BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 212/09

Verkündet am:
23. September 2010
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 129 Abs. 1

Begegnet ein Vollstreckungszugriff dritter Gläubiger auf den entäußerten Vermögenswert faktischen Hindernissen, steht das einer Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen.

InsO § 142; BGB § 667

Veräußert ein Tankstellenbetreiber im Namen und für Rechnung eines Mineralölunternehmens in dessen Eigentum stehende Kraftstoffe an Endkunden und überweist er die zunächst für fremde Rechnung vereinnahmten Barerlöse nach Einzahlung auf seinem allgemeinen Geschäftskonto an das Mineralölunternehmen, so scheidet ein Bargeschäft aus.

BGH, Urteil vom 23. September 2010 - IX ZR 212/09 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, die Richter Raebel, Prof. Dr. Kayser, Prof. Dr. Gehrlein und Grupp

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 20. Oktober 2009 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als über die Berufung der Beklagten zu seinem Nachteil erkannt worden ist.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Zivilkammer 2, vom 4. Januar 2008 wird insgesamt zurückgewiesen.

Die Kosten der Revision trägt die Beklagte; von den Kosten des Berufungsrechtszuges tragen der Kläger 53 v. H. und die Beklagte 47 v. H..

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf den Eigenantrag vom 1. Juli 2002 über das Vermögen der E. -Station Z. OHG (fortan: Schuldnerin) am 1. Oktober 2002 eröffneten Insolvenzverfahren.

2 Der Gesellschafter der Schuldnerin schloss im Jahre 1992 mit der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der E. AG (fortan für beide: Beklagte), einen Tankstellenvertrag über eine Laufzeit von 20 Jahren. In diesen Vertrag ist die Schuldnerin in der Folgezeit anstelle ihres Gesellschafters eingetreten. Danach hatte die Schuldnerin als durch Provisionen vergütete Handelsvertreterin der Beklagten in deren Namen und für deren Rechnung Kraftstoffe und Motoröle zu verkaufen. Die Erlöse für die verkauften E. -Produkte sollten - von sonstigen Kassenbeständen gesondert verwahrt - unmittelbar in das Eigentum der Beklagten übergehen. Daneben verkaufte die Schuldnerin sogenannte Shop-Waren, die sie teils von einer Tochtergesellschaft der Beklagten, teils von Handelsketten bezog, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung. Tatsächlich wurden die Bargelderlöse aus dem Verkauf von Kraftstoffen und der Shop-Waren bei der Schuldnerin in einer Kasse gesammelt.

3 Die Schuldnerin geriet ab Oktober 1999 in wirtschaftliche Schwierigkeiten, welche die Beklagte veranlassten, gegen die Schuldnerin eine "Kreditsperre" zu verhängen, derzufolge die Weiterbelieferung der Schuldnerin jeweils von der Zahlung der vorangegangenen Lieferung abhängig war. Ein Gesellschafter der Schuldnerin stellte gegen die Beklagte einen Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung, um die Belieferung der Schuldnerin mit Agenturwaren sicherzustellen. Im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs einigten sich der Verfügungskläger und die Beklagte dahin, dass die Beklagte der Schuldnerin einen Agenturbestand im Wert von 60.000 € zur Verfügung stellt und der Verfügungs-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

kläger im Gegenzug täglich über die Agenturerlöse abrechnet, die am Vortag eingenommenen Erlöse nach Abzug der Provision auf ein Konto der Beklagten abführt sowie die jeweilige Zahlung mittels einer Bankbestätigung nachweist. Diese bis zum 30. April 2002 gültige Vereinbarung wurde von den Beteiligten mangels einer Einigung über eine Folgeregelung auch im Zeitraum bis 1. Juli 2002 praktiziert.

4 Die Schuldnerin war ab dem 1. April 2002 zahlungsunfähig. In dem Zeitraum vom 1. April bis 1. Juli 2002 entrichtete die Schuldnerin über ihr Geschäftskonto durch fast tägliche Zahlungen in wechselnder Höhe Agenturerlöse von insgesamt 313.605 € an die Beklagte. Nach Anfechtung durch den Kläger hat das Landgericht die Beklagte - soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung - zur Erstattung dieser Beträge verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des Ersturteils.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg.

I.

6 Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO verneint. Es hat gemeint, zwar habe die Beklagte Kenntnis von Umständen gehabt, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin hingedeutet hätten (§ 130 Abs. 2 InsO). Jedoch sei eine Gläubigerbenachteiligung nicht gegeben. Die Agenturerlöse hätten zu keinem Zeitpunkt „realiter" einem Zugriff der Insolvenzgläubiger zur Verfügung gestanden. Mit der Einzahlung der jeweiligen Tageseinnahmen auf dem Konto der Schuldnerin sei zwar ein etwaiges Eigentum oder Miteigentum der Beklagten untergegangen. Die unmittelbare Weiterleitung an die Beklagte hindere aber bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die Annahme, dass es sich um Vermögen gehandelt habe, das dem Zugriff der Insolvenzgläubiger zugänglich gewesen sei.

7 Die Anfechtung sei auch aufgrund der hier entsprechend heranzuziehenden Regelung des Bargeschäfts in § 142 InsO ausgeschlossen. Wenn auch der zu beurteilende Sachverhalt nicht unter § 142 InsO subsumiert werden könne, folge aus einer Parallelwertung, dass die Anfechtung nicht durchgreife. Zur Fortsetzung ihres Geschäftsbetriebs sei es für die Schuldnerin unabdingbar gewesen, von der Beklagten weiter beliefert zu werden. Die Beklagte habe jedoch die Fortsetzung der Belieferung davon abhängig machen können, dass die Schuldnerin täglich die vereinnahmten Erlöse abführe. Selbst wenn hier ein Zeitraum von mehr als einer Woche zwischen der angefochtenen Handlung und der Gegenleistung liege, sei eine äquivalente Gegenleistung in der Einräumung der Verfügungsbefugnis zu erkennen, welche die Schuldnerin in unmittelbarem Zusammenhang mit den Verkaufsvorgängen in Anspruch genommen habe.

II.

8 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand. Die Klage ist gemäß § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO begründet. Die Tatbestandsmerkmale dieser Vorschrift sind nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllt. Die Zahlungen wurden innerhalb des kritischen Zeitraums bewirkt. Die Anfechtung scheitert auch nicht aus sonstigen Gründen.

9 1. Eine Gläubigerbenachteiligung (§ 129 Abs. 1 InsO) als Voraussetzung jeder Insolvenzanfechtung ist im Streitfall gegeben.

10 a) Zu Unrecht meint die Revisionserwiderung, eine von der Beklagten an den Erlösen erlangte dingliche Rechtsposition stehe der Annahme einer Gläubigerbenachteiligung entgegen.

11 aa) Die Voraussetzungen eines Aussonderungsrechts (§ 47 InsO) sind nicht gegeben.

12 (1) Die Beklagte hat an den im Zuge des Verkaufs von Kraftstoffen als Gegenleistung eingenommenen Banknoten und Bankmünzen auf der Grundlage des mit der Schuldnerin im Rahmen des Tankstellenvertrages bestehenden Handelsvertreterverhältnisses zwar zunächst Eigentum erlangt. Die Einigung über den Eigentumsübergang kam zwischen den Tankstellenkunden und der durch die Schuldnerin vertretenen (§ 164 Abs. 1 BGB) Beklagten zustande. Die neben der Einigung notwendige Übergabe (§ 929 BGB) kann auch in der Form stattfinden, dass das zu übereignende Gut einem Besitzmittler des Erwerbers - im Streitfall der Schuldnerin - ausgehändigt wird (BGH, Urt. v. 21. April 1959 - VIII ZR 148/58, NJW 1959, 1536, 1537; v. 10. Dezember 1975 - VIII ZR 179/74, WM 1976, 153, 154).

13 (2) Die dem Eigentum der Beklagten zuzuordnenden Bargelder wurden sodann aber durch die Verwahrung in einer einheitlichen Kasse mit im Eigentum der Schuldnerin stehenden Bargeldern gemäß § 948 Abs. 1, § 947 Abs. 1 BGB zu Miteigentum vermischt. Der Kasseninhaber erwirbt nicht nach § 948 Abs. 1, § 947 Abs. 2 BGB Alleineigentum an dem Gesamtbestand (in diesem Sinne Erman/Ebbing, BGB 12. Aufl. § 948 Rn. 9), weil andernfalls der Regelfall einer Geldvermischung entgegen dem Grundgedanken des Gesetzes (Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches, 1888 Band III. S. 360) gerade in der Insolvenz des Kasseninhabers mit einem dinglichen Rechtsverlust verbunden wäre (MünchKomm-BGB/Füller, 5. Aufl. § 948 Rn. 7; Bamberger/Roth/Kindl, BGB 2. Aufl. § 948 Rn. 7). Das Recht eines Miteigentümers wird bezüglich seines Miteigentumsanteils in der Insolvenz eines Mitberechtigten wie der Aussonderungsanspruch eines Alleineigentümers behandelt (BGH, Urt. v. 21. Dezember 1961 - III ZR 162/60, NJW 1962, 587, 588, insoweit in BGHZ 36, 229 nicht abgedruckt). Infolge des Besitzes der Masse an den Gegenständen (§ 1006 BGB) obliegt es jedoch dem Miteigentümer, den auf ihn entfallenden Anteil der Höhe nach zu beweisen (BGH, Urt. v. 3. Juni 1958 - VIII ZR 326/56, WM 1958, 899, S. 901 f; MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl. § 47 Rn. 45; Jaeger/Henckel, InsO § 47 Rn. 92; FK-InsO/Imberger, 5. Aufl. § 47 Rn. 14). Diesen insbesondere bei einer Geldvermengung schwer führbaren Beweis (MünchKomm-InsO/Ganter, aaO) hat die Beklagte nicht erbracht. Bereits deshalb ist für eine Aussonderung kein Raum.

14 (3) Überdies entfällt ein Aussonderungsanspruch, wenn der Schuldner - wie im Streitfall - die der Aussonderung unterliegenden Gelder auf sein eigenes Konto einzahlt, weil dann die Bank das Eigentum an den Banknoten zumindest gutgläubig (§§ 929, 932 BGB) erwirbt (BGHZ 58, 257, 258; BGH, Urt. v.

21. Dezember 1961, aaO S. 588; MünchKomm-InsO/Ganter, aaO § 47 Rn. 19; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO 13. Aufl. § 47 Rn. 6). Im Streitfall bedurfte es nicht einmal eines gutgläubigen Erwerbs der Bank, weil die Beklagte nach dem Inhalt des Vergleichs mit der Einzahlung auf das Konto der Schuldnerin einverstanden war und diese aufgrund der Ermächtigung (§ 185 Abs. 1 BGB) als Berechtigte verfügt hat (vgl. BGHZ 106, 1, 4; 107, 340, 341). Mit der Einzahlung fremder Gelder auf ein allgemeines Konto geht ein an dem Geld bestehendes Aussonderungsrecht unter (BGHZ 174, 228, 235 Rn. 21; BGH, Urt. v. 24. Juni 2003 - IX ZR 120/02, WM 2003, 1641 f; Urt. v. 6. April 2006 - IX ZR 185/04, NJW-RR 2006, 1134, 1136 Rn. 26; HK-InsO/Lohmann, 5. Aufl. § 47 Rn. 6). Folglich standen der Beklagten nach Einzahlung der Veräußerungserlöse auf das Bankkonto nur noch schuldrechtliche Ansprüche gegen die Schuldnerin zu, deren Befriedigung grundsätzlich der Anfechtung unterliegt (vgl. RGZ 94, 305, 307 f).

15 (4) Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte schließlich auf die Regelung des § 392 Abs. 2 HGB. Diese Bestimmung ist hier schon deshalb unanwendbar, weil die Schuldnerin nicht als Kommissionärin im eigenen Namen für Rechnung der Beklagten (§ 383 Abs. 1 HGB), sondern als Handelsvertreterin im Namen der Beklagten tätig geworden ist (Staub/Emde, HGB 5. Aufl. Rn. 378 vor § 84). Überdies erstreckt sich § 392 Abs. 2 HGB nach bisheriger Rechtsprechung nicht über die Forderung hinaus auf den Kaufpreis, den der Kommissionär bereits erlangt hat (BGHZ 79, 89, 94; BGH, Urt. v. 26. November 1973 - II ZR 117/72, NJW 1974, 456, 457; Jaeger/Henckel, InsO § 47 Rn. 149; aA MünchKomm-InsO/Ganter, aaO § 47 Rn. 289 m.w.N. zum Streitstand). Die von der Gegenauffassung gebilligte Aussonderung des bereits eingenommenen Kaufpreises würde im Streitfall nicht durchgreifen, weil der Erlös nach der Vermischung mit den Barbeständen der Schuldnerin und der anschließenden Einzahlung des Gesamtbetrages auf ihr allgemeines Geschäftskonto nicht mehr unter-

scheidbar in ihrem Vermögen vorhanden ist (OLG Köln ZInsO 2005, 151, 153; MünchKomm-InsO/Ganter, aaO; HmbKomm-InsO/Büchler, 3. Aufl. § 47 Rn. 24).

16 bb) Ebenso scheidet eine Ersatzaussonderung (§ 48 InsO) aus.

17 Nach Einzahlung aussonderungsfähiger Zahlungsmittel auf ein Bankkonto kommt eine Ersatzaussonderung (§ 48 InsO) in Betracht, wenn der Schuldner mit der Veräußerung den Vermögenswert des aussonderungsfähigen Gutes an sich gebracht hat. Die Ersatzaussonderung erfordert jedoch nach dem Wortlaut des § 48 InsO, dass die Veräußerung unberechtigt erfolgt ist. Ein auf diese Vorschrift gegründeter Anspruch scheidet daher nach allgemeiner Ansicht aus, wenn der Schuldner mit Einwilligung oder Genehmigung des Gläubigers verfügt hat (BGH, Urt. v. 24. Juni 2003, aaO S. 1642; Urt. v. 6. April 2006, aaO S. 1135 Rn. 18; MünchKomm-InsO/Ganter, aaO § 48 Rn. 27; Jaeger/Henckel, aaO § 48 Rn. 44; HK-InsO/Lohmann, aaO § 48 Rn. 8; Uhlenbruck/Brinkmann, aaO § 48 Rn. 15; HmbKomm-InsO/Büchler, aaO § 48 Rn. 12; ebenso zu § 46 KO BGHZ 68, 199, 201; 144, 192, 197 f). So verhält es sich im Streitfall. Die Schuldnerin, die das Handeln ihres Gesellschafters gegen sich gelten lässt, hatte sich mit der Beklagten im Rahmen des vor dem Oberlandesgericht Hamburg geschlossenen Vergleichs dahin verständigt, die eingenommenen Gelder über ihr bei der S. P. geführtes Geschäftskonto auf ein Konto der Beklagten bei der Bank /F. zu überweisen (ähnlich der Sachverhalt bei BGH, Urt. v. 24. Juni 2003, aaO). Danach ist für eine Ersatzaussonderung von vornherein kein Raum.

18 b) Dass Drittgläubiger vor den zugunsten der Beklagten bewirkten Überweisungen auf das Bankkonto der Schuldnerin faktisch kaum zugreifen konnten, steht der Annahme einer Gläubigerbenachteiligung nicht entgegen.

19 aa) Eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger liegt vor, wenn die Insolvenzmasse durch die anfechtbare Rechtshandlung verkürzt wird, so dass sich die Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger ohne die fragliche Handlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gestaltet hätten (BGHZ 124, 76, 78 f; 155, 75, 80 f; BGH, Urt. v. 9. Juli 2009 - IX ZR 86/08, WM 2009, 1750, 1751 f Rn. 25). Dies ist bei einer Verkürzung der Aktivmasse oder einer Vermehrung der Schuldenmasse anzunehmen, die den Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert oder verzögert (BGHZ 174, 228, 233 Rn. 18; BGH, Urt. v. 19. April 2007 - IX ZR 59/06, WM 2007, 1218, 1219 Rn. 15; BGH, Urt. v. 16. Oktober 2008 - IX ZR 2/05, WM 2008, 2377, 2378 Rn. 9).

20 bb) Nach diesen Maßstäben ist hier eine Gläubigerbenachteiligung eingetreten.

21 (1) Die Schuldnerin hat die von den Endabnehmern an die Beklagte übereigneten Zahlungsmittel für die Beklagte in Empfang genommen und verwahrt. Die Einzahlung dieser Fremdmittel auf das Konto der Schuldnerin diente der Weiterleitung an die Beklagte. Mit den Überweisungen hat die Schuldnerin ihre - § 667 Alt. 2 BGB entsprechende - vertragliche Pflicht erfüllt, das in Ausführung des Auftrags Erlangte an die Beklagte abzuführen (vgl. BGH, Beschl. v. 15. September 2005 - III ZR 28/05, WM 2005, 2194, 2195). Da die Zahlungen im Streitfall nicht - wie in dem der vorstehenden Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt - über ein Anderkonto, sondern vereinbarungsgemäß über das

allgemeine Geschäftskonto der Schuldnerin abgewickelt wurden, sind die Mittel zunächst in das Vermögen der Schuldnerin gelangt. Hat die Schuldnerin die Mittel auch nur vorübergehend ihrem Vermögen einverleibt, liegt in der Auskehr eine ihre Gläubiger benachteiligende Deckungshandlung (BGHZ 174, 228, 234 Rn. 19; BGH, Urt. v. 17. Dezember 2009 - IX ZR 16/09, ZInsO 2010, 521, 522 Rn. 12).

22 (2) Aufgrund der von der Schuldnerin im Überweisungsweg an die Beklagte erbrachten Zahlungen wurde die Insolvenzmasse verkürzt. Das Kontoguthaben, aus dem die Zahlungen erbracht wurde, gehörte - wie das Berufungsgericht zutreffend erkannt hat - zum haftenden Vermögen der Schuldnerin und stand daher der Vollstreckung durch ihre Gläubiger offen (vgl. BGH, Beschl. v. 8. November 2007 - IX ZB 221/03, WM 2008, 87 Rn. 5). Für die Annahme einer Gläubigerbenachteiligung ist es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ohne Bedeutung, ob ein vollstreckungsrechtlicher Zugriff auf das Kontoguthaben der Schuldnerin für die Gläubiger wegen des engen zeitlichen Zusammenhangs der Einzahlung und anschließenden Überweisung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden war. Eine Gläubigerbenachteiligung kann gerade in dem mit der angefochtenen Rechtshandlung verbundenen erschwerten Zugriff auf einen Vermögenswert des Schuldners liegen (BGHZ 128, 184, 189; 165, 343, 350; BGH, Urt. v. 11. Juli 1996 - IX ZR 226/94, NJW 1996, 3147, 3148; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 129 Rn. 101; HK-InsO/Kreft, aaO § 129 Rn. 44; Ehricke in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 129 Rn. 81). Darum kann dahin stehen, ob die Befürchtung, nicht mit Erfolg vollstrecken zu können, hier überhaupt gerechtfertigt war, weil eine Pfändung des Tagesguthabens auch nach Erlass des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses eingehende Beträge erfasst hätte (vgl. BGHZ 84, 325, 328 ff; 84, 371, 378).

23 2. Der Anfechtung steht schließlich nicht § 142 InsO entgegen.

24 a) Unter dem Gesichtspunkt des Bargeschäfts (§ 142 InsO) werden Leistungen privilegiert, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in das Schuldnervermögen gelangt ist. Dieser Ausnahmeregelung liegt der wirtschaftliche Gesichtspunkt zugrunde, dass ein Schuldner, der sich in der Krise befindet, praktisch vom Geschäftsverkehr ausgeschlossen würde, wenn selbst die von ihm abgeschlossenen wertäquivalenten Bargeschäfte der Anfechtung unterlägen (BGHZ 167, 190, 199 Rn. 30). Ein Bargeschäft ist nur anzunehmen, wenn der Schuldner aufgrund einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner in engem zeitlichen Zusammenhang mit seiner Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat (BGHZ 174, 297, 311 Rn. 41). In diesem Fall findet wegen des ausgleichenden Vermögenswertes keine Vermögensverschiebung zulasten des Schuldners, sondern eine bloße Vermögensumschichtung statt (BGH, Urt. v. 9. Juni 2005 - IX ZR 152/03, WM 2005, 1474, 1476).

25 b) Ein Bargeschäft scheitert bereits an der von § 142 InsO vorausgesetzten Anbindung des unmittelbaren Leistungsaustauschs an eine zwischen der Schuldnerin und der Beklagten getroffenen Parteivereinbarung.

26 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 (BGHZ 123, 320, 328 m.w.N.; BGH, Urt. v. 6. April 2006, aaO S. 1136 Rn. 29; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 5; HK-InsO/Kreft, aaO § 142 Rn. 4; Uhlenbruck/Hirte, aaO § 142 Rn. 6). Nur eine der Parteivereinbarung entsprechende Leistung ist kongruent und geeignet, den Barge-

schäftseinwand auszufüllen (BGHZ 150, 122, 130; 167, 190, 199 Rn. 28; BGH, Urt. v. 15. November 2007 - IX ZR 212/06, ZIP 2008, 235, 236 Rn. 15).

27 bb) Die Abrede genügt nicht den inhaltlichen Anforderungen des § 142 InsO. Sie war nicht auf einen unmittelbaren Leistungsaustausch zwischen der Schuldnerin und der Beklagten gerichtet (vgl. Bräuer, Ausschluss der Insolvenzanfechtung bei Bargeschäften nach Maßgabe des § 142 InsO 2006 S. 49).

28 Aufgrund der hier gewählten vertraglichen Gestaltung eines Vertretungsverhältnisses wurden die Kraftstoffe ohne Zwischenerwerb der Schuldnerin unmittelbar von der Beklagten an die Endkunden übereignet. Umgekehrt ging das Eigentum an den aus dem Verkauf der Kraftstoffe erzielten Erlösen ebenfalls ohne Beteiligung der Schuldnerin unmittelbar von den Endkunden auf die Beklagte über. Die Schuldnerin selbst war in die zwischen der Beklagten und den Tankkunden vereinbarten Veräußerungsgeschäfte weder schuldrechtlich noch dinglich einbezogen (BGH, Urt. v. 25. April 2006 - X ZR 198/04, NJW 2006, 2321, 2322 Rn. 12; Baumbach/Hopt, HGB 34. Aufl. § 84 Rn. 48; Löwisch in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 2. Aufl. § 84 Rn. 81). Die Funktion der Schuldnerin erschöpfte sich in der Abwicklung der von ihr im Namen der Beklagten mit den Tankkunden geschlossenen Verträge, indem sie die Kraftstoffe namens der Beklagten an die Tankkunden übereignete und die bei Beachtung der vertraglichen Vorgaben bereits mit dem Empfang in das Eigentum der Beklagten übergegangenen Barmittel an diese weiterleitete. Allein mit der faktischen Lieferung der Kraftstoffe an die Schuldnerin konnte die Beklagte keine Erlöse erwirtschaften; vielmehr musste der Verkauf an und die Bezahlung durch die Tankkunden hinzutreten. Deshalb scheidet eine Willensübereinstimmung der Parteien aus, dass bereits durch die Lieferung der Kraftstoffe an die Schuldnerin die Erlöse dem Vermögen der Beklagten zugeführt werden. Eine

solche Willensübereinstimmung bestand vielmehr nur im Verhältnis der Beklagten zu den Tankkunden, die für die ihnen übereigneten Kraftstoffe mit der Bezahlung einen vereinbarungsgemäßen Ausgleich leisteten.

29 c) Überdies fehlt es jedenfalls an einer die Zahlungen der Schuldnerin ausgleichenden Gegenleistung der Beklagten. Den von der Schuldnerin zu Lasten ihres Vermögens an die Beklagte bewirkten Zahlungen stehen keine gleichwertigen Leistungen der Beklagten an die Schuldnerin gegenüber.

30 aa) Die von der Beklagten gelieferten Kraftstoffe und Motoröle gingen nicht in die Vermögenssphäre der Schuldnerin über, sondern sind von dieser namens und für Rechnung der Beklagten unmittelbar an Endabnehmer veräußert worden. Um ein Bargeschäft annehmen zu können, muss die Gegenleistung jedoch Bestandteil des schuldnerischen Aktivvermögens werden (BGH, Urt. v. 11. Februar 2010 - IX ZR 104/07, WM 2010, 711, 715 Rn. 36; Uhlenbruck/Hirte, aaO § 142 Rn. 12). Eine von dem Anfechtungsgegner an einen Dritten erbrachte Zuwendung kann nicht als eine ein Bargeschäft rechtfertigende Gegenleistung anerkannt werden (Bräuer, aaO S. 92). Dies gilt insbesondere, wenn es sich bei dem Dritten um einen Gläubiger des Schuldners handelt, dessen Forderung durch die Zahlung - zum Nachteil der Gläubigergesamtheit - erfüllt werden soll (vgl. RGZ 53, 234, 235 f; RG JW 1894, 546 Nr. 14, MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 4a). Erst recht bleibt eine Gegenleistung unberücksichtigt, die - wie hier bei den Tankkunden - an dem Schuldner rechtlich nicht verbundene Dritte erbracht wird und dem Schuldner nicht einmal mittelbar zugute kommt (Raschke, Funktion und Abgrenzung des Bargeschäftstatbestandes in § 142 InsO 1999 S. 119). Da die von der Beklagten gelieferten Kraftstoffe in deren Namen unmittelbar an Abnehmer übereignet wurden, ist eine dem Zugriff der übrigen Gläubiger offenstehende gleichwertige

Gegenleistung der Beklagten nicht in das Vermögen der Schuldnerin gelangt (vgl. BGH, Urt. v. 9. Juni 2005, aaO; Ehricke in Kübler/Prütting/Bork, aaO § 142 Rn. 4 ff; Jaeger/Henckel, aaO § 142 Rn. 19). Eine wirtschaftlich neutrale (BGH, Urt. v. 11. Oktober 2007 - IX ZR 195/04, WM 2008, 222, 223 Rn. 9), von einer "Vermögensverschiebung" zu unterscheidende bloße "Vermögensumschichtung" (BGHZ 123, 320, 323) hat bei der Schuldnerin nicht stattgefunden, weil es mangels einer Übereignung der Kraftstoffe an einem die Überweisungen ausgleichenden Vermögenswert fehlt.

31 bb) Die Schuldnerin hat von der Beklagten auch keine anderen durch die Überweisungen vergüteten Leistungen empfangen (zu deren Beachtlichkeit vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 4; Ehricke, aaO § 142 Rn. 3; HmbKomm-InsO/Rogge, aaO § 142 Rn. 2).

32 Zwar hatte die Beklagte an die Schuldnerin als ihre Handelsvertreterin Provisionen zu zahlen (§ 87 Abs. 1 HGB), und die Schuldnerin hat denn auch die fraglichen Beträge - unbeanstandet von der Beklagten - vor der Abführung der vereinbarten Verkaufserlöse von diesen abgezogen. Die Provisionen sind jedoch die Gegenleistung für die Mitwirkung des Handelsvertreters beim Abschluss von Geschäften (§ 86 Abs. 1 HGB) und nicht für die abgeführten Verkaufserlöse.

33 Da die Schuldnerin die Kraftstoffe als von der Beklagten vergütete Handelsvertreterin in deren Namen an die Endkunden veräußert hat, lagen den Überweisungen ausschließlich die von der Klägerin bei dem Verkauf der Kraftstoffe eingenommenen, rechtlich der Beklagten zustehenden Entgelte zugrunde. Ihnen stehen als Gegenleistung allein die von der Beklagten an die Endkunden und nicht an die Schuldnerin übereigneten Kraftstofflieferungen gegen-

über. Allein die - dem Vertrag des Jahres 1992 widersprechende - vorübergehende Einverleibung der Erlöse in das Vermögen der Schuldnerin zwecks Überweisung an die Beklagte führt nicht zu einem Bargeschäft zwischen der Schuldnerin und der Beklagten. Soweit die Schuldnerin mit den Überweisungen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses einschließlich der Weiterbelieferung durch die Beklagte sicherzustellen suchte, liegt darin keine berücksichtigungsfähige Gegenleistung, weil die künftigen Leistungen ihrerseits wieder in Rechnung gestellt werden (vgl. BGHZ 97, 87, 94; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 142 Rn. 5). Folglich ist ebenso wie bei der gesetzlichen Pflicht zur Zahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen (BGHZ 157, 350, 360; BGH, Urt. v. 9. Juni 2005, aaO) auch bei der hier gegebenen Abführung der im Rahmen eines Handelsvertreterverhältnisses erlangten Zahlungen (§ 667 BGB) kein diesen Zahlungen entsprechender Wert auf Veranlassung der Beklagten "in das Vermögen" (§ 142 InsO) der Schuldnerin gelangt.

34 d) Der von dem Berufungsgericht befürworteten erweiternden Auslegung des § 142 InsO kann nicht beigetreten werden.

35 aa) Die Bestimmung stellt eine Ausnahmeregelung dar, weil sie an sich anfechtbare Vorgänge unter den Voraussetzungen eines Bargeschäfts der Anfechtung entzieht (Kayser ZIP 2007, 49, 50). Für eine erweiternde Auslegung einer Ausnahmevorschrift ist jedoch kein Raum (BGHZ 174, 297, 313 Rn. 43; Kayser, aaO). Dessen unbeschadet kann die Beklagte nicht verlangen, rechtlich so gestellt zu werden, wie wenn sie die Kraftstoffe und Motoröle an die Schuldnerin verkauft, diese sie in eigenem Namen und auf eigene Rechnung weiter veräußert und vor oder nach der Veräußerung, jedenfalls noch in einem unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Lieferung (vgl. BGH, Urt. v. 11. Februar 2010, aaO S. 714 Rn. 31), den Kaufpreis im Rahmen eines Barge-

schäfts (§ 142 InsO) an die Beklagte entrichtet hätte. Für eine derartige hypothetische, nur gedachte Betrachtungsweise ist im Anfechtungsrecht ohnehin kein Raum (BGHZ 123, 320, 325 f; 159, 397, 401; BGH, Urt. v. 12. Juli 2007 - IX ZR 235/03, WM 2007, 2071, 2072 Rn. 15; Urt. v. 16. Oktober 2008 - IX ZR 2/05, WM 2008, 2377, 2378 Rn. 11).

36 bb) Überdies hat die Beklagte hier ausdrücklich eine abweichende rechtliche Gestaltung gewählt, die ihr infolge der Stellung der Schuldnerin als (Handels-)Vertreterin unmittelbar das Eigentum an den Erlösen verschaffte. Dies ermöglichte der Beklagten, ohne rechtliche Einbindung der Schuldnerin in die Geschäftsabwicklung unmittelbar auf die Erlöse zuzugreifen. Sollte aber gerade der Übergang von Werten "in das Vermögen" der Schuldnerin verhindert werden, liegt nach dem eindeutigen Tatbestand des § 142 InsO ein Bargeschäft nicht vor. Vielmehr hätte die Beklagte in ihrem Eigeninteresse dafür Sorge tragen müssen, dass ihr Aussonderungsrecht nicht durch eine Weiterleitung der in ihrem Eigentum stehenden Gelder über das allgemeine Geschäftskonto der Schuldnerin untergeht.

III.

37 Da es keiner weiteren Feststellungen bedarf, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der von dem Kläger verfolgte anfechtungsrechtliche Zahlungsanspruch ist begründet (§ 130 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 InsO). Die Beklagte beruft sich ohne Erfolg darauf, die von dem Landgericht aus § 130 Abs. 2 InsO hergeleitete Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin im Berufungsrechtszug wirksam bestritten zu haben. Diese Rüge vermag die revisionsrechtlich nur beschränkt überprüfbaren tatsächlichen Fest-

stellungen des Berufungsgerichts, dass die Beklagte entsprechende Kenntnisse in dem vorangegangenen Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gewonnen hat, nicht in Frage zu stellen. Folglich ist auf die Revision des Klägers unter Zurückweisung der Berufung das Ersturteil wiederherzustellen.

Ganter Raebel Kayser

Gehrlein Grupp

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 04.01.2008 - 302 O 374/05 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 20.10.2009 - 9 U 40/08 -