

**Ostdeutscher Sparkassen – und Giroverband  
Fachtagung „Insolvenzrecht“  
„Die Anfechtung von Kreditgeschäften“  
13 und 14. Juli 2000**

**Ausgewählte Fragen zur Anfechtung von Kreditsicherheiten**

Rechtsanwalt Friedrich L .Cranshaw  
Mannheim/Karlsruhe

Die nachfolgende Darstellung stellt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers dar. Aufgrund der Dynamik des Rechtsgebietes kann in üblicher Weise eine Haftung für den Inhalt nicht übernommen werden, wofür um Verständnis gebeten wird.

## Inhalt

<b>1. Der Begriff der Insolvenzanfechtung</b>	<b>4</b>
1.1 Zielsetzung	4
1.2 Rechtscharakter	4
1.3 Voraussetzungen der Anfechtung gem. § 129 InsO	4
1.4 Anfechtungsbefugnis im Insolvenzverfahren	4
1.5 Rechtsfolgen	4
1.6 Anfechtungsgegenstand	5
<b>2. Anfechtung und Sicherungszession</b>	<b>6</b>
2.1 Inkongruente Deckung durch Sicherheitenverstärkung	6
2.2 Das Spannungsfeld zwischen Zahlung und Sicherheitenverwertung bei kongruenter Deckung , u.a.	6
- Beispiel (Sachverhalt)	
- Rechtliche Beurteilung der Zahlungsvorgänge	
- Die Bedeutung einer Zession	
- Beispiele weiterer Geschehensabläufe	
2.3 Weitere Fragen im Zusammenhang mit der Globalzession	10
- Bedeutung der Entstehung der Forderung	
- Bargeschäfte	
- Schenkungsanfechtung	
2.4 Die Sicherungsabtretung von Lohn- und Gehaltsansprüchen	14
2.5 Die Zession von Kapitallebensversicherungen	16
2.6 Die Mietzession bei der Immobilienfinanzierung	16
<b>3. Anfechtung und Sicherungsübereignung</b>	<b>19</b>
3.1 Eigentumserwerb und Anfechtungszeiträume	19
3.2 Raumsicherungsvertrag bzw. Markierungsvertrag und Anfechtung	20
3.3 Sicherungsübereignung und inkongruente Deckung	20
3.4 Sicherungsübereignung künftiger Sachen	22
<b>4. Poolverträge</b>	<b>22</b>
<b>5. Anfechtung im Zusammenhang mit der Besicherung durch Grundpfandrechte</b>	<b>24</b>
5.1 Die Bedeutung der Bestellung des Rechts	24
5.2 Die Wirksamkeit des Rechtserwerbs und die Anfechtung	25
5.3 Die Übertragung bereits bestehender Briefgrundschulden	26
5.4 Die Übertragung bereits bestehender Buchgrundschulden	27
5.5 Die Übertragung von Rückgewähransprüchen	27

<b>6. Die Anfechtung von Rechtshandlungen des vorläufigen Verwalters</b>	28
6.1 Problematik	28
6.2 Anfechtung und starker Verwalter	28
6.3 Anfechtung und schwacher Verwalter	29

## 1. Der Begriff der Insolvenzanfechtung

### 1.1 Zielsetzung

Ziel der Insolvenzanfechtung ist – wirtschaftlich betrachtet – die Rückgewähr von Vermögenswerten, die aufgrund eines bestimmten Verhaltens von Beteiligten ( Insolvenzschuldner, ggf. Gläubiger und sonstige Dritte) aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners ( = der Insolvenzmasse, vgl. § 35 InsO ) ausgeschieden sind. Dadurch ist die Gesamtheit der Gläubiger benachteiligt worden, die aufgrund der anfechtbaren Vorgänge eine geringere Befriedigung aus dem Vermögen des Insolvenzschuldners erwarten dürfen.

Wesentliches Merkmal jeder Anfechtung ist die Benachteiligung der Gläubiger insgesamt, so etwa wird die gleichmäßige Befriedigung aller beeinträchtigt.

### 1.2 Rechtscharakter

Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei der Anfechtung um einen schuldrechtlichen Anspruch ( vgl. § 146 InsO: „Der Anfechtungs**anspruch** verjährt in zwei Jahren seit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens.“), gerichtet gegen den Anfechtungsgegner.

### 1.3 Voraussetzungen der erfolgreichen Anfechtung sind gem. § 129 InsO

- Vorliegen der objektiven und – soweit erforderlich – der subjektiven Voraussetzungen eines der Tatbestände der §§ 130 – 137, 147 InsO
- **und** eine Benachteiligung der Insolvenzgläubiger
- **und** Vornahme der Anfechtung innerhalb der Zweijahresfrist des § 146 InsO, im Regelfall durch Klage zur Vermeidung der Verjährungseinrede des Gegners, ggf. durch Einrede des Insolvenzverwalters gem. § 146 II InsO
- **und** Eröffnung des Insolvenzverfahrens ( keine Anfechtung durch den vorläufigen Verwalter)

### 1.4 Anfechtungsbefugnis im Insolvenzverfahren

Die Anfechtungsbefugnis liegt beim

- Insolvenzverwalter, § 129 InsO aE
- Sachwalter in den Fällen der Eigenverwaltung, § 280 InsO
- Gläubiger in den Fällen des Vereinfachten Insolvenzverfahrens, § 313 Abs. 2 S. 1 InsO [ das sind die Fälle, in denen nach Scheitern des Schuldenbereinigungsplans im Verbraucherinsolvenzverfahren das Vereinfachte Verfahren eröffnet wird ( § 312 Abs. 1 InsO)]

### 1.5 Rechtsfolgen

Rechtsfolgen der Anfechtung sind

- die Rückgewähr an die Masse ( d.h. den Insolvenzverwalter)

- die verschärfte Haftung des Anfechtungsgegners gem. §§ 143 I 2 InsO, 819 I, 291 f. BGB; keine Berufung auf den Wegfall der Bereicherung möglich, § 818 III BGB
- Wiederaufleben der erloschenen Forderung des Anfechtungsgegners, § 144 I InsO
- Ggf. Wiederaufleben der Ansprüche gegen Drittsicherungsgeber, die infolge der anfechtbaren Handlung ( z.B. anfechtbarer Zahlungseingang nach Eröffnungsantrag) ihre Sicherheit ohne Rechtsgrund zurückerlangt haben, § 812 I 1 BGB, und daher ungerechtfertigt bereichert sind

## 1.6 Anfechtungsgegenstand

Gegenstand der Anfechtung können alle Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen sein, die die Gläubiger in irgendeiner Weise benachteiligen, wie

- Sicherheitenbestellungen aller Art, z.B.
  - Sicherung durch Grundpfandrechte
  - Sicherungszessionen
  - Sicherungsübereignung
- Zahlungsvorgänge aller Art, z.B. auch die Rückzahlung fälliger Beträge
- Kauf und Verkauf von Gegenständen der Masse, auch die Finanzierung durch Forderungskauf und Zession der gekauften Forderung ( Bsp.: Mietforderung bei Leasingfinanzierungen)
- Maßnahmen der Zwangsvollstreckung
- Eintragung von Belastungen im Grundbuch, namentlich
  - Grundpfandrechte
  - alle anderen Belastungen in Abt. II des Grundbuchs
  - der Bodenschutzlastvermerk
  - außerhalb des Grundbuchs: Bestellung von Baulasten
- Umstritten/diskutiert : die Kündigung von Krediten<sup>1</sup>
- Schenkungen aller Art
- Verrechnung und Aufrechnung

## 2. Anfechtung und Sicherungszession

<sup>1</sup> Vgl. z.B. Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 5. Aufl. 1997, RN 5.195, der die Kreditkündigung als anfechtbar gem. § 131 InsO ansieht, also als inkongruente Deckung; damit wäre jeder Zahlungseingang aufgrund einer solchen Kündigung sogar verschärft anfechtbar. Dem kann aus diesseitiger Sicht nicht gefolgt werden, da die Möglichkeit der Kündigung – sei es als ordentliche Kündigung, sei es als außerordentliche fristlose Kündigung aus dem abgeschlossenen Kreditvertrag ( und den AGB ) resultiert, vgl. Frings/Peters (Hrsg.), Insolvenzrecht, Sparkassenheft 203, 1999, S. 123.; siehe auch Kübler/Prütting, Das neue Insolvenzrecht , Band I, 1994, Begründung zu § 140 Regierungsentwurf, S. 357 aE, welche die Kündigung unter § 140 III InsO subsumiert

## 2.1 Inkongruente Deckung durch Sicherheitenverstärkung

### Beispiel:

#### a) Sachverhalt:

In anscheinend kritischer Lage des Kreditnehmers K., dem ein Betriebsmittelkontokorrentkredit gewährt worden war, fordert das Kreditinstitut B. aufgrund der in rechtlich einwandfreier Weise vereinbarten Allgemeinen Geschäftsbedingungen „Sicherheitenverstärkung“ als „milderes Mittel“, um die Kündigung der Geschäftsverbindung vermeiden zu können. Zwischen K. und B. besteht seit vielen Jahren Geschäftsverbindung. B. erhält die Zession einer aller Voraussicht nach einreddefreien Forderung gegen das Bundesland L. aus einer Werkleistung des K., die gerade abgerechnet wird. B. hat eine erhebliche Forderung gegen K. aus Kontokorrent, die eingeräumte Linie ist gar überzogen. Drei Wochen nach der ansonsten rechtlich unbedenklich vereinbarten Abtretung stellt K. – für B. überraschend – Insolvenzantrag.

#### b) Rechtliche Bewertung

Die Sicherheitenverstärkung nach den AGB ist eine typisch inkongruente Deckung gem. § 131 InsO. Hier liegt der Anfechtungsstatbestand des § 131 I Nr. 1 InsO vor, der keinerlei weiterer Voraussetzungen als eben der Antragstellung innerhalb Monatsfrist nach der Zession bedarf.

B. muss auf Anfechtung durch den Insolvenzverwalter hin die Forderung „herausgeben“, d.h. freigeben und zurück abtreten. Sollte der Betrag bis zur Anfechtung geflossen sein, weil K. bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Offenlegung und Einziehung gegenüber L. verwertet hat, ist der eingezogene Betrag an den Insolvenzverwalter zu zahlen.<sup>2</sup> Ab dem Zahlungseingang werden Zinsen geschuldet.

## 2.2 Das Spannungsfeld zwischen Zahlung und Sicherheitenverwertung bei kongruenter Deckung<sup>3</sup>

### a) Sachverhalt

Das Kreditinstitut B. aus dem obigen Beispiel verlangt angesichts der geschilderten Rechtslage keine Sicherheitenverstärkung, sondern kündigt das Engagement fristlos unter Gewährung einer Zahlungsfrist von zwei Wochen mit der Begründung der nachhaltigen Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage des Unternehmens (des Kreditnehmers). An B. sind Forderungen des Kreditnehmers aus Lieferungen und Leistungen in üblicher Form (Vordruck Sparkassenverlag, Bankverlag o.ä.)

<sup>2</sup> Vgl. Stefan Smid (Hrsg.), InsO, Kommentar, 1999, Smid-Zeuner, InsO, RN 12 zu § 143 InsO

<sup>3</sup> die Thematik der Verrechnung ist vielfach Gegenstand von Äußerungen in der Literatur in der letzten Zeit gewesen, vgl. z.B. Heublein, Kredit in der Krise – insolvenzfester Glücksfall oder anfechtbare Scheindeckung? Paulus, Zum Verhältnis von Aufrechnung und Insolvenzanfechtung WM 1999, 253, Peters/Lwowski Das Kreditinstitut als Zahlstelle und Sicherungsnehmer, WM 1999, 258

im Rahmen einer Globalzession abgetreten. Im Gegenzug hat B. erhebliche Kreditforderungen.

Nach der Kündigung gehen – ohne dass die Zession offengelegt wäre – Zahlungen von Drittschuldnern auf dem debitorischen<sup>4</sup> Konto des Kreditnehmers bei dem Kreditinstitut ein<sup>5,6</sup>. Es handelt sich um Forderungen, die mehr als drei Monate vor dem Wirksamwerden der Kündigung entstanden sind.

Der Kunde wird jedenfalls aufgrund der Kündigung zahlungsunfähig. Die Bank B. weiß das auch zum Zeitpunkt der Zahlungseingänge. Die Zahlungen erfolgen auf das Konto des Kunden bei der B.-Bank, weil der Kreditnehmer nicht rasch genug durch Angabe eines geänderten Kontos die Zahlungen „umleiten“ kann. Der Kreditnehmer stellt Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Bis kurz vor Eröffnung des Verfahrens drei Monate später gehen noch weitere Beträge ein, weil durch diverse Irrtümer in der Forderungsbuchhaltung Drittschuldner nicht über die Insolvenzantragstellung informiert werden. Der vorläufige „schwache“ Verwalter hat seinerseits ein Treuhandkonto bei einem anderen Kreditinstitut eröffnet und hat „formulärmäßig“ Drittschuldner und Banken aufgefordert, an ihn zu zahlen bzw. Zahlungseingänge an ihn weiterzuleiten. Ein allgemeines Verfügungsverbot ist nicht angeordnet. Hieran hat sich B. nicht gehalten. Andererseits hat B. auch die Zessionen nicht offengelegt, u.a., weil man keine aktuellen Zessionslisten zur Verfügung hatte.

Nach Eröffnung und Feststellung des Sachverhalts ficht der Verwalter die Zahlungen an B. an und erhebt Klage, als sich B. weigert. B. hat bei Zahlungseingängen jeweils die Aufrechnung mit eigenen Kreditforderungen erklärt. Im Rechtsstreit argumentiert aber der Verwalter nicht ausdrücklich mit der Anfechtung, sondern er trägt „nur“ den relevanten Sachverhalt vor, begehrt Zahlung der Eingänge bei B. und bemängelt, dass die Zahlungen an B. praktisch die gesamte Masse des Kreditnehmers gewesen sei. Im übrigen sei der Globalzessionsvertrag nicht wirksam, weil er die gesamten Außenstände umfasse. Auch seien erheblich unrichtige Freigabeklauseln enthalten usw.

## **b) Rechtliche Beurteilung der Zahlungsvorgänge**

aa) Aufgrund der Kündigung hatte B. einen fälligen Anspruch auf Rückzahlung der Kreditmittel, als der Kreditnehmer nach Ablauf der Rückzahlungsfrist nicht leistete.

Die Verrechnung/Aufrechnung vor Verfahrenseröffnung bzw. vor Erlass eines allgemeinen Verfügungsverbotes war jeweils ggf. kongruente Deckung im Sinne des § 130 I Nrn. 1, 2 InsO, wenn sie z.B. innerhalb der letzten Monats vor dem Antrag erfolgte – erst recht danach – und das Kreditinstitut die Zahlungsunfähigkeit bzw. den Insolvenzantrag kannte. Das war vorliegend der Fall. Damit war die Aufrechnung des Anspruchs der Masse aus der Gutschrift mit den offenen Kreditforderungen „eigentlich“ nicht zulässig, § 96 Nr. 3 InsO, die Anfechtung entbehrlich, da sie über die genannte Bestimmung Teil der Regelungen über die Aufrechnung geworden ist. Da die

<sup>4</sup> es kann natürlich auch eine Verbindung zwischen debitorischen und kreditorischen Konten aufgrund Verrechnungsabreden in Frage kommen

<sup>5</sup> Ein in der Praxis sehr häufiger Fall, ähnlich dem Sachverhalt der Entscheidung BGH ZIP 2000, 244 ff. = WM 2000, 263 ff. [ ( U.v.9.12.1999, IX ZR 318/99 ( Naumburg)] zur Gesamtvollstreckungsordnung

<sup>6</sup> mit der Kündigung erlischt – abhängig von den Vereinbarungen – das Recht zum Forderungseinzug durch den Kreditnehmer ggf. auch ohne ausdrücklichen Widerruf der Ermächtigung; vgl. zu einem praktischen Fall die Entscheidung BGH U.v.19.3.1998 IX ZR 22/97 ( KG ), ZIP 1998, 793 ff./794

Zahlungen anfechtbar waren und die Aufrechnung nicht zulässig war, müssten sie „eigentlich“ herausgegeben werden.

Die Bank B. müsste daher die erlangten Beträge herausgeben. Ihre Kreditforderung nebst Zinsen würde wieder aufleben. Freilich könnte sie diese nur als Insolvenzforderung geltend machen, § 144 II InsO.

bb) Prozessual käme es auch nicht darauf an, ob sich der Verwalter auf die gesetzliche Anfechtungsregelung beruft oder nicht<sup>7</sup>. Es reicht sein Antrag auf Zahlung und die Darstellung des Sachverhalts. Das Gericht subsumiert dann ohne weiteres unter § 130 InsO ( bzw. unter § 96 Nr. 3 InsO; siehe FN 7).

### c) Die Bedeutung der Zession

aa) Die Frage ist, ob dieses Ergebnis nicht angesichts der Globalzession und der Herkunft der Zahlungseingänge aus den zedierten Forderungen unrichtig ist. Durch die Globalzession ist an den zedierten Forderungen ab ihrer Entstehung<sup>8,9</sup> ein Absonderungsrecht entstanden, denn der Sicherungszessionar steht in Ansehung seiner fiduziarischen Sicherheit einem Pfandgläubiger gleich ( § 51 Nr. 1 InsO ).

bb) Ist die zedierte Forderung entstanden und hat der Drittschuldner diese z.B. durch Überweisung auf das Bankkonto des (späteren ) Insolvenzschuldners beglichen, wird der Drittschuldner frei, wenn die Abtretung nicht offen gelegt war. Er hat die Forderung mit befreiender Wirkung für sich durch Leistung an seinen Geschäftsgegner, den Kreditnehmer, getilgt, §§ 362 I, 407 BGB. Mit der Zahlung ist die Forderung untergegangen, ebenso das Absonderungsrecht der B.-Bank.<sup>10, 11</sup>

cc) Ein Anspruch gegen die Masse gem. § 816 II BGB kann schon deswegen verneint werden, weil die Einziehungsermächtigung nicht widerrufen war. Eine Ersatzabsonderung<sup>12</sup> scheidet aus, da die Zahlungen der Drittschuldner schon vor

<sup>7</sup> wegen der Einbeziehung der Anfechtung in § 96 Nr. 3 InsO wohl auch nicht auf die Unzulässigkeit der Aufrechnung

<sup>8</sup> vgl. zu der Thematik aus der neueren Rechtsprechung z.B. BGHZ 106, 236 ff./241 U.v.20.12.1988 IX ZR 50/88 (Bamberg) zum Wahlrecht des Verwalters nach § 17 KO

<sup>9</sup> Zu einem weiteren interessanten Fall der Vorausabtretung künftiger Forderungen in kritischer Unternehmenslage vgl. BGH NJW 1995, 1668 ff./1671 mwN [ U.v.16.3.1995, IX ZR 72/94 (OLG Dresden)]

<sup>10</sup> Ein völlig üblicher und normaler Vorgang bei der „lebenden“ Geschäftsverbindung, der unter dem Aspekt der Kreditsicherheit dadurch aufgefangen wird, dass bei dem Kreditnehmer ständig neue Forderungen entstehen, die ihrerseits wieder zum Absonderungsrecht des Sicherungszessionars werden, so dass die Sicherheiten nach den einschlägigen Verträgen ständig wieder aufgefüllt und auf einem idR vereinbarten Stand gehalten werden.

<sup>11</sup> das OLG Naumburg hat in dem Fall FN 5 postuliert, die Zessionarin müsse die Leistungen des Drittschuldners gem. § 407 BGB gegen sich gelten lassen, da die Sicherungsabtretung nicht offen gelegt war; die Drittschuldnerin hatte also danach mit befreiender Wirkung an den (Insolvenz)schuldner durch Leistung auf dessen Bankkonto bei der Zessionarin als bloßer Zahlstelle geleistet, folglich gerade nicht auf das Absonderungsrecht gem. § 51 Nr. 1 InsO; eine Aufrechnung scheidet aus.

<sup>12</sup> Die Ersatzabsonderung in Analogie zu der Ersatzaussonderung dürfte auch nach der Insolvenzordnung weiterhin Bestand haben, vgl. Smid-Gundlach, aaO, RN 19/20

Eröffnung zugeflossen sind, also nicht mehr im Sinne des § 48 InsO „ausstanden“<sup>13</sup>.

dd) Dieses Ergebnis wäre nur richtig, wenn die Masse zugleich einen **Vermögensnachteil** erlitten hätte, Voraussetzung jeder Anfechtung<sup>14</sup> und damit auch der Unzulässigkeit der Aufrechnung gem. § 96 Nr. 3 InsO<sup>15</sup>. Dies ist aber nicht der Fall. Vielmehr waren die Forderungen des Kreditnehmers gegen die Drittschuldner bereits vor den obigen Zahlungsereignissen schon aus dem Vermögen des Kreditnehmers ausgeschieden. Die B.-Bank hatte die Forderungen selbst unanfechtbar erworben.

ee) Somit wird in die Klage des Verwalters in dem in der Praxis nicht seltenen Beispielsfall an der fehlenden Benachteiligung der Gesamtheit der Gläubiger scheitern<sup>16</sup>. Der weitere Vortrag des Verwalters verspricht ebenfalls keinen Erfolg, da die etwaige Unwirksamkeit einzelner Freigabeklauseln usw. nach der Rechtsprechung des BGH die Zession selbst unberührt ließe<sup>17</sup>.

Die Zession selbst war nicht anfechtbar, sondern „insolvenzfest“.

#### d) Ergebnis

In Fällen wie dem vorstehend geschilderten besteht also weder Anlass

- Zahlungen aufgrund erklärter Anfechtung herauszugeben
- noch an den Verwalter vorher Beträge „freizugeben“

Die Offenlegung der Zession und die Einziehung durch den Gläubiger sind wohl im allgemeinen nicht notwendig<sup>18</sup>, um im Ergebnis die Durchsetzung des Absonderungsrechts „Sicherungszession“ in Fällen wie dem geschilderten zu gewährleisten. Es genügt, dass das Recht bestand und dass auf Schuldnerkonto beim Absonderungsberechtigten bezahlt wurde.

Anderes wäre übrigens auch nicht praxisgerecht, denn nicht selten kennt der absonderungsberechtigte Gläubiger den Drittschuldner nicht ( keine aktuelle

<sup>13</sup> vgl. BGH ZIP 1998, 793 ff./797; BGH WM 2000, 262 ff./263

<sup>14</sup> vgl. zu diesem – heute „geschriebenen“ Tatbestandsmerkmal Smid-Zeuner, aaO, RN 51 ff. zu § 129 InsO

<sup>15</sup> nach der Begründung des Regierungsentwurfes darf die Aufrechnung nicht zulässig sein, wenn die Aufrechnungslage anfechtbar herbeigeführt wurde. Das Vertrauen des Gläubigers auf die formal bestehende Aufrechnungslage sei nicht schutzwürdig, vgl. Kübler/Prütting, Das neue Insolvenzrecht, 1994 Band I, S. 278 Abs. 2; in Fällen wie dem vorliegenden ist aber Schutzwürdigkeit gegeben

<sup>16</sup> so auch die Entscheidung des BGH in dem Fall FN 5. Die dort beklagte Bank hatte einige Zahlungen behalten, einen wesentlichen Betrag an den Verwalter wohl „irrtümlich“ ausgekehrt; insoweit ging die Klage verloren, wobei die Gründe bzw. der Sachverhalt an dieser Stelle nicht transparent scheinen.

<sup>17</sup> Vgl. BGHZ 137, 212 ff. Großer Senat für Zivilsachen

<sup>18</sup> dennoch sollte offengelegt und möglichst vor Eröffnung eingezogen werden, schon um im Einzelfall die Gläubigerbeiträge gem. § 171 InsO zu reduzieren; soweit die Kündigung nicht den Widerruf der Einziehungsermächtigung umfassen sollte, wäre auch diese zu widerrufen.

Zessionsliste, evtl. mehrere Bankkonten, auf die Zahlungen – ggf. im Verhältnis Sicherungsnehmer/Sicherungsgeber vertraglich unzulässig – erfolgen )<sup>19</sup>.

### e) Beispiele weiterer Geschehensabläufe

aa) Leistet allerdings der Drittschuldner auf die übliche Aufforderung des (vorläufigen) Verwalters hin, nur auf ein von ihm benanntes Anderkonto zu leisten, wird er selbstverständlich vor der Offenlegung ebenfalls gem. § 407 BGB frei. Damit würde sich das Problem für die Masse scheinbar elegant lösen lassen. Das Sicherungsrecht geht wiederum mit der Leistung unter. Es stellt sich dabei die Frage, was mit den eingezogenen Beträgen geschieht. **Nach** Verfahrenseröffnung stehen sie dem Gläubiger unter Abzug des Beitrages von 9% zu ( § 170 I 2 InsO), Entstehung der Forderung vor Eröffnung des Verfahrens oder Erlass eines Verfügungsverbot unterstellt.

bb) Zieht der vorläufige „starke“ Verwalter ein, § 22 I 1 InsO, insbesondere aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung gem. § 21 InsO, ist die entsprechende Anwendung des § 170 InsO auf die Herausgabepflicht angezeigt<sup>20</sup>. Nichts anderes kann beim „schwachen“ vorläufigen Verwalter gelten, da ansonsten die Insolvenzfestigkeit des Absonderungsrechtes von der mehr oder minder zufällig erfolgten oder vielleicht teilweise gar nicht ohne weiteres möglichen Offenlegung abhängig wäre<sup>21</sup> bzw. der Disposition des Gerichts zur Verwalterbestellung ab.

## 2.3 Weitere Fragen im Zusammenhang mit der Globalzession

Die Globalzession<sup>22</sup> soll nachfolgend auf der Basis des obigen Beispiels unter verschiedenen Aspekten betrachtet werden und zwar einmal im Hinblick auf den Abschluss des Zessionsvertrages, zum anderen unter Berücksichtigung des Entstehungszeitpunktes der jeweils zedierten Einzelforderung.

### a) Beispiel:

Zur Sicherung von prolongierten „Altforderungen“ wird eine Globalzession vereinbart.

Die Besicherung war im Kreditvertrag ( Prolongationsvereinbarung) vereinbart, aber zunächst von den Parteien „übersehen“ worden: Der Kreditnehmer hatte die mit dem Kreditvertrag übersandte Zession nicht unterzeichnet und zurückgesandt, da er den Vordruck übersehen und angenommen hatte, die Bank B. bestehe nun in Abweichung vom Kreditgespräch nun doch nicht auf Sicherstellung.

Der Kreditreferent R. der Bank B. hatte ebenfalls übersehen, dass der Globalzessionsvertrag/ die Globalzessionserklärung nicht mit zurück gereicht worden

<sup>19</sup> Das hat wiederum nichts mit der Frage zu tun, ob der absonderungsberechtigte Gläubiger sein Recht ernsthaft verfolgt oder laufend prüft

<sup>20</sup> die Frage, ob hier ein Gläubigerbeitrag gem. § 170 InsO geschuldet wird, mag offen bleiben, ist aber wohl zu verneinen

<sup>21</sup> z.B. bei einer sehr großen Zahl zedierter Forderungen, bei denen der Zahlungsstrom im Zweifel schon erfolgt ist, wenn dem Drittschuldner das Offenlegungsschreiben zugeht.

<sup>22</sup> Grundsätzlich gelten alle Ausführungen auch für Einzelzessionen, die Globalzession wirft jedoch aufgrund des unbestimmten Entstehens der zedierten Forderungen für die Praxis die weitgehendsten Probleme auf.

war<sup>23</sup>. Dies wird einige Wochen später nachgeholt, als sich der Irrtum aufklärt. Zwei Monate danach wiederum stellt der Kunde Insolvenzantrag wegen Überschuldung. Die Bank B. wird überrascht.

Da ein konkreter vertraglicher Anspruch auf die Sicherheit bestand, kommt eine Anfechtbarkeit wegen kongruenter Deckung (wiederum nicht wegen inkongruenter Deckung wie in den Fällen des § 131 InsO) in Frage. Die Anfechtung der Zession wäre erfolglos, denn die subjektiven Voraussetzungen des § 130 InsO liegen ebenso wenig vor wie die Voraussetzungen des § 131 InsO. Auch § 131 Nr. 3 InsO scheidet, denn dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass die Bank B. damit rechnete, die Gläubiger würden benachteiligt.

**b) Nach Anordnung eines allgemeinen Verfügungs – und Veräußerungsverbot**es im Insolvenzantragsverfahren bedarf es der Anfechtbarkeit der Zahlungseingänge bzw. Anfechtung der Sicherheit usw. ohnehin nicht mehr, denn der Forderungsübergang kann nicht mehr zu Lasten der Masse erfolgen, §§ 21, 24, 81 InsO.

**c) Entsteht die Forderung vor Eröffnung oder Anordnung eines allgemeinen Verfügungs – und Veräußerungsverbot**es, ist die Zession folglich wirksam, wenn auch ggf. anfechtbar gem. § 130 InsO.

**d) Die Anfechtbarkeit in dem Dreimonatszeitraum** gem. § 130 InsO setzt Zahlungsunfähigkeit und Kenntnis des Gläubigers hiervor voraus. Kennt in dem Beispielsfall die Bank B. Umstände, die zwingend auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen, dann reicht das als Voraussetzung für die Anfechtbarkeit aus, § 130 II InsO. Das sind Umstände, die jeden mit entsprechender Verkehrserfahrung „verständigerweise“ auf die Zahlungsunfähigkeit schließen lassen<sup>24</sup>. Die zedierten Forderungen sind anfechtbar und können nicht für Verrechnungen/Aufrechnungen wie im Beispiel herangezogen werden.

### **e) Globalzession und Sanierung**

Die Globalzession wird innerhalb einer Frist von zwei Monaten vor Insolvenzeröffnung vereinbart, die Forderungen entstehen in diesem Zeitraum. Die Bank B. hat aber aufgrund eines Sanierungsgutachtens<sup>25</sup> einer renommierten WP-Gesellschaft angenommen, es lägen absehbar weder Zahlungsunfähigkeit noch Überschuldung vor, die sich abzeichnende ernste Krise könne vielmehr durch neue Kreditmittel zur Liquiditätssicherung und die bereits in Vollzug befindlichen betriebswirtschaftlichen Maßnahmen im Unternehmen behoben werden. Daher hat man neue Betriebsmittel gewährt und **hierfür** die Zession bekommen. Völlig überraschend gerät das Unternehmen in die Insolvenz.

<sup>23</sup> In den Fällen, in denen keine von beiden Teilen unterzeichnete Sicherheitsvereinbarung „ausgetauscht“ wird, ist auf Seiten des Sicherungsnehmers von einer stillschweigenden Annahme auszugehen oder umgekehrt

<sup>24</sup> Smid-Zeuner, aaO, RN 31 zu § 130 InsO; BGH NJW 1995, 2103 [(U.v.27.4.1995 IX ZR 147/94 (Frankfurt))]

<sup>25</sup> bedeutsam, um dem Verdacht bzw. der Behauptung der Insolvenzverschleppung zuverlässig begegnen zu können

Die Anfechtung scheidet aus, da ein Bargeschäft vorliegt, § 142 InsO. Die – künftige – Insolvenzmasse hat neue Kreditmittel unmittelbar erhalten und die Rückzahlungsansprüche entsprechend besichert. Da dies im engen zeitlichen Zusammenhang geschehen ist, ist nach der Rechtsprechung ein unbedenkliches Bargeschäft anzunehmen.

f) **Bargeschäfte** sind nur unter sehr engen Voraussetzungen anfechtbar<sup>26</sup>, wenn nämlich eine vorsätzliche Benachteiligung gem. § 133 I InsO zu bejahen ist und auch die weiteren Voraussetzungen des § 133 I InsO vorliegen, d.h. der andere Teil musste den Vorsatz des Schuldners kennen.

aa) Die anfechtbare Handlung, hier die Sicherheitenbestellung, muss auf Schuldnerseite von dem Vorsatz der Gläubigerbenachteiligung umfasst sein. Bedingter Vorsatz genügt, wenn der Schuldner also die Benachteiligung der Gläubiger in ihrer Gesamtheit erkannt hat und dennoch die anfechtbare Handlung vorgenommen hat. Es muss ihm nicht auf die Benachteiligung der Gläubiger ankommen. Die mittelbare Benachteiligung reicht aus<sup>27</sup>.

bb) Nach § 133 I S. 2 InsO wird diese Kenntnis vermutet, wenn der Anfechtungsgegner wusste, dass

- die Zahlungsunfähigkeit drohte
- und die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

Die Vermutung knüpft an die drohende Zahlungsunfähigkeit als Insolvenzgrund des § 18 InsO an<sup>28</sup>. Sie droht, wenn der Schuldner „voraussichtlich“ seine fälligen Zahlungsverpflichtungen im Zeitpunkt ihrer Fälligkeit nicht erfüllen kann, § 18 II InsO. Erforderlich ist in diesen Fällen der „Zeitraumilliquidität“<sup>29</sup> die Erstellung eines Liquiditätsplans, der eine hinreichende Prognose erlaubt<sup>30</sup>. Wengel/Scheld sehen die drohende Zahlungsunfähigkeit dann, wenn der Schuldner im Planungszeitraum über zwei Wochen hindurch 95% seiner fälligen Verbindlichkeiten „mit überwiegender Wahrscheinlichkeit“ nicht erfüllen kann<sup>31</sup>. Offen ist der Planungs- bzw. Prognosezeitraum<sup>32</sup>. Bei dieser Sachlage stellt sich die Frage, wie denn ein Gläubiger im allgemeinen die drohende Zahlungsunfähigkeit vermuten soll. Die Kenntnis der Benachteiligung der Gläubiger dürfte tendenziell allenfalls dann vorliegen, wenn kein schlüssiges Sanierungskonzept wie vorliegend zu bejahen ist, das

<sup>26</sup> die bei Sanierungskrediten, aber auch bei Finanzierungen zur Überbrückung einer akuten Krise bis zur Erstellung eines abschließenden Gutachtens zur weiteren Gesundung des Unternehmens grundsätzlich ausgeschlossen sein sollte

<sup>27</sup> Smid-Zeuner, aaO, RN 22 zu § 133 InsO mwN

<sup>28</sup> vgl. Kübler/Prütting, Das neue Insolvenzrecht Band I, 1994, Begründung RegE zu § 133 InsO, S. 347 Abs. 3; Smid-Zeuner, aaO, RN 2 zu § 133 InsO

<sup>29</sup> Smid-Zeuner, aaO,; RN 6 zu § 133 InsO

<sup>30</sup> Zu dem Finanzplan und den Voraussetzungen vgl. Wengel/Scheld, Die Wirtschaftsprüfung 2000, 556 ff./559, 560 f.

<sup>31</sup> Wengel/Scheld, aaO, S. 561

<sup>32</sup> je länger dieser ist, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit des Eintritts der Planvoraussetzungen, so dass man ggf. schon unter Berücksichtigung weniger Monate oder Wochen nicht mehr von einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit sprechen kann. Abhängigkeit von Branche und einzeltem Unternehmen dürfte hier ohne weiteres zu bejahen sein.

erfolgversprechend ist<sup>33</sup>. Umgekehrt darf der Gläubiger bei Finanzierung und Sicherstellung in diesen Fällen von einer aussichtsreichen Sanierung ausgehen. Dann fehlt es an der Vermutung im Sinne des § 133 I 2 InsO.

cc) Außerhalb der Vermutung dieser Bestimmung hat der Verwalter die Kenntnis nachzuweisen. Dies dürfte bei einer Konstellation wie im Beispiel geschildert ausscheiden, wenn auch in den Fällen der Inkongruenz außerhalb des Dreimonatszeitraums die Beweiserleichterungen der bisherigen Absichtsanfechtung nach der Konkursordnung weiter anzuwenden sein sollen<sup>34</sup>. Nach der Rechtsprechung des BGH ist Inkongruenz ein Beweisanzeichen für Gläubigerbenachteiligung<sup>35</sup>. Nach allgemeiner Lebenserfahrung, so der BGH, seien Schuldner nur bereit das zu leisten, was sie vertragsgemäß müssten. Mehrleistungen müssten misstrauisch machen. Es liege auf der Hand, dass bei einem Mehr besondere Gründe vorliegen müssten. Ferner liege es auf der Hand, dass für andere Gläubiger weniger bleibe. Die Benachteiligungsabsicht fehlt danach nur dann, wenn der Schuldner trotz der inkongruent gewährten Deckung ausnahmsweise annehmen könne, alle seine Gläubiger befriedigen zu können<sup>36</sup>. In dem vorliegenden Beispiel ist indes keine inkongruente, sondern eine kongruente Deckung anzunehmen.

Die Anfechtung gem. § 133 InsO scheidet aus.

dd) Gegenbeispiel:

K., Geschäftsführer der K.-GmbH, erhält von der Bank B. in der offenbaren Krise der Gesellschaft, ohne dass diese plausibel irgendwie behebbar erscheint ( dies behauptet K. auch gar nicht ) weitere TDM 1,0 Mio. als KK-Kredit gegen die Zession bereits bestehender, wenn auch noch nicht fälliger Ansprüche. Er verfügt über diesen Betrag und setzt sich damit ins außereuropäische Ausland ab. Der Bank B. war die Sachlage klar, K. hatte auch einen längeren Auslandsaufenthalt im Interesse der Akquisition angedeutet.

Dieser Sachverhalt bedarf keiner weiteren Diskussion.

ee) In denjenigen Fällen, in denen der Kreditgeber im anfechtungsgefährdeten Zeitraum im „engen“ zeitlichen Zusammenhang mit Zahlungseingängen Verfügungen des Kreditnehmers ( auch des schwachen Verwalters ) zugelassen hat, gleichgültig, ob die Verfügung nach dem Zahlungseingang erfolgte oder umgekehrt, liegt dennoch ein Bargeschäft gem. § 142 InsO vor. Daher ist auch die Verrechnung/Aufrechnung zulässig, § 96 Nr. 3 InsO greift nicht. Voraussetzung ist, dass ein Verfügungsverbot noch nicht ergangen oder bekannt geworden ist<sup>37</sup>. Das muss auch für die in der fraglichen Zeit entstandenen Forderungen aus einer zuvor anfechtungsfrei vereinbarten Globalzession gelten, die für die Absicherung der Ansprüche aus dem KK-Kredit generell diente, wenn diese letztlich der Unterlegung der aus dem Bargeschäft dienenden Kreditforderungen resultierten.

<sup>33</sup> Daher ist die Gestaltung bzw. Prüfung des Sanierungskonzepts z.B. durch einen insoweit erfahrenen und renommierten WP bedeutsam; vgl. auch Smid-Zeuner, aaO, zu der Problematik des Sanierungskonzepts

<sup>34</sup> vgl. im einzelnen Smid-Zeuner, aaO, RN 6 ff., RN 36 mwN

<sup>35</sup> BGH ZIP 1997, 513 ff. [ U.v.30.1.1997 IX ZR 89/96 (OLG Brandenburg)]; dort ging es um einen Fall von Mietzession

<sup>36</sup> BGH, aaO, S. 515

<sup>37</sup> da dann für die Leistung an den Schuldner/Kreditnehmer § 2 InsO gilt (Schutz des Gutgläubigen)

### g) „Schenkungsanfechtung“, § 134 InsO

Richtig bezeichnet handelt es sich um die Anfechtung wegen „unentgeltlicher, Leistungen“, § 134 I InsO ( freigestellt sind Gelegenheitsgeschenke gem. § 134 II InsO, die hier ohne Belang sind ).

Beispiel:

Die Unternehmensgruppe K. erhält Kredite von der B.-Bank<sup>38</sup>. Die Unternehmensgruppe ist wirtschaftlich gesund. Die K.-AG ist die Konzernobergesellschaft. Sie hat mehrere Mio. DM als in verschiedener Weise ausnutzbaren Rahmenkredit in Anspruch genommen. Die K.- L. GmbH, eine 100%-ige Tochtergesellschaft hat hierfür in Kenntnis und mit Zustimmung zur Finanzierung durch B. der Bank umfangreiche Sicherungszessionen zur Verfügung gestellt. Nach der Rechtsprechung ist die Sicherheitenbestellung nicht unentgeltlich, damit nicht als unentgeltliche Leistung vier Jahre ab dem Insolvenzantrag zurück anfechtbar<sup>39</sup>. Natürlich wäre auch das freiwillige Angebot eines Schuldners, der alle Gläubiger gleichartig sichern will, auf Vornahme der Zession bestimmter Forderungen, nicht unentgeltlich.

## 2.4 Die Sicherungsabtretung von Lohn – und Gehaltsansprüchen

a) Zunächst ist dabei in tatsächlicher Hinsicht zu beachten, dass es sich um die Sicherheit einer natürlichen Person handelt, die im insolvenzrechtlichen Sinne Verbraucher sein dürfte<sup>40</sup>. Der Zedent als Arbeitnehmer wird daher im Regelfall dem Verbraucherinsolvenzverfahren unterliegen<sup>41</sup>. Dort kommt es nur dann überhaupt zur Anfechtung, wenn die außergerichtliche Einigung mit den Gläubigern scheitert und auch der Schuldenbereinigungsplan abgelehnt wird<sup>42</sup>. Im darauf sich anschließenden Vereinfachten Insolvenzverfahren steht die Anfechtung nicht dem Treuhänder zu, sondern **jedem einzelnen Gläubiger**, § 313 II 1 InsO. Die Anfechtung erfolgt indes nach den Bestimmungen der Insolvenzordnung, d.h. sie ist auch in diesen Fällen – im Ergebnis anders als die Anfechtung nach dem Anfechtungsgesetz -<sup>43</sup> nicht auf die Befriedigung des einzelnen Gläubigers gerichtet, sondern auf die Anreicherung der Masse zugunsten der Gläubigergesamtheit. Der Gläubiger ficht auf eigenes Kostenrisiko an und kann lediglich aus dem, was er erlangt hat, vorweg seine Kosten befriedigen, § 313 II 2

<sup>38</sup> das sind die Cash-Management-Fälle bzw. die Konzernfinanzierung; vgl. BGHZ 138, 291 ff., U.v.19.3.1998 IX ZR 22/97 ( Kammergericht)

<sup>39</sup> so auch Smid-Zeuner, aaO, RN 21 zu § 134 InsO

<sup>40</sup> wenn nicht der Arbeitnehmer noch „parallel“ eine umfängliche selbstständige Tätigkeit entfaltet

<sup>41</sup> dies dürfte auch für den gescheiterten „Einzelunternehmer“ ( Gewerbetreibender, Freiberufler, „Existenzgründer“ ) gelten, der nach Aufgabe seiner Unternehmung als Arbeitnehmer tätig ist und der schließlich von seinen Altverbindlichkeiten durch ein Insolvenzverfahren loskommen will; für die Anwendung der Verbraucherinsolvenz kommt es aus diesseitiger Sicht auf die Verbrauchereigenschaft gem. § 304 InsO zum Zeitpunkt der Antragstellung an; so auch das OLG Schleswig, B. v.1.2.2000 Az.: 1 W 531/99 und 1 W 56/99

<sup>42</sup> vgl. §§ 308, 309 InsO

<sup>43</sup> Art. 1 EG InsO

InsO<sup>44</sup>. Bedenkt man, dass anfechtbar nur das wäre, was an die Masse beim Fehlen der Lohnzession fließen würde, nämlich der pfändbare Teil des Lohns<sup>45</sup>, bestehen hier im allgemeinen wenig Anreize. Dies verstärkt sich noch, wenn man die Bestimmung des § 114 I InsO berücksichtigt, nach der im Interesse der Restschuldbefreiung Lohnzessionen drei Jahre nach der Verfahrenseröffnung unwirksam werden.

Ansonsten würde sich die Anfechtung natürlich nach den allgemeinen Kriterien richten.

b) In der Praxis dürfte der folgende Fall vielleicht nicht untypisch sein: Der Lohn von Schuldner S. wird von dem Gläubiger G. gepfändet, obwohl S. mit seinen sämtlichen Gläubigern in Verhandlungen über eine außergerichtliche Schuldenbereinigung steht. Aufgrund der Pfändung erklärt S., der Einigungsversuch sei mangels Zustimmung aller Gläubiger gescheitert und er stellt den Antrag auf Eröffnung des Verbraucherinsolvenzverfahrens.

c) Wird dieses später eröffnet, ist folgendes festzuhalten: War die Pfändung innerhalb des letzten Monats vor Antragstellung bewirkt worden, ist sie mit der Eröffnung unwirksam, § 88 InsO. Einer Anfechtung bedarf es nicht<sup>46</sup>. Liegt der Antrag länger als ein Monat vor Antragstellung auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zurück, ist die Anfechtung gem. § 141 2. Alt. InsO denkbar. Anfechtbar ist danach die Vollstreckungshandlung, durch die der Gläubiger das Pfändungspfandrecht<sup>47</sup> anfechtbar erlangt haben könnte. Ob angesichts des Umstandes, dass vorliegend ausschließlich der Gläubiger durch seinen Antrag auf Erlass des Pfändungs – und Überweisungsbeschlusses gehandelt hat und der Schuldner nichts dazu getan hat<sup>48</sup>, eine Anfechtung möglich ist, erscheint diskussionswürdig<sup>49,50</sup>. Lässt man aus diesseitiger Sicht zutreffend jegliche Handlung ausreichen, dann ist die Anfechtung gem. § 131 I Nr. 2 InsO begründet, wenn das Pfändungspfandrecht im zweiten oder dritten Monat vor dem Antrag entstand. Der Schuldner war – dem Gläubiger durch die außergerichtlichen Verhandlungen bekannt – zahlungsunfähig. Die Deckung ist inkongruent, denn der Gläubiger hatte keinen konkreten Anspruch gerade auf die Pfändung von Lohn oder Gehalt<sup>51</sup>.

<sup>44</sup> Vollen Kostenersatz gibt es nur, wenn die Gläubigerversammlung den Prozessauftrag erteilt, § 313 II 3 InsO; warum sollte sie das aber tun ?

<sup>45</sup> denn nur der pfändbare Teil gehört zur Insolvenzmasse, vgl. § 36 I InsO

<sup>46</sup> Insoweit ergänzt § 88 InsO die Anfechtungsregeln, vgl. Smid-Zeuner, aaO, RN 4 zu § 88 InsO

<sup>47</sup> also ein Absonderungsrecht, vgl. § 50 I InsO

<sup>48</sup> angesichts des fälligen Zahlungsanspruchs hätte er sich auch nicht mit Erfolg gegen die Pfändung wehren können, so dass auch ein anfechtbares Unterlassen ( vgl. § 129 II InsO ) seitens des Schuldners verneint werden muss

<sup>49</sup> In der Entscheidung des BGH v. 20.1.2000 IX ZR 58/99( OLG Brandenburg) hat der Senat in einem zu § 10 GesO ergangenen Urteil festgehalten, dass auch Gläubigerhandlungen ( dort: eine Pfändungs- und Einziehungsverfügung des Finanzamts ) anfechtbar seien; vgl. ZIP 2000, 364 ff. mit Anmerkung zu dem Urteil von Paulus in EWIR 2000, 573 f.

<sup>50</sup> kritisch Smid-Zeuner, RN 9 zu § 141 InsO, unter Bezugnahme auf die Entscheidung des LG Halle v. 15.8.1997 7 O 83/97, ZIP 1997, 1649 f.

<sup>51</sup> wohl auch, wenn Lohn/Gehalt der einzige Vermögenswert des Schuldners sind, auf dessen pfändbare Teile zugegriffen werden kann

## 2.5 Die Zession von (Kapital)lebensversicherungen

Bei der Besicherung durch Kapitallebensversicherungen ist danach zu differenzieren, ob eine Sicherungsabtretung erfolgt oder der Gläubiger – alternativ - unter bestimmten Voraussetzungen Bezugsberechtigter geworden ist.

Des Weiteren ist zu beachten, dass mit Verfahrenseröffnung dem Verwalter das Erfüllungswahlrecht gem. § 103 I InsO zusteht. Die Versicherung kann mit Verfahrenseröffnung ihrerseits nicht mehr auf Erfüllung bestehen. Es handelt sich im Sinne des § 103 InsO um einen beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrag<sup>52</sup>. Der Anfechtung bedarf es also nicht, mit der Insolvenzeröffnung fällt wie nach der Konkursordnung der ursprüngliche Anspruch auf Erfüllung weg und lebt mit der Erfüllungswahl durch den Verwalter wieder auf<sup>53</sup>.

Der Verwalter wird Erfüllung zur Vermeidung von Ersatzforderungen gegen ihn dann wählen müssen, wenn die Lebensversicherung nur noch kurze Zeit läuft und die sofortige Aufhebung mit Einziehung des Rückkaufwertes im Hinblick auf das Schlussguthaben und auf Steuerschädlichkeit mit Nachteilen für die Masse verbunden wäre. Diesen Nachteilen stehen die zu zahlenden Prämien gegenüber, so dass er eine entsprechende Abwägung vornehmen wird<sup>54</sup>.

Die Masse wird bestrebt sein, auch den Rückkaufswert zu erhalten. Dies scheidet jedoch, denn der Anspruch auf den Rückkaufswert entsteht bereits mit der Zession. Damit ist der Rechtserwerb ohne Verstoß gegen § 91 InsO möglich. Zum anderen ist auch die Anfechtung im Hinblick auf § 140 III InsO ausgeschlossen.

## 2.6 Die Mietzession in der Immobilienfinanzierung

a) In der Praxis der Immobilienfinanzierung ist die Mietzession ein „Routinefall“<sup>55</sup>, ob es sich nun beispielsweise um die Sicherungszession für ein Immobiliendarlehen bei vermieteten Objekten handelt oder die Refinanzierung einer Immobilienleasinggesellschaft durch Forderungskauf. In der Praxis wird der „Leasinggeber“ in den letzteren Fällen meist eine Objektgesellschaft sein ( insbesondere in der Form der KG ), die nur eine einzige Immobilie im Bestand hat, also ein reines Vehikel zu Finanzierungszwecken darstellt.

b) Die Abtretung von (künftigen) „gewöhnlichen“ Miet – und Pachtzinsforderungen<sup>56</sup> wirft die im Ergebnis zu verneinende Frage auf, ob sie so zu behandeln ist wie die Abtretung von Forderungen aus Kaufverträgen und ähnlichen Rechtsgeschäften, die sich letztlich im Austausch einmaliger Leistungen erschöpfen. Der Anspruch auf den Mietzins entsteht in diesen Fällen für jede Mietzahlungsperiode gesondert. Der Mietzinsanspruch ist im Sinne des § 163 BGB „befristet“<sup>57</sup>, er entsteht aus dem Dauerschuldverhältnis „Miete“ erst mit Beginn der jeweiligen Mietperiode. Dennoch

<sup>52</sup> vgl. Obermüller, aaO, RN 6.200; Smid-Zeuner, aaO, RN 22 zu § 103 InsO

<sup>53</sup> vgl. BGHZ 103, 250 ff./252, U.v.11.2.1988 – IX ZR 36/87 (Düsseldorf) mwN

<sup>54</sup> so auch Obermüller, aaO; nach den gleichen Kriterien wird der Gläubiger überlegen, ob er verwertet

<sup>55</sup> wenn auch bei Schimansky/Bunte/Lwowski-Ganter, Bankrechtshandbuch 1997, Band II, § 96 14/ RN 121 von der Mietabtretung als Sicherheit lapidar abgeraten wird

<sup>56</sup> anders beim Immobilienleasing; s.u.; vgl. BGH DtZ 1997, 156 ff./157 – IX ZR 89/96 (Brandenburg) und die dortige Zusammenfassung der Differenzierungen der Rechtsprechung

<sup>57</sup> Palandt/Heinrichs, 59. Aufl. 2000, RN 2 zu § 163 BGB mwN; der BGH spricht in der Entscheidung DtZ 1997, 157 davon, der Zessionar habe eine gesicherte Rechtsposition erst dann, wenn der Zeitraum, für den die jeweilige Rate geschuldet werde, „...wenigstens nahe (bevorstehe)“. Die für die KO bedeutsame Unterscheidung nach befristeten und betagten Forderungen ist für die InsO nach Palandt/Heinrichs, aaO, unbeachtlich

bleibt der Erwerb der Mietforderung durch Vorausabtretung auch im Antragsverfahren nach Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbots und noch im Monat der Insolvenzeröffnung wirksam. Die Zession der künftigen Mietforderung wird gem. § 110 I InsO erst mit dem Ablauf des Monats der Insolvenzeröffnung, spätestens aber im darauf folgenden Monat, unwirksam<sup>58</sup>. Die Gefährdung der Position des Zessionars, also der finanzierenden Bank, in der Insolvenz des Vermieters geht in der Praxis daher weniger von der Anfechtung aus. Das Mietverhältnis bleibt als solches ohnehin gem. § 108 I 1 InsO zu „Lasten“<sup>59</sup> der Masse wirksam, ein Wahlrecht des Verwalters gem. § 103 InsO besteht nicht. Gegen den Verlust der für eine Finanzierung wesentlichen Mieten kann sich der Finanzier letztlich nur durch Grundpfandrechte sichern, die ihm die Verwertung notfalls durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung ermöglichen und ihm damit auch die Miete sichern, §§ 49 InsO iVm ZVG, 1123 I, II 2 BGB<sup>60</sup>. Die Möglichkeit des Insolvenzverwalters, die einstweilige Einstellung der Zwangsverwaltung zu beantragen, § 153b I ZVG, dürfte an der vom Vollstreckungsgericht zu erlassenden Auflage, dem Gläubiger alle Nachteile aus der Einstellung zu ersetzen, scheitern. Die Nachteile des Gläubigers bestehen aus dem fehlenden Mieteingang.

c) Beim Leasingvertrag ist die jeweilige Mietforderung aufgrund der Finanzierungselemente keine „befristete“, sondern eine betagte (bedingte), bereits entstandene Forderung, wobei diese Thematik angesichts der Regelung des § 110 I InsO an dieser Stelle unbeachtlich ist.

d) Anfechtungsprobleme bestehen natürlich dann, wenn der Abtretungsvertrag innerhalb einer der Perioden gem. §§ 130, 131 InsO abgeschlossen worden sein sollte, eine Absichtsanfechtung vorliegt o.ä. Sachverhalte. Hierzu sind keine weiteren Bemerkungen zu machen, ein Sonderproblem der Mietzession besteht nicht. Ist aber der Vertrag selbst offensichtlich anfechtungsfrei, dann könnte nur die Frage des Entstehens der Mietforderung zur Anfechtung führen (wie bei der Globalzession). Das Problem löst § 140 III InsO; nach dieser Bestimmung bleiben bei bedingten oder befristeten Rechtshandlungen „der Eintritt der Bedingung oder des Termins außer Betracht“. Die aus dem Dauerschuldverhältnis Miete oder Leasing resultierenden Mietzahlungsansprüche sind befristet oder bedingt (Leasing)<sup>61</sup>. Daher scheidet aus diesseitiger Sicht die Anfechtung in den üblichen Praxisfällen aus.

<sup>58</sup> wenn die Eröffnung nach dem 15. des Monats erfolgt

<sup>59</sup> ist der Mieter bonitätsmäßig einwandfrei und der Mietvertrag marktüblich im Hinblick auf Mietzins und Konditionen des Vertrages, muss der Insolvenzverwalter des Vermieters ohnehin an dessen Aufrechterhaltung interessiert sein, um die Chancen der Verbesserung der Verwertung der Immobilie zu wahren

<sup>60</sup> das ist kein Fall des § 110 II 2 InsO, der auch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen (unverändert zur KO) dem Verdikt der Unwirksamkeit unterwirft

<sup>61</sup> vgl. Smid-Zeuner, aaO, RN 7 zu § 140 InsO u.a. mit dem Hinweis auf die Rechtsmeinung von Henckel zu dem vormerkungsähnlichen Charakter des bedingten bzw. befristeten Erwerbs

e) Es fragt sich, ob der Finanzier an anderer Stelle von der Anfechtung bedroht ist::

Beispiel:

aa) Sachverhalt:

Der Vermieter ist – im Zusammenhang mit einer Betriebsaufspaltung - an dem Mieter, einer Betriebs-GmbH, gesellschaftsrechtlich mehrheitlich beteiligt<sup>62</sup>. In deren Krise, die schließlich nach über elf Monaten ergebnisloser Sanierungsversuche zur Insolvenz führt, entscheidet der Vermieter, das Mietverhältnis nicht zu kündigen, weil er hofft, dass der Zusammenbruch der Mieterin vermieden werden kann. Das war ein Trugschluss. Die Zahlungsunfähigkeit der Mieterin, welche die Insolvenz dann auslöst ( eine Überschuldung liegt noch nicht vor ), tritt im Monat der Antragstellung ein, als der Kreditgeber K. der Betriebsgesellschaft berechtigt das Kreditengagement kündigt. Bis dahin hat die Mieterin, eine der Bedingungen des Vermieters zur Aufrechterhaltung des Mietvertrages, die Miete bezahlt und zwar an die Bank B., an die die Miete seit Jahren abgetreten war, weil sie die Immobilie finanziert hatte. Die Abtretung ist nicht offengelegt, die Bank war nur Zahlstelle. Der Verwalter ficht die Mietzahlung gegenüber dem Vermieter an und verlangt unter Bezugnahme auf die erhaltenen Beträge auch Zahlung von der Bank B. gem. § 135 InsO wegen „Eigenkapitalersatz“.

bb) Lösung:

Die Lösung sieht aus diesseitiger Sicht wie folgt aus:

Nach unangefochtener Rechtsprechung stellt die Gebrauchsüberlassung ( hier durch Miete ) eine Gesellschafterleistung dar, die den Regeln des Eigenkapitalersatzes unterliegt<sup>63</sup>. Da der Vermieter nicht innerhalb von etwa drei Wochen nach Erkennbarkeit der Krise gekündigt hat, kann der Verwalter die Immobilie mietfrei nutzen, solange sie für die Abwicklung der Insolvenz des Mieters benötigt wird, längstens bis zum Ablauf des Mietvertrages<sup>64</sup>. Die Kündigung scheidet im Hinblick auf § 32a III / I GmbHG aus. Die Mietzession wird ihrerseits schon im Hinblick hierauf faktisch gegenstandslos. Die entscheidende Rolle spielt für die künftige Miete aber wieder § 110 InsO. Die gezahlte Miete der letzten elf Monate ( maximal ein Jahr zurück ) erhält die Masse vom Vermieter, §§ 135 Nr. 2, 143 I 1 InsO mit etwaiger Verzinsungspflicht aufgrund § 143 I 2 InsO iVm § 819 BGB. Für den Finanzier fällt also neben der Mietzession regelmäßig auch der Vermieter bonitätsmäßig aus. Es bleibt dann nur die Zwangsverwertung, insbesondere die Zwangsverwaltung. Gegenüber dem Zwangsverwalter kann sich der Insolvenzverwalter der insolventen Mieterin nicht auf den Eigenkapitalersatz berufen.<sup>65</sup> Vielmehr wird die in der eigenkapitalersetzenden Nutzungsüberlassung liegende Stundung der Miete mit der Beschlagnahme gem. § 1124 BGB gegenüber dem Zwangsverwalter hinfällig<sup>66</sup>.

<sup>62</sup> eine mehr als 10%-ige Beteiligung würde ebenso genügen wie eine geringere, wenn der Vermieter zugleich Geschäftsführungsfunktionen bei der GmbH ausüben würde, vgl. § 32a III S. 2 und 3 GmbHG  
<sup>63</sup> vgl. BGHZ 127, 17 ff. /26 U.v.11.7.1994 – II ZR 162/92 ( Hamm )

<sup>64</sup> offen mag bleiben, wie Mietverlängerungsoptionen zu behandeln sind

<sup>65</sup> so zutreffend der BGH in wohl nunmehr als gefestigt zu bezeichnender Rechtsprechung; vgl. BGH NJW 1999, 577/579 – II ZR 382/96 ( München ), anders zuvor OLG Karlsruhe ( gegen OLG München die Vorinstanz des BGH-Urteils) ZIP 1997, 1758

<sup>66</sup> BGH NJW 1999, 579

Eine Zahlung seitens der Bank an den Insolvenzverwalter scheidet schon deswegen aus, weil Zahlungsempfänger aus der Leistungsbeziehung stets der Vermieter, nicht die Bank war. Auf die Offenlegung oder Nichtoffenlegung der Zession kommt es aber aus diesseitiger Sicht letztlich nicht an. Die Offenlegung der Zession hat ausschließlich die Wirkungen der §§ 404 ff. BGB. Der Mieter wäre wie gegenüber dem Vermieter berechtigt gewesen, die Zahlung zu verweigern. Die Mietzahlung an den Zessionar war weder gegenüber dem Vermieter noch gegenüber dem Zessionar unwirksam. Die Möglichkeit der Einwendung gem. § 404 BGB besteht nach Leistung der jeweiligen Mietrate nicht mehr. Auch ein Bereicherungsanspruch ist zu verneinen, der Anspruch aus der Folge des Eigenkapitalersatzes kann sich nur gegen den Gesellschafter / Vermieter richten, d.h. nur im Rahmen der mietvertraglichen Leistungsbeziehung.

### 3. Anfechtung und Sicherungsübereignung

#### 3.1 Eigentumserwerb und Anfechtungszeiträume

Im Grundsatz ergeben sich bei der Sicherungsübereignung die identischen Probleme wie bei der Sicherungszession. Auch sie gewährt in der Insolvenz ein Absonderungsrecht wie es einem Pfandgläubiger zusteht, § 51 Nr. 1 InsO. Auch hier liegt die Problematik wie bei den Beispielen zur Zession anfechtungsrechtlich insbesondere bei der Sicherungsübereignung wechselnden Bestandes ( Warenlager o.ä. ) und der Frage, wann denn der Rechtserwerb im Sinne des § 140 InsO vollendet ist.

Auch die Sicherungsübereignung als mehraktiger Tatbestand ist erst vollendet, wenn außer der Einigung über den Eigentumsübergang, die im Sicherungsvertrag verabredet ist, die Übergabe erfolgt oder ein Übergabesurrogat vereinbart ist ( Besitzmittlungsverhältnis oder Zession des Herausgabeanspruchs ), §§ 929 ff. BGB. Gegen das Problem, dass die übereignete Sache oder Sachgesamtheit **noch** nicht dem Veräußerer gehört ( im Hinblick auf die typische Lieferung unter Eigentumsvorbehalt mit seinen verschiedenen Ausprägungen und die negativen Folgen hieraus in der Insolvenz des Sicherungsgebers ) versucht man sich bekanntlich durch die Übertragung des Anwartschaftsrechts nach Maßgabe der üblichen von der Kreditwirtschaft verwendeten Vordrucke zu schützen. Auf die bekannte Thematik des Direkterwerbs bei Übertragung des Anwartschaftsrechts braucht hier nicht näher eingegangen zu werden. Gehörte die Sache nicht dem Veräußerer/Sicherungsgeber und wurde auch kein Anwartschaftsrecht übertragen, dann kommt seitens des Kreditinstituts nur der gutgläubige Erwerb in Frage, der wiederum neben dem guten Glauben des Sicherungsgebers bei Vollendung des Rechtserwerbs der Übertragung des unmittelbaren Besitzes durch den Sicherungsgeber bedarf, § 933 BGB. In der Praxis dürfte dies in den Insolvenzfällen ausscheiden. Ist die sicherungsübereignete Sache nicht vorhanden oder doch deren Existenz streitig, wie dies gelegentlich anlässlich von Insolvenzfällen publiziert wird, nutzen freilich alle vertraglichen Vorkehrungen nichts<sup>67</sup>.

Bei der Sicherungsübereignung von Sachgesamtheiten im wechselnden Bestand ( = Übereignung auch der künftigen zur Sachgesamtheit hinzukommenden gleichartigen Sachen; Warenlager, Übereignung von Roh -, Hilfs – und Betriebsstoffen, Inventar,

<sup>67</sup> in diesen Fällen mag zur Beweiserleichterung für eine ganze Anzahl von Gläubigern ein Pool in Frage kommen; vgl. Smid, aaO, RN 21 f. zu § 51 InsO

„Vermietgegenstände“ des Anlagevermögens bei Vermietunternehmen usw. ) stellt sich folglich die vergleichbare anfechtungsrechtliche Problematik wie bei der Sicherungszession, „angereichert“ um das Thema der Anwartschaften.

### 3.2 Raumsicherungsvertrag bzw. „Markierungsvertrag“ und Anfechtung

a) Wird beispielsweise ein Raumsicherungsvertrag vereinbart, ist der Rechtserwerb erst vollendet, wenn die zu übereignenden Sachen in den Sicherungsraum verbracht sind. Sind fertige Erzeugnisse des Unternehmens selbst Gegenstand der Sicherungsübereignung, werden sie zivilrechtlich erst Sicherungseigentum des Sicherungsnehmers, wenn die fertig hergestellten Gegenstände in den Sicherungsraum eingebracht. Fällt der relevante Zeitpunkt in eine der Anfechtungszeiträume, ist die Übertragung insoweit anfechtbar. Auf die Frage, ob ein Anspruch aufgrund des Sicherungsvertrages besteht, kommt es nicht an, denn maßgeblich ist der dingliche Rechtserwerb gem. § 140 InsO. Für die Weiterverarbeitung von Sicherungsgut gilt § 950 BGB bzw. eine etwa vereinbarte Verarbeitungsklausel.

b) Vereinbart man im Einzelfall aus Gründen der Bestimmtheit keinen Raumsicherungsvertrag, sondern einen Markierungsvertrag, der aufgrund der praktischen Probleme einschließlich der tatsächlichen Unsicherheiten, ob nun eine Markierung angebracht werden wird oder nicht, selten ist, erfolgt der Eigentumserwerb erst mit der Markierung. In diesen Fällen ist daher die Anfechtung auf diesen Zeitpunkt hin zu prüfen<sup>68,69</sup>.

c) In allen Fällen ist insolvenzrechtlich zu prüfen, ob der Rechtserwerb **vollendet war**, als das Verfahren bereits eröffnet war oder ein allgemeines Verfügungs – und Veräußerungsverbot angeordnet war, Dann scheidet der Rechtserwerb aus. In den fraglichen Zeiträumen davor kann er anfechtbar sein.

Hat der Gläubiger aufgrund wirksamen, dem Bestimmtheitskriterium genügenden Sicherungsübereignungsvertrags, das Eigentum oder auch das im Hinblick auf den Direkterwerb ausreichende Anwartschaftsrecht wirksam erlangt, ist der Erwerb gleichwohl im Einzelfall noch anfechtbar. Allerdings handelt es sich um eine kongruente Deckung, denn der Gläubiger hatte auf das Eigentum an dem künftig sicherungsübereigneten Gegenstand einen Rechtsanspruch.

### 3.3 Sicherungsübereignung und inkongruente Deckung

a) Ein Beispiel inkongruenter Deckung zeigt die Entscheidung des BGH vom 2.12.1999<sup>70</sup>.

b) Rechtsanwälte hatten sich zur Sicherung ihrer schon bestehenden Honorarforderungen KFZ sicherungsübereignen lassen. Knapp drei Monate später wurde Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens gestellt, das sechs

<sup>68</sup> vgl. zu der Thematik die Entscheidung BGH NJW 1992, 1161 ff. [ U.v. 13.1.1992 II ZR 11/91 (Hamburg)]; dort ging es um die Problematik der Bestimmtheit einer Raumsicherung bzw. einer Kennzeichnung einer „Handbibliothek Kunst“ bzw. einer „Handbibliothek Buch“

<sup>69</sup> illustrativ ist auch die Entscheidung BGH NJW 1996, 2654/2655 [ U.v.3.6.1996 II ZR 166/95 (Celle)], wo es um die Übereignung von Rennpferden „im wechselnden Bestand“ ging

<sup>70</sup> zu § 10 I Nr. 1 GesO; U.v.2.12.1999 IX ZR 412/98 ( Magdeburg), ZIP 2000, 82 ff.

Monate nach der Übereignung eröffnet wurde. Der Verwalter focht an und verweigerte die Herausgabe. Hierüber kam es zum Rechtsstreit. In seinem zweiten Urteil in der Sache nach Zurückverweisung wies der BGH die inzwischen nach Verwertung auf Zahlung gerichtete Klage der Anwälte ab. Der Senat bejahte die Voraussetzungen der Absichtsanfechtung nach § 10 I Nr. 1 GesO. Die dingliche Einigung ist Rechtshandlung im Sinne der Anfechtungsvorschrift. Die den Klägern eingeräumte Besicherung war nach der Entscheidung inkongruent, weil die verlangte Besicherung – anstelle der Zahlung – ein aliud sei, nicht etwa ein Weniger gegenüber dem fälligen Zahlungsanspruch. Da die Kläger gerade auf die gewählte Sicherheit keinen Rechtsanspruch gehabt hätten, handele es sich nicht um eine kongruente Deckung. Die Entscheidung ist geradezu ein Lehrstück für die Darstellung der Folgen inkongruenter Deckung: Diese ist für sich allein schon ein Beweiszeichen für die Gläubigerbenachteiligungsabsicht. Die Kläger hätten, um dieses Indiz zu entkräften, vortragen und darlegen müssen, die Mandantschaft sei davon ausgegangen, mit Sicherheit alle ihre Gläubiger befriedigen zu können. Des weiteren sei die Kenntnis der Inkongruenz ein wesentliches Beweiszeichen, dass die Kläger die Benachteiligungsabsicht des Schuldner gekannt hätten. Es reiche aus, wenn der Kläger die Umstände kenne, deren rechtliche Wertung die Inkongruenz ausmacht. Ein Rechtsanwalt und Steuerberater, so der Senat lapidar<sup>71</sup>, dessen Mandant anstelle der ihm nicht möglichen Zahlung Sicherstellung anbiete, kenne alle notwendigen Tatsachen. Die Entscheidung entspricht der bisherigen Rechtsprechung zur Absichtsanfechtung nach der GesO<sup>72</sup>. Bei dem zugrunde liegenden Sachverhalt ist die Entscheidung auch richtig.

c) Unter der Geltung der InsO wäre das ein Fall des § 131 I Nr. 3, II 1 InsO, denn der Zeitpunkt des Rechtserwerbs durch Sicherungsübereignung lag in einem Zeitraum, der kürzer war als drei Monate vor Antragstellung. Die Deckung war inkongruent, denn der Gläubiger hatte auf die konkrete Sicherheit, hier die KFZ, keinen vertraglichen Anspruch. Dieser hätte vielmehr zum Zeitpunkt des Entstehens des Honoraranspruchs begründet sein müssen. Gerade das war nicht der Fall. Die Stellung von Sicherheiten ist vom BGH zutreffend nicht als ein Minus zur ansonsten notwendigen Zahlung verstanden worden. Die Geldschuld ist durch Zahlung zu tilgen, die Besicherung stellt nur die Zahlung für den Fall der Verwertung möglichst sicher. Der Insolvenzverwalter müsste „lediglich“ vortragen und beweisen, dass die Kläger die Benachteiligungsabsicht gekannt hätten. § 131 I Nr. 3 InsO ist ein Fall der Absichtsanfechtung, der nunmehr im Falle des Zeitraumes von drei Monaten in die Tatbestände der inkongruenten Deckung aufgenommen ist<sup>73</sup>. Es ist davon auszugehen, dass die in der Rechtsprechung angewandte Beweiserleichterung infolge inkongruenter Deckung auch auf § 131 I Nr. 3 InsO Anwendung findet. Der besonderen Absichtsanfechtung gem. § 133 InsO bedürfte es nicht mehr. Das Ergebnis wäre richtigerweise dasselbe.

---

<sup>71</sup> aaO, S. 83

<sup>72</sup> vgl. auch Smid-Zeuner RN 11 zu § 131 InsO

<sup>73</sup> so auch die Begründung der Bundesregierung zu dem Entwurf des § 131 InsO, aus dem der Rechtsausschuss ein subjektives Merkmal der – bereits schädlichen – grob fahrlässigen Unkenntnis der Benachteiligung tilgte; vgl. Kübler/Prütting, InsO, Band I, aaO, S., 343

### 3.4 Die Sicherungsübereignung künftiger Sachen

Die Sicherungsübereignung einzelner Gegenstände ,die bereits bestehen, macht keine zusätzlichen Probleme. Das größere praktische Problem liegt in der Sicherungsübereignung künftig zu übereignender Sachen ( als „variable Sicherheit im wechselnden Bestand“) bzw. künftig erst entstehender Sachen.

Hierzu das folgende Beispiel:

Unternehmen U. stellt Großgeräte oder Anlagen her, die am Produktionsort mit anderen nicht unbedingt gleichen Anlagen probenhalber in Abschnitten aufgebaut, dann aber weitestgehend demontiert werden, um sie – z.B. in Großtransportflugzeugen – an den Bestimmungsort zu bringen, wo sie „endgültig“ konstruiert und aufgebaut werden ( keine wesentlichen Bestandteile von Grund und Boden ). Der Empfänger leaset die Anlage. Die Bank B. finanziert die Anlagen und erhält als Sicherheit u.a. einen Raumsicherungsvertrag über alle Anlagen in der Montagehalle am Produktionsstandort. Ferner wird vereinbart, dass die „endgültig“ zusammengebaute und vermietete Anlage, die eine unveränderliche Kennzeichnung des Herstellers erhält, an die Bank B. sicherungsübereignet wird. Scheitert infolge mangelnder Bestimmtheit die Übereignung aufgrund Raumsicherungsvertrag, dann wird B. erst mit der Markierung der „fertigen“ Anlage Eigentümer. Entsprechend verlängern sich die Anfechtungsmöglichkeiten der Masse, wenn der Produzent/Leasinggeber insolvent wird.

## 4. Poolverträge, Konzernfinanzierung<sup>74</sup>

4.1 Poolverträge werden in der Praxis insbesondere dann abgeschlossen, wenn der Kreditnehmer sich in einer wirtschaftlichen Lage befindet, in der einzelne seiner Kreditgeber nicht weiter finanzieren würden, so dass die anderen entweder auf alleiniges eigenes Risiko die erforderlichen zusätzlichen Kreditmittel zur Verfügung stellen oder ihrerseits ebenfalls wie bei einer Kettenreaktion kündigen müssten. Schließlich würde die Insolvenz ausgelöst<sup>75,76</sup>. Meist ist der „Pool“ mit einem Konsortialkredit der bisherigen Kreditgeber verknüpft. Dabei stellt sich, sollten die gewöhnlich notwendigen betriebswirtschaftlichen Maßnahmen des Kreditnehmers scheitern und die Insolvenz schließlich eintreten, das anfechtungsrechtliche Thema im Hinblick auf die Stellung von Sicherheiten im Zusammenhang mit dem Poolvertrag. Gewöhnlich werden neue Sicherheiten für neue Kredite bestellt, d.h. für die üblicherweise vom Poolführer/Konsortialführer herausgelegte Finanzierung, die insoweit anfechtungsrechtlich ein Bargeschäft darstellt. Unterstellt wird dabei, dass die „Bestellung“ der Sicherheiten wirksam ist bzw. nicht entgegen §§ 81, 91 unwirksam. Dann bleibt die Anfechtbarkeitsprüfung derjenigen Sicherheiten, die der Poolführer treuhänderisch für die Gesamtheit der Poolgläubiger verwaltet oder der jeweilige Poolgläubiger im Rahmen der jeweils getroffenen Vereinbarung für alle anderen. Die Besicherung von „Altverbindlichkeiten“ ,z.B. der Blankogläubiger, durch erweiterte Sicherungsabrede über bisher schon für andere Gläubiger bestehende

<sup>74</sup> vgl. zu einem solchen Fall BGHZ 138, 291 ff, (s.o.) = WM 1998, 793 ff.

<sup>75</sup> zu weiteren Erwägungen zu Poolstrukturen vgl. Smid, aaO, RN 22 zu § 51 InsO mit Hinweisen auf Literaturstimmen

<sup>76</sup> der Kreditnehmer befindet sich keineswegs notwendigerweise in einer solchen Krise, dass die Insolvenz bevorsteht; der „Pool“ hat idR gerade den Zweck in rechtlich einwandfreier Weise eine auf die Insolvenz hinstuernde Krise zu vermeiden

Sicherheiten ( im Nachrang ) könnte je nach Lage der Dinge evtl. anfechtbare kongruente oder inkongruente Deckung sein, §§ 130, 131 InsO. In der Kreditpraxis, die eine Sanierungsfähigkeitsprüfung verlangen wird, ist indes die Anfechtbarkeit aus diesseitiger Sicht eher unwahrscheinlich. Die Möglichkeit der Absichtsanfechtung in diesen Fällen, in denen eine Reihe von Gläubigern tangiert ist, sollte ebenfalls praktisch ausscheiden.

#### 4. 2 Konzernfinanzierungsfragen ( Hinweis )

a) Probleme ergeben sich bei der Konzernfinanzierung<sup>77</sup>, wenn z.B.

- in der üblichen Weise mehrere Konzernunternehmen verschiedene Kredite oder einen verschieden von allen ausnutzbaren Kredit erhalten
- keine gesamtschuldnerische Haftung aller Kreditnehmer für alle Forderungen des Kreditgebers bestehen
- Sicherheiten, insbesondere Globalzessionen mit weiter Zweckerklärung zur Absicherung aller Forderungen seitens aller Kreditnehmer vereinbart sind
- zum Zeitpunkt der Krise bzw. des Antragsverfahrens Zahlungen eingehen, die zugleich die Tilgung von zedierten Forderungen darstellen, weil die Zahlungen von Drittschuldnern herrühren
- die Zession gegenüber den Drittschuldnern nicht offengelegt war
- die Einziehungsermächtigung nicht widerrufen war
- bei einem insolventen Unternehmen des Konzerns ein Guthaben besteht, bei den anderen eine Kreditforderung und wenn die Zahlungen auf dem Konto eingeht, das ein Guthaben aufweist
- das AGB-Pfandrecht nicht wirksam vereinbart oder anfechtbar war

b) In der Entscheidung des BGH zur GesO vom 19. März 1998 ( BGHZ 138, 291 ff. ) trafen praktisch alle vorstehenden Faktoren zusammen. Die Revision entschied weitgehend gegen die beklagte Bank, nachdem das Berufungsgericht ( KG ) ihr noch weitgehend gestattet hatte, Zahlungseingänge im Hinblick auf die vereinbarte Globalzession zu behalten.

Der BGH hat in dem entschiedenen Fall keine Bedenken geäußert gegen

- Cash-Managementlösungen innerhalb eines Konzerns
- die Wirksamkeit des Poolvertrages
- die Wirksamkeit der vereinbarten Zession
- die Belastung einer Konzerngesellschaft mit der Sicherstellung durch eigene Vermögenswerte für Konzernobergesellschaft und Schwestern, insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt der Eigenkapitalschutzvorschriften des GmbH-Gesetzes
- die Globalzession „als solche“, namentlich nicht vor dem Hintergrund des § 138 BGB

c) Er hat

- das Erlöschen der zedierten Forderungen gem. § 362 BGB nach Tilgung durch die Drittschuldner entgegen der Berufung bejaht

<sup>77</sup> Fall nach BGHZ 138, 291 ff. = ZIP 1998, 793 ff.

- ein Ersatzabsonderungsrecht abgelehnt
  - aber **nach** Widerruf der Einziehungsermächtigung und Fortsetzung des Einzuges dem Widerruf zuwider durch den Schuldner einen Anspruch aus § 816 II BGB bejaht, der seinerseits einen Anspruch begründete, der durch das AGB-Pfandrecht besicherbar war
  - zwar die Vereinbarung des AGB-Pfandrechtes an den Guthaben bejaht und als Pfand an eigener Verbindlichkeit nicht der Anzeigepflicht des § 1280 BGB unterstellt; richtig ist, dass das Pfandrecht zwar erst begründet werde, wenn die verpfändete Forderung entstehe, es aber auf den Entstehenszeitpunkt zu zu sichernden Forderung nicht ankomme
  - aber die eventuelle Anfechtbarkeit des AGB-Pfandrechtes nach § 10 I Nr. 1 GesO als möglich bezeichnet; allerdings ist der Senat zunächst von einem Bargeschäft ausgegangen, hat dann aber als Erwägung für das OLG nach Zurückverweisung erläutert, dass auch bei kongruentem Geschäft Benachteiligungsabsicht bestehen könne<sup>78</sup>.
- d) Die Folgen aus dieser Entscheidung für die Konzernfinanzierung zur Verbesserung für den Gläubiger sind aus diesseitiger Sicht
- die eindeutige Vereinbarung des AGB-Pfandrechtes
  - die konsequente gesamtschuldnerische Verpflichtung aller Kreditnehmer
  - die frühzeitige Kündigung, verbunden mit dem Widerruf der Einziehungsermächtigung
  - die Offenlegung soweit als möglich

## 5. Anfechtung im Zusammenhang mit der Bestellung von Grundpfandrechten<sup>79</sup>

### 5.1 Die Bedeutung der Bestellung des Rechtes

Da die Bestellung des Grundpfandrechtes mehraktig ist, kommt es auch hier wieder auf die Vollendung des Rechtserwerbs im Sinne des Anfechtungsrechts an, denn daran sind die zeitlichen Folgen der Anfechtungstatbestände geknüpft, vgl. § 140 I InsO.

Freilich hängt die Eintragung des Rechts von Umständen ab, die die Beteiligten nicht beeinflussen können, sondern die der Disposition des Grundbuchamts unterliegen. Daher regelt § 140 II InsO im Ergebnis, dass es bei Registereintragungen für die Berechnung der Fristen für die Anfechtung nicht auf die Eintragung ankommt. Vielmehr genügt es, wenn neben den anderen Voraussetzungen der Bestellung „die Willenserklärung des Schuldners für ihn bindend geworden ist und der andere Teil den Antrag auf Eintragung der Rechtsänderung gestellt hat.“ Der Erwerb wird anfechtungsrechtlich vorverlegt, um

<sup>78</sup> BGH, aaO, S. 798 ff.

<sup>79</sup> zu einem - außerhalb des Insolvenzrechts - liegenden Fall der Gläubigeranfechtung gem. § 3 AnfG („alt“) von Grundpfandrechten gegen eine ausländische ( US-amerikanische) Kapitalgesellschaft als Grundpfandrechtsgläubigerin vgl. das Urteil des BGH v. 17.12.1998 ( Versäumnisurteil ) IX ZR 196/97 ( Zweibrücken )

den Erwerber des Grundpfandrechts unter bestimmten Voraussetzungen zu schützen.

Für die Grundschuld bedeutet diese Bestimmung, dass Schuldner und Gläubiger sich über die Bestellung des Grundpfandrechts geeinigt haben müssen ( §§ 873, 1191 BGB ) und die Eintragungsbewilligung in mindestens notariell beglaubigter Form ( §§ 873 II BGB, 29 GBO ) dem Grundbuchamt vorgelegt worden sein muss, verbunden mit dem Antrag – auch des Gläubigers – auf Eintragung der Rechtsänderung<sup>80</sup>. Hinreichend ist, wenn der Notar im „Namen beider Teile“ den Antrag stellt, der dann von dem Schuldner nicht mehr einseitig zurückgenommen werden kann<sup>81</sup>.

Diese Regelung harmoniert auch mit § 878 BGB, wonach nachträgliche Verfügungsbeschränkungen die Wirksamkeit der Verfügung – hier: die Bestellung des Grundpfandrechts – nicht tangieren, wenn „die Erklärung ..bindend geworden und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamte gestellt worden ist“. Der Grundpfandgläubiger soll nicht durch zeitliche Verzögerungen, auf die er keinen Einfluss hat, Nachteile erleiden.

## 5.2 Die Wirksamkeit des Rechtserwerbs und die Anfechtung

a) Selbstverständliche Voraussetzung ist der wirksame Rechtserwerb, der an §§ 81, 91 InsO bzw. an einem allgemeinen Verfügungsverbot gem. §§ 21, 24, 81 InsO scheitern kann. Dabei lassen sich verschiedene Konstellationen unterscheiden:

b) Die Einigung gem. § 873 II BGB lag vor dem Verlust der Verfügungsbefugnis, die Eintragung erfolgt später. Der Eintragungsantrag ist jedoch gestellt und kann vom Kreditnehmer/Eigentümer nicht mehr zurückgenommen werden: § 91 I InsO ist unanwendbar im Hinblick auf § 878 BGB, wie aus § 91 II Var. 1 InsO hervorgeht. Die erst danach erfolgende Eintragung hindert die Entstehung des Rechts nicht.

Die Anfechtung scheidet wegen der Vorverlegung des Rechtserwerbs aus, § 140 II 1 InsO ( = Aufnahme des Rechtsgedankens aus § 878 BGB ).

c) Die Einigung erfolgt nach Verfahrenseröffnung, die Bewilligung und der Eintragungsantrag erfolgten früher. Der Erwerber kann gutgläubig erwerben, § 892 BGB, wenn der Insolvenzvermerk gem. § 32 InsO noch nicht im Grundbuch eingetragen ist, denn dieser bewirkt eine Grundbuchsperr<sup>82</sup>. Erforderlich ist neben dem guten Glauben des Erwerbers auch fehlende Kenntnis des Grundbuchamtes von der Eröffnung des Verfahrens<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> Smid-Zeuner, aaO, RN 9 zu § 140 InsO mwN weist zutreffend darauf hin, dass sich der Gesetzgeber zu Recht nicht der Rechtsprechung des BGH angeschlossen habe, der zur KO die Meinung vertreten hat, es komme auf die Eintragung an; der Gesetzgeber hat sich insoweit der herrschenden bzw. überwiegenden Literaturmeinung angeschlossen, vgl. Smid-Zeuner mwN

<sup>81</sup> vgl. Kübler/Prütting, InsO, Band I, S. 357, Begründung des textlich unverändert übernommenen Regierungsentwurfes zu § 140 II InsO mit ausdrücklicher Abkehr von der gegenteiligen Rechtsmeinung in Literatur und Rechtsprechung unter Hinweis auf die Schutzwürdigkeit des Berechtigten und der sonst bestehenden Divergenz zwischen § 878 BGB und Anfechtung; siehe dort auch den Hinweis auf die Funktion des für beide Beteiligte gestellten Antrages durch den Notar

<sup>82</sup> vgl. Smid, aaO, RN 3 zu § 32 InsO mwN

<sup>83</sup> Smid, aaO, mwN

d) Die Bestellung des Grundpfandrechts wird insgesamt nach der Verfahrenseröffnung vorgenommen<sup>84</sup>. Das ist ein Fall des § 81 I 1 InsO. Die Bestellung ist unwirksam, der Begünstigte kann jedoch noch gutgläubig erwerben, §§ 81 I 2 InsO, 892 BGB. Maßgeblich für den guten Glauben ( nur positive Kenntnis ist schädlich<sup>85</sup> ) ist die Antragstellung oder die spätere Einigung. § 878 BGB ist nicht anwendbar, die Verfügungsbeschränkung war schon bei der Einigung vorhanden. Der Erwerb des gutgläubig erworbenen Rechts ist anfechtbar, da die Regelung des § 140 II 1 InsO nicht weiterhilft. Der Rechtserwerb kann nicht vor die Verfahrenseröffnung vorverlegt werden. Zur Eintragung kommt es bei Kenntnis des Grundbuchamtes von der Eröffnung ebenfalls nicht mehr wegen der durch den Insolvenzvermerk in Abt. II des Grundbuchs herbeigeführten Grundbuchsperrung.

e) Ein allgemeines Verfügungsverbot im Antragsverfahren wird gem. § 21 II Nr. 2 InsO mit den Folgen der §§ 24 I, 81 InsO angeordnet. Die Folgen sind dieselben wie unter Buchstabe d) beschrieben. Offen erscheint allerdings, ob der Insolvenzschuldner dadurch die Verfügungsbefugnis wie nach Verfahrenseröffnung verliert oder ob sie ihm nur mit relativer Wirkung untersagt ist<sup>86</sup>. Im letzteren Falle würde die Eintragung des Verfügungsverbotes, §§ 23 III, 32 InsO keine Grundbuchsperrung entfalten. Hat also der künftige Insolvenzschuldner nach dem Antrag und der Anordnung eines Verfügungsverbotes verfügt, kann der Sicherungsnehmer/künftige Grundpfandgläubiger zwar noch gutgläubig erwerben. Der Erwerb ist jedoch anfechtbar ( wie die Fallkonstellation in Buchstabe e), denn die Voraussetzungen des § 140 II 1 InsO helfen auch hier nicht

f) Die Folge etwa erfolgreicher Anfechtung ist die Abtretung an den Verwalter, der Verzicht oder die Löschung, jeweils aus diesseitiger Sicht in Abhängigkeit zu den getroffenen Sicherungsabreden und zwar in der Form des § 29 GBO<sup>87</sup>.

### 5.3 Die Übertragung bereits bestehender Briefgrundschulden

Die vorstehend geschilderte Thematik spielt auch dann eine Rolle, wenn das Recht als Briefrecht bereits entstanden war und nun von einem Gläubiger ( das sind die Fälle der Kreditablösung ) oder dem Schuldner ( = Übertragung von Eigentümergrundschulden ) abgetreten wird. Entscheidend ist dann gem. §§ 1117, 1154, 1192 BGB die wirksame Zession und die Übergabe des Grundschuldbriefes. Kommt der Brief in die Hand des Gläubigers nach Eröffnung oder Anordnung eines allgemeinen Verfügungsverbotes, ist der Rechtserwerb ggf. unwirksam<sup>88</sup>, §§ 81, 91 InsO, ansonsten evtl. anfechtbar, wenn die Übergabe<sup>89</sup> in einem der anfechtungsrechtlich bedeutsamen Zeiträume erfolgt, soweit nicht die Ausnahmen des § 878 BGB ( bei Rechtserwerb ohne gesonderte Verfügung des Schuldners ) bzw. des gutgläubigen Erwerbs gem. § 892 BGB vorliegen ( §§ 81 I 2, 91 II InsO ).

<sup>84</sup> in der Praxis sollte ein solcher Fall nicht relevant werden

<sup>85</sup> vgl. Palandt/Bassenge, 59. Aufl. 2000, RN 24 zu § 892 BGB

<sup>86</sup> zu der Diskussion vgl. Smid, RN 15 zu § 21 InsO

<sup>87</sup> vgl. aber Smid-Zeuner, RN 14, 15 zu § 143 InsO; Obermüller, RN I.305 „Verzicht“ mit der Folge der Eigentümergrundschuld, § 1168 BGB; in praxi wohl eher von geringer Bedeutung

<sup>88</sup> zur Diskussion der Rechtsnatur der Anordnung im Antragsverfahren s.o. Ziff. 4.2

<sup>89</sup> oder ein Übergabesurrogat, vgl. §§ 1154, 1117 BGB

Bestand aufgrund Kreditvertrages, der seinerseits nicht anfechtbar abgeschlossen worden sein soll, der Anspruch auf eine konkret bezeichnete Grundschuld (Bsp.: „Als Sicherheit wird vereinbart die Übertragung der Grundschuld Grundbuch von Ü., Blatt 1000, Abt. III) Nr. 2 in Höhe von DM 150.000.- Grundschuldkapital nebst 15% Zinsen...“), kommt nur eine Anfechtung wegen kongruenter Deckung in Frage, die bei einem Bargeschäft ausgeschlossen ist. Auf die Anfechtung wegen etwaiger vorsätzlicher Benachteiligung bei Inkongruenz soll nicht weiter eingegangen werden.

#### 5.4 Die Übertragung bereits bestehender Buchgrundschulden

Bei der Buchgrundschuld muss als Erwerbstatbestand zwingend die Eintragung hinzukommen, so dass sich die gleiche Problematik stellt wie bei der Ersteintragung.

#### 5.5 Die Übertragung von Rückgewähransprüchen

a) Der Rückgewähranspruch<sup>90</sup> ermöglicht dem Inhaber, meist Grundpfandgläubigern, die bereits im Grundbuch eingetragen sind, das Verstärken ihrer bestehenden grundpfandrechtlichen Sicherheit (wodurch die Löschung vor – oder gleichrangiger Rechte ermöglicht wird) nach Fälligkeit des Anspruchs. Sie ist aber auch als eigenständige – dann eher atypische Sicherheit – denkbar. Die Abtretung erfolgt formfrei und meist im Rahmen der Sicherungsvereinbarung des Sicherungsgebers mit dem Sicherungsnehmer schriftlich und formularmäßig<sup>91</sup>. Die Anfechtung des bereits mit dem Sicherheitenvertrag (der Sicherungszweckerklärung) aufschiebend bedingt entstandenen Anspruchs<sup>92</sup> richtet sich u.a. nach § 140 III InsO. Entscheidend ist daher der Zeitpunkt des Abschlusses des Sicherungsvertrages. Im Ergebnis ist damit der schuldrechtliche Rückgewähranspruch „insolvenzfest“. Auch bei freihändiger Veräußerung – erst recht in der Zwangsversteigerung – kann der Inhaber von einem vorrangigen Grundpfandrecht profitieren.

b) In der Entscheidung des BGH v. 5.11.1976<sup>93</sup> war es so, dass eine zweitrangig eingetragene Bank, an die die Rückgewähransprüche abgetreten worden waren, nach eingeleiteter Zwangsversteigerung mit der vorrangigen Bausparkasse und dem Konkursverwalter übereinkam, die Immobilie freihändig zu veräußern. Nachdem offenbar die Forderung der Bausparkasse befriedigt war und auch die zweitrangige Bank Zahlungen auf ihr Grundpfandrecht erhalten hatte, verblieb noch eine Forderung der Bank (zugleich Zessionarin des Rückgewähranspruchs), die nur aus dem nicht mehr valuierten Teil des Grundpfandrechts der Bausparkasse, das zurückzugewähren war, befriedigt werden konnte. Die Bank klagte gegen den Konkursverwalter auf den zur Befriedigung ihrer Forderung noch erforderlichen Teil des Kaufpreises. Sie obsiegte in allen Instanzen. Der BGH stellt fest, dass mit der Zession an die Bank die Rückgewähransprüche aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden waren. Dieser Zeitpunkt lag lange vor der Insolvenz.

<sup>90</sup> vgl. zur Übersicht Dörrie, ZfIR 1999, 717 ff.

<sup>91</sup> Dörrie, aaO; vgl. auch BGH NJW 1977, 247 f. U.v.5.11.1976 V ZR 5/75 (Zweibrücken); zur formularmäßigen Zession vgl. z.B. BGHZ 110, 241 ff. U.v.9.2.1990 V ZR 200/88 (Zweibrücken)

<sup>92</sup> vgl. BGHZ 110, 241 ff.

<sup>93</sup> NJW 1977, 247, vgl. FN 82

Damit fehlte es schon an dem Tatbestandsmerkmal der Benachteiligung der Gläubiger. Die Anwendung von § 15 KO ( heute 91 InsO<sup>94</sup>; unwirksamer Erwerb nach Eröffnung zu Lasten der Masse) wurde daher vom BGH abgelehnt. Der Erwerb ist unter Berücksichtigung der Regelung des § 129 InsO iVm § 140 III InsO auch nicht anfechtbar.

## 6. Die Anfechtung von Rechtshandlungen des vorläufigen Verwalters<sup>95</sup>

### 6.1 Problematik

a) Die Anfechtbarkeit von Handlungen des vorläufigen Verwalters ist bisher nicht abschließend geklärt. In der Praxis kann das aber ein gewichtiges Problem darstellen, wenn man daran erinnern darf, dass nach Antragstellung vom Gericht Maßnahmen gem. § 21 I InsO zu treffen sind und daher ein vorläufiger Verwalter bestellt werden wird.

b) Auch wenn dieser entgegen den Überlegungen des Gesetzgebers meist ein **schwacher** Verwalter ist (wohl aus den befürchteten Haftungsgründen der §§ 55, 61 InsO), wäre es angesichts der Wirklichkeit und im Hinblick auf etwa weiter angeordnete Maßnahmen des Gerichts problematisch ( Beispiele: Übertragung der Betriebsfortführung; Ermächtigung, Kredite einzugehen, um gerade diesen Betrieb fortzuführen; Erfordernis der Zustimmung des vorläufigen Verwalters zu Verfügungen des Schuldners), das gesamte Geschehen nach der Antragstellung anfechtungsrechtlich auf den Schuldner abzustellen. Ohne den vorläufigen Verwalter wird und kann er faktisch keine Dispositionen treffen. Die Anfechtung nach Antragstellung, aber vor Eröffnung, richtet sich folglich in praxi gegen Rechtshandlungen, an denen sich der vorläufige Verwalter beteiligt hat.

c) Die Anfechtungsthematik hat auch praktische Relevanz: Im Insolvenzantragsverfahren werden z.B. Kredite aufgenommen, um das Unternehmen fortzuführen und mit neuen Sicherheiten ( die in der Antragsphase z.B. entstehenden Neuwaren und Forderungen ) besichert. Für den Kreditgeber ist es unzumutbar – ob „Altgläubiger“ oder nicht – vor der Frage zu stehen, ob er nun ein Bargeschäft getätigt hat oder ob der Verwalter überhaupt nicht anfechten kann und daher schon gar kein Ansatzpunkt für eine Prüfung von Anfechtungsgründen besteht.

### 6.2 Anfechtung und „starker“ Verwalter

Beim starken Verwalter bedarf es angesichts des Übergangs der Verwaltungs – und Verfügungsbefugnis aus diesseitiger Sicht überhaupt keiner Diskussion: Wären Rechtshandlungen vor Insolvenzeröffnung in diesen Fällen anfechtbar, würde sich die Anfechtung ausschließlich gegen den vom Gericht eingesetzten, an die Stelle des Schuldners getretenen Amtswalter richten. Beim Sequester war dies als möglich zwar höchstrichterlich anerkannt<sup>96</sup>. Als Pointe käme bei zulässiger Anfechtung nach der InsO hinzu, dass der „starke“ vorläufige Verwalter das

<sup>94</sup> vgl. Kübler/Prütting, aaO, Begründung Regierungsentwurf zu § 91 InsO, S. 270 Abs. 1

<sup>95</sup> vgl. dazu Kirchhof, Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen vorläufiger Insolvenzverwalter, ZInsO 2000, 297 ff.

<sup>96</sup> vgl. Kirchhof, aaO, S. 297; der Sequester war im Rechtssinne allerdings bekanntlich kein vorläufiger Konkursverwalter

Entstehen von Masseverbindlichkeiten, vgl. § 55 II 1 InsO, die auf seine Tätigkeit ( § 55 I Nr. 1 InsO ) zurückzuführen sind, zunichte machen könnte. Die Bestimmung des § 55 II InsO dient dem „Schutz von Personen, die Geschäfte mit einem vorläufigen Insolvenzverwalter abschließen...“<sup>97</sup>. Es würde der Zielsetzung des Gesetzgebers widersprechen, hier die Anfechtung zuzulassen.

### 6.3 Anfechtung und schwacher Verwalter

Aber auch beim „schwachen“ Verwalter gibt es eine Reihe von Fallgestaltungen, in denen es schlicht der Zielsetzung des Gesetzes widerspricht, die Anfechtung zu ermöglichen. Kann das Gericht nämlich die Einsetzung des schwachen Verwalters mit Maßnahmen begleiten, die die Einflußnahmeintensität des starken Verwalters erreichen, muss es auch möglich sein, ausdrücklich oder konkludent zu beschließen, dass Handlungen im Rahmen der gerichtlichen Beschlussfassung vorrangig zu befriedigende Masseverbindlichkeiten werden ( §§ 53, 55 II InsO ). Die Frage, ob hierdurch die Haftung gem. § 61 InsO entsteht, mag an dieser Stelle dahinstehen. Wird etwa, wie oben schon angedeutet, ein vorläufiger „schwacher“ Verwalter bestellt, dem die Betriebsfortführung aufgegeben wird und/oder der Verfügungen des Schuldners zustimmen muss, dann muss es auch zulässig sein, die Begründung von Masseverbindlichkeiten zu erlauben<sup>98</sup>. Dann macht es aber auch keinen Sinn, die Anfechtung zu gestatten. Schuldhaftige Schädigungen der Masse durch einen vorläufigen Verwalter wären ohnehin durch andere Rechtsvorschriften abgedeckt.

Die Praxis, schwache Verwalter zu bestellen, führt tendenziell dazu, dass sich die Kreditgeber/ Gläubiger auch bei sinnvollen Maßnahmen sehr überlegen müssen, ob hierfür ein „Massekredit“ an den vorläufigen schwachen Verwalter gegeben wird, wenn ein denkbare Anfechtungsrisiko besteht. Daher ist die richtige Lösung, dass die Anfechtung auch durch den schwachen Verwalter in den vorstehend angedeuteten Einzelfällen nicht möglich ist, dieser vielmehr in dem ihm gesteckten Rahmen Masseverbindlichkeiten begründen kann, deren Bestand der Insolvenzverwalter nach Anfechtung nicht beseitigen kann.<sup>99</sup>

<sup>97</sup> Kübler/Prütting, InsO, Band I, Begründung Regierungsentwurf zu § 55 II 1 InsO/ S. 223 letzter Absatz; den „Rang“ der Masseforderung erlangen auch gesetzliche Ansprüche

<sup>98</sup> so auch Kirchhof, aaO

<sup>99</sup> so zutreffend und deutlich Kirchhof, aaO, S. 300