

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 245/80

URTEIL

Verkündet am
23. September 1981
Walz,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Harald W. III, H. -Straße
in Ha., in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter
über das Vermögen des B. werkes Firma A.v.M.
& Co., Kommanditgesellschaft, Am Hi. in P.,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. -

g e g e n

das Beamtenheimstättenwerk (BHW), gemeinnützige Bausparkasse
für den öffentlichen Dienst GmbH, vertreten durch ihre Ge-
schäftsführer Peter Mü., Waldemar Re., Ernst D.
Sch., Dr. Harald Schm. und Dr. Otto F., L.-
straße in Ham.,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. und
Dr. -

Streithelfer der Beklagten:

Firma He. und B. Ba. GmbH, vertreten
durch ihre Geschäftsführer Dipl.-Ing. Manfred K.,
Ing. (grad.) Günther Schu. und Dipl.-Ing. Werner Schmi.,
W. straße in S.,

- Prozeßbevollmächtigte Rechtsanwälte Dr. und
II. Instanz: in -

4

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Merz, Dr. Skibbe und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 18. Juli 1980 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Konkursverwalter in dem am 21. Februar 1977 eröffneten Konkursverfahren über das Vermögen der Firma B [REDACTED] werk A. v. M. [REDACTED] & Co. (Gemeinschuldnerin). Die Gemeinschuldnerin hatte mit der Streithelferin der Beklagten am 10. Juni 1976 einen Arbeitsgemeinschaftsvertrag (ARGE) zum Zwecke der Herstellung und Anbringung von Betonelementen als Fassadenverkleidung an dem Neubau eines Verwaltungsgebäudes der

- 3 -

Beklagten geschlossen. Die ARGE, die in der Form einer BGB-Gesellschaft geführt wurde und bei der vereinbart war, daß ein in Konkurs gefallener Partner automatisch ausschied, hatte ihrerseits mit der Beklagten am 22. Juni 1976 einen entsprechenden Bauvertrag über die von ihr im Rahmen eines festen Terminplans zu erbringenden Bauleistungen geschlossen, in dem u.a. für Fristüberschreitungen ein Vertragsstrafenversprechen von der ARGE übernommen war und in dem weiter jeder der beiden ARGE-Partner für den Fall der Zahlungsunfähigkeit eines von ihnen der Beklagten gegenüber die gesamtschuldnerische Haftung für die Verpflichtungen aus dem Bauvertrag ausdrücklich übernommen hatte. Die Beklagte leistete vertragsgemäß an die ARGE eine Vorauszahlung von 720 000 DM, wovon jeder ARGE-Partner sofort 340 000 DM intern erhielt. Die ARGE hatte u.a. 134 Betonfassadenelemente zu fertigen, die im wesentlichen im Betonsteinwerk der Gemeinschuldnerin hergestellt wurden. Anfang Februar 1977 wurden 25 dieser Elemente an die Baustelle der Beklagten geliefert. Der größte Teil dieser speziell für den Bau der Beklagten hergestellten Elemente lagerte zu dieser Zeit aber noch im Werk der Gemeinschuldnerin.

Am 10. Februar 1977 fand eine Besprechung zwischen Vertretern der Gemeinschuldnerin, deren Bank und der Beklagten statt, bei der die Gemeinschuldnerin offenbarte, daß ein Konkursverfahren über ihr Vermögen "nicht mehr abzuwenden sei". Über die Besprechung wurde von einem Vertreter der Beklagten ein Protokoll aufgenommen, in dem es u.a. heißt:



"Hauptgegenstand der Besprechung war der bevorstehende Konkurs der Firma (Gemeinschuldnerin), der nach übereinstimmender Aussage von Herrn H. und Herrn K. nicht mehr abzuwenden ist.

Dieser Konkurs hat für (die Beklagte) insofern eine nicht unerhebliche Bedeutung, als die von der Firma (Gemeinschuldnerin) gefertigte Vorproduktion, die noch bei der Firma in R. lagert, zur Konkursmasse gelangen würde und damit eine Auslieferung nicht mehr möglich würde, was eine Verzögerung der Fertigstellung des Hauses nach sich ziehen würde.

Um das zu verhindern, wurde erörtert, welche Möglichkeiten bestehen, das Eigentum an der Vorproduktion der Fassadenelemente (der Beklagten) zu verschaffen.

1. Alternative:

Eine Übergabe mittels eines Besitzkonstituts (die Beklagte wird mittelbarer Besitzer, die Gemeinschuldnerin ist unmittelbare Besitzerin aufgrund eines unentgeltlichen Verwahrungsvertrages,) scheidet aus, da diese Lösung eine Konkursanfechtung gemäß §§ 30, 31 KO durch die benachteiligten Konkursgläubiger sehr wahrscheinlich macht.

2. Alternative:

Die Gemeinschuldnerin beginnt am Montag, den 14. 2. 1977, mit dem Abtransport der Vorproduktion (zur Beklagten) und lagert die Fassadenteile auf dem Baugelände ein. Mit Lagerung geht das Eigentum auf (die Beklagte) über. Die Produktion der Fassadenteile wird entsprechend dem Vertrag von der (Gemeinschuldnerin) fortgesetzt.

....

Die Firma (Streithelferin), die sich mit der (Gemeinschuldnerin) zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammengeschlossen hat, wird von dem Konkurs nicht berührt. Die Montage der Fassadenteile kann nach Aussage von Herrn H. von dieser Firma allein durchgeführt werden."

In einer weiteren Besprechung vom 15. Februar 1977, an der statt der Bank nunmehr die Streithelferin teilnahm, wurde in einer Aktennotiz u.a. festgehalten:

"Herr H. teilte mit, daß die (Gemeinschuldnerin) in Kürze Konkurs anmelden würde. Es laufen bereits Verhandlungen über die Festlegung des Konkursverwalters.

....

Die durch die (Gemeinschuldnerin) bereits gefertigten Elemente werden nach H. auf das Gelände (der Beklagten) transportiert und gehen somit in das Eigentum (der Beklagten) über.

Die (Gemeinschuldnerin) erhält nach wie vor ihre Zusage aufrecht, die Produktion so lange weiterzuführen, bis der Konkurs eintritt.

...."

In der Zeit vom 14. bis 17. Februar 1977 wurden vereinbarungsgemäß noch 43 Betonfertigteile von der Gemeinschuldnerin zur Baustelle der Beklagten verbracht und dort in der Folgezeit eingebaut. Die Beklagte hat später diese Lieferung allein mit der Streithelferin abgerechnet.

Am 17. Februar 1977 stellte die Gemeinschuldnerin ihre Zahlungen ein und beantragte die Eröffnung des Konkursverfahrens.

Der Kläger hat die Lieferung der 43 Betonfertigteile durch die Gemeinschuldnerin angefochten und verlangt Wertersatz gemäß den Preisen, die in dem die Grundlage des Bauvertrags bildenden Leistungsverzeichnis für diese Bauelemente angesetzt waren. Der Kläger hat zuletzt beantragt, die Beklagte zur Zahlung von 379 833,40 DM nebst Zinsen zu verurteilen.

Beide Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug ist die Streithelferin dem Verfahren auf seiten der Beklagten beigetreten.

Mit der Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Die Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht läßt in seiner Entscheidung offen, ob die 43 Betonfertigteile Gesamthandseigentum der ARGE geworden und von dieser an die Beklagte geliefert worden sind oder ob sie aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin an die Beklagte gelangt sind. Es meint, eine Konkursanfechtung scheitere auch im letztgenannten Fall daran, daß die Lieferung und der Einbau der 43 Fertigteile nicht zu einer objektiven Gläubigerbenachteiligung geführt habe, weil es sich unstreitig um Spezialanfertigungen gerade für das Bauwerk der Beklagten gehandelt habe. Der Kläger hätte, wenn die Teile noch bei der Gemeinschuldnerin vorhanden gewesen wären, diese nur dadurch verwerten können, daß er sie dem anderen ARGE-Partner oder der Beklagten verkauft hätte. Letzteres sei nur eine theoretische Möglichkeit gewesen, weil die Beklagte nach dem Bauvertrag Anspruch auf Lieferung und eine Verpflichtung zur Abnahme der Fertigteile gegenüber der Rest-ARGE, d.h. gegenüber der Streithelferin, gehabt hätte, die ihrerseits neue Betonfertigteile auch durch einen Subunternehmer hätte herstellen lassen können. Es könne nicht angenommen werden, daß die Beklagte sich doppelten Zahlungsansprüchen seitens der Streithelferin ausgesetzt hätte, indem sie etwa vom Konkursverwalter die Teile angekauft hätte. Hätte dagegen der Kläger in Erfüllung der Verpflichtung aus dem ARGE-Vertrag der Streithelferin die Teile geliefert, dann wäre sein Auseinandersetzungsguthaben an der ARGE

zugunsten der Konkursmasse verändert worden. Nichts anderes sei aber tatsächlich geschehen, weil die unstreitige Zahlung der Beklagten an die Rest-AR (Streithelferin) zugunsten der Gemeinschuldnerin zu berücksichtigen sei. Eine Schmälerung der Konkursmasse sei demnach nicht eingetreten.

II. 1. Nachdem das Berufungsgericht ausdrücklich Feststellungen hierzu nicht getroffen, sondern dies vielmehr offen gelassen hat, ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß die 43 Betonfertigteile, die in der Zeit zwischen dem 14. und 17. Februar 1977 an die Beklagte geliefert wurden, aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin weggegeben worden sind (§ 37 KO).

2. Voraussetzung eines jeden anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs im Konkurs ist, daß durch die angefochtene Handlung die Gläubiger benachteiligt wurden, daß im Konkursfall also die Masse verkürzt worden ist. Die Weggabe von - aus welchen Gründen auch immer - völlig wertlosen Gegenständen aus dem Schuldnervermögen vermindert dieses nicht, weil eine Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger auf solche Gegenstände zum Zwecke der Verwertung auch vor der Weggabe nicht bestand (Senatsurteile vom 16. Mai 1979 - VIII ZR 156/78 = WM 1979, 776; vom 15. Oktober 1975 - VIII ZR 62/74 = WM 1975, 1182 und vom 2. Juni 1959 - VIII ZR 182/58 = WM 1959, 888).

3. a) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, daß die Möglichkeit eines Verkaufs der fertigen Bauelemente für den Kläger als Konkursverwalter gegeben war, wenn sich

diese in der Konkursmasse befunden hätten. Diese Möglichkeit war schon deswegen nicht fernliegend, weil die Beklagte dann, wenn die Teile erst wiederum von einem anderen Betonwerk hätten angefertigt werden müssen, mit einer Bauverzögerung zu rechnen hatte, die sie, wie sich aus dem Protokoll über die Besprechung vom 10. Februar 1977 ergibt, vermeiden wollte. Die Streithelferin als ARGE-Partnerin konnte ein Interesse daran haben, die Fertigteile vom Konkursverwalter aus der Konkursmasse der mit der Konkurseröffnung aus der ARGE ausgeschiedenen Gemeinschuldnerin zu erwerben, weil für sie immerhin die Termineinhaltung wegen des übernommenen Vertragsstrafenversprechens wichtig war.

b) Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die Befriedigungsmöglichkeit der Konkursgläubiger in irgendeiner Weise beeinträchtigt worden ist, wobei die Beurteilung vom Standpunkt der Gesamtheit der Konkursgläubiger aus erfolgen muß (Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, 9. Aufl. § 29 Rdn. 32). Die in Frage stehende Vermögensverschiebung muß dabei in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung erfaßt werden (Senatsurteil vom 3. März 1960 - VIII ZR 86/59 = WM 1960, 381, 382; BGH Urteil vom 9. Februar 1955 - IV ZR 173/54 = WM 1955, 404).

Hier hatte die Gemeinschuldnerin durch die Lieferung der Fertigteile gemäß der Vereinbarung mit der Beklagten unmittelbar vor der Stellung des Konkursantrags lediglich einen Anspruch auf ein etwaiges Auseinandersetzungsgut haben der ARGE erhalten, der in seinem Bestand völlig ungewiß war, weil er von der erst mit dem Ausscheiden der

Gemeinschuldnerin vorzunehmenden Abrechnung abhing, in die auf jeden Fall die erhaltene Vorauszahlung einzurechnen war und die durch etwaige Ansprüche des anderen ARGE-Partners beeinflusst sein konnte, welche sonst nur Konkursforderungen gewesen wären. Daß auf diese Weise der Masse der gleiche Gegenwert zugeflossen ist, wie er an sie gelangt wäre, wenn der Kläger die Fertigteile aus der Masse durch einen möglichen Verkauf an die Beklagte oder die Streithelferin verwertet hätte, ist nicht festgestellt. Damit erweist sich die Meinung des Berufungsgerichts, eine Schmälerung der Konkursmasse sei durch die Lieferung der Fertigteile seitens der Gemeinschuldnerin unmittelbar vor der Stellung des Konkursantrags nicht eingetreten, als von Rechtsirrtum beeinflusst, zumal der Konkursverwalter im Hinblick auf seine Pflicht zur bestmöglichen Verwertung der Massegegenstände für alle Gläubiger die weitere Erfüllung der Verpflichtungen der Gemeinschuldnerin gegenüber ihrer ARGE-Partnerin gemäß § 17 KO ablehnen konnte. Das Fehlen einer Benachteiligung für die Gesamtheit der Konkursgläubiger kann aus der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht hergeleitet werden.

4. Daß die Gemeinschuldnerin den Abtransport der noch bei ihr lagernden Betonfertigteile unmittelbar vor der Stellung des Konkursantrags gerade deshalb vornahm, weil diese Gegenstände nicht in die Masse fallen und den Konkursgläubigern nicht zur Verwertung zur Verfügung stehen sollten, war der Beklagten bekannt. Das ergibt sich aus dem von einem Vertreter der Beklagten angefertigten Protokoll über die Besprechung am 10. Februar 1977.

Dann aber ist der Tatbestand der Absichtsanfechtung nach § 31 Nr. 1 KO erfüllt; denn anfechtbar sind alle Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, die dieser in der dem anderen Teil bekannten Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen, indem er, wie hier, verwertbare Gegenstände der Konkursmasse bewußt entzog. Eine Gläubigerbenachteiligung muß dabei nicht das ausschließliche Motiv des Handelns des Gemeinschuldners sein, es genügt vielmehr, daß er eine solche als mutmaßliche Folge seines Handelns erkannt und gebilligt hat und daß dies dem anderen Teil bekannt war (Senatsurteil vom 15. Oktober 1975 - VIII ZR 62/74 = WM 1975, 1182, 1184).

III. 1. Das angefochtene Urteil konnte daher nicht aufrechterhalten bleiben. Der Senat kann allerdings in der Sache selbst noch keine Entscheidung treffen, weil die Beklagte hilfsweise Gegenansprüche zur Aufrechnung gestellt hat, die das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht geprüft hat. Diese Prüfung wird das Berufungsgericht nun unter Berücksichtigung der eingeschränkten Aufrechnungsmöglichkeiten im Konkurs nachzuholen haben. Außerdem wird das Berufungsgericht auch zu dem Vortrag der Beklagten Stellung nehmen können, die Fertigteile seien nicht aus dem Vermögen der Gemeinschuldnerin, sondern der AR an sie geliefert worden.

4

2. Die Kostenentscheidung war dem Berufungsgericht zu übertragen, weil sie vom endgültigen Ausgang der Sache abhängt.

Braxmaier

Wolf

Merz

Dr. Skibbe

Dr. Brunotte