



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 229/17

Verkündet am:
15. November 2018
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 129 Abs. 1

a) Gewährt der Schuldner ein Darlehen, führt die dem Darlehensnehmer verschaffte Kapitalnutzung nur zu einer Gläubigerbenachteiligung, wenn die Nutzungsüberlassung das Aktivvermögen des Schuldners verkürzt.

b) Sind die dem Anfechtungsgegner zur Nutzung überlassenen Gegenstände der geschäftlichen Tätigkeit des Schuldners zuzuordnen, genügt in der Regel die Feststellung, dass dem Schuldner eine wirtschaftliche Nutzung des Gegenstandes zum Vorteil der Gläubiger rechtlich und tatsächlich möglich war.

InsO § 134 Abs. 1

Die mit der zinslosen Überlassung eines Darlehens eingeräumte Kapitalnutzung stellt eine unentgeltliche Leistung des Schuldners dar.

ZPO § 304; InsO § 143

Bei einem Grundurteil über den Anfechtungsanspruch ist der Einwand des Anfechtungsgegners, er sei durch die unentgeltliche Leistung nicht (mehr) bereichert, nur insoweit zu prüfen, als nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anfechtungsanspruch in irgendeiner Höhe besteht.

BGH, Urteil vom 15. November 2018 - IX ZR 229/17 - OLG Dresden
LG Dresden

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Grupp, die Richterin Möhring und den Richter Dr. Schoppmeyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 20. September 2017, berichtigt durch Beschluss vom 17. Oktober 2017, aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 J. B. (fortan: Schuldner) gewährte dem Beklagten drei zinslose Darlehen; hierüber schloss er mit dem Beklagten jeweils einen Darlehensvertrag. Am 20. Dezember 2010 erhielt der Beklagte 60.000 € als Darlehen, die er am 7. Juli 2011 zurückzahlte. Am 7. Oktober 2011 erhielt der Beklagte weitere 950.000 € als Darlehen, die er in drei Teilbeträgen im Dezember 2012 zurückzahlte. Am 28. November 2011 erhielt der Beklagte weitere 600.000 € als Dar-

lehen, die er in zwei Teilbeträgen am 20. Dezember 2012 und am 7. Februar 2013 zurückzahlte.

2 Auf einen Antrag vom 31. Januar 2014 eröffnete das Insolvenzgericht am 28. Juli 2014 das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners und bestellte den Kläger zum Insolvenzverwalter. Mit Schreiben vom 11. März 2016 forderte der Kläger den Beklagten im Wege der Insolvenzanfechtung auf, nachträglich Zinsen in Höhe von 4 vom Hundert auf die Darlehen zu entrichten. Dies lehnte der Beklagte ab.

3 Mit seiner Klage verlangt der Kläger auf der Grundlage eines Zinssatzes von 5,5 vom Hundert Zinsen in Höhe von insgesamt 113.834,74 €. Das Landgericht hat der Klage durch Grundurteil stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist zulässig; sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

5 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, eine anfechtbare Rechtshandlung des Schuldners sei darin zu sehen, dass er dem Beklagten die Darlehen ausgereicht habe. Es sei auf das positive Tun abzustellen, zumal der Hingabe der

Darlehensvaluta Darlehensverträge zwischen dem Schuldner und dem Beklagten zugrunde gelegen hätten. Die unentgeltliche Überlassung von Kapital sei gläubigerbenachteiligend, weil den Gläubigern für die Laufzeit des Darlehens der übliche Zins entgehe. Maßgeblich sei eine abstrakte Betrachtungsweise. Der Kläger habe hinreichend dargelegt, dass der Schuldner eine Rendite von 5,5 vom Hundert am Markt hätte erwirtschaften können. Die Einwendung des Beklagten, der Schuldner habe auch sonst keine Rendite erwirtschaftet, stelle einen hypothetischen Kausalverlauf dar, der im Anfechtungsrecht unbeachtlich sei.

6 Die Hingabe des Darlehens sei unentgeltlich im Sinne des § 134 Abs. 1 InsO erfolgt. Dies gelte wegen der mit dem Darlehen verbundenen Rückzahlungspflicht zwar nicht für das Darlehenskapital. Doch stelle die zinsfreie Nutzungsmöglichkeit eine unentgeltliche Leistung dar. Dies sei unabhängig davon, ob ein Dritter in der vergleichbaren Situation Zinsen verlangt hätte. Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 13. Oktober 2016 (IX ZR 184/14) folge nichts anderes. Die Zinszahlungspflicht stehe als eigenständige Leistungspflicht neben der Rückzahlungspflicht. Daher sei ein unverzinsliches Darlehen teilweise unentgeltlich. Die Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO beschränke sich auf den unentgeltlichen Teil.

7 Der Beklagte könne dem Anspruch keine bereicherungsrechtlichen Einwände entgegensetzen. Eine Entreicherung nach § 143 Abs. 2 Satz 1 InsO, § 818 Abs. 3 BGB komme zwar in Betracht, wenn das gesamte Aktivvermögen des Anfechtungsgegners die Rückforderung nicht mehr decke. Dies stehe jedoch mangels eines ausreichenden Vortrags des Beklagten zumindest gegenwärtig nicht fest.

II.

8 Das hält in einem Punkt rechtlicher Überprüfung nicht stand. Mit der Begründung des Berufungsgerichts lässt sich eine objektive Gläubigerbenachteiligung nicht bejahen.

9 1. Allerdings bejaht das Berufungsgericht zutreffend eine Rechtshandlung des Schuldners. Der Schuldner hatte sich gegenüber dem Beklagten in den Darlehensverträgen von Oktober 2010, September 2011 und November 2011 dazu verpflichtet, dem Beklagten Geld auf Zeit zur Verfügung zu stellen. Die Rechtshandlung liegt damit in der Darlehensgewährung (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2018 - IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 Rn. 12). Dies gilt entgegen der Annahme der Revision auch bei der Vereinbarung eines unentgeltlichen Darlehens. Insbesondere ist nicht etwa zwischen dem Abschluss des Darlehensvertrags als Rechtshandlung und dem Unterlassen einer Entgeltvereinbarung zu unterscheiden. Die nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbare Rechtshandlung liegt vielmehr in der Mittelüberlassung auf Zeit.

10 2. Jedoch genügen die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht, um eine Gläubigerbenachteiligung annehmen zu können.

11 a) Eine Gläubigerbenachteiligung liegt grundsätzlich vor, wenn die angefochtene Rechtshandlung entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt hat (BGH, Urteil vom 7. Februar 2002 - IX ZR 115/99, ZIP 2002, 489; vom 6. April 2006 - IX ZR 185/04, ZIP 2006, 1009 Rn. 20; vom 9. Juli 2009 - IX ZR 86/08, NZI 2009, 644 Rn. 25), wenn sich also mit anderen Worten die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die Hand-

lung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten (BGH, Urteil vom 11. November 1993 - IX ZR 257/92, BGHZ 124, 76, 78 f; vom 9. Juli 2009, aaO Rn. 25; vom 25. Januar 2018 - IX ZR 299/16, WM 2018, 328 Rn. 9 mwN). Hingegen fehlt es an einer Gläubigerbenachteiligung, wenn der Schuldner nur einen möglichen Erwerb unterlässt. Dieses Unterlassen ist nicht anfechtbar, weil es nicht zu einer Minderung des Schuldnervermögens führt, sondern lediglich dessen Mehrung verhindert (BGH, Urteil vom 2. April 2009 - IX ZR 236/07, WM 2009, 1042 Rn. 15; vom 19. Juli 2018 - IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 Rn. 15 mwN).

12 b) Nach diesen Maßstäben handelt es sich um eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung, wenn der Schuldner einem Dritten einen Geldbetrag darlehensweise auf Zeit überlässt und dadurch das Aktivvermögen des Schuldners um den wirtschaftlichen Wert der Nutzungsvorteile verkürzt wird. Dabei kommt es - wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat - nicht darauf an, inwieweit eine Unterlassung anfechtbar ist. Vielmehr gehört die Nutzungsmöglichkeit von Geld zum Vermögen des Schuldners.

13 aa) Steht dem Schuldner Geld zur Verfügung, kann er den darin liegenden wirtschaftlichen Wert sowohl durch eine Eigennutzung als auch durch eine Fremdnutzung erzielen. Stellt der geschäftlich tätige Schuldner Geld einem Dritten zur Verfügung und verschafft er diesem so die bestehende Nutzungsmöglichkeit, entscheidet er sich für eine wirtschaftliche Nutzung des Geldes. Der darin liegende Wert entgeht der Insolvenzmasse, so dass die für die Gläubiger zur Verfügung stehende Aktivmasse verkürzt wird (ebenso BGH, Urteil vom 19. Juli 2018 - IX ZR 307/16, aaO Rn. 17 zur Nutzungsmöglichkeit eines Grundstücks).

- 14 Maßgeblich ist, dass der Schuldner die Verfügungsmöglichkeit über das Geld, die einen eigenen Vermögenswert darstellt, einem Dritten auf Zeit überlässt. Verzichtet er in diesem Fall darauf, eine Gegenleistung zu verlangen, obwohl dies nach den Umständen möglich und üblich wäre, liegt eine gläubigerbenachteiligende Handlung des Schuldners vor. Denn die Anfechtungsvorschriften zielen darauf, den ohne die anfechtbare Rechtshandlung bestehenden Haftungsverband des schuldnerischen Vermögens wieder herzustellen. Dazu gehört auch der durch die Rechtshandlung des Schuldners herbeigeführte Erfolg benachteiligender Wirkungen, indem der Schuldner einen Vermögensgegenstand einem Dritten zur Verfügung stellt, dem im Geschäftsverkehr üblicherweise ein Wert zukommt und der deshalb in der Regel nur gegen ein Entgelt übertragen wird. In diesen Fällen liegt im Verzicht auf ein üblicherweise zu erwartendes Entgelt keine nach § 129 Abs. 2 InsO anfechtbare Unterlassung. Vielmehr stellt die Weggabe des Vermögensgegenstandes eine nach § 129 Abs. 1 InsO anfechtbare Rechtshandlung dar, deren gläubigerbenachteiligende Wirkungen auch im Verlust der zu erwartenden Gegenleistung liegen können (BGH, Urteil vom 19. Juli 2018 - IX ZR 307/16, aaO Rn. 18 f mwN).
- 15 bb) Diese Voraussetzungen können mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht bejaht werden. Im Streitfall fehlen ausreichende Feststellungen, um annehmen zu können, dass die dem Beklagten durch die unentgeltliche Überlassung der Darlehensvaluta auf Zeit verschaffte Kapitalnutzung das Aktivvermögen des Schuldners verkürzt hat.
- 16 (1) Die Anfechtung setzt voraus, dass die Rechtshandlung eine Gläubigerbenachteiligung herbeigeführt hat. Die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen, die der Insolvenzverwalter im Wege der Anfechtung rückgängig zu machen beabsichtigt, müssen durch die Rechtshandlung verursacht worden sein.

Erforderlich ist ein ursächlicher Zusammenhang, wonach den Insolvenzgläubigern - wird die angefochtene Rechtshandlung hinweggedacht - ein entsprechender Zugriff auf das Vermögensobjekt möglich wäre (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 1999 - IX ZR 102/97, BGHZ 143, 246, 253; vom 9. Juni 2005 - IX ZR 152/03, WM 2005, 1474, 1475 unter II.3.a.; MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 129 Rn. 169). Es ist nicht Zweck der Insolvenzanfechtung, der Insolvenzmasse Vermögensvorteile zu verschaffen, die sie ohne die anfechtbare Rechtshandlung nicht erlangt hätte (BGH, Urteil vom 26. Mai 1971 - VIII ZR 61/70, WM 1971, 908; vom 26. Januar 1983 - VIII ZR 254/81, BGHZ 86, 349, 354 f). Entscheidend ist, ob die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger ohne die anfechtbare Rechtshandlung günstiger gewesen wären (BGH, Urteil vom 28. Januar 2016 - IX ZR 185/13, WM 2016, 427 Rn. 24 mwN).

17

Die Frage des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Rechtshandlung und der Gläubigerbenachteiligung ist aufgrund des realen Geschehens zu beurteilen. Für hypothetische, nur gedachte Kausalverläufe ist insoweit kein Raum (BGH, Urteil vom 20. Januar 2011 - IX ZR 58/10, WM 2011, 371 Rn. 14; vom 17. Juli 2014 - IX ZR 240/13, WM 2014, 1588 Rn. 13; vom 4. Februar 2016 - IX ZR 77/15, WM 2016, 518 Rn. 17; vom 9. Juni 2016 - IX ZR 153/15, WM 2016, 1455 Rn. 30). Sie können die Ursächlichkeit einer Rechtshandlung für die Gläubigerbenachteiligung nicht ausschließen und im Regelfall auch nicht begründen (BGH, Urteil vom 19. April 2007 - IX ZR 199/03, ZIP 2007, 1164 Rn. 19; vom 7. März 2013 - IX ZR 7/12, ZIP 2013, 734 Rn. 22; HK-InsO/Thole, 9. Aufl., § 129 Rn. 84). Hiervon ist jedoch die Feststellung der Gläubigerbenachteiligung zu unterscheiden. Hierzu ist zu vergleichen, wie sich das schuldenrische Vermögen mit und ohne die angefochtene Rechtshandlung darstellt. Eine Gläubigerbenachteiligung kann nur bejaht werden, wenn feststeht, dass die angefochtene Rechtshandlung - hier die Nutzungsüberlassung des Geldes -

das Aktivvermögen des Schuldners verkürzt oder das Passivvermögen erhöht hat. Steht auf dieser Grundlage eine Gläubigerbenachteiligung fest, kann der Anfechtungsgegner diesem Kausalverlauf nicht entgegenhalten, die tatsächlich eingetretene Gläubigerbenachteiligung wäre - hypothetisch - auf andere Art und Weise ebenfalls eingetreten oder entfallen.

18 Behauptet der Anfechtungsgegner hingegen einen Sachverhalt, aufgrund dessen auf der Grundlage des realen Geschehens bereits keine Gläubigerbenachteiligung eintritt, beruft sich der Anfechtungsgegner - was das Berufungsgericht übersieht - nicht auf einen unbeachtlichen hypothetischen Kausalverlauf, sondern bestreitet die Kausalität. In diesem Fall muss der Insolvenzverwalter darlegen und beweisen, dass eine Gläubigerbenachteiligung tatsächlich eingetreten ist. Überlässt der Schuldner einem Dritten einen Vermögensgegenstand zur Nutzung, kann die entgangene Nutzungsmöglichkeit regelmäßig nur unter dem Gesichtspunkt einer Verkürzung der Aktivmasse zu einer Gläubigerbenachteiligung führen. Unter diesen Voraussetzungen meint das Berufungsgericht zu Unrecht, bei dem Einwand des Beklagten, der Schuldner habe das Geld auch sonst nicht mit Rendite eingesetzt, handele es sich um einen hypothetischen Kausalverlauf, der im Anfechtungsprozess außer Betracht zu bleiben habe. Mit diesem Einwand bestreitet der Beklagte, dass die unentgeltliche Nutzungsüberlassung zu einer Minderung des Aktivvermögens geführt hat; damit leugnet er eine Gläubigerbenachteiligung auf der Grundlage des realen Geschehens.

19 (2) Verschafft die Rechtshandlung dem Anfechtungsgegner eine Nutzungsmöglichkeit auf Zeit, hat der Tatrichter die Gläubigerbenachteiligung im Einzelfall festzustellen. Entscheidend ist, ob die Nutzungen (§ 100 BGB) eines dem Schuldner gehörenden Vermögensgegenstandes einen Teil seines Aktiv-

vermögens bilden. Überlässt der Schuldner einem Dritten Geld auf Zeit, wird das Aktivvermögen des Schuldners nicht in jedem Fall um die Nutzungsvorteile verkürzt. Anders als das Berufungsgericht meint, genügt eine abstrakte Betrachtungsweise nicht in allen Fällen. Sind Nutzungen kein Teil des Aktivvermögens, spielt es anfechtungsrechtlich keine Rolle, ob der Schuldner diesen Erwerb dadurch unterlässt, dass er den Vermögensgegenstand selbst ungenutzt lässt oder dass er die Nutzungsmöglichkeit einem Dritten überlässt.

20 (a) Der Tatrichter kann die Nutzungsvorteile regelmäßig als Teil des Aktivvermögens ansehen, wenn der Schuldner geschäftlich tätig ist und die Gegenstände der geschäftlichen Tätigkeit des Schuldners zuzuordnen sind. Im Allgemeinen ist anzunehmen, dass ein geschäftlich tätiger Schuldner mögliche Nutzungen ziehen wird; die Nutzungsvorteile der dem Geschäftsvermögen zuzuordnenden Gegenstände sind daher in der Regel anfechtungsrechtlich Teil seines Aktivvermögens. In diesem Fall kann es für eine Gläubigerbenachteiligung genügen, dass dem geschäftlich tätigen Schuldner rechtlich und tatsächlich möglich war, Nutzungsvorteile durch eine Eigen- oder Fremdnutzung zu erzielen (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2018 - IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 Rn. 20 ff). Dies hat der Insolvenzverwalter zu beweisen.

21 Soweit der Bundesgerichtshof eine Gläubigerbenachteiligung durch eine Nutzungsüberlassung angenommen hat, betrafen diese Entscheidungen stets einen geschäftlich tätigen Schuldner, der Teile des seiner Geschäftstätigkeit dienenden Vermögens Dritten auf Zeit zur Nutzung überließ. Daher benachteiligt es die Gläubiger in der Insolvenz einer Bank, wenn diese einem Dritten ein langfristiges Darlehen zu einem geringeren als dem marktüblichen Zinssatz gewährt, weil den Gläubigern dadurch für die Laufzeit des Darlehens der übliche Zins entgeht (BGH, Urteil vom 21. April 1988 - IX ZR 71/87, ZIP 1988, 725

unter II.1.; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 57). Gleiches gilt in der Insolvenz eines Bauunternehmens, wenn dieses seine Arbeitnehmer einem Dritten überlässt, ohne das für die Überlassung erzielbare Entgelt zu verlangen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - IX ZR 336/01, ZIP 2004, 671, 672 unter II.2.b.; vom 26. Juni 2008 - IX ZR 144/05, ZIP 2008, 1435 Rn. 30). Ebenso kann in der Insolvenz eines Krankenhauses darin eine Gläubigerbenachteiligung liegen, dass das Krankenhaus einem Dritten ein ihm gehörendes Krankenhausgebäude unentgeltlich zur Nutzung überlässt (BGH, Urteil vom 19. Juli 2018 - IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 Rn. 16 ff).

22 (b) Hiervon unterscheidet sich der Streitfall; das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass die dem Beklagten überlassenen Geldbeträge zum geschäftlich eingesetzten Vermögen des Schuldners gehörten. Fehlt es an einer geschäftlichen Tätigkeit des Schuldners oder sind die Gegenstände nicht der geschäftlichen Tätigkeit des Schuldners zuzuordnen, kann allein daraus, dass der Schuldner einem Dritten einen Geldbetrag aus seinem Privatvermögen darlehensweise überlässt, regelmäßig nicht darauf geschlossen werden, dass die entgangenen Nutzungsvorteile eine Gläubigerbenachteiligung herbeigeführt haben. Vielmehr erfordert die Gläubigerbenachteiligung in Form einer Verkürzung des Aktivvermögens um die Nutzungsvorteile des Geldes in diesem Fall die Feststellung, dass der Schuldner ohne die darlehensweise, aber zinslose Überlassung des Geldes tatsächlich Nutzungsvorteile erzielt hätte. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestand für den Schuldner lediglich eine allein aus seiner Stellung als Rechtsinhaber folgende Nutzungsmöglichkeit. Umstände, die es rechtfertigen, die Nutzungen (§ 100 BGB) aus den dem Beklagten darlehensweise überlassenen Geldbeträgen als Bestandteil des Aktivvermögens anzusehen, sind nicht festgestellt. Hätte der Schuldner selbst keine Nutzungen aus den seinem Privatvermögen zuzuord-

nenden Gegenständen gezogen, führt diese unterlassene Nutzung zu keiner Gläubigerbenachteiligung, weil der Schuldner damit nur einen möglichen Erwerb unterlässt.

III.

23 Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

24 1. Zutreffend nimmt das Berufungsgericht eine unentgeltliche Leistung gemäß § 134 Abs. 1 InsO an. Entgegen der Auffassung der Revision erfüllt die zinslose Hingabe eines Darlehens hinsichtlich der Kapitalnutzung die Voraussetzungen des § 134 Abs. 1 InsO.

25 Zwar ist die Hingabe der Darlehensvaluta entgeltlich, weil der Empfänger zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet ist (BGH, Urteil vom 13. Oktober 2016 - IX ZR 184/14, BGHZ 212, 272 Rn. 14). Dies ändert jedoch nichts daran, dass die dem Beklagten mit der zinslosen Überlassung auf Zeit eingeräumte Kapitalnutzung eine unentgeltliche Leistung des Schuldners darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2018 - IX ZR 307/16, ZIP 2018, 1601 Rn. 25 ff; Münch-Komm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 25; Jaeger/Henckel, InsO, § 129 Rn. 57, § 134 Rn. 34; aA wohl Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2016, § 134 Rn. 50). Eine unentgeltliche Leistung im Zwei-Personen-Verhältnis liegt stets vor, wenn der leistende Schuldner für den von ihm aufgegebenen Vermögenswert keine diesem entsprechende Gegenleistung erhalten soll, weil den Empfänger seinerseits keine Leistungsverpflichtung trifft und insoweit kein die Leistung des Schuldners ausgleichender Vermögenswert vorliegt (BGH, Urteil vom 20. April 2017 - IX ZR 252/16, BGHZ 214, 350 Rn. 10 f mwN). Diese Voraussetzungen

sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich der Nutzungsvorteile aus dem Darlehensbetrag erfüllt. Da der Schuldner dem Beklagten ein zinsloses Darlehen gewährt hat, sollte ihm für die Kapitalnutzung kein ausgleichender Vermögenswert zufließen.

26 Dass die darlehensweise Hingabe der Darlehensvaluta eine entgeltliche Leistung darstellt, steht einer Anfechtung hinsichtlich der unentgeltlichen Kapitalnutzung nicht entgegen. Insoweit liegt bei einem zinslosen Darlehen eine teilweise unentgeltliche Leistung vor, die gemäß § 134 InsO anfechtbar ist. Ist die Leistung des Schuldners teilbar, kann die Anfechtung auf den unentgeltlichen Teil der Leistung beschränkt werden (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2016 - IX ZR 113/15, WM 2017, 188 Rn. 14 mwN zu § 4 Abs. 1 AnfG). Diese Voraussetzungen sind hinsichtlich der unentgeltlichen Kapitalnutzung bei einem zinslosen Darlehen erfüllt.

27 2. Ebenso wenig ist die Klage im Hinblick auf den vom Beklagten geltend gemachten Entreicherungsseinwand abweisungsreif. Dabei handelt es sich jedoch - was die Parteien übersehen - grundsätzlich nicht um einen Einwand, über den durch Grundurteil (§ 304 Abs. 1 ZPO) zu entscheiden ist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Oktober 1969 - VII ZR 85/67, BGHZ 53, 17, 23).

28 a) Ein Grundurteil hat alle Fragen zu erledigen, die zum Grund des Anspruchs gehören und von denen nicht die Höhe des Anspruchs abhängt (vgl. Musielak/Voit/Musielak, ZPO, 15. Aufl., § 304 Rn. 7, 16). Der Einwand des Beklagten, er sei durch die unentgeltliche Leistung nicht (mehr) bereichert (§ 143 Abs. 2 Satz 1 InsO), gehört nicht zum Grund des Anfechtungsanspruchs nach § 143 Abs. 1 InsO. Hierzu zählen im Allgemeinen nur die anspruchsbegründenden Tatsachen (BGH, Urteil vom 24. April 2014 - VII ZR 164/13, BGHZ 201, 32

Rn. 27 mwN) sowie die den Anspruchsgrund in vollem Umfang leugnenden Einwendungen. Dies trifft regelmäßig auf den Einwand des Anfechtungsgegners, er sei nicht mehr bereichert, nicht zu. Vielmehr handelt es sich dabei regelmäßig um eine Frage, in welcher Höhe der dem Grunde nach bestehende Anfechtungsanspruch besteht.

- 29 b) Allerdings darf ein Grundurteil nur ergehen, wenn ein Anspruch nach Grund und Höhe streitig ist, grundsätzlich alle Fragen, die zum Grund des Anspruchs gehören, erledigt sind, und wenn nach dem Sach- und Streitstand zumindest wahrscheinlich ist, dass der Anspruch in irgendeiner Höhe besteht (BGH, Urteil vom 8. September 2016 - VII ZR 168/15, NJW 2017, 265 Rn. 21 mwN). Insoweit scheidet ein Grundurteil aus, wenn bereits jetzt feststünde, dass der Beklagte nicht mehr bereichert ist. Dies hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint. Die Würdigung des Berufungsgerichts, dass zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung keine vollständige Entreicherung des Beklagten feststehe, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision des Beklagten setzt insoweit nur ihre eigene Würdigung an die Stelle der Würdigung des Berufungsgerichts; revisionsrechtlich erhebliche Fehler zeigt sie nicht auf.

IV.

- 30 Die Sache ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Insoweit weist der Senat auf folgendes hin:

31

Das Berufungsgericht wird den Parteien hinsichtlich der Gläubigerbenachteiligung Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme zu geben haben. Der bisherige Umgang des Schuldners mit einem Vermögensgegenstand kann einen Hinweis dafür bilden, ob Anlagevorteile seinem Aktivvermögen zuzuordnen sind. Sofern die vom Schuldner darlehensweise ausgereichten Gelder nicht seinem geschäftlich genutzten Vermögen zuzuordnen sind, hat das Berufungsgericht aufgrund der gesamten Umstände zu prüfen, ob die Nutzungsvorteile als Teil des Aktivvermögens anzusehen sind. Ob der Schuldner das dem Beklagten darlehensweise überlassene Geld zur Erzielung von Zinsen oder anderer Nutzungen eingesetzt hätte, kann anhand von Indizien festgestellt werden. Hierzu kann es genügen, wenn der Schuldner verfügbares Geld üblicherweise verzinslich oder in einer anderen Form anlegte. Maßgebliche Indizien können weiter die Höhe der dem Dritten überlassenen Geldbeträge und die sonst vom Schuldner mit seinem Vermögen verfolgte Anlagestrategie darstellen. Ebenso kann genügen, dass der Schuldner im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der Überlassung des Geldes eine bestehende Geldanlage auflöst, aus

der er Nutzungen zog, sofern dies dem Geld zuzuordnen ist, welches der Schuldner dem Beklagten darlehensweise überließ.

Kayser

Gehrlein

Grupp

Möhring

Schoppmeyer

Vorinstanzen:

LG Dresden, Entscheidung vom 07.04.2017 - 10 O 2132/16 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 20.09.2017 - 13 U 714/17 -