

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Mai 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, den Richter Prof. Dr. Pape, die Richterin Möhring und den Richter Röhl

für Recht erkannt:

Die Revision gegen den die Berufung zurückweisenden Beschluss des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 18. Dezember 2017 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die B. GmbH, die spätere Schuldnerin, war bis September 2009 die Muttergesellschaft eines Konzerns, der deutschlandweit Baumärkte betrieb. Mindestens seit Mitte des Jahres 2003 nahm die spätere Schuldnerin für die konzernverbundenen Gesellschaften, so auch für die P.

AG (künftig: PAG), Zahlungen vor, unabhängig davon, ob die entsprechenden bei ihr geführten Clearing-Konten der Gesellschaften ein Guthaben aufwiesen. Seit September 2009 war die PAG Muttergesellschaft des Konzerns; die Zahlungsweise wurde nicht umgestellt. Diese Praxis beruhte nach der Darstellung des Klägers auf einer Vereinbarung der Konzerngesellschaften.

- 2 Unter dem 9. November 2011 schloss die PAG mit der beklagten Anwalts-gesellschaft einen Vertrag über die arbeitsrechtliche Beratung im Zusammenhang mit der Restrukturierung der konzernverbundenen Unternehmen. Es wurde vereinbart, dass sämtliche Honorarrechnungen an die PAG zu richten seien, unabhängig davon, auf welches konzernverbundene Unternehmen sich die Beratung bezöge. Am 6. und 17. Mai 2013 stellte die Beklagte der PAG insgesamt 117.730,99 € für die arbeitsrechtliche Beratung im Zeitraum vom 16. April bis 15. Mai 2013 in Rechnung. Die PAG legte die Rechnungen der späteren Schuldnerin vor; diese überwies den in Rechnung gestellten Betrag an die Beklagte, wobei das für die PAG geführte Clearing-Konto zu diesem Zeitpunkt kein Guthaben aufwies. Die Valuta wurde der Beklagten auf ihrem Konto am 12. Juni 2013 gutgeschrieben.
- 3 Am 11. Juli 2013 stellten die Schuldnerin und am 12. Juli 2013 die PAG Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen. Die für die Schuldnerin und die PAG zuständigen Insolvenzgerichte eröffneten jeweils am 1. Oktober 2013 die Insolvenzverfahren und bestellten den Kläger zum Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und Rechtsanwalt G. zum Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der PAG (künftig: Insolvenzverwalter/PAG). Nach dem bestrittenen Vortrag des Klägers trat der Insolvenzverwalter/PAG die sich aus § 131 InsO gegen die Beklagte ergebenden Anfechtungsansprüche mit Schreiben vom 21. September 2016 an ihn ab.
- 4 Der Kläger hat die Zahlung über 117.730,99 € nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO angefochten. Das Landgericht hat die Klage ab- und das Berufungsgericht

die Berufung des Klägers durch Beschluss zurückgewiesen. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Die Aktivlegitimation sei nicht schlüssig aufgezeigt. Die Abtretung sei insolvenzzweckwidrig und damit nichtig. Denn es sei nicht ersichtlich, dass der Anfechtungsanspruch zwischen den beiden beteiligten Insolvenzverwaltern streitig gewesen sei. Darüber hinaus fehle es im Streitfall an der Inkongruenz der Zahlung. In die Betrachtung einzubeziehen seien die konzernartige Verflechtung der Vertragspartnerin, also der PAG, und der zahlenden Gesellschaft, der Schuldnerin, sowie die langjährig geübte Zahlungspraxis, welche nicht konzernintern geblieben sei, sondern den jeweiligen Zahlungsempfängern, auch der Beklagten, aufgrund der Angaben in den Kontoauszügen offenbar geworden sein werde. In einem solchen Fall sei die vertragliche Vereinbarung nicht als dahingehend konkretisiert anzusehen, dass die Zahlung durch das betreffende andere Konzernunternehmen sich als Abweichung vom vertraglichen Leistungsprogramm erweise.

II.

7 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

8 1. Die Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger sei schon wegen einer
unwirksamen Abtretung nicht aktivlegitimiert, trifft nicht zu.

9 a) Allerdings ist der Kläger hinsichtlich des Rückgewähranspruchs aus
§ 143 Abs. 1, § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO nicht aus eigenem Recht aktivlegitimiert.
Nur der Insolvenzverwalter/PAG kann nach diesen Vorschriften gegen die Be-
klagte einen Anspruch auf Rückgewähr der erfolgten Honorarzahlungen haben.
Gegner einer Deckungsanfechtung nach §§ 130, 131 InsO kann allein ein In-
solvenzgläubiger sein, an den der Insolvenzschuldner geleistet hat (BGH, Urteil
vom 19. Februar 2009 - IX ZR 16/08, NZI 2009, 381 Rn. 8; vom 3. April 2012 -
XI ZR 39/11, NJW 2012, 2507 Rn. 37). Zu den Insolvenzgläubigern gehört je-
der, der in der Insolvenz nur eine Forderung im Sinne des § 38 InsO oder einen
nachrangigen Anspruch (§ 39 InsO) gehabt hätte (BGH, Urteil vom 19. Januar
2012 - IX ZR 2/11, BGHZ 192, 221 Rn. 15). Eine solche Insolvenzforderung
nach § 38 InsO hätte die Beklagte allein im Insolvenzverfahren über das Ver-
mögen der PAG anmelden, nur in diesem Insolvenzverfahren hätte sie Insol-
venzgläubigerin sein können. Denn sie hatte den Anwaltsvertrag mit der PAG
geschlossen, diese allein schuldete die Anwaltshonorare, auch wenn die Bera-
tungsleistungen den anderen Unternehmen des Konzerns, so auch in großem
Umfang der Schuldnerin, zugutegekommen sind. Eine andere Frage ist, ob der
Kläger aus eigenem Recht einen Rückgewähranspruch aus §§ 143, 134 InsO
gegen die Beklagte hätte geltend machen können (vgl. BGH, Urteil vom 3. März
2005 - IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 279 ff; vom 16. November 2007 - IX ZR
194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 8; vom 4. Februar 2016 - IX ZR 42/14, NJW 2016,

1738 Rn. 9). Der Kläger hat jedoch die Voraussetzungen dieses Anfechtungstatbestandes nicht dargelegt und sich auch nicht auf Anfechtungsansprüche aus eigenem Recht berufen.

10 b) Doch ist revisionsrechtlich davon auszugehen, dass der Insolvenzverwalter/PAG den Rückgewähranspruch aus §§ 143, 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO wirksam an den Kläger abgetreten hat. Eine solche Abtretung von Rückgewähransprüchen durch den Insolvenzverwalter an einen anderen ist gemäß § 398 BGB grundsätzlich möglich (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - IX ZR 91/10, NZI 2011, 486 Rn. 8 f). Rechte des Anfechtungsschuldners werden durch die Abtretung nicht beeinträchtigt (BGH, Urteil vom 17. Februar 2011, aaO Rn. 11). Der Abtretungsvertrag ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht insolvenzzweckwidrig und damit nichtig.

11 aa) Dem Insolvenzverwalter steht bei der Ausübung seiner Tätigkeit grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu. Seine Rechtsmacht ist allerdings durch den Insolvenzzweck (§ 1 InsO) beschränkt. Deshalb sind solche Rechtshandlungen des Verwalters unwirksam, welche dem Zweck des Insolvenzverfahrens - der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger - klar und eindeutig zuwiderlaufen; sie verpflichten die Masse nicht (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 172/11, NZI 2013, 347 Rn. 8). Voraussetzung des Unwirksamkeitsgrundes der Insolvenzzweckwidrigkeit ist der offensichtliche, ohne weiteres erkennbare Verstoß gegen die Aufgaben eines Insolvenzverwalters. Der Schutz des Rechtsverkehrs gebietet es, nicht jede für die Masse nachteilige Rechtshandlung des Verwalters als unwirksam anzusehen. Mit der Nichtigkeitsanktion können nur solche Maßnahmen belegt werden, die dem Insolvenzzweck offensichtlich zuwiderlaufen. Beispiele sind Schenkungen aus der Masse, die Anerkennung nicht bestehender Aus- und Absonderungsrechte oder die

entgeltliche Ablösung einer offensichtlich wertlosen Grundschild. Wirksam sind dagegen Verfügungen des Verwalters, die nur unzweckmäßig oder sogar unrichtig sind (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013, aaO Rn. 9). Diese Grundsätze gelten auch im Fall der Abtretung des aus einer Insolvenzanfechtung folgenden Rückgewähranspruchs (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013, aaO Rn. 10).

12 In einem Fall, in welchem sich zwei Verwalter gestritten hatten, welcher Masse ein Anfechtungsanspruch zustehe, und der Anfechtungsgegner nicht bereit war, freiwillig zu zahlen, hat der Bundesgerichtshof entschieden, die Abtretung des Rückgewähranspruchs durch den einen an den anderen Verwalter unter Vorbehalt einer Erlösbeteiligung entbehre nicht jeglicher tatsächlicher und rechtlichen Grundlage. Auf mehr komme es nicht an. Seien dem abtretenden Verwalter bei der Einschätzung der Erfolgsaussichten einer streitigen Auseinandersetzung mit dem Zessionar oder eines von ihm selbst geführten Anfechtungsprozess gegen den Anfechtungsgegner Fehler unterlaufen, könne dies - ein Verschulden vorausgesetzt - zu einer Haftung nach § 60 InsO führen, nicht jedoch zu einer Unwirksamkeit der Abtretung wegen Insolvenzzweckwidrigkeit (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013, aaO). Aus dieser Entscheidung kann jedoch entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht geschlossen werden, dass die Abtretung eines Rückgewähranspruchs nur dann wirksam sei, wenn der Anspruch zwischen zwei Verwaltern streitig sei. Ein Abtretungsvertrag ist auch ohne einen solchen Streit daran zu messen, ob er offensichtlich, also ohne weiteres erkennbar, gegen Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens verstößt.

13 bb) Das ist nach dem dem Revisionsurteil zugrunde zulegenden Sach- und Streitstand nicht der Fall. Zwar stand der Rückgewähranspruch aus §§ 143, 131 InsO allein dem Insolvenzverwalter/PAG zu. Doch war der Erfolg der Klage jedenfalls nicht sicher. Auch sollte der abtretende Insolvenzverwalter nach klä-

gerischem Vortrag an den Erlösen aus dem Anfechtungsprozess beteiligt werden, wenn auch nur zur Hälfte. Weiter hat der Kläger als Gegenleistung die Aufgabe übernommen, den Anfechtungsanspruch gegenüber der Beklagten durchzusetzen. Deswegen gewinnt die Insolvenzmasse im Verfahren über das Vermögen der PAG durch die erfolgreiche Durchsetzung des Anfechtungsanspruchs durch den Kläger und wird durch einen Prozessverlust nicht belastet. Ob die Abtretung darüber hinaus wirtschaftlich sinnvoll und zweckmäßig war, ist keine Frage der offensichtlichen Insolvenzzweckwidrigkeit, sondern kann sich allenfalls haftungsrechtlich auswirken.

14 2. Dem Kläger steht jedoch, wie das Berufungsgericht im Ergebnis richtig gesehen hat, kein Rückgewähranspruch aus §§ 143, 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO, § 398 BGB zu.

15 a) Revisionsrechtlich ist davon auszugehen, dass in der Zahlung der Schuldnerin an die Beklagte eine die Gläubiger benachteiligende Rechtshandlung der PAG im letzten Monat vor Insolvenzantragstellung lag (§§ 129, 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

16 aa) Nach dem klägerischen Vortrag liegt in der Zahlung des Rechnungsbetrages durch die Schuldnerin an die Beklagte eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung in Form einer mittelbaren Zuwendung und kein einfacher - die anderen Insolvenzgläubiger nicht benachteiligender - Gläubigertausch.

17 Wenn eine Zahlung von dem Konto eines Dritten an den Anfechtungsgegner erfolgt, liegt die Rechtshandlung der Schuldnerin (hier der PAG) in der an den Dritten (die Schuldnerin) gerichteten Anweisung, zugunsten des Anfechtungsgegners (der Beklagten) eine Überweisung auszuführen. Die Gläubiger-

benachteiligung äußert sich in der Weggabe der Zahlungsmittel an den Anfechtungsgegner, durch die entweder das auf dem Konto des Dritten befindliche Treugut des Schuldners vermindert und zugleich das für seine Verbindlichkeiten haftende Vermögen verkürzt wird oder der Dritte seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Schuldner tilgt und dieser dadurch unter Verkürzung des haftenden Vermögens seine Forderung gegen den Dritten verliert (BGH, Urteil vom 12. April 2018 - IX ZR 88/17, NZI 2018, 562 Rn. 10). Demgegenüber liegt eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung bei einer Überweisung von einem Konto eines Dritten nicht vor, wenn dieser auf Veranlassung des Schuldners, ohne dazu diesem gegenüber verpflichtet zu sein, dessen Verbindlichkeiten aus eigenen Mitteln begleicht (Anweisung auf Kredit). Schließlich fehlt es an einer die Gläubiger benachteiligenden Rechtshandlung, sofern der Dritte ohne Veranlassung und nähere Kenntnis des Schuldners im ausschließlichen Interesse der Befriedigung des Anfechtungsgegners aus eigenem Vermögen die Überweisungen vornimmt (vgl. BGH, Urteil vom 12. April 2018, aaO Rn. 11; vgl. auch BGH, Urteil vom 21. Juni 2012 - IX ZR 59/11, NZI 2012, 805 Rn. 12).

18 Der Kläger hat vorgetragen, die PAG habe durch die Überlassung der an sie gerichteten Rechnungen der Beklagten an die Schuldnerin diese angewiesen, den Rechnungsbetrag an die Beklagte zu überweisen, wodurch ihre Schulden gegenüber der Beklagten für diese ersichtlich getilgt worden seien. Zur Zahlung sei die Schuldnerin aufgrund der konzerninternen Vereinbarungen gegenüber der PAG auch dann verpflichtet gewesen, wenn das bei der Schuldnerin für die PAG geführte Verrechnungskonto keine Guthaben mehr aufgewiesen habe. In diesem Fall sei die Schuldnerin verpflichtet gewesen, der PAG ein Darlehen zu gewähren. Wenn das Konto der PAG bei der Schuldnerin ein Guthaben aufwies, führte die Schuldnerin mithin durch die Tilgung der Schulden der PAG den ihr durch die PAG gewährten Kredit zurück. Wenn das Konto der

PAG kein Guthaben aufwies, gewährte die Schuldnerin der PAG durch die Tilgung der Schulden, wie zwischen ihnen vereinbart, einen (weiteren) Kredit. In beiden Fällen verringerte sich durch die Zahlung der Schuldnerin an die Beklagte das haftende Vermögen der PAG.

- 19 bb) Die Einhaltung der Monatsfrist vor Insolvenzantragstellung nach § 131 Abs. 1 Nr. 1, § 139 Abs. 1 InsO ist nach dem bestrittenen und unter Beweis gestellten Vortrag des Klägers revisionsrechtlich zu unterstellen. Die PAG hat den Insolvenzantrag am 12. Juli 2013 gestellt. Die nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO anfechtbare Rechtshandlung soll nach klägerischem Vortrag am 12. Juni 2013 vorgenommen sein, mithin ist die Monatsfrist gewahrt (zur Berechnung der Frist nach § 139 Abs. 1 InsO vgl. HK-InsO/Thole, 9. Aufl., § 139 Rn. 7; Bartels in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 139 Rn. 15).
- 20 b) Doch fallen die durch die Schuldnerin als Leistungsmittlerin für die PAG an die Beklagte erbrachten Zahlungen vorliegend ausnahmsweise nicht unter § 131 InsO.
- 21 aa) Nach dieser Regelung ist eine Rechtshandlung, die einem Insolvenzgläubiger eine inkongruente Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, anfechtbar. Gemäß § 131 Abs. 1 InsO ist eine Rechtshandlung inkongruent, die einem Insolvenzgläubiger eine Befriedigung gewährt oder ermöglicht hat, die er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. Die Inkongruenz ist zu dem Zeitpunkt zu beurteilen, in dem die Rechtshandlung vorgenommen wurde. Dabei unterscheidet gerade das Recht des Gläubigers, die Leistung zu fordern, kongruente und inkongruente Rechtshandlungen (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 – IX ZR 143/17, ZIP 2019, 679 Rn. 18 zVb in BGHZ). Was ein Gläubiger beanspruchen kann und wozu der Schuldner ver-

pflichtet ist, ist keine spezifisch insolvenzrechtliche, sondern zuvörderst eine materiell-rechtliche Frage. Folgt der Anspruch wie vorliegend aus einer vertraglichen Vereinbarung (Anwaltsvertrag), kommt es darauf an, was vertraglich vereinbart worden ist. Haben die Vertragsparteien nicht alle Fragen rechtsgeschäftlich geregelt, ist auf die entsprechenden gesetzlichen Regeln zurückzugreifen. Soweit rechtsgeschäftliche Regelungen möglich sind, ist immer nur maßgeblich, was die Vertragsparteien tatsächlich - ausdrücklich oder konkudent - vereinbart haben, nicht was sie hätten vereinbaren können (BAGE 146, 323 Rn. 15; vgl. Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2014, § 131 Rn. 32). Maßstab ist allein die objektive Rechtslage. Es kommt nicht darauf an, welche Vorstellungen die Parteien hatten, insbesondere müssen sie die Inkongruenz weder erkannt noch fahrlässig nicht erkannt haben. Daher spielt auch der gute Glaube beider Parteien, dass die Deckung in vollem Umfang dem Schuldverhältnis entspreche, keine Rolle (vgl. Schoppmeyer, aaO Rn. 33). Nicht in der Art geschuldet sind sämtliche Befriedigungen, die mit dem geschuldeten Leistungsprogramm nicht im Einklang stehen, also nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses von der tatsächlich geschuldeten Leistung abweichen (vgl. Schoppmeyer, aaO Rn. 54).

22 Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind Insolvenzgläubiger benachteiligende nicht geschuldete Direktzahlungen, die ein Dritter auf Anweisung des Schuldners erbringt, dem Empfänger gegenüber als inkongruente Deckung anfechtbar (BGH, Urteil vom 8. Dezember 2005 - IX ZR 182/01, NJW 2006, 1348 Rn. 9; vom 20. Januar 2011 - IX ZR 58/10, NZI 2011, 141 Rn. 17; vom 6. Dezember 2012 - IX ZR 3/12, NJW 2013, 940 Rn. 46; vom 17. Dezember 2015 - IX ZR 287/14, BGHZ 208, 243 Rn. 16; vom 9. November 2017 - IX ZR 319/16, NZI 2018, 267 Rn. 8; vgl. auch BAGE 146, 323 Rn. 13; BAGE 153, 163 Rn. 13). Deswegen stellen Direktzahlungen durch den Auftrag-

geber an den Subunternehmer oder Lieferanten seines Auftragnehmers inkongruente Leistungen im Sinne von § 131 Abs. 1 InsO dar, weil Subunternehmer und Lieferanten aufgrund ihres Werk- oder Werklieferungsvertrages regelmäßig keinen Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Zahlung des Werklohns oder des Kaufpreises durch den Auftraggeber haben (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2008 - IX ZR 2/05, NZI 2009, 55 Rn. 13; vom 17. Dezember 2015, aaO). Dies gilt auch für Mietzahlungen, die der Endmieter auf Anweisung des Zwischenmieters an den Vermieter entgegen der vertraglichen Vereinbarung leistet. Denn der Vermieter hat keinen Anspruch darauf, seine Forderung gegen den Zwischenmieter in dieser Art - aufgrund einer Zahlungsanweisung an den Endmieter - durch diesen als Dritten erfüllt zu bekommen (BGH, Urteil vom 20. Januar 2011, aaO). Entsprechendes gilt, wenn der Schuldner über einen Leistungsmittler eine Geldstrafe an die Justizkasse zahlt (BGH, Urteil vom 14. Oktober 2010 - IX ZR 16/10, NZI 2011, 189 Rn. 8).

23 bb) Hier weicht die Drittzahlung jedoch nur so geringfügig von der vertraglich vereinbarten Leistung ab, dass keine inkongruente Deckung angenommen werden kann. Denn die Zahlung der PAG an die Beklagte über die Schuldnerin als Leistungsmittlerin ist als gleichwertig mit der geschuldeten Deckung anzusehen (vgl. Schoppmeyer in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2014, § 131 Rn. 40).

24 (1) Die Kongruenz zwischen Anspruch und Deckungsleistung ist im Interesse der Gläubigergleichbehandlung nach strengen Maßstäben zu beurteilen. Doch schaden lediglich geringfügige Abweichungen von der nach dem Inhalt des Anspruchs typischen und gesetzmäßigen Erfüllung, die der Verkehrssitte (§§ 157, 242 BGB) oder Handelsbräuchen (§ 346 HGB) entsprechen, nicht. So sind Leistungen durch bargeldlose Überweisung und eigene Schecks kongru-

ent. Das gilt auch für Abbuchungen im Lastschriftverfahren aufgrund einer Einziehungsermächtigung des Schuldners (BGH, Urteil vom 9. Januar 2003 - IX ZR 85/02, NZI 2003, 197, 198; vom 10. Juni 2008 - XI ZR 283/07, BGHZ 177, 69 Rn. 45; vgl. BAG, Urteil vom 22. Oktober 2015 - 6 ARS 758/14, juris Rn. 18; Schoppmeyer, aaO § 131 Rn. 39 ff, 61).

25 (2) Eine entsprechende Verkehrssitte oder einen entsprechenden Handelsbrauch hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Dennoch ist in dem konkret im Konzern über zehn Jahre gehandhabten Cash Pool-Management eine solche geringfügige Abweichung zwischen Vereinbarung und Deckung zu sehen.

26 (a) Dass die PAG die Schuldnerin im Rahmen einer Cash Pool-Vereinbarung die Zahlungen an die Beklagte hat vornehmen lassen, begründet eine geringfügige Abweichung zwischen Anspruch und Deckung und einen Handelsbrauch oder eine Verkehrssitte noch nicht. Dafür bestehen in der Praxis zu unterschiedliche Cash Pool-Verfahren. So ist zwischen den typischen und atypischen Verfahren zu unterscheiden. Bei den typischen Cash Pool-Verfahren fungiert die zuständige Gesellschaft als Konzernbank, auf deren Konto (Zielkonto) am Ende eines jeden Bankarbeitstages alle Guthaben der angeschlossenen Gesellschaften (Quellkonten) überwiesen werden. Umgekehrt werden Sollsaldo der teilnehmenden Gesellschaften täglich "glattgestellt". Die Bezahlung der Gläubiger erfolgt danach von den Konten ihrer jeweiligen Vertragspartner. Bei der virtuellen Variante findet der Ausgleich zwischen den Konten der beteiligten Konzerngesellschaften nur rechnerisch statt, es kommt also nicht zu realen Überweisungen zwischen Quellkonten und Zielkonto (vgl. Brinkmann in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2017, Anhang zu § 135 Anfechtung im Konzern Rn. 34). Bei den atypischen Cash Management-Systemen werden die Verbindlichkeiten

des dem Cash Pool angeschlossenen Vertragspartners (unter Umständen nur im Fall der fehlenden Liquidität) nicht von ihm selbst, sondern von dem Konto einer anderen Gesellschaft getilgt (externes Cash Management-System; Brinkmann, aaO Rn. 45; vgl. BGH, Urteil vom 3. März 2005 - IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 277).

27 Die vom Bundesgerichtshof bislang entschiedenen Cash Pool-Fälle zeichnen sich dadurch aus, dass fällige Verbindlichkeiten jeweils von dem Unternehmen beglichen wurden, das gerade über die erforderliche Liquidität verfügte (BGH, Urteil vom 3. März 2005 - IX ZR 441/00, BGHZ 162, 276, 277; vom 16. November 2007 - IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 13). Diese Zahlung nach Kassenlage durch einen Dritten belegt gerade die fehlende Liquidität des Vertragsschuldners. Es bleibt deswegen auch bei atypischen Cash Management-Systemen bei dem Grundsatz, dass Drittzahlungen inkongruent sind (vgl. Spiekermann, NZI 2014, 1030, 1033 f; Hölken, jurisPR-InsR 18/2018 Anm. 4 unter C).

28 (b) Das vom Konzern vor Jahren etablierte, jahrelang praktizierte und ohne Beanstandungen bis zur Stellung der Insolvenzanträge funktionierende Cash Pool-Verfahren führt aber dazu, in der Drittzahlung der Schuldnerin auf Weisung der PAG an die Beklagte eine nur geringe Abweichung zwischen der Vereinbarung zwischen PAG und der Beklagten und der tatsächlich erfolgten Deckung zu sehen. Der Konzern hatte das Zahlungssystem schon lange vor der Krise eingerichtet. Die Schuldnerin handelte nach klägerischer Darstellung seit über zehn Jahren im Konzern als Poolführerin. Sie sammelte die Einnahmen der am Cash Pool beteiligten Gesellschaften auf ihren Konten und überwies im Gegenzug auf Anweisung der am Pool beteiligten Gesellschaften die an diese gerichteten Rechnungen, und zwar unabhängig davon, ob die in-

ternen Verrechnungskonten im Soll standen oder ein Guthaben aufwiesen. Zahlungsverzögerungen infolge dieses Zahlungssystems traten - soweit ersichtlich - nicht auf. Danach trat die Schuldnerin, auch wenn sie keine Zahlungsdienstleisterin im Sinne von § 675o Abs. 2 BGB war (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2013 - IX ZR 235/12, NZI 2013, 583 Rn. 30 f), ähnlich einer Konzernbank auf.

29

Dabei wirtschafteten die am Cash Pool-Verfahren beteiligten Konzerngesellschaften nicht aus "einem Topf", vielmehr wurden die Vermögen der Konzerngesellschaften voneinander abgegrenzt und musste die Liquidität der beteiligten Gesellschaften und des Konzerns grundsätzlich gegeben sein. So hatte die Schuldnerin als Poolführerin die Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 30 GmbHG, § 57 AktG) im Blick zu halten. Soweit sie als Tochtergesellschaft der PAG als ihrer Muttergesellschaft ein Darlehen gewährte, musste sie sich vergewissern, dass ihre Rückzahlungsforderung vollwertig und damit die Darlehensgewährung für sie als abhängige Gesellschaft nicht nachteilig war (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 - II ZR 102/07, BGHZ 179, 71 Rn. 13). Insoweit hatte die Schuldnerin eine gewisse Beobachtungspflicht im Hinblick auf die Bonität der Muttergesellschaft (vgl. Holzborn in Holzborn/v.Vietinghoff, Haftung und Insolvenz im GmbH-Recht, Rn. 274). Soweit die Schuldnerin als Muttergesellschaft vor dem 1. November 2008 der PAG als ihrer Tochtergesellschaft ein Darlehen gewährt hatte, musste sie sich der andauernden Bonität der Tochtergesellschaft vergewissern, wenn sie nicht wollte, dass ihr Gesellschafterdarlehen in der Krise der Tochtergesellschaft wie haftendes Eigenkapital behandelt würde (vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 2019 - IX ZR 149/16, NJW 2019, 1289 Rn. 31, 69 f, 72, 74, zVb in BGHZ). Ab dem 1. November 2008 musste sie den grundsätzlichen Nachrang des Gesellschafter(Konzern)darlehens in der Insolvenz der Tochter nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO und die Anfechtbarkeit nach § 135 InsO bedenken.

30

Danach musste die Drittzahlung der Schuldnerin aufgrund der jahrelang geübten Praxis objektiv nicht in jedermann den Verdacht wachrufen, dass die am Cash Pool beteiligten Konzerngesellschaften sich in schlechter Vermögenslage befänden. Zwar sind nach allgemeiner Erfahrung im Geschäftsverkehr Schuldner regelmäßig nicht bereit, anderes oder gar mehr zu leisten als sie schulden. Tun sie das dennoch, so müssen dafür im allgemeinen besondere Beweggründe vorliegen (BGH, Urteil vom 8. Oktober 1998 - IX ZR 337/97, NZI 1998, 118, 120). Doch liegen die besonderen Beweggründe für die vorliegende Drittzahlung in der anfechtungsrechtlich unverdächtigen Cash Pool-Vereinbarung. Durch das angewandte Cash Pool-Management ist der Eintritt der endgültigen Insolvenz des Konzerns nicht beschleunigt worden. Umgekehrt wurde durch den jahrelang praktizierten Cash Pool die Liquidität im Konzern bei der Schuldnerin gebündelt, welche aus handelsrechtlichen und anfechtungsrechtlichen Gründen bei jeder vorgenommenen Zahlung sich der Solvenz der beteiligten Konzerngesellschaften wenigstens im Ansatz vergewissern musste.

31 3. Das Vorliegen anderer Anfechtungstatbestände hat der Kläger nicht geltend gemacht, aus seinem Vortrag sind solche auch nicht ersichtlich.

Kayser

Lohmann

Pape

Möhring

Röhl

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 26.07.2017 - 2 O 402/16 -

OLG Köln, Entscheidung vom 18.12.2017 - 2 U 25/17 -