



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 287/14

Verkündet am:
17. Dezember 2015
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1, § 132 Abs. 1, § 142

Eine in der kritischen Zeit geschlossene Kongruenzvereinbarung, die einen Baraustausch ermöglichen soll, kann als solche nicht Gegenstand der Deckungsanfechtung sein (Bestätigung von BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 - IX ZR 240/13, WM 2014, 1588).

InsO § 131 Abs. 1 Nr. 1, § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 142

Eine Kongruenzvereinbarung kann bis zu dem Zeitpunkt getroffen werden, zu dem einer der Vertragspartner nicht nur eine erste Leistungshandlung vorgenommen, sondern einen ersten Leistungserfolg herbeigeführt hat. Werden im Rahmen eines Werkvertrages Baumaterialien von dem Auftragnehmer lediglich an die Baustelle gebracht, aber nicht eingebaut, fehlt es an einem ersten Leistungserfolg.

BGB § 321

Die Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse seines Vertragspartners berechtigt den Vorleistungspflichtigen, nicht nur eine schon in Gang gesetzte Leistung zu unterbrechen, sondern sie rückgängig zu machen, solange der Leistungserfolg noch nicht eingetreten ist.

BGH, Urteil vom 17. Dezember 2015 - IX ZR 287/14 - OLG München
LG München II

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Schoppmeyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 25. November 2014 aufgehoben.

Die Berufung gegen das Urteil der 14. Zivilkammer des Landgerichts München II vom 11. Juni 2014 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Der Kläger hat die Kosten des Revisionsrechtszugs zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf den Antrag vom 21. November 2011 über das Vermögen der B. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 1. Februar 2012 eröffneten Insolvenzverfahren.

2 Die I. (nachfolgend: I.) schloss mit der Schuldnerin einen Werkvertrag über Bauar-

beiten, die den "Brückenbau H. " nahe I. betrafen. Als Subunternehmer für die von ihr geschuldete Erstellung und Montage von etwa 200 m Straßengeländer setzte die Schuldnerin durch einen eigenständigen Vertrag den Beklagten ein. Auf der Grundlage einer nachträglich getroffenen Übereinkunft, derzufolge die I. den von der Schuldnerin zu begleichenden Werklohn unmittelbar an den Beklagten entrichten sollte, überwies die I. an diesen am 18. November 2011 einen Betrag von 35.243,97 €.

3 Der Kläger nimmt den Beklagten im Wege der Insolvenzanfechtung auf Erstattung dieser Zahlung in Anspruch. Das Berufungsgericht hat der erstinstanzlich abgewiesenen Klage stattgegeben. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

4 Die unbeschränkt zugelassene Revision ist begründet.

I.

5 Das Berufungsgericht hat die Klageforderung aus § 143 Abs. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO hergeleitet und zur Begründung ausgeführt:

6 Grundsätzlich stelle die Direktzahlung durch den Auftraggeber an den Subunternehmer seines Auftragnehmers eine inkongruente Leistung dar, weil der Subunternehmer keinen Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Zahlung

durch den Auftraggeber habe. Dieser Rechtsfolge könnten Bauherr, Auftraggeber und Subunternehmer durch Abschluss einer Kongruenzvereinbarung entgegen, die in Abänderung der ursprünglichen Verträge bestimme, dass der Subunternehmer eine Direktzahlung durch den Auftraggeber erlangen könne. Die Anfechtbarkeit einer solchen Vereinbarung bestimme sich nach dem Zeitpunkt, zu dem sie geschlossen werde. Die Vertragspartner könnten, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden, eine Abänderungsvereinbarung treffen, bevor die erste Leistung eines der Vertragsbeteiligten erbracht sei.

- 7 Die dreiseitige Vertragsänderung sei hier erst in Kraft getreten, als wesentliche Teile der Leistung des Beklagten bereits erbracht gewesen seien. Der Beklagte habe nach eigener Darstellung vor Abschluss der Kongruenzvereinbarung vom 10. November 2011 bereits am 8. und 9. November 2011 durch die Anlieferung der vorgefertigten Geländerteile auf der Baustelle eine nach außen erkennbare Leistung erbracht. Es komme nicht auf den erst kurz vor dem Abschluss der Arbeiten liegenden, durch Verbindung bewirkten Eigentumsübergang an den Geländerteilen an. Vielmehr habe der Beklagte bereits durch die Anlieferung und Lagerung der Geländerteile auf dem Brückenbau nach außen hin mit der unmittelbaren Leistungserbringung begonnen, die einer kongruenten Vertragsänderung entgegenstehe.

II.

- 8 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Klage ist unbegründet, weil der Beklagte aufgrund einer rechtzeitig getroffenen dreiseitigen Vereinbarung eine kongruente Deckung erlangt hat (§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO), die als Bargeschäft gemäß § 142 InsO der Anfechtung entzogen

ist. Der daneben allein noch in Betracht kommende Anfechtungstatbestand des § 133 Abs. 1 BGB greift ebenfalls nicht durch.

9 1. Die Zahlung der I. an die Beklagte beruht als mittelbare Zuwendung auf einer Rechtshandlung der Schuldnerin.

10 a) Rechtshandlungen sind als mittelbare Zuwendungen anfechtbar, bei denen eine unmittelbare Leistung an den Empfänger, die ohne weiteres anfechtbar wäre, durch Einschalten eines Leistungsmittlers umgangen wird. Davon ist insbesondere dann auszugehen, wenn der Schuldner einen Drittschuldner anweist, die von diesem geschuldete Leistung nicht ihm, sondern einem Gläubiger des Schuldners zu erbringen. Für die Anfechtbarkeit reicht es aus, dass der Gegenwert für das, was über die Mittelsperson an den Gläubiger gelangt ist, aus dem Vermögen des Leistenden stammt. Mittelbare Zuwendungen sind so zu behandeln, als habe der Angewiesene an den Anweisenden geleistet und dieser sodann seinen Gläubiger befriedigt (BGH, Urteil vom 16. November 2007 - IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 25; Beschluss vom 15. September 2014 - II ZR 442/13, ZInsO 2015, 1216 Rn. 22).

11 b) Im Streitfall ist die Schuldnerin mit der I. dahin übereingekommen, dass diese die der Schuldnerin zustehende Vergütung durch Zahlung an die Beklagte begleicht. Der Gegenwert der von der I. bewirkten Zahlung rührt mithin aus dem Vermögen der Schuldnerin, so dass eine mittelbare Zuwendung der Schuldnerin an den Beklagten vorliegt.

12 2. Ferner hat die Zahlung der I. an den Beklagten eine Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) ausgelöst.

- 13 a) Eine Gläubigerbenachteiligung ist gegeben, 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 10. Juli 2014 - IX ZR 280/13, WM 2014, 1868 Rn. 12). Die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger wird nicht benachteiligt, wenn ein Dritter eine Verbindlichkeit des späteren Insolvenzschuldners mit Mitteln begleicht, die nicht in dessen haftendes Vermögen gelangt sind (BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2008 - IX ZR 147/07, WM 2008, 2224 Rn. 9; Urteil vom 21. Juni 2012 - IX ZR 59/11, WM 2012, 1448 Rn. 12). Bei einer Zahlung des Schuldners durch Einschaltung eines Dritten ist zwischen der Anweisung auf Schuld und der Anweisung auf Kredit zu unterscheiden. Bei einer Anweisung auf Schuld tilgt der Angewiesene mit der von dem Schuldner als Anweisendem veranlassten Zahlung an den Empfänger eine eigene, gegenüber dem Schuldner bestehende Verbindlichkeit, so dass sich im Verlust dieser Forderung eine Gläubigerbenachteiligung äußert. Im Rahmen einer Anweisung auf Kredit nimmt der Angewiesene die Zahlung an den Empfänger hingegen ohne eine Verpflichtung gegenüber dem anweisenden Schuldner vor. Da dem Angewiesenen aus der Tilgung der gegen den Schuldner gerichteten Verbindlichkeit unmittelbar eine Rückgriffsforderung gegen diesen erwächst, scheidet eine Gläubigerbenachteiligung aus, weil sich in der Person des Schuldners ein bloßer Gläubigerwechsel verwirklicht (BGH, Beschluss vom 16. Oktober 2008, aaO; Urteil vom 21. Juni 2012, aaO; vom 20. November 2014 - IX ZR 13/14, WM 2015, 53 Rn. 22).
- 14 b) Vorliegend ist die Masse durch die Zahlung der I. und Hauptauftraggeberin an den Beklagten als Subunternehmer der Schuldnerin und Auf-

tragnehmerin verkürzt worden. Die I. hat durch ihre Leistung nicht nur die Werklohnforderung des Beklagten gegen die Schuldnerin, sondern aufgrund der entsprechenden Einwilligung der Schuldnerin auch deren Werklohnforderung gegen die I. in Höhe der Direktzahlung nach § 362 Abs. 2, § 185 Abs. 1 BGB zum Erlöschen gebracht. Die Zahlung erfolgte somit zur Erfüllung einer eigenen Verbindlichkeit der I. gegenüber der Schuldnerin. Damit liegt keine Anweisung auf Kredit, sondern eine Anweisung auf Schuld vor, bei welcher eine Gläubigerbenachteiligung gegeben ist.

15 3. Jedoch ist die Zahlung der I. an den Beklagten aufgrund einer nachträglichen Vereinbarung als kongruente (§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO) Deckung, die auf einem Bargeschäft (§ 142 InsO) beruht, der Anfechtung entzogen. Ein vertraglicher Anspruch auf die Direktzahlung kann - was die Revision mit Erfolg rügt - auf die zwischen der Schuldnerin, der I. und dem Beklagten geschlossene dreiseitige Vereinbarung vom 10. November 2011 gestützt werden, weil diese zustande kam, bevor der Beklagte mit der Ausführung seiner Werkleistung begonnen hatte.

16 a) Grundsätzlich bildet eine Direktzahlung durch den Auftraggeber an den Subunternehmer oder Lieferanten seines Auftragnehmers eine inkongruente Leistung im Sinne von § 131 Abs. 1 InsO. Subunternehmer und Lieferant haben aufgrund ihres Werk- oder Werklieferungsvertrages regelmäßig keinen Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Zahlung des Werklohns oder des Kaufpreises durch den Auftraggeber. Die Insolvenzgläubiger benachteiligende nicht geschuldete Direktzahlungen, die ein Dritter auf Anweisung des Schuldners erbringt, sind, wenn sie - wie im Streitfall - innerhalb des letzten Monats vor Antragstellung erfolgen, dem Empfänger gegenüber grundsätzlich als inkongruen-

te Deckung anfechtbar (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 - IX ZR 240/13, WM 2014, 1588 Rn. 17 mwN).

17 b) Die Direktzahlung der I. an den Beklagten ist jedoch als kongruent zu bewerten, weil sie auf einer dreiseitigen Vereinbarung beruht. Diese Kongruenzvereinbarung ist, weil sie eine Bardeckung bezweckte, als solche nicht der Anfechtung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO unterworfen.

18 aa) Ein Abänderungsvertrag stellt keine wirksame Kongruenzvereinbarung für spätere Direktzahlungen dar, wenn er seinerseits anfechtbar ist (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014 - IX ZR 240/13, WM 2014, 1588 Rn. 19). Grundsätzlich unterliegen Kongruenzvereinbarungen, die in der kritischen Zeit getroffen werden, als Rechtshandlungen, die eine Deckung ermöglichen, nach Maßgabe der §§ 130, 131 InsO der Anfechtung (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2006 - IX ZR 67/02, BGHZ 166, 125 Rn. 39 f; vom 7. Mai 2013 - IX ZR 113/10, WM 2013, 1361 Rn. 13). Die hier verabredete dreiseitige Vereinbarung vom 10. November 2011 erfüllt die Voraussetzungen der Anfechtung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO, weil sie im letzten Monat vor der Antragstellung zustande kam und der Beklagte einen Anspruch auf eine solche, die übrigen Gläubiger der Schuldnerin benachteiligende Sicherung seiner Vergütungsforderung nicht hatte (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2014 - IX ZR 13/14, WM 2015, 53 Rn. 24 mwN).

19 bb) Eine Kongruenzvereinbarung ist allerdings nur dann gemäß §§ 130, 131 InsO anfechtbar, wenn dadurch die Kongruenz einer Deckung hergestellt werden soll, die nicht auf der Grundlage eines privilegierten Bargeschäfts stattfindet. Die Tatbestände der §§ 130, 131 InsO sollen dagegen nicht solche Fälle erfassen, in denen ein schuldrechtlicher Vertrag im Sinne des § 132 InsO sofort bargeschäftlich erfüllt wird. Da bei einem Bargeschäft (§ 142 InsO) eine unmit-

telbare Gläubigerbenachteiligung ausscheidet, würde der Zweck des § 132 InsO verfehlt, wenn die Erfüllung eines nicht unmittelbar benachteiligenden und deshalb nach § 132 InsO unanfechtbaren Deckungsgeschäfts als Deckungshandlung anfechtbar wäre. Deshalb verdrängt die Vorschrift des § 132 InsO bei Abschluss einer Kongruenzvereinbarung die Regelung des § 131 InsO, wenn hierdurch eine Sicherung oder Befriedigung auf der Grundlage eines privilegierten Bargeschäfts ermöglicht wird (vgl. Jaeger/Henckel, InsO, § 131 Rn. 4; § 142 Rn. 2; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 3. Aufl., § 142 Rn. 23; Ganter, ZIP 2012, 2037, 2038 oben; ebenso BGH, Urteil vom 30. September 1993 - IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320, 323 zu § 30 Nr. 1 Fall 1 KO). Nach Sinn und Zweck der §§ 132, 142 InsO ist eine abändernde Kongruenzvereinbarung, durch die ein Bargeschäft erst ermöglicht wird, mithin der Deckungsanfechtung entzogen (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014, aaO Rn. 21). Die nachträgliche Kongruenzvereinbarung unterfällt regelmäßig auch nicht der Anfechtung nach § 132 InsO, weil sie infolge der damit verbundenen Leistungserbringung durch den späteren Anfechtungsgegner die Forderung des Schuldners gegen seinen Vertragspartner erst werthaltig machte und deshalb die Gläubiger nicht unmittelbar benachteiligte (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014, aaO Rn. 23).

- 20 c) Bei dieser Sachlage konnten die Vertragspartner den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch anfechtungsfest abändern, um in den Genuss einer nach §§ 130, 142 InsO anfechtungsrechtlich privilegierten Bardeckung zu gelangen, wenn sie die Abänderungsvereinbarung trafen, bevor die erste Leistung eines Vertragsteils erbracht worden war (BGH, Urteil vom 30. September 1993, aaO S. 328 f; vom 10. Mai 2007 - IX ZR 146/05, WM 2007, 1181 Rn. 14; vom 17. Juli 2014, aaO Rn. 21). Dies ist im Streitfall rechtzeitig geschehen, weil die dreiseitige Vereinbarung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts am

10. November 2011 zustande kam, bevor der Beklagte durch die Montage der Geländer einen ersten Werkleistungserfolg erbracht hatte.

21 aa) Eine Bardeckung ist gemäß § 142 InsO eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt. Durch die Worte "für die" wird ausgedrückt, dass eine Bardeckung nur vorliegt, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sind. Nur eine der Parteivereinbarung entsprechende Leistung ist kongruent und geeignet, den Bargeschäftseinwand auszufüllen (BGH, Urteil vom 23. September 2010 - IX ZR 212/09, WM 2010, 1986 Rn. 26; vom 10. Juli 2014 - IX ZR 192/13, BGHZ 202, 59 Rn. 10). Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen eines Bargeschäfts ist derjenige, in dem die zeitlich erste Leistung eines Vertragsteils erbracht wird. Bis dahin können die Beteiligten den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden (BGH, Urteil vom 30. September 1993, aaO S. 328 f; vom 10. Mai 2007, aaO; vom 17. Juli 2014 - IX ZR 240/13, WM 2014, 1588 Rn. 21; vom 20. November 2014 - IX ZR 13/14, WM 2015, 53 Rn. 24 aE). Hat hingegen eine Partei - gleich ob der Schuldner oder sein Gläubiger - schon vorgeleistet, erscheint jede nachträgliche Änderung allein mit Bezug auf die Art der Gegenleistung im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller Gläubiger als verdächtig (BGH, Urteil vom 30. September 1993, aaO).

22 bb) Im Streitfall wurde die Kongruenzvereinbarung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts getroffen, bevor der Beklagte einen ersten Leistungserfolg bewirkt hatte.

23 (1) Nach der Senatsrechtsprechung kann eine Kongruenzvereinbarung noch geschlossen werden, wenn im Rahmen eines Werklieferungsvertrages

(§ 651 BGB) bestellte Türen und Fenster zwar bereits gefertigt, jedoch noch nicht ausgeliefert worden waren (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014, aaO Rn. 22). Ebenso hat der Senat bei einem Werkvertrag (§ 631 Abs. 1 BGB) eine Kongruenzvereinbarung als rechtzeitig erachtet, sofern Trennwände gefertigt, aber noch nicht ausgeliefert und eingebaut worden waren (BGH, Urteil vom 10. Mai 2007, aaO Rn. 14). Diese Entscheidungen verdeutlichen, dass nicht bereits die Vornahme einer ersten Leistungshandlung, sondern der durch den Verpflichteten veranlasste Eintritt eines ersten Leistungserfolges die zeitliche Zäsur für den Abschluss einer Kongruenzvereinbarung verkörpert. In Einklang mit diesem Verständnis kann bei einer nach Baufortschritt bemessenen Entlohnung eines Bauunternehmers ein Bargeschäft gegeben sein, weil die abschnittsweise gewährte Vergütung an erbrachte Werkleistungen anknüpft (vgl. BGH, Urteil vom 13. April 2006 - IX ZR 158/05, BGHZ 167, 190 Rn. 34).

24

(2) Folgerichtig ist bei der Prüfung, ob eine Kongruenzvereinbarung rechtzeitig geschlossen wurde, je nach Vertragsart und den im Einzelfall vereinbarten Pflichten auf den Eintritt des ersten von einem Vertragsteil bewirkten Leistungserfolges abzustellen. Bei einem gegenseitigen Vertrag ist ein Leistungserfolg stets eingetreten, soweit ein Vertragspartner die von ihm geschuldete geldwerte Vergütung entrichtet hat. Fehlt es daran, kommt es darauf an, ob der Vertragsgegner einen ersten Leistungserfolg bewerkstelligt hat. Handelt es sich um einen Kaufvertrag, wird ein solcher, der Beachtlichkeit einer Kongruenzvereinbarung entgegenstehender Leistungserfolg durch den Verkäufer mit der Übergabe der Kaufsache verwirklicht (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB). Unter Anknüpfung an den ersten Leistungserfolg kann bei einem Mietvertrag eine bargeschäftliche Kongruenzvereinbarung nicht mehr geschlossen werden, sobald der Vermieter die Mietsache bezüglich des maßgeblichen Zeitabschnitts zum Gebrauch überlassen hat (§ 535 Abs. 1 Satz 1 BGB). Im Rahmen eines Dienstver-

trages (§ 611 Abs. 1 BGB) scheidet eine Kongruenzvereinbarung ab Aufnahme der Tätigkeit durch den Dienstverpflichteten aus. Bei Abwicklung eines Werkvertrages (§ 631 BGB) ist für eine Kongruenzvereinbarung kein Raum, sobald der Unternehmer eine erste Werkleistung geschaffen hat.

25

(3) Die zeitliche Anknüpfung von Kongruenzvereinbarungen nicht an die Leistungshandlung, sondern an den Leistungserfolg ist im Blick auf die Regelung des § 321 BGB, die dem Vorleistungspflichtigen bei einem Vermögensverfall seines Vertragspartners besondere Rechte gewährt, allein sachgerecht. Die Befürchtung einer Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse seines Vertragspartners berechtigt den Vorleistungspflichtigen, nicht nur eine schon in Gang gesetzte Leistung zu unterbrechen, sondern sie weitergehend im Sinne eines Anhalte- oder Stoppungsrechts rückgängig zu machen, solange der Leistungserfolg noch nicht eingetreten ist (BGH, Urteil vom 4. Mai 1960 - V ZR 163/58, LM Nr. 4 zu § 454 BGB; Bamberger/Roth/Grothe, BGB, 3. Aufl., § 321 Rn. 9; Staudinger/Schwarze, BGB, 2015, § 321 Rn. 68; Soergel/Gsell, BGH, 13. Aufl., § 321 Rn. 50; Dauner-Lieb/Langen/Tettinger, BGB, 2. Aufl., § 321 Rn. 10; JurisPK-BGB/Alpmann, 7. Aufl., § 321 Rn. 21; Palandt/Grüneberg, BGB, 74. Aufl., § 321 Rn. 8; Erman/Westermann, BGB, 14. Aufl., § 321 Rn. 13). Demgemäß kann der Verkäufer zum Versand gegebene Ware zurückrufen und damit deren Auslieferung verhindern (Soergel/Gsell, aaO; Dauner-Lieb/Langen/Tettinger, aaO; Palandt/Grüneberg, aaO). Desgleichen ist der Werkunternehmer berechtigt, noch nicht eingebaute Materialien von der Baustelle zu entfernen (Kuffer/Wirth/Koenen, Bau- und Architektenrecht, 4. Aufl., 7. Kapitel E. Rn. 40 ff). Darf der Vorleistungsverpflichtete seine Leistung mangels Eintritt eines Leistungserfolgs noch zurückziehen, kann ihm der Abschluss einer Kongruenzvereinbarung nicht unter Berufung auf eine erbrachte Leistung verwehrt werden. Vielmehr fehlt es bis zum Erreichen der Schwelle eines ersten

Leistungserfolges mangels einer geschützten vertraglichen Rechtsposition des Vertragsgegners (vgl. BGH, Urteil vom 26. Februar 2015 - IX ZR 174/13, WM 2015, 620 Rn. 18) an dem Beginn eines Leistungsaustauschs, der die Berücksichtigung einer Kongruenzabrede verbieten könnte.

26 (4) Nach diesen Grundsätzen konnte im Streitfall mangels Eintritt eines ersten Leistungserfolges noch am 10. November 2011 eine Kongruenzvereinbarung ausbedungen werden.

27 Ausweislich des mit der Schuldnerin geschlossenen Nachunternehmervertrages hatte der Beklagte von ihm zu stellende Straßengeländer auf der von der I. errichteten Brücke einzubauen, die ein Gebäude im Sinne des § 94 Abs. 2 BGB bildet (vgl. OLG Karlsruhe, NJW 1991, 926; MünchKomm-BGB/Stresemann, 7. Aufl., § 94 Rn. 21; Staudinger/Jickeli/Stieper, BGB, 2012, § 94 Rn. 23). Mit dem Einfügen der Geländer in die Brücke (§ 94 Abs. 2 BGB) und dem damit verbundenen Eigentumsübergang (§ 946 BGB) hätte der Beklagte einen ersten Leistungserfolg vollzogen. Eingefügt ist ein Bestandteil, der an eine für ihn bestimmte Stelle eingepasst wird, wenn eine Verbindung mit den ihn umschließenden Stücken hergestellt wird (RGZ 56, 288, 290 f). Da lediglich eine enge und keine feste Verbindung verlangt wird, genügt es, wenn infolge ihrer Schwere selbständig tragende Bauteile in speziell für sie gefertigte Fundamente eingelassen werden (BGH, Urteil vom 16. November 1973 - V ZR 1/72, WM 1974, 126, 127; vom 10. Februar 1978 - V ZR 33/76, NJW 1978, 1311; vom 27. September 1978 - V ZR 36/77, NJW 1979, 712).

28 Unstreitig hatte der Beklagte die zu montierenden Geländer am 8. und 9. November 2011 auf die Baustelle "abgeladen" sowie "aufgestellt und ausgerichtet". Allein durch diese Maßnahmen wurden die instabilen Geländer nicht in

die Brücke eingefügt, weil sie noch nicht mit den Verbundankern an den Brückenkappen verfugt worden waren. Infolge des bloßen Nebeneinanders der beiden Baukörper war es noch nicht zu einer technischen Inanspruchnahme der Brücke für bauliche Zwecke gekommen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 1961 - V ZR 30/60, BGHZ 36, 46, 51). Der Beklagte hat mit der Maßnahme der Anlieferung und Aufstellung der Brückengeländer, die für sich genommen nicht die Anforderungen des § 94 Abs. 2 BGB ausfüllt (vgl. MünchKomm-BGB/Stresemann, aaO § 94 Rn. 22; Staudinger/Jickeli/Stieper, aaO, Rn. 24; Soergel/Marly, BGB, 13. Aufl., § 94 Rn. 28), keinen ersten Leistungserfolg verwirklicht. Vielmehr wäre erst mit Aufnahme des Einbaus der Geländer in die Brücke und dem damit verbundenen Eigentumsübergang ein Leistungserfolg eingetreten. Die Kongruenzvereinbarung wurde jedoch nach dem übereinstimmenden Vortrag der Parteien - von dem Kläger wurde insoweit keine Gegenrüge erhoben (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 1975 - IX ZR 166/73, juris Rn. 12) - rechtzeitig getroffen, bevor der Beklagte die Montage der Geländer in Angriff nahm.

29 cc) Die Kongruenzabrede wurde zwischen der Schuldnerin und dem Beklagten unter Einbeziehung der I. vereinbart. Eine Mitwirkung der I. war geboten, weil der Beklagte den Abschluss der Übereinkunft davon abhängig gemacht hatte, dass zu seinen Gunsten ein eigener Zahlungsanspruch gegen die I. begründet wurde.

30 (1) Inkongruent ist die vom Schuldner durch Anweisung einer Zwischenperson erwirkte mittelbare Zahlung an einen seiner Gläubiger unabhängig davon, ob ein eigenes Forderungsrecht des Gläubigers begründet wurde (BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 - IX ZR 85/02, WM 2003, 398, 400). Begnügt sich der Gläubiger mit einer Drittzahlung aufgrund einer vorweggenommenen Zahlungsanweisung an den Auftraggeber, ohne dass für ihn ein eigenes Forderungsrecht

gegen den Dritten geschaffen wird, bedarf es lediglich des Abschlusses einer Kongruenzvereinbarung zwischen ihm und dem Schuldner (vgl. BGH, Urteil vom 16. Oktober 2008 - IX ZR 2/05, WM 2008, 2377 Rn. 13).

31 (2) Anders verhält es sich, wenn der Gläubiger weitergehend verlangt, dass durch die Kongruenzvereinbarung in seiner Person ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Dritten erzeugt wird (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2005 - IX ZR 24/04, WM 2005, 1033, 1034; vom 20. Januar 2011 - IX ZR 58/10, WM 2011, 371 Rn. 13). Einem von dem Auftragnehmer beauftragten Subunternehmer steht - auch im Anwendungsbereich des § 16 Abs. 6 VOB/B - kein Direktanspruch auf Zahlung durch den Auftraggeber zu (BGH, Urteil vom 20. November 2014 - IX ZR 13/14, WM 2015, 53 Rn. 14; Jaeger/Heckel, InsO, § 131 Rn. 15; MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 131 Rn. 35a). Da im Streitfall nach der revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsgerichts zugunsten des Beklagten ein eigener Zahlungsanspruch gegen die I. begründet werden sollte, bedurfte es deren Mitwirkung, um eine selbständige Verpflichtung zugunsten des Beklagten zu schaffen (BGH, Urteil vom 21. April 2005, aaO; vom 20. November 2014, aaO Rn. 24; ebenso BGH, Urteil vom 10. Mai 2007 - IX ZR 146/05, WM 2007, 1181 Rn. 13 und vom 17. Juli 2014 - IX ZR 240/13, WM 2014, 1588 Rn. 18). Eine persönliche Verpflichtung der I. erfolgte unstreitig am 10. November 2011.

32 dd) Die Kongruenzvereinbarung ist nicht gemäß § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar, weil die Schuldnerin nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt hat. Die Schuldnerin wollte durch die dreiseitige Vereinbarung lediglich erreichen, dass das Bauvorhaben im Interesse aller Beteiligten fortgesetzt wird (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014, aaO Rn. 25).

33 d) Bei dieser Sachlage ist die von der Schuldnerin unter Einschaltung der I. erbrachte Zahlung nur nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 InsO anfechtbar. Da jedoch die zeitlichen Gegebenheiten eines Baraustauschs, Beginn der Montage nach dem 10. November 2011 und Vergütung der zwischenzeitlich fertiggestellten Werkleistung am 18. November 2011, vorliegen, scheidet gemäß § 142 InsO eine Anfechtung aus.

34 4. Schließlich können die Zahlungen an die Beklagte mangels eines Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes der Schuldnerin nicht nach § 133 Abs. 1 InsO angefochten werden. Der subjektive Tatbestand entfällt regelmäßig, wenn - wie hier - im unmittelbaren Zusammenhang mit den potentiell anfechtbaren Rechtshandlungen eine gleichwertige Gegenleistung in das Vermögen des Schuldners gelangt, also ein Leistungsaustausch ähnlich einem Bargeschäft stattfindet (BGH, Urteil vom 17. Juli 2014, aaO Rn. 27 ff).

III.

35 Auf die begründete Revision ist das angefochtene Urteil gemäß § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben. Der Senat kann gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache entscheiden, weil 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.

Kayser

Gehrlein

Vill

Lohmann

Schoppmeyer

Vorinstanzen:

LG München II, Entscheidung vom 11.06.2014 - 14 O 4947/13 -

OLG München, Entscheidung vom 25.11.2014 - 5 U 3153/14 -