

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

AnfG § 3; KO §§ 30 Nr. 2, 31 Nr. 1

- a) Hat ein Schuldner die Sicherung der Forderung zugesagt, so stellt eine dem Gläubiger später gewährte Sicherung eine inkongruente Deckung dar, wenn die Abrede so unbestimmt war, daß sie keinen klagbaren Anspruch auf Übertragung des Sicherungsgutes gab.
- b) Ein Gläubiger, der sich eine inkongruente Sicherung hat gewähren lassen, kann im Falle außerkonkursrechtlicher Anfechtung in der Regel nicht mit der bloßen Behauptung gehört werden, dem Schuldner habe eine Benachteiligungsabsicht gefehlt, weil er geglaubt habe, zur Sicherung verpflichtet zu sein. Er muß grundsätzlich eine auf den Anlaß und die begleitenden Umstände hin nachprüfbare Sachdarstellung geben, die Schlüsse auf die Vorstellung des Schuldners zuläßt.

BGH, Urt.v. 3. April 1968 - VIII ZR 23/66 - OLG Karlsruhe
LG Karlsruhe

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 23/66

VERSÄUMNIS -
URTEIL

Verkündet am

3. April 1968,
Klett, Justiz-
hauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Mineralölgesellschaft E. [REDACTED] & Co. Kommandit-
gesellschaft in A. [REDACTED], W. [REDACTED] Straße [REDACTED],
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter
Kaufmann Heinrich E. [REDACTED] in A. [REDACTED], G. [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

gegen

den Wirtschaftskaufmann Helmut M. [REDACTED] in E. [REDACTED]
[REDACTED], L. [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte [REDACTED] und Coll.
in K. [REDACTED] -.

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 1968 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Dr. Messner und Mormann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 23. November 1965 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an den 2. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kaufmann T. in Karlsruhe geriet im Jahre 1961 in Zahlungsschwierigkeiten. Seine Grundstücke in Karlsruhe und Frankfurt kamen zur Zwangsversteigerung. Das Frankfurter Grundstück wurde am 12. Juli 1961 dem Ersterher zugeschlagen. Termin zur Verteilung des Erlöses stand am 6. September 1961 an. Schon vor dem Termin hatte sich ergeben, daß die im Grundbuch unter Nr. 18 und 19 eingetragenen Hypotheken nicht voll valuiert waren und



Eigentümergrundschulden in Höhe von insgesamt 18 965,87 DM entstanden waren. Das Finanzamt Karlsruhe-Stadt reichte am 4. September bei dem Vollstreckungsgericht die Erklärung ein, daß der dem Schuldner T. aufgrund des Verteilungsplanes zustehende Betrag für die entstandenen Eigentümergrundschulden gepfändet werde und das Finanzamt die gepfändete Forderung einziehen könne. Im Verteilungstermin wurde beschlossen, den Betrag von 18 965,87 DM dem Schuldner T. bedingt für den Fall zuzuteilen, daß eine wirksame Pfändung durch das Finanzamt nicht erfolgt ist oder der Widerspruch des Finanzamts nicht für begründet erklärt wird.

Der Beklagte ist einer der Gläubiger des Kaufmanns T. Ihm standen Ansprüche in einer den Betrag der Eigentümergrundschulden übersteigenden Höhe zu, über die er Schuldtitel nicht besaß. Mit einer zu seinen Gunsten im Grundbuch unter Nr. 25 eingetragenen Grundschuld über 20 000 DM war er im Zwangsversteigerungsverfahren ausgefallen. Ende August oder Anfang September 1961 - der Tag ist umstritten - ließ sich der Beklagte die Ansprüche des Schuldners T. aus dem Zwangsversteigerungsverfahren abtreten. Die schriftliche Abtretungserklärung trägt das Datum des 25. August 1961. Sie hat folgenden Wortlaut:

"Aufgrund der am 25.8.1961 mit Herrn Helmuth M. (das ist der Beklagte) geführten mündlichen Verhandlung, sowie aus seinem Pfandrecht aus der Briefgrundschuld "20 000 DM" auf das Haus ... eingetragen im Grundbuch von Frankfurt ... trete ich hiermit meine gesamten Ansprüche und Forderungen, sowie meine Eigentümergrundschuldforderung aus der Zwangsversteigerung des obigen Anwesens ab, an Helmuth M. ...

Karlsruhe, den 25. August 1961
Helmuth M.

Alexander T.

Der Kaufmann T. wiederholte seine Unterschrift am 6. September 1961 vor einem Notar in Karlsruhe, der sie beglaubigte. Der Beklagte legte die Abtretungserklärung noch am selben Tage nach Schluß des Verteilungstermins dem Vollstreckungsgericht vor.

Auch die Klägerin ist Gläubigerin des Kaufmanns T. Sie hatte im Jahre 1960 Schuldtitel über mehr als 30 000 DM erwirkt. Ferner hatte T. sich in vollstreckbarer Urkunde zur Zahlung von 70 000 DM an die Klägerin verpflichtet. Ebenfalls am 6. September 1961 nach Schluß des Verteilungstermins stellte die Klägerin dem Vollstreckungsgericht eine sich auf den Auszahlungsanspruch des Schuldners T. beziehende Pfändungsankündigung nach § 845 ZPO zu. Die Forderungspfändung erfolgte fristgemäß.

Das Vollstreckungsgericht beschloß am 6. September 1961 nachträglich, daß mit Rücksicht auf die Abtretungserklärung des T. vom 25. August 1961 der Erlös in Höhe von 18 965,87 DM nicht an den Schuldner, sondern an den Beklagten auszusahlen sei, falls das Finanzamt Karlsruhe nicht eine zeitlich frühere wirksame Pfändung durch Zustellung des Pfändungsbeschlusses an T. nachweisen könne. Mit Beschluß vom 9. Oktober 1961 ordnete das Vollstreckungsgericht an, daß die Auszahlung des Betrages an den Beklagten zu erfolgen habe, weil das Finanzamt ordnungsgemäße Pfändung nicht nachgewiesen habe und der mit dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß eingelegte Widerspruch der Klägerin gegen den Teilungsplan verspätet sei. Der Betrag wurde alsdann an den Beklagten ausgezahlt.

Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche und unbewegliche Vermögen des Schuldners hat nur zur teilweisen

Befriedigung der Klägerin geführt. Sie ficht mit der Klage die Abtretung nach dem Anfechtungsgesetz an und begehrt die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 18 965,87 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage unter Herabsetzung des Zinssatzes stattgegeben. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte ist im Revisionsverfahren nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen, weil die Klägerin nicht bewiesen habe, daß der Schuldner T. in der Absicht gehandelt habe, seine Gläubiger zu benachteiligen. Es hat dahingestellt sein lassen, ob der Beklagte gegen T. einen Anspruch auf Abtretung gehabt habe. Jedenfalls habe dieser, so meint das Berufungsgericht, angenommen und annehmen dürfen, daß die Tatbestandsmerkmale eines kongruenten Deckungsgeschäftes vorlägen, zumindest könne ihm das nicht widerlegt werden. Der Beklagte behaupte nämlich unwiderlegt, T. habe ihm zugesagt, seine, des Beklagten, Forderung unter allen Umständen ausreichend abzusichern und zu erfüllen, zumal eine bei den Posten Nr. 18 und 19 zugunsten der Grundschuld Nr. 25 des Beklagten vereinbarte Löschungsvormerkung abredewidrig nicht eingetragen worden sei. Die Abtretung der Ansprüche aus der

Zwangsversteigerung sei zahlungshalber erfolgt. Damit habe der Beklagte aus der Sicht des Schuldners wirtschaftlich gesehen weniger erhalten, als ihm geschuldet gewesen sei. Allenfalls habe der Schuldner T. das Bewußtsein gehabt, mit der Abtretung die verbleibende Zugriffsmasse zu beschränken. Das reiche aber zur Begründung des Vorsatzes, auch des bedingten, seine Gläubiger zu benachteiligen, nicht aus. Auch die Begleitumstände genügten nicht, um die Annahme zu begründen, T. habe die Gläubiger benachteiligen wollen. Insbesondere sei nicht erwiesen, daß die Abtretung erst am 6. September 1961 erfolgt, aber auf den 25. August 1961 rückdatiert worden sei. Nach alledem könne auch nicht festgestellt werden, daß der Beklagte von einer Benachteiligungsabsicht des T. Kenntnis gehabt habe.

II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Anfechtungsgesetz kennt zwar anders als die Konkursordnung keine Beweislast des Anfechtungsgegners bei Rechtsgeschäften, die eine Sicherung oder eine Befriedigung gewähren, die der Gläubiger nicht oder nicht in dieser Art und nicht zu dieser Zeit zu beanspruchen hat (inkongruentes Deckungsgeschäft in weiterem Sinn). Indessen ist die Tatsache, daß ein in Vermögensverfall geratener Schuldner einem einzelnen Gläubiger eine inkongruente Sicherung oder Befriedigung gewährt, in der Regel ein Beweisanzeichen dafür, daß die Handlung von dem Bewußtsein getragen ist, die übrigen Gläubiger würden infolge der Bevorzugung dieses einzelnen Gläubigers benachteiligt werden (Urteil des erkennenden Senats vom 11. Januar 1961).

- VIII ZR 203/59 - WM 1961, 387, 388). Sieht der Schuldner aber die Benachteiligung als mögliche Folge voraus, so ist die Gewährung der inkongruenten Deckung nach ständiger Rechtsprechung auch ein wesentliches Beweisanzeichen dafür, daß sein Wille auf eine Benachteiligung der übrigen Gläubiger gerichtet ist (Urteil des erkennenden Senats vom 6. Februar 1961 - VIII ZR 37/60 - WM 1961, 671, 672; BAG Urteil vom 29. Juli 1967 - NJW 1967, 2425, 2427; Böhle/Stamschräder AnfechtungsG 3. Aufl., § 3 Anm. I 5; Warneyer/Bohnenberg AnfechtungsG 4. Aufl., § 3 Anm. 12 S. 114).

III. Im Anfechtungsstreit kann daher grundsätzlich nicht dahingestellt bleiben, ob der Schuldner dem Gläubiger eine inkongruente Deckung gewährt hat oder ob der Gläubiger erhalten hat, was er zu beanspruchen hatte. Das Berufungsgericht glaubt einer Entscheidung enthoben zu sein, weil der Schuldner T. angenommen habe und habe annehmen dürfen, daß er nur seine Verpflichtung erfülle. Gegen diese Auffassung wendet die Revision sich mit Recht.

1. Von dem Ausgangspunkt, daß es darauf, ob die Abtretung ein inkongruentes Deckungsgeschäft sei, nicht ankomme, können einmal die Beweismwürdigung des Berufungsgerichts und seine zur Klagenabweisung führenden Feststellungen beeinflußt sein.

a) Das Berufungsgericht meint in einer Hilferwägung, allenfalls habe der Schuldner T. das Bewußtsein gehabt, die Abtretung seiner Rechte an den Beklagten werde zu einer Beschränkung der den anderen

Gläubigern verbleibenden Zugriffsmasse führen, dieses Bewußtsein reiche aber zur Begründung eines auch nur bedingten Vorsatzes der Gläubigerbenachteiligung nicht aus, weil sonst nahezu jede Leistung eines notleidenden Schuldners anfechtbar wäre. Das Berufungsgericht hat übersehen, daß dieser Grundsatz wie oben ausgeführt, nicht für das inkongruente Deckungsgeschäft gilt, sondern daß die Inkongruenz ein Beweisanzeichen für die Benachteiligungsabsicht des Schuldners ist.

b) Dem Grundsatz, daß Inkongruenz des Rechtsgeschäfts ein Beweisanzeichen für die Benachteiligungsabsicht abgibt, widerspricht es auch, wenn das Berufungsgericht wiederholt davon ausgeht, die Behauptungen des Beklagten oder des Schuldners seien nicht widerlegt. Als nicht widerlegt angesehen hat das Berufungsgericht insbesondere die Behauptungen des Beklagten, der Schuldner habe ihm zugesagt, daß seine Forderung unter allen Umständen ausreichend abgesichert und erfüllt werde, und der Schuldner habe sich verpflichtet, eine Löschungsvormerkung bei den Posten Nr. 18 und 19 einzutragen zu lassen, sowie die Darstellung des Schuldners, er habe deshalb angenommen, zur Abtretung verpflichtet zu sein. Nähere Angaben, wann und unter welchen Umständen der Schuldner diese von der Klägerin bestrittenen Verpflichtungen eingegangen sei, hat der Beklagte nicht gemacht. Mit solchen bloßen Schutzbehauptungen wird der Beklagte aber, wenn er die angeblichen Tatsachen nicht näher in nachprüfbarer Weise darlegt, angesichts des obigen Grundsatzes nicht ohne weiteres gehört werden dürfen.

c) Das Berufungsgericht hat seine Auffassung, es komme bei der Würdigung, welche Absichten der Schuldner

gehabt habe, nicht darauf an, ob objektiv ein inkongruentes Deckungsgeschäft vorliege, zum Schluß wieder dahin eingeschränkt, die unwiderlegten Absprachen des Schuldners mit dem Beklagten und die gesamten Umstände deuten darauf hin, daß eine Pflicht bestanden habe, den sich aus dem Zwangsversteigerungsverfahren für die Grundschuld des Beklagten ergebenden Gefahren durch Erfüllung der fälligen Schuld, sei es auch zahlungshalber, oder durch weitere Sicherung Rechnung zu tragen. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß von dieser Ansicht die Auffassung des Berufungsgerichts, der Schuldner habe geglaubt und glauben dürfen, nur eine Verpflichtung zu erfüllen, beeinflußt sein kann. Hätte das Berufungsgericht erkannt, daß, wie noch auszuführen ist, nach dem unstreitigen Sachverhalt von einem Erfüllungsgeschäft keine Rede sein kann, wäre es möglicherweise auch zu einer anderen Ansicht über den Willen des Schuldners gelangt. Ehe nicht feststeht, wozu der Schuldner verpflichtet war, läßt sich nicht einwandfrei würdigen, ob etwa trotz der an eine inkongruente Deckung geknüpften Beweiswürdigungsgrundsätze ausnahmsweise anzunehmen ist, daß der Schuldner sich im Rechtsirrtum befunden habe.

2. Das Berufungsgericht neigt zu der Annahme, es liege ein Erfüllungsgeschäft vor, weil der Schuldner T. verpfichtet gewesen sei, dem Beklagten die von diesem gewährten Leistungen mit Rücksicht auf das Scheitern der geplanten Zusammenarbeit und seinen, des T., wirtschaftlichen Zusammenbruch zu erstatten, d.h. zurückzuzahlen oder zu sichern. Die Auffassung, es könne ein Erfüllungsgeschäft gegeben sein, ist irrig.

a) Daß ein Zahlungsanspruch des Beklagten gegen T. bestand, ist unstreitig. Aber nicht darauf, sondern auf die Abtretung der Forderung auf Auszahlung im Zwangsversteigerungsverfahren kommt es an. Was nun die angebliche Zusage betrifft, die Forderung des Beklagten zu erfüllen, so vermag sie der Abtretung nicht die Merkmale eines Erfüllungsgeschäfts zu verleihen. Der Begriff der kongruenten Deckung erfordert im Interesse der Gläubiger eine enge Auslegung (BGH Urteil vom 25. September 1952 - IV ZR 13/52 - LM KO § 30 Nr. 1; BGHZ 33, 389, 393).

Der Beklagte hatte im vorliegenden Fall Anspruch auf Zahlung und nicht auf Abtretung einer Forderung. Die Abtretung erfolgte nach der ausdrücklichen Feststellung des Berufungsgerichts zahlungshalber. Bei einer Leistung erfüllungshalber bleibt das ursprüngliche Schuldverhältnis aufrechterhalten, der Gläubiger ist nur in der Regel verpflichtet, zunächst aus der neuen Forderung seine Befriedigung zu suchen. Das ursprüngliche Schuldverhältnis erlischt erst, wenn sich der Gläubiger befriedigt hat. Wirtschaftlich gesehen nähert sich daher die Abtretung erfüllungshalber einer Sicherung, solange der Gläubiger aus der abgetretenen Forderung nicht Befriedigung erlangt hat. Die Leistung erfüllungshalber ist gegenüber dem ursprünglich Geschuldeten im Zeitpunkt der Leistung etwas Zusätzliches und nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, gegenüber der geschuldeten Leistung ein Weniger. Daß die Leistung erfüllungshalber ein Mehr ist, zeigt sich deutlich im vorliegenden Fall. Der bloße

Anspruch auf Zahlung war wertlos, weil der Schuldner Barmittel nicht besaß. Aus der Forderung des Schuldners auf Zuteilung eines Betrages im Zwangsversteigerungsverfahren vermochte der Beklagte, der keine Schuldtitle besaß und keine Pfändung ausbringen konnte, sich nicht zu befriedigen. Erst die - angeblich am 25. August 1961 erfolgte - Abtretung der Forderung gab ihm die Möglichkeit, ungeachtet der von der Klägerin ausgebrachten Pfändung der Forderung des Schuldners seine Befriedigung aus dieser Forderung Anfang November 1961 zu finden. Die Abtretung einer Forderung erfüllungshalber ist, weil der Schuldner auf eine Befriedigung dieser Art keinen Rechtsanspruch hat, ein inkongruentes Deckungsgeschäft (ebenso RG WarnRspr 1940 Nr. 112; Mentzel/Kuhn, Konkursordnung 7. Aufl. § 30 Anm. 47; für Leistung an Erfüllung Statt: Böhle/Stamschräder, Anfechtungsgesetz 3. Aufl. § 3 Anm. I 6; Warneyer/Bohnenberg, Anfechtungsgesetz § 3 Anm. II 3 S. 91; Jaeger, Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens 2. Aufl. § 3 Anm. 18).

b) Das Berufungsgericht scheint eine Verpflichtung des Schuldners T. zur Abtretung seiner Forderung auch daraus herzuleiten, daß die unter Nr. 18 und 19 eingetragenen Hypotheken zugunsten der für den Beklagten unter Nr. 25 eingetragenen Grundschuld mit einer Löschungsvormerkung hätten belastet werden sollen, diese Vormerkung aber abredewidrig nicht eingetragen worden sei. Es meint wohl, der Beklagte hätte, wenn die Eintragung der Löschungsvormerkung erfolgt wäre, ein Recht auf Auszahlung des auf die Eigentümergrundschuld entfallenden Erlöses gehabt. Eine solche Auffassung wäre aber unrichtig. Der Lösungsanspruch gibt, wenn zwi-

schen dem belasteten und dem begünstigten Grundpfandrecht andere Grundpfandrechte (sogenannte Zwischenrechte) eingetragen sind, nur ein Recht auf Überlassung des auf die Eigentümergrundsschuld entfallenden Erlösanteils, der nach Berücksichtigung der Zwischenrechte übrig bleibt. Er gibt dagegen nicht ein weitergehendes Recht auf Rangrücktritt oder Abtretung der Eigentümergrundsschuld (BGHZ 25, 382, 385 ff). Daher hat der durch die Löschungsvormerkung begünstigte Grundpfandrechtsgläubiger beim Vorhandensein von Zwischenrechten, auch wenn diese nicht durch eine Löschungsvormerkung begünstigt sind, nur insoweit Anspruch auf den auf die Eigentümergrundsschuld entfallenden Erlösanteil, als er auch bei vor dem Zuschlag durchgeführter Löschung der Eigentümergrundsschuld zum Zuge gekommen wäre (BGHZ 25, 382, 385 ff; 39, 242, 246).

c) Das Berufungsgericht stellt schließlich fest, der Schuldner T. habe dem Beklagten zugesagt, dessen Forderung unter allen Umständen ausreichend abzusichern. Diese Verpflichtung, so glaubt das Berufungsgericht, habe T. durch die Abtretung erfüllt oder mindestens erfüllen wollen. Hat ein Schuldner sich gegenüber seinem Gläubiger zur Stellung bestimmter Sicherheiten verpflichtet, so stellt die Einräumung der Sicherheiten allerdings eine kongruente Befriedigung dar. So liegt hier der Fall indessen nicht. Das Berufungsgericht läßt sich nicht darüber aus, welchen Inhalt die Zusage des Schuldners T. gehabt haben soll. Die behauptete Vereinbarung übertrug nicht bereits Sicherungsgut, sondern bildete

eine Sicherungsabrede, d.h. sie begründete die Verpflichtung des Schuldners T■■■■, bestehende oder künftige Forderungen des Beklagten zu einem künftigen Zeitpunkt durch Übertragung von Sicherungsgut für den Fall der Nichterfüllung zu sichern. Der Sicherungszweck läßt sich aber nur verwirklichen, wenn gesicherte Forderung und Sicherungsgut bestimmt genug umschrieben sind (Serrick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung Bd. I § 4 II 2 S. 57, Bd. II § 18 I 2 S. 48). Daran fehlt es hier. Wie die Sicherung des Beklagten erfolgen solle, ob durch Grundpfandrecht oder durch Sicherungsübereignung oder durch Sicherungsabtretung oder in anderer Weise, wer gegebenenfalls die Auswahl unter den Sicherungsmitteln zu treffen habe und wann die Forderungen des Gläubigers "ausreichend" gesichert seien, blieb völlig im Dunkel. Es ist deshalb bereits fraglich, ob es sich bei der behaupteten Erklärung des Schuldners, eine Forderung unter allen Umständen ausreichend abzusichern, nicht um unverbindliche Redereien handelte. Jedenfalls ist aber die von dem Schuldner T■■■■ angeblich geschuldete Sicherung des Gläubigers weder bestimmt, noch läßt sie sich bestimmen. Kuhn (WM 1957, 151, 152; bei Mentzel/Kuhn, Konkursordnung 7. Aufl. § 30 Anm. 2) nimmt deshalb mit Recht an, daß eine dem Gläubiger gewährte Sicherung als inkongruente Deckung der Anfechtung unterliegt, wenn die Geschäftsbedingungen, die der Sicherungsgewährung zugrunde liegen, so unbestimmt sind, daß sie keinen klagbaren Übereignungsanspruch geben.

Der Bundesgerichtshof (WM 1961, 28) ist der Ansicht von Kuhn in einem Falle gefolgt, in dem eine Bank die Bestellung einer Grundschuld als Erfüllung der aus § 19 Abs. 1 der allgemeinen Geschäftsbedin-

gungen der Banken folgenden Verpflichtung sah, § 19 lautet insoweit:

"Die Bank hat ihren Kunden gegenüber jederzeit Anspruch auf die Bestellung oder Verstärkung bankmäßiger Sicherheiten für alle Verbindlichkeiten, auch soweit sie bedingt oder befristet sind."

Der Bundesgerichtshof führt aus, innerhalb des Bereiches der bankmäßigen Sicherheit sei der Sicherungsanspruch der Bank unbestimmt. Für das Verlangen nach Sicherheitsleistung gälten die Vorschriften der §§ 232 bis 240 BGB entsprechend. Die Bank habe nur einen Anspruch auf die Bestellung der Sicherheit schlechthin und der Schuldner die freie Wahl unter den in Betracht kommenden Sicherheitsmitteln. Die Bank habe daher die Bestellung der streitigen Grundschuld nicht beanspruchen können und bei der im Interesse der Konkursgläubiger gebotenen engen Auslegung des Begriffes der kongruenten Deckung eine inkongruente Deckung erhalten. Diese Entscheidung ist zwar nicht ohne Widerspruch geblieben. Scholz (NJW 1961, 2006) meint, aus dem Begriff der "bankmäßigen" Sicherheit ergebe sich, daß die Verpflichtung des Schuldners zur Sicherheitsleistung eine beschränkte Gattungsschuld darstelle. Eine Sicherung aus dem Kreise derjenigen Sicherheiten, die im Bankverkehr üblicherweise zur Grundlage von Kredit gemacht würden, habe die Bank von Anfang an zu beanspruchen. Im übrigen liege eine kongruente Deckung vor, wenn der Gläubiger eine Leistung annehmen müsse, weil sie in den Rahmen passe, der von dem Anspruch des Gläubigers umfaßt sei. Ob diese Bedenken begründet sind, braucht hier nicht entschieden zu werden. Im vorliegenden Fall war weder der Kreis der Güter festgelegt, aus dem der Sicherungsgegenstand entnommen werden sollte, noch war

bestimmt, wer die Wahl zu treffen hatte. Daß der Beklagte gewillt war, sich der Entscheidung seines Schuldners über den Sicherungsgegenstand zu unterwerfen, ist nicht vorgetragen und schwerlich anzunehmen. Würde bei einer so gestalteten vagen Verpflichtung des Schuldners der Gläubiger einen Anspruch haben, daß der Schuldner ihm aus seinem Vermögen auf seinen, des Gläubigers, Wunsch Gegenstände zur Sicherung überlasse, so liefе das mit den Worten des Urteils BGHZ 33, 389 letzten Endes auf ein unstatthafte "Generalpfandrecht" des Gläubigers am Vermögen des Schuldners hinaus. Es ist deshalb in Übereinstimmung mit dem angeführten Urteil anzunehmen, daß hier der Beklagte auf die Abtretung der Forderung aus der Zwangsversteigerung keinen Rechtsanspruch hatte und daß deshalb die Abtretung eine inkongruente Sicherung war.

Die Zusage des Schuldners T■■■■, den Beklagten "unter allen Umständen" zu befriedigen oder zu sichern, könnte auch dahin ausgelegt werden, daß der Beklagte gegen T■■■■ einen Anspruch darauf haben sollte, vor allen anderen Gläubigern, notfalls durch Hingabe beliebiger Vermögenswerte, eine Sicherung zu erhalten. Eine solche Abrede würde als sittenwidrig keinen Bestand haben.

3. Hätte der Schuldner T■■■■ tatsächlich geglaubt, mit der Abtretung eine gültige und wirksame Sicherungsabrede zu erfüllen, so würde allerdings wie bei einem Erfüllungsgeschäft das bloße Bewußtsein, die Vertragserfüllung benachteilige die übrigen Gläubiger, noch nicht notwendig den Schluß rechtfertigen, daß diese Benachteiligung beabsichtigt worden sei. In derartigen

Fällen kann diese Absicht erst angenommen werden, wenn es dem Handelnden nicht auf die Vertragserfüllung, sondern vielmehr gerade darauf angekommen ist, seine übrigen Gläubiger zu benachteiligen (RG WarnRspr 1931 Nr. 91). So soll es sich nach Meinung des Berufungsgerichts beim Schuldner T. verhalten haben. Es ist bereits oben ausgeführt, daß der Anfechtungsgegner nicht mit der bloßen Schutzbehauptung gehört werden kann, der Schuldner, der eine inkongruente Sicherung gegeben hat, habe sich im Rechtsirrtum über seine Verpflichtung zur Sicherung befunden, sondern daß der Anfechtungsgegner eine auf den Anlaß, die Zeit und die begleitenden Umstände hin nachprüfbare Sachdarstellung geben muß, die Schlüsse auf die Vorstellung des Schuldners zuläßt. In dieser Hinsicht hat der Beklagte es an jeder näheren Angabe fehlen lassen. Das Berufungsgericht trifft daher insoweit auch keine Feststellungen. Im ersten Rechtszuge hatte der Beklagte die Kongruenz der Abtretung nur daraus hergeleitet, daß bei Hingabe des Darlehens vereinbart worden sei, zur Sicherung des Darlehens solle eine Grundschuld bestellt bzw. eine bereits bestehende Eigentümergrundschuld an den Beklagten abgetreten werden. In der Berufungsbeurteilung führte der Beklagte aus, es handele sich um ein kongruentes Deckungsgeschäft, weil er infolge des Ausfalls seines Sicherungsrechtes (gemeint ist wohl die Grundschuld) auf den Erlös aus der Zwangsversteigerung einen Anspruch gehabt habe. Daß eine Sicherungsabrede in der vom Berufungsgericht festgestellten Art getroffen sei, hat der Beklagte schriftsätzlich überhaupt nicht vorgetragen. Im Tatbestand des angefochtenen Urteils wird seine Behauptung dahin wiedergegeben, T. habe sich ihm gegenüber allgemein verpflichtet, seine fällige Forderung abzusichern.

Der Schuldner T. hat, worauf die Revision zutreffend hinweist, als Zeuge ausgesagt:

"Ich habe vorgehabt, durch die Abtretungserklärung die Forderung des Beklagten zu befriedigen, weil mir der Beklagte in einer schwierigen Zeit mit Geld ausgescholten hat und weil ich wußte, daß er sich (Zeitpunkt der Abtretung) nicht in rosigen Verhältnissen befand. Ich hatte nicht die Absicht, damit einen Gläubiger zu benachteiligen. Ich wollte allerdings auch den Beklagten anderen gegenüber nicht bevorzugen."

Danach hätte der Schuldner T. zwar die Darlehensforderung des Beklagten befriedigen wollen; darüber aber, daß er eine Sicherungszusage habe erfüllen wollen, hat er nichts bekundet. Das Berufungsgericht, an das die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muß, wird unter diesen Umständen auch zu prüfen haben, ob nicht allein der Wille, einem Gläubiger wegen dessen angespannter Vermögenslage eine nicht geschuldete Sicherung zukommen zu lassen, durch die nach Lage der Sache andere Gläubiger zurückgesetzt werden müßten, bereits eine Benachteiligungsabsicht in sich bergen kann.

IV. Da die Sache erneut verhandelt werden muß, bedarf es keines näheren Eingehens auf die weiteren von der Revision erhobenen Verfahrensrügen, insbesondere zu der Frage, ob die Darstellung des Zeugen A., des Rechtspflegers des Vollstreckungsgerichts, über sein Gespräch mit dem Beklagten am 5. September 1961 zu dem Schluß nötigt, der Beklagte habe erst an diesem Tage durch den Zeugen von dem Anspruch des Schuldners aus den Eigentümergrundschulden erfahren und ob die Abtretungserklärung daher

rückdatiert sein muß. Die Klägerin hat Gelegenheit, ihren Vortrag vor dem Berufungsgericht zu ergänzen. Im übrigen sei darauf hingewiesen, daß im ersten Rechtszuge nach dem Tatbestand des Urteils des Landgerichts unstreitig war, daß die Abtretung erst am 5. September 1961 erfolgt ist. Noch in seinem Schriftsatz vom 26. Januar 1963 des zweiten Rechtszuges hat der Beklagte vorgetragen, die mündliche Abtretung sei, wie der Zeuge T. richtig bekundet habe, am 25. August 1961, die notarielle Beglaubigung dagegen am 6. September 1961 erfolgt. Erst in der letzten mündlichen Verhandlung hat der Beklagte bei seiner Anhörung behauptet, die schriftliche Abtretungserklärung sei bereits einige Tage vor dem 6. September 1961 erfolgt; ob das am 25. August 1961 gewesen sei, wisse er nicht mehr. Er könne sich insoweit an das Datum nicht mehr erinnern. Die Abtretung sei sofort schriftlich und nicht erst mündlich erfolgt. Die Beglaubigung sei zu dem in der Urkunde angegebenen Zeitpunkt geschehen, nachdem sie erforderlich geworden sei.

V. Die Sache wurde zur erneuten Verhandlung nach § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen. Dem Berufungsgericht wird auch die Entscheidung über die Kosten der Revision übertragen, weil sie vom Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Dr. Messner

Mormann