BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 146/11

Verkündet am:
26. April 2012
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 129 Abs. 1, § 134 Abs. 1

a) Eine mittelbare objektive Gläubigerbenachteiligung ist gegeben, wenn durch die angefochtene Rechtshandlung eine Forderung des Anfechtungsgegners, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine bloße Insolvenzforderung gewesen wäre, zur Masseverbindlichkeit aufgewertet wird.

b) Eine Vertragsübernahme kann als unentgeltliche Leistung anfechtbar sein.

c) Ob eine Vertragsübernahme unentgeltlich ist, ist grundsätzlich nach dem Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in dem übernommenen Vertrag zu beurteilen.

BGH, Urteil vom 26. April 2012 - IX ZR 146/11 - OLG Brandenburg
LG Potsdam

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 10. August 2011 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 Klägerin ist seit 2001 Eigentümerin mehrerer Grundstücke in P. und vermietete diese mit Vertrag vom 6./7. Oktober 2004 an die K. V. GmbH. Diese war als Zwischenmieterin tätig und vermietete das Objekt ihrerseits an die K. W. GmbH weiter, die dort ein Warenhaus und ein Parkhaus betrieb. Mit einem am 29./30. September 2008 abgeschlossenen vierten Nachtrag zu dem Mietvertrag trat die A. AG, vormals K. -Q. AG, anstelle der K. V. GmbH in den bestehenden Mietvertrag mit Wirkung zum 1. Oktober 2008 ein.

2 Über das Vermögen der A. AG (nachfolgend: Schuldnerin) ist auf Eigenantrag vom 9. Juni 2009 mit Beschluss des Amtsgerichts E. vom 1. September 2009 das Insolvenzverfahren eröffnet und Rechtsanwalt Dr. G. als Insolvenzverwalter bestellt worden. Dieser ist am 1. Dezember 2011 während des Revisionsverfahrens aus dem Amt entlassen und an seiner Stelle der Beklagte zum Verwalter bestellt worden.

3 Mit vorliegender Klage begehrt die Klägerin von dem Beklagten aus der Masse im Wege des Urkundenprozesses der Höhe nach unstreitige offene Mietforderungen für den Zeitraum nach Insolvenzeröffnung vom September 2009 bis einschließlich Dezember 2009.

4 Die Klägerin ist eine von fünf Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die Warenhausimmobilien an die K. V. GmbH vermietet hatten; weitere Gesellschaften gibt es in K. , L. , M. und W. . Dachgesellschaft dieser fünf Gesellschaften ist die J. GmbH. Diese schloss am 4. Dezember 2001 mit der Schuldnerin, damals noch firmierend als K. -Q. AG, einen Mietverschaffungs- und Einstandspflichtvertrag. Danach hatte die Schuldnerin gegenüber der J. GmbH dafür einzustehen, dass die Mieterin sämtliche Verpflichtungen aus dem Mietvertrag erfüllt.

5 Am 25. Mai 2005 war Vorstandsvorsitzender der Schuldnerin Dr. M. , der zuvor seit Mai 2004 ihr Aufsichtsratsvorsitzender war. Er war seit 2001 zugleich an der Klägerin wie auch an den vier Schwestergesellschaften beteiligt, an der Klägerin mit 11 v.H.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

6 Der Mietzins gemäß § 4 des Mietvertrages vom 6./7. Oktober 2004 sowie § 3 des ersten Nachtrags betrug jährlich, zahlbar in zwölf gleichen Monatsbeträgen, 7.413.700 € brutto. Daneben waren monatliche Nebenkostenvorauszahlungen in Höhe von 18.598,67 € brutto zu entrichten. Für September 2009 bis Dezember 2009 zahlten die K. W. GmbH und die A. AG jeweils verspätet Teilbeträge, welche die Klägerin zunächst auf Nebenkosten, Verzugszinsen und Kosten verrechnete. Die der Höhe nach unstreitigen offenen Differenzbeträge macht die Klägerin geltend, nämlich nach einer Teilrücknahme in erster Instanz für September 390.245,79 €, für Oktober 433.896,93 €, für November 432.497,35 € und für Dezember 396.372,05 €, insgesamt 1.653.012,22 € zuzüglich Zinsen.

7 Der Beklagte macht gegen die Klageforderung die Anfechtbarkeit des Eintritts der Schuldnerin in das bestehende Mietverhältnis unter dem Gesichtspunkt der Schenkungs- und der Vorsatzanfechtung geltend. Der Eintritt der Schuldnerin sei eine unentgeltliche Leistung gewesen, die allein den Zweck verfolgt habe, der Klägerin eine ihr ansonsten nicht zustehende Sonderbehandlung für den Fall der sich abzeichnenden Insolvenz der Schuldnerin zu verschaffen. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin sei der Klägerin bekannt gewesen, weil insbesondere Dr. M. als Vorstandsvorsitzender der Schuldnerin deren finanzielle Lage gekannt habe.

8 Das Landgericht hat der Klage in vollem Umfang stattgegeben und dem Beklagten die Ausführung seiner Rechte im Nachverfahren vorbehalten. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

9 Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren im Urkundsprozess weiter.

Entscheidungsgründe:

10 Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

11 Das Berufungsgericht, dessen Urteil in ZIP 2011, 1974 veröffentlicht ist, hat gemeint, die Klage sei im Urkundenprozess statthaft. Der Klägerin stehe der geltend gemachte Mietzinsanspruch zu, weil die Schuldnerin wirksam in das Mietverhältnis eingetreten sei. Die Eintrittsvereinbarung vom 29./30. September 2008 sei weder nach § 134 Abs. 1 InsO noch nach § 133 Abs. 1 oder Abs. 2 InsO anfechtbar.

12 Im Hinblick auf eine Anfechtbarkeit nach § 134 Abs. 1 InsO sei bereits zweifelhaft, ob eine vermögensmindernde Verhaltensweise der Schuldnerin vorliege, denn diese habe bereits aufgrund ihrer Einstandspflicht nach dem Mietverschaffungsvertrag für die Zahlung des Mietzinses gehaftet. Indem sie durch den vierten Nachtrag selbst in die Stellung der Mieterin eingerückt sei, hätten sich ihre Verbindlichkeiten nicht erhöht. Außerdem sei die Schuldnerin zugleich in die Rechte der Mieterin aus dem Mietvertrag eingetreten mit der Folge, dass sie selbst das Recht auf Gebrauchsüberlassung und zur Weitervermietung erworben habe. Jedenfalls sei die Leistung des Eintritts in den Mietvertrag nicht unentgeltlich gewesen, denn als Gegenleistung habe die Klägerin die Pflicht zur Einräumung des Besitzes an der Mietsache und die Erfüllung aller anderen Leistungspflichten aus dem Mietvertrag übernommen. Zugleich ha-

be die Klägerin die bisherige Mieterin aus ihren bestehenden Pflichten entlassen. Die Forderungen gegen die bisherige Mieterin seien auch nicht wertlos gewesen; dies habe der Beklagte nicht konkret dargelegt, zumindest nicht mit den im Urkundenprozess statthaften Beweismitteln unter Beweis gestellt.

13 Die Anfechtungstatbestände des § 133 Abs. 1 und Abs. 2 InsO seien schon deshalb nicht erfüllt, weil es an der objektiven Gläubigerbenachteiligung fehle. Zwar habe der Vertragseintritt bewirkt, dass die Masse gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO für die streitigen Mieten hafte. Darin liege aber weder eine Vermehrung der Passiva noch eine Minderung des Aktivvermögens der Schuldnerin. Der Umstand, dass die Klägerin möglicherweise früher eine finanzschwächere Schuldnerin gehabt habe, sei unerheblich, weil dies die Zugriffsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger nicht verändert habe.

II.

14 Die Revision macht demgegenüber geltend, die streitgegenständliche Vertragsübernahme aus dem September 2008 habe zu einer Gläubigerbenachteiligung geführt, weil die Ansprüche aus der Garantiehaftung bloße Insolvenzforderungen gewesen wären, die Vertragsübernahme aber zu Masseverbindlichkeiten geführt habe. Sie ergebe sich zudem daraus, dass die vereinbarte und mit der vorliegenden Klage geforderte Miete überhöht gewesen sei und nicht dem Wert der Gegenleistung entsprochen habe. Hinsichtlich der weiteren Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände des § 133 Abs. 1 und Abs. 2 InsO, zu denen das Berufungsgericht nichts festgestellt habe, sei der Rechtsstreit gegebenenfalls zurückzuverweisen.

15 Es lägen auch die Voraussetzungen des § 134 InsO vor. Der Begriff der Leistung sei weit zu fassen. Diese sei auch unentgeltlich erfolgt, weil die Klägerin keine ausgleichende Gegenleistung erbracht habe; denn sie habe lediglich wie zuvor die Mietsache zur Verfügung stellen müssen. Für sie mache es keinen Unterschied, ob sie die Mietsache der Schuldnerin oder der K. V. GmbH überlasse. Darin, dass sie die K. V. GmbH aus der vertraglichen Schuld entlassen habe, liege kein Vermögensopfer, weil deren Vermögen unstreitig im Wesentlichen ohnehin nur in Forderungen gegen die Schuldnerin bestanden habe, weshalb die Entlassung der K. V. GmbH aus der Haftung keinen nennenswerten Nachteil bedeutet habe.

III.

16 Die zulässige Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

17 Mit dem Wechsel des Insolvenzverwalters im laufenden Revisionsverfahren ist in entsprechender Anwendung der §§ 241, 246 ZPO ein gesetzlicher Parteiwechsel eingetreten (BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - IX ZR 133/10, ZIP 2011, 1220 Rn. 6). Dies führte nicht zu einer Unterbrechung des Rechtsstreits, weil der zunächst als Beklagter auftretende Insolvenzverwalter anwaltlich vertreten war. Der neue Insolvenzverwalter hat die Aussetzung des Verfahrens nicht beantragt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2011, aaO).

18 Der Klage kann nicht mit der Begründung des Berufungsgerichts stattgegeben werden. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt

ist nicht auszuschließen, dass bereits im Urkundenprozess von einer wirksamen Anfechtung des vierten Nachtrags zum Mietvertrag vom 6./7. Oktober 2004 auszugehen ist.

19 1. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht die nach § 129 Abs. 1 InsO für alle Anfechtungstatbestände erforderliche objektive Gläubigerbenachteiligung generell verneint. Es hat nicht danach unterschieden, ob eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung erforderlich ist oder ob eine mittelbare ausreicht. Für die vom Berufungsgericht erwogene Anfechtung nach § 134 und § 133 Abs. 1 InsO genügt eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung, für die ebenfalls in Erwägung gezogene Anfechtung nach § 133 Abs. 2 InsO ist demgegenüber eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung erforderlich (HK-InsO/Kreft, 6. Aufl., § 129 Rn. 42 mwN).

20 a) Eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung hat das Berufungsgericht zu Unrecht verneint.

21 aa) Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die Rechtshandlung entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch den Zugriff auf das Vermögen des Schuldners vereitelt, erschwert oder verzögert hat, mithin wenn sich die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten (BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 - IX ZR 86/08, WM 2009, 1750 Rn. 25; vom 17. März 2011 - IX ZR 166/08, ZIP 2011, 824 Rn. 8; vom 29. September 2011 - IX ZR 74/09, ZInsO 2011, 1979 Rn. 6 mwN).

22 Für eine mittelbare Benachteiligung der Insolvenzgläubiger reicht es aus, wenn es zwar an einer unmittelbaren Benachteiligung durch die Rechtshandlung fehlt, sich aber im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Anfechtungsprozess ergibt, dass die Möglichkeit der Gläubiger, sich aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen, durch das Hinzutreten weiterer Umstände beeinträchtigt wurde (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1999 - IX ZR 102/97, BGHZ 143, 246, 253 f; vom 19. Mai 2009 - IX ZR 129/06, ZIP 2009, 1285 Rn. 29).

23 Das gilt jedenfalls dann, wenn die hierfür maßgeblichen Tatsachen bereits in erster Instanz vorgetragen waren oder zwar erst in der Berufung vorgetragen, aber zugelassen oder zuzulassen waren oder wenn es sich um Vorgänge handelt, die sich erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz zugetragen haben (vgl. BGH, Urteil vom 3. Mai 2007 - IX ZR 16/06, ZIP 2007, 1326 Rn. 17; vom 19. Mai 2009 - IX ZR 129/06, aaO).

24 Daher kann auch jemand, der zur Zeit der Vornahme der Rechtshandlung noch nicht benachteiligt oder noch nicht einmal Gläubiger war, durch eine Rechtshandlung mittelbar benachteiligt sein. Der eingetretene weitere Umstand muss nicht seinerseits durch die angefochtene Rechtshandlung verursacht worden sein. Es reicht aus, dass die Benachteiligung objektiv jedenfalls auch durch die angefochtene Rechtshandlung verursacht wurde (BGH, Urteil vom 9. Dezember 1999 - IX ZR 102/97, aaO S. 254).

25 bb) Die angefochtene Vertragsübernahme führte zu einer mittelbaren objektiven Gläubigerbenachteiligung.

26 Die Insolvenzanfechtung wird erst durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ermöglicht. Im Insolvenzverfahren sind die Kosten des Verfahrens und die sonstigen Masseverbindlichkeiten gemäß § 53 InsO vorweg zu begleichen, während die Insolvenzgläubiger nach Maßgabe der §§ 38, 87, 187 ff InsO gleichmäßig und quotal befriedigt werden. Wird eine Forderung, die bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur Insolvenzforderung gemäß § 38 InsO geworden wäre, durch eine Rechtshandlung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens so verändert, dass sie im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens als Masseverbindlichkeit zu begleichen ist, wird die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens dadurch benachteiligt, dass diese Forderung vor ihren Forderungen befriedigt wird. Denn durch die Verminderung der Masse vermindert sich ihre Quote und damit ihre Befriedigungsmöglichkeit im Insolvenzverfahren.

27 Die angefochtene Vertragsübernahme vom 29./30. September 2008 führte dazu, dass die Insolvenzmasse gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO für die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Mieten haftet, die gemäß §§ 53, 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO vorweg als Masseverbindlichkeiten zu befriedigen sind. Ohne die Vertragsübernahme hätte die Schuldnerin zwar aus dem Mietverschaffungs- und Einstandspflichtvertrag ebenfalls für die von der K. V. GmbH geschuldeten Mieten einzustehen gehabt. Insoweit hätte es sich aber lediglich um eine Insolvenzforderung gehandelt, die zur Tabelle hätte angemeldet werden müssen und die quotal wie alle anderen Insolvenzforderungen befriedigt worden wäre. Durch die mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens einhergehende Verminderung der Befriedigungsmöglichkeit der anderen Insolvenzgläubiger ist deshalb eine - durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mitverursachte - mittelbare Benachteiligung der Insolvenzgläubiger eingetreten.

28 b) Die für § 133 Abs. 2 InsO erforderliche unmittelbare Gläubigerbenachteiligung hat das Berufungsgericht demgegenüber im Ergebnis zutreffend verneint. Diese setzt voraus, dass ohne Hinzutreten weiterer Umstände die Befriedigungsmöglichkeiten aus dem Schuldnervermögen bereits durch die angefochtene Rechtshandlung beeinträchtigt wurden (BGH, Urteil vom 19. Mai 2009 - IX ZR 129/06, WM 2009, 1333 Rn. 18; HK-InsO/Kreft, 6. Aufl., § 129 Rn. 43).

29 aa) Durch den Eintritt in den Mietvertrag ist die Schuldnerin unmittelbar zur Zahlung der Miete verpflichtet worden. Im Gegenzug hat sie jedoch die Rechte aus dem Mietvertrag erhalten und ist zudem von der Verpflichtung aus der Garantiehaftung nach dem Mietverschaffungs- und Einstandspflichtvertrag frei geworden. War der Mietpreis angemessen, ist durch diesen Vertragseintritt eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht eingetreten.

30 bb) Dem steht das Urteil des Senats vom 9. Juli 2009 (IX ZR 86/08, ZIP 2009, 1674), anders als die Revision meint, nicht entgegen. Danach ist zwar für eine Gläubigerbenachteiligung unerheblich, wenn sich durch dieselbe Handlung nicht nur die Schuldenmasse, sondern auch die Aktivmasse erhöht hat. Denn eine Saldierung der Vor- und Nachteile findet im Anfechtungsrecht nicht statt, eine Vorteilsausgleichung nach schadensersatzrechtlichen Grundsätzen ist insolvenzanfechtungsrechtlich nicht zulässig (BGH, aaO Rn. 36 f).

31 Die Entscheidung betrifft allerdings einen Fall der Anfechtung einer Rechtshandlung, die rein tatsächlich positive (Wertschöpfung durch das Brauen von Bier) wie negative (Entstehung von Biersteuer und Sachhaftung des Bieres für die Steuer) Auswirkungen auf das Schuldnervermögen hatte, ohne dass diese in zurechnungsrelevanter Weise voneinander abhingen (BGH, aaO

Rn. 26 f). Bei der Feststellung der objektiven Gläubigerbenachteiligung sind aber solche Folgen zu berücksichtigen, die ihrerseits an die angefochtenen Rechtswirkungen einer Handlung anknüpfen (BGH, aaO Rn. 36 f mwN).

32 Wird die Willenserklärung auf Abschluss eines gegenseitigen schuldrechtlichen Vertrages insolvenzrechtlich angefochten, so kann die gläubigerbenachteiligende Rechtsfolge nicht allein der Leistungspflicht des Schuldners entnommen werden, die sich aus dem durch die Willenserklärung zustande gekommenen Vertrag ergibt, während die Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung des Anfechtungsgegners unberücksichtigt bleibt. Besteht der anfechtungsrechtlich rückabzuwickelnde Vorgang nicht lediglich in einer durch den Abschluss des Vertrages hergestellten Aufrechnungslage (vgl. dazu BGH, Urteil vom 9. Juli 2009, aaO Rn. 33 mwN), sondern in der Begründung der schuldrechtlichen Verpflichtung selbst, ist Gegenstand der Anfechtung die Willenserklärung, die auf Eingehung der vertraglichen Verpflichtung gerichtet ist. Die insolvenzrechtliche Anfechtung führt zwar nicht zur Nichtigkeit der zum Vertragsschluss führenden Willenserklärung (BGH, Urteil vom 21. September 2006 - IX ZR 235/04, ZIP 2006, 2176 Rn. 10, 14), sondern gemäß § 143 Abs. 1 InsO lediglich zu einer Rückgewährverpflichtung. Bei einer durch die angefochtene Rechtshandlung begründeten schuldrechtlichen Verpflichtung hat dies aber zur Folge, dass sich der Anfechtungsgegner nicht auf die angefochtene, den Abschluss eines schuldrechtlichen Vertrages bewirkende Willenserklärung berufen kann (vgl. HK-InsO/Kreft, aaO § 143 Rn. 4).

33 Damit entfallen aber mit der Anfechtung einer Erklärung auf Abschluss eines Vertrages auch alle Ansprüche des Schuldners aus dem durch die angefochtene Rechtshandlung zustande gekommenen Vertrag. Für die objektive

Gläubigerbenachteiligung ist deshalb in solchen Fällen der Anspruch auf die Gegenleistung in die Beurteilung einzubeziehen.

34 cc) Eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ist hier selbst dann nicht eingetreten, wenn mit dem Beklagten davon auszugehen wäre, dass der in dem Mietvertrag vereinbarte Mietzins überhöht war und nicht dem Wert der Gegenleistung der Klägerin entsprach. Die Pflicht der Schuldnerin, für eine derart überhöhte Miete einstehen zu müssen, war bereits durch § 2 Abs. 1 des Mietverschaffungs- und Einstandspflichtvertrages entgeltlich begründet worden. Hiernach hatte die Schuldnerin uneingeschränkt dafür einzustehen, dass die Mieterin ihre Verpflichtungen erfüllt. Dazu gehörte die Pflicht zur Zahlung einer gegebenenfalls auch überhöhten Miete.

35 Diese Verpflichtung bestand zwar gegenüber der J. GmbH, durfte von dieser aber gemäß § 2 Abs. 2 des Mietverschaffungs- und Einstandspflichtvertrages an die Vermieterin abgetreten werden. Die Einstandspflicht ging dahin, dass die Mieterin sämtliche Pflichten erfüllte. Wirtschaftlich hatte die Schuldnerin damit schon damals - entgeltlich - die Verpflichtung übernommen, in vollem Umfang für die Erfüllung des Mietvertrages einzustehen, ohne dass ihr selbst mietvertragliche Rechte zugestanden hätten. Auch für einen überhöhten Mietzins hatte sie danach schon vor Eintritt in den Mietvertrag aufzukommen. Bei der erforderlichen wirtschaftlichen Betrachtung hat sich ihre Vermögenslage deshalb durch den Eintritt in den Mietvertrag nicht unmittelbar verschlechtert.

36 2. Die Voraussetzungen der Schenkungsanfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO hat das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend verneint.

37 a) Entgegen den Zweifeln des Berufungsgerichts kann nicht schon eine Leistung der Schuldnerin verneint werden. Die Regelung des § 134 Abs. 1 InsO will Gläubiger entgeltlich begründeter Rechte gegen die Folgen unentgeltlicher Leistungen des Schuldners innerhalb eines bestimmten Zeitraums vor Insolvenzeröffnung schützen. Die Interessen der durch eine unentgeltliche Leistung Begünstigten sollen den Interessen der Gläubigergesamtheit weichen. Dieser Zweck gebietet eine weite Auslegung des Begriffs der Unentgeltlichkeit (BGH, Urteil vom 21. Januar 1999 - IX ZR 429/97, ZIP 1999, 316, 317; Beschluss vom 21. Dezember 2010 - IX ZR 199/10, ZIP 2011, 484 Rn. 10), aber auch des Begriffes der Leistung (vgl. Schäfer in Kummer/Schäfer/Wagner, Insolvenzanfechtung, § 134 Rn. 19 unter Bezugnahme auf BGH, Urteil vom 3. März 2005 - IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 280).

38 Der Abschluss von Verträgen mit der Übernahme von Leistungspflichten durch den Schuldner ist deshalb als Leistung im Sinne des § 134 InsO anzusehen (vgl. HK-InsO/Kreft, aaO § 134 Rn. 6; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 134 Rn. 6; HmbKomm-InsO/Rogge, 3. Aufl., § 134 Rn. 3). Erfasst werden nicht nur, wie es der Wortlaut des § 32 KO nahezulegen schien, Verfügungen (MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO Rn. 5). Schon dieser Begriff war weit ausgelegt worden und betraf nicht lediglich dingliche Rechtsänderungen, sondern auch verpflichtende Rechtsgeschäfte (BGH, Urteil vom 21. Januar 1993 - IX ZR 275/91, BGHZ 121, 179, 182). Ausreichend ist demnach, dass die Handlung das Vermögen des Schuldners mindert (Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2010, § 134 Rn. 33). Das ist bei der Übernahme vertraglicher Verpflichtungen der Fall.

39 b) Unentgeltlich ist eine Leistung, hier die Einräumung vertraglicher Rechte gegen die Schuldnerin, wenn für sie vereinbarungsgemäß keine Gegen-

leistung, sei es an den Schuldner, sei es an einen Dritten, erbracht wird, der Leistungsempfänger also keine eigene Rechtsposition aufgibt, die der Leistung des Schuldners entspricht. Hierüber entscheidet grundsätzlich das objektive Verhältnis der ausgetauschten Werte (BGH, Urteil vom 5. Juni 2008 - IX ZR 17/07, WM 2008, 1412 Rn. 11). Leistung und Gegenleistung müssen allerdings nicht durch ein vertragliches Synallagma verknüpft sein; es genügt für die Entgeltlichkeit auch eine freiwillige Leistung. Denn nur der Empfänger einer freigiebigen Zuwendung ist nach § 134 InsO weniger schutzwürdig als derjenige, der für die erhaltene Leistung oder durch diese eine eigene Rechtsposition aufgibt (BGH, Urteil vom 5. Juni 2008 - IX ZR 17/07, aaO Rn. 13).

40 Im Zwei-Personen-Verhältnis ist eine Leistung als unentgeltlich anzusehen, wenn ihr nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts keine Leistung gegenübersteht, dem Leistenden also keine Gegenleistung zufließen soll, die dem aufgegebenen Vermögenswert (BGH, Urteil vom 16. November 2007 - IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 8) oder der eingegangenen Verpflichtung entspricht. Übernimmt der spätere Insolvenzschuldner die Verpflichtung eines Dritten aus einem Vertrag, indem er an dessen Stelle in diesen Vertrag eintritt, kommt es für die Beurteilung der zu erbringenden Gegenleistung darauf an, welche Leistungen der Vertragspartner des Insolvenzschuldners diesem künftig nach dem übernommenen Vertrag zu erbringen hat. Hat der Vertragspartner für die Vertragsübernahme als solche eine gesonderte Gegenleistung erbracht, ist diese bei der Beurteilung der Angemessenheit der Gegenleistung zusätzlich zu berücksichtigen. Der Umstand, dass für die Vertragsübernahme selbst keine gesonderte Gegenleistung erbracht wurde, macht diese jedoch nicht unentgeltlich.

41 Durch den vierten Nachtrag zum Mietvertrag ist die Schuldnerin in den Mietvertrag anstelle der K. V. GmbH eingetreten und

hat deren sämtliche Verpflichtungen übernommen, gleich aus welchem Rechtsgrund, auch soweit sie bereits in der Vergangenheit entstanden waren (§ 1). Eine gesonderte Gegenleistung allein für die Vertragsübernahme hat die Schuldnerin nicht erhalten. Deshalb kommt es auf die Leistungen an, welche die Klägerin nach dem Mietvertrag schuldete. Hiernach hat die Klägerin sich dazu verpflichtet, ihre Pflichten aus dem Mietvertrag gegenüber der Schuldnerin zu erfüllen und die vormalige Mieterin aus allen Pflichten zu entlassen. Damit hatte die Klägerin nunmehr der Schuldnerin, der hierauf zuvor kein Anspruch zustand, obwohl sie für alle Pflichten der vormaligen Mieterin einzustehen hatte, die Mietsache zur Nutzung zu überlassen, und zwar auch für die Zeit, in der nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin der Mietvertrag mit Wirkung für die Masse nach § 108 Abs. 1 InsO fortbestand.

42 Keine ausreichende Gegenleistung der Klägerin war allerdings für die Verpflichtung der Schuldnerin vereinbart, bereits in der Vergangenheit entstandene Ansprüche der Klägerin zu erfüllen. Zu berücksichtigen ist aber insoweit die zuvor schon bestehende Verpflichtung der Schuldnerin aus dem Mietverschaffungs- und Einstandspflichtvertrag. Unabhängig davon, ob die vorherige Mieterin im Zeitpunkt des Vertragseintritts noch zahlungsfähig oder die Miete überhöht war, hatte die Schuldnerin für die jetzt übernommenen Pflichten ohnehin einzustehen. Ihr wurden aber erstmals auch die vertraglichen Ansprüche der bisherigen Mieterin eingeräumt.

43 Durch die Vertragsübernahme hat sich die Klägerin zwar für ein mögliches Insolvenzverfahren der Schuldnerin insoweit einen Vorteil verschafft, als sie nunmehr nach Maßgabe des § 108 Abs. 1 InsO Massegläubigerin wurde. Für die Frage der wirtschaftlichen Werthaltigkeit der Gegenleistung ist aber auf den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs abzustellen (vgl. BGH, Urteil

vom 30. März 2006 - IX ZR 84/05, WM 2006, 1156 Rn. 11 mwN). Dies war hier der Zeitpunkt der Begründung der vertraglichen Verpflichtungen. Eine sich erst später in einem Insolvenzverfahren für die Klägerin ergebende günstigere Situation hat bei Beurteilung der Frage der Unentgeltlichkeit nach § 134 InsO unberücksichtigt zu bleiben, ebenso wie früher bereits erbrachte Gegenleistungen an Dritte (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 2006, aaO). Demgemäß entscheidet der Senat in ständiger Rechtsprechung, dass die nachträgliche Bestellung einer Sicherheit für eine eigene, entgeltlich begründete Verbindlichkeit nicht als unentgeltliche Leistung angefochten werden kann (BGH, Urteil vom 18. März 2010 - IX ZR 57/09, ZIP 2010, 841 Rn. 10 f). Dies gilt auch dann, wenn diese dem Gläubiger in einem späteren Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners eine abgesonderte Befriedigung vor den Insolvenzgläubigern verschafft.

IV.

44 Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Das Berufungsgericht hat zu den weiteren Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO

keine Feststellungen getroffen. Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, § 563 Abs. 1 ZPO.

Kayser Gehrlein Vill

Lohmann Fischer

Vorinstanzen:
LG Potsdam, Entscheidung vom 30.06.2010 - 51 O 37/10 -
OLG Brandenburg, Entscheidung vom 10.08.2011 - 3 U 112/10 -