



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 122/99

Verkündet am:  
6. April 2000  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

---

GesO § 10 Abs. 1 Nr. 1

Eine objektive Gläubigerbenachteiligung liegt nicht vor, wenn der Schuldner über einen Gegenstand verfügt, dessen er sich schon vorher aufgrund eines verlängerten Eigentumsvorbehalts wirksam entäußert hat.

BGH, Urteil vom 6. April 2000 - IX ZR 122/99 - OLG Naumburg

LG Dessau

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. April 2000 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 16. März 1999 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Aufgrund eines Auftrags vom 11. August 1994 lieferte die Beklagte Frischbeton auf die Baustelle "Wohn- und Geschäftshaus W.straße in H." der B. GmbH (im folgenden: Schuldnerin). Auf die entsprechenden Rechnungen der Beklagten über insgesamt 158.593,68 DM zahlte die Schuldnerin 39.417,09 DM. Ein darüber hinaus der Beklagten übergebener Scheck in Höhe von 30.000 DM wurde nicht eingelöst; dadurch entstanden Kosten in Höhe von 172,50 DM. Am 10. Januar 1995, als die Schuldnerin ihre Zahlungen bereits eingestellt hatte, trat sie an die Beklagte von einer Forderung gegen die Gene-

ralunternehmerin (im folgenden: Drittschuldnerin) erfüllungshalber einen Teilbetrag in Höhe von 119.349,09 DM zzgl. 8 % Verzugszinsen ab Rechnungsdatum ab. Aufgrund der ihr angezeigten Abtretung zahlte die Drittschuldnerin am 6. Februar 1995 einen Betrag in Höhe von 78.775 DM an die Beklagte. Mit Beschluß vom 31. März 1995 wurde über das Vermögen der Schuldnerin die Gesamtvollstreckung eröffnet. Zum Verwalter wurde der Kläger bestellt. Dieser hat - gestützt auf die Anfechtungsvorschriften der Gesamtvollstreckungsordnung - Klage auf Auskehr des von der Drittschuldnerin gezahlten Betrages von 78.775 DM und Rückabtretung der restlichen Forderung von 40.574,09 DM erhoben. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hatte diese weitgehend Erfolg. Mit ihrer Revision begehrt die Beklagte Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

#### Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache.

I.

Das Berufungsgericht hat sein Urteil wie folgt begründet:

Die Anfechtung der Abtretung greife gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO durch. Die Beklagte habe eine inkongruente Deckung erhalten. Das sei ein erhebliches Indiz für das Bestehen einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht auf seiten der Schuldnerin und die entsprechende Kenntnis auf seiten der Beklagten. Ihre Unkenntnis habe diese nicht bewiesen. Aufgrund der Nichtigkeit des Abtretungsvertrages sei die Beklagte gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zur Rückgewähr der erhaltenen Leistung verpflichtet. Soweit die Drittschuldnerin bereits gezahlt habe, schulde die Beklagte gemäß § 818 Abs. 2 BGB Wertersatz.

## II.

Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. Selbst wenn dem Berufungsgericht darin zu folgen wäre, daß die Abtretung vom 10. Januar 1995 anfechtbar ist, wäre diese nicht deshalb nichtig (zu der heute nicht mehr vertretenen Anfechtungstheorie der Unwirksamkeit kraft Gesetzes vgl. Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 37 Rdnr. 4 m.w.N.). Der Klageanspruch könnte deswegen nicht aus §§ 812 ff BGB, sondern allenfalls aus § 37 KO analog begründet sein.

2. Indessen kann derzeit nicht von der Anfechtbarkeit der Abtretung vom 10. Januar 1995 ausgegangen werden.

Voraussetzung einer jeden Anfechtung ist das Vorliegen einer objektiven Gläubigerbenachteiligung. An dieser fehlt es im vorliegenden Fall, wenn der ihr an dem fraglichen Tag abgetretene Anspruch der Beklagten ohnehin zustand. Wenn der Schuldner über einen Gegenstand verfügt, dessen er sich schon wirksam entäußert hat, wird die Aktivmasse nicht verkürzt. Das hat das Berufungsgericht übersehen, weil es den Prozeßstoff nicht ausgeschöpft hat (Verstoß gegen § 286 ZPO).

a) Das Berufungsgericht hat den bereits in erster Instanz gehaltenen Vortrag der Beklagten nicht berücksichtigt, daß sie mit der Gemeinschuldnerin einen verlängerten Eigentumsvorbehalt entsprechend ihren - der Gemeinschuldnerin überlassenen - Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbart habe. Dieser Vortrag war entgegen der von der Revisionserwiderung vertretenen Ansicht auch Gegenstand des Berufungsverfahrens.

Es ist zwar zutreffend, daß die Beklagte - nachdem das Landgericht in seinem Urteil auf den Eigentumsvorbehalt nicht eingegangen war - in ihrer Berufungserwiderung wie auch im gesamten Berufungsrechtszug dieses Thema nicht mehr ausdrücklich angesprochen hat, obwohl - worüber sich die Parteien im Revisionsverfahren einig sind - der auf die Forderungsabtretung vom 10. Januar 1995 gerichtete Vortrag beider Parteien weitgehend unerheblich war, wenn der Gegenstand dieser Abtretung der Beklagten bereits aufgrund ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zustand. Daraus folgert die Revisionserwiderung zu Unrecht, die Beklagte habe sich auf den Eigentumsvorbehalt "nicht ernsthaft" berufen; jedenfalls habe sie diesen Vortrag im zweiten Rechtszug fallengelassen. Für die Annahme mangelnder Ernsthaftigkeit reicht es nicht aus, daß eine Partei auf bestimmten Vortrag später nicht mehr zurückgek-

men ist. Dies gilt insbesondere deshalb, weil die Beklagte in der ersten Instanz obsiegt und in der zweiten auf den bisher gehaltenen Vortrag Bezug genommen hat.

b) Nach dem Vortrag der Beklagten war die am 10. Januar 1995 abgetretene Forderung ihr zuvor schon wirksam abgetreten. Die zweite - von dem Kläger angefochtene - Abtretung ging dann ins Leere.

aa) Die Beklagte hat die Kopie der an die Schuldnerin gerichteten Auftragsbestätigung vom 12. August 1994 vorgelegt, in der auf die "umseitigen Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen" hingewiesen wird. Diese sind nach der Behauptung der Beklagten auf der Rückseite einer jeden Auftragsbestätigung abgedruckt.

In § 7 ("Eigentumsvorbehalt") ist ein verlängerter Eigentumsvorbehalt vereinbart. Es heißt dort:

"... wird die uns gehörende Ware in ein fremdes Grundstück verbaut und erhält der Käufer hierfür eine Forderung, die auch den Gegenwert für andere Leistungen des Käufers darstellt, so ist die Forderung des Käufers in Höhe des rechnermäßigen Wertes der uns gehörenden Waren zuzüglich 20 % dieses Betrages mit dem Rang vor dem Rest an uns abgetreten. ..."

bb) Die Erheblichkeit dieses Vorbringens wird von der Revisionserweiterung zu Unrecht bezweifelt. Zwar hat die Beklagte zunächst ein Muster ihrer Allgemeinen Verkaufs-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen überreicht, bei dem der Text - zumindest dem ersten Anschein nach - durchgestrichen war. Das konnte vernünftigerweise aber nicht so verstanden werden, daß die Be-

klagte habe zum Ausdruck bringen wollen, auch auf der Rückseite des der Schuldnerin zugesandten Bestätigungsschreibens seien die Allgemeinen Geschäftsbedingungen durchgestrichen gewesen. Zutreffend ist an sich auch der Hinweis der Revisionserwiderung, die Beklagte habe im Laufe der ersten Instanz unterschiedliche Muster von Auftragsbestätigungen vorgelegt. Entscheidend ist indes, daß alle diese Muster in dem hier interessierenden Teil übereinstimmen.

Wenn die Schuldnerin die Auftragsbestätigung (mit rückseitig abgedruckten AGB) erhalten und darauf - ohne dem Wunsch der Beklagten nach Einbeziehung ihrer AGB zu widersprechen - deren Betonlieferungen entgegengenommen hat, können die AGB der Beklagten Vertragsbestandteil geworden sein (vgl. BGHZ 61, 282, 287; BGH, Urt. v. 22. März 1995 - VIII ZR 20/94, NJW 1995, 1671, 1672; Palandt/Heinrichs, BGB 59. Aufl. § 2 AGBG Rdnr. 25). § 2 AGBG gilt hier nicht, weil sowohl die Schuldnerin als auch die Beklagte Kaufleute waren.

Ein verlängerter Eigentumsvorbehalt ist im kaufmännischen Verkehr grundsätzlich zulässig (BGHZ 64, 312; 94, 105, 112). Die abgetretene Forderung ist hinreichend bestimmbar, wenn sie - wie hier - an dem Wert der Lieferung des Vorbehaltslieferanten ausgerichtet wird (vgl. BGHZ 56, 34 ff; BGH, Urt. v. 23. Oktober 1963 - VIII ZR 150/62, NJW 1964, 149, 150; v. 24. April 1968 - VIII ZR 94/66, NJW 1968, 1516, 1519).

cc) Nicht berücksichtigt hat das Berufungsgericht ferner den Vortrag, daß die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten außerdem auf den Rückseiten der über die Betonlieferungen erstellen Rechnungen abgedruckt

gewesen seien. Wenn dem so war, ist zu erwägen, ob nicht die Schuldnerin daraus - jedenfalls aus der wiederholten Übersendung solcher Rechnungen - das Angebot entnehmen mußte, künftig nur noch unter Zugrundelegung dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu liefern. Dieses Angebot könnte die Schuldnerin durch das Abrufen der späteren Lieferungen und/oder deren Entgegennahme akzeptiert haben.

dd) Die Revisionserwiderung meint, Ansprüche der Beklagten aus dem Verlust ihres Eigentums an dem gelieferten Frischbeton ließen sich nicht mit den - in der Abtretungserklärung vom 10. Januar 1995 genannten - "aus der Veräußerung entstehenden Forderungen" der Schuldnerin gegen ihre Abnehmerin in Verbindung bringen. Dies trifft nicht zu. Die Abtretungen beziehen sich auf denselben Gegenstand; die AGB-mäßige (Voraus-)Abtretung geht lediglich dem Umfange nach noch weiter als die Individualabtretung vom 10. Januar 1995. Nach dem übereinstimmenden Parteivortrag hat die Schuldnerin den von der Beklagten bezogenen Frischbeton in dem Bauvorhaben der Drittschuldnerin verarbeitet. Der gelieferte Beton war somit zunächst Gegenstand der Veräußerung von der Beklagten an die Schuldnerin und sodann von der Schuldnerin an die Drittschuldnerin. Daß die Schuldnerin daneben auch noch Werkleistungen an die Drittschuldnerin erbrachte, ändert daran nichts. Jedenfalls im Recht der Absonderung liegt eine "Veräußerung" auch dann vor, wenn ein Bauhandwerker aufgrund eines Werk- oder Werklieferungsvertrages unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Sachen als wesentliche Bestandteile eines fremden Grundstücks einbaut (BGHZ 30, 176, 180; Gottwald, in: Insolvenzrechts-Handbuch 1990 § 43 Rdnr. 8; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 46 Rdnr. 6; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 46 KO Anm. 3 a.E.). Gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten war die



Werklohnforderung der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin in Höhe des Fakturenwerts des gelieferten Betons zuzüglich 20 % dieses Betrages an die Beklagte abgetreten. Gegenstand der Abtretung vom 10. Januar 1995 war nur noch der - damals noch offene - Fakturenwert von 119.349,09 DM zuzüglich 8 % Verzugszinsen. Der Umfang dieser Abtretung ging also weniger weit als bei der Abtretung vom 10. Januar 1995.

ee) Die Insolvenz der Zedentin steht der Wirksamkeit der ersten Abtretung nicht entgegen.

Die AGB-mäßige Vorausabtretung wurde - wie oben bereits ausgeführt - möglicherweise mit der Entgegennahme der ersten Betonlieferung vereinbart, also noch im August 1994. Allerdings erwirbt der Zessionar im Falle einer Vorausabtretung die abgetretene Forderung dann nicht, wenn diese erst entsteht, nachdem über das Vermögen des Zedenten ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (vgl. BGHZ 135, 140, 145; Jaeger/Henckel, § 15 KO Rdnr. 44; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 17 Rdnr. 18 h). Im vorliegenden Fall ist jedoch davon auszugehen, daß der Vergütungsanspruch der Schuldnerin gegen die Drittschuldnerin vor dem 31. März 1995 entstanden ist. Eine Werklohnforderung entsteht mit Abschluß des Werkvertrages (Soergel, in: MünchKomm-BGB, 3. Aufl. § 631 Rdnr. 162). Wann der Werkvertrag zwischen der Schuldnerin und der Drittschuldnerin abgeschlossen worden ist, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Nach der Lebenserfahrung wird man aber davon ausgehen müssen, daß der Vertragsschluß vor der ersten Betonlieferung der Beklagten auf die Baustelle der Drittschuldnerin stattgefunden hat, also spätestens im August 1994. Zwar wurde die sich daraus ergebende Werklohnforderung erst später fällig. Nach dem Parteivortrag wurde das Werk der Schuldnerin am

2. Mai 1995 abgenommen. Indes steht dieser Umstand nicht der Wirksamkeit der Abtretung entgegen. Nicht fällige Forderungen sind sowohl aussonderungs- als auch absonderungsfähig. Streitig ist nur, ob in entsprechender Anwendung des § 65 KO die Fälligkeit von Forderungen, die der Absonderung unterliegen, vorverlegt wird (vgl. BGHZ 31, 337, 340; Kuhn/Uhlenbruck, § 65 KO Rdnr. 5). Darum geht es im vorliegenden Fall nicht.

c) Die Abtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts ist auch nicht ihrerseits anfechtbar.

Beim verlängerten Eigentumsvorbehalt unterliegt die Vorausabtretung künftiger Forderungen, die sich auf das mit dem Vorbehaltseigentum Erlangte beschränkt, selbst dann nicht der Insolvenzanfechtung, wenn die Forderungen erst in der kritischen Phase entstanden sind (BGHZ 64, 312, 314).

Soweit die Vorausabtretung hier über das mit dem Vorbehaltseigentum Erlangte hinausgeht - nämlich in Höhe von 20 % des rechnungsmäßigen Wertes des gelieferten Betons -, kann zwar eine Gläubigerbenachteiligung vorliegen. Indessen fehlt es an den weiteren Anfechtungsvoraussetzungen. Maßgeblich ist hierbei wiederum der Zeitpunkt, in dem die im voraus abgetretene Forderung entstanden ist (BGHZ 30, 238, 240; BGH, Urt. v. 16. März 1995 - IX ZR 72/94, WM 1995, 995, 999; v. 30. Januar 1997 - IX ZR 89/96, WM 1997, 545, 546). Das war spätestens im August 1994. Die Fälligkeit der Forderung ist auch hier unerheblich. Daß die Schuldnerin bereits im August 1994 die Absicht der Gläubigerbenachteiligung im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO gehabt habe, hat der Kläger nicht behauptet. Die Vorausabtretung war weder insgesamt noch hinsichtlich des 20 %igen "Zuschlags" unentgeltlich

im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 3 GesO. Sie war vielmehr insgesamt entgeltlich, weil sie - wirtschaftlich betrachtet - die entgeltlich begründete Kaufpreisforderung der Vorbehaltsverkäuferin sicherte (vgl. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. V § 62 II 2 a (S. 332); Henckel, Aktuelle Probleme der Warenlieferanten beim Kundenkonkurs 2. Aufl. S. 3). Endlich hat der Kläger auch nicht behauptet, daß die Schuldnerin bereits im August 1994 ihre Zahlungen eingestellt gehabt habe oder daß damals ein Gesamtvollstreckungsantrag gestellt gewesen sei (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO).

### III.

Das Berufungsurteil ist somit aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit insbesondere die fehlenden Feststellungen zum verlängerten Eigentumsvorbehalt nachgeholt werden.

Das Berufungsgericht wird dabei zu prüfen haben, wie das Vorbringen des Klägers zu verstehen ist, er könne nicht feststellen, daß die Auftragsbestätigung bei der Schuldnerin eingegangen sei, und bestreite dies mit Nichtwissen. Wenn sich dieses Bestreiten mit Nichtwissen auf das Vorhandensein der Auftragsbestätigung bei der Schuldnerin beziehen sollte, wäre es gemäß § 138 Abs. 3 und 4 ZPO unbeachtlich. Denn dieses Vorhandensein ist Gegenstand seiner eigenen Wahrnehmung. Als Verwalter in der Gesamtvollstreckung über

das Vermögen der Schuldnerin ist er im Besitz der Geschäftsunterlagen und kann feststellen, ob sich die Auftragsbestätigung darunter befindet.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Zugehör

Ganter