

Diederich Eckardt\*

## Kreditsicherung versus Insolvenzanfechtung

Zur Anfechtung globaler Kreditsicherheiten, dargestellt anhand des AGB-Pfandrechts der Banken

*Mit der Inkongruenz einer erhaltenen Sicherung oder Befriedigung einerseits, dem Bargeschäftsprivileg andererseits sind nicht nur Grundfragen des Insolvenzanfechtungsrechts angesprochen, sondern zugleich zwei der praktisch bedeutendsten Bedingungen einer erfolgreichen Anfechtungsklage. In dem folgenden Beitrag werden diese Fragen speziell für globale Sicherungsrechte untersucht; hierfür dient das in der Literatur bislang recht stiefmütterlich behandelte AGB-Pfandrecht der Banken nach Nr. 14 AGB-Bk und Nr. 21 AGB-SpK als Beispiel.*

### I. Problemstellung

Die Angreifbarkeit von Kreditsicherheiten im Wege der Insolvenzanfechtung gehört zu den am meisten problematischen, teilweise bis ins Grundsätzliche hinein ungeklärten Fragen des Anfechtungsrechts. Denn zwar ist der Sicherheitenbestellung die gläubigerschädigende Tendenz und das Bewusstsein der Beteiligten, im Insolvenzfall die konkurrierenden Gläubiger zu benachteiligen, geradezu immanent. Nicht minder gewiss ist jedoch, dass das Anfechtungsrecht die Wertentscheidung für die Legitimität der Kreditsicherheiten und ihre Bestandskraft gerade auch im Insolvenzfall respektieren muss; diese Wertentscheidung ist nicht zuletzt durch die neue Insolvenzordnung in einem sehr weiten Umfang gegenüber restriktiveren, die gesicherten Gläubiger zumindest partiell in den haftungsrechtlichen Ausgleich einbeziehenden Gegenentwürfen rechtspolitisch bestätigt worden. Der daraus resultierende Zielkonflikt zwischen dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger auf der einen Seite, der Anerkennung der Kreditsicherheiten andererseits wird zugleich bei den zahlreichen Detailfragen sichtbar, die bei der Anfechtbarkeit von Sicherheiten bestehen. Ein Hauptproblem der hier praktisch ganz im Vordergrund stehenden Deckungsanfechtung ist zunächst naturgemäß die Kongruenz der gewährten Sicherung. Angesichts des Umstands, dass die Kreditsicherung typischerweise in zeitlichem Zusammenhang mit der Gewährung des Kredits erfolgt, ist darüber hinaus die Frage der Reichweite des Bargeschäftsprivilegs untrennbar gerade mit der Sicherheitenanfechtung verbunden.

Der vorliegende Beitrag behandelt diese beiden anfechtungsrechtlichen Grundfragen anhand des AGB-Pfandrechts nach Nr. 14 AGB-Bk und Nr. 21 AGB-SpK. Hierbei handelt es sich um eine „globale“ Kreditsicherheit; an seinem Beispiel lassen sich deshalb zahlreiche Probleme behandeln, die bei anderen Sicherungsformen in übereinstimmender Weise auftreten. Dies gilt insbesondere für die Verwendung künftiger, bei Abschluss der Sicherungsvereinbarung noch nicht existierender Rechte und Sachen als Sicherungsmittel einerseits, die in der Entstehung fehlende Akzessorietät und die daraus resultierende besondere Eignung zur Sicherung künftiger Forderungen andererseits. Das im Folgenden zum AGB-Pfandrecht Erarbeitete wird sich deshalb im Allgemeinen nicht nur auf die gleichfalls in den Banken-AGB geregelte Sicherungsübereignung von Schecks und Wechseln sowie die Sicherungszession der Forderungen aus dem jeweiligen Kausalverhältnis (Nr. 15 AGB-Bk und Nr. 25 AGB-SpK) übertragen lassen, sondern auch auf andere globale Kreditsicherheiten zumal im Fall der Absicherung von Kontokorrentkrediten (Sicherungsglobalzessionen, antizipierte Sicherungsübereignungen von Warenlagern).

Zugleich soll damit einer verbreiteten Unterschätzung der Leistungsfähigkeit des AGB-Pfandrechts entgegengetreten werden. Diese Unterschätzung kommt nicht nur darin zum Aus-

druck, dass die Anfechtbarkeit des AGB-Pfandrechts bislang nur in zwei, allerdings relativ aktuellen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs thematisiert wurde,<sup>1</sup> das AGB-Pfandrecht also offenbar vor allem von der Bankenseite häufig gar nicht eingeführt wurde; auch literarische Stellungnahmen zur Anfechtbarkeit des AGB-Pfandrechts fehlen bisher, soweit ersichtlich, völlig. Die unangemessene Vernachlässigung des AGB-Pfandrechts zeigt sich nicht zuletzt in der langanhaltenden und umfangreichen Diskussion über die Anfechtbarkeit der in der Krise und im Eröffnungsverfahren erworbenen Aufrechnungsmöglichkeiten der Banken. Denn das AGB-Pfandrecht erstreckt sich ausdrücklich auf die Forderungen des Kunden gegen die Bank selbst, also etwa auf Forderungen aus anderen, kreditorisch geführten Konten oder auf Ansprüche auf Gutschrift von Zahlungseingängen. Befriedigt sich die Bank hier später aus dem Pfandrecht, indem sie die verpfändete Forderung gegen sich selbst mit einer eigenen Forderung aus einem debitorisch geführten Konto verrechnet, so handelt sie, soweit das Pfandrecht nicht seinerseits anfechtbar ist, als Absonderungsberechtigte, so dass jegliche Anfechtung mangels Gläubigerbenachteiligung ausscheidet.<sup>2</sup> Selbst dort schließlich, wo das AGB-Pfandrecht im Wege der Deckungsanfechtung seinerseits angreifbar ist, können die Anfechtungsvoraussetzungen von denen, die sich hinsichtlich der Aufrechnungsmöglichkeit (§ 96 Nr. 3 InsO) ergeben, zugunsten der Bank abweichen.<sup>3</sup> Die sorgfältige Prüfung der Frage, ob das AGB-Pfandrecht seinerseits anfechtbar erworben war, ist deshalb gerade in diesen Fällen für beide Seiten eine unerlässliche Voraussetzung des Einstiegs in anfechtungsrechtliche Auseinandersetzungen.

## **II. Das AGB-Pfandrecht als inkongruente Deckung**

### **1. Zur Anfechtung inkongruenter Sicherheitenbestellungen im Allgemeinen**

Durch die Inkongruenz einer gewährten Sicherung oder Befriedigung wird offenbar, dass der Schuldner sich infolge der Verschlechterung seiner Vermögenslage bereits zu Maßnahmen gezwungen sieht, die seinen eigenen früheren, noch privatautonom getroffenen Dispositionen nicht mehr entsprechen; dies macht die erlangte Deckung einer besonderen Begünstigungstendenz verdächtig und rechtfertigt die an die Einstufung als inkongruent geknüpfte Erleichterung der Anfechtung.<sup>4</sup> Die angesprochene grundsätzliche Akzeptanz insolvenzfester Kreditsicherheiten schließt es freilich aus, die Erlangung einer Sicherheit oder die Befriedigung aus dieser ohne weiteres als „atypische Tilgungsform“<sup>5</sup> der verschärften Anfechtung wegen inkongruenter Deckung zu unterwerfen. Entspricht die erlangte Sicherung, wie in der Regel, den außerhalb der kritischen Phase getroffenen Verabredungen, so ist sie gleichsam unverdächtig; sie ist deshalb ebenso wie eine Befriedigung des Gläubigers nur dann inkongruent, wenn der Gläubiger speziell die Sicherheit „nicht, nicht in der Art oder nicht zu der Zeit“ zu beanspruchen hatte. Hieraus folgt allerdings, dass es eines besonderen, in hinreichend bestimmter Weise gerade auf die erlangte Sicherung gerichteten Anspruchs bedarf;<sup>6</sup> er muss Umfang und Art der Sicherheit sowie die Auswahl der Sicherungsgegenstände festlegen.<sup>7</sup> Da es darauf ankommt, ob die gewährte Deckung mit den zu unverdächtigter Zeit getroffenen Dispositionen übereinstimmt, ist ferner vorauszusetzen, dass der Sicherungsanspruch seinerseits außerhalb der kritischen Phase entstanden ist.<sup>8</sup>

### **2. Die Inkongruenz des AGB-Pfandrechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs**

Ob speziell das Pfandrecht nach Nr. 14 AGB-Bk/Nr. 21 AGB-SpK als inkongruent anzusehen ist, ist bislang noch ungeklärt. Insbesondere haben die beiden genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs diese Klärung nicht zu bringen vermocht. In seinem Urteil vom 24. Oktober 1996<sup>9</sup>, das sich ausführlich mit der Anfechtung eines Pfandrechts nach Nr. 14 AGB-Bk befasste, war der Bundesgerichtshof zur Frage der Kongruenz nicht mehr gekommen, und die angezogene Anfechtungsnorm (§ 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO) ließ hierauf gleichfalls keinen Rückschluss zu. In seinem bereits angesprochenen Urteil vom 19. März 1998<sup>10</sup> hatte der IX. Senat dann aber, wenn auch beiläufig und etwas apodiktisch, ausgesprochen, „das AGB-Pfandrecht“ (nach Nr. 21 AGB-SpK) sei kongruent;

der Senat identifizierte die Kongruenz dabei zumindest verbaliter mit der Eigenschaft als Bargeschäft.

In die gegenteilige Richtung weist allerdings ein aktuelles Urteil des IX. Senats vom 3. Dezember 1998.<sup>11</sup> In diesem Urteil ging es an sich gar nicht um das AGB-Pfandrecht, sondern um die nachträgliche Besicherung eines Kredits auf der Grundlage des formularmäßig vereinbarten Nachbesicherungs- und Verstärkungsanspruchs nach Nr. 13 AGB-Bk/Nr. 22 AGB-SpK. Die erlangte Sicherung wird hier bekanntlich seit langem einhellig als inkongruent eingestuft, da der Nachbesicherungsanspruch dem Schuldner unter allen als Sicherheit in Frage kommenden Vermögensgegenständen die freie Wahl lasse und es deshalb der getroffenen Vereinbarung an der Bestimmtheit der auszureichenden Sicherheit mangle.<sup>12</sup> Von Interesse ist diese an sich ganz anders gelagerte Konstellation hier dadurch, dass der IX. Senat sich veranlasst sieht, seine Rechtsauffassung zum formularmäßigen Nachbesicherungsanspruch gegenüber der Aussage des Senatsurteils vom 19. März 1998, das AGB-Pfandrecht sei kongruent, abzugrenzen; dies tut er mit dem Hinweis darauf, seinerzeit sei eine entsprechende individuelle Konkretisierung durch die Beteiligten vorausgegangen, so dass sich das Pfandrecht gerade nicht allein aus den AGB der Bank ergeben habe.<sup>13</sup> Dies könnte darauf hindeuten, dass der IX. Senat ein *allein* auf den AGB beruhendes Pfandrecht nunmehr gleichfalls für inkongruent hielte. In diese Richtung weist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Inkongruenz der Befriedigung der Bank aus einem Kundenscheck, die auf das AGB-Pfandrecht oder auf die antizipierte Sicherungsübereignung oder -abtretung nach Nr. 15 AGB-Bk/Nr. 25 AGB-SpK als potenzielle Grundlagen einer Einstufung als kongruent nicht einmal eingegangen ist.<sup>14</sup>

### 3. Stellungnahme

#### 3.1 Kongruenz und Bargeschäft

Festzuhalten ist zunächst, dass die Kongruenz einer Sicherung oder Befriedigung sich nicht aus deren Eigenschaft als Bargeschäft herleiten lässt. Unter dem Gesichtspunkt der Kongruenz ist allein zu fragen, ob die in der kritischen Phase gewährte Deckung einer vor dieser Phase getroffenen Vereinbarung entsprach. Insofern kann ein Bargeschäft durchaus eine inkongruente Deckung darstellen, so vor allem in dem recht häufigen Fall, dass die Deckung zwar im Austausch gegen eine äquivalente Gegenleistung gewährt wurde, die zugrunde liegende Vereinbarung aber ihrerseits erst in der Krise getroffen wurde; hier mangelt es gerade an einer in unverdächtigter Zeit getroffenen Disposition des Schuldners.<sup>15</sup> Allenfalls mag umgekehrt gelten, dass inkongruente Deckungen das Bargeschäftsprivileg nicht mehr beanspruchen können.<sup>16</sup> Ganz unterschiedlich sind schließlich die Rechtsfolgen: Kongruente Deckungen unterliegen der Deckungsanfechtung nach § 130 InsO; Bargeschäfte sind dieser gerade entzogen.

#### 3.2 Regelmäßige Kongruenz des AGB-Pfandrechts

##### 3.2.1 Der Grundfall

Gleichwohl ist die Aussage richtig, dass das AGB-Pfandrecht zumindest in aller Regel eine kongruente Deckung bewirkt. Nr. 14 AGB-Bk/Nr. 21 AGB-SpK enthalten nicht allein das antizipierte dingliche Vollzugsgeschäft für die Verpfändung, sondern zugleich die Sicherungsabrede als dessen schuldrechtliche Grundlage; deutlich wird dies insbesondere in Nr. 14 Abs. 2 AGB-Bk/Nr. 21 Abs. 3 AGB-SpK, die den Sicherungszweck festlegen. Zugleich bestehen zwischen dem AGB-Pfandrecht und dem Nachbesicherungsanspruch entscheidende Unterschiede, die es ausschließen, die zu Letzterem bestehenden Bedenken auf das AGB-Pfandrecht zu übertragen. Anders als die Regelung des Nachbesicherungsanspruchs legen die Bestimmungen über das AGB-Pfandrecht das Bezugssubstrat der Sicherung in hinreichend bestimmter Form fest, sowohl was die Gegenstände angeht, auf die sich die Sicherheit erstrecken soll, als auch hinsichtlich der rechtlichen Qualifikation des Sicherungsrechts. Wäre dies nicht so, könnten diese Regelungen, die ja zugleich und in erster Linie dingliche Wirkung haben sollen, nämlich das Sicherungsrecht selbst unmittelbar zur Entstehung bringen sol-

len, im Hinblick auf das sachenrechtliche Bestimmtheitsgebot ihren primären Zweck schon gar nicht erfüllen. Im Fall der Nr. 14 AGB-Bk/Nr. 21 AGB-SpK konnte die Bank das Pfandrecht mithin i. S. v. § 131 InsO „beanspruchen“, denn sie hat sich außerhalb der kritischen Phase die später erworbene Sicherheit ausbedungen. Da ein Pfandrecht nach diesen Bestimmungen nur dann entsteht, wenn sowohl die Hereinnahme der Kundenwerte als auch der Erwerb der zu sichernden Forderungen gegen den Kunden in der bankmäßigen Geschäftsverbindung begründet ist, entspricht der Sicherheitenerwerb hier auch dem Typus der „unverdächtigen“, den Dispositionen aus der Zeit vor Eintritt der Krise entsprechenden und deshalb kongruenten Deckung.

### 3.2.2 Vorausverpfändung künftiger Vermögensrechte

Ein kennzeichnender Vorzug globaler Kreditsicherheiten wie des AGB-Pfandrechts ist es, im Wege antizipierter Verfügung zugleich künftige, bei Abschluss der Sicherungsvereinbarung noch nicht existierende Rechte und Sachen als Sicherungsmittel fruchtbar zu machen. Richtiger Ansicht nach ist dies indes für die Frage der Kongruenz irrelevant, unabhängig davon, *wann* das Pfandrecht selbst in diesen Fällen zur Entstehung gelangt. Zwar kann das Pfandrecht nicht früher entstehen als

---

ZIP 1999, 1420

---

der verpfändete Gegenstand, folglich erst dann, wenn die verpfändete Forderung entstanden oder die verpfändete Sache oder das Wertpapier in den Besitz der Bank gelangt ist; insofern wird die Entstehung des Pfandrechts in diesen Fällen nicht selten in die kritische Phase fallen. Auch für die Anfechtbarkeit<sup>17</sup> – also im Hinblick auf die zeitlichen Grenzen der Anfechtungstatbestände und den Anknüpfungspunkt für die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen – ist deshalb hier nicht auf die dingliche Einigung i. S. d. §§ 1205, 1274 BGB abzustellen, also die Geltungsvereinbarung über die AGB bei Abschluss des Giro- oder Kreditvertrags, sondern auf das Entstehen der verpfändeten Forderung oder Sache.<sup>18</sup> Dies bedeutet aber nur, dass das Pfandrecht dann der Deckungsanfechtung unterliegt, und zwar der Anfechtung wegen *kongruenter* Deckung. Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung kann hieraus jedoch nicht gefolgert werden, dass das Pfandrecht hierdurch etwa *inkongruent* würde.<sup>19</sup> Denn das Pfandrecht entsteht nach der AGB-Bestimmung stets auf einer von Anfang an wirksamen rechtfertigenden Grundlage: Da die vertragliche Grundlage des Pfandrechts nun einmal in anfechtungsfreier Zeit geschaffen und danach nicht mehr geändert wurde, liegt die hierfür als maßgeblich erkannte Planwidrigkeit, die Abweichung von den privatautonom getroffenen Dispositionen nicht vor; es fehlt deshalb jede Rechtfertigung, die mit der Einstufung als inkongruent verbundenen, vor allem beweismäßigen Nachteile zur Anwendung zu bringen. Erst recht ist mithin die Eigenschaft des AGB-Pfandrechts als „revolvierende Sicherheit“ für die Kongruenz unschädlich, also der Umstand, dass die Bank Verfügungen über die Gegenstände zulässt, auf die sich das AGB-Pfandrecht bezieht, und dafür andere Sachen oder Forderungen von dem Pfandrecht erfasst werden.<sup>20</sup> Vorauszusetzen ist in allen Fällen lediglich, dass der unter AGB-Einbeziehung erfolgte Vertragsabschluss und damit die Bestellvereinbarung selbst außerhalb der kritischen Phase stattfand.<sup>21</sup>

### 3.2.3 Sicherung künftiger Forderungen

Spezifische Probleme ergeben sich auch insoweit, als die besondere Eignung globaler Kreditsicherheiten zur Sicherung von Kontokorrentkrediten häufig mit sich bringen wird, dass das AGB-Pfandrecht nicht von Anfang an voll valuiert ist, also ganz oder teilweise nicht durch bereits bestehende Ansprüche des Sicherungsnehmers gedeckt ist. Freilich ist das Pfandrecht in der Entstehung ebenso wenig akzessorisch wie Globalsicherungszessionen oder Sicherungsübereignungen: Dinglich wirksam entstanden ist das Pfandrecht, da es ausdrücklich zugleich künftige Forderungen besichern soll, in diesem Fall bereits im Moment der dinglichen Einigung (vgl. § 1204 Abs. 2 BGB); dieser Zeitpunkt soll, zumindest hinsichtlich der Fristberechnung und der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen, dann auch anfechtungsrechtlich maßgebend sein.<sup>22</sup> Indes kann die Bank das Pfandrecht insoweit nicht geltend machen, der Bankkunde vielmehr die Freiga-

be verlangen und über die Forderung verfügen (Nr. 16 Abs. 2 AGB-Bk/Nr. 22 Abs. 2 AGB-SpK).<sup>23</sup> Von einem „Anspruch“ der Bank auf das Pfandrecht wird man aus diesem Grunde – ebenso wie im Fall der „Auffüllung“ von Sicherheiten durch Erwerb fremder Forderungen<sup>24</sup> – erst dann reden können, wenn das Pfandrecht durch Forderungen der Bank unterlegt und die seiner Geltendmachung entgegenstehende Einrede dadurch erloschen ist.<sup>25</sup> Dem widerspricht es nicht, dass die vertragliche Grundlage sogleich mit Entstehen der gesicherten Forderung ihrerseits gegeben ist; dies muss vielmehr ebenso irrelevant sein wie bei einer in der Krise vereinbarten und sogleich vollzogenen Sicherung, die anerkanntermaßen gleichfalls als inkongruent behandelt wird.<sup>26</sup> Zwar darf nicht übersehen werden, dass das Erstarken des Pfandrechts hier notwendig mit der Kreditgewährung zusammenfällt; die Bank war dementsprechend bis zur (vollständigen) Valutierung des Pfandrechts insoweit noch keine Insolvenzgläubigerin, wie es die Vorschriften über die Deckungsanfechtung voraussetzen.<sup>27</sup> Dieser Gesichtspunkt soll indes einer näheren Prüfung im Rahmen des sogleich sub III zu behandelnden Problems „Bargeschäft“ vorbehalten werden.

### **3.3 Rechtspolitische Bewertung**

Das Ergebnis – regelmäßige Kongruenz des AGB-Pfandrechts – muss freilich insofern wertungsmäßig unstimmtig erscheinen, als hier ein ganzes Vermögenssegment global zugunsten der Bank in Anspruch genommen und der Gläubigersamtheit entzogen wird. Denn zu dem oben angesprochenen Fall der anerkanntermaßen stets inkongruenten Sicherung auf Grund des unbestimmten AGB-Nachbesicherungsanspruchs besteht ein normatives Stufenverhältnis: Der Gläubiger, der sich mit einem schuldrechtlichen Globalanspruch auf Bestellung einer Sicherheit nach Wahl des Schuldners begnügt, greift weniger hart zu als derjenige, der sich in Gestalt einer

---

ZIP 1999, 1421

---

Globalsicherung sofort die entsprechenden Sicherheiten gewähren lässt. Anfechtungsrechtlich wird er für diese Zurückhaltung bestraft, indem die ihm auf Grund des Anspruchs gewährte Sicherung als inkongruent eingestuft wird, wohingegen die sofort dinglich vollzogene Globalsicherung allenfalls als kongruente Deckung angefochten werden kann.<sup>28</sup> Indes wird man genau dies als Zweck des gesetzlichen Merkmals der Kongruenz ansehen müssen. Da die erweiterten Anfechtungsmöglichkeiten wegen Inkongruenz an die planwidrige Vertragsabwicklung anknüpfen, ist eine Privilegierung des geschickten Gläubigers, der sich rechtzeitig eine hinreichend spezifizierte Sicherheit versprechen lässt, durchaus systemgerecht.<sup>29</sup> Letztlich handelt es sich nur um einen Baustein der dem deutschen Insolvenzrecht von jeher immanenten Bevorzugung der freiwillig Kredit gebenden Gläubiger;<sup>30</sup> das frühzeitige Wissen um das eigene Sicherheitsbedürfnis verschafft diesen Gläubigern eben zugleich privilegierte Sicherungsmöglichkeiten.

### **4. Zwischenergebnis**

Festzuhalten ist demnach: Das AGB-Pfandrecht gemäß Nr. 14 AGB-Bk/Nr. 21 AGB-SpK ist regelmäßig kongruent; dies gilt auch dann, wenn der Pfandgegenstand erst in der Krise entsteht. Es ist dagegen inkongruent, wenn die Einbeziehungsvereinbarung erst in der kritischen Phase getroffen worden ist oder soweit das Pfandrecht künftige, erst in der Krise entstandene Forderungen sichert. In dem der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 19. März 1998<sup>31</sup> zugrunde liegenden Fall war das Pfandrecht mithin in der Tat kongruent, da das Pfandrecht einen bereits ausgereichten Kredit sicherte; dass die verpfändeten Forderungen zumindest teilweise erst in der Krise entstanden, ist insoweit nicht von Bedeutung.

## **III. Das AGB-Pfandrecht als Bargeschäft**

### **1. Ratio und Rechtsfolgen des Bargeschäfts in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur**

Die Frage, ob das AGB-Pfandrecht ein Bargeschäft darstellt, ist bislang kaum je gestellt worden. Äußerungen in

Rechtsprechung und Literatur hierzu gibt es, soweit ersichtlich, nicht, ausgenommen das zitierte Urteil des IX. Senats vom 19. März 1998<sup>32</sup>, das – allerdings zur Begründung der Kongruenz – ohne weitere Begründung ein Bargeschäft angenommen hatte. Was ein „Bargeschäft“ (§ 142 InsO) ist, scheint dagegen auf den ersten Blick in befriedigendem Maße geklärt zu sein: Bargeschäfte sind gekennzeichnet durch den unmittelbaren Austausch gleichwertiger Leistungen; die Rechtsfolge ist der Ausschluss nicht nur der Anfechtung wegen unmittelbar benachteiligender Rechtshandlungen (§ 132 InsO), sondern zumindest auch der Anfechtung wegen kongruenter Deckung (§ 130 InsO). Blickt man näher hin, so besteht jedoch hinsichtlich der Rechtfertigung hierfür – und daran anknüpfend die Behandlung zahlloser Einzelfragen – immer noch, vielleicht sogar mehr denn je eine erstaunliche Rechtsunsicherheit. Ursprünglich sah man diese Rechtfertigung allgemein in der Beschränkung der Deckungsanfechtung auf die Gewährung von Sicherung oder Befriedigung an Insolvenzgläubiger; diese Eigenschaft fehle demjenigen, der die Deckung zeitgleich mit seiner eigenen Leistung erhalten habe.<sup>33</sup> In der Nachkriegsrechtsprechung und -literatur überwog demgegenüber die Vorstellung, Kennzeichen des Bargeschäfts sei die fehlende Gläubigerbenachteiligung auf Grund gleichzeitigen Zuflusses wertäquivalenter Leistungen (bloße „Vermögensumschichtung“).<sup>34</sup> Ob damit nur eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung verneint werden sollte oder zugleich eine mittelbare, und wodurch genau ersterenfalls die Deckungsanfechtung (die lediglich eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung voraussetzt) verhindert wird, blieb freilich weit gehend im Dunkeln. Hier hat der Bundesgerichtshof <sup>35</sup> allerdings in den letzten Jahren insofern „präzisierend und korrigierend“<sup>36</sup> gewirkt, als er die Wirkung des „Bargeschäfts“ auf den Ausschluss der Anfechtung wegen kongruenter Deckung beschränkt, die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung und wegen vorsätzlicher Benachteiligung dagegen zugelassen hat; denn dies setzt notwendig die Existenz einer (mittelbaren) objektiven Gläubigerbenachteiligung voraus. Stattdessen hebt der Bundesgerichtshof nunmehr entscheidend auf den (an sich gar nicht so neue<sup>37</sup>) Gedanken ab, dass der Schuldner in der Krise nicht von allen verkehrsüblichen Umsatzgeschäften ausgeschlossen werden dürfe. Soweit diese nach § 132 InsO unanfechtbar abgeschlossen seien, müssten sie auch der – kongruenten – Erfüllung zugänglich sein, ohne dass dies nach § 130 InsO angefochten werden könne. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, dass die Deckungshandlung nur unter der Voraussetzung einer unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung anfechtbar ist (und zwar nach § 132 InsO); liegt eine lediglich mittelbare Gläubigerbenachteiligung vor, so greift die tatbestandlich an sich mögliche Deckungsanfechtung gleichwohl nicht ein, da sie gleichsam auf Konkurrenzenebene verdrängt wird.

Konsequenzen hat diese unterschiedliche Rechtfertigung insbesondere für die Reichweite der Bargeschäftsausnahme: Während die Verneinung einer objektiven Gläubigerbenach-

---

ZIP 1999, 1422

teiligung folgerichtig zum Ausschluss jeglicher Anfechtung, also auch der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung, führen müsste, rechtfertigt die Argumentation mit der mangelnden Insolvenzgläubigereigenschaft nur den Ausschluss der Deckungsanfechtung (diese aber insgesamt); die neueste Interpretationsvariante des Bundesgerichtshofs schließlich hat, wie bereits erwähnt, zur Folge, dass nur kongruente Deckungen die Privilegierung als Bargeschäft beanspruchen können.

## **2. Gegen eine Einheitsdeutung des „Bargeschäfts“**

Einheitliche Erklärungsmodelle besitzen eine verführerische juristische Ästhetik. Die Crux aller bisherigen Erklärungen des Bargeschäfts – sie wird leider durch die Existenz der Einheitsregelung des § 142 InsO noch gefördert – besteht darin, dieser Verführung erlegen zu sein und um jeden Preis alle Konstellationen des unmittelbaren Austauschs gleichwertiger Leistungen über einen Leisten schlagen zu wollen. Eine solche Einheitsdeutung ist indes nicht möglich. Alle genannten Erklärungsmodelle haben vielmehr für bestimmte Konstellationen ihre Berechtigung, für andere nicht; entsprechend unterschiedlich ist deshalb der Umfang der „Bargeschäftsausnahme“. Vorzugswürdig ist deshalb eine differenzierende Lösung.

## 2.1 Fehlen der Gläubigerbenachteiligung

Nach Gesetz (§ 129 Abs. 1 InsO) und Anfechtungszweck ist das Vorliegen einer objektiven Gläubigerbenachteiligung unabdingbare Anfechtungsvoraussetzung; kann sie nicht festgestellt werden, scheidet unabhängig von abstrakten Bargeschäftsdefinitionen eine Anfechtung jedenfalls aus. Eine („mittelbare“) Gläubigerbenachteiligung ist zwar auch dann gegeben, wenn die untersuchte Rechtshandlung sich nicht unmittelbar masseschädigend auswirkt, aber durch Hinzutritt weiterer Umstände bis zur Entscheidung im Anfechtungsprozess die Möglichkeit der Gläubiger beeinträchtigt wird, sich aus dem Vermögen des Schuldners zu befriedigen;<sup>38</sup> dies wird etwa dann häufig anzunehmen sein, wenn die Gegenleistung „flüchtiger“ ist als das Weggegebene, also – wie insbesondere bei einer in Geld bestehenden Gegenleistung – leichter als dieses verheimlicht, verbraucht oder zur (inkongruenten) Befriedigung anderer Gläubiger verwendet werden kann.<sup>39</sup> Umgekehrt liegt aber in der Tat keine objektive Gläubigerbenachteiligung vor, wenn die erhaltene Gegenleistung dem Weggegebenen gleichwertig war und zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch genauso gut wie dieses der Verwertung zugunsten der Gläubigergesamtheit unterliegt (im Folgenden: Bargeschäftsvariante A). In diesem Fall findet eine haftungsrechtliche Surrogation des Weggegebenen durch die Gegenleistung statt, die die Forthaftung des Weggegebenen entbehrlich macht, ja sogar – zur Vermeidung einer ungerechtfertigten Begünstigung der Insolvenzmasse – verbietet. Diese Fallgruppe des Bargeschäfts erweist sich mithin als anfechtungsrechtlicher Anwendungsfall der Vorteilsausgleichung, indem die für sich genommen zweifellos benachteiligende Weggabe von Vermögenswerten durch den unmittelbaren Zufluss haftungsrechtlich äquivalenter Vermögenswerte ausgeglichen wird.<sup>40</sup>

Häufig wird es danach an einer Gläubigerbenachteiligung fehlen, wenn der Schuldner eine Sache gekauft hat. Aber auch bei der Veräußerung von Sachen oder Rechten oder bei der Kreditsicherung wird es vorkommen, dass die Gegenleistung beziehungsweise die Darlehenssumme bei alsbald erfolgter Verfahrenseröffnung noch ungeschmälert vorhanden ist. Soweit aus der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu entnehmen sein sollte, das Bargeschäft könne nicht mehr durch das Fehlen einer Gläubigerbenachteiligung charakterisiert werden und sei allein bei §§ 131, 132 InsO anzusiedeln,<sup>41</sup> kann dem deshalb nicht gefolgt werden. Fehlt es dergestalt an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung, so ist vielmehr notwendig *jegliche* Anfechtung ausgeschlossen, einschließlich der Anfechtung wegen inkongruenter Deckung und wegen vorsätzlicher Benachteiligung. § 142 InsO, der eine Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung zuzulassen scheint, kann in diesem Fall bereits tatbestandlich nicht zur Anwendung gebracht werden, da die Vorschrift eine Ausnahme von einer „an sich“ begründeten Anfechtung statuieren will.

Anders ist dagegen zu entscheiden, wenn eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung in dem eben beschriebenen Sinne vorliegt. Die beiden praktisch bedeutsamsten Konstellationen sind die des Verkaufs und der Kreditgewährung gegen Bestellung von Sicherheiten; denn im Regelfall werden der Kaufpreis oder das empfangene Darlehen zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung eben nicht mehr zur Verfügung stehen.

Dem steht nicht der aus der Rechtsprechung zu § 30 Nr. 1 Fall 1 KO (§ 132 InsO) stammende Satz entgegen, dass eine Gläubigerbenachteiligung ausgeschlossen ist, wenn der Schuldner für das, was er aufgegeben hat, unmittelbar eine vollwertige Gegenleistung enthält, selbst wenn diese leichter verschleudert oder verheimlicht werden kann als das Weggegebene.<sup>42</sup> Dieser Satz trifft dort, aber zugleich *nur* dort zu, wo die Gläubigerbenachteiligung ausnahmsweise eine unmittelbare sein muss, also in der Tat bei §§ 132, 133 Abs. 2 InsO; für diese Tatbestände bleibt es in diesen Fällen folglich bei der Eigenschaft als nicht anfechtbares „Bargeschäft“ (das man freilich zur Vermeidung von Missdeutungen hier nicht so nennen sollte). Der

---

ZIP 1999, 1423

Satz ist dagegen auf alle anderen Anfechtungstatbestände einschließlich der Deckungsanfechtung nicht übertragbar, da dort die Gläubigerbenachteiligung eine mittelbare sein kann. Insoweit kann demnach die Privilegierung des Bargeschäfts nicht mit der fehlenden Gläubigerbenachteiligung begründet werden; dies muss vielmehr auf andere Weise geschehen.

## 2.2 Fehlen der Insolvenzgläubigereigenschaft

Als logisch vorrangiger Gesichtspunkt ist hier der Umstand zu beachten, dass sich der Anwendungsbereich der Deckungsanfechtung auf diejenigen Gläubiger beschränkt, die auf Grund von Vorleistungen oder Kreditgewährungen bereits dem Gleichbehandlungsgebot unterfielen, bevor sie eine Sicherung oder Befriedigung erlangten (Bargeschäftsvariante B). Die Vorschriften über die Deckungsanfechtung bringen dies mit dem gesetzlichen Merkmal des Insolvenzgläubigers zum Ausdruck. Zwar setzt die Erfüllung der Forderung des nicht vorleistenden Gläubigers die Existenz dieser Forderung voraus, so dass sich, da diese im eröffneten Verfahren eine Insolvenzforderung wäre, dieser Fall dem Wortlaut nach noch unter das Merkmal des Insolvenzgläubigers subsumieren ließe. Indes ergeben die Materialien zur Konkursordnung eindeutig, dass der Gesetzgeber hier vom Nichtvorliegen einer Insolvenzforderung im Sinne der Deckungsanfechtung ausging,<sup>43</sup> und es bestehen, da dies mit der ratio der Deckungsanfechtung harmoniert, keine Bedenken, hieran weiter festzuhalten. Die Deckungsanfechtung ist deshalb in den zuvor genannten Fällen mittelbarer Gläubigerbenachteiligung ausgeschlossen, wenn die beiderseitigen Leistungen Zug um Zug ausgetauscht werden oder wenn der *Schuldner* vorleistet. Der Heranziehung des § 142 InsO bedarf es hierfür an sich nicht; mit Recht stellt insoweit die Begründung zu dieser Vorschrift allein auf den vorleistenden *Gläubiger* ab.<sup>44</sup> In Übereinstimmung mit § 142 InsO – wenngleich wiederum entgegen der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>45</sup> – steht aber jedenfalls die sich aus dem Vorgesagten ergebende Rechtsfolge: Die Anfechtung der Zug um Zug erlangten Sicherung oder Befriedigung unter dem Gesichtspunkt der Deckungsanfechtung ist insgesamt ausgeschlossen, während die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung möglich bleibt.

## 2.3 „Ordinary cause of business“

Einen prinzipiell abweichenden, auf eine echte Bargeschäftsausnahme herauslaufenden Ansatz stellt es demgegenüber dar, die Erfüllung der nach § 132 InsO unanfechtbar abgeschlossenen Verträge von der Deckungsanfechtung auch dann auszunehmen, wenn der Gläubiger vorgeleistet hatte; dies geschieht, um zu verhindern, dass der Schuldner in der Krise vom normalen Geschäftsverkehr ausgeschlossen wird (Bargeschäftsvariante C). Diese Fallgruppe ist indes als eigenständiger Begründungsansatz problematisch. Sie changiert zwischen dem Bargeschäft im ursprünglichen Verständnis eines Zug-um-Zug-Leistungsaustauschs und einer verallgemeinerten Ausnahme für Rechtsgeschäfte des normalen ordentlichen Geschäftsgangs,<sup>46</sup> wie sie unter der Bezeichnung „ordinary course of business“ aus der preference-Anfechtung (Deckungsanfechtung) des US-amerikanischen Bundesinsolvenzrechts bekannt ist (§ 547 (c) (2) U.S. Bankruptcy Code).<sup>47</sup> Die generelle Privilegierung branchenüblicher Umsatzgeschäfte erfüllt im amerikanischen Recht indes die Funktion einer notwendigen Beschränkung der ansonsten rein objektiv auf Vorverlagerung des Gleichbehandlungsgebots in die Phase materieller Insolvenz gerichteten preference-Anfechtung; diese Funktion wird im deutschen Recht bereits durch ein System gestuften Verkehrsschutzes in Gestalt zusätzlicher subjektiver Anfechtungsvoraussetzungen wahrgenommen. Eine extensiv praktizierte Ausnahme für verkehrsbliche Umsatzgeschäfte täte durch eine Kumulierung verschiedener Verkehrsschutzansätze insgesamt des Guten zu viel (was auch für diejenigen Zeiträume gelten muss, für die die subjektiven Voraussetzungen unwiderleglich vermutet werden, der Vertrauensschutz also nur noch der Rechtsidee nach gegeben ist).

Deutlich wird die Problematik dieses Ansatzes nicht zuletzt bei der Frage, welcher Vorleistungszeitraum als gerade noch anfechtungsrechtlich irrelevant angesehen werden kann. Formuliert wird hier, dass zwischen Leistung und Gegenleistung ein enger zeitlicher Zusammenhang bestehen müsse;<sup>48</sup> die Zeitspanne zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Vertragspartners dürfe nicht so lang sein, dass das Rechtsgeschäft unter Berücksichtigung der üblichen Zahlungsbräuche den Charakter eines Kreditgeschäfts annehme.<sup>49</sup> Damit wird freilich verbrämt, dass es in dieser Fallgruppe doch gerade um die Zulassung kurzfristiger ungesicherter Kreditgewährung geht. Denn dass derjenige, der überhaupt – und sei es für wenige Tage oder gar Stunden – vorleistet, „Kredit gibt“, ist kaum zu bestreiten (und wird dann für den Gläubiger schmerzhaft deutlich, wenn, womit in der kritischen Phase ohnehin täglich gerechnet werden muss, kurzfristig das Insolvenzverfahren beantragt und eröffnet wird). Die genannte Begründung läuft mithin auf die we-

nig überzeugende Privilegierung des „Kreditgeschäfts kraft Unvorsichtigkeit“ gegenüber der bewussten Kreditierung etwa im Fall eines Zahlungsziels hinaus;<sup>50</sup> dies sollte zumindest dazu Anlass geben, die nun einmal vorhandene gesetzliche Vorschrift des § 142

InsO im Vergleich zur bisherigen Praxis erheblich restriktiver auszulegen.<sup>51</sup>

Geringe Aufmerksamkeit hat man bisher auch der Frage gewidmet, welche Art von Geschäften auf diese Weise privilegiert werden sollen. Zwar mag die anfechtungsrechtliche Bevorzugung verkehrsüblicher Umsatzgeschäfte in gewissen Grenzen unerlässlich sein; insoweit wird man ohnehin von einer den Rechtsanwender bindenden gesetzlichen Vorgabe auszugehen haben. Für Sicherheitenbestellungen muss dies indes nicht notwendig in gleichem Maße gelten.<sup>52</sup> Der Bargeschäftscharakter kann sich hier nur aus der Verknüpfung mit der Kreditgewährung ergeben; diese kann in der Krise aber durchaus unerwünscht sein, wenn und soweit sie keinem aussichtsreichen Sanierungsversuch dient, sondern im Gegenteil die Agonie des Schuldnerunternehmens verlängert und per saldo nur zur Vergrößerung der Schuldenmasse führt.<sup>53</sup> Es kann daher allenfalls in Betracht gezogen werden, hier eine eigenständige Fallgruppe des Sanierungskredits zu bilden, die dann womöglich zugleich eigenen Regeln hinsichtlich des notwendigen zeitlichen Zusammenhangs folgen könnte;<sup>54</sup> ob die Banken, die auch bei Sanierungskrediten nicht geradezu altruistisch zu handeln pflegen, angesichts ihrer ohnehin privilegierten Zugriffsmöglichkeiten als „freiwillige Gläubiger“ wirklich noch weiterer anfechtungsrechtlicher Bevorzugung bedürfen, sollte jedoch noch einmal überdacht werden. Die Besicherung von Neukrediten in der Krise kann jedenfalls mit diesem Argumentationsansatz nicht allgemein gerechtfertigt werden.

Diese verbleibende Fallgruppe des Bargeschäfts sollte deshalb in ihrer Bedeutung nicht überschätzt werden. Liegen die nach dem Vorgesagten zu stellenden Voraussetzungen aber vor, so sollte man entgegen der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch inkongruente Deckungen nicht der Privilegierung als Bargeschäft berauben.

Bei den von jeher als „Bargeschäft“ anfechtungsrechtlich privilegierten Konstellationen handelt es sich sogar typischerweise um inkongruente Deckungen, da es an einer vor der kritischen Phase getroffenen Vereinbarung gerade mangelt;<sup>55</sup> wollte man die neuere Rechtsprechung insofern konsequent exekutieren, hätte man das Bargeschäft nicht eingeschränkt, sondern im Wesentlichen abgeschafft. Aber selbst kurzfristig vereinbarte Modifikationen der Leistungserbringung – allein diese Form der Inkongruenz dürfte der Bundesgerichtshof im Auge gehabt haben – können sich im Rahmen branchenüblicher Geschäftsabwicklung halten und damit nach wie vor von der ratio dieser Begründungsvariante erfasst werden. Hervorzuheben ist zudem erneut, dass der Bundesgerichtshof sich speziell dieses Problem durch die großzügige Bejahung des „unmittelbaren zeitlichen Zusammenhangs“ sogar bei mehrwöchiger Verzögerung selbst eingehandelt hat; verfährt man hier restriktiver, so scheiden diese Fälle in der Regel schon mangels unmittelbarer Abwicklung des Geschäfts aus dem Anwendungsbereich der Bargeschäftsausnahme aus. Klare Fälle der Gläubigerbegünstigung bei zwischenzeitlich erfolgter krisenhafter Zuspitzung werden sich über die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung erfassen lassen (bei der die Inkongruenz nach allgemeinen Grundsätzen als Indiz berücksichtigt werden könnte). In Übereinstimmung mit dem Wortlaut des § 142 InsO sollte daher selbst bei inkongruenter Abwicklung nur die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 133 InsO) zugelassen werden.<sup>56</sup>

### **3. Folgerungen für das AGB-Pfandrecht**

Im Hinblick auf die Eigenschaft des AGB-Pfandrechts als Bargeschäft ergibt sich zunächst ganz generell das Vorliegen einer mittelbaren Gläubigerbenachteiligung, wenn und soweit die verpfändeten Sachen und Forderungen bei Verfahrenseröffnung der Verwertung zugunsten der Gläubigergesamtheit unterlegen hätten, während die gewährten Kreditmittel aus den oben angeführten Gründen nicht mehr vorhanden sind. Regelmäßig wird diese Voraussetzung zu bejahen sein (ergo: kein Fall der Variante A, oben sub 2.1). Fehlt sie ausnahmsweise, ist dagegen jegliche Anfechtung ausgeschlossen. Im Übrigen ist freilich zwischen verschiedenen Konstellationen zu differenzieren:

### 3.1 Der Grundfall

Zu beginnen ist wiederum mit dem Grundfall, dass das AGB-Pfandrecht für einen gleichzeitig oder in „unmittelbarem“ Zusammenhang gewährten Kredit bestellt wird und im Zeitpunkt seiner Bestellung bereits existente Rechte oder im Besitz der Bank befindliche Sachen ergreift. Die Bank ist also erst in dem Augenblick, in dem sie ihr Pfandrecht erwarb, Insolvenzgläubigerin geworden, so dass sie zu keinem Zeitpunkt „vorgeleistet“ oder (im anfechtungsrechtlichen Sinne) Kredit gewährt hat. Es liegt demnach in dieser Konstellation die Bargeschäftsausnahme wegen fehlender Insolvenzgläubigereigenschaft (Variante B, oben sub 2.2) vor. Die Pfandrechtsbestellung unterliegt deshalb nicht der Deckungsanfechtung, sondern nur der Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung (die freilich hier nur selten Erfolg versprechen wird). Dass die Pfandrechtsbestellung inkongruent ist, soweit Kreditgewährung und -sicherung in der kritischen Phase erfolgten, ändert an diesem Ergebnis nichts.

### 3.2 Sicherung künftiger Forderungen

Im Ergebnis ebenso ist zu entscheiden, wenn zum Zeitpunkt der Pfandrechtsbestellung noch keine zu sichernden Forde-

---

ZIP 1999, 1425

---

rungen der Bank bestehen, diese vielmehr erst in der Krise entstehen. Zwar überzeugt es nicht, hier die Voraussetzungen der Bargeschäftsausnahme (in der Variante B, oben sub 2.2) deshalb anzunehmen, weil die Bank zur Zeit der Bestellung der Sicherheit noch nicht Insolvenzgläubigerin im Sinne der Deckungsanfechtungstatbestände gewesen sei.<sup>57</sup> Diese Begründung korrespondiert zwar mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach bei einem Pfandrecht anfechtungsrechtlich allein auf die dingliche Entstehung des Rechts und nicht auf das Bestehen der gesicherten Forderung abzustellen ist. Gleich dieser lässt sie indessen außer Acht, dass der Geltendmachung des Pfandrechts bis zu seiner Valutierung eine Einrede entgegensteht (s. dazu schon oben sub II 3.2.3). Ausschlaggebend für die Anfechtung muss deshalb hier ebenfalls der Moment sein, indem dem Schuldner oder der Masse diese Einrede entzogen wird; erst hierdurch realisiert sich der zunächst nur „angelegte“ Nachteil für die Gläubigergesamtheit.<sup>58</sup> Diese Argumentation beansprucht für die hier behandelte Frage ebenfalls Geltung. Am Ergebnis ändert dies freilich nichts, da die Bank wiederum eben erst in dem Augenblick, in dem sie ein einrededefreies Pfandrecht erwarb, Insolvenzgläubigerin wurde, folglich zu keinem Zeitpunkt „vorgeleistet“ oder Kredit gewährt hat. Es liegt dementsprechend in dieser Konstellation wiederum die Bargeschäftsausnahme in der Variante B vor mit den eben dargestellten Konsequenzen.<sup>59</sup>

### 3.3 Vorausverpfändung künftiger Vermögensrechte

Überhaupt kein Bargeschäft liegt dagegen in der Regel im Fall der Vorausverpfändung (oben II 3.2.1) vor, also wenn das AGB-Pfandrecht erst längere Zeit nach Valutierung des Darlehens entstehen konnte, weil die betroffenen Forderungen erst zu diesem späteren Zeitpunkt überhaupt entstanden, die betroffenen Sachen oder Wertpapiere erst dann in den Besitz der Bank gelangt sind.<sup>60</sup> Ein Fall der mangelnden Insolvenzgläubigereigenschaft (Variante B, oben sub 2.2) ist hier nicht gegeben, da im Moment der Kreditauszahlung auf Grund der AGB-Bestimmungen lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Bestellung der Sicherheit besteht, der in der Insolvenz nur die Rechte einer Insolvenzforderung gewährt hätte. Der Vertragspartner des späteren Gemeinschuldners hat mithin insoweit vorgeleistet; dies rechtfertigt es, ihn unter das Gleichbehandlungsgebot zu stellen. Aber auch für die Eigenschaft als „verkehrsübliches, in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang vollzogenes Umsatzgeschäft“ (Variante C, oben sub 2.3) kann es nicht auf den Zeitpunkt ankommen, zu dem die Sicherheit *vereinbart* wurde.<sup>61</sup> Maßgeblich muss vielmehr sein, wann die Sicherheit tatsächlich *gewährt* wurde, mit anderen Worten, ob dies tatsächlich vor der Gewährung des Kredites oder zumindest Zug um Zug gegen Auszahlung der Valuta erfolgte.<sup>62</sup>

Die Privilegien eines Bargeschäfts können dem AGB-Pfandrecht deshalb nur insoweit zukommen, als bereits bestehende Forderungen und Vermögensrechte erfasst werden. In der Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre

1998 lag demnach entgegen dessen Aussage zumindest teilweise gerade *kein* Bargeschäft vor, da das verpfändete Kontoguthaben, wie der Bundesgerichtshof später erwähnt, erst in den letzten vier Wochen vor der Zahlungseinstellung angesammelt worden war.<sup>63</sup> Kongruent bleibt die Sicherung gleichwohl; im Ergebnis ist die Pfandrechtsbestellung deshalb zwar im Wege der Deckungsanfechtung angreifbar, aber nur unter den Voraussetzungen des § 130 InsO.

### 3.4 Das AGB-Pfandrecht als „revolvierende“ Sicherheit

Spezifische Probleme wirft schließlich die Eigenschaft des AGB-Pfandrechts als „revolvierende“ Sicherheit auf. Als solche ist das AGB-Pfandrecht – ebenso wie etwa Sicherungsglobalzessionen und Sicherungsübereignungen von Warenlagern und Maschinenparks – dadurch gekennzeichnet, dass das im Zeitpunkt der Kreditgewährung vorhandene Sicherungsgut regelmäßig im Verlauf der Kreditbeziehung ausgetauscht wird, da die Bank in der Erwartung, alsbald anderweitiges Sicherungsgut zu erhalten, Verfügungen des Schuldners über das Sicherungsgut zulässt. Dieser wirtschaftlich sinnvollen Verhaltensweise kann die anfechtungsrechtliche Anerkennung nicht versagt werden; es ginge deshalb nicht an, die Qualifikation als Bargeschäft hier allein deswegen zu verneinen, weil das Sicherungsgut in seinem aktuellen Bestand erst in der kritischen Phase und lange nach der Kreditgewährung von dem Pfandrecht erfasst wurde. Vielmehr muss das einmal erlangte Bargeschäftsprivileg den allmählichen Sicherheiten austausch überdauern.<sup>64</sup> Es darf freilich der Gesamtbestand des von dem Pfandrecht erfassten Sicherungsguts nicht unter die Kreditsumme absinken; geschieht dies doch, so gewährt die Bank vorübergehend ungesicherten Kredit und kann für die spätere Wiederauffüllung der Sicherheit das Bargeschäftsprivileg nicht mehr beanspruchen (mit den sub 3.3 dargestellten Konsequenzen).

---

ZIP 1999, 1426

---

## 4. Ergebnis

Die am Beispiel des Pfandrechts gemäß Nr. 14 AGB-Bk und Nr. 21 AGB-SpK durchgeführte Untersuchung der Anfechtbarkeit globaler Kreditsicherheiten hat diese als anfechtungsrechtlich relativ komfortable Sicherungsmittel erwiesen.

Das vor der Kreditausreichung oder gleichzeitig mit dieser vereinbarte Pfandrecht stellt ein der besonderen Insolvenzanfechtung entzogenes Bargeschäft dar, selbst wenn die hierdurch gesicherten Ansprüche der Bank erst in der Krise entstehen. Soweit sich das Pfandrecht auf „künftige“, erst in der kritischen Phase entstandene oder in den Besitz der Bank gelangte Forderungen, Sachen oder Wertpapiere des Bankkunden bezieht, entfällt zwar das Bargeschäftsprivileg, so dass das Pfandrecht der Deckungsanfechtung unterliegt; jedoch ist lediglich die Anfechtung wegen kongruenter Deckung möglich.

Selbst diese entfällt wiederum, soweit lediglich der Bestand der Sicherungsguts, wie für globale Kreditsicherheiten typisch, allmählich ausgetauscht wird; dieser Austausch ist für das Bargeschäftsprivileg unschädlich, sofern der Gesamtbestand nicht unter die Kreditsumme absinkt.

---

\* Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bonn

1 BGH ZIP 1996, 2080, dazu EWiR 1997, 33 (Gerhardt); BGH ZIP 1998, 793, dazu EWiR 1998, 699 (Eckardt) = LM GesO Nr. 36 (m. Anm. Huber) = DZWIR 1998, 368 (m. Anm. Becker-Eberhard), insoweit nicht in BGHZ 138, 291 mitgeteilt.

2 Zutr. OLG Brandenburg ZInsO 1999, 351 m. Anm. Obermüller, S. 324; vgl. allgemein BGHZ 123, 320, 327 = ZIP 1993, 1653, 1655, dazu EWiR 1994, 373 (Henckel); BGH ZIP 1995, 630, 634, dazu EWiR 1995, 429 (Gerhardt); BGH ZIP 1998, 830, 834 m. w. N. Dies gilt, was die Befriedigung des durch das Absonderungsrecht gesicherten Forderung angeht, auch nach neuem Insolvenzrecht; vgl. Krefß, in: Heidelberger Komm. z. InsO, 1999, § 129 Rz. 58.

Dies kommt insbesondere im Hinblick darauf in Betracht, dass die Schaffung der Aufrechnungsmöglichkeit häufig als inkongruente Deckung anfechtbar (§ 96 Nr. 3 InsO) ist, so vor allem im Fall der Zurückführung ungekündigter Kontokorrentkredite oder bei Verrechnung verschiedener Konten, vgl. m. w. N. *Canaris*, in: Festschrift 100 Jahre KO 1877 – 1977, 1977, S. 73, 81; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., 1990, § 30 Anm. 274; *Paulus*, ZIP 1997, 569, 577; ausführlich *de Bra*, NZI 1999, 249; *Dampf*, KTS 1998, 145 171 ff.

- 4 Vgl. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 2. Aufl., 1998, Rz. 21.55 f., 21.59; *Henckel*, ZIP 1982, 391, 394 ff.; *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 185 ff.; *Kübler/Prütting/Paulus*, InsO, 1998, § 130 Rz. 7 f., § 131 Rz. 4 f.; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd.3, 1970, § 35 IV, S. 320 ff.
- 5 So die an sich berechnigte Kennzeichnung durch *Häsemeyer*, KTS 1982, 507, 564.
- 6 BGH WM 1965, 84, 87; BGH KTS 1968, 235; BGH ZIP 1997, 513, 517; BGH ZIP 1998, 793, 798; OLG Hamburg ZIP 1984, 1373, 1375; *Kreft* (Fußn. 2), § 131 Rz. 13; *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 220; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 4), § 131 Rz. 8 ff.; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., 1994, § 30 Rz. 52, 52b.
- 7 BGH ZIP 1998, 248, 250, dazu EWiR 1998, 225 (*Gerhardt*); zumindest verbaliter strenger BGH KTS 1968, 235, 236; BGH ZIP 1993, 276, 279, dazu EWiR 1993, 161 (*Onusseit*): Das zur Sicherheit eingesetzte Sicherungsgut müsse bereits so deutlich umschrieben worden sein, dass darauf eine Klage auf Einräumung des Sicherungsrechts gestützt werden könnte.
- 8 So bereits die Motive zu KO, S. 130 (bei *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 137): Die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung sei (nur) dann ausgeschlossen, wenn der Konkursgläubiger schon vor den zehn Tagen. ... einen klagbaren Anspruch auf die Sicherung erworben hatte; ferner z. B. BGHZ 59, 230, 235; BGH WM 1975, 948; BGHZ 123, 320, 325 = ZIP 1993, 1653, 1655 (für den Fall der Änderung der Sicherungsvereinbarung); *Kreft* (Fußn. 2), § 131 Rz. 12; *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 199 f., 218; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 4), § 131 Rz. 5; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 6), § 30 Rz. 55; *Serick* (Fußn. 4), § 35 IV 3 b, S. 327 f.; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, InsO, 1999, § 131 Rz. 51; *Wimmer/Dauernheim*, InsO, 1999, § 131 Rz. 4. Ist dies nicht der Fall und die gewährte Deckung deshalb inkongruent, ist aber weiter die Bargeschäftsausnahme (unten sub III) zu erwägen, kongruent macht dies das Geschäft aber auch nicht (entgegen RGZ 114, 207, 209; BGH WM 1965, 84, 87; BGH ZIP 1998, 793, 798).
- 9 BGH ZIP 1996, 2080, 2081 f.
- 10 BGH ZIP 1998, 793, 798 sub B III 4 (insoweit nicht in BGHZ 138, 291 mitgeteilt).
- 11 BGH ZIP 1999, 76, dazu EWiR 1999, 169 (*Haas*).
- 12 BGH ZIP 1999, 76, 78 f., dazu *Eckardt*, DZWIR 1999, 206 f. mit zahlreichen Nachweisen.
- 13 Den Entscheidungsgründen des Urteils BGH ZIP 1998, 793, 797 f. ist dies freilich nicht zu entnehmen; dort wird vielmehr ausdrücklich ausgeführt, die wirksame Bestellung des AGB-Pfandrechts ergebe sich – auf der Grundlage von Nr. 21 AGB-SpK – aus der bei Abschluss des Kreditvertrags getroffenen Vereinbarung, dass die AGB der Bank gelten sollten.
- 14 So etwa BGHZ 118, 171, 178 = ZIP 1992, 778, 780, dazu EWiR 1992, 683 (*Canaris*); OLG Köln ZIP 1995, 1684, 1687, dazu EWiR 1995, 1205 (*Uhlenbruck*); ebenso *Canaris* (Fußn. 3), S. 86; *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 212, 272; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 6), § 30 Rz. 48c; *Wimmer/Dauernheim* (Fußn. 8), § 130 Rz. 19; vgl. auch BGHZ 70, 177, 183 f. = WM 1978, 133, 135 f., wo statt auf das AGB-Sicherungsrecht auf die vertragliche Verpflichtung der Bank abgestellt wird, Schecks zur Kontendeckung anzunehmen. Die Einstufung der Annahme eines Kundenschecks als inkongruent ist aber natürlich unproblematisch, wenn sie an einen „gewöhnlichen“ Gläubiger und nicht an eine Bank erfolgt (wie in BGHZ 123, 320 = ZIP 1993, 1653).

S. oben sub II 1 m. Fußn. 8.

- 16 So BGHZ 123, 320, 323 f., 328 = ZIP 1993, 1653, 1654, 1655 f.; s. dazu unten sub III 1 sowie III 2.3 a. E.
- 17 Dies gilt jedoch nicht für die Frage, ob der Erwerb einer ge- bzw. verpfändeten oder vorausabgetretenen Forderung auch im Eröffnungsverfahren nach Anordnung eines Verfügungsverbots und Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters entsteht, vgl. BGHZ 135, 140 = ZIP 1997, 737, dazu EWiR 1997, 943 (Henckel) sowie neuestens Krefl, in: Henckel/Krefl (Hrsg.), RWS-Forum Insolvenzrecht 1998, S. 305, 320 ff.; nach Kirchhof, in: Heidelberger Komm. (Fußn. 2), § 24 Rz. 4, soll sich diese Aussage des IX. Senats allerdings auf Vollstreckungspfändungen beschränken.
- 18 Grundlegend BGHZ 30, 238, 239 f. = NJW 1960, 720; s. zuletzt BGH ZIP 1995, 630, 634 f.; BGH ZIP 1996, 2080, 2082; BGH ZIP 1997, 423, 426, dazu EWiR 1997, 1133 (Eckardt); BGH ZIP 1997, 513, 515 f.; BGHZ 135, 140 = ZIP 1997, 737, 739; BGH ZIP 1998, 793, 798.
- 19 So aber Kübler/Prütting/Paulus (Fußn. 4), § 131 Rz. 11 (zur Vorauszession); das von Paulus, aaO, zitierte Urteil BGHZ 30, 238, 239 f. prüft die Anfechtung indes unter dem Gesichtspunkt kongruenter Deckung.
- 20 Vgl. insofern auch Kübler/Prütting/Paulus (Fußn. 4), § 131 Rz. 12 (sub specie „Austausch von Sicherheiten“).
- 21 S. zu dieser Voraussetzung oben sub II 1 mit Fußn. 8. Fehlt es daran, ist freilich auch hier zu prüfen, ob die Sicherheitenbestellung nicht als „Bargeschäft“ der Deckungsanfechtung entzogen ist; darauf wird sogleich sub III einzugehen sein.
- 22 So BGHZ 86, 340, 346 f. = ZIP 1983, 334, 337; BGHZ 93, 71, 76 = ZIP 1985, 150, 151 f., dazu EWiR 1985, 25 (Rümker); BGH ZIP 1998, 793, 798; BGH ZIP 1999, 76, 79; hiergegen mit Recht Jaeger/Henckel (Fußn. 3), § 30 Anm. 79.
- 23 Vgl. BGH ZIP 1983, 1053; BGH ZIP 1998, 793, 798.
- 24 Vgl. BGHZ 59, 230, 235; BGH WM 1974, 1218; BGH WM 1975, 947, 948; Kübler/Prütting/Paulus (Fußn. 4), § 131 Rz. 10; dazu krit. jedoch Jaeger/Henckel (Fußn. 3), § 30 Anm. 226.
- 25 Vgl. bereits die Motive zur KO, S. 130 = Hahn (Fußn. 8), S. 137: Auch und gerade dann, wenn die Forderung des Konkursgläubigers erst nach Beginn des kritischen Zeitraums entstanden sei, müsse die leichtere Anfechtbarkeit wegen inkongruenter Deckung eintreten.
- 26 Dazu oben sub II 1 mit Fußn. 8.
- 27 So zutr. Jaeger/Henckel (Fußn. 3), § 30 Anm. 226.
- 28 Vgl. zu einem ähnlichen Fall Häsemeyer, ZIP 1994, 918, 919.
- 29 Vgl. Häsemeyer (Fußn. 4), Rz. 21.56.
- 30 Zu der am Anfang der Reformbemühungen stehenden rechtspolitischen Kritik an diesem Zustand s. insbes. Henckel, Verh. des 51. DJT, Sitzungsbericht O, Bd. II, 1976, S. 8, 11 ff.
- 31 BGHZ 138, 291 = ZIP 1998, 793.
- 32 BGH ZIP 1998, 793, 798 sub B III 4 (insoweit nicht in BGHZ 138, 291 mitgeteilt).
- 33 Vgl. m. w. N. Jaeger, KO, 6./7. Aufl., 1931, § 30 Anm. 37; ähnlich heute Baur/Stürner, Insolvenzrecht, 12. Aufl., 1990, Rz. 18.46 f., 19.39; Gerhardt, in: Festschrift Brandner, 1996, S. 605, 611 f.; Häsemeyer (Fußn. 4), Rz. 21.40; ders., JuS 1986, 851, 855; vgl. ferner Jaeger/Henckel (Fußn. 3), § 30 Rz. 110 ff.; ders., in: Leipold (Hrsg.), Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 239, 251.

- 34 So BGHZ 28, 344, 346 f. = NJW 1959, 147; BGH NJW 1977, 718; BGHZ 70, 177, 184 f.; BGH ZIP 1980, 518, 519; BGH WM 1984, 1430; zuletzt noch in BGH ZIP 1993, 271, 273, dazu EWiR 1993, 61 (*Gerhardt*); in der Literatur vor allem *Gottwald/Huber*, Insolvenzrechts-Handbuch, 1990, § 48 Rz. 44; *Karsten Schmidt*, WM 1983, 490, 493; *Kilger/K. Schmidt*, Insolvenzgesetze, 17. Aufl., 1997, § 30 KO Anm. 8; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 6), § 29 Rz. 32b, § 30 Rz. 23 a. E.; *Obermüller*, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 5. Aufl., 1996, Rz. 6.68; vgl. auch *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 4), § 142 Rz. 1, § 1 AnfG Rz. 12; *Nerlich/Römermann/Nerlich* (Fußn. 8), § 142 Rz. 2; *Smidl/Zeuner*, InsO, 1999, § 142 Rz. 2.
- 35 BGHZ 123, 320, 323 f., 328 f. = ZIP 1993, 1653, 1654, 1655 f.; vgl. auch BGH ZIP 1997, 1551, 1533; BGH ZIP 1999, 76, 78; BGH ZIP 1999, 665, 668.
- 36 *Kreft* (Fußn. 2), § 129 Rz. 46; s. auch ders. (Fußn. 17), S. 326 f.
- 37 Bereits die ältere Rechtsprechung und Literatur hatte dies als „inneren Grund“ für die Beschränkung der Deckungsanfechtung auf Leistungen an Insolvenzgläubiger ausgemacht, vgl. *Jaeger* (Fußn. 33), § 30 Anm. 37. Neu ist allerdings die nun vorgenommene Beschränkung auf kongruente Deckungen.
- 38 Vgl. zuletzt etwa BGH ZIP 1996, 1516, 1520, dazu EWiR 1996, 771 (*M. Huber*); *Kreft* (Fußn. 2), § 129 Rz. 45; eingehend *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 29 Anm. 80 ff.
- 39 *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 29 Anm. 83; aus der Rechtsprechung etwa BGH WM 1988, 799, 801 (Kaufpreis steht zum Entscheidungszeitpunkt nicht mehr zur Verfügung); BGH ZIP 1990, 459, 460, dazu EWiR 1990, 591 (*Hess*), (Verwendung der erhaltenen Kreditmittel für die ihrerseits inkongruente Befriedigung eines anderen Gläubigers und nicht in sonstiger Weise zum Nutzen des Geschäftsbetriebs).
- 40 So mit Recht *Häsemeyer* (Fußn. 4), Rz. 21.13 m. Fußn. 81; vgl. auch noch BGH LM KO § 30 Nr. 1; BGH KTS 1960, 55, 56; BGH KTS 1970, 293, 295, während heutzutage überwiegend formuliert zu werden pflegt, die Vorteilsausgleichung sei im Insolvenzanfechtungsrecht gänzlich unanwendbar, vgl. zuletzt BGHZ 97, 87, 95 f. = ZIP 1986, 448, 451, dazu EWiR 1986, 387 (*Kilger*); BGH ZIP 1995, 297, 299, dazu EWiR 1995, 281 (*Johlke*); *Kreft* (Fußn. 2), § 143 Rz. 24; *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 37 Anm. 135; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 4), § 142 Rz. 16, § 1 AnfG Rz. 12; ausführlich jetzt *Henckel*, in: Festschrift Deutsch, 1999, S. 967, 979 ff.
- 41 So aber *Kreft* (Fußn. 2), § 129 Rz. 47.
- 42 Vgl. schon RGZ 27, 98, 99 f.; RGZ 29, 77, 79; RGZ 116, 134, 137; BGH WM 1955, 504, 505; zuletzt BGHZ 128, 184, 187 = ZIP 1995, 134, 135, dazu EWiR 1995, 109 (*Gerhardt*); BGHZ 129, 236, 240 f. = ZIP 1995, 1021, 1022, dazu EWiR 1995, 781 (*Henckel*); BGH ZIP 1997, 853, 854, dazu EWiR 1997, 1131 (*Rattunde*).
- 43 Vgl. Motive zur KO, S. 129 f. = *Hahn* (Fußn. 8), S. 137: Indem das Gesetz von der Sicherstellung eines „Konkursgläubigers“ spreche, setze es voraus, dass schon vor ihr die Forderung existiert habe.
- 44 Begr. RegE zu § 142 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167 (Zeitspanne „zwischen der Leistung des Vertragspartners und der Gegenleistung des Schuldners“).
- 45 Nach BGHZ 123, 320, 328 f. = ZIP 1993, 1653, 1655 f., soll die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung auch dann möglich sein, wenn die zugrunde liegende Vereinbarung nach einer Vorleistung des *Schuldners* abgeändert wurde.
- 46 Formulierung nach *Henckel*, EWiR 1994, 373, 374; BGHZ 123, 320, 323 = ZIP 1993, 1653, 1654 spricht von verkehrsüblichen Umsatzgeschäften.
- 47 In § 547 (c) (1) B.C. kennt das amerikanische Recht freilich daneben noch eine Ausnahme für contemporaneous exchange, die den Bargeschäften ursprünglichen deutschen Verständnisses ähnelt. S. zum Ganzen etwa *Alces*,

The Law of Fraudulent Transactions, 1989, S. 33 ff.

- 48 Vgl. etwa BGHZ 28, 344, 347; BGH NJW 1977, 718 f.; BGH ZIP 1980, 518, 519; BGHZ 118, 171, 173 = ZIP 1992, 778; BGH ZIP 1999, 665, 668; *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 110; vgl. auch § 142 InsO („unmittelbar“) m. Begr., BT-Drucks. 12/2443, 167, und dazu *Kreft* (Fußn. 2), § 142 Rz. 2, 5; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 4), § 142 Rz. 5 ff.; *Smid/Zeuner* (Fußn. 34), § 142 Rz. 2.
- 49 Begr. RegE zu § 142 InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 167.
- 50 Vgl. etwa BGH ZIP 1980, 518, 519: Bargeschäft trotz Scheckzahlung drei Wochen nach der ersten Lieferung.
- 51 Diese Rechtsprechung bezog sich vor allem auf Grundstücksrechte (vgl. BGH NJW 1955, 709; BGH NJW 1977, 718 f.; BGH ZIP 1980, 518, 519); dort war sich allerdings auch nötig zum Ausgleich der mit Recht vielkritisierten Prämisse, dass bei Grundstücksrechten anfechtungsrechtlich auf den Zeitpunkt der Eintragung abzustellen ist (statt auf den Zeitpunkt, zu dem der Anfechtungsgegner eine insolvenzfeste Rechtsposition erlangt hatte, vgl. nunmehr § 140 Abs. 2 InsO).
- 52 Differenzierend auch das amerikanische Recht, das Kreditsicherheiten nicht unter die ordinary cause of business-Klausel fasst, sondern hierfür eine Sonderregelung bereithält (§ 547 (c) (3) B.C.).
- 53 Ähnlich *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 117; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 4), § 129 Rz. 38, § 142 Rz. 10; vgl. auch BGHZ 28, 344, 348; BGH ZIP 1980, 618, 620.
- 54 Für gänzlichen Verzicht auf einen zeitlichen Zusammenhang hier *Canaris* (Fußn. 3), S. 83; ders., Bankvertragsrecht, 4. Aufl., 1988, Rz. 499; *Obermüller* (Fußn. 34), Rz. 6.75; *Karsten Schmidt*, WM 1983, 490, 493; *Westermann*, KTS 1982, 165, 167 f.
- 55 S. oben sub II 1 mit Fußn. 8.
- 56 Ebenso *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 4), § 142 Rz. 1 a. E., 2; *Stürner/Schumacher*, LM KO § 30 Nr. 55; *Marotzke/Kick*, JR 1995, 106, 108; krit. auch *Häsemeyer*, ZIP 1994, 418, 419; dem BGH zustimmend dagegen *Henckel*, EWIR 1994, 373, 374; *Kreft* (Fußn. 2), § 142 Rz. 9; *Smid/Zeuner* (Fußn. 34), § 142 Rz. 1; *Uhlenbruck*, WuB VI B. § 30 Nr. 1 KO 1.94.
- 57 So *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 110, 226.
- 58 So auch *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 79 ff., im Hinblick auf die zeitlichen Grenzen der Anfechtungstatbestände und die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen.
- 59 Nur zur Klarstellung sei bemerkt, dass die von *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 110, 226, für den Fall der „Auffüllung von Sicherheiten“ bevorzugte Lösung über § 30 Nr. 1 Fall 1 KO (§ 132 InsO) hier ausscheidet, da die Sicherheitengewährung gegen Kreditausreichung die Gläubiger nicht, wie für die Anfechtung nach diesen Bestimmungen erforderlich, unmittelbar benachteiligt.
- 60 Ebenso *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 30 Anm. 110 a. E.; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 4), § 142 Rz. 13; *Wimmer/Dauernheim* (Fußn. 8), § 142 Rz. 7; a. A. LG Kassel MDR 1954, 494 (jeweils zur Vorauszession).
- 61 So aber offenbar BGHZ 138, 291, 310 f. = ZIP 1998, 793, 801, wo der BGH bereits die im Zeitpunkt der Kreditausreichung bestehende „faktische Verpflichtung“ eines Konzernunternehmens, einem Sicherheitenpool beizutreten, ausreichen lässt, um den erst einen Monat später erfolgten Beitritt noch als Bargeschäft einzustufen; indes kann die faktische Verpflichtung bestenfalls einer rechtlichen Verpflichtung gleichbehandelt werden, die nach dem im Text Ausgeführten aber gleichfalls nicht ausreicht.
- 62 Vgl. etwa v. *Campe*, Insolvenzanfechtung in Deutschland und Frankreich, 1996, S. 160 f.; *Jaeger/Henckel*

(Fußn. 3), § 30 Rz. 117; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 2), § 131 Rz. 5 m. Fußn. 19; ebenso der Sache nach aber auch die Rechtsprechung, vgl. BGH WM 1965, 84, 87; BGH NJW 1977, 718.

- 63 BGHZ 138, 291, 307 = ZIP 1998, 793, 800 sub V 1b aa. Jedoch wendet der BGH hier trotz der Einordnung als Bargeschäft den Grundsatz an, dass es für den Nachweis der subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen auf den dinglichen Erwerbsvollzug ankommt (wie oben Fußn. 18). Konsequenterweise ist dies nicht, erleichtert aber bei revolving-Sicherheiten die Bürde des Beweises mit zunehmender Annäherung an den Zeitpunkt der materiellen Insolvenz dann doch wieder etwas.
- 64 Vgl. *Jaeger/Henckel* (Fußn. 3), § 29 Anm. 66, 194; *Serick* (Fußn. 4), § 35 IV 5 a, S. 333 f. (jeweils sub specie „Sicherheitentausch“); ferner BGH ZIP 1999, 665, 668 (zum laufenden Zahlungsverkehr auf debitorisch geführtem Girokonto).

» zurück

---

© 2018 RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH

