

Zahlungen auf die Arbeitnehmerbeiträge gewesen. Das BerGer. hat dazu – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen getroffen.

[11] 2. Dagegen kann der *Senat* hinsichtlich des Anspruchs in Höhe von 6937,09 Euro in der Sache selbst entscheiden, weil die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 III ZPO).

[12] Der Bekl. leistete die Zahlungen an Gläubiger nach Insolvenzreife. Die Feststellung des BerGer., dass die Schuldnerin zum Zeitpunkt des Verkaufs des Anlage- und Umlaufvermögens, mit dessen Erlös der Bekl. die Zahlungen geleistet hat, bereits seit langem überschuldet war, ist in der Revisionsinstanz nicht mehr angegriffen und der Entscheidung zu Grunde zu legen.

[13] Den Bekl. trifft ein Verschulden. Es entlastet ihn nicht, dass er mit dem Verkaufserlös laufende Verbindlichkeiten der Gesellschaft getilgt hat. Nach Insolvenzreife ist dem Geschäftsführer die Tilgung fälliger Verbindlichkeiten grundsätzlich verboten (§ 64 II 1 GmbHG a.F. = § 64 S. 1 GmbHG), um Masseverkürzungen im Vorfeld des Insolvenzverfahrens zu verhindern. Nur ausnahmsweise ist eine die Masse schmälernde Zahlung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar (§ 64 II 2 GmbHG a.F. = § 64 S. 2 GmbHG n.F.). Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorliegen einer Ausnahme ist der Geschäftsführer (*Senat*, NJW 2007, 2118 = NZG 2007, 545 = NZI 2007, 477 = ZIP 2007, 1265 Rdnr. 15; *Senat*, ZIP 2007, 1501 Rdnr. 4; *Senat*, NJW 2008, 2504 = NZG 2008, 508 = NZI 2008, 509 = ZIP 2008, 1229 Rdnr. 8). Dass die Zahlungen der Abwendung von größeren Nachteilen für die Masse dienten oder der Bekl. strafbewehrte bzw. steuerliche Verbindlichkeiten tilgte, ist nicht behauptet.

Anm. d. Schriftltg.: Zu der zitierten Entscheidung *Senat*, NJW 2009, 1598 = NZG 2009, 582 = NZI 2009, 486 = ZIP 2009, 956 vgl. auch die Anmerkung von *Haas*, NZI 2009, 489. ■

7 * Inkongruente Deckungsanfechtung bei Einreichung von Kundenschecks – Ernsthaftes Einfordern

InsO §§ 17, 131 I Nr. 2, 131 I Nr. 2; AGB-Banken Nr. 15 II

1. Fällige Forderungen bleiben bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nur außer Betracht, sofern sie mindestens rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen – gestundet sind. Eine Forderung ist stets zu berücksichtigen, wenn der Schuldner sie durch eine Kündigung fällig stellt und von sich aus gegenüber dem Gläubiger die alsbaldige Erfüllung zusagt.

2. Reicht der Schuldner bei seiner Bank zwecks Darlehensrückführung ihm von einem Dritten zur Erfüllung einer Forderung überlassene Kundenschecks ein, erlangt die Bank eine inkongruente Deckung, wenn ihr die den Schecks zu Grunde liegenden Kausalforderungen nicht abgetreten waren.

3. Wird eine Darlehensforderung in kritischer Zeit infolge einer anfechtbaren Kündigung des Schuldners fällig, erlangt der Gläubiger durch die anschließende Tilgung der sonach fälligen Verbindlichkeiten eine inkongruente Deckung.

BGH, *Urt. v. 14. 5. 2009 – IX ZR 63/08 (OLG Nürnberg)*

Zum Sachverhalt: Der Kl. ist Verwalter in dem auf den Eigenantrag vom 14. 12. 2001 über das Vermögen der A-GmbH & Co. KG (nachfolgend: Schuldnerin) am 31. 1. 2002 eröffneten Insolvenzverfahren. Die bekl. Bank gewährte der Schuldnerin einen von beiden Vertragspartnern jederzeit kündbaren Kontokorrentkredit in einer Höhe

von bis zu 500 000 DM, der sich am 12. 10. 2001 auf 501 046,31 DM belief. Zur Sicherung des Darlehens verbürgte sich der Gesellschafter und Geschäftsführer der Schuldnerin gegenüber der Bekl. bis zum Höchstbetrag von 500 000 DM; als weitere Sicherheit bestellte dessen Ehefrau, die Streithelferin der Bekl., an einem ihr gehörenden Hausgrundstück zwei Grundschulden über jeweils 250 000 DM. Mit Schreiben vom 16. 10. 2001 teilte die Schuldnerin der Bekl. mit, die Kreditlinie künftig nicht mehr zu benötigen, und bat, diese gegen Herausgabe der beiden Grundschuldbriefe aufzulösen. Wunschgemäß bestätigte die Bekl. am 17. 10. 2001 die Löschung der Kreditlinie. Der Schuldnerin standen gegen die B-GmbH (nachfolgend B), eine auf ihren Eigenantrag vom 31. 10. 2001 ebenfalls in Insolvenz gegangene Schwestergesellschaft, am 30. 9. 2001 Zahlungsansprüche in Höhe von etwa 3,4 Mio. DM zu, während sich deren Gegenforderungen auf rund 690 000 DM beliefen. Mittels Weitergabe von Kundenschecks erbrachte die B, die ihr zustehende Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen global an die Bank abgetreten hatte, im Oktober 2001 an die Schuldnerin Zahlungen über 690 648,92 DM. Infolge der zwecks Darlehenstilgung von der Schuldnerin bei der Bekl. eingereichten Schecks und Überweisungen der B wies das Kontokorrentkonto der Schuldnerin am 17. 10. 2001 ein Guthaben von 59 658,22 DM auf.

Der Insolvenzverwalter der B hat zunächst gegenüber der Schuldnerin Leistungen aus der Weitergabe der Kundenschecks in Höhe von 311 809,62 Euro (= 609 846,60 DM) angefochten und diese Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet. Umgekehrt hat der Kl. in der Insolvenz der B Forderungen von 1 467 882,29 Euro angemeldet. Im September 2004 haben sich beide Insolvenzverwalter vergleichsweise dahin geeinigt, dass die wechselseitigen Anmeldungen zurückgenommen und keine gegenseitigen Ansprüche gestellt werden.

Der Kl., der die Kreditkündigung und die Verrechnung der Gutschriften aus den Scheckeinreichungen angefochten hat, nimmt die Bekl. wegen der auf Scheckeinreichungen durch die Schuldnerin beruhenden Kredittilgung im Wege einer Teilklage auf Zahlung von 20 000 Euro in Anspruch. Dabei handelt es sich einmal um einen Teilbetrag von 10 000 Euro aus einem von der Schuldnerin bei der Bekl. am 15. 10. 2001 eingereichten Scheck der Firma F über 112 923,22 DM, mit dem das Ausstellerkonto am 18. 10. 2001 belastet wurde, und zum anderen um einen Teilbetrag von 10 000 Euro aus einem von der Schuldnerin bei der Bekl. am 17. 10. 2001 eingereichten Scheck des Landratsamts über 40 000 DM, mit dem das Ausstellerkonto am 19. 10. 2001 belastet wurde.

Das BerGer. hat der Klage nach Abweisung durch das LG stattgegeben. Mit der von dem BerGer. zugelassenen Revision begehrt die Bekl. die Wiederherstellung des Ersturteils. Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das BerGer.

Aus den Gründen: [7] Das OLG meint, die Bekl. habe im Rahmen des § 131 InsO eine inkongruente Deckung erlangt, weil die Fälligkeit ihrer Darlehensforderung und damit die Möglichkeit der Verrechnung auf einer von der Schuldnerin in kritischer Zeit vorgenommenen Rechtshandlung beruhe.

Die Schuldnerin sei im Zeitpunkt der Darlehenskündigung zahlungsunfähig gewesen. Am 15. 10. 2001 hätten verfügbaren Mitteln der Schuldnerin von 133 805,37 DM fällige Verbindlichkeiten über mindestens 306 498,71 DM gegenübergestanden. Damit habe eine Unterdeckung von 172 693,34 DM vorgelegen, was 55,08% entspreche. Die Zahlungsunfähigkeit sei auch gegeben, wenn man die im Zeitraum vom 1. bis 15. 10. 2001 von der B im Überweisungsweg an die Schuldnerin bewirkten Zahlungen von 102 258,37 Euro einbeziehe. Es habe sich nicht um eine bloße Zahlungsstockung gehandelt. Der Finanzplan für den Monat Oktober 2001 ergebe Verbindlichkeiten und geplante Ausgaben von mindestens 602 500,84 DM, denen Einnahmen von höchstens 253 188,71 DM gegenüberstünden. Der Mittelzufluss durch die Weitergabe von Kundenschecks seitens der spätestens am 12. 10. 2001 zahlungsunfähigen und überschuldeten B in Höhe von 690 648,92 DM dürfe bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit nicht berücksichtigt wer-

den, weil es sich insoweit um anfechtbare Leistungen gehandelt habe. Der später zwischen den Insolvenzverwaltern der Schuldnerin und der B geschlossene Vergleich sei für die Liquiditätsbetrachtung ohne Bedeutung. Eine Gläubigerbenachteiligung sei hinsichtlich der bei der Bekl. eingereichten Schecks gegeben, weil sie der Masse entzogen worden seien und der B wegen des zwischen den Insolvenzverwaltern beider Unternehmen geschlossenen Vergleichs insoweit keine Ansprüche zustünden. Ein Aussonderungsanspruch bzw. Ersatzaussonderungsanspruch der Bank sei im Blick auf die Schecks nicht gegeben.

[8] II. Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten rechtlicher Prüfung stand.

[9] 1. Ohne Erfolg wendet sich die Revision gegen die in Anwendung des § 131 I Nr. 2 InsO getroffene rechtliche Würdigung des BerGer., die Bekl. habe durch die Verrechnung ihrer Darlehensforderung mit den von der Schuldnerin zu deren Rückführung eingereichten streitgegenständlichen Schecks eine inkongruente Deckung erlangt.

[10] a) Die Inkongruenz folgt entgegen der Auffassung der Revision bereits daraus, dass die Schuldnerin das Darlehen unter Einsatz ihr überlassener Kundenschecks der B getilgt hat.

[11] Die Gewährung von Kundenschecks bildet im nicht bankmäßigen Geschäftsverkehr im Gegensatz zur Zahlung mit eigenen Schecks regelmäßig eine inkongruente Erfüllungshandlung, weil der Gläubiger auf diese Art der Erfüllung keinen Anspruch hat (BGHZ 123, 320 [324 f.] = NJW 1993, 3267). Erwas anderes gilt, wenn der Schuldner die Kausalforderung in nicht anfechtbarer Weise an den Gläubiger abgetreten und die unverzügliche Weitergabe von Kundenschecks zugesagt hatte (OLG Stuttgart, EWiR 2004, 667 m. Anm. Hölzle; Nobbe, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, BankR-Hdb. 3. Aufl., § 61 Rdnr. 68). Dieselben Grundsätze gelten im bankmäßigen Verkehr, wenn mit dem Einzug der Schecks und der Verrechnung der Schecksummen eine gegenüber der Bank bestehende Verbindlichkeit getilgt werden soll. Ob der Fall, dass die Kausalforderung erst mit der Einreichung der Kundenschecks abgetreten wird – wie dies in Nr. 15 II AGB-Banken (ebenso Nr. 25 II AGB-Sparkassen) vorgesehen ist –, gleich behandelt werden kann (so wohl Kirchhof, in: Münch-Komm-InsO, § 131 Rdnr. 18; für die Gegenauffassung vgl. Bork, *Zahlungsverkehr in der Insolvenz 2002* Rdnr. 366, 467), erscheint zweifelhaft. Diese Frage bedarf im vorliegenden Fall keiner Vertiefung. Da die B die Kausalforderung bereits zuvor global an die Bank abgetreten hatte und ein gutgläubiger Erwerb von Forderungen ausscheidet, konnte die Bank diese Forderung nicht gem. Nr. 15 II AGB-Banken erwerben.

[12] b) Überdies liegt – wie das BerGer. zutreffend erkannt hat – eine inkongruente Deckung auch deswegen vor, weil die Bekl. die Zahlung nicht zu der Zeit ihrer Bewirkung zu beanspruchen hatte, sondern sie früher als geschuldet erhalten hat. Vorliegend konnte die Bekl. mangels einer von ihr erklärten Kündigung von der Schuldnerin nicht Rückzahlung des dieser gewährten Darlehens verlangen. Da die Fälligkeit des Kredits auf eine wirksam angefochtene Kündigung der Schuldnerin zurückgeht, hat die Bekl. eine inkongruente Befriedigung erlangt.

[13] aa) Beruht die Fälligkeit eines Kredits auf einer Kündigung durch den Gläubiger, so liegt in der Befriedigung seiner Forderung grundsätzlich eine kongruente Deckung, wenn der Kündigung ein wirksamer Kündigungsgrund zu Grunde liegt. Dies soll auch gelten, wenn die Kündigung innerhalb des kritischen Zeitraums erfolgte (Kirchhof, in:

MünchKomm-InsO, § 131 Rdnr. 41 a; Schoppmeyer, in: *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, § 131 Rdnr. 69 f). Vorliegend kann diese Frage dahin stehen, weil die Bekl. von ihrem vertragsgemäßen Kündigungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat.

[14] bb) Wird – wie im Streitfall – die Fälligkeit des Darlehens innerhalb der kritischen Zeit durch eine Rechtshandlung des Schuldners – sei es eine Kündigung oder die Mitwirkung an einer Vertragsaufhebung – herbeigeführt, so liegt eine inkongruente Deckung vor. Die Kündigung selbst bildet eine anfechtbare, die Befriedigung erst ermöglichende Rechtshandlung (Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, § 131 Rdnr. 41 a; Rogge, in: *Hamburger Komm. z. InsolvenzR*, 2. Aufl., § 131 Rdnr. 19; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl., § 131 Rdnr. 13). In dieser Gestaltung räumt der Schuldner durch seine auf einer persönlichen Entschließung fußende Rechtshandlung dem Gläubiger mehr Rechte ein, als diesem kraft seiner eigenen Rechtsstellung gebühren. Diesen entscheidenden Gesichtspunkt lässt die von der Revision angeführte Gegenauffassung (Jaeger/Henckel, InsO, § 131 Rdnr. 28) außer Betracht. Gerade das Recht des Gläubigers, die Leistung zu fordern, unterscheidet kongruente und inkongruente Rechtshandlungen (BGH, NJW 1999, 3780 [3781] = NZI 1999, 361; NJW-RR 2005, 1575 = NZI 2005, 497). Mangels einer von ihr erklärten anfechtungsfesten Darlehenskündigung fehlt es an einem originären Forderungsrecht der Bekl. Wird hingegen – wie im Streitfall – das Darlehen durch eine anfechtbare Kündigung der Schuldnerin fällig gestellt, hat die bekl. Bank durch die anschließende Begleichung der nunmehr fälligen Forderung eine inkongruente Deckung erhalten.

[15] 2. Zu Recht beanstandet die Revision freilich die Feststellung des BerGer., dass die Schuldnerin im Zeitpunkt der mit Hilfe der Scheckeinreichungen bewirkten Rückführung des Darlehens zahlungsunfähig gewesen sei.

[16] a) Insoweit geht das BerGer. von einem unzutreffenden rechtlichen Ansatz aus.

[17] Das BerGer. stützt seine Feststellung der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin auf das Gutachten des Sachverständigen Dr. H. Dieser hat jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, die Grundsatzentscheidung BGHZ 163, 134 = NJW 2005, 3062 = NZI 2005, 547 = NZG 2005, 811 bei seiner Begutachtung nicht berücksichtigt zu haben, weil der hier zu bewertende Sachverhalt zeitlich vor Erlass dieser Entscheidung liege. Diese Schlussfolgerung ist indes unzutreffend. Die genannte Entscheidung betrifft die Auslegung des Begriffs der Zahlungsunfähigkeit als Tatbestandsmerkmal des seit seinem Inkrafttreten am 1. 1. 1999 maßgeblichen § 17 InsO. Mit der Leitentscheidung wurde die Gesetzeslage konkretisiert, so dass der Rechtsanwendung keine – wie der Sachverständige offenbar meint – Rückwirkung innewohnt, sondern es sich vielmehr um die verbindliche Auslegung einer Norm handelt. Folglich sind die dort – für einen Fall aus dem Jahr 1999 – entwickelten rechtlichen Maßstäbe auf sämtliche unter Geltung der Insolvenzordnung zu entscheidenden Sachverhalte und damit auch auf den – im Jahr 2001 verwirklichten – Streitfall anzuwenden. Mit Rücksicht auf das grundlegende Missverständnis des Sachverständigen, der von nicht näher präzisierten anderen rechtlichen Maßstäben ausgeht, ist das Gutachten jedenfalls ohne ergänzende Klarstellung nicht geeignet, den Nachweis der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin zu erbringen. Damit entbehrt die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit durch das BerGer. einer tragfähigen sachverständigen Bewertungsgrundlage, was die Zurückverweisung der Sache gebietet.

[18] b) Die von der Schuldnerin durch die Weiterreichung von Kundenschecks der B erhaltenen Zahlungen sind – wie die Revision zutreffend rügt – entgegen der auf der Begutachtung des Sachverständigen fußenden rechtlichen Würdigung des BerGer. als verfügbare Mittel zu berücksichtigen.

[19] Für die Beurteilung der Zahlungsunfähigkeit ist es ohne Bedeutung, aus welchen Quellen die Einnahmen des Schuldners stammen. Es kommt insbesondere nicht darauf an, ob

sich der Schuldner die Zahlungsmittel auf redliche oder unredliche Weise beschafft hat (BGH, LM § 30 KO Nr. 5 = WM 1959, 891 [892]; WM 1975, 6 [7]). Deswegen sind selbst aus Straftaten herrührende illegale Einkünfte als liquide Mittel anzusehen (BGHSt 31, 32 = NJW 1982, 1952 [1954]; Kirchhof, in: Heidelberger Komm. z. InsO, 5. Aufl., § 17 Rdnr. 16; Jaeger/Müller, § 17 Rdnr. 17; Uhlenbruck, § 17 Rdnr. 6). Folglich sind anfechtbar erworbene Zahlungsmittel ebenfalls in die Prüfung der Zahlungsunfähigkeit einzubeziehen.

[20] c) Die Revision beanstandet zu Recht, dass das BerGer. bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit die Forderung eines Gesellschafters in Höhe von 24830 DM den offenen Verbindlichkeiten der Schuldnerin zugerechnet hat. Der Berücksichtigung der Gesellschafterforderung steht § 30 GmbHG entgegen, weil nach dem hier anzuwendenden früheren Recht eine kapitalersetzende Gesellschafterhilfe in der Krise der Gesellschaft nicht zurückverlangt werden kann (Jaeger/Müller, § 17 Rdnr. 11; Kirchhof, in: Heidelberger Komm. z. InsO, § 17 Rdnr. 7 m. w. Nachw.).

[21] d) Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg dagegen, dass die von der Schuldnerin mittels der Scheckeinreichungen gegenüber der Bekl. getilgte Darlehensforderung und die Forderung des Ausgleichsfonds in Höhe von 128 277,82 DM den offenen Verbindlichkeiten zugeordnet wurden.

[22] Sinn und Zweck des § 17 InsO gebieten, in Übereinstimmung mit dem Verständnis der Konkursordnung an dem Erfordernis des „ernsthaften Einforderns“ als Voraussetzung einer die Zahlungsunfähigkeit begründenden oder zu dieser beitragenden Forderung festzuhalten. Von der Nichtzahlung einer i. S. des § 271 I BGB fälligen Forderung darf nicht schematisch auf die Zahlungsunfähigkeit i. S. von § 17 InsO geschlossen werden. Eine Forderung ist vielmehr in der Regel dann i. S. von § 17 II InsO fällig, wenn eine Gläubigerhandlung feststeht, aus der sich der Wille, vom Schuldner Erfüllung zu verlangen, im Allgemeinen ergibt (BGHZ 173, 286 [292] = NZI 2007, 579 Rdnr. 18). Hierfür genügend, aber nicht erforderlich ist die Übersendung einer Rechnung (BGHZ 173, 286 [293] = NZI 2007, 579 Rdnr. 19). Das Merkmal des „ernsthaften Einforderns“ dient damit lediglich dem Zweck, solche Forderungen auszunehmen, die rein tatsächlich – also auch ohne rechtlichen Bindungswillen oder erkennbare Erklärung – gestundet sind (BGHZ 173, 286 [291] = NZI 2007, 579 Rdnr. 15).

[23] aa) Die von der Schuldnerin getilgte Darlehensforderung der Bekl. ist bei der Prüfung der Zahlungsunfähigkeit als Verbindlichkeit zu berücksichtigen.

[24] Entgegen der Auffassung der Revision ist insoweit von einem Zahlungsverlangen der Bekl. auszugehen. Die Darlehensforderung wurde infolge der Kündigung der Schuldnerin fällig. Die Schuldnerin hat sich indes nicht auf eine bloße Kündigung beschränkt, sondern in Verbindung mit dem Verlangen auf Rückgewähr der Sicherheiten der Bekl. die alsbaldige Begleichung des Darlehens angekündigt. Damit hat die Schuldnerin – ähnlich wie bei einer Selbstmahnung (vgl. BGH, NJW-RR 1997, 622 [623]; OLG Köln, NJW-RR 2000, 73; Unberath, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl., § 286 Rdnr. 37) – eine Zahlungsaufforderung seitens der Bekl. vorweggenommen. Angesichts dieser durch die eigene Erklärung der Schuldnerin geprägten Sachlage war eine Einforderung durch die Bekl. entbehrlich. Zwar unterliegt eine Zahlung, die erst die Zahlungsunfähigkeit auslöst, nicht selbst der Anfechtung (missverständlich insoweit Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, § 130 Rdnr. 27). Eine Forderung, deren Begleichung angefochten wird, muss jedoch bei der Feststellung, ob zu diesem Zeitpunkt bereits eine Zahlungsunfähigkeit bestand, mit berücksichtigt werden.

[25] bb) Ebenso hat das BerGer. die Forderung des Ausgleichsfonds in Höhe von 128 277,82 DM zutreffend den offenen Verbindlichkeiten der Schuldnerin zugerechnet.

[26] Zwar ist für diese Forderung ein besonderes Zahlungsverlangen des Gläubigers vor dem für die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit hier maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt nicht erkennbar. Die kalendermäßige Fälligkeit der Forderung machte ein weiteres Zahlungsverlangen jedoch entbehrlich. Der Ausgleichsfonds durfte bereits im Blick auf den mit einer Fristüberschreitung verbundenen Verzugseintritt (§ 286 II Nr. 1 BGB) von der pünktlichen Erfüllung seiner kalendermäßig fällig gestellten Forderung ausgehen. Es ist nicht zu verlangen, dass ein Gläubiger eine Zahlungsaufforderung regelmäßig oder auch nur ein einziges Mal wiederholt (BGHZ 173, 286 [292] = NZI 2007, 579 Rdnr. 18).

[27] 3. Zu Unrecht macht die Revision weiter geltend, eine Gläubigerbenachteiligung scheidet aus, weil die von der Schuldnerin an die Bekl. erbrachten Zahlungen dem Vermögen der B bzw. der Bank zuzuordnen seien und die Schuldnerin mithin bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise keinen eigenen, sondern einen fremden Vermögenswert weggegeben habe.

[28] a) Soweit die Bekl. mit dieser Rüge meint, die Schuldnerin hätte bei rechtmäßigem Verhalten die zur Tilgung des Kredits verwendeten Mittel an die B bzw. die Bank zurückgewähren müssen, und deshalb einen Ursachenzusammenhang in Abrede stellt, kann ihr nicht gefolgt werden. Der Schutzzweck der Anfechtungsregeln erfordert es, allein den von den Beteiligten tatsächlich gewählten Weg zu beurteilen. Für hypothetische, nur gedachte Kausalverläufe ist insoweit kein Raum (BGH, NJW-RR 2008, 434 = NZI 2007, 718 [719] Rdnr. 15 m. w. Nachw.). Bei dieser Sachlage wird der tatsächlich verwirklichte Geschehensablauf nicht durch die rechtliche Wertung in Frage gestellt, dass die Schuldnerin zu einer Erstattung der tatsächlich zu Tilgungszwecken eingesetzten Mittel verpflichtet war.

[29] b) Ebenso scheidet eine Gläubigerbenachteiligung (§ 129 InsO) nicht deswegen aus, weil wegen der Verwertung der Kundenschecks etwaige – seitens der Bank auf § 816 II BGB, seitens des Insolvenzverwalters der B auf Insolvenzanfechtung gestützte – Rückgriffsansprüche gegen die Schuldnerin bestünden.

[30] aa) Im Blick auf die Einlösung der Schecks scheiden Rückgriffsansprüche der Bank gegen die Schuldnerin aus.

[31] (1) Rein schuldrechtliche Rückgriffsansprüche sind in der Insolvenz der Schuldnerin jedenfalls nicht vorrangig zu berücksichtigen. Fließen im Überweisungsweg Zahlungen von Drittschuldnern zur Tilgung von Forderungen, die der spätere Schuldner abgetreten hatte, vor Insolvenzeröffnung auf ein Bankkonto des Schuldners, so erwirbt der Zessionar – wie der Senat unter der Geltung der Konkursordnung entschieden hat – weder ein Recht auf Ersatzaussonderung oder Ersatzabsonderung noch einen Anspruch wegen rechtsgrundloser Bereicherung der Masse (BGH, NJW-RR 1989, 1010 = WM 1989, 965 [966]). An dieser Entscheidung ist ungeachtet der von der Schuldnerin erhobenen Kritik auch unter der Geltung des § 48 InsO, der insoweit keine Erweiterung erfahren hat, uneingeschränkt festzuhalten (ebenso Obermüller, InsolvenzR in der Bankpraxis 7. Aufl. Rdnr. 3.267).

[32] (2) Abweichend von dem der zitierten Entscheidung zu Grunde liegenden Sachverhalt hat die Schuldnerin allerdings nicht aus eigenem Recht begründete, ihrem Sicherungsgeber abgetretene Forderungen über ihr Bankkonto eingezogen. Vielmehr hat die Schuldnerin ihr von der B zahlungshalber

(vgl. *BGHZ* 44, 178 [179 f.] = *NJW* 1966, 46) übertragene Kundenschecks bei der Bekl. zwecks Darlehenstilgung eingereicht. Zwar erfasst der zwischen der *B* und der Bank vereinbarte Globalabtretungsvertrag auch die Abtretung der Ansprüche aus Schecks und Wechseln. Diese Abtretung ist jedoch unwirksam, weil es an der aus Rechtssicherheitsgründen außerdem erforderlichen Übergabe der Scheckurkunde wie auch einem Übergabeersatz fehlt (*BGHZ* 104, 145 [150 f.] = *NJW* 1988, 1979 m. w. Nachw.; *Nobbe*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, § 62 Rdnr. 14). Demnach hat die *B* die Kundenschecks als Berechtigte auf die Schuldnerin übertragen. Durch die Einlösung der Schecks wurden zugleich die Forderungen der Schuldnerin gegen die *B* und die Forderungen der *B* gegen deren Schuldner als Aussteller der Schecks beglichen (vgl. *BGHZ* 96, 182 [195] = *NJW* 1986, 424; *Baumbach/Hefermehl/Casper*, *WG*, *ScheckG*, *Recht der kartengestützten Zahlungen*, 23. Aufl., Einl. *WG* Rdnr. 44, 49). Der Inhaber eines Schecks wird befriedigt, wenn er ihn – wie im Streitfall – zur Begleichung einer eigenen Schuld weiterreicht und der Dritte diesen einlöst (*BFH*, *BFH/NV* 2000, 1192 [1193]; *Staudinger/Olzen*, *BGB*, Neubearb. 2006, vor §§ 362 ff. Rdnr. 23). Mithin sind durch diese Zahlungsweise die an die Bank abgetretenen Grundforderungen unmittelbar gegenüber der *B* erfüllt worden. Rückgriffsansprüche der Bank gegen die Schuldnerin als berechtigte Inhaberin des Schecks sind bei dieser Sachlage auch unter dem Blickwinkel des § 816 II, § 407 I *BGB* von vornherein nicht gegeben. Vielmehr richten sich derartige Ansprüche allein gegen die *B*.

[33] (3) Ohne Erfolg beruft sich die Revision auf die Entscheidung des *Senats* vom 15. 11. 2007 (*BGHZ* 174, 228 [241 f.] = *NJW* 2008, 655 = *NZI* 2008, 163 Rdnr. 42), welche der Schenkungsanfechtung (§ 134 *InsO*) eines Leistungsmittlers den Nachrang im Verhältnis zur Deckungsanfechtung (§§ 130, 131 *InsO*) des Leistenden zugewiesen hat. Ein solcher Fall einer mittelbaren Zuwendung ist hier nicht gegeben. Vielmehr hat die *B* zur Tilgung ihrer bei der Schuldnerin bestehenden Verbindlichkeiten dieser Kundenschecks überlassen, welche die Schuldnerin zur Rückführung des ihr eingeräumten Darlehens bei der Bekl. eingereicht hat. Im Blick auf die hier gegebene Leistungskette (vgl. *BGH*, *NZI* 2009, 381 = *ZInsO* 2009, 768 Rdnr. 8) kann eine Gläubigerbenachteiligung nicht wegen vorrangiger Ansprüche der Bank in Abrede gestellt werden.

[34] bb) Einer Gläubigerbenachteiligung entgegenstehende Aussonderungsrechte stehen der *B* gegen die Schuldnerin nicht zu.

[35] Etwaige, auf Anfechtung beruhende, aussonderungsfähige (*BGHZ* 156, 350 [358] = *NJW* 2004, 214 = *NZI* 2004, 78; *BGHZ* 174, 228 [242] = *NJW* 2008, 655 = *NZI* 2008, 163 Rdnr. 44) Ansprüche der *B* können schon deswegen außer Betracht bleiben, weil deren Insolvenzverwalter darauf im Vergleichswege verzichtet hat.

[36] III. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 I *ZPO*). Mangels Entscheidungsreife ist die Sache an das BerGer. zurückzuverweisen (§ 563 I 1 *ZPO*). Die Zurückverweisung gibt dem BerGer. Gelegenheit, zur Frage der Zahlungsunfähigkeit unter Berücksichtigung der in *BGHZ* 163, 134 = *NJW* 2005, 3062 = *NZI* 2005, 547 = *NZG* 2005, 811 entwickelten Grundsätze ergänzende Feststellungen zu treffen.

[37] Insoweit weist der *Senat* auf Folgendes hin: Im Fall der Einreichung von Schecks bildet deren Einlösung durch die bezogene Bank und die damit eingetretene Verrechnungslage den für die Anfechtung maßgeblichen Zeitpunkt (*BGHZ* 118, 171 [176 f.] = *NJW* 1992, 1960). Dies war nach den Feststellungen des BerGer. bezogen auf die beiden die Klageforderung tragenden Schecks der 18. bzw. 19. 10. 2001. Mithin wird der Sachverständige zu begutachten haben, ob die Schuldnerin zu diesem Zeitpunkt zahlungsunfähig war. Zu diesem Zweck ist – falls die Zahlungsunfähigkeit nicht anderweitig festgestellt werden kann – eine Liquiditätsbilanz auf-

zustellen. Dabei sind die im maßgeblichen Zeitpunkt verfügbaren und innerhalb von drei Wochen flüssig zu machenden Mittel in Beziehung zu den an demselben Stichtag fälligen und eingeforderten – entsprechend den obigen Ausführungen unter II 2 b bis c zu berücksichtigenden – Verbindlichkeiten zu setzen (*BGH*, *NZI* 2007, 36 [38]). Von dieser Prüfung hängt es ab, ob die innerhalb von drei Wochen nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners mehr als 10% beträgt und folglich Zahlungsunfähigkeit eingetreten ist (*BGHZ* 163, 134 [144 ff.] = *NJW* 2005, 3062 = *NZI* 2005, 547 = *NZG* 2005, 811). Ausgehend von den Zeitpunkten der Scheckbelastungen wird der Sachverständige die Liquidität der Schuldnerin für den darauffolgenden – wie die Revision zu Recht rügt – bis in den November 2001 reichenden Zeitraum von drei Wochen zu untersuchen haben.

Anmerkung

1. Auf seinen entscheidungsrelevanten Kern zurückgeführt, möchte der klagende Insolvenzverwalter von der beklagten Bank eine Zahlung zurück, die die Schuldnerin in der kritischen Zeit geleistet hat, indem sie von dem beiden Seiten zustehenden Kündigungsrecht Gebrauch gemacht und den Überziehungskredit mittels Kundenschecks zurückgeführt hat. Im Gegenzug hatte die Beklagte die von der Ehefrau des Geschäftsführers der Schuldnerin gestellten Grundschulden freigegeben.

Komplikationen entstehen dadurch, dass die Kundenschecks von einem zwischenzeitlich ebenfalls insolventen Schwesterunternehmen der Schuldnerin stammten; dieses hatte zuvor schon ihre sämtlichen Forderungen an Dritte sicherungsgezielt. Der *BGH* sieht mit der Vorinstanz den Anwendungsbereich des § 131 *InsO* eröffnet, mahnt aber für die Neubeurteilung durch das Berufungsgericht größere Präzision hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals „zahlungsunfähig“ an (dazu unten unter 3).

2. Vor der Erörterung dieses Merkmals ist aber erst einmal festzustellen, dass überhaupt Inkongruenz vorliegt. Der *BGH* bejaht das aus zweierlei Gründen – zum einen auf Grund der Hingabe von Kundenschecks (a), zum anderen wegen der von der Schuldnerin selbst ausgesprochenen Kündigung (b).

a) Nach tradierter Einschätzung führt die Hingabe von Kundenschecks durch den Schuldner im nicht bankmäßigen Geschäftsverkehr zu einer Befriedigung des Gläubigers, die eine inkongruente Deckung i. S. des § 131 *InsO* darstellt („nicht in der Art“). Das sei, so der *IX. Senat*, dann anders, wenn Schuldner und Gläubiger vereinbart haben, dass zusätzlich zu den Kundenschecks die diesen zu Grunde liegenden Forderungen in unanfechtbarer Weise abzutreten seien. Zur Begründung dieses Koppelungszwangs findet sich nur eine Verweisung auf Literatur, die freilich auch keine stichhaltige Begründung liefert. Sie fällt denn auch schwer, weil es bei der Deckungsanfechtung nun einmal allein auf die zu Grunde liegende Vereinbarung ankommt: Erlaubt sie dem Schuldner Leistung auch mittels Kundenschecks, liegt Kongruenz vor; das Schicksal der Kausalforderung vermag daran nichts zu ändern.

Diese Grundsätze überträgt der *Senat* jetzt auf den bankmäßigen Geschäftsverkehr. Auch dort gebe es keinen Anspruch der Bank auf Rückführung ihrer Darlehensforderung mittels Kundenschecks. Da vorliegend die Kausalforderungen vorab an Dritte sicherungsgezielt worden waren, kann der *Senat* die Bedeutung der Nr. 15 II *AGB*-Banken in diesem Kontext unberücksichtigt lassen. Habe die Beklagte somit „forderungsentkleidete“ Kundenschecks erhalten, liege Inkongruenz vor. *Bork*, mit dessen Ansicht (Zahlungsver-

kehr in der Insolvenz, 2002, Rdnr. 467) der *Senat* sympathisiert, bringt diese Aussage auf den Punkt, indem er allein die Einreichung eines vom Bankkunden selbst ausgestellten Schecks als kongruent ansieht.

Das ist, milde gesagt, wenig einleuchtend, folgt aber einer allgemeinen, nicht sonderlich konstruktiven (weil den allgemeinen Geschäftsverkehr beeinträchtigenden) Tendenz in Literatur und Rechtsprechung, die Anfechtungsvorschriften aus einer allzu auf das Insolvenzverfahren fokussierten Perspektive heraus auszudehnen (dagegen etwa *Paulus*, in: Festschr. f. Fischer, 2008, S. 445). Wenn einer Bank nunmehr bescheinigt wird, dass die Verrechnung ihrer Forderung mittels Kundenschecks, die ihr ihr eigener Kunde weitergereicht hat, zu einer Inkongruenz führt, fragt sich sofort: Wer sonst als gerade Banken soll denn Kundenschecks einlösen? Muss eine Bank nunmehr ihrem Kunden, der ein debitorisches Konto bei ihr führt, darauf verweisen, dass er seine Kundenschecks erst bei einer dritten Bank zu Bargeld umwandeln muss, bevor er dieses dann bei ihr zur kongruenten Deckung seiner bestehenden Schuld einzahlt?

Wenn das die (wenig praxisnahe) Konsequenz der vorliegenden Entscheidung ist: Wie verhält es sich dann weiterhin mit Überweisungen von Dritten auf ein derartiges Konto? Müsstensie nicht bei gleichem Maßstab auch zur inkongruenten Deckung führen? Hat die Bank einen Anspruch darauf, dass das bei ihr geführte Konto in seinem Schuldenstand durch Zahlung eines Kunden ihres Kunden verringert wird? Falls man das – vernünftigerweise – verneinen wollte: Worin liegt die Abgrenzung? All diese Fragen zeigen, dass das Urteil eine wenig glückliche Fortentwicklung auf eingefahrenen Bahnen ist.

b) Das gilt in gleichem Maß für den zweiten Inkongruenzgrund, nämlich die Eigenkündigung der Schuldnerin. Hätte nur sie allein kündigen können, würde die Entscheidung einleuchten. Hier aber konnten beide kündigen, die Schuldnerin war nur „schneller“ gewesen. Diesen bloßen Zeitvorsprung bei gleichberechtigtem Kündigungsgrund zum Nachteil der Beklagten gereichen zu lassen, nötigt künftiges Bankverhalten zu noch schnellerer Kündigung. Wenn diese Option jedoch ausscheidet – etwa weil die Bank gar nicht wissen kann, dass ihr Kunde den Schuldensaldo zurückführen will –, räumt sie dem insolvenzgefährdeten Kunden erhebliche Macht ein, weil er seine Schuld mit inkongruenten Mitteln reduzieren kann. Da hilft der Bank auch nicht zwingend § 144 I InsO, weil die zur Sicherung der Schuld ursprünglich bestellten Sicherheiten der Ehefrau bereits zurückübertragen waren. Ob die Ehefrau zur Wiedereinräumung dieser Sicherheiten als Folge der Zurückgewähr des in anfechtbarer Weise Erlangten verpflichtet ist, ist nämlich keineswegs gesichertes Terrain (vgl. nur *Dauernheim*, in: Frankfurter Komm. z. InsO, 5. Aufl. [2009], § 144 Rdnr. 3; *Rogge*, in: Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 3. Aufl. [2009], § 144 Rdnr. 14).

3. Ein dem Voranstehenden vergleichbarer Machtzuwachs des Schuldners durch das Anfechtungsrecht findet sich auch in den Ausführungen des *Senats* zur Frage der Zahlungsunfähigkeit. Dort wird der Beklagten ein gerade nicht ausgesprochenes Zahlungsverlangen aufoktroiert, indem die Schuldnerin (sic!) ihre Rückzahlung ankündigt und deswegen die Sicherheiten herausverlangt. Damit ist kurzerhand die Darlehensverbindlichkeit zur eingeforderten und damit bei der Frage nach der Zahlungsunfähigkeit mitzuberücksichtigenden Forderung mutiert. Auch das ist wenig überzeugend an diesem Urteil.

Professor Dr. Christoph G. Paulus, Berlin

8 Gehörsverletzung bei Urteil trotz unzureichender Sachverhaltsaufklärung

GG Art. 103 I; ZPO § 544 VII

Wird ein Sachverständiger, ohne dass er vorher ein den Parteien zur kritischen Würdigung zugängliches schriftliches Gutachten erstattet hat, in der mündlichen Verhandlung zu schwierigen Sachfragen ausführlich gehört, muss jeder Partei Gelegenheit gegeben werden, nach Vorliegen des Protokolls über die Beweisaufnahme zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Gibt die Stellungnahme Anlass zur weiteren tatsächlichen Aufklärung, ist die mündliche Verhandlung wiederzueröffnen.

BGH, Beschl. v. 12. 5. 2009 – VI ZR 275/08 (OLG Köln)

Zum Sachverhalt: Der Kl. macht gegen die Bekl. Ansprüche aus einem Verkehrsunfall geltend. Das LG veranlasste zur Beurteilung des Unfallhergangs die mündliche Anhörung eines Sachverständigen, ohne dass dieser zuvor ein schriftliches Gutachten erstattet hatte. Dem Kl. wurde im Termin ein Schriftsatzrecht zur Stellungnahme zum Beweisergebnis eingeräumt. Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 29. 4. 2008 erhob er Einwendungen gegen das Gutachten.

Das LG erließ ohne weitere Beweisaufnahme ein Urteil. Das BerGer. legte seiner anschließenden Entscheidung die im Gutachten getroffenen Feststellungen zu Grunde (OLG Köln, Ur. v. 26. 9. 2008 – 6 U 104/08, BeckRS 2009, 18289). Die Nichtzulassungsbeschwerde des Kl. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen: [1] 1. (...) Das BerGer. hat den Anspruch des Kl. auf rechtliches Gehör aus Art. 103 I GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es die Ausführungen des Kl. im Schriftsatz vom 29. 4. 2008 nicht in der gebotenen Weise berücksichtigt und rechtsfehlerhaft von einer ergänzenden Begutachtung oder Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen abgesehen hat.

[2] a) Art. 103 I GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Dabei soll das Gebot des rechtlichen Gehörs als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvortrags der Parteien haben. In diesem Sinne gebietet Art. 103 I GG in Verbindung mit den Grundsätzen der ZPO die Berücksichtigung erheblicher Beweisangebote verstößt gegen Art. 103 I GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (vgl. *BVerfGE* 50, 32 [35] = *NJW* 1979, 413; *BGHZ* 60, 247 [249] = *NJW* 1973, 948; *BVerfG*, *NJW* 2003, 1655; *BGH*, *NJW-RR* 2007, 500 = *VersR* 2007, 666; *NJW-RR* 2008, 474 = *VersR* 2008, 483).

[3] b) So verhält es sich im Streitfall. Die Nichtzulassungsbeschwerde beanstandet mit Erfolg, dass das BerGer. von einer ergänzenden Begutachtung oder Anhörung des gerichtlichen Sachverständigen abgesehen hat, obwohl der Kl. im Schriftsatz vom 29. 4. 2008 sowohl die Berechnungen des Sachverständigen konkret in Frage gestellt als auch einen Widerspruch zwischen den Ausführungen des Sachverständigen und den vor Ort getroffenen Feststellungen der Polizei aufgezeigt hat.

[4] aa) Der Sachverständige, der zuvor kein den Parteien zur kritischen Würdigung zugängliches schriftliches Gutachten erstattet hatte, hat im Rahmen seiner erstmaligen Beurteilung des Unfallhergangs in der mündlichen Verhandlung vor dem LG vom 3. 4. 2008 ausgeführt, es müsse davon ausgegangen werden, dass sich der Bekl. zu 1 nach vorne bzw. nach vorne rechts orientiert und damit gerechnet habe,