



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 299/00

Verkündet am:  
18. November 2004  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

---

DDR-GesO § 10 Abs. 1 Nr. 1; BGB § 364 Abs. 2, § 648a

- a) Tritt ein zahlungsschwacher Bauhauptunternehmer einem Subunternehmer Forderungsteile gegen seinen Auftraggeber erfüllungshalber ab, zu deren Abtretung er bereits aufgrund einer voraufgegangenen Sicherungsvereinbarung verpflichtet war, so begründet eine solche Abtretung in der Regel kein ausreichend starkes Beweisanzeichen dafür, daß der Bauhauptunternehmer in Gläubigerbenachteiligungsabsicht gehandelt hat und dem Subunternehmer dies bekannt war.
- b) Eine Vereinbarung, in der sich ein zahlungsschwacher Bauhauptunternehmer gegenüber einem Subunternehmer verpflichtet, in einer Höhe, in der dieser werkvertragsrechtlich Sicherheit verlangen kann, ihm einen Teil des Werklohnanspruchs gegen den Bauherrn abzutreten, bildet ebenfalls kein starkes Beweisanzeichen für eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht.

BGH, Urteil vom 18. November 2004 - IX ZR 299/00 - OLG Brandenburg

LG Neuruppin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. November 2004 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Vill, Cierniak und die Richterin Lohmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 20. Juli 2000 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 14. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. Juni 1997 eröffneten Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der B. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin). Der Beklagte war aufgrund Vertrages vom 10. September 1996 als Subunternehmer der Schuldnerin mit Elektroarbeiten für eine Gebäudemodernisierung der AOK (später nur: AOK) beschäftigt. Mit privatschriftlicher Urkunde vom 17. Februar 1997 trat die Schuldnerin durch ihren Geschäftsführer W. dem Beklagten aus ihrem Werklohnanspruch gegen die AOK einen Forderungsteil in Höhe von 109.706,33 DM ab. Die AOK stimmte dieser Abtretung durch Vermerk auf der Urkunde zu. Noch im selben

Monat überwies sie aufgrund Auszahlungsanordnung vom 25. Februar 1997 den abgetretenen Betrag auf ein Konto des Beklagten (Anlage K 10 = GA 40). Am 21. März 1997 beantragte die Schuldnerin die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens.

Der Kläger hat die Abtretungsvereinbarung zwischen der Schuldnerin und dem Beklagten angefochten und verlangt Wertersatz des an den Beklagten überwiesenen Betrages. Die Vorinstanzen haben den Anspruch aberkannt. Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen bisherigen Antrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet. Sie führt wegen eines Verfahrensfehlers zur Aufhebung und Zurückverweisung.

#### I.

Das Berufungsgericht hat eine Anfechtungsmöglichkeit des Klägers nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO verneint, weil nicht festgestellt werden könne, daß die Schuldnerin die Forderung gegen die AOK dem Beklagten nach Zahlungseinstellung abgetreten habe und dem Beklagten die Zahlungsunfähigkeit zumindest habe bekannt sein müssen. Für die Schuldnerin habe zu der Zeit noch ein Liquiditätssicherungsprogramm bestanden, sie habe kurz vor der Abtretung noch namhafte Zahlungen geleistet und ihre nur teilweise abgetretene Forderung an die AOK sei auch im übrigen werthaltig gewesen. Die Behauptung des Klägers, Mitte Februar 1997 habe der Geschäftsführer der Schuldnerin We.

auf die Frage des Beklagten nach Bezahlung seiner Rechnung erwidert, die Schuldnerin sei nicht in der Lage, Zahlungen zu leisten, sei in der Berufungsinstanz nicht wiederholt worden und im Hinblick auf Zeitpunkt und Umstände auch nicht hinreichend substantiiert.

## II.

Das Berufungsgericht hat den Sachverhalt und die Beweisanträge nicht ausgeschöpft. Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht den Zeugen We. nicht vernommen und dadurch § 286 ZPO verletzt hat. Nach dem Urteilstatbestand und der Berufungsbegründung vom 21. Februar 2000 unter D I 1 und E in Verbindung mit den Seiten 6 bis 8 der Klageschrift hat das Berufungsgericht übersehen, daß der fragliche Beweisantritt in der Berufungsinstanz von der Klägerin wiederholt worden ist.

1. Das insoweit unter Beweis gestellte Vorbringen des Klägers ergibt die Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO. Die Schuldnerin hatte danach am Tage der angefochtenen Forderungsabtretung (17. Februar 1997) ihre Zahlungen bereits eingestellt. Zahlungseinstellung gemäß §§ 30 KO, 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der spätere Gemeinschuldner wegen eines voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln seine fälligen und von den jeweiligen Gläubigern ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten zu einem wesentlichen Teil nicht mehr erfüllen kann und dieser Zustand mindestens für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar wird (BGH, Urt. v. 17. Mai 2001 - IX ZR 188/98, ZIP 2001, 1155 m.w.N.; v. 4. Oktober 2001 - IX ZR 81/99, ZIP 2001, 2097 f; st. Rspr.).

Dem Beklagten war nach dem revisionsrechtlich hier maßgebenden Klägervortrag die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin jedenfalls aufgrund der behaupteten Eröffnung des Zeugen We. auch bekannt. Denn der Zeuge soll dem Beklagten erklärt haben, "die Firma habe kein Geld mehr, nicht einmal die Löhne für die vergangenen Monate seien bezahlt. Auch wenn man noch Forderungen gegen die AOK habe, seien keine Zahlungsmittel mehr vorhanden um irgendwelche Außenstände zu begleichen. Die Firma sei pleite".

2. Das Berufungsgericht hat den Zeugen We. auch deshalb nicht vernommen, weil das unter Beweis gestellte Vorbringen seines Erachtens nicht ausreichend substantiiert war. Diese Annahme geht rechtlich fehl.

a) Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz, hier § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO, geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen (BGH, Urt. v. 11. September 2000 - II ZR 34/99, NJW 2001, 144, 145 unter II. 2. b; st. Rspr.). Der Sachvortrag einer Partei bedarf im Rahmen des Beibringungsgrundsatzes daher nur dann der Ergänzung, wenn infolge der Einlassung des Gegners die Darstellung unklar wird und nicht mehr den Schluß auf die Entstehung des geltend gemachten Rechts zuläßt (BGH, Urt. v. 17. Juli 2003 - IX ZR 250/02, NJW 2003, 3564, 3565 unter III. 1. m.w.N.; v. 14. Oktober 2004 – VII ZR 33/04, NJW-RR 2005, 75; st. Rspr.). Es ist demgegenüber Sache des Tatrichters, im Rahmen der Beweisaufnahme die Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach allen Einzelheiten zu fragen, die zur Prüfung der Glaubhaftigkeit von Bekundungen erforderlich erscheinen (BGH, Urt. v. 11. September 2000 aaO). Fehlen solche Würdigungsumstände im Parteivortrag, so darf deswegen ein zulässiger Beweisantritt nicht abgelehnt werden, auch wenn ein

anderer Zeuge unter Eid eine abweichende Aussage gemacht hat. Dazu war das Berufungsgericht auch aus anderen Gründen nicht berechtigt; denn der Kläger hat auf den Zeugen We. nicht verzichtet.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß sich der Kläger die entgegengesetzte Aussage des erstinstanzlich vernommenen Zeugen W. in zweiter Instanz zu eigen gemacht habe oder ihrem Wahrheitsgehalt nicht mehr widerspreche, ist tatbestandswidrig; sie beruht ersichtlich auf Parteiverwechslung.

b) Die Vernehmung We's konnte verfahrensfehlerfrei nicht unterbleiben. Denn der Sachvortrag des Klägers war in dem Sinne zu verstehen, daß die behauptete Mitteilung des Zeugen We. über die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin nicht erst nach der angefochtenen Forderungsabtretung gemacht worden sein kann. Die Mitteilung soll nämlich im Zusammenhang mit der Nachfrage des Beklagten nach Bezahlung "seiner Rechnung" gestanden haben. Das kann sich nur auf die dritte Abschlagsrechnung des Beklagten vom 14. Februar 1997 bezogen haben; denn mit Erteilung der Abtretung am 17. Februar 1997 erledigte sich die Frage nach Begleichung der Rechnung.

### III.

Der geltend gemachte Wertersatz ist dem Kläger nicht schon nach bisherigem Sach- und Streitstand zuzusprechen. Das Berufungsgericht hat rechtlich im Ergebnis zutreffend den Tatbestand der Absichtsanfechtung nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO verneint.

1. Nach Ansicht des Berufungsgerichts liegt im Streitfall mit der angefochtenen Forderungsabtretung vom 17. Februar 1997 eine kongruente Deckung vor. Ob dies zutrifft, kann offenbleiben.

a) Allerdings hatte der Beklagte am gleichen Tage bereits die Schlußrechnung gestellt, und die in Höhe seiner offenen Restforderung erklärte Abtretung war möglicherweise eine Leistung erfüllungshalber. Eine inkongruente Deckung gewährt ein Schuldner unter anderem, wenn er anstelle der Erfüllung eines fälligen und eingeforderten Anspruchs von sich aus im Wege der Abtretung eine Sicherheit mit der Absicht zur Verfügung stellt, daß der Gläubiger sich daraus befriedige (vgl. BGHZ 123, 320, 324 f zur Gewährung von Kundenschecks; BGH, Urt. v. 8. Oktober 1998 - IX ZR 337/97, ZIP 1998, 2008, 2010 unter II. 2. b). Diesen Fall hat das Berufungsgericht ausgeschlossen, weil der Beklagte nach seinen Abreden mit der Schuldnerin Anspruch auf die angefochtene Abtretung vom 17. Februar 1997 gehabt habe. Das ist zwar ungenau, weil die angeblich geschuldete Abtretung dem Gläubiger erst im Sicherungsfall ein Befriedigungsrecht gewährt hätte. Dieser Fall wäre jedoch mit Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin eingetreten. Der Beklagte wäre danach auch aufgrund einer reinen Sicherungsabtretung zur abgesonderten Befriedigung aus der Forderung berechtigt gewesen. Die allenfalls in Frage kommende Inkongruenz der Abtretung vom 17. Februar 1997 ist danach so schwach, daß daraus anders als in Regelfällen der Inkongruenz ein starkes Beweisanzeichen für eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners nicht abgeleitet werden kann (zu dieser Abhängigkeit vgl. BGHZ 123, 320, 326; 137, 267, 284). Denn die Beweiswirkung der Inkongruenz für die Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners beruht auf der allgemeinen Erfahrung, daß ein Schuldner im Geschäftsverkehr regelmäßig nicht bereit ist, etwas anderes oder mehr zu gewähren als das, wozu er vertraglich

verpflichtet ist (vgl. BGH, Urt. v. 8. Oktober 1998, aaO unter II. 2. a). Diese Erfahrung trifft nicht zu, wenn die Schuldnerin am 17. Februar 1997 in Höhe der möglicherweise schon erfüllungshalber erklärten Abtretung den Beklagten ohnehin durch die nämliche Abtretung sichern mußte. Denn dann ist die Schuldnerin im Sinne der angeführten Rechtsprechung nicht "von sich aus" in der bezeichneten Weise vorgegangen.

b) Daran ändert sich nichts, wenn eine Vereinbarung zwischen dem Beklagten und der Schuldnerin über die künftige Abtretung von Teilen des Werklohnanspruchs gegen die AOK erst im Zusammenhang mit Nachtragsaufträgen zustande gekommen ist, die dem Beklagten nach seiner Behauptung einen erhöhten Materialeinsatz abverlangten und damit nach seinem beschränkten Lieferantenkredit ein erhöhtes Sicherheitsbedürfnis bewirkten. Wann dem Beklagten diese - vom Kläger nicht bestrittenen - Nachtragsaufträge erteilt worden sind, hat das Berufungsgericht nicht im einzelnen festgestellt und der Beklagte auch nicht vorgetragen. Mithin kommt in Betracht, daß aus diesem Anlaß die Schuldnerin dem Beklagten erst nach dem 10. September 1996 die am 17. Februar 1997 schließlich gewährte Sicherheit versprochen hat, der dann auch die schon aus dem Stammauftrag herrührende Werklohnverbindlichkeit der Schuldnerin unterstellt worden ist.

Der Umfang der erteilten Nachtragsaufträge ist in den Tatsacheninstanzen ebenso wie der nähere Zeitpunkt ihrer Vereinbarung offengeblieben. Demnach ist nicht erkennbar, in welchem Umfang die möglicherweise erst aus diesem Anlaß begründete Abtretungspflicht der Schuldnerin Zusatzvergütungen aus den Nachtragsaufträgen und den Stammwerklohn des Beklagten besicherte. Unter derartigen Umständen kann es sich insgesamt um ein inkongruentes Deckungsgeschäft handeln (vgl. RGZ 114, 206, 210 ff; BGH, Urt. v. 12. Novem-



ber 1992 - IX ZR 237/91, ZIP 1993, 271, 273 f unter II. 5. b). Das bedarf hier keiner weiteren Prüfung.

Ist der Bauhauptunternehmer dem Sicherungsverlangen eines Subunternehmers nach § 648a BGB (i.d.F. des Gesetzes vom 27. April 1993, BGBl. I S. 509) nachgekommen, indem er sich dem Subunternehmer gegenüber in der Höhe von dessen Forderung zur Abtretung von Teilen seines Werklohnanspruchs gegen den Bauherrn verpflichtet hat, ist die Inkongruenz der Sicherungsvereinbarung ebenfalls so schwach, daß daraus ein starkes Beweisanzeichen für eine Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners nicht abgeleitet werden kann. Zwar konnte der Beklagte hiernach weder auf die angefochtene Forderungsabtretung klagen (siehe § 648a Abs. 5 BGB) noch aus vorvertragsähnlichem Anspruch auf den Abschluß einer Vereinbarung, in der sich die Schuldnerin zu der am 17. Februar 1997 vorgenommenen Abtretung verpflichtete. Art und Gegenstand der Sicherheit läßt § 648a BGB vielmehr offen. Aus § 232 BGB hätte sich jedenfalls ein Anrecht des Beklagten auf die vereinbarte Abtretung nicht ergeben. Vorschläge, dem Subunternehmer ein besonderes Sicherungsanrecht auf die Werklohnansprüche des Hauptunternehmers gegen den Bauherrn zuzubilligen, sind bisher nicht Gesetz geworden. Danach bewirkt § 648a BGB mangels hinreichend konkretisierter Sicherungspflicht des Bestellers vorliegend noch nicht, daß eine anlässlich von Nachtragsaufträgen zustande gekommene, erst am 17. Februar 1997 von der Schuldnerin erfüllte Abtretungsvereinbarung als kongruente Sicherungshandlung erscheint (vgl. BGHZ 33, 389, 393 f; 137, 267, 283; v. 12. November 1992 - IX ZR 236/91, ZIP 1993, 276, 279; v. 4. Dezember 1997 - IX ZR 47/97, ZIP 1998, 248, 250; v. 3. Dezember 1998 - IX ZR 313/97, ZIP 1999, 76, 77 f; zu § 648a BGB auch LG Dresden ZIP 2001, 1428, 1429 m. Anm. Undritz, EWiR 2002, 1099). Die Schuldnerin hatte aber nur die Wahl des Sicherungsmittels. Diese schwache Inkongruenz genügt

nicht, um von der Sicherheitenbestellung auf die Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Schuldners zu schließen. Denn angesichts der Möglichkeiten, die der Bauunternehmer zur Sicherung eines Subunternehmers hat, und der Gefahren, die ihm nach § 648a Abs. 5, §§ 643, 645 Abs. 1 BGB im Weigerungsfall von seinem Subunternehmer drohen, ist allein die Gewährung der Sicherheit kein taugliches Anzeichen für eine Benachteiligungsabsicht.

2. Für die Feststellung der Gläubigerbenachteiligungsabsicht bei allenfalls schwach inkongruenter Abtretung am 17. Februar 1997 hat das Berufungsgericht die ältere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zugrunde gelegt. Danach genügte bei kongruenter Anfechtungslage das Bewußtsein des Schuldners nicht, daß seine Rechtshandlung für die übrigen Schuldner von Nachteil sei. Vielmehr wurde vorausgesetzt, daß es dem Schuldner nicht so sehr auf die Erfüllung seiner Vertragspflicht als auf die Vereitelung der Ansprüche anderer Gläubiger angekommen ist (vgl. BGHZ 12, 232, 238; 121, 179, 185; BGH, Urt. v. 18. Februar 1993 - IX ZR 129/92, ZIP 1993, 521, 522; v. 19. März 1998 - IX ZR 22/97, ZIP 1998, 793, 798 f unter III. 4.).

Für den Vorsatz des § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO reicht es auch bei kongruenten Deckungsgeschäften aus, wenn der Schuldner sich eine Benachteiligung der anderen Gläubiger nur als möglich vorgestellt, sie aber in Kauf genommen hat, ohne sich durch die Vorstellung dieser Möglichkeit von seinem Handeln abhalten zu lassen (BGHZ 155, 75, 84 unter II. 3. c). Ein finales Absichtsmoment könnte sich demnach auch in den Fällen der § 31 Nr. 1 KO, § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO bei kongruenten oder nur schwach inkongruenten Anfechtungslagen möglicherweise erübrigen. Diese Frage bedarf jedoch hier vorläufig keiner Entscheidung, weil das Berufungsgericht nicht festgestellt hat, daß auf seiten der Schuldnerin zur Zeit der angefochtenen Abtretung eine Zahlungsschwäche

bestand, nach der das zumindest ernsthafte Risiko bevorstehender Zahlungsstörungen oder -stockungen, mit dem sich die Gefährdung der anderen Gläubiger aufdrängte (vgl. BGHZ 157, 242, 251 unter II. 2. b, bb (1); BGH, Urt. v. 22. April 2004 - IX ZR 370/00, WM 2004, 1250, 1251 f unter II. 3. b, bb), erkannt worden war. Der Zeuge W. , dem das Berufungsgericht uneingeschränkt gefolgt ist, will nach seiner Aussage vor dem Landgericht am 17. Februar 1997 an der Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin noch nicht einmal gezweifelt haben.

#### IV.

In der wiedereröffneten Berufungsinstanz wird das Berufungsgericht eine umfassende neue Tatsachenwürdigung vornehmen müssen. Dabei ist zu beachten, daß die Zahlungsfähigkeit der Schuldnerin am 17. Februar 1997 entgegen der gleichfalls verfahrensfehlerhaften Annahme des aufgehobenen Urteils nicht durch ein Liquiditätssicherungsprogramm vorläufig gestützt war. Denn - wie die Revision zutreffend rügt - bezog sich dieses Programm nach der vom Berufungsgericht zitierten Aussage des Zeugen W. allein auf die We.

KG.

Sollte der Zeuge We. bei der weiteren Sachaufklärung die Darstellung des Klägers bestätigen, wird das Berufungsgericht zur Aufklärung der Widersprüche auch den Zeugen W. selbst zu vernehmen haben. Dies kann im übrigen auch deshalb notwendig werden, weil die eidliche Aussage des

Zeugen W. vor dem Landgericht zum Zeitpunkt der Sicherungsabrede mit dem Beklagten von dessen Angaben bei seiner persönlichen Anhörung abweicht.

Fischer

Raebel

Vill

Cierniak

Lohmann