BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 51/11

Verkündet am:
8. März 2012
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 138 Abs. 1 Bc, Cb

Ein Vertrag, durch den einem Dienstleister von einer Wohnungsbaugenossenschaft für die bloße Präsentation von Immobilien, die im Falle eines Erwerbs seitens der Wohnungsbaugenossenschaft durch Ausgabe von öffentlich geförderten Genossenschaftsanteilen vertrieben werden sollen, eine monatliche erfolgsunabhängige Vergütung erheblicher Größenordnung zugesagt wird, kann wegen eines groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung sittenwidrig sein.

InsO § 134 Abs. 1

Unterliegt die Wirksamkeit eines Vertrages, der einem Dienstleister eine erfolgsunabhängige Vergütung gewährt, wegen eines auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung Wirksamkeitsbedenken, kann eine Schenkungsanfechtung ausscheiden, wenn der Dienstleister im Rahmen eines Vergleichs auf seine Forderung teilweise verzichtet.

BGH, Urteil vom 8. März 2012 - IX ZR 51/11 - OLG Dresden
LG Dresden

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser und die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, Dr. Fischer und Grupp

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 2. März 2011 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 3. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 13. August 2010 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass die Klage als unbegründet abgewiesen wird.

Der Kläger trägt die Kosten der Rechtsmittelverfahren.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 17. November 2000 über das Vermögen der T. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) eröffneten Insolvenzverfahren.

2 Die Schuldnerin und die Te. GmbH, eine Schwestergesellschaft der Schuldnerin, wurden ebenso wie die beklagte Immobiliengenossenschaft im Jahre 1997 gegründet. Wirtschaftlicher Anlass der Unterneh-

mensgründungen war die seinerzeit erfolgte Neufassung des Eigenheimzulagengesetzes, die eine erhöhte Nachfrage für Beteiligungen an Wohnbaugenossenschaften erwarten ließ. Auf der Grundlage eines von den Initiatoren E. und K. entwickelten Geschäftsmodells vereinbarte die Schuldnerin im Jahre 1997 mit der Beklagten einen Immobilienbeschaffungsvertrag, durch den sich die Schuldnerin verpflichtete, der Beklagten gegen Zahlung einer erfolgsunabhängigen Vergütung von 50.000 DM monatlich Immobilien als Investitionsobjekte zu präsentieren. Außerdem schloss die Beklagte zur Gewinnung von Genossenschaftsmitgliedern mit der Te. GmbH eine Vertriebsvereinbarung.

3 Die Verwirklichung des Anlagemodells gestaltete sich schwierig, weil das Bundesfinanzministerium nach dem Inhalt eines im Jahre 1998 ergangenen Erlasses die Gewährung der Eigenheimzulage daran knüpfte, dass der Gesellschafter spätestens im letzten Jahr des Förderzeitraums die Wohnung zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Dieser Erlass wurde erst durch Urteil des Bundesfinanzhofs vom 15. Januar 2002 (IX R 55/00, BFHE 197, 507) für rechtswidrig erklärt.

4 Mit Vertrag vom 23. Dezember 1998 gewährte die Schuldnerin der Beklagten ein Darlehen in Höhe von 640.000 DM. Der Darlehensbetrag wurde der Beklagten durch die Verrechnung der von ihr anerkannten, bislang entstandenen offenen erfolgsunabhängigen Provisionsforderungen zur Verfügung gestellt.

5 Am 22. Dezember 1999 schlossen die Schuldnerin, die Te. GmbH und die Beklagte eine dreiseitige Vereinbarung. Danach sollte die in dem Immobilienbeschaffungsvertrag vereinbarte monatliche erfolgsunabhän-

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

gige Vergütung der Schuldnerin rückwirkend ab dem 1. August 1998 entfallen und für den Zeitraum vom 1. Januar bis 31. Juli 1998 eine erfolgsunabhängige Vergütung von 300.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer gewährt werden. Ferner war vorgesehen, dass die erfolgsunabhängige Vergütung als Vorschuss auf die zukünftige erfolgsabhängige Vergütung anzurechnen war. Die Verrechnung erfolgte unabhängig von den Fälligkeiten der erfolgsabhängigen und der erfolgsunabhängigen Vergütung und war solange vorzunehmen, bis ein Ausgleich erfolgt war. Die Bezahlung der Darlehensschulden wurde von den Vertriebsergebnissen der Te. GmbH abhängig gemacht. Insoweit heißt es: "Der Darlehensvertrag hat eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2006. Das Darlehen erlischt und die restliche Darlehensschuld wird von TEA. zu diesem Zeitpunkt erlassen, wenn nicht aufgrund nachstehender Vertriebsvereinbarung bis zu diesem Zeitpunkt Genossenschaftseinlagen in Höhe von mindestens DM 15.000.000 der C. e.G. zugeführt wurden". Die Beklagte hat bis zum vereinbarten Zeitpunkt keine Genossenschaftseinlagen in Höhe von 15 Mio. DM erhalten.

6 Mit vorliegender Klage verlangt der Kläger, der die Vereinbarung vom 22. Dezember 1999 als gläubigerbenachteiligend angefochten hat, von der Beklagten Zahlung der nach seiner Berechnung noch offenen Darlehensvaluta in Höhe von 237.949,20 €. Das Oberlandesgericht hat der erstinstanzlich - aus zwischenzeitlich entfallenen prozessualen Erwägungen - als unzulässig abgewiesenen Klage stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

7 Die Revision ist begründet und führt zur Abweisung der Klage.

I.

8 Das Berufungsgericht hat gemeint, der Kläger könne die Rückzahlung der offenen Darlehensschuld in Höhe von 237.949,20 € verlangen. Es handele sich um eine wirksame Darlehensvereinbarung durch Schuldersetzung. Die der Darlehensforderung zugrunde liegende erfolgsunabhängige Maklerprovision verstoße nicht gegen die guten Sitten, weil sich ein Makler ohne Rücksicht auf den Erfolg seiner Tätigkeit im Wege des Einzelvertrages eine Vergütung sichern könne. Die Vereinbarung über den Erlass der Darlehensschuld sei ebenfalls wirksam und nicht entfallen, weil die zur Aufhebung der Vereinbarung führende Bedingung nicht eingetreten sei. Der Teilerlass stehe dem Klageanspruch jedoch nicht entgegen, weil er eine gemäß § 134 InsO anfechtbare, zur Benachteiligung der Gläubiger führende unentgeltliche Leistung darstelle. Mit dem Erlass einer Forderung gehe grundsätzlich eine unentgeltliche Leistung einher. Zwar stünden von der Beklagten übernommene Leistungsverpflichtungen mit einer Teildarlehensrückführung in Zusammenhang. Der Erlass habe jedoch die nach der genannten Anrechnung verbleibende Restforderung der Schuldnerin zum Gegenstand, für die keine Gegenleistung erbracht worden sei.

II.

9 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

10 1. Vergeblich rügt die Revision jedoch, die zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Verträge seien bereits wegen eines Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam.

11 Beim Missbrauch der Vertretungsmacht sind drei Fallgruppen zu unterscheiden, nämlich ein kollusives Zusammenwirken von Vertreter und Vertragspartner zum Nachteil des Vertretenen, ein von dem Vertragspartner erkannter Missbrauch der Vertretungsmacht und schließlich ein von dem Vertragspartner schuldhaft nicht erkannter evidenter Missbrauch der Vertretungsmacht (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl., § 164 Rn. 13 f). Dass die Vertreter der Beklagten ihre Vertretungsmacht in kollusivem Zusammenwirken mit der Schuldnerin missbraucht haben, indem der Schuldnerin ein unangemessenes Entgelt gewährt wurde, mag naheliegen, lässt sich aber nicht feststellen, weil die Organe möglicherweise jedenfalls anfangs in das Geschäftskonzept vertraut haben. Auch spricht das Vorbringen der Revision, der neue Vorstand habe sich nachträglich von den "Knebelungsverträgen" lösen wollen, dafür, dass die früheren Organe der Beklagten dem Druck der Schuldnerin nachgegeben, aber nicht kollusiv zum Nachteil der Beklagten gehandelt haben.

12 2. Es spricht hingegen bereits - wie die Revision zutreffend rügt - vieles dafür, dass der Immobilienbeschaffungsvertrag und der nachfolgend zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossene Darlehensvertrag wegen eines groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung gegen die guten Sitten verstoßen haben und darum gemäß § 138 Abs. 1 BGB unwirksam sind.

13 a) Gegenseitige Verträge können als wucherähnliche Rechtsgeschäfte nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und daher nichtig sein, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung objektiv ein auffälliges Missverhältnis besteht und eine verwerfliche Gesinnung des begünstigten Teils hervorgetreten ist, insbesondere wenn dieser die wirtschaftlich schwächere Lage des anderen Teils, dessen Unterlegenheit, bei der Festlegung der Vertragsbedingungen bewusst zu seinem Vorteil ausgenutzt oder sich zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hat, dass sich der andere Teil nur aufgrund seiner schwächeren Lage auf die ihn beschwerenden Bedingungen eingelassen hat (BGH, Urteil vom 11. Januar 1995 - VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, 257 f mwN). Ein besonders auffälliges, grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht jedenfalls dann, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung (BGH, Urteil vom 28. April 1999 - XII ZR 150/97, BGHZ 141, 257, 262; vom 19. Januar 2001 - V ZR 437/99, BGHZ 146, 298, 302; vom 14. Juli 2004 - XII ZR 352/00, NJW 2004, 3553, 3554 f mwN). Kann ein solches Missverhältnis festgestellt werden, gestattet dies den tatsächlichen Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2009 - V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rn. 12).

14 b) Im Streitfall dürfte nach dem Inhalt des zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Immobilienbeschaffungsvertrages ein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegen. Nach den Gesamtumständen liegt es auf der Hand, dass die seitens der Beklagten zu zahlende erfolgsunabhängige monatliche Vergütung von 50.000 DM den Wert der von der Schuldnerin zu erbringenden Gegenleistung um mindestens das Doppelte überstieg.

15 aa) Das seitens der Beklagten an die Schuldnerin zu entrichtende monatliche Honorar findet keinen Ausgleich durch nennenswerte vertragsgemäße Gegenleistungen der Schuldnerin. Eine die Schuldnerin treffende, in ihrem Wert konkret messbare Leistungspflicht sieht der Immobilienbeschaffungsvertrag unter § 3 Nr. 1 bis 5 nicht vor.

16 (1) Dort ist allgemein ausgeführt, dass das Beschaffungsunternehmen Investitionsobjekte für den Investor "akquiriert" und das jeweilige Objekt im Rahmen einer Entscheidungsvorlage unter Beifügung eines von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen erstellten Wertgutachtens "präsentiert". Ferner heißt es, dass der Investor von dem Beschaffungsunternehmen "bei den Investitionsverhandlungen in kaufmännischer und technischer Hinsicht" beraten wird. Diese Aufgabenbeschreibung lässt jedenfalls nicht erkennen, dass die Schuldnerin zeit- und kostenaufwändige Leistungen zu erbringen hatte, die vom Umfang und der Sache her einen tatsächlichen wirtschaftlichen Wert verkörperten. Auch geht aus dem Vertragswortlaut nicht hervor, welche geschäftlichen Aktivitäten die Beklagte von der Schuldnerin überhaupt verlangen konnte. Selbst der Kläger ist ausweislich der Revisionserwiderung nicht in der Lage, die in dem Vertrag enthaltenen Leistungsgegenstände durch Darlegung der seitens der Schuldnerin konkret erbrachten Maßnahmen näher auszufüllen.

17 (2) Vielmehr deutet die gesamte Vertragsgestaltung auf die jedenfalls im Wesentlichen nicht von einer Gegenleistung abhängige Gewährung verdeckter Innenprovisionen hin. Da hier allenfalls Tätigkeiten geringen Umfangs geschuldet waren, erweist sich die fortlaufend zu zahlende monatliche Vergütung über 50.000 DM schon bei Abschluss des Vertrages im Jahr 1997 als sittenwidrig (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 1994 - IV ZR 35/93, BGHZ 125, 135, 140).

Mit Rücksicht auf die der Schuldnerin faktisch von vornherein gewährten unentgeltlichen Leistungen ist es ohne Bedeutung, dass der Vertrieb des Anlagemodells infolge einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Bundesfinanzministeriums erschwert war. Soweit das Berufungsgericht auf eine Verpflichtung der Schuldnerin zur Beratung "in steuerlichen und rechtlichen Fragen" abstellt, widerspricht diese Erwägung - wie die Revision zutreffend rügt - dem ausdrücklichen Vertragsinhalt, wonach das Beschaffungsunternehmen "generell nicht" in steuerlichen und rechtlichen Fragen berät. Die von dem Berufungsgericht angeführte "Überprüfung akquirierter Investitionsobjekte" beschränkt sich nach dem Vertragswortlaut darauf, dass die Angemessenheit des Preises durch ein externes Gutachten - also nicht seitens der Schuldnerin - zu verifizieren ist.

18 (3) Ein Makler kann sich in Einklang mit der Würdigung des Berufungsgerichts eine erfolgsunabhängige Vergütung für seine Bemühungen versprechen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Juni 1968 - VIII ZR 188/66, WM 1968, 1148 f). Darum geht es indessen vorliegend nicht, weil der Schuldnerin eine erhebliche Vergütung nicht nur ungeachtet eines Erfolgs, sondern ganz unabhängig von ihren tatsächlichen Bemühungen zugesagt wurde. Ebenso kann nicht aus dem Umstand, dass bei Vereinbarungen über den Vertrieb steuerbegünstigter Kapitalanlagen Vergütungen weit über den Sätzen von Maklerprovisionen üblich sind (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 - III ZR 184/02, WM 2003, 2056, 2057), die Wirksamkeit der vorliegenden Abrede hergeleitet werden, die gerade keine Abschlussprovisionen zum Gegenstand hat. Umgekehrt lässt vielmehr die Zahlung erheblicher Abschlussprovisionen im Rahmen derartiger Anlagemodelle erkennen, dass die Vereinbarung einer außergewöhnlich hohen erfolgsunabhängigen Provision, durch die keine besonderen Anstrengungen entgolten werden, sittenwidrig ist. Dabei ist als weiterer Wertungsaspekt zu berücksichtigen, dass ein solches Provisionsversprechen zu Lasten der

darüber nicht orientierten Anleger geht, die mangels näherer Informationen lediglich mit Abschlussprovisionen rechnen und im Blick auf erfolgsunabhängige Vergütungen zumindest werthaltige tatsächliche Leistungen des begünstigten Dienstleisters erwarten (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2012 - III ZR 60/11, Rn. 21 WM 2012, 458).

19 bb) Zwar bedarf es neben der Feststellung des groben Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung eines Vortrags zu einer verwerflichen Gesinnung (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2009 - V ZR 178/08, NJW 2010, 363 Rn. 11). An den Vortrag der benachteiligten Partei sind jedoch keine hohen Anforderungen zu stellen. Diese muss die verwerfliche Gesinnung der anderen Vertragspartei nicht ausdrücklich behaupten; es genügt, wenn aus dem Kontext mit dem Vortrag zu einem groben objektiven Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung ersichtlich ist, dass die davon benachteiligte Vertragspartei sich auf die daraus begründete Vermutung einer verwerflichen Gesinnung der anderen Vertragspartei beruft (BGH, aaO Rn. 19). Nach dem Vorbringen der Beklagten ging es der Schuldnerin und ihren Initiatoren darum, erhebliche Mittel aus dem Vermögen der von ihnen beherrschten Beklagten auf die Schuldnerin und ihre Initiatoren überzuleiten. Damit hat sich die Beklagte ersichtlich auf eine verwerfliche Gesinnung der Schuldnerin berufen. Bei einer Provisionsvereinbarung lässt im Übrigen bereits das auffällige Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung zu (BGH, Urteil vom 16. Februar 1994, aaO S. 140; D. Fischer, Maklerrecht anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 2010, S. 18).

20 3. Erweist sich der Immobilienbeschaffungsvertrag wegen eines Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB als nichtig, gilt dies auch für den von den Parteien am 23. Dezember 1998 geschlossenen Darlehensvertrag.

21 a) Gegenstand dieses Darlehens bildeten nach § 1 Abs. 2 im Wesentlichen die von der Beklagten "anerkannten" Forderungen aus dem Immobilienbeschaffungsvertrag. Folglich handelt es sich hier in Übereinstimmung mit dem Berufungsgericht um ein Vereinbarungsdarlehen, bei dem die Parteien übereinkommen, dass ein ursprünglich aus einem anderen Rechtsgrund geschuldeter Betrag künftig als Darlehen geschuldet wird. Die Zulässigkeit einer solchen in § 607 Abs. 2 BGB aF ausdrücklich vorgesehenen Vereinbarung ergibt sich aus der Vertragsfreiheit (MünchKomm-BGB/Berger, 6. Aufl., § 488 Rn. 18 mwN). Im Blick auf etwaige der ursprünglichen Forderung anhaftende Wirksamkeitsmängel äußert eine solche Abrede unterschiedliche Rechtsfolgen.

22 Darum ist jeweils im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln, ob die Darlehensabrede die an sich bestehen bleibende alte Schuld nur inhaltlich abändern soll mit der Folge, dass die von der Abänderung nicht betroffenen Einwendungen aus dem alten Schuldverhältnis weiter gelten, oder ob eine Umschaffung gewollt ist mit der Folge, dass die alte Schuld erlischt und auch die gegen sie gegebenen Einwendungen wegfallen (kausale Schuldumschaffung), es sei denn, dass die alte Schuld überhaupt nicht bestanden hatte. Schließlich kann im Wege der Umschaffung eine neue abstrakte Schuld im Sinne der §§ 780, 781 BGB begründet worden sein (abstrakte Schuldumschaffung), die jedoch bei Nichtbestehen der alten Schuld nach § 812 BGB kondiziert werden kann (BGH, Urteil vom 25. September 1958 - VII ZR 85/57, BGHZ 28, 164, 166 f; Beschluss vom 8. November 1978 - IV ARZ 73/78, NJW 1979, 426, 427).

23 b) Wegen der weitgreifenden Wirkungen einer kausalen wie auch abstrakten Schuldumschaffung muss ein dahingehender Vertragswille deutlich erkennbar zum Ausdruck gekommen sein; er kann bei einem Vereinbarungs-

darlehen nicht vermutet werden. Vielmehr ist im Zweifel anzunehmen, dass die alte Schuld nach Darlehensgrundsätzen - etwa bezüglich der Zinsen und Kündigungsfristen - nur umgestaltet wird, ihrem Kern nach aber bestehen bleibt (BGH, Beschluss vom 8. November 1978, aaO S. 427 mwN). So verhält es sich auch im Streitfall.

24 aa) Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist vorliegend davon auszugehen, dass die alte Schuld aus dem Immobilienbeschaffungsvertrag fortwirkt und lediglich nach Darlehensgrundsätzen umgeformt wurde. Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, hier liege ein kausales Anerkenntnis vor. Die Beklagte hat ausweislich des Vertrages lediglich die in der Vertragsanlage bezeichneten Einzelforderungen aus dem Immobilienbeschaffungsvertrag der Höhe nach anerkannt. Darin liegt ein rechnerisches, hingegen kein rechtliches Anerkenntnis im Sinne eines Einwendungsausschlusses.

25 bb) Selbst wenn man von einer kausalen Umschaffung ausginge, würde sie ins Leere gehen, weil die alte Schuld aus dem Immobilienbeschaffungsvertrag infolge des Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB nicht bestand (BGH, Urteil vom 25. September 1958, aaO S. 167 f; vom 14. Januar 1972 - V ZR 164/69, WM 1972, 384, 386; Beschluss vom 8. November 1978, aaO; MünchKomm-BGB/Berger, aaO, § 488 Rn. 22). Bei Annahme einer abstrakten Umschaffung wäre die Beklagte mit Rücksicht auf den mangels Bestand der alten Verbindlichkeit fehlenden Rechtsgrund gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu einer Kondiktion der abstrakten Verbindlichkeit berechtigt (BGH, Urteil vom 25. September 1958, aaO S. 166 f; MünchKomm-BGB/Berger, aaO).

26 4. Verstoßen der Immobilienbeschaffungsvertrag und der Darlehensvertrag vom 23. Dezember 1998 gegen § 138 Abs. 1 BGB, entbehren die von dem

Kläger verfolgten Ansprüche der Schuldnerin bereits einer vertraglichen Grundlage. Bei dieser Sachlage konnte erstmals durch die dreiseitige Vereinbarung vom 22. Dezember 1999 ein Zahlungsanspruch zugunsten der Schuldnerin begründet worden sein. Aus diesem Vertrag sind jedoch keine Rechte der Schuldnerin erwachsen, weil nach seinem Inhalt die Darlehensforderung der Schuldnerin mangels Zuführung von Genossenschaftseinlagen über 15 Mio. DM als erlassen gilt.

III.

27 Für eine Anfechtung der Vereinbarung vom 22. Dezember 1999 auf der Grundlage des § 134 Abs. 1 InsO ist kein Raum, wenn die vorausgegangenen, zwischen der Schuldnerin und der Beklagten geschlossenen Verträge im Blick auf § 138 Abs. 1 BGB unwirksam waren. Denn in diesem Fall hätte die Schuldnerin im Rahmen der Vereinbarung vom 22. Dezember 1999 nicht auf einen bestehenden Anspruch verzichtet, sondern erstmals - wenn auch unter einschränkenden Voraussetzungen - einen wirksamen Anspruch erworben. Selbst wenn der Immobilienbeschaffungsvertrag und der Darlehensvertrag vom 23. Dezember 1998 wirksam wären, kann die Vereinbarung vom 22. Dezember 1999 nicht als unentgeltlich angefochten werden.

28 1. Der Erlass einer werthaltigen Forderung ohne Gegenleistung ist grundsätzlich als unentgeltlich zu bewerten (MünchKomm-InsO/Kirchhof, 2. Aufl., § 134 Rn. 40a; HK-InsO/Kreft, 6. Aufl., § 134 Rn. 12; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2010, § 134 Rn. 78; FK-InsO/Dauernheim, 6. Aufl., § 134 Rn. 29; Haas, ZInsO 2007, 464, 472; vgl. BGH, Urteil vom 4. März 1999 - IX ZR

63/98, BGHZ 141, 96, 101). Vorliegend ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Forderungserlass im Rahmen eines Vergleichs vereinbart wurde.

29 a) Voraussetzung eines Vergleichs ist gemäß § 779 Abs. 1 BGB ein Streit oder eine Ungewissheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis.

30 aa) Im Streitfall war zum einen eine rechtliche Ungewissheit über die Wirksamkeit der Vereinbarung vom 23. Dezember 1998 eingetreten (vgl. BGH, Urteil vom 6. November 1991 - XII ZR 168/90, NJW-RR 1992, 363 f). Der neue Vorstand der Beklagten hatte die Zahlungen aus dem Darlehensvertrag an die Schuldnerin eingestellt und mit der Begründung auf den Abschluss des neuen Vertrages gedrungen, sich von den die Initiatoren bereichernden Knebelungsverträgen lösen zu wollen. Dies hat die Beklagte entgegen der Revisionserwiderung in den Tatsacheninstanzen ausdrücklich vorgetragen, ohne dass der Kläger dies bestritten hätte (vgl. Klageerwiderung vom 10. Mai 2010). Vor diesem Hintergrund bestanden insbesondere rechtliche Unwägbarkeiten über den Bestand der Forderung.

31 bb) Gemäß § 779 Abs. 2 BGB steht es der Ungewissheit über ein Rechtsverhältnis gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist, insbesondere Zweifel an der Leistungsfähigkeit des Schuldners bestehen (BGH, Urteil vom 12. Dezember 1991 - IX ZR 178/91, BGHZ 116, 319, 330; MünchKomm-BGB/Habersack, 5. Aufl., § 779 Rn. 25). Auch diese Voraussetzung liegt vor, weil ausweislich des Vertrages vom 22. Dezember 1999 die Verwirklichung der Zahlungsansprüche der Schuldnerin gegen die Beklagte aus dem Vertrag vom 23. Dezember 1998 gefährdet war.

32 b) Ein gegenseitiges Nachgeben kann als weiteres Merkmal eines Vergleichs ebenfalls festgestellt werden. In der Vorbemerkung des Vertrages wird auf die bisher zwischen der Schuldnerin und der Beklagten bestehenden Vereinbarungen, den Immobilienbeschaffungsvertrag und den Darlehensvertrag, hingewiesen. Anschließend werden beide Verträge dahin modifiziert, dass die in dem Immobilienbeschaffungsvertrag vereinbarte monatliche erfolgsunabhängige Vergütung für die Zukunft abbedungen und die Rückzahlung des Darlehens vom Vertrieb der Genossenschaftsanteile abhängig gemacht wird. Die Schuldnerin hat damit auf ihre rechtlichen Bedenken unterliegende Darlehensforderung nicht vollständig verzichtet. Vielmehr wurde die Rückzahlung des Darlehens an die Gewinnung von Genossenschaftseinlagen gekoppelt. Demgegenüber hat die Beklagte nicht mehr ihren Standpunkt von der Sittenwidrigkeit der Darlehensforderung weiter verfolgt und damit das Fehlen jeglicher Verbindlichkeit geltend gemacht, sondern sich unter bestimmten wirtschaftlichen Voraussetzungen zur Darlehensrückzahlung verpflichtet. Mithin ist in der Vereinbarung ein wechselseitiges Nachgeben beider Vertragspartner zu erblicken.

33 c) Ein Vergleich wirkt regelmäßig nicht schuldumschaffend (BGH, Urteil vom 7. März 2002 - III ZR 73/01, NJW 2002, 1503 mwN; vom 24. Juni 2003 - IX ZR 228/02, NJW 2003, 3345, 3346, insoweit in BGHZ 155, 199 nicht abgedruckt). Folglich ändert der Vergleich das ursprüngliche Schuldverhältnis nur insoweit, als in ihm streitige oder ungewisse Punkte geregelt werden. Im Übrigen bleibt das ursprüngliche Rechtsverhältnis nach Inhalt und Rechtsnatur unverändert fortbestehen (BGH, Urteil vom 23. Juni 2010 - XII ZR 52/08, NJW 2010, 2652 Rn. 15). Darum ist im Streitfall anzunehmen, dass durch den Vergleich insbesondere die Frage der Sittenwidrigkeit des Darlehens außer Streit

gestellt wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 11. Oktober 1994 - XI ZR 18/94, NJW 1995, 961).

34 2. Da nach dem Inhalt des hier getroffenen Vergleichs zwischen der Schuldnerin und der Beklagten ein angemessener Interessenausgleich gefunden wurde, scheidet die Annahme der Unentgeltlichkeit (§ 134 InsO) aus.

35 a) Wird ein Vergleich abgeschlossen, um die bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben zu beseitigen, so lässt dies vermuten, dass die vereinbarte Regelung die gegenseitigen Interessen ausgewogen berücksichtigt hat. Innerhalb der von objektiver Ungewissheit gekennzeichneten Vergleichslage haben die Parteien für ihr gegenseitiges Nachgeben einen Ermessens- und Bewertungsspielraum (BGH, Urteil vom 9. November 2006 - IX ZR 285/03, WM 2007, 708 Rn. 16). Wird die ernstliche Ungewissheit darüber, was der Gesetzeslage entspricht, durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt, ist die Vermutung gerechtfertigt, dass das gegenseitige Nachgeben der Beteiligten in der ungewissen Sach- und Rechtslage begründet ist und demzufolge eine unentgeltliche Leistung ausschließt. Auf eine rechnerische Gegenüberstellung des beiderseitigen Nachgebens gegenüber der jeweiligen Ausgangsposition kommt es in diesem Rahmen nicht an (BGH, aaO Rn. 17). Das vergleichsweise Nachgeben eines Teils kann danach erst dann als unentgeltliche Leistung gewertet werden, wenn der Vergleichsinhalt den Bereich verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft sein kann (BGH, aaO Rn. 17 f). Findet sich ein Gläubiger ohne Ungewissheit der Sach- oder Rechtslage infolge eines Liquiditätsengpasses oder aus sonstigen Gründen bereit, vergleichsweise einen Teil seiner Forderungen aufzugeben, so ist ein solcher Vergleich in der Regel nach § 134

InsO anfechtbar, sofern seine Vorteile das Nachgeben des Gläubigers nicht aufwiegen (BGH, aaO Rn. 18).

36 b) Nach diesen Maßstäben kann der von der Schuldnerin gewährte Forderungserlass nicht als unentgeltlich erachtet werden. Durch den Vergleich vom 22. Dezember 1999 wurden bei verständiger Würdigung dem Immobilienbeschaffungsvertrag und der Vereinbarung vom 23. Dezember 1998 anhaftende, die rechtliche Wirksamkeit wie auch die tatsächliche Durchsetzbarkeit betreffende Ungewissheiten beseitigt.

37 aa) Es bestanden gewichtige rechtliche Bedenken gegen die Gültigkeit sowohl des Immobilienbeschaffungsvertrages als auch des darauf aufbauenden Darlehensvertrages. Die Schuldnerin hatte vor dem Hintergrund des § 138 Abs. 1 BGB erhebliche Unwägbarkeiten im Blick auf die Rechtswirksamkeit ihrer aus der erfolgsunabhängigen Provisionsabrede herrührenden, gegen die Beklagte gerichteten Forderungen zu befürchten. Dabei bestand die naheliegende Gefahr, dass mangels eines Nachweises eigener nachhaltiger Leistungen die beträchtlichen Forderungen der Schuldnerin wegen ihrer rechtlichen Einordnung als sittenwidriges Entgelt - verbunden mit einem Ansehensverlust - insgesamt entfallen konnten. Aus diesem Grund wurde die Vereinbarung jedenfalls für die Zukunft von einer erfolgsunabhängigen in eine erfolgsabhängige Vergütung umgestaltet.

38 bb) Zum anderen waren die gegen die Beklagte gerichteten Forderungen der Schuldnerin ausweislich des Vergleichsinhalts mangels eines Erwerbs einer hinreichenden Zahl von Mitgliedseinlagen nicht werthaltig. Die Schuldnerin musste befürchten, von der Beklagten keine Befriedigung ihrer Forderungen zu erlangen. Zwar diente der Vergleichsabschluss nach seinem weiteren Inhalt

auch der Beseitigung eines Liquiditätsengpasses der Schuldnerin, was eine Unentgeltlichkeit nahelegen könnte (BGH, aaO Rn. 18). Jedoch wurden von der Schuldnerin in dem Vergleich nicht feststehende oder leicht durchsetzbare Forderungspositionen aufgegeben, um dringend benötigte Liquidität zu gewinnen (BGH, aaO Rn. 20). Berücksichtigt man vielmehr die rechtlichen Unwägbarkeiten der Wirksamkeit des Immobilienbeschaffungsvertrages wie auch des Darlehensvertrages sowie die mangelnde Leistungsfähigkeit auch der Beklagten, so wird das Nachgeben der Schuldnerin voll aufgewogen, indem ihre Forderungen durch den Vergleich auf eine rechtsverbindliche Grundlage gestellt wurden. Daher ist eine Anfechtung nach § 134 InsO nicht begründet.

IV.

39 1. Das angefochtene Urteil ist, weil sich die Revision als begründet erweist, gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Da die Aufhebung des Urteils nur wegen Rechtsverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis erfolgt und nach letzterem die Sache zur Endentscheidung reif ist, kann der Senat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst entscheiden und die Klage abweisen.

40 2. Die Entscheidung erweist sich auch aus anderen Gründen nicht als zutreffend. Auch der Anfechtungstatbestand des § 133 Abs. 1 InsO ist nicht erfüllt.

41 a) Die einen Benachteiligungsvorsatz nahelegenden Beweisanzeichen der Inkongruenz und der erkannten Zahlungsunfähigkeit können durch die Umstände des Einzelfalls entkräftet sein, wenn diese ergeben, dass die angefoch-

tene Rechtshandlung von einem anderen, anfechtungsrechtlich unbedenklichen Willen geleitet war und das Bewusstsein der Benachteiligung anderer Gläubiger infolgedessen in den Hintergrund getreten ist (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2011 - IX ZR 156/09, WM 2012, 146 Rn. 11, 18). Die Inkongruenz eines Abfindungsvergleichs kann ihre indizielle Wirkung verlieren, wenn der Betrag, auf den der Schuldner gegenüber seinem Vertragspartner verzichtet, bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise im Wesentlichen durch die Verringerung der von ihm selbst zu erbringenden Leistung abgegolten wird (BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 - IX ZR 128/01, WM 2004, 1583, 1585). Ebenso kann bei einem Vergleichsschluss ein Benachteiligungsvorsatz ausscheiden, wenn ein von dem Schuldner gewährter Forderungsnachlass wegen der unklaren Rechtslage durch die rechtlichen Risiken der Durchsetzung der Gesamtforderung aufgewogen wird.

42 b) Danach scheidet im vorliegenden Fall eine Anfechtung aus. Die Provisionsforderungen der Schuldnerin waren vor dem Hintergrund des § 138 BGB mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten behaftet. Die Schuldnerin stand vor der Alternative, ihre Forderung entweder durchsetzen zu können oder zu verlieren. Dabei sprachen gewichtige Gesichtspunkte für eine Unwirksamkeit der Provisionsvereinbarung wegen eines Verstoßes gegen § 138 Abs. 1 BGB. Ein Benachteiligungswille der Schuldnerin liegt auch deshalb fern, weil die Durchsetzung ihrer Forderung gegen die Beklagte mit Rücksicht auf deren Liquiditätslage erheblich gefährdet war. Vor diesem Hintergrund stellt der Vergleichs-

schluss im Streitfall eine angemessene, nicht durch einen Benachteiligungsvorsatz motivierte rechtliche Reaktion dar.

Kayser Gehrlein Vill

Fischer Grupp

Vorinstanzen:
LG Dresden, Entscheidung vom 13.08.2010 - 3 O 3298/09 -
OLG Dresden, Entscheidung vom 02.03.2011 - 13 U 1447/10 -