

## Anfechtbarkeit der teilunentgeltlichen Immobilienübertragung unter Verwandten

InsO §§ 129, 133, 134, 143

1. Veräußert der Schuldner einen Vermögensgegenstand, dessen objektiver Wert denjenigen der vereinbarten Gegenleistung erheblich übersteigt, scheidet eine Anfechtung wegen einer teilweise unentgeltlichen Leistung aus, wenn beide Teile nach den objektiven Umständen der Vertragsanbahnung, der Vorüberlegungen der Parteien und des Vertragsschlusses selbst von einem Austauschgeschäft ausgehen und zudem von der Gleichwertigkeit der ausgetauschten Leistungen überzeugt sind (Ergänzung zu BGH, NZI 2017, 68).

2. Berufet sich der Anfechtungsgegner einer Schenkungsanfechtung darauf, die Vertragsparteien seien von einem gleichwertigen Leistungsaustausch ausgegangen, muss der Insolvenzverwalter beweisen, dass die Fehlvorstellung keine Grundlage in den objektiven Umständen des Vertragsschlusses hatte. Nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast muss jedoch der Anfechtungsgegner solche Umstände substantiiert darlegen.

BGH, Urteil vom 22.10.2020 – IX ZR 208/18

**Zum Sachverhalt:** Der im Jahr 1951 geborene Schuldner war Eigentümer eines mit einem Einfamilienhaus bebauten Grundstücks, das zugunsten der D-Bank AG (künftig: Bank) mit einer Grundschuld über 225.000 Euro belastet war. Am 29.8.2011 wurde das Grundstück durch einen Sachverständigen begutachtet, welcher einen „überschlägigen Verkehrswert“ von 395.000 Euro ermittelte. Mit notariellem Vertrag vom 30.8.2011 verkaufte der Schuldner seinem Sohn, dem im Jahr 1988 geborenen Bekl., dieses Grundstück für 395.000 Euro. In Höhe von 214.152, 50 Euro sollte der Bekl. den Kaufpreis durch Übernahme des durch den Grundbesitz abgesicherten Darlehens erbringen. Der restliche Kaufpreis iHv 180.847, 50 Euro sollte durch die Bestellung eines lebenslangen dinglichen Wohnrechts zugunsten des Schuldners erbracht werden. Im notariellen Kaufvertrag erklärten die Vertragsparteien die Auflassung, beantragten die Eintragung dieser Rechtsänderung im Grundbuch und wiesen den Notar an, die Eintragung des Eigentumswechsels sofort zu beantragen. Gleichzeitig bewilligte und beantragte der Bekl., an dem Kaufgegenstand für den Verkäufer ein lebenslanges Wohnrecht einzutragen, wobei die Ausübung des Wohnrechts Dritten nicht überlassen werden durfte. Dementsprechend wurde der Bekl. im Grundbuch als Eigentümer und zugunsten des Schuldners ein dingliches Wohnrecht eingetragen. Die Bank lehnte die Entlassung des Schuldners aus der Haftung ab. Von Juli 2012 bis spätestens Oktober 2015 hatte der Bekl. das Haus vermietet. Jedenfalls ab Juli 2012 überwies der Bekl. bis zum Dezember 2013 an den Schuldner monatlich Geldbeträge in Höhe der anfallenden Kreditraten, wovon dieser jene begleichen sollte. Von Januar 2014 bis April 2016 zog die Bank die Kreditraten monatlich vom Konto des Bekl. per Lastschrift ein.

Auf einen Eigenantrag wurde am 18.12.2014 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eröffnet und der Kl. zum Insolvenzverwalter bestellt. Mit Schreiben vom 23.10.2015 erklärte der Kl. gegenüber dem Bekl. die Anfechtung der Grundstücksveräußerung (§ 134 InsO) mit der Begründung, das Grundstück sei weit unter Wert verkauft worden. Seit November 2015 bewohnt der Schuldner das streitgegenständliche Anwesen.

Das LG Hannover hat die Klage auf Übertragung des Grundstücks abgewiesen. Die Berufung des Kl., mit der er zudem die Anfechtung gem. § 133 InsO erklärt hat, hatte keinen Erfolg (OLG Celle Ur. v. 28.6.2018 – 16 U 36/18, beckRS 2018, 54412). Seine hiergegen gerichtete Revision hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:** [5] Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils (§ 562 I ZPO) und zur Zurückverweisung der Sache an das BerGer. (§ 563 I 1 ZPO), weil die Sache nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO).

[6] I. Das BerGer. hat gemeint, dem Kl. stehe ein Rückgewähranspruch gem. §§ 143, 134 InsO nicht zu, weil es sich beim Kaufver-

trag um keine (teil-)unentgeltliche Leistung handele, auch wenn die klägerische Behauptung, das streitgegenständliche Grundstück habe beim Abschluss des Kaufvertrags einen Wert von wenigstens 600.000 Euro gehabt, als wahr unterstellt werde. Eine Anfechtung wegen einer unentgeltlichen Leistung scheide aus, weil beide Teile nach den objektiven Umständen von einem Austausch-Marktgeschäft ausgegangen und in gutem Glauben von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung überzeugt gewesen seien. Denn die Vertragsparteien hätten vor Vertragsschluss ein Wertgutachten eingeholt. Dass der Sachverständige womöglich den Verkehrswert des Grundstücks fehlerhaft ermittelt habe, hätten sie nicht erkennen können. Das Gutachten sei nachvollziehbar begründet und in sich widerspruchsfrei gewesen. Dafür, dass der Schuldner mit dem Bekl. einen unangemessen niedrigen Verkaufspreis habe vereinbaren wollen, gebe es keine Anhaltspunkte. Eine teilweise Unentgeltlichkeit liege auch nicht deshalb vor, weil die Bank den Schuldner zunächst nicht aus der Schuld entlassen habe. Die vom Schuldner erbrachte Zuwendung könne nicht schon deshalb als unentgeltlich angefochten werden, weil die Gegenleistung ausgeblieben sei. Zudem sei im Kaufvertrag vereinbart gewesen, dass der Bekl. den Schuldner zumindest im Innenverhältnis freizustellen habe. Dies habe der Bekl. spätestens ab Juli 2012 gemacht. Dass der Schuldner sein Wohnrecht jedenfalls bis November 2015 nicht ausgeübt habe, sei ebenfalls irrelevant, weil allein durch die Einräumung des Wohnrechts der dem Bekl. zugefallene Vorteil um 180.847,50 Euro gemindert gewesen sei. Ergänzend hat das BerGer. ausgeführt, dass es sich bei dem Wertgutachten um ein Gefälligkeitsgutachten gehandelt habe, sei eine reine Behauptung des Kl., für die es keine tragfähigen Hinweise gebe. Soweit die Berufung als weiteres Indiz für die bewusste Herabsetzung des Verkehrswerts nunmehr die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im August 2011 behaupte, stehe diesem Vortrag § 531 II ZPO entgegen. Sei der Kl. aber mit diesem neuen Vortrag ausgeschlossen, könne er seine Anfechtung auch nicht auf § 133 InsO stützen.

[7] II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der Begründung des BerGer. lassen sich die Voraussetzungen einer Anfechtung wegen unentgeltlicher Leistung nicht verneinen.

[8] 1. Nach § 134 I InsO ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners anfechtbar, die innerhalb von vier Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden ist. Als Leistung iSd § 134 I InsO ist jede Rechtshandlung zu verstehen, die dazu dient, einen zugriffsfähigen Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners zu entfernen (*BGH NZI 2017, 68 Rn. 11*). Die Veräußerung des streitgegenständlichen Grundstücks an den Bekl. ist wegen der damit verbundenen Vermögensminderung als Leistung einzustufen. Für die Frage der Unentgeltlichkeit ist auf den Zeitpunkt des Rechtserwerbs des Anfechtungsgegners in Folge der Leistung des Schuldners abzustellen, also auf den gem. § 140 InsO zu bestimmenden Zeitpunkt, zu dem die rechtlichen Wirkungen der Rechtshandlung eintreten (*BGH NZI 2018, 746 Rn. 9*).

[9] a) In einem Zwei-Personen-Verhältnis – wie vorliegend – ist eine Leistung als unentgeltlich anzusehen, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll (*BGH NZI 2017, 68 Rn. 20; NZI 2018, 800 Rn. 32; BGHZ 222, 283 = NJW 2019, 2923 Rn. 83*). Entgeltlich ist dagegen eine Verfügung, wenn der Schuldner für seine Leistung etwas erhalten hat, was objektiv ein Ausgleich für seine Leistung war oder jedenfalls subjektiv nach dem Willen der Bet. sein sollte (*BGH NZI 2018, 746 Rn. 8*).

[10] Für die Bewertung ist in erster Linie die objektive Wertrelation zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Empfängers ausschlaggebend. Anderenfalls könnten die Bet. allein dadurch, dass sie einer für den Schuldner objektiv wertlosen Leistung in ihren rechtsgeschäftlichen Erklärungen einen subjektiven Wert beimessen, den Zweck des Gesetzes vereiteln (*BGH NJW-RR 2017,*

427 Rn. 21). Bei einem Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung ist § 134 I InsO nicht anwendbar, wenn beide Teile nach den objektiven Umständen der Vertragsanbahnung, der Vorüberlegungen der Parteien und des Vertragsschlusses selbst von einem Austauschgeschäft ausgehen und zudem in gutem Glauben von der Werthaltigkeit der dem Schuldner gewährten Gegenleistung überzeugt sind, die sich erst aufgrund einer nachträglichen Prüfung als wertlos erweist (BGH NJW-RR 2017, 427 Rn. 22). In gleicher Weise ist eine Fehlvorstellung der Bet. über den Wert der vom Schuldner zu erbringenden Leistung nur dann erheblich, wenn sie ihre Grundlage in den objektiven Umständen des Vertragsschlusses findet.

[11] b) Den Insolvenzverwalter trifft die Darlegungs- und Beweislast für die Unentgeltlichkeit der Leistung des Schuldners (BGH NZI 2017, 393 Rn. 8; vgl. auch zu § 32 Nr. 2 KO BGH NJW 1999, 1033). Beruft sich der Anfechtungsgegner darauf, beide Teile seien von einem gleichwertigen Leistungsaustausch ausgegangen, reicht es nicht aus, dass der Insolvenzverwalter ein Missverhältnis des objektiven Werts von Leistung und Gegenleistung darlegt und beweist. Vielmehr muss er dartun und beweisen, dass keine objektiven Umstände vorgelegen haben, die eine solche Annahme der Vertragsparteien erlaubten (vgl. BeckOK InsO/Raupach, 2020, § 134 Rn. 18.1; Ganter WuB 2017, 161 [163]; wohl auch Pape ZInsO 2018, 745 [752]; aA Bork EWiR 2016, 765 [766]). Bei dem behaupteten Fehlen objektiver Umstände handelt es sich um negative Tatsachen; dem Insolvenzverwalter kommen daher Erleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zu Gute (vgl. Kunz DB 2017, 232 [233]). Er muss, um seiner Darlegungs- und Beweislast zu genügen, nicht alle theoretisch denkbaren Umstände ausräumen, welche einen guten Glauben an die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung begründen könnten; es reicht vielmehr aus, die von dem Anfechtungsgegner substantiiert dargelegten Umstände auszuräumen. Gelingt dies, ist der Beweis der negativen Tatsache erbracht (vgl. BGH NJW 2016, 3430 Rn. 6; BGH NZBau 2020, 712 Rn. 10).

[12] 2. Nach diesen Maßstäben durfte das BerGer. nicht davon ausgehen, dass der Schuldner und der Bekl. nach den objektiven Umständen der Vertragsanbahnung, der Vorüberlegungen der Vertragsparteien und des Vertragsschlusses selbst von einem Austauschgeschäft ausgegangen sind und zudem in gutem Glauben von der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung überzeugt waren.

[13] a) Das BerGer. ist der zwischen den Parteien streitigen Frage, welchen Wert das Grundstück zum maßgeblichen Zeitpunkt hatte, weil nach seiner Ansicht unerheblich, nicht nachgegangen. Revisionsrechtlich ist deswegen vom Vortrag des Kl. auszugehen, dass der Wert des Grundstücks mindestens 600.000 Euro betrug. Von diesem Wert ist der Wert des dem Schuldner eingeräumten lebenslangen dinglichen Wohnrechts abzuziehen, sei es, wie das BerGer. angenommen hat, weil sich der dem Bekl. durch die Grundstücksübertragung zufallende Vorteil in Folge des lebenslangen Wohnrechts verringert (vgl. BGHZ 141, 96 [102] = NZI 1999, 188), sei es, weil in der Bestellung des Wohnrechts durch den Bekl., wie die Vertragsparteien es vereinbart haben, neben der Übernahme der Schulden die vereinbarte Gegenleistung liegt. Den Wert des Wohnrechts hat das BerGer. entsprechend der vertraglichen Vereinbarung mit 180.847, 50 Euro angenommen. Unstreitig stand das durch die Grundschuld abgesicherte Darlehen zum Zeitpunkt des Grundstückkaufvertrags noch iHv 214.152, 50 Euro offen.

Dann aber floss dem Schuldner nach objektivem Maßstab jedenfalls iHv 205.000 Euro kein ausgleichender Gegenwert zu. Auch eine teilweise unentgeltliche Leistung ist gem. § 134 InsO anfechtbar (BGH NZI 2019, 333 Rn. 26).

[14] b) Der Bekl. stützt den Glauben an die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung auf das vor Vertragsschluss eingeholte Gutachten über den Grundstückswert. Demgegenüber hat der Kl. objektive Umstände vorgetragen, welche gegen einen aus dem Gutachten abgeleiteten gemeinsamen Irrtum des Schuldners und des Bekl. sprechen.

[15] aa) Das BerGer. hat nicht hinreichend berücksichtigt, dass es sich um ein Geschäft unter Verwandten handelte. Bei Austausch-Marktgeschäften ist davon auszugehen, dass jeder Vertragsteil zum Schutz gegen eine Übervorteilung seine eigenen Interessen bei der Bewertung von Leistung und Gegenleistung hinreichend wahrnimmt (BGH NZI 2017, 68 Rn. 23; *Gehrlein* DB 2017, 472 [476]). Dies kann bei Verträgen zwischen nahestehenden Personen, insbesondere Verwandten, aufgrund des häufig fehlenden Interessengegensatzes nicht ohne Weiteres angenommen werden. Solche Verträge sind oft durch persönliche Verhältnisse beeinflusst, weil wegen der verwandtschaftlichen Beziehungen ein anderer Preis als unter Fremden vereinbart werden kann (*Rössler/Troll/Halaczinsky*, BewG, 2019, § 9 Rn. 14). Gerade bei Verträgen zwischen nahestehenden Personen besteht zudem die Gefahr, dass sie bloße Scheingeschäfte darstellen, um Gegenstände vor dem Zugriff der Gläubiger zu schützen (vgl. NJW-RR 1993, 1448 =OLG-Report Düsseldorf 1994, 87 [88]).

[16] bb) Der Kl. hat auf den vom Bekl. nicht bestrittenen Umstand hingewiesen, dass am 28.6.2011, mithin zwei Monate vor dem Kaufvertrag, das zuständige Finanzamt bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, an welcher der Schuldner als Gesellschafter beteiligt war, eine Umsatzsteuersonderprüfung angeordnet hat und noch im Juni 2011 eine Durchsuchung und Beschlagnahme von Geschäftsunterlagen durch die Steuerfahndung stattgefunden haben, sowohl in den Geschäftsräumen der Gesellschaft als auch in den privaten Räumen der Gesellschafter, so auch beim Schuldner. Hiermit hat der Insolvenzverwalter ein mögliches Motiv für diesen dargelegt, das Grundstück durch den Verkauf an den Bekl. und durch die Eintragung eines dinglichen Wohnrechts dem Zugriff der Finanzverwaltung zu entziehen.

[17] cc) Auffallend war die Eile zwischen Gutachtenerstellung und Vertragsschluss. Ausweislich des notariellen Kaufvertrags haben die Vertragsparteien bei der Bestimmung des Kaufpreises das von ihnen eingeholte Gutachten zugrunde gelegt. Der Gutachter soll das Grundstück am 29.8.2011, einen Tag vor der notariellen Beurkundung, begutachtet haben. Das Gutachten selbst trägt hingegen das Datum vom 31.8.2011. Diese zeitliche Diskrepanz lässt sich – ohne erklärende Ausführungen durch den Bekl. – nur dadurch erklären, dass den Vertragsparteien zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung lediglich die mündlichen Angaben des Gutachters zum Verkehrswert vorlagen. Dann aber wurde der Beurkundungstermin in nicht nachvollziehbarer Eile angesetzt, weil die Vertragsparteien nicht das schriftliche Gutachten abwarten wollten. Das Gutachten bezeichnet im Übrigen den ermittelten Verkehrswert als „überschlägig“, das Wohnrecht wird nicht bewertet und die Grundlagen der Beauftragung werden nicht mitgeteilt. Insbesondere hat der Bekl. das Gutachten nur unvollständig – ohne die erste Seite – vorgelegt.

[18] dd) Der Kl. hat behauptet und unter Vorlage des Protokolls der Gläubigerversammlung vom 22.6.2016 und Hinweis auf die dort protokollierten Angaben des Schuldners unter Beweis gestellt, der Bekl. sei zum Zeitpunkt des Kaufvertragsabschlusses Student gewesen und habe keine Einnahmen gehabt. Noch in dem letztlich im Juni 2015 geschlossenen Kreditvertrag wird der Bekl. als „Student“ bezeichnet. Der Bekl. hat nie vorgetragen, welchem Beruf er bei Vertragsschluss nachgegangen ist und welche Einnahmen er hatte.

[19] ee) Es kommt hinzu, dass die inhaltlichen Regelungen des Kaufvertrags Zweifel erwecken, dass der Schuldner ihn mit einem Dritten und ein Dritter ihn mit dem Schuldner geschlossen hätte. Denn einerseits erscheint es fraglich, ob sich ein Dritter auf eine überschlägige mündliche Verkehrswertbestimmung ohne Bewertung des dinglichen Wohnrechts eingelassen hätte. Andererseits ließ sich der Schuldner keine Sicherheiten vom Bekl. dafür geben, dass dieser ihn tatsächlich von den Kreditverbindlichkeiten befreien würde. Er musste also mit der Möglichkeit rechnen, dass der Bekl. die Kreditraten nicht übernehmen und die Bank deswegen aus der erstrangigen Grundschuld in das Grundstück vollstrecken und er sein Wohnrecht verlieren würde.

[20] III. Die Entscheidung ist nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Die Ansicht der Revisionserwiderung, dass der Antrag des Kl. auf Übertragung des Eigentums an dem streitgegenständlichen Grundstück auch dann abzuweisen sei, wenn sich die Veräußerung als teilweise unentgeltlich erweise und keine verschleierte Schenkung vorliege, trifft nicht zu. Als Rechtsfolge einer teilweise unentgeltlichen Leistung ist vorrangig der Wertüberschuss der schuldnerischen Leistung an die Insolvenzmasse zurückzuerstatten. Soweit die Leistung teilbar ist, bleibt die Rechtsfolge der Anfechtung gem. § 134 InsO auf den überschießenden Teil, der als unentgeltlich gilt, beschränkt (vgl. *BGH NJW* 1992, 2421 [2423]; *NJW-RR* 1998, 1057 [1061]). Ist die höherwertige Leistung des Schuldners – wie vorliegend die Eigentumsübertragung an dem Grundstück – unteilbar, richtet sich die Anfechtung auf Rückgewähr der Leistung insgesamt, allerdings Zug um Zug gegen Rückgabe der erbrachten Gegenleistung (*BGHZ* 107, 156 [159] = *NJW* 1989, 2122 zum Schenkungswiderruf nach § 530 BGB; vgl. für § 4 I AnfG *BGH NZI* 2017, 151 Rn. 13 ff.; vgl. auch *Schmidt/Ganter/Weinland*, InsO, 19. Aufl., § 134 Rn. 61; *HmbKomm-InsR/Rogge/Leptien*, 7. Aufl., § 134 Rn. 29; *Bork in Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 2016, § 134 Rn. 53 f.; *MüKoInsO/Kayserl/Freudenberg*, 4. Aufl., § 134 Rn. 42; *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, InsO, 15. Aufl., § 134 Rn. 34 f.).

[21] IV. Für das weitere Verfahren weist der *Senat* auf Folgendes hin:

[22] 1. Das *BerGer.* hat nicht bedacht, dass nach dem klägerischen Vortrag auch eine verschleierte Schenkung vorliegen kann.

[23] a) Der Ausgangspunkt des *BerGer.* trifft allerdings zu. Die von einem Schuldner erbrachte Zuwendung kann nicht schon deshalb als unentgeltlich angefochten werden, weil es zu einer Störung des Austauschverhältnisses gekommen ist und die vereinbarte Gegenleistung nicht erbracht wurde. Denn wenn der Schuldner mit dem Anfechtungsgegner eine angemessene Gegenleistung für die von ihm erbrachte Zuwendung vereinbart hat, kann diese nicht schon deshalb als unentgeltlich angefochten werden, weil die Gegenleistung ausgeblieben ist. Es genügt für die Annahme der Entgeltlichkeit, dass in diesem Fall der Schuldner seine Leistung zurück-

fordern (§§ 323 I, 326 IV und V BGB) oder Schadensersatz statt der Leistung verlangen kann (BGHZ 212, 272 = NZI 2017, 24 Rn. 14; NZI 2018, 746 Rn. 17).

[24] Etwas anderes gilt jedoch, wenn beide Vertragsparteien von vornherein davon ausgehen, dass der Zuwendungsempfänger die vereinbarten Gegenleistungen nicht erbringen soll. Dann sind die rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Bet. nur vorgeschoben und es liegt in Wahrheit eine verschleierte Schenkung vor (Scheingeschäft, § 117 BGB; BAG NJOZ 2016, 544 = ZIP 2014, 2519 Rn. 21; *Ganter* WuB 2017, 161 [163]). Da grundsätzlich von der Ernstlichkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen auszugehen ist, trägt für das Vorliegen eines Scheingeschäfts derjenige die Beweislast, der sich darauf beruft (BGH Beschl. v. 21.4.2010 – IV ZR 172/09, BeckRS 2010, 12496), für das Vorliegen einer verschleierten Schenkung mithin der Insolvenzverwalter. Dabei kann dem nachträglichen Verhalten der Vertragsparteien für die Ermittlung des tatsächlichen Vertragswillens der Bet. Bedeutung zukommen (BGH NJW-RR 1997, 238 = ZIP 1996, 2159 [2161]).

[25] b) Diesen rechtlichen Gesichtspunkt hat das BerGer. verkannt und deswegen den entsprechenden Vortrag des Kl. und seine Beweisangebote unberücksichtigt gelassen. Der Kl. hat Indizien für eine verschleierte Schenkung vorgetragen, welchen der Bekl. teilweise nur unzureichend entgegengetreten ist. Zwar ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der Bekl. von Juli 2012 bis Oktober 2015 für die Kreditraten aufgekommen ist, sei es, dass er sie auf das Konto des Schuldners überwiesen hat, sei es, dass die Bank die Kreditraten von seinem Konto eingezogen hat. In diesem fraglichen Zeitraum nahm der Schuldner jedoch sein dingliches Wohnrecht nicht wahr, so dass der Bekl. das Anwesen vermieten konnte und unbestritten die Mieten einzog, welche zumindest so hoch waren, dass aus ihnen die Kreditraten gezahlt werden konnten. Weiter ist zwischen den Parteien unstreitig, dass der Bekl. ab November 2015 bis zur Umschuldung im April 2016 und danach die Darlehensraten aufgebracht hat; dies aber war zu einem Zeitpunkt, zu dem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners bereits eröffnet war und der Kl. den Kaufvertrag angefochten hatte. Streitig ist zwischen den Parteien, ob der Bekl. die Darlehensraten ab 1.9.2011 bis zum Juni 2012 gezahlt hat; den beidseits angebotenen Beweis über diese Frage hat das BerGer. nicht erhoben. Deswegen ist revisionsrechtlich zu unterstellen, dass der Bekl. die Kreditraten gegenüber der Bank bis zur Insolvenzanfechtung nie aus eigener Kraft aufgebracht und der Schuldner sein Wohnrecht über einen langen Zeitraum bis zur Insolvenzanfechtung nicht ausgeübt hat. Diese Indizien sind bei der Beantwortung der Frage zu berücksichtigen, ob der Schuldner und der Bekl. bei Vertragsschluss überhaupt die Absicht hatten, dass der Bekl. an den Schuldner irgendeine Gegenleistung für die Eigentumsübertragung erbringen sollte.

[26] 2. Das BerGer. wird erforderlichenfalls zusätzlich zu prüfen haben, ob der Rückgewähranspruch nach § 143 I InsO aus § 133 I InsO aF gerechtfertigt ist. Auf den Streitfall findet § 133 InsO in der bis zum 4.4.2017 geltenden Fassung des Gesetzes vom 5.10.1994 (BGBl. 1994 I 2866) Anwendung, weil das Insolvenzverfahren am 18.12.2014 und damit vor dem 5.4.2017 eröffnet wurde (vgl. Art. 103j I EGIInsO). Mit der Begründung des BerGer. lässt sich der erforderliche Gläubigerbenachteiligungsvorsatz nicht verneinen.

[27] a) Das BerGer. hat verkannt, dass die Kenntnis von der (drohenden) Zahlungsunfähigkeit nur ein – wenn auch gewichtiges – Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvor-

satz des Schuldners ist. Im Streitfall hat der Kl. andere Indizien für einen Benachteiligungsvorsatz vorgetragen, welche das BerGer. nicht berücksichtigt hat. Der von § 133 I InsO vorausgesetzte Benachteiligungsvorsatz ist gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung (§ 140 InsO) die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge – sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils – erkannt und gebilligt hat (BGH NZI 2019, 851 Rn. 27). Im Rahmen einer Gesamtwürdigung nach § 286 ZPO sind die maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu prüfen, welche als Erfahrungswerte für und gegen den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners sprechen (BGH NZI 2015, 654 Rn. 20). Indizielle Bedeutung können der Eintritt einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung und das besondere Ausmaß der Beeinträchtigung haben. Auch kommt erhebliche Bedeutung für die Annahme eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes dem Umstand zu, dass eine Grundstücksübertragung im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Erhebung von Untreuevorwürfen von dritter Seite steht. Dieses Beweisanzeichen kann durch das Näheverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Anfechtungsgegner noch verstärkt werden (BGH Urt. v. 16.4.2015 – IX ZR 68/14, BeckRS 2015, 10929 Rn. 20 zu § 3 I AnfG). Gewichtiger Anhaltspunkt kann zudem sein, wenn der Schuldner seinen letzten werthaltigen Vermögensgegenstand auf einen Dritten überträgt (BGH NZI 2014, 811 Rn. 11 zu § 3 I AnfG). All die Indizien, welche vorliegend gegen die Annahme des guten Glaubens von dem Wert des Grundstücks sprechen, können auch Indizien für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners und gegebenenfalls für die Kenntnis des Bekl. von diesem sein. Mit der Belastung des Grundstücks mit einem dinglichen Wohnrecht zugunsten des Schuldners wurde zumindest objektiv ein Verwertungshindernis geschaffen (vgl. *Lüdtkel/Schulz* ZVI 2019, 291; *Klühs* RNotZ 2010, 516; vgl. auch *BGH NZI 2015, 654 Rn. 17*). Dies kann ebenfalls ein Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des Bekl. davon sein.

[28] b) Insoweit ist der Kl. auch nicht präkludiert. Allerdings hat er sich erstinstanzlich nicht auf die Vorsatzanfechtung nach § 133 InsO berufen. Doch schadet ihm dies nicht. Die Klage aus § 133 InsO ist schon dann begründet, wenn der Insolvenzverwalter den seinen Antrag rechtfertigenden Sachverhalt vorgetragen hat und seine Anfechtungsabsicht erkennbar ist (vgl. *BGHZ 142, 284 = NZI 1999, 448 = NJW 1999, 3636 [3637]* unter III 2; *BGH NZI 1999, 448* insoweit in *BGHZ 142, 284* nicht abgedr.; *BGH NZI 2008, 372 Rn. 11*). Die Indizien, aus welchen der Kl. den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und die Kenntnis des Bekl. davon ableitet, wurden entweder bereits erstinstanzlich vorgetragen oder hat der Bekl. nicht bestritten. Der Ausschluss neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im Berufungsrechtszug gilt, auch soweit sie im ersten Rechtszug aus Nachlässigkeit nicht geltend gemacht worden sind, nicht für unstrittige Tatsachen (*BGHZ 177, 212 = NJW 2008, 3434 Rn. 10; BGH NJW 2009, 2532 Rn. 15*).

### Anmerkung von Dr. Marc d'Avoine\*

Der IX. Senat bestätigt seine Rechtsprechung zu § 134 InsO und verdeutlicht die wechselseitigen Darlegungs- und Beweislasten. Zutreffend berücksichtigt er die Schwierigkeiten

\* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht sowie für Handels- und Gesellschaftsrecht und Partner bei *ATN d'Avoine Teubler Neu* Rechtsanwälte in Ratingen/Wuppertal.

des klagenden Insolvenzverwalters, die Motive der Vertragsparteien des anzufechtenden Rechtsgeschäfts zu ermitteln oder gar zu beweisen. Zwar sei in einem Zwei-Personen-Verhältnis – wie vorliegend – eine Leistung als unentgeltlich anzusehen, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben werde, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließt. Auch sei für die Bewertung in erster Linie die „objektive Wertrelation“ zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Empfängers ausschlaggebend. Jedoch bestimme sich die Unentgeltlichkeit eines Rechtsgeschäfts auch nach der Willensrichtung der Beteiligten. Zum einen sei die Willensrichtung dafür maßgeblich, ob der Empfänger für die Leistung des Schuldners überhaupt einen ausgleichenden Gegenwert erbringen soll. Zum anderen seien die Vorstellungen der Vertragsparteien bei der Beurteilung mit zu berücksichtigen, ob eine Gegenleistung den Wert der Leistung des Schuldners erreicht (MüKoInsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 134 Rn. 40a). Hinsichtlich dieser Einschätzung stehe den Beteiligten ein angemessener Bewertungsspielraum zu (BGH NZI 2004, 376). So scheidet Unentgeltlichkeit aus, wenn der Schuldner angenommen habe, zu der Leistung wirksam verpflichtet gewesen zu sein (stRspr.; BGH NZI 2017, 854; BGHZ 71, 61 [66] = NJW 1978, 1326). Der „gute Glaube“ in die Werthaltigkeit der dem Schuldner gewährten Gegenleistung sei somit relevant. Gleiches gelte beim Kauf wertloser Anteile, wenn die Vertragsparteien nach den objektiven Umständen von einem Austausch-Marktgeschäft ausgegangen seien und in gutem Glauben von einer Werthaltigkeit des Kaufgegenstandes überzeugt gewesen seien und damit ein beidseitiger Irrtum vorliegen habe (BGH NZI 2017, 68; NZI 2017, 669).

Gegen die Rechtsansicht des BGH wird vereinzelt vorgebracht, dass das Tatbestandsmerkmal der Unentgeltlichkeit gem. § 134 I InsO rein objektiv zu verstehen sei (Bork NZI 2018, 1, und Klinck ZIP 2017, 1589). Teilweise wird zwischen dem beidseitigen Irrtum (unentgeltliche Leistung) und der unerkannt rechtsgrundlosen Leistung (kann entgeltliche Leistung sein) differenziert (Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2019, § 134 Rn. 32 aa, 47 ff.). Die Motive der Parteien sollen nach dieser Ansicht nichts an dem Umstand ändern, dass der Anfechtungsgegner etwas aus dem Vermögen des Schuldners erhalten habe, ohne ein eigenes ausgleichendes Vermögensopfer erbracht zu haben. Hier ist zuzugeben, dass Zweck des § 134 I InsO – nach hM – das Zurücktreten des ohne Gegenleistung Bereicherten hinter die Interessen der eine Gegenleistung erbringenden Gläubiger ist (BGH NZI 2012, 562; Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 134 Rn. 2; Nerlich in Nerlich/Römermann, InsO, 41. Aufl. 2020, § 134 Rn. 2). Trotz dieser Kritik bleibt der BGH bei der Berücksichtigung des subjektiven Tatbestandes. Dies ist auch zutreffend. Wenn der Anfechtungsgegner eine Gegenleistung erbracht hat, muss den Parteien wegen der ihnen zustehenden Vertragsfreiheit ein Ermessens- und Bewertungsspielraum zustehen. Auch eine objektiv nicht vollständig gleichwertige Leistung kann eine rechtlich angemessene Gegenleistung darstellen. Anderenfalls suspendiert eine nachträgliche objektive Betrachtung den anzuerkennenden Parteiwillen und die Vertragsfreiheit.

Berufe sich der Anfechtungsgegner auf die übereinstimmende Überzeugung der Vertragsparteien von der Gleichwertigkeit des Leistungsaustausches, müsse der Insolvenzverwalter dies widerlegen. Da die Parteiüberzeugung eine innere und dem Beweis in der Regel nicht zugängliche Tatsache sei, müsse er vortragen und beweisen, dass keine objektiven Umstände



vorgelegen hätten, die eine solche Annahme der Vertragsparteien erlaubten. Diese negative Tatsache könne er nur beweisen, wenn auch der Anfechtungsgegner entsprechend den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast substantiiert vortrage.

Der entschiedene Fall liefert eine Vielzahl „klassischer“ objektiver Indizien, die gegen den Glauben der Vertragsparteien von der Gleichwertigkeit der Leistungen und damit für die Anfechtbarkeit des angefochtenen Rechtsgeschäfts sprechen. Zunächst verweist der *XI. Senat* zutreffend darauf, dass bei Geschäften unter nahestehenden Personen nicht davon ausgegangen werden könne, dass jede Seite ihre wirtschaftlichen Interessen hinreichend wahrnehme (*BGH NZI 2017, 68*). Dies gelte für Verwandte, aber auch für sonstige Personen, die über das rein Geschäftliche hinaus miteinander verbunden sind.

Dem *IX. Senat* ist auch zuzustimmen, wenn er die Indizienwürdigung des *OLG* kritisiert. Das von den Vertragsparteien eingeholte und den Kaufpreis ermittelnde Wertgutachten bezeichnete den Verkehrswert als (nur) „überschlägig“. Der Gutachter hatte das Grundstück nur einen Tag vor der Beurkundung begutachtet. Sein Gutachten wurde erst einen Tag nach der Beurkundung fertig gestellt, ohne jedoch das dem Schuldner eingeräumte Wohnrecht zu bewerten. Auch war das Gutachten nicht vollständig vorgelegt worden. Der Anfechtungsgegner war Student, ohne eigenes Einkommen dargelegt zu haben. Der Schuldner verzichtete hinsichtlich seines Kaufpreisanspruchs auf marktübliche Sicherungsmittel. Nicht ausreichend gewürdigt hatte das *OLG* auch, dass die Finanzverwaltung gegen den Schuldner zwei Monate vor dem Verkauf eine Umsatzsteuersonderprüfung angeordnet und Geschäftsunterlagen beschlagnahmt hatte. Vor diesem Hintergrund sieht der *BGH* die für den Glauben der Vertragsparteien von der Gleichwertigkeit der Leistungen sprechenden objektiven Anhaltspunkte als widerlegt. Zur Beweisaufnahme über den tatsächlichen Wert des Grundstücks war folgerichtig zurück zu verweisen.

Rechtsfolge des Anfechtungsanspruchs ist bei teilweise unentgeltlicher Leistung die Rückgewähr des überschießenden Teils, sofern die Leistung des Schuldners teilbar ist. Bei unteilbaren Leistungen – wie der Grundstücksübertragung – sind nach überwiegender Ansicht die jeweiligen Leistungen Zug um Zug zurückzugeben (statt aller *BGH NZI 2017, 151*; *MüKoInsO/Kayser/Freudenberg*, § 134 Rn. 42). Der Insolvenzverwalter muss also bei teilweise gezahltem Kaufpreis diesen aus der Masse an den Anfechtungsgegner erstatten. Dies erfasst auch die vom Bekl. behauptete Kredittilgung. Fraglich – und vom *BGH* nicht problematisiert – ist allerdings, ob der Zug-um-Zug Anspruch auch bestehen soll, wenn die Gegenleistung des Anfechtungsgegners nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden ist. Von letzterem ist auch vorliegend auszugehen, da der Bekl. Zahlung auf das Darlehen an die Bank geleistet hatte und sein Anspruch auf Rückzahlung seiner Gegenleistung eine Insolvenzforderung wäre.

Teilweise wird vertreten, auch in diesem Fall ausnahmsweise ein Zurückbehaltungsrecht anzunehmen, da der Anfechtungsgegner mit der vollständigen Rückgewähr der erhaltenen Leistung eine über die unentgeltlich erlangte Leistung hinausgehende Leistung zurückgewähre und damit über Gebühr belastet werde (*Uhlenbruck/Borries/Hirte*, § 134 Rn. 34aa). Nach anderer Ansicht soll der gutgläubige Anfechtungsgegner (§ 143 II 2), die bevorzugte Befriedigung seines Anspruchs auf Rückgewähr der Gegenleistung aus dem Verwertungserlös verlangen können (*MüKoInsO/Kay-*

ser/Freudenberg, § 134 Rn. 42 unter Bezugnahme auf BGH NZI 2017, 151 zu § 4 AnfG). Dieser Ansatz ist aber nur vorzugswürdig, wenn der Kläger nicht auf Rückgewähr des Grundstücks sondern auf Duldung der Zwangsvollstreckung geklagt hat. Bei einer Klage auf Rückgewähr nach §§ 134, 129, 143 InsO steht die Vollstreckung nicht in Rede, weshalb auch keine Zug um Zug Verurteilung zur bevorzugten Befriedigung erfolgen kann.

Die weiteren Hinweise des IX. *Senats* für das weitere Verfahren dürften für alle Seiten hilfreich sein. Es könnte hier nämlich auch eine verschleierte Schenkung und damit ein Scheingeschäft vorliegen. Auf der Grundlage der Revision hätten die Vertragsparteien durch ihr nachträgliches Verhalten deutlich gemacht, dass der Bekl. tatsächlich keine Leistung aus eigenen Mitteln an den Schuldner erbringen sollte. Soweit Leistungen an den Schuldner in Form von Zahlungen auf seine Darlehensschuld gelangten, wurden nur Drittmittel durchgereicht. Liege ein Scheingeschäft vor, ist der Kaufvertrag nichtig (§ 117 I BGB). Es gelte das verdeckte Geschäft (§ 117 II BGB) und damit eine Schenkung iSd § 516 I BGB, die nicht wirksam beurkundet (§ 311b I 1 BGB) worden sei (BGH NJW-RR 2002, 1527; OLG Hamm NotBZ 2014, 64 (66); MüKoBGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 117). Die dingliche Übertragung des Grundstücks auf den Bekl. sei zwar infolge der Eintragung im Grundbuch erfolgt (§ 311b I 2 BGB), unterliege jedoch der Anfechtung nach § 134 InsO. Ergänzend besteht ein Herausgabeanspruch aus § 812 I 1 Alt. 1 BGB.

Erhellend sind auch die Hinweise des *Senats* zu einer möglichen Anfechtbarkeit nach § 133 I InsO aF. Die Kenntnis des Schuldners von seiner (drohenden) Zahlungsunfähigkeit sei nur ein Indiz für seinen Gläubigerbenachteiligungsvorsatz. Dieser könne sich auch aus anderen Indizien ergeben (*Uhlenbruck/Borries/Hirte*, § 133 Rn. 62), hier den im Urteil in Rn. 27 genannten Umständen. Darüber hinaus sei die Unentgeltlichkeit der Leistung in ihrem Beweiswert einer inkongruenten Leistung gleichzustellen (BGH NZI 2013, 140; *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, § 133 Rn. 117), die ihrerseits ein gewichtiges Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz sei (BGH NZI 2020, 1101 Rn. 18). ■