

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

KO §§ 30, 31

- a) Eine Bardeckung liegt nicht vor, wenn der Gemeinschuldner eine zwar gleichwertige, aber andersartige Leistung erbringt als vereinbart.
- b) Eine Anfechtung nach § 31 Nr. 1 KO kommt auch in Betracht, wenn eine Bardeckung vorliegt.

BGH, Urt. v. 30. September 1993 - IX ZR 227/92 - OLG München

LG München I

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 227/92

URTEIL

Verkündet am:
30. September 1993
Vetter
Justizsekretärin
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Ulrich B
als Verwalter im Konkurs über das Vermögen der
Firma S & Co. GmbH i. K.,
S Straße , M

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte

g e g e n

1. Francesco C
Sch straße , M

2. I GmbH,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführerin Eva So
T Straße , M

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt

- 2 -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 1993 durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter Dr. Schmitz, Dr. Kreft, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. September 1992 insoweit aufgehoben, als die Klage gegen die Beklagte zu 2) in Höhe von 74.000,78 DM nebst Zinsen abgewiesen worden ist und die Kostenentscheidung nicht die Kosten der Säumnis und die außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1) betrifft.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die dem Beklagten zu 1) erwachsenen außergerichtlichen Kosten der Revisionsinstanz trägt der Kläger. Die Entscheidung über die restlichen Kosten der Revision wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Tatbestand

Der Kläger ist Verwalter im Konkurse über das Vermögen der S & Co. GmbH (nachfolgend: Gemeinschuldnerin), die einen Großhandel mit Obst und Gemüse betrieb. Die Beklagte zu 2) (fortan auch: die Beklagte) ist im selben Gewerbe tätig; der Beklagte zu 1) (im folgenden auch: der Beklagte) ist ihr Gesellschafter. Sie erwarb im September 1988 40 % der Geschäftsanteile der späteren Gemeinschuldnerin. Im November 1988 erhielt der Beklagte für diese Handlungsvollmacht einschließlich der Befugnis zu "geschäftsführenden Entscheidungen".

Die Beklagte lieferte der späteren Gemeinschuldnerin Waren. Zur Tilgung von Kaufpreisforderungen übersandte der Beklagte zu 1) in der Zeit vom 1. bis 9. Dezember 1988 namens der späteren Gemeinschuldnerin acht bei dieser eingegangene Kundenschecks über insgesamt 74.000,78 DM an die Beklagte zu 2). Diese löste die Schecks ein. Am 19. Dezember 1988 wurde gegen die Gemeinschuldnerin Konkursantrag gestellt. Das Konkursverfahren wurde am 23. März 1989 eröffnet.

Mit der Klage verlangt der Kläger - nachdem die Revision wegen weitergehender Forderungen nicht angenommen worden ist - noch Erstattung des Betrages von 74.000,78 DM im Wege der Konkursanfechtung von der Beklagten zu 2). Das Berufungsgericht hat die Klage, die in erster Instanz insoweit Erfolg hatte, abgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Die Hingabe der Kundenschecks könne nicht nach § 31 Nr. 2 KO angefochten werden, weil der Kläger eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht dargetan habe. Die Gemeinschuldnerin habe für die weggegebenen Schecks eine vollwertige Gegenleistung erhalten.

Eine Anfechtung gemäß § 30 Nr. 1 KO sei nicht möglich, weil der Kläger nicht für eine Zahlungseinstellung der späteren Gemeinschuldnerin im Zeitpunkt der Hingabe der Schecks vorgetragen habe. Auch aufgrund des § 30 Nr. 2 KO scheide eine Anfechtung sogar insoweit aus, als die Beklagte noch am 9. Dezember 1988 einen Scheck über 1.109,07 DM empfangen habe. Zwar falle diese Leistung in die Zehntagesfrist vor Eingang des ersten Konkursantrages. Die Beklagte behauptete jedoch eine Bardeckung im Sinne eines aufeinander abgestimmten Leistungsaustauschs, bei dem die Befriedigung des Gläubigers vor oder bei Begründung seiner Forderung vereinbart sei. Die Entgelte für die Lieferung seien sofort fällig gewesen. Daß die Schecks kurz nach oder vor den Lie-

ferungen übergeben worden seien, schade nicht, weil der zeitliche Abstand nicht 14 Tage erreicht habe. Damit liege zugleich eine kongruente Erfüllung vor. Das habe der Kläger nicht widerlegt.

II.

Das Berufungsgericht hat nicht beachtet, daß der Kläger ein Anfechtungsrecht gemäß § 31 Nr. 1 KO schlüssig dargetan hat.

1. Er hat zwar innerhalb der Jahresfrist des § 41 Abs. 1 Satz 1 KO nur § 30 KO als Anfechtungsgrundlage ausdrücklich genannt. Das schadet jedoch nicht. Die Angabe der gesetzlichen Bestimmung, auf welche die Anfechtung gestützt werden soll, ist nicht Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung (BGHZ 117, 374, 381). Es genügt, daß die anzufechtende Rechtshandlung bezeichnet und der Sachverhalt mitgeteilt wird, aus welchem die Anfechtung hergeleitet wird (BGH, Urt. v. 19. Oktober 1983 - VIII ZR 156/82, WM 1983, 1313, 1315 m.w.N.; Senatsurt. v. 17. Januar 1985 - IX ZR 29/84, NJW 1985, 1560, 1561). Ergeben die vorgebrachten Tatsachen, daß die Anfechtung nach mehreren Gesetzesvorschriften begründet sein kann, so ist anzunehmen, daß der Konkursverwalter die Anfechtung auf alle möglichen Tatbestände hat 'stützen wollen' (BGH, Urt. v. 29. März 1960 - VIII ZR 142/59, WM 1960, 546, 547).

So lag der Fall hier. Der Kläger hat schon in der - rechtzeitig eingereichten - Klageschrift nicht nur die Übergabe der Kundenschecks erwähnt, sondern sogar eine Absicht des Beklagten zu 1) behauptet, der Beklagten zu 2) diese Vermögenswerte der zahlungsunfähigen Gemeinschuldnerin zuzuschieben.

2. Für den Tatbestand des § 31 Nr. 1 KO kommt es nicht entscheidend auf die Feststellungen des Berufungsgerichts zum Vorliegen eines "Bargeschäfts" an (vgl. zu diesem Ergebnis auch § 161 i.V.m. § 148 Abs. 1 E-InsO, BT-Drucks. 12/2443 S. 32, 35).

Die Vorschrift ist nach allgemeiner Meinung schon bei Vorliegen einer nur mittelbaren Gläubigerbenachteiligung anzuwenden (vgl. für alle Kilger, KO 15. Aufl. § 31 Anm. 6 in Verbindung mit § 29 Anm. 18). Es wird also nicht - wie insbesondere in § 30 Nr. 1, 1. Fall und § 31 Nr. 2 KO - vorausgesetzt, daß die Benachteiligung gerade durch den Abschluß des Rechtsgeschäfts selbst eintritt. Statt dessen genügt es, wenn diese sich durch das Hinzukommen weiterer Umstände bis zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung verwirklicht.

Die Bedeutung der Bardeckung liegt hingegen darin, die Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 2. Fall KO - für die an sich ebenfalls eine bloß mittelbare Gläubigerbenachteiligung ausreicht - in einem für erforderlich gehaltenen Maße einzuschränken und damit an § 30 Nr. 1, 1. Fall KO anzupassen: Rechtsgeschäfte, die gemäß § 30 Nr. 1, 1. Fall KO unanfechtbar abgeschlossen werden dürfen, müssen auch erfüllbar

bleiben. Insbesondere darf ihre kongruente Deckung nicht der Anfechtung nach § 30 Nr. 1, 2. Fall KO unterliegen. Das wird dadurch sichergestellt, daß durch die Herausnahme von Bardeckungen aus dem Anwendungsbereich dieser Norm eine dem Erfordernis der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung in § 30 Nr. 1, 1. Fall KO vergleichbare Voraussetzung geschaffen wird. Der Rechtsgrund für die anfechtungsrechtliche Begünstigung von Bargeschäften wird darin gesehen, daß wegen des ausgleichenden Gegenwerts keine Vermögensverschiebung zu Lasten der Gemeinschuldnerin, sondern eine bloße Vermögensumschichtung vorliege (BGH, Urt. v. 26. Januar 1977 - VIII ZR 122/75, WM 1977, 254, 255; Urt. v. 21. Mai 1980 - VIII ZR 40/79, NJW 1980, 1961). Ohne die Begünstigung würde ein Schuldner in der wirtschaftlichen Krise praktisch von allen - auchverkehrsüblichen - Umsatzgeschäften ausgeschlossen (Senatsbeschl. v. 27. September 1984 - IX ZR 3/84, WM 1984, 1430; Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 30 Rdn. 110). § 30 Nr. 1 KO, der allein an den Eintritt der wirtschaftlichen Krise anknüpft und den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger schon für diesen Zeitpunkt durchsetzen soll (BGHZ 58, 240, 242 f; 59, 230, 232; Kuhn/Uhlenbruck, KO 10. Aufl. § 30 Rdn. 1; Jaeger/Henckel aaO § 30 Rdn. 1, 2 und 190), verdient bei wertender Betrachtungsweise keinen Vorrang vor dem Sicherungs- oder Befriedigungsinteresse des einzelnen Gläubigers, der seinerseits in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der empfangenen Leistung dem Gemeinschuldner eine gleichwertige Gegenleistung vereinbarungsgemäß erbracht hat.

§ 31 Nr. 1 KO beruht dagegen auf der Erwägung, daß Rechtshandlungen, die in einer dem Geschäftsgegner bekannten Gläubigerbenachteiligungsabsicht vorgenommen werden, gegenüber den anderen Gläubigern keinen Schutz verdienen (Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht 12. Aufl. Rdn. 19.11; vgl. auch Jaeger/Henckel aaO § 31 Rdn. 1). Das gilt grundsätzlich auch im Zusammenhang mit Bardeckungen, soweit hierbei eine Gläubigerbenachteiligung wenigstens mittelbar eintreten kann. Insbesondere ist derjenige nicht schutzbedürftig, der dem Schuldner einen Vermögensgegenstand zu einem angemessenen Preis, aber in dem Wissen abkauft, daß der Schuldner den Erlös seinen Gläubigern entziehen will. Ebensowenig Schutz verdient derjenige Gläubiger, der mit dem Schuldner ein alsbald zu erfüllendes Umsatzgeschäft abgeschlossen hat und sich eine inkongruente Erfüllungsleistung in dem Wissen gewähren läßt, daß ihm wie vielen anderen Gläubigern, die sich in einer gleichartigen Lage befinden, der Schuldner die an sich geschuldete Leistung nicht mehr erbringen kann. Gerade eine derartige bewußte und erkannte Bevorzugung einzelner soll zugunsten des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Gläubiger verhindert werden. Demgemäß ist, soweit ersichtlich, bisher § 31 Nr. 1 KO nicht allein deswegen ohne weiteres für unanwendbar gehalten worden, weil ein Bargeschäft abgewickelt wurde. RGZ 162, 292, 297 verneinte lediglich in einem Einzelfall das Vorliegen einer objektiven Gläubigerbenachteiligung und einer entsprechenden Absicht, als ein Abwickler sich für Sanierungsbemühungen ein von ihm für angemessen gehaltenes Entgelt auszahlen ließ.

3. § 31 Nr. 1 KO ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erfüllt. Danach hatte die Beklagte Anfang Dezember 1988 fällige Ansprüche auf Zahlung von 74.000,78 DM gegen die Gemeinschuldnerin. Erfüllungshalber hat die Beklagte Kundenschecks angenommen und sie eingelöst.

a) Auf diese Art der Erfüllung hatte die Beklagte keinen Anspruch. Die Gewährung von Kundenschecks - im Gegensatz zu eigenen Schecks - ist regelmäßig eine inkongruente Erfüllungshandlung (BGHSt 16, 279 f; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 30 Rdn. 48 c; Jaeger/Henckel aaO § 30 Rdn. 212). Auch im vorliegenden Falle hat die Beklagte nicht dargetan, daß sie diese Art der Erfüllung von der Gemeinschuldnerin hätte fordern können oder sie wenigstens ihrerseits aus Rechtsgründen nicht hätte ablehnen dürfen (vgl. dazu RGZ 71, 89, 90 f; BGHZ 70, 177, 183).

Die erstinstanzliche Behauptung der Beklagten, der Geschäftsführer St. der Gemeinschuldnerin habe den Beklagten zu 1) angewiesen, die Kundenschecks der Beklagten zu 2) weiterzuleiten, ergab nur eine interne Anordnung auf seiten der Gemeinschuldnerin. Es ist nicht dargetan, daß etwa der Beklagte zu 1) hierbei für die Beklagte zu 2) mitgewirkt und den zugrundeliegenden Liefervertrag in einem Insichgeschäft mit abgeändert habe. Die zweitinstanzliche Behauptung der Beklagten, sie habe in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen verlängerten Eigentumsvorbehalt aufgenommen, so daß ihr die Kundenforderungen abgetreten gewesen seien, ergab jedenfalls keinen Anspruch gerade auf Herausgabe der Schecks.

Entgegen der von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat vertretenen Auffassung liegt eine die Kongruenz begründende, rechtsbeständige Vereinbarung nicht allein in der einverständlichen Hergabe der Schecks. Soweit in einer einvernehmlich gewährten inkongruenten Deckung im Einzelfalle eine Änderung des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts zu sehen ist, kann sich die Benachteiligungsabsicht auch darauf erstrecken. Dann ist die abändernde Vereinbarung zugleich mit der Erfüllungshandlung und in gleicher Weise wie diese anfechtbar.

b) Infolge der Rechtshandlung sind die Konkursgläubiger wenigstens mittelbar benachteiligt worden.

Unstreitig hätte die Gemeinschuldnerin die Kundenschecks - wie üblich - bei ihrer Hausbank zum Einzug eingereicht, wenn sie sie nicht der Beklagten gegeben hätte. Die Bank hätte der Gemeinschuldnerin eine entsprechende Gutschrift erteilt. Deren Ausbleiben vereitelte die Zugriffsmöglichkeit von Gläubigern.

Ob die Bank gegen das Guthaben möglicherweise mit eigenen Forderungen unanfechtbar hätte aufrechnen können, oder ob die Gemeinschuldnerin über das Guthaben anderweitig verfügt hätte, ist unerheblich. Denn als Ursachen für den Eintritt einer Gläubigerbenachteiligung sind grundsätzlich nur reale Gegebenheiten zu berücksichtigen (BGHZ 104, 355, 360; Senatsurt. v. 21. Januar 1993 - IX ZR 275/91, WM 1993, 476, 479, z.V.b. in BGHZ 121, 179; v. 8. Juli 1993 - IX ZR 116/92, WM 1993, 1729, 1732, z.V.b. in BGHZ).

c) Nach der Behauptung des Klägers hat der Beklagte zu 1) die Handlung für die Gemeinschuldnerin vorgenommen, um in Kenntnis ihrer Zahlungsunfähigkeit ihre noch vorhandenen Vermögenswerte der Beklagten zu 2) zuzuschieben. Er hätte damit die Benachteiligung der anderen Gläubiger gewollt. Dies soll auch die Geschäftsführerin der Beklagten zu 2) - die Schwiegermutter des Beklagten zu 1) - gewußt haben.

Wenn das Berufungsgericht den Kläger wegen dieser Behauptung für beweisfällig gehalten hat, so hat es übersehen, daß für sie ein erhebliches Beweisanzeichen spricht. Die Gewährung einer inkongruenten Deckung deutet regelmäßig auf eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners hin (BGH, Urt. v. 26. März 1984 - II ZR 171/83, ZIP 1984, 572, 580 m.N.; Senatsurt. v. 23. Mai 1985 - IX ZR 124/84, ZIP 1985, 1008, 1010 m.N.; v. 15. Februar 1990 - IX ZR 149/88, ZIP 1990, 459, 460); gleichzeitig muß es bei dem Empfänger einer inkongruenten Leistung Verdacht wecken, wenn er sich vor anderen in einer Weise begünstigt sieht, die er so nicht zu fordern hat. Zwar richtet sich die Bedeutung des Beweisanzeichens auch nach dem Ausmaß der Inkongruenz (Senatsurt. v. 12. November 1992 - IX ZR 236/91, WM 1993, 276, 279). Im vorliegenden Falle war aber die Art der Erfüllungshandlung in voller Höhe der getilgten Forderung inkongruent. Deshalb konnte sie nach den bisherigen Feststellungen auch nicht als Bardeckung für gerechtfertigt gehalten werden (s.u. IV 2 b).

III.

Der Senat ist nicht zu einer abschließenden eigenen Entscheidung in der Lage (§ 565 Abs. 3 ZPO).

Die Beklagte hat nicht nur eine Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin bis zum 9. Dezember 1988 bestritten, sondern sinngemäß zugleich eine Kenntnis beider Beklagten davon, daß die Gemeinschuldnerin nicht in der Lage sein würde, ihre anderen Gläubiger zu befriedigen. Sie hat damit sowohl eine Benachteiligungsabsicht des für die Gemeinschuldnerin handelnden Beklagten zu 1) als auch ihre eigene Kenntnis geleugnet. Das Berufungsgericht wird aufgrund des Beweisanzeichens, das sich aus der inkongruenten Erfüllung ergibt (oben II 3 c), die Beweislage erneut würdigen müssen.

IV.

Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

1. Die Zurückverweisung (§§ 564, 565 Abs. 1 ZPO) gibt der Beklagten Gelegenheit, ihre Behauptung näher auszuführen, die Kaufpreisforderung gerade gegen diejenigen Kunden, deren Schecks ihr übergeben worden seien, seien ihr zuvor im Wege eines verlängerten Eigentumsvorbehalts abgetreten gewesen. Trifft diese Behauptung zu, so hätte die Beklagte

an den Forderungen ein Absonderungsrecht erlangt (§ 48 KO) und wären die Konkursgläubiger durch die Übertragung der Schecks objektiv nicht benachteiligt worden. Bisher ist aber weder der Abschluß des Liefervertrages unter Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im einzelnen dargestellt, noch hat die Beklagte nachvollziehbar dargelegt, welche von ihr gelieferte Ware gerade an diejenigen Kunden weiterverkauft worden sein soll, welche mit den fraglichen Schecks bezahlten. Insoweit wird auch zu beachten sein, daß nach Nr. 5 der Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Beklagten einerseits der Eigentumsvorbehalt ihren gesamten Kontokorrentsaldo sichern sollte, andererseits aber keine Freigabeklausel vorgesehen war (zu diesem Erfordernis vgl. BGH, Urt. v. 2. Dezember 1992 - VIII ZR 241/91, WM 1993, 139, 140 f, z.V.b. in BGHZ 120, 300).

2. Der Kundenscheck über 1.109,05 DM, den die Beklagte am 9. Dezember 1988 von der Gemeinschuldnerin erhielt, könnte noch innerhalb der Zehntagesfrist des § 30 Nr. 2 KO begeben worden sein. Das setzt voraus, daß der Konkurs wenigstens auch aufgrund des am 19. Dezember 1988 gestellten Antrags des Gläubigers S. [REDACTED] eröffnet wurde. Tatsächliche Feststellungen hierzu fehlen.

Das Berufungsgericht meint, § 30 Nr. 2 KO sei keinesfalls anzuwenden, weil der Scheck im Wege einer Bardeckung gegeben worden sei. Davon kann aber nach dem derzeitigen Sachstand nicht ausgegangen werden.

a) Eine Bardeckung ist eine Leistung des Schuldners, für die unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung in sein Vermögen gelangt (vgl. Hess/Kropshofer, KO 4. Aufl. § 30 Rdn. 24; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 30 Rdn. 23). Durch die Worte "für die" wird ausgedrückt, daß eine Bardeckung nur vorliegt, wenn Leistung und Gegenleistung durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft sind (vgl. amtliche Begründung der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443 S. 167 zu § 161). Eine Leistung, die nicht der Parteivereinbarung entspricht, stellt keine Bardeckung dar (vgl. Jaeger/Henckel aaO § 30 Rdn. 110 auf S. 946; ferner BGHZ 118, 171, 173), weil weder rechtlich noch wirtschaftlich ein Anlaß besteht, Umsatzgeschäfte des Schuldners in der Krise zu begünstigen, soweit sie anders abgewickelt werden als vereinbart. Auch der Gesichtspunkt der Vermögensumschichtung betrifft nur das zugrundeliegende Rechtsgeschäft, nicht die davon abweichende Art der Erfüllung oder Sicherung: Im Hinblick auf den Zweck des § 30 KO, die Gleichbehandlung aller Gläubiger während der wirtschaftlichen Krise des Gemeinschuldners zu verwirklichen, ist es nicht gleichgültig, ob eine Deckung vereinbarungsgemäß gewährt wird oder nicht. Im Gegenteil stellt der Erwerb desjenigen Gläubigers, der etwas anderes erhält als vereinbart, anfechtungsrechtlich auch dann eine einseitige Begünstigung dar, wenn der Gläubiger seinerseits eine Gegenleistung von gleichem Wert erbracht hat.

Maßgebender Zeitpunkt für das Vorliegen einer Bardeckung in diesem Sinne ist derjenige, in dem die zeitlich erste Leistung eines Vertragsteils erbracht wird. Bis dahin können die Beteiligten den Inhalt ihrer Vereinbarungen noch

abändern, ohne den Charakter der Bardeckung zu gefährden. Hat hingegen eine Seite schon vorgeleistet, dann erscheint jede nachträgliche Änderung allein mit Bezug auf die Art der Gegenleistung im Hinblick auf die Gleichbehandlung aller Gläubiger insoweit als verdächtig. Dies trifft unabhängig davon zu, ob der Gemeinschuldner oder der Gläubiger vorgeleistet hat (a.M. Kilger aaO § 30 Anm. 8).

Nur eine solche Wertung entspricht der Systematik des § 30 KO im Hinblick auf die Bardeckung. Mit Bezug auf diese schränkt § 30 Nr. 1 Fall 1 KO die Anfechtung von Deckungsgeschäften ein (Jaeger/Henckel aaO Rdn. 8). Das vermag die Vorschrift aber nur, soweit die Deckungshandlung vereinbarungsgemäß erfolgt. Die - durch die Annahme einer Bardeckung gegebenenfalls auszuschließende - objektive Gläubigerbenachteiligung muß also in dem Rechtsgeschäft als solchem liegen, nicht erst in der Zahlung (Kuhn/Uhlenbruck aaO § 30 Rdn. 23 a). Wird hingegen die Vereinbarung geändert, nachdem ein Partner schon vorgeleistet hat, so bezieht sich der Abänderungsvertrag im Ergebnis nur noch auf die Art, wie die (vom Umfang her unveränderte) Gegenleistung zu erbringen ist. Eine solche Nachtragsvereinbarung betrifft gerade nicht das - von § 30 Nr. 1 Fall 1 KO erfaßte - Verpflichtungsgeschäft, sondern isoliert die (abweichende) Art der Deckungshandlung, die selbständig unter § 30 Nr. 2 KO fällt.

Diese Einschränkung auf vereinbarungsgemäß erfolgende Leistungen hat allerdings praktisch zur Folge, daß eine der Art nach inkongruente Deckungshandlung in aller Regel keine Bardeckung darstellt. Dieses Ergebnis widerspricht der

herrschenden Lehre, die davon ausgeht, daß Bargeschäfte allgemein nicht der Anfechtung als inkongruente Deckungen unterlägen (Kilger aaO § 30 Anm. 20 a.E.; Hess/Kropshofer aaO § 30 Rdn. 26; vgl. auch Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht S. 410 zu Leitsatz 5.2.4). Soweit das auch in der Rechtsprechung vereinzelt pauschal ausgesprochen worden ist (BGHZ 70, 177, 184 f; 118, 171, 173), hatte dies jeweils nur beiläufige Bedeutung. Keine jener Entscheidungen beruht auf einer solchen Ansicht. Nach Prüfung der Tragweite der Rechtsfrage gibt der Senat - dem nunmehr die Rechtsstreitigkeiten über Konkurse allein zur Entscheidung zugewiesen sind - die frühere gegenteilige Auffassung für andersartige als die vereinbarten Leistungen auf.

b) Die Parteien haben bisher nicht vorgetragen, daß an die Stelle der Kaufpreisforderungen ein Anspruch auf Hergabe der Schecks treten sollte. Das gereicht der Beklagten zum Nachteil. Denn eine solche Gestaltung entspricht weder dem Regelfall eines Kaufvertrages (§ 433 Abs. 2 BGB) noch dem eines Kommissionsgeschäftes. Eine abweichende nachträgliche Vereinbarung steht zur Darlegungs- und Beweislast des Anfechtungsgegners.

Das Berufungsgericht hat diese Frage zu Unrecht mit derjenigen nach dem Vorliegen einer inkongruenten Deckung gleichgesetzt; diese ist allerdings im Rahmen des § 30 Nr. 2 KO vom Konkursverwalter zu beweisen. Der übereinstimmende bisherige Vortrag der Parteien schließt hier aber aus (vgl. oben II 3 a), daß die Beklagte einen Anspruch auf Hergabe der Schecks hatte.

Die Frage, ob und gegebenenfalls wann die Beteiligten den Kaufvertrag im Hinblick auf die Kaufpreisleistung geändert haben, kann zugleich Bedeutung für die Feststellung einer Benachteiligungsabsicht haben (s.o. II 3 c).

3. Die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit ihrer vor Konkurseröffnung entstandenen Kaufpreisforderung gegen den Rückgewähranspruch des Klägers aus § 37 Abs. 1 KO ist gemäß § 55 Satz 1 Nr. 1 KO unwirksam (vgl. RG WarnR 1927 Nr. 101; BGHZ 113, 98, 105).

Brandes

Kreft

Kirchhof

zugleich für RiBGH
Dr. Schmitz, der wegen
Urlaubs verhindert ist
zu unterschreiben

Fischer