InsO nicht anzuwenden ist (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008 - IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 Rn. 15; Beschluss vom 16. Juli 2009 - IX ZR 53/08, NZI 2010, 320 Rn. 3).
- 47 1. Nach § 134 InsO sind unentgeltliche Leistungen des Schuldners in den letzten vier Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens anfechtbar. Leistung des Schuldners in diesem Sinne ist jede Schmälerung des Schuldnervermögens, durch welche die Insolvenzgläubiger unmittelbar oder mittelbar benachteiligt werden (BGH, Urteil vom 19. April 2007 - IX ZR 79/05, WM 2007, 1135 Rn. 14). Die Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte in Höhe von insgesamt 341.180,49 € haben infolge des Vermögensabflusses bei der Schuldnerin eine objektive Gläubigerbenachteiligung im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO bewirkt (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2013 - IX ZR 235/12, WM 2013, 1044 Rn. 15). Die Anfechtungsfrist ist gewahrt.
- 48 2. Die Zahlungen erfolgten auch unentgeltlich.
- 49 a) Die Regelung des § 134 Abs. 1 InsO will Gläubiger entgeltlich begründete Rechte gegen die Folgen unentgeltlicher Verfügungen des Schuldners innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor Insolvenzeröffnung schützen. Die Interessen der durch eine unentgeltliche Leistung Begünstigten sollen den Interessen der Gläubigergesamtheit weichen. Dieser Zweck gebietet eine weite Ausle-



gung des Begriffs der Unentgeltlichkeit (BGH, Urteil vom 28. Februar 1991 - IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 396; vom 21. Januar 1999 - IX ZR 429/97, ZIP 1999, 316, 317; Beschluss vom 21. Dezember 2010 - IX ZR 199/10, ZIP 2011, 484 Rn. 10). Unentgeltlich ist danach eine Leistung, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert zufließen soll (BGH, Urteil vom 29. November 1990 - IX ZR 29/90, BGHZ 113, 98, 101; vom 13. März 2008 - IX ZR 117/07, WM 2008, 1033 Rn. 7; Beschluss vom 21. Dezember 2010, aaO). Der insolvenzrechtliche Begriff der unentgeltlichen Leistung setzt eine Einigung über die Unentgeltlichkeit als solche nicht voraus. Maßgebend ist in erster Linie der objektive Sachverhalt. Erst wenn feststeht, dass der Zahlungsempfänger einen Gegenwert für seine Zuwendung erbracht hat, ist zu prüfen, ob gleichwohl der Hauptzweck des Geschäfts Freigiebigkeit gewesen ist (BGH, Urteil vom 3. März 2005 - IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 280 f; Beschluss vom 21. Dezember 2010, aaO). Bei Zahlung auf eine Nichtschuld fehlt es, selbst wenn einem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch § 814 BGB entgegensteht, an der Entgeltlichkeit der Leistung (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 2010, aaO Rn. 12 mwN; MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 26; Pape/Uhländer/Bornheimer, InsO, § 134 Rn. 24; Gehrlein in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 134 Rn. 6; MünchKomm-AnfG/Kirchhof, § 4 Rn. 23).

- 50                    b) Nach diesen Grundsätzen ist die Zahlung der Schuldnerin an die Beklagte als unentgeltlich zu bewerten, weil sie infolge des im Rahmen der Rangrücktrittsvereinbarung getroffenen Zahlungsverbots eines Rechtsgrunds entbehrt.

51           aa) Die Gewährung eines nach früherem Recht kapitalersetzenden Darlehens oder auch das Stehenlassen eines Darlehens mit der Folge seiner Umqualifizierung in Gesellschaftskapital ist als unentgeltliche Leistung des Gesellschafters an seine Gesellschaft zu bewerten. Der durch die Überlassung eigenkapitalersetzender Mittel bewirkte Rangrücktritt des Anspruchs auf Rückzahlung, der in der Insolvenz dessen wirtschaftliche Wertlosigkeit zur Folge hat, wird ohne ausgleichende Gegenleistung der Gesellschaft gewährt (BGH, Urteil vom 2. April 2009 - IX ZR 236/07, NZI 2009, 429 Rn. 16 ff). Wird umgekehrt ein kraft Eigenkapitalersatzrecht gesperrter Zahlungsanspruch befriedigt (vgl. Martinek/Omlor, WM 2008, 665, 668), liegt wegen der verbotenen Zahlung aus dem Stammkapital eine unentgeltliche Leistung der Gesellschaft an den Gesellschafter vor (vgl. MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 39).

52           bb) Zwar greift vorliegend im Verhältnis der Schuldnerin zu der Beklagten - mangels einer Gesellschafterstellung auch nach dem hier noch anzuwendenden Eigenkapitalersatzrecht - kein gesetzliches Zahlungsverbot ein. Die Parteien haben jedoch ein rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot vereinbart, als dessen Rechtsfolge Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte im Stadium der Insolvenzreife ohne Rechtsgrund erbracht werden. Rechtlich sind ein gesetzliches und ein rechtsgeschäftliches Zahlungsverbot gleich zu behandeln. Mithin führt auch das zwischen den Parteien kraft des Rangrücktritts vereinbarte rechtsgeschäftliche Zahlungsverbot zur Rechtsgrundlosigkeit und damit Unentgeltlichkeit der Leistung (vgl. Dahl/Schmitz, NZI 2009, 433, 434; Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, 18. Aufl., § 134 Rn. 14; Bork, ZIP 2012, 2277, 2281).

IV.

53 Auf die begründete Revision des Beklagten ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist mangels Endentscheidungsreife gemäß § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Die wiedereröffnete Hauptverhandlung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, zur Prüfung von Ansprüchen aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB und aus § 134 Abs. 1 InsO insbesondere Feststellungen darüber zu treffen, ob der Schuldnerin zum Zeitpunkt der Zahlungen an die Beklagte Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit drohte.

Kayser

Gehrlein

Vill

Lohmann

Fischer

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 28.05.2013 - 13 O 465/11 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 20.05.2014 - I-12 U 87/13 -