



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 307/16

Verkündet am:
19. Juli 2018
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 129

- a) Überlässt der Schuldner ein ihm gehörendes Grundstück einem Dritten zur Nutzung, kann dies gläubigerbenachteiligend sein, wenn der Schuldner geschäftlich tätig ist, die Nutzungsmöglichkeit einen eigenen wirtschaftlichen Wert darstellt, der im Geschäftsverkehr üblicherweise nur gegen Entgelt überlassen wird, und dem Schuldner eine wirtschaftliche Nutzung des Grundstücks zum Vorteil der Gläubiger rechtlich und tatsächlich möglich war.
- b) Ist eine Vermietung einer Sache nur mit behördlicher Genehmigung zulässig, benachteiligt die Gebrauchsübertragung und -überlassung zur unentgeltlichen Nutzung die Gläubiger, wenn die zuständige Behörde die erforderliche Genehmigung tatsächlich erteilt hätte oder hätte erteilen müssen.

InsO § 134 Abs. 1

- a) Steht dem Leistungsempfänger ein eigener Anspruch gegen den leistenden Schuldner zu, richtet sich die Frage nach der Unentgeltlichkeit der Leistung nach den Grundsätzen im Zwei-Personen-Verhältnis.

- b) Eine unentgeltliche Leistung scheidet im Zwei-Personen-Verhältnis auch dann aus, wenn nicht der Empfänger, sondern ein Dritter die ausgleichende Gegenleistung erbringt, sofern zwischen der Leistung des Schuldners und der ausgleichenden Gegenleistung des Dritten ein ausreichender rechtlicher Zusammenhang besteht.

BGH, Urteil vom 19. Juli 2018 - IX ZR 307/16 - OLG Köln
LG Köln

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juni 2018 durch den Richter Grupp als Vorsitzenden, den Richter Prof. Dr. Gehrlein, die Richterin Lohmann, die Richter Dr. Schoppmeyer und Meyberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 23. November 2016 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die -Krankenhaus E. GmbH (fortan: Schuldnerin) betreibt das -Krankenhaus in E. (fortan: Krankenhaus E.) auf einem ihr gehörenden Grundstück. Der verklagte Landschaftsverband ist unter anderem Träger eines Klinikverbundes mit der Bezeichnung "L. ", der vor allem aus psychiatrischen Kliniken besteht. Das Land Nordrhein-Westfalen beauftragte den Beklagten, zur wohnortnahen Versorgung im rechtsrheinischen Teil des Rhein-Sieg-Kreises eine psychiatrische Klinik zu unterhalten. Daher beschloss der Beklagte im Jahr 2000, im Krankenhaus E. eine Außenstelle der L. -Kliniken B. einzurichten. Der Beklagte und die Schuldnerin führten Gespräche über die Errichtung einer Dependence im Krankenhaus E. . Mit

Feststellungsbescheid vom 17. Dezember 2002 gemäß § 18 des Krankenhausgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 16. Dezember 1998 (fortan: KHG NRW) nahm die Bezirksregierung Köln die L. -Kliniken B. mit einer entsprechenden Strukturierung in den Krankenhausplan des Landes Nordrhein-Westfalen auf.

2 Die Schuldnerin stellte am 9. Juni 2004 gemäß § 21 KHG NRW einen Antrag auf eine voll-finanzierende Landesförderung für die zu errichtende Einrichtung. Im Antrag wies die Schuldnerin unter anderem auf die Umsetzung der baulichen Maßnahmen im Sinne des Feststellungsbescheides vom 17. Dezember 2002 hin. Zudem teilte sie mit, dass der Beklagte in die Planung der Maßnahme einbezogen worden sei. Mit Bescheid vom 10. November 2004 bewilligte das Land Nordrhein-Westfalen Fördergelder in Höhe von 5.735.000 € für die Errichtung der Psychiatrie mit Tagesklinik. Nr. 4.2 der besonderen Nebenbestimmungen sah vor, dass die Auszahlung der Fördermittel "zur unbefristeten Sicherung des Verwendungszwecks sowie zur Sicherung eines evtl. Anspruches auf Rückzahlung oder Wertausgleiches" von der vorhergehenden Bestellung einer erstrangigen Grundschuld in Höhe der bewilligten Fördermittel abhängig gemacht werde. Am 27. Dezember 2004 wurde eine Grundschuld über 5.735.000 € zugunsten des Landes Nordrhein-Westfalen am Grundstück der Schuldnerin im Grundbuch eingetragen.

3 Die Schuldnerin setzte die Fördermittel dazu ein, durch Um- und Neubau für die Dependance der L. -Kliniken B. geeignete Räume in dem Krankenhaus E. zu errichten. Sie wandte keine Eigenmittel auf. Nach Fertigstellung der Gebäude überließ die Schuldnerin dem Beklagten mit Vertrag vom 15. Juli 2007 die Räumlichkeiten für 20 Jahre zur Nutzung als Dependance der L. -Kliniken B. . In einem den einzelnen Bestimmungen dieses Nutzungsvertrags

vorangestellten "Grundsatz" erklärten die Parteien, dass die Durchführung der Baumaßnahme im Rahmen der Bewilligung vom 10. November 2004 erfolge. Sie machten die dem Bewilligungsbescheid vom 10. November 2004 zugrunde liegenden Unterlagen, insbesondere den Förderantrag, Prüfberichte und Anlagen zum Bewilligungsbescheid zum Bestandteil des Nutzungsvertrags. Nach dem Vertrag schuldete der Beklagte für die Dauer von 20 Jahren kein Nutzungsentgelt, hatte jedoch die Betriebskosten (§ 4) und die Instandhaltung und Instandsetzung an allen baulichen und technischen Einrichtungen der von ihm genutzten Räume (§ 6) einschließlich der Schönheitsreparaturen (§ 7) zu tragen.

4 Auf einen Eigenantrag der Schuldnerin vom 3. September 2014 eröffnete das Amtsgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin, ordnete Eigenverwaltung an und bestellte die Klägerin zur Sachwalterin. Die Klägerin hat die Nutzungsüberlassung als unentgeltliche Leistung der Schuldnerin angefochten und verlangt vom Beklagten für die Zeit vom 3. September 2010 bis 24. November 2014 monatliche Miete von 25.038,55 €, insgesamt 1.269.454,51 €.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen einer Schenkungsanfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO bejaht und zur Begründung ausgeführt, die Überlassung der Nutzung an den Beklagten habe eine Gläubigerbenachteiligung bewirkt. Der Masse seien die Möglichkeit zur Nutzung und Verwertung der Räume und der damit verbundene Vermögenswert entgangen. Nach § 21 Abs. 7 KHG NRW sei eine Vermietung nur mit Erlaubnis der zuständigen Behörde zulässig. Dieser Erlaubnisvorbehalt stehe dem Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen, weil nicht auszuschließen sei, dass die zuständige Behörde eine Vermietung etwa im Rahmen einer von Gläubigerseite betriebenen Zwangsverwaltung erlaubt hätte. Daher komme es nicht darauf an, dass eine solche Genehmigung tatsächlich nicht vorgelegen habe.

8 Es habe sich um eine unentgeltliche Leistung im Sinne des § 134 InsO gehandelt. Im Zweipersonenverhältnis sei eine Verfügung als unentgeltlich anzusehen, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Leistung gegenüberstehe. Werde eine dritte Person in den Zuwendungsvorgang eingeschaltet, komme es nicht entscheidend darauf an, ob der Verfügende selbst einen Ausgleich für seine Verfügung erhalten habe; maßgeblich sei vielmehr, ob der Zuwendungsempfänger seinerseits eine Gegenleistung zu erbringen habe. Nach diesen Maßstäben habe der Beklagte keine Gegenleistung erbringen müssen.

Die Fördermittel seien kein Vermögensopfer des Beklagten im Hinblick auf die Gebrauchsüberlassung. Sie stammten aus dem Haushalt des Landes Nordrhein-Westfalen; der Beklagte sei eine eigenständige Körperschaft öffentlichen Rechts mit eigenem Haushaltsplan. Soweit die Bezirksregierung darauf abgezielt haben sollte, den Betrieb einer Dependance in E. zu ermöglichen, indem sie der Schuldnerin die Fördermittel bewilligte, folge daraus nicht, dass der Beklagte der Schuldnerin durch Einschaltung der Bezirksregierung als Dritter eine Gegenleistung erbracht habe. Insbesondere habe der Beklagte keinen eigenen Anspruch auf Gewährung der Fördermittel durch die Bezirksregierung dargelegt.

- 9 Der Nutzungsvertrag vom 15. Juli 2007 spreche dagegen, dass die Fördermittel als Gegenleistung für die Nutzungsüberlassung vereinbart worden seien. Die Bezugnahme auf die Bewilligung der Fördermittel in der Präambel beziehe sich nur auf die Finanzierung der Baumaßnahme. Umgekehrt spreche die Verwaltungsvorschrift 11.3.4 VwV KHG NRW für eine vereinbarte Unentgeltlichkeit. Denn die unentgeltliche Nutzung sei danach gerade Voraussetzung für die Gewährung von Fördermitteln. Schließlich liege in der Übernahme der Betriebskosten und der Instandhaltung nebst Schönheitsreparaturen keine Gegenleistung des Beklagten. Hierbei handele es sich nur um Aufwendungen.

II.

- 10 Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

- 11 1. Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass die angefochtene Nutzungsüberlassung in den Anfechtungszeitraum des § 134

Abs. 1 InsO fällt. Die Klägerin hat die Nutzungsüberlassung seit dem 3. September 2010 angefochten. Diese Leistung der Schuldnerin ist nicht früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden, weil der maßgebliche Insolvenzantrag am 3. September 2014 beim Insolvenzgericht einging (§ 139 Abs. 1 InsO).

12 Eine Rechtshandlung gilt gemäß § 140 Abs. 1 InsO als in dem Zeitpunkt vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Die Norm bringt den Rechtsgedanken zum Ausdruck, dass der Zeitpunkt entscheiden soll, in dem durch die Handlung eine Rechtsposition begründet worden ist, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ohne die Anfechtung beachtet werden müsste (BGH, Urteil vom 17. September 2009 - IX ZR 106/08, BGHZ 182, 264 Rn. 9 mwN). Damit unterliegt der am 15. Juli 2017 abgeschlossene Vertrag selbst nicht der Anfechtung nach § 134 InsO. Jedoch ist die Frist für jede auf einem Vertrag beruhende Leistung, insbesondere eine Teilleistung, gesondert zu berechnen (MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 44; Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, 19. Aufl., § 134 Rn. 70; Gehrlein in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 3. Aufl., § 134 Rn. 21; vgl. auch BGH, Urteil vom 15. Februar 1956 - IV ZR 266/55, WM 1956, 703, 704). Erfüllungshandlungen sind mit dem jeweils letzten Übertragungsakt abgeschlossen (MünchKomm-InsO/Kirchhof, 3. Aufl., § 140 Rn. 10). Die Schuldnerin hatte sich gegenüber dem Beklagten im Vertrag vom 15. Juli 2007 zur Gebrauchsgewährung und –überlassung verpflichtet. Die rechtlichen Wirkungen der hierauf beruhenden Leistung treten entgegen der Auffassung der Revision weder mit Abschluss des Nutzungsvertrags vom 15. Juli 2007 noch mit der erstmaligen Besitzeinräumung ein. Auch soweit der Vertrag eine feste Nutzungsdauer von 20 Jahren vorsah, hat die Schuldnerin die zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen erforderliche Leistung schrittweise mit dem jeweiligen Nutzungszeitraum vorgenommen, weil die tat-

sächliche Nutzung entscheidend ist. Die Schuldnerin hatte dem Beklagten die Gebäude zu überlassen und zu belassen und daher den ungestörten Gebrauch dauerhaft während der gesamten Vertragszeit zu gewähren (vgl. BGH, Urteil vom 27. April 2016 - VIII ZR 323/14, NZM 2016, 467 Rn. 22). Die Erfüllung einer Pflicht zur dauernden Gebrauchsgewährung und -überlassung erfolgt erst mit dem jeweiligen Nutzungszeitraum (vgl. MünchKomm-BGB/Fetzer, 7. Aufl., § 362 Rn. 27 zur Erfüllung von Dauerschuldverhältnissen).

13 2. Die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts genügen jedoch nicht, um eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) annehmen zu können.

14 a) Überlässt der Schuldner Sachen einem Dritten zur Nutzung, kann dies zu einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung führen.

15 aa) Eine Gläubigerbenachteiligung liegt grundsätzlich vor, wenn die angefochtene Rechtshandlung entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt hat (BGH, Urteil vom 7. Februar 2002 - IX ZR 115/99, ZIP 2002, 489; vom 6. April 2006 - IX ZR 185/04, ZIP 2006, 1009 Rn. 20; vom 9. Juli 2009 - IX ZR 86/08, NZI 2009, 644 Rn. 25), wenn sich also mit anderen Worten die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten (BGH, Urteil vom 11. November 1993 - IX ZR 257/92, BGHZ 124, 76, 78 f; vom 9. Juli 2009, aaO Rn. 25; vom 25. Januar 2018 - IX ZR 299/16, WM 2018, 328 Rn. 9 mwN). Eine Gläubigerbenachteiligung ergibt sich auch, wenn die Zugriffsmöglichkeiten erschwert oder verzögert werden (BGH, Urteil vom 21. April 1988 - IX ZR 71/87, ZIP 1988, 725 unter II.1.; Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, 14. Aufl., § 129 Rn. 174 für eine langfristige Vermietung einer Sache zu einem Mietzins

unter Wert). Hingegen fehlt es an einer Gläubigerbenachteiligung, wenn der Schuldner lediglich einen möglichen Erwerb unterlässt. Dieses Unterlassen ist nicht anfechtbar, weil es nicht zu einer Minderung des Schuldnervermögens führt, sondern lediglich dessen Mehrung verhindert (BGH, Urteil vom 2. April 2009 - IX ZR 236/07, WM 2009, 1042 Rn. 15; Beschluss vom 4. Februar 2016 - IX ZA 28/15, WM 2016, 557 Rn. 7; HmbKomm-InsO/Rogge/Leptien, 6. Aufl., § 129 Rn. 16a; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 24; MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 129 Rn. 26; FK-InsO/Dauernheim, 9. Aufl., § 129 Rn. 34; Uhlenbruck/Hirte/Ede, aaO Rn. 197; einschränkend HK-InsO/Thole, 9. Aufl., § 129 Rn. 27).

16 bb) Nach diesen Maßstäben handelt es sich um eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung, wenn der Schuldner sein Grundstück einem Dritten zur Nutzung überlässt und dadurch das Aktivvermögen des Schuldners um den wirtschaftlichen Wert der Nutzungsvorteile verkürzt wird. Insoweit kommt es nicht darauf an, inwieweit eine Unterlassung anfechtbar ist. Vielmehr gehört die Nutzungsmöglichkeit einer Sache zum Vermögen des Schuldners.

17 Der Schuldner kann den mit dem Gebrauch einer Sache verbundenen wirtschaftlichen Wert sowohl durch eine Eigennutzung als auch durch eine Fremdnutzung erzielen. Verschafft der geschäftlich tätige Schuldner die beste- hende Nutzungsmöglichkeit einem Dritten, entscheidet er sich für eine wirt- schaftliche Nutzung der Sache. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Nutzungs- möglichkeit einen eigenen wirtschaftlichen Wert darstellt, der im Geschäftsver- kehr üblicherweise nur gegen Entgelt überlassen wird. Im Streitfall stünde das Grundstück ohne die Überlassung der Insolvenzmasse zur Verfügung. Dies gilt insbesondere für die Nutzungsmöglichkeit. Der darin liegende Wert entgeht der

Insolvenzmasse, so dass die für die Gläubiger zur Verfügung stehende Aktivmasse verkürzt wird.

- 18 An der mittelbaren Gläubigerbenachteiligung ändert sich - anders als die Revision meint - nichts, wenn der Schuldner dem Anfechtungsgegner die Nutzung unentgeltlich zur Verfügung stellt. Damit unterlässt der Schuldner nicht etwa nur einen möglichen Erwerb. Maßgeblich ist, dass der Schuldner Gebrauch und Nutzung der Sache, die einen eigenen Vermögenswert darstellen, einem Dritten überlässt. Verzichtet er in diesem Fall darauf, eine Gegenleistung zu verlangen, obwohl dies nach den Umständen möglich und üblich wäre, liegt eine gläubigerbenachteiligende Handlung des Schuldners vor. Denn die Anfechtungsvorschriften zielen darauf, den ohne die anfechtbare Rechtshandlung bestehenden Haftungsverband des schuldnerischen Vermögens wieder herzustellen. Dazu gehört auch der durch die Rechtshandlung des Schuldners herbeigeführte Erfolg benachteiligender Wirkungen, indem der Schuldner einen Vermögensgegenstand einem Dritten zur Verfügung stellt, dem im Geschäftsverkehr üblicherweise ein Wert zukommt und der deshalb in der Regel nur gegen ein Entgelt übertragen wird. In diesen Fällen liegt im Verzicht auf ein üblicherweise zu erwartendes Entgelt keine nach § 129 Abs. 2 InsO anfechtbare Unterlassung. Vielmehr stellt die Weggabe des Vermögensgegenstandes eine nach § 129 Abs. 1 InsO anfechtbare Rechtshandlung dar, deren gläubigerbenachteiligende Wirkungen auch im Verlust der zu erwartenden Gegenleistung liegen können.

- 19 Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof eine Gläubigerbenachteiligung bejaht, wenn der Schuldner einem Dritten ein langfristiges Darlehen zu einem geringeren als dem marktüblichen Zinssatz gewährt, weil den Gläubigern dadurch für die Laufzeit des Darlehens der übliche Zins entgeht (BGH, Urteil

vom 21. April 1988 - IX ZR 71/87, ZIP 1988, 725 unter II.1.). Ebenso kann es zu einer Gläubigerbenachteiligung führen, wenn der Schuldner die Arbeitskraft seiner Arbeitnehmer zugunsten Dritter einsetzt. Werden sie für einen vertraglichen Erfüllungsanspruch tätig, stellt die dadurch herbeigeführte Werthaltigmachung einer an den Anfechtungsgegner abgetretenen Forderung eine gläubigerbenachteiligende Verminderung der späteren Masse dar, weil aus ihr tatsächlich die Vermögenswerte der Dienste der Arbeitnehmer entnommen wurden (BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 - IX ZR 144/05, ZIP 2008, 1435 Rn. 30). Überlässt der Schuldner seine Arbeitnehmer einem Dritten, ohne das für die Nutzung erzielbare Entgelt zu verlangen, ist dies gleichfalls gläubigerbenachteiligend, weil der Schuldner damit die Haftungsmasse vermindert, aus der die Gläubigergesamtheit befriedigt werden soll (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - IX ZR 336/01, ZIP 2004, 671, 672 unter II.2.b.). In vergleichbarer Weise hat der Bundesgerichtshof schließlich im früheren Eigenkapitalersatzrecht das Stehenlassen eines Gesellschafterdarlehens als gläubigerbenachteiligend angesehen. Hier verlor der Gesellschafter als Gläubiger die Durchsetzbarkeit seiner bestehenden Forderungen und damit ihren wirtschaftlichen Wert. Er unterließ nicht lediglich einen Erwerb oder eine Vermehrung seines Vermögens, sein Vermögen wurde vielmehr gemindert (BGH, Urteil vom 2. April 2009 - IX ZR 236/07, WM 2009, 1042 Rn. 15).

20 b) Eine Gläubigerbenachteiligung setzt weiter voraus, dass der Schuldnerin eine wirtschaftliche Nutzung der Gebäude zum Vorteil der Gläubiger rechtlich und tatsächlich möglich war. Insoweit fehlt es bislang an ausreichenden Feststellungen.

21 aa) Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung kann nach den bisherigen Feststellungen nicht darauf gestützt werden, dass der Masse der mit einer ent-

geltlichen Nutzungsüberlassung an Dritte verbundene Vermögensvorteil entgangen ist. Ist eine Vermietung - wie der Beklagte behauptet - nur mit behördlicher Genehmigung zulässig, kann die Gebrauchsübertragung und -überlassung zur unentgeltlichen Nutzung nur dann gläubigerbenachteiligend sein, wenn der Schuldner eine entsprechende Genehmigung für eine Vermietung erlangen kann. Auch ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt steht der Gläubigerbenachteiligung entgegen, weil eine entsprechende Nutzung zugunsten der Masse ohne Erlaubnis aus Rechtsgründen nicht möglich ist. In diesen Fällen kann eine Gläubigerbenachteiligung nicht schon dann bejaht werden, wenn nicht auszuschließen ist, dass die zuständige Behörde eine Vermietung erlauben würde. Vielmehr muss der anfechtende Insolvenzverwalter darlegen und beweisen, dass die zuständige Behörde eine Vermietung an Dritte tatsächlich erlaubt hätte oder hätte erlauben müssen, weil die Anfechtung nach § 129 InsO nur möglich ist, wenn die Gläubigerbenachteiligung feststeht.

22 Im Streitfall fehlt es an ausreichenden Feststellungen. Gemäß § 21 Abs. 7 KHG NRW sind Vermietungen von geförderten Räumen und deren Ausstattungen mit Erlaubnis der zuständigen Behörde zulässig, soweit der Krankenhausbetrieb nicht beeinträchtigt wird. Die Mieteinnahmen sind danach grundsätzlich den pauschalen Fördermitteln zuzuführen. Mangels Feststellungen des Berufungsgerichts ist davon auszugehen, dass es sich bei den dem Beklagten zur Nutzung überlassenen Gebäuden um geförderte Räume im Sinne des § 21 Abs. 7 KHG NRW handelte. Unstreitig lag keine Erlaubnis zur Vermietung vor. Der Beklagte hat behauptet, dass die zuständige Behörde keine Erlaubnis nach § 21 Abs. 7 KHG NRW erteilt hätte. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, unter welchen Voraussetzungen die zuständige Behörde tatsächlich eine Vermietung von geförderten Räumen erlaubt, ob eine solche Erlaubnis nur unter Auflagen erteilt wird oder ob ein Rechtsanspruch auf

eine solche Erlaubnis bestünde. Soweit das Berufungsgericht gemeint hat, es sei nicht auszuschließen, dass die zuständige Behörde eine entsprechende Erlaubnis etwa im Rahmen einer Zwangsverwaltung erteilt hätte, erscheint die Erteilung einer solchen Erlaubnis nur als möglich. Dies genügt nicht, um eine Gläubigerbenachteiligung hinsichtlich des Wertes der Nutzungsmöglichkeit annehmen zu können.

23 bb) Die Frage der Erlaubniserteilung kann nicht aus anderen Gründen dahinstehen. Überlässt der Schuldner einem Dritten einen Vermögensgegenstand zur Nutzung, kann allerdings eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung auch dann eintreten, wenn für diese Nutzungsüberlassung kein Entgelt verlangt werden kann, sofern der Schuldner die Möglichkeit verloren hat, die Gebäude selbst für eigene Zwecke zu nutzen, und die Gläubiger hierdurch schlechter stehen. Im Streitfall wäre die Schuldnerin ohne Überlassung der Gebäude an den Beklagten unmittelbare Besitzerin der Gebäude geblieben. Die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen bestehen darin, dass der Schuldnerin die Eigennutzung der Gebäude aufgrund des Nutzungsvertrags nicht mehr möglich war. Die Aktiva der Schuldnerin sind daher um diese Eigennutzung und die aus ihr folgenden Vorteile gemindert worden.

24 Erforderlich ist jedoch, dass die Gläubiger durch die entgangene Eigennutzung tatsächlich schlechter stehen. Dies setzt voraus, dass der Schuldner aus der Eigennutzung der Sache wirtschaftliche Vorteile gezogen hätte; die abstrakte Möglichkeit einer Eigennutzung genügt nicht. Eine Gläubigerbenachteiligung allein aus dem Gesichtspunkt der verlorenen Eigennutzung scheidet bei der Überlassung von Grundstücken daher aus, wenn der Schuldner selbst die Sache - aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen - nicht hätte nutzen können, mithin die Nutzungsmöglichkeit für den Schuldner ohne wirtschaftlichen

Wert gewesen wäre. Damit kommt eine Gläubigerbenachteiligung durch den Verlust einer Eigennutzung in Betracht, wenn der Schuldner geschäftlich tätig ist, die Sache in seinem Geschäftsbetrieb tatsächlich hätte nutzen können und die Gläubiger hierdurch wirtschaftlich besser gestanden hätten. Hierzu fehlen Feststellungen. Offen ist, ob die Schuldnerin die Klinikgebäude in diesem Sinne - etwa zu einer Erweiterung ihres Klinikbetriebes oder anstelle anderer, von ihr bislang angemieteter Gebäude - selbst hätte nutzen können.

25 3. Auch die weitere Annahme des Berufungsgerichts, die Nutzungsüberlassung stelle eine unentgeltliche Leistung der Schuldnerin dar, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Nach den bisherigen Feststellungen sind die Tatbestandsvoraussetzungen einer Schenkungsanfechtung gemäß § 134 InsO nicht erfüllt.

26 a) Unentgeltlich ist im Zwei-Personen-Verhältnis eine Leistung, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll (BGH, Urteil vom 20. April 2017 - IX ZR 252/16, WM 2017, 1215 Rn. 10 mwN, zVb in BGHZ). Wird eine dritte Person in den Zuwendungsvorgang einbezogen, kommt es für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit der Leistung nicht entscheidend darauf an, ob der Schuldner selbst einen Ausgleich erhalten hat. Zu fragen ist vielmehr, ob der Empfänger seinerseits eine Gegenleistung zu erbringen hat (BGH, Urteil vom 4. Februar 2016 - IX ZR 42/14, NZI 2016, 307 Rn. 9 mwN). Von diesen Grundsätzen geht das Berufungsgericht zutreffend aus.

27 b) Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht jedoch an, dass im Streitfall die Grundsätze über die Einbeziehung einer dritten Person in den Zuwen-

dungsvorgang anwendbar sind. Diese Grundsätze betreffen in erster Linie Fälle, in denen der Leistende die gegen einen Dritten gerichtete Forderung des Zuwendungsempfängers bezahlt (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 2013 - IX ZR 90/10, WM 2013, 1079 Rn. 6; vom 17. Oktober 2013 - IX ZR 10/13, ZIP 2013, 2208 Rn. 6; vom 4. Februar 2016, aaO). Es geht mithin um eine Leistung auf fremde Schuld. Typischerweise handelt es sich um Anweisungsfälle.

28 Diese Grundsätze gelten lediglich in Fällen einer freiwilligen Dritteistung, hingegen nicht auch, wenn den Leistenden gegenüber dem Zahlungsempfänger eine eigene Verbindlichkeit trifft (BGH, Urteil vom 19. Januar 2012 - IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221 Rn. 35). Für die Abgrenzung, ob die Grundsätze über das Zwei-Personen-Verhältnis anwendbar sind, kommt es darauf an, ob zwischen Insolvenzschuldner und Empfänger eine schuldrechtliche Leistungsbeziehung besteht oder nicht. Entscheidend ist, ob der Empfänger einen eigenen Anspruch gegen den leistenden Insolvenzschuldner hat. Der Schuldner erfüllt sodann mit der Zuwendung eine eigene, ihn selbst gegenüber dem Empfänger treffende Leistungspflicht.

29 Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Die Schuldnerin hat mit dem Beklagten einen - wirksamen - Nutzungsvertrag geschlossen, der sie dazu verpflichtete, dem Beklagten die Nutzung der Gebäude zu überlassen. Hierzu hat die Schuldnerin ihre Leistung an den Beklagten erbracht. Es handelt sich mithin nicht um eine Leistung auf fremde Schuld, sondern eine Leistung auf eigene Schuld.

30 c) Auf dieser Grundlage hält die Annahme des Berufungsgerichts, es liege bereits deshalb eine unentgeltliche Leistung der Schuldnerin vor, weil der Beklagte kein eigenes Vermögensopfer erbracht habe, rechtlicher Überprüfung

nicht stand. Ob die Nutzungsüberlassung gegenüber dem Beklagten als unentgeltliche Leistung anfechtbar ist, hängt vielmehr davon ab, ob der Schuldnerin ein ausgleichender Wert zufließen sollte.

31 aa) § 134 Abs. 1 InsO beruht auf der gesetzgeberischen Wertung, dass ein in Vermögensverfall geratener Schuldner sich nicht auf Kosten seiner Gläubiger freigiebig zeigen dürfe (BGH, Urteil vom 13. März 2008 - IX ZR 117/07, ZIP 2008, 975 Rn. 10; vom 20. April 2017, aaO). Entscheidender Gesichtspunkt ist, dass der Schuldner, statt seine Gläubiger zu befriedigen, diesen durch die unentgeltliche Leistung kompensationslos Mittel entzogen hat, die andernfalls im Zeitpunkt der Insolvenz zu ihrer Befriedigung zur Verfügung gestanden hätten (vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 141). In diesem Sinne handelt ein Schuldner dann freigiebig, wenn er Vermögenswerte auf einen anderen überträgt, ohne dass seinem Vermögen hierfür ein den Vermögensverlust ausgleichender Wert zufließt oder vereinbarungsgemäß zufließen soll.

32 Die Beurteilung, ob freigiebige Leistungen des Schuldners vorliegen, richtet sich entsprechend der Zielrichtung des § 134 Abs. 1 InsO im Zwei-Personen-Verhältnis danach, inwieweit der leistende Schuldner eine dem von ihm aufgegebenen Vermögenswert entsprechende Gegenleistung erhalten soll oder nicht. Entscheidend hierfür ist regelmäßig, ob den Empfänger seinerseits eine Leistungsverpflichtung trifft und insoweit ein die Leistung des Schuldners ausgleichender Vermögenswert vorliegt. Auch ohne eine vertragliche Vereinbarung einer Gegenleistung fehlt es an einer für die Unentgeltlichkeit erforderlichen kompensationslosen Minderung des schuldnerischen Vermögens, wenn der Empfänger die Leistung des Schuldners auf andere Art und Weise auszu-

gleichen hat (BGH, Urteil vom 20. April 2017 - IX ZR 252/16, WM 2017, 1215 Rn. 11 f).

33 bb) Ein solcher Ausgleich des vom Schuldner durch die Zuwendung aufgegebenen Vermögenswertes kann aus dem Vermögen eines Dritten erfolgen. Eine unentgeltliche Leistung scheidet im Zwei-Personen-Verhältnis auch dann aus, wenn nicht der Empfänger, sondern ein Dritter die ausgleichende Gegenleistung erbringt, sofern zwischen der Leistung des Schuldners und der ausgleichenden Gegenleistung des Dritten ein ausreichender rechtlicher Zusammenhang besteht.

34 (1) Die Unentgeltlichkeit entfällt in den Fällen, in denen der Zuwendungsempfänger einen eigenen Anspruch gegen den Insolvenzschuldner auf Erfüllung hat, soweit der Empfänger selbst eine ausgleichende Gegenleistung erbringt (BGH, Urteil vom 26. April 2012 - IX ZR 146/11, ZIP 2012, 1183 Rn. 39; vom 20. Dezember 2012 - IX ZR 21/12, ZIP 2013, 223 Rn. 25 mwN; vgl. auch Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, 14. Aufl., § 134 Rn. 77). Es genügt, wenn der Leistungsempfänger vereinbarungsgemäß eine ausgleichende Leistung an einen Dritten erbringt (BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012, aaO mwN). Angesichts der tragenden Wertung des § 134 Abs. 1 InsO, die Verminderung des schuldnerischen Vermögens durch freigiebige Zuwendungen rückgängig zu machen, kann jedoch auch eine von einem Dritten zu erbringende ausgleichende Gegenleistung der Unentgeltlichkeit entgegenstehen.

35 Sind die Grundsätze über ein Zwei-Personen-Verhältnis anzuwenden, kommt es nicht darauf an, wer den dem Schuldner zufließenden Vermögenswert aufzubringen hat. Entscheidend ist vielmehr, dass dem verfügenden Schuldner im Hinblick auf die ihn treffende Leistungspflicht ein entsprechender

Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll. So ist etwa bei einem Vertrag zugunsten Dritter die Unentgeltlichkeit der Leistung des Versprechenden an den begünstigten Dritten im Falle der Insolvenz des Versprechenden danach zu beurteilen, ob der Versprechensempfänger eine ausgleichende Gegenleistung erbrachte. Ebenso handelt es sich bei der Auszahlung einer Lebensversicherung an den begünstigten Bezugsberechtigten in der Insolvenz des Versicherers um keine unentgeltliche Leistung des Versicherers, sofern der Versicherungsnehmer eine ausgleichende Gegenleistung an den Versicherer zu erbringen hatte.

36 (2) Soweit der Bundesgerichtshof entschieden hat, dass für die Frage der Entgeltlichkeit nur das Rechtsverhältnis zwischen dem verfügenden Schuldner und dem Zuwendungsempfänger entscheidend ist (BGH, Urteil vom 3. März 2005 - IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 282; vom 30. März 2006 - IX ZR 84/05, WM 2006, 1156 Rn. 14; vom 17. Oktober 2013 - IX ZR 10/13, ZIP 2013, 2208 Rn. 9; ebenso BGH, Urteil vom 4. März 1999 - IX ZR 63/98, BGHZ 141, 96, 100 unter II.2. zu § 32 Nr. 1 KO), betraf dies Fälle, in denen dem Empfänger kein eigener Leistungsanspruch gegen den Schuldner zustand. Dabei hat der Senat maßgeblich darauf abgestellt, dass im Verhältnis zwischen Schuldner und Empfänger gerade keine Verpflichtung des Schuldners zur Leistung bestand (BGH, Urteil vom 17. Oktober 2013, aaO). Für die Fälle, in denen dem Zuwendungsempfänger - wie im Streitfall - ein eigener Anspruch auf Leistung gegenüber dem Schuldner zusteht, ist jedoch entscheidend, ob dem Schuldner ein ausgleichender Vermögenswert zufließt oder zufließen soll. Dies rechtfertigt es, bei der Prüfung, ob eine unentgeltliche Leistung des Schuldners vorliegt, auch Zuwendungen Dritter - einen ausreichenden rechtlichen Zusammenhang vorausgesetzt - als ausgleichende Gegenleistungen zu berücksichtigen.

- 37 (3) Allerdings ist eine vom Schuldner bewirkte Leistung, für die der Empfänger nichts hat aufwenden müssen, nicht schon deshalb ohne weiteres als entgeltlich anzusehen, weil der Schuldner etwas von einem Dritten erhalten hat (BGH, Urteil vom 4. März 1999 - IX ZR 63/98, BGHZ 141, 96, 100 unter II.2.). Soll im Zwei-Personen-Verhältnis die von einem Dritten an den Schuldner zu erbringende Leistung der Unentgeltlichkeit entgegenstehen, muss es sich um eine Leistung handeln, die dem Schuldner gerade für die von ihm erbrachte Leistung zugeflossen oder versprochen ist. Insoweit ist eine rechtliche Zuordnung und eine entsprechende rechtliche Verknüpfung erforderlich (vgl. Heim, Schenkungsanfechtung bei Auszahlungen im verdeckten Schneeballsystem, 2011, S. 113).
- 38 Unentgeltlichkeit im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO setzt nicht voraus, dass eine Schenkung vorliegt; ebensowenig ist eine besondere Einigung über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung erforderlich (BGH, Urteil vom 3. März 2005 - IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 280 f; Beschluss vom 21. Dezember 2010 - IX ZR 199/10, ZIP 2011, 484 Rn. 10). Unentgeltlichkeit scheidet jedoch aus, wenn dem Verfügenden ein entsprechender Gegenwert vereinbarungsgemäß zufließen soll. Es muss sich dabei nicht um eine Gegenleistung im Sinne der §§ 320 ff BGB handeln (BGH, Urteil vom 5. Juni 2008 - IX ZR 17/07, ZIP 2008, 1291 Rn. 13; vom 26. April 2012 - IX ZR 146/11, ZIP 2012, 1183 Rn. 39). Es genügen insbesondere konditionale oder kausale Verknüpfungen (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2016 - IX ZR 257/15, WM 2017, 103 Rn. 42; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 134 Rn. 37; Uhlenbruck/Ede/Hirte, InsO, 14. Aufl., § 134 Rn. 19). Eine konditionale Verknüpfung liegt regelmäßig vor, wenn entweder die Leistungsverpflichtung des Schuldners von einem Bewirken einer entsprechenden Gegenleistung oder die dem Schuldner versprochene Gegenleistung von einem Bewirken der Leistung des Schuldners abhängt (vgl. Heim,

aaO S. 121 f). Eine rechtlich kausale Verknüpfung erfordert, dass eine rechtsgeschäftliche Zweckvereinbarung oder Geschäftsgrundlage zwischen der Zuwendung des Schuldners und der Gegenleistung besteht (vgl. Heim, aaO S. 123 f). Dies gilt im Zwei-Personen-Verhältnis auch für die von einem Dritten zu erbringenden Gegenleistungen.

39 Für die Annahme der Entgeltlichkeit ist die Verknüpfung durch eine zumindest konkludente Parteiabrede erforderlich (Uhlenbruck/Ede/Hirte, aaO, § 134 Rn. 19). Die bloße Hoffnung des Schuldners auf eine Gegenleistung genügt nicht (Bork in Kübler/Prütting/Bork, aaO Rn. 38 mwN; Uhlenbruck/Ede/Hirte, aaO Rn. 21); ebensowenig genügt die bloße Erwartung des zuwendenden Dritten, der Schuldner werde im Hinblick auf die Zuwendung seinerseits eine Leistung erbringen. Hingegen kommt es auf das der Gegenleistung zugrunde liegende rechtliche Konstrukt nicht an (vgl. BGH, Urteil vom 9. November 2006 - IX ZR 285/03, ZIP 2006, 2391 Rn. 15 ff zum Abschluss eines Vergleichsvertrags; vom 5. Juni 2008, aaO Rn. 13, 15 zur Bewährungsauflage; vom 26. April 2012, aaO Rn. 39 ff zur Vertragsübernahme; Uhlenbruck/Ede/Hirte, aaO). Demgemäß können auch öffentlich-rechtliche Abreden genügen. Entsprechendes gilt für ein öffentlich-rechtliches Zuwendungsverhältnis.

40 cc) Nach den Behauptungen des Beklagten beruhte die Vereinbarung zu einer unentgeltlichen Nutzungsüberlassung darauf, dass die Schuldnerin als ausgleichende Gegenleistung aufgrund des Bescheids vom 10. November 2004 Fördergelder des Landes Nordrhein-Westfalen erhielt. Sofern insoweit eine ausreichende rechtsgeschäftliche oder öffentlich-rechtliche Verknüpfung zwischen den Fördergeldern und der Nutzungsüberlassung an den Beklagten bestand, kann dies dazu führen, dass die Nutzungsüberlassung als entgeltlich anzusehen ist. Hierzu fehlen Feststellungen.

III.

41

Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht hat - aus seiner Sicht konsequent - nicht geklärt, ob die der Schuldnerin zugeflossenen Fördermittel (auch) eine ausgleichende Gegenleistung für die Nutzungsüberlassung an den Beklagten darstellen. Sollte das Berufungsgericht die Voraussetzungen einer unentgeltlichen Leistung bejahen, wird das Berufungsgericht zudem zu klären haben, ob eine Vermietung der Gebäude rechtlich möglich war oder die Schuldnerin zu einer wirtschaftlich vorteilhafteren eigenen Nutzung der Gebäude in der Lage war.

Grupp

Gehrlein

Lohmann

Schoppmeyer

Meyberg

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 25.04.2016 - 17 O 69/15 -

OLG Köln, Entscheidung vom 23.11.2016 - 2 U 48/16 -