

# Wirtschaftsrecht

Rechtsanwalt Klaus Siemon, Düsseldorf

## Zur Schenkungsanfechtung von Scheingewinn- auszahlungen im Warentermingeschäft

### I. Der Fall

Das Landgericht Köln<sup>1</sup> hat die Klage eines Konkursverwalters abgewiesen, der die Rückzahlung von Scheingewinnen gemäß § 32 KO verlangte. Die Gemeinschuldnerin hatte dem Beklagten aus in Wahrheit nicht durchgeführten Börsentermingeschäften angebliche Gewinne ausgeschüttet. Das Landgericht Köln und Henckel<sup>2</sup> in einer Besprechung des Urteils verneinen die Anfechtbarkeit, weil die Ausschüttungen nicht „unentgeltlich“ erfolgt seien. Der Verfasser befaßt sich mit den vom LG Köln und Henckel vorgetragenen Argumenten und nimmt grundlegend zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen des Unentgeltlichkeitsbegriffs Stellung. Im Ergebnis bejaht der Verfasser die Anfechtbarkeit. Die Rechtsfrage, ob Scheingewinnauszahlungen der Konkursanfechtung unterliegen, hat für Anleger in Warentermingeschäften eine erhebliche Bedeutung. Im Fall des LG Köln sind hunderte andere Anleger als der Beklagte auch betroffen.

### II. Bestandsaufnahme

In Rechtsprechung und Literatur findet sich eine bunte Vielfalt von Definitionen für den Begriff der unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § 32 KO. Diese Vielfalt läßt eine Unsicherheit im Umgang mit dem Begriff der unentgeltlichen Verfügung erkennen. Insbesondere ist die Bedeutung subjektiver Merkmale nicht abschließend geklärt. Die Kommentarliteratur arbeitet eine allgemeine gültige Definition nicht heraus. So wird vertreten, daß eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, wenn einer Zuwendung nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Gegenleistung gegenüber steht. Dafür, ob es an einem Gegenwert fehlt, soll der objektive Sachverhalt maßgebend sein. Im übrigen sei aber die Frage nach der Entgeltlichkeit nicht so sehr nach dem Verhältnis der objektiven Werte von Leistung und Gegenleistung sondern nach der Parteiauffassung, also danach zu beurteilen, ob die Beteiligten den Gegenwert als Entgelt angesehen haben<sup>3</sup>. Nach einer anderen Meinung soll es allein darauf ankommen, ob der Erwerb in seiner Endgültigkeit von einer ausgleichenden Zuwendung rechtlich abhängig ist. Dabei komme es weniger auf die objektive Gleichwertigkeit an, als vielmehr darauf, ob die Beteiligten den Gegenwert als ausgleichend erachtet haben<sup>4</sup>. Demgegenüber wird an anderer Stelle vertreten, daß schon die rein objektive Unentgeltlichkeit eine in den Zeitschranken des § 32 KO anfechtbare Freigiebigkeit ergibt, wenn zum Ausgleich des aus dem Schuldnervermögen aufgeopferten Werts gar kein Gegenwert oder nur ein Scheinwert in das Schuldnervermögen zu leisten ist<sup>5</sup>. Weitgehend übereinstimmend wird davon ausgegangen, daß ein eigener wirtschaftlicher Vorteil, ein eigenes wirtschaftliches Interesse ausreichen kann, um der Verfügung die Unentgeltlichkeit zu nehmen<sup>6</sup>. Andererseits wird die bewußte Bezahlung einer Nichtschuld als unentgeltliche Verfügung angesehen<sup>7</sup>.

Das Reichsgericht hat dem Begriff der unentgeltlichen Verfügung eine sehr starke subjektive Bedeutung beigemessen. Dem Schenkungsbegriff des § 516 BGB kommt die Formulierung sehr nahe, unentgeltlich im Sinne des § 32 KO sei eine Zuwendung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners, für die der letztere nach der Auffassung beider Teile eine Gegenleistung als Gleichwert nicht erhalten soll<sup>8</sup>. Differenzierter ist

ein anderes Urteil, in dem ausgeführt wird, daß die Anfechtungsordnung nicht von Schenkungen, sondern von unentgeltlichen Verfügungen des Schuldners spreche, aber nicht schlechthin der wahre Wert von Leistung und Gegenleistung maßgeblich sei, sondern zugleich deren Wertung durch die Beteiligten in Betracht zu ziehen sei<sup>9</sup>.

Die Definitionen des Bundesgerichtshofs enthalten zwar subjektive Bestandteile. Anders als beim Reichsgericht finden sich diese jedoch in den Ergebnissen nicht wieder. Der Bundesgerichtshof hatte sich nur in wenigen Entscheidungen mit der Unentgeltlichkeit des § 32 KO zu befassen<sup>10</sup>. Im Vordergrund der Entscheidungen steht die Formulierung, daß eine unentgeltliche Verfügung nicht vorliegt, wenn der Gemeinschuldner etwas erhält, was objektiv ein Ausgleich für seine Leistung ist oder jedenfalls nach dem Willen der Beteiligten subjektiv sein soll<sup>11</sup>. Obwohl die Formulierung darauf schließen lassen könnte, daß subjektive Vorstellungen der Beteiligten eine unentgeltliche Verfügung ausschließen könnten, stellt der Bundesgerichtshof im Ergebnis stets entscheidend darauf ab, ob objektiv eine Gegenleistung vorliegt. Insbesondere die Entscheidung BGHZ 71 S. 61 macht den Zwiespalt zwischen objektiven und subjektiven Merkmalen deutlich. Während in dem dort entschiedenen Fall durchaus hätte angenommen werden können, daß die Beteiligten subjektiv von einer Gegenleistung ausgingen und das Berufungsgericht dies auch so festgestellt hatte, kommt der Bundesgerichtshof dennoch aufgrund einer objektiv fehlenden Gegenleistung zur Unentgeltlichkeit.

Mit der Kommentarliteratur könnte für den Fall der Scheingewinnauszahlung argumentiert werden, die Gemeinschuldnerin habe Akquisition betrieben, mithin ein die Unentgeltlichkeit ausschließendes wirtschaftliches Interesse verfolgt. Ebenso könnte das Argument Gehör finden, die Gemeinschuldnerin habe bewußt auf eine Nichtschuld gezahlt, mithin unentgeltlich verfügt. Das Reichsgericht könnte die Unentgeltlichkeit verneinen, weil zumindest nach Auffassung des Empfängers die Scheingewinne nicht ohne Gegenleistung erbracht wurden. Die Definitionen des Bundesgerichtshofs führen eher zur Unentgeltlichkeit, weil der Scheingewinnauszahlung objektiv eine Gegenleistung nicht gegenüberstand. Auch sollte nach dem Willen der Beteiligten der Scheingewinnauszahlung keine Gegenleistung gegenüberstehen. Der Wille der Beteiligten stimmte nämlich nicht überein. Während die Gemeinschuldnerin wußte, daß eine Gegenleistung nicht vorlag, glaubte der Empfänger an die Erfüllung eines bestehenden Anspruchs, die immer entgeltlich ist. Die Bestandsaufnahme ergibt, daß der

1 LG Köln, ZIP 1990 S. 191.

2 Henckel, ZIP 1990 S. 137.

3 Vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO, § 32 Rdnr. 2.

4 Vgl. Kilger, KO, § 32 Anm. 2.

5 Vgl. Jaeger/Lent, KO, § 32 Rdnr. 1.

6 Vgl. Kuhn/Uhlenbruck, § 32 Rdnr. 5; Kilger, § 32 Anm. 2.

7 Vgl. Kuhn/Uhlenbruck, § 32 Rdnr. 7; Jaeger/Lent, § 32, Rdnr. 6.

8 RG, JW 1913 S. 608, 609; ähnlich RGZ 62 S. 44; RG, Gruch B 59, 521).

9 RGZ 165 S. 223, 224.

10 Vgl. BGH, WM 1956 S. 703; BGHZ 41 S. 298; BGH, WM 1971 S. 1435; BGHZ 58 S. 240; BGHZ 71 S. 61.

11 BGHZ 71 S. 61, 64; BGHZ 41 S. 298, 300.

vom Landgericht Köln entschiedene Fall nur mit Schwierigkeiten, unter die entwickelten Definitionen zu subsumieren ist.

### III. Regelungszusammenhang des § 32 KO

Zur Lösung des Falles erscheint es mir unerlässlich, den Regelungszusammenhang des § 32 KO zu ermitteln. In § 32 KO ist der Begriff der unentgeltlichen Verfügung statuiert. Die Definition des Begriffs unentgeltliche Verfügung führt zu den Ableitungen „Verfügung ohne Entgelt“ bzw. „Verfügung ohne Gegenleistung“. Diese Definition sagt für sich genommen noch nichts darüber aus, ob die Gegenleistung objektiv oder subjektiv zu bestimmen ist.

Mehr Klarheit bringt hier der systematische Vergleich zwischen § 32 KO und § 516 BGB. Bei diesem Vergleich fällt auf, daß § 516 BGB die Schenkung als eine unentgeltliche Zuwendung definiert, über die sich beide Teile einig sein müssen. Der Gesetzgeber sah in § 516 BGB die Unentgeltlichkeit als objektives Merkmal und fügte das Einigsein als subjektives Merkmal hinzu. Es fällt ferner auf, daß in § 32 KO das subjektive Merkmal, nämlich das Einigsein, fehlt. Geregelt ist lediglich das objektive Merkmal, nämlich die Unentgeltlichkeit. Der Vergleich der beiden Vorschriften führt zu dem Ergebnis, daß der Gesetzgeber in § 32 KO objektive Voraussetzungen aufgestellt hat. Gestützt wird dieses Ergebnis durch einen Vergleich mit § 37 Abs. 2 KO. Dort ist geregelt, daß der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung dieselbe nur insoweit zurück zu gewähren hat, als er durch sie bereichert ist. § 37 Abs. 2 KO zeigt, daß nach der Intention des Gesetzgebers der gute Glaube des Empfängers den Anfechtungsgrund des § 32 KO selbst nicht berührt. Der gutgläubige Empfänger soll nur geschützt werden, wenn er durch die objektiv unentgeltliche Leistung nicht mehr bereichert ist.

Ein Blick auf den Entstehungszeitpunkt der §§ 32, 37 Abs. 2 KO und 516 BGB läßt erkennen, daß dieses Ergebnis kein Zufall ist. Während die Schenkungsanfechtung mit Einführung der Konkursordnung am 10. 2. 1877 geschaffen wurde und § 32 KO mit Gesetz vom 20. 5. 1898 seine jetzige Fassung erhielt, trat § 516 BGB mit Einführung des BGB im Jahre 1896 in Kraft.

Das zeitliche Zusammenfallen der Einführung der beiden Vorschriften läßt darauf schließen, daß das aus dem systematischen Verhältnis gewonnene Ergebnis auf einer bewußten Differenzierung beruht.

Zu untersuchen bleibt, ob der aus dem systematischen Verhältnis der §§ 32, 37 Abs. 2 KO, 516 BGB folgende objektive Unentgeltlichkeitsbegriff durch den Schutzzweck des § 32 KO gestützt wird. § 32 KO will eine Korrektur von Vermögensverschiebungen vor Konkurseröffnung vornehmen. Maßgebliches Kriterium ist dabei, daß eine Leistung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners abgeflossen ist und keine wertäquivalente Gegenleistung in die Masse gelangt ist. § 32 KO sieht in diesem Fall den Empfänger der Leistung als im Verhältnis zur Gesamtheit der Konkursgläubiger weniger schutzwürdig an<sup>12</sup>. Dieser Sinn und Zweck des § 32 KO erfordert es, daß Entgeltlichkeit nur vorliegt, wenn ein konkret faßbarer Vermögenswert in das Vermögen des Gemeinschuldners als Gegenleistung gelangt ist. Seiner Natur nach muß es sich um einen objektiven Vermögenswert handeln. Die subjektive Vorstellung, eine Gegenleistung zu erbringen, obwohl objektiv eine Gegenleistung nicht vorliegt, kann nicht zur Entgeltlichkeit führen, weil allein durch eine subjektive Vorstellung der Masse ein Vermögenswert nicht zufließt. Im Ergebnis fordert mithin auch der Schutzzweck des § 32 KO eine objektiv zu bestimmende Gegenleistung.

## IV. Bedeutung subjektiver Merkmale

### 1. Subjektive Merkmale auf Seiten des Gemeinschuldners

Das Landgericht Köln stützt seine Entscheidung wesentlich auf das Argument, die Gemeinschuldnerin habe mit der Scheingewinnausschüttung ein wirtschaftliches Interesse verfolgt. Sie habe deshalb nicht unentgeltlich verfügt<sup>13</sup>. Diese Argumentation begegnet durchgreifenden Bedenken.

Das Kriterium „wirtschaftliches Interesse“ geht auf eine Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahr 1913 zurück<sup>14</sup>. Das Reichsgericht hatte zu entscheiden, ob die Übernahme einer Bürgschaft durch eine Witwe für Schulden ihres verstorbenen Mannes eine unentgeltliche Verfügung darstellt. Das Reichsgericht führt aus, daß der Begriff des Entgelts nicht im formalrechtlichen Sinne aufzufassen sei. Es könne vielmehr schon ein wirtschaftlicher Vorteil, ein eigenes wirtschaftliches Interesse ausreichen, um der Sicherheitsbestellung den Charakter der Unentgeltlichkeit im Sinne des § 32 KO zu nehmen<sup>15</sup>. Es soll hier abschließend nicht diskutiert werden, ob das Reichsgericht richtig entschieden hat. Ich bin allerdings der Auffassung, daß eine Bürgschaftsübernahme ein Sonderproblem im § 32 KO darstellt und der Lösungsweg des Reichsgerichts keine Allgemeingültigkeit haben kann. Die nähere Betrachtung ergibt, daß bei der Übernahme einer Bürgschaft gewissermaßen naturgemäß eine objektiv unentgeltliche Verfügung vorliegt, weil es sich um ein einseitig den Bürgen verpflichtendes Rechtsgeschäft handelt und dem Bürgen keine Gegenleistung zufließt. Demgegenüber sind Gewinnausschüttungen im Warenermingsgeschäft nicht naturgemäß unentgeltlich und stellen kein Sonderproblem dar. Ihnen liegt im Regelfall ein bestehender Anspruch zugrunde. Die Erfüllungswirkung des Anspruchs ist die Gegenleistung für die Gewinnausschüttung. Das Landgericht Köln kann nicht überzeugen, weil es das an einem Sonderproblem entwickelte „wirtschaftliche Interesse“ ungeprüft übernimmt und dabei verkennet, daß dieses Kriterium einer Verallgemeinerung innerhalb des § 32 KO nicht zugänglich ist.

Rein begrifflich kann das vom Verfügenden verfolgte wirtschaftliche Interesse nicht die Gegenleistung des Empfängers sein. Gegenleistung des Empfängers kann nur etwa sein, was dieser mitbringt. Außerdem besteht die Schwierigkeit darin, den „wirtschaftlichen Vorteil“ bzw. das „eigene wirtschaftliche Interesse“ konkret zu bestimmen. Es fragt sich, welcher Art und welcher Qualität das Interesse sein muß, um nicht mehr von einer Unentgeltlichkeit ausgehen zu können. Diese Frage ist kaum zu beantworten. Jedermann verfolgt bei der Hingabe von unentgeltlichen Leistungen eigene Interessen. In den allermeisten Fällen wird es sich dabei auch um wirtschaftliche Interessen handeln. Würde stets bei Verfolgung von eigenen wirtschaftlichen Interessen die Unentgeltlichkeit im Sinne des § 32 KO verneint, dann würde § 32 KO seinem Sinn und Zweck widersprechend weitgehend leerlaufen.

Der beschriebene Sinn und Zweck des § 32 KO erfordert es, daß ein konkret meßbarer Vermögenswert in das Vermögen des Gemeinschuldners als Gegenleistung gelangt ist. Diese Voraussetzung wird nicht erfüllt, wenn der Gemeinschuldner bei der Hingabe seiner Leistung ein wirtschaftliches Interesse verfolgt hat, aber ein konkreter Vermögenswert als Ausgleich nicht zurückgeflossen ist. Das Landgericht Köln geht fehl, weil es einen die Leistung der Gemeinschuldnerin ausgleichenden konkreten Vermögenswert nicht feststellt.

Niemand wird daran zweifeln, daß beispielsweise reichhaltige Werbegeschenke oder gut bemessene Bestechungsgelder der Schenkungsanfechtung gemäß § 32 KO unterliegen. Beides

<sup>13</sup> LG Köln, ZIP 1990 S. 191; so auch LG Coburg, II. 4. 1989 - 1 O 109/89, unveröffentlicht, nicht rechtskräftig.

<sup>14</sup> Vgl. RG, JW 1913 S. 608.

<sup>15</sup> Vgl. RG, JW 1913 S. 608, 609.

dient der Akquisition, mithin werden eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt. Auch eine reichhaltige Beschenkung der Erbante, die in der Erwartung erfolgt, als Erbe eingesetzt zu werden, dürfte der Schenkungsaufhebung gemäß § 32 KO unterliegen, obwohl damit wirtschaftliche Interessen verfolgt werden. Die Beispielsfälle zeigen, daß ein Geschenk nicht deshalb kein Geschenk ist, weil man materielle Vorteile erwartet. Im Ergebnis gilt, daß einseitige Erwartungen, die darin bestehen, aus unentgeltlichen Zuwendungen materiellen Nutzen zu ziehen, nicht ausreichen, um § 32 KO zu verneinen<sup>16</sup>.

Johlke hat den Grund dafür in einem Kurzkomentar zur Entscheidung des Landgerichts Köln zutreffend in folgendem Satz zusammengefaßt: „Ließe man einseitige Vorstellungen über die Erreichbarkeit eines wirtschaftlichen Vorteils zur Verneinung der Unentgeltlichkeit ausreichen, wären Anfechtungsansprüche gemäß § 32 Nr. 1 KO kaum noch realisierbar“<sup>17</sup>.

## 2. Subjektive Merkmale auf Seiten des Empfängers

Henckel<sup>18</sup> vertritt in einem Kommentar zur Entscheidung des Landgerichts Köln die Auffassung, eine unentgeltliche Verfügung liege nicht vor, weil der Beklagte angenommen habe, daß seine Gegenleistung (Einlage und Provision) dem Wert der empfangenen Leistung entsprach und dem ihm gegenüber erklärten und aus den Umständen zu entnehmenden Willen der Gemeinschuldnerin nichts anderes entnehmen konnte und mithin nach ihrem von außen erkennbaren Willen beide Teile davon ausgegangen sind, daß die Gewinnausschüttung als geschuldete Leistung erbracht werden sollte und durch die Gegenleistung des Beklagten gedeckt war. Das Ergebnis und die Begründung Henckels begegnen durchgreifenden Bedenken.

Henckel stellt hier entscheidend auf Elemente ab, die von den Regeln über die Auslegung von Willenserklärungen bekannt sind. Der nach außen erkennbare Wille beider Teile ist der jeweilige objektive Empfängerhorizont. Der Empfängerhorizont ist ein Element, das in § 32 KO nicht geregelt ist. Die von Henckel verwandten Begriffe sind Teile des bürgerlich rechtlichen Schenkungsbegriffs. In § 516 BGB ist das Einigsein über die Unentgeltlichkeit Voraussetzung der Schenkung. Ob sich die Parteien über die Unentgeltlichkeit einig sind, bestimmt sich aufgrund allgemeiner Regeln nach dem nach außen erklärten Willen beider Teile, mithin nach dem Empfängerhorizont. Die Heranziehung der subjektiven Elemente des § 516 BGB zur Bestimmung der Unentgeltlichkeit im Sinne des § 32 KO überzeugt nicht. Sie beachtet die Differenzierung des Gesetzgebers zwischen § 32 KO und 516 BGB nicht hinreichend.

Wenn Henckel auf den nach außen erklärten Willen des Gemeinschuldners abstellt, so hat er zum Ziel, den gutgläubigen Anfechtungsgegner, der aufgrund der Erklärung des Gemeinschuldners an die Entgeltlichkeit glauben durfte, zu schützen. Dabei wird jedoch übersehen, daß dieser Schutz durch § 37 Abs. 2 KO geleistet wird. § 37 Abs. 2 KO zeigt, daß der Gesetzgeber sehr wohl gesehen hat, daß ein gutgläubiger Anfechtungsgegner eines Schutzes bedarf. § 37 Abs. 2 KO macht aber auch deutlich, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der Schutz des gutgläubigen Anfechtungsgegners nicht bereits im Tatbestand des § 32 KO selbst erfolgen soll. Das Abstellen auf den Empfängerhorizont zur Bestimmung des Begriffs der unentgeltlichen Verfügung beachtet daher das systematische Verhältnis zwischen § 37 Abs. 2 und § 32 KO nicht ausreichend und kann deshalb nicht überzeugen.

Henckel stellt zudem die Frage nach dem Sinn und Zweck des § 32 KO nicht. Obwohl er für den vom Landgericht Köln entschiedenen Fall von einer objektiven Unentgeltlichkeit ausgeht, soll der durch die Erklärung des Gemeinschuldners hervorgerufene Glaube des Beklagten an den bestehenden Anspruch zur Entgeltlichkeit führen. Dies läßt sich mit dem

Zweck des § 32 KO, objektive Wertverluste in der Vermögensmasse des Gemeinschuldners zum Vorteil für die Gesamtheit der Gläubiger zu korrigieren, schwerlich vereinbaren. Eine subjektive Fehlvorstellung des Leistungsempfängers kann nicht dafür maßgeblich sein, ob der Vermögensmasse des Gemeinschuldners eine ausgleichende wertäquivalente Gegenleistung zugeflossen ist, mag die Fehlvorstellung auch auf den Erklärungen des Gemeinschuldners beruhen.

Henckel kommt in Teilen der hier vertretenen Auffassung nahe. Seiner Meinung nach kann es auf die Vorstellung des Empfängers nicht ankommen, wenn ein Kausalgeschäft überhaupt nicht geschlossen worden ist oder es nicht ist und eine Gegenleistung nicht erbracht wurde. Andernfalls könnte seiner Meinung nach der Gemeinschuldner Gegenstände seines Vermögens unanfechtbar beiseite bringen, indem er sie ohne Rechtsgrund auf einen Arglosen überträgt, der annimmt, er habe einen Anspruch auf die Leistung<sup>19</sup>. Auch hier hatte die Gemeinschuldnerin Vermögenswerte auf einen Arglosen übertragen, der annahm, er habe einen Anspruch auf die Leistung. Es erscheint daher als Widerspruch, daß Henckel dennoch die Unentgeltlichkeit der Scheingewinnauszahlungen verneint.

## 3. Bedeutung subjektiver Merkmale

Die vorstehenden Darlegungen haben gezeigt, daß sich die Unentgeltlichkeit im Sinne des § 32 KO nach objektiven Kriterien bestimmt und subjektive Merkmale (wirtschaftliches Interesse des Gemeinschuldners und Empfängerhorizont des Anfechtungsgegners) grundsätzlich keine Bedeutung haben. Gleichwohl geben die eingangs dargelegten Stimmen in Rechtsprechung und Literatur Veranlassung, die Frage nach der Bedeutung subjektiver Merkmale zu stellen und zu beantworten.

Den richtigen Weg weist hier der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 13. 3. 1978<sup>20</sup>. Danach richtet sich die Frage der Entgeltlichkeit neben der objektiven Gestaltung wesentlich danach, inwieweit die Beteiligten – im Rahmen eines angemessenen Bewertungsspielraums – den Gegenwert als Entgelt ansehen, wie sie also Leistung und Gegenleistung bewerten<sup>21</sup>. Die subjektive Auffassung der Beteiligten soll von Bedeutung sein, wenn es um die Bewertung von Leistung und Gegenleistung geht. Die Betonung liegt auf dem Wort Bewertung. Da die subjektiven Kriterien erst für die Bewertung herangezogen werden, folgt daraus im Rückschluß, daß subjektive Kriterien nicht darüber entscheiden sollen, ob beide Teile überhaupt eine Leistung und eine Gegenleistung erbracht haben. Ob überhaupt Leistung und Gegenleistung vorliegen, ist allein nach objektiven Kriterien zu bestimmen. Für die Prüfung der Unentgeltlichkeit bedeutet dies, daß zunächst festzustellen ist, ob objektiv Leistung und Gegenleistung vorliegen. Fehlt eine objektive Gegenleistung, liegt Unentgeltlichkeit vor. Erst wenn trotz Leistung und Gegenleistung sich beide nach ihrem objektiven Wert nicht entsprechen, stellt sich die Frage, ob die Beteiligten die Leistung und Gegenleistung als gleichwertig angesehen haben. Das zweite Element des Satzes des Bundesgerichtshofs enthält die Einschränkung, daß subjektive Bewertungskriterien nur so lange herangezogen werden sollen, wie sie sich im Rahmen eines angemessenen Bewertungsspielraums halten. Es liegt auf der Hand, daß die Angemessenheit zu verneinen ist, sobald die subjektiven Bewertungen sich zu weit von den objektiven Wertmaßstäben entfernen.

Die Bedeutung dieser Ausführungen wird an einem konkreten Beispiel deutlich. Der Gemeinschuldner verkauft einen Gegenstand für 1000 DM. Der Gemeinschuldner und der

16 Vgl. *Gerhardt/Mercz*, RWS-Skript Nr. 82, 1988, S. 85 f.

17 *Johlke*, EWIR 1989 S. 1015, 1016.

18 Vgl. *Henckel*, ZIP 1990 S. 137, 141.

19 Vgl. *Henckel*, ZIP 1990 S. 137, 141.

20 Vgl. BGHZ 71 S. 61.

21 Vgl. BGHZ 71 S. 61, 66; *BGH*, WM 1971 S. 1435, 1436.

Käufer gingen davon aus, daß der Preis dem Verkehrswert entspricht. Ein Verkehrswertgutachter schätzt jedoch einen Verkehrswert von 1200 DM. Die Prüfung ergibt, daß beide Parteien objektiv eine Leistung und Gegenleistung erbracht haben. Nach objektiven Gesichtspunkten ist die Leistung des Gemeinschuldners jedoch um 200 DM mehr wert gewesen, als die Leistung des Käufers. Subjektiv haben die Parteien die beiderseitigen Leistungen jedoch als gleichwertig angesehen. Es stellt sich die Frage, ob sich die subjektiven Bewertungskriterien innerhalb eines angemessenen Spielraums halten. Davon soll hier einmal ausgegangen werden. Im Ergebnis ist damit eine Unentgeltlichkeit zu verneinen.

Eine überzeugende Begründung für dieses Ergebnis muß die Frage beantworten, warum, gemessen an dem eingangs dargelegten objektiven Schutzzweck des § 32 KO, die subjektiven Merkmale Bedeutung erlangen können. Die Antwort liegt auf der Hand. Es wird im Regelfall kaum möglich sein, jeweils exakt einen objektiven Verkehrswert zu ermitteln, der dann dem tatsächlich am Markt erzielbaren Preis entspricht. Verkehrswertgutachten können den am Markt zu erzielenden Preis nicht letztendlich sicher bestimmen. Die Preisbildung am Markt ist ein Ergebnis subjektiver Einschätzungen, Prognosen und Erwartungen. Preisbildung ist etwas Subjektives. Es ist deshalb richtig, den Beteiligten für § 32 KO einen Bewertungsspielraum einzuräumen. Bewertungsmaßbräuchen kann mit Hilfe des Vorbehalts der Angemessenheit entgegenge- wirkt werden. Eine solche Handhabung der subjektiven Merkmale ist mit dem objektiven Schutzzweck des § 32 KO in Einklang zu bringen, weil diese Handhabung nicht den objektiven Schutzzweck in Frage stellt, sondern eine auch für die Praxis brauchbare Regelung schafft, die Wertigkeit von Leistung und Gegenleistung zu ermitteln. In diesem Sinne bilden die subjektiven Bewertungskriterien der Beteiligten eine sinnvolle Ergänzung zu dem grundsätzlich objektiv zu bestimm-

enden Tatbestand der unentgeltlichen Verfügung im Sinne des § 32 KO.

### V. Scheingewinne unentgeltlich?

Zu prüfen bleibt, ob die Auszahlung eines Scheingewinns unentgeltlich ist. Unentgeltlichkeit würde nicht vorliegen, wenn der Auszahlung ein Anspruch zugrunde lag. Ein Anspruch des Beklagten auf Herausgabe von Gewinnen kann gemäß § 667 BGB nur bestanden haben, wenn Gewinne tatsächlich erzielt wurden. Dies war hier nicht der Fall. Ein Schadensersatzanspruch wegen entgangenen Gewinns gibt es bei dem Warenermingsgeschäft nicht, weil es sich um als Spiel und Wette im Sinne des § 764 BGB einzustufende Geschäfte handelt und unsere Rechtsordnung einen Schadensersatzanspruch auf entgangenen Spiel- und Wettgewinn nicht anerkennt. Zudem ist ein Schaden wegen entgangener Gewinnchancen nicht quantifizierbar und keines Beweises zugänglich. Die Scheingewinnauszahlung erfolgte also ohne zugrundeliegenden Anspruch. Deshalb fehlt ihr die Erfüllungswirkung und damit objektiv die Gegenleistung. Die Frage nach der subjektiven Bewertung, nach der Ermittlung von Verkehrswerten stellt sich in diesem Fall nicht. Eine Gegenleistung des Empfängers existiert nicht. Sie kann deshalb nicht bewertet werden.

Auch die Einlage ist keine Gegenleistung für den Scheingewinn gewesen<sup>22</sup>. Die Einlage floß nicht zum Ausgleich des Scheingewinns in das Vermögen der Gemeinschuldnerin zurück, sondern war bereits früher geleistet und im Fall des Ländgerichts Köln zudem anderweitig vollständig zurückgezahlt. Trotz der Einlage bleibt die Zahlung eines Scheingewinns mangels Erfüllungswirkung objektiv unentgeltlich, weil sie den fehlenden Anspruch nicht begründen kann.

<sup>22</sup> So auch *OLG Braunschweig* – 2 U 125/89 – in einem unveröffentlichten Hinweisbeschuß.