

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 71/74

### URTEIL

Verkündet am

25. Juni 1975  
Mückenhausen,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

F[REDACTED] Fu[REDACTED]-B[REDACTED] Bank KG im Fu[REDACTED] A[REDACTED]  
vertreten durch den persönlich haftenden Gesellschafter  
Friedrich Carl F[REDACTED] Fu[REDACTED]-B[REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Dr. Dr. Hermann T[REDACTED] Rechtsanwalt und Steuerberater in  
L[REDACTED]/Donau, Di[REDACTED] Straße [REDACTED] als Konkursverwalter  
über das Vermögen der Firma Le[REDACTED]-De[REDACTED] Maschinen-  
fabrik GmbH in A[REDACTED]-B[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Juni 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Braxmaier, Dr. Hiddemann, Hoffmann und Merz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München mit dem Sitz in Augsburg vom 18. Dezember 1973 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Die beklagte Bank stand in Geschäftsverbindung mit der Firma Le-De- GmbH (Gemeinschuldnerin), deren Konkursverwalter der Kläger ist. Die Gemeinschuldnerin hatte im Juli 1968 an ihren Grundstücken zwei Eigentümergrundschulden in Höhe von je 500 000 DM bestellt. Diese Grundschulden trat sie im November 1968 zur Sicherung an die Beklagte ab. Am 10. Dezember 1968 ließ sich die Beklagte von der Gemeinschuldnerin eine Erklärung unterschreiben, in der es in Bezug auf die Grundschulden heißt:

"... Sie (Beklagte) sind berechtigt, sich wegen aller ihrer Forderungen, auch wenn diese nicht im unmittelbaren Geschäfts-

- 3 -

verkehr mit uns entstanden, sondern z.B.  
durch Abtretung erworben sind, aufgrund  
dieser Grundschuld aus dem Grundstück zu  
befriedigen.  
..."

Am 20. Juli 1970, als sich bei der Gemeinschuldnerin eine Krise mindestens schon abzeichnete, bot die Eisenwaren-Großhandlung Josef St. ebenfalls eine Kundin der Beklagten, dieser ein Wechselakzept der Gemeinschuldnerin über 50 000 DM telefonisch zum Diskont an. Dieses Angebot wurde von der Beklagten mit der Erklärung: "Diese Papiere sind gekauft" sofort angenommen. Die Firma St. setzte alsdann auf den von der Gemeinschuldnerin akzeptierten, am 2. November 1970 fälligen Wechsel ihr Indossament "an Order" der Beklagten und sandte dieser den Wechsel am 23. Juli 1970 zu. Die Beklagte schrieb der Firma St. den Gegenwert am 27. Juli 1970 gut und versteuerte an diesem Tage den Wechsel.

Am 29. Juli 1970 meldete die Gemeinschuldnerin wegen Zahlungsunfähigkeit das Vergleichsverfahren an. Ihr Antrag wurde am 6. August 1970 abgelehnt, zugleich wurde über ihr Vermögen das Konkursverfahren eröffnet.

Die Beklagte meldete die Wechselforderung (zusammen mit weiteren Forderungen) wegen eines etwaigen Ausfalls zur Konkurstabelle an und erklärte, daß sie für alle ihre Forderungen ein Absonderungsrecht aufgrund der ihr übertragenen Grundschulden in Anspruch nehme. Am 7. Dezember 1970 wurde ein Betrag von 277 112,95 DM unter der Sammelbezeichnung "protestierte Wechsel einschließlich Zinsen bis 6. August 1970 ... in Höhe des Ausfalls" durch



Eintragung in die Konkurstabelle festgestellt. In diesem Sammelposten war die Forderung aus dem Wechsel der Firma St. [REDACTED] enthalten. Der Kläger hat das Absonderungsrecht der Beklagten insoweit bestritten.

Inzwischen hatte der Kläger für die belasteten Grundstücke der Gemeinschuldnerin einen Käufer gefunden, der den Ankauf davon abhängig machte, daß die Grundstücke von den Grundschulden freigestellt würden. Da die Beklagte sich weigerte, in die Löschung der Grundschulden einzuwilligen, und auf ihrem vom Kläger bestrittenen Absonderungsrecht bestand, zahlte der Kläger am 11. Januar 1971 an die Beklagte unter Protest 50 000 DM nebst 9 % Zinsen seit 2. November 1970 für den Wechsel der Firma St. [REDACTED] in bar.

Der Kläger fordert diese Zahlung zurück und hat beantragt,

die Beklagte zur Zahlung von 50 000 DM  
nebst 9 % Zinsen vom 2. November 1970  
mit 11. Januar 1971 und 4 % Zinsen seit  
dem 12. Januar 1971 zu verurteilen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben und die vom Kläger nach § 30 Nr. 2 KO erklärte Anfechtung für begründet erachtet.

Mit der Revision begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Der Kläger hat beantragt, die Revision zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

I. Daraus, daß die Gemeinschuldnerin den Wechsel in verkehrsüblicher Weise der Firma St. [REDACTED] gegeben hatte und daß diese ihn verkaufen durfte, kann im Gegensatz zur Auffassung der Revision noch nicht hergeleitet werden, daß das von der Beklagten für diese Wechselforderung in Anspruch genommene Absonderungsrecht aufgrund ihrer Sicherungsabrede mit der Gemeinschuldnerin vom 10. Dezember 1968 der Konkursanfechtung nach § 30 Nr. 2 KO entzogen ist.

II.1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, das von der Beklagten für den Wechsel in Anspruch genommene Absonderungsrecht sei nicht schon mit dem telefonischen Ankauf am 20. Juli 1970, sondern erst mit der Übertragung des Wechsels auf die Beklagte, dem Erfüllungsgeschäft also, entstanden. Diese sei aber frühestens am 23. Juli 1970 mit dem Eingang des indossierten Wechsels bei der Beklagten erfolgt. Am 20. Juli 1970 sei zwischen der Beklagten und der Firma St. [REDACTED] allenfalls ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag über den Wechsel abgeschlossen worden, weil nach Nr. 8 Absatz 3 der AGB der Beklagten telefonische Mitteilungen nur vorbehaltlich schriftlicher Bestätigung Geltung hätten.

2. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte sich gegenüber der Firma St. [REDACTED] auf Nr. 8 Absatz 3 ihrer AGB hätte berufen können, oder ob hier in der telefonischen Erklärung der Beklagten angesichts der besonderen Fallgestaltung ein endgültiger Ankauf des Wechsels lag, wie die Revision meint. Zurecht ist jedenfalls das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß

es sich um einen üblichen Wechseldiskontvertrag gehandelt hat, bei dem das Recht aus dem Wechsel dem Recht am Papier folgte (Art. 11 ff WG), und nicht um einen außergewöhnlichen Vertrag zwischen der Beklagten und der Firma St[REDACTED]. Dies hat der Prokurist der Firma St[REDACTED], der Zeuge K[REDACTED], demgegenüber die Beklagte die telefonische Ankaufserklärung abgegeben hatte, bei seiner Vernehmung bestätigt. Die auf tatrichterlichem Gebiet liegende Würdigung, daß die Beklagte die Wechselforderung und die ihr zugrundeliegende Kaufpreisforderung der Firma St[REDACTED] frühestens am 23. Juli 1970 erlangt hat, als sie in den Besitz des indossierten Wechsels gekommen ist, ist möglich und wird von der Revision vergeblich angegriffen.

3. Nach § 30 Nr. 2 KO sind diejenigen Rechtshandlungen anfechtbar, die nach der Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners erfolgt sind und einem Konkursgläubiger eine Sicherung gewährt haben, die er nicht zu beanspruchen hatte.

a) Die Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin ist nach der Feststellung des Berufungsgerichts am 22. Juli 1970 erfolgt. Die Revision verkennt in diesem Zusammenhang, daß im Berufungsverfahren der vom Landgericht aufgrund der Beweisaufnahme festgestellte Termin der Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin am 22. Juli 1970 nicht mehr streitig war, so daß die von der Beklagten im ersten Rechtszug dafür angebotenen Beweise, daß von einer Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin nicht vor Ende Juli/Anfang August 1970 die Rede sein konnte, nicht erhoben werden mußten. Mit dem neuerlichen Bestreiten des Zeitpunkts der Zahlungseinstellung kann die Revision im Hinblick auf § 561 ZPO nicht gehört werden. Der Zeitpunkt

der Vollendung des Erwerbs der Wechselforderung durch die Beklagte liegt damit aber nach der Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin.

b) Daß eine Rechtshandlung im Sinne von § 30 Nr. 2 KO nicht eine solche des Gemeinschuldners sein muß, hat der erkennende Senat in seinem Urteil vom 25. September 1972 - VIII ZR 216/71 = BGHZ 59, 230 = NJW 1972, 2084 bereits klargestellt. Hieran wird festgehalten. Daß im vorliegenden Falle im Gegensatz zur früheren Entscheidung nicht einfache Forderungen, sondern ein Wechsel samt der ihm zugrunde liegenden Kaufpreisforderung an die Beklagte abgetreten worden sind, rechtfertigt keine abweichende Beurteilung der Rechtslage.

c) Für den Wechsel bestand bei der Firma St. vor der Übertragung auf die Beklagte keine besondere Sicherung. Eine solche entstand erst durch die Valutierung der der Beklagten von der Gemeinschuldnerin abgetretenen Grundschuld mit der Wechselsumme (Senatsurteil vom 25. September 1972 aaO). Diese so erworbene Sicherung des Wechsels war inkongruent, weil der Firma St. kein Anspruch auf Sicherung ihrer Wechsel- oder Kaufpreisforderung zustand, als die Beklagte diese Forderungen nach der Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin übertragen erhielt. Die übrigen Konkursgläubiger wurden durch die Einstellung des Wechsels und seiner Grundforderung unter die Sicherheiten der Beklagten benachteiligt; denn die Grundschuld hätte, soweit sie nicht valutiert war, von der Beklagten der Konkursmasse herausgegeben werden müssen. Maßgebend für die Feststellung der Benachteiligung ist bei mittelbarer Gläubigerbenachteiligung, wie hier, der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der

Tatsacheninstanz (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 1962 - VIII ZR 192/61 = WM 1963, 269). Daß die Sicherheiten der Beklagten "letztlich" ihre Forderungen überstiegen, ist unstreitig und wird von der Revision nicht in Zweifel gezogen.

III. Das Berufungsgericht hat den der Beklagten obliegenden Nachweis, daß ihr am 23. Juli 1970 die Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin nicht bekannt gewesen sei, als nicht geführt angesehen. Das Berufungsgericht hat bei dieser Feststellung keine Verfahrensvorschriften verletzt.

1. Der Kläger hatte im Laufe des Rechtsstreits in beiden Tatsacheninstanzen wiederholt darauf hingewiesen, daß die Beklagte als Hausbank der Gemeinschuldnerin deren finanziell bedrohliche Lage gekannt habe. Er hatte die Beklagte letztmals in seiner Berufungsbegründung vom 25. September 1973 (S. 14) zur Führung des Entlastungsbeweises aufgefordert. Wenn die Beklagte demgegenüber erstmals in ihrem in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht übergebenen Schriftsatz vom 19. November 1973 unter Benennung eines Zeugen Beweis dafür angetreten hat, daß sie von den Tatsachen, aus denen sich die Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin ergab, am 23. Juli 1970 noch nichts wußte, so hat dies das Berufungsgericht zu Recht nach § 279 Abs. 2 ZPO wegen grober Nachlässigkeit als verspätet zurückgewiesen. Die Zulassung des als Verteidigungsmittel verspätet vorgebrachten Beweisangebots der Beklagten hätte den Rechtsstreit verzögert, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, zumal auch eine Ladung nach § 272 b ZPO wegen der späten Benennung des Zeugen nicht möglich war. Daß

die Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin am 22. Juli 1970 bereits erfolgt ist, war unter den Parteien im Berufungsverfahren nicht mehr streitig.

2. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang auch den Umstand in Betracht gezogen, daß die Beklagte der Gemeinschuldnerin noch nach deren Zahlungseinstellung am 29. Juli 1970 einen weiteren Kredit für die teilweise Auszahlung von fälligen Löhnen eingeräumt hat. Die Würdigung, die das Berufungsgericht dieser Tatsache gibt, liegt wiederum auf tatrichterlichem Gebiet und ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Sie wird bekräftigt durch den Umstand, daß sich die Beklagte für diesen Kredit eine Reihe von Kundenwechseln und Schecks von der Gemeinschuldnerin nach Prüfung von deren Bonität zum Zwecke der zusätzlichen Sicherung hat aushändigen lassen, was die Beklagte nicht bestritten hat. Dieser Kredit konnte demnach nur mit etwaigen Ausfallbeträgen die aus den Grundschulden bestehenden Sicherheiten der Beklagten belasten. Eine Unterdeckung der Beklagten für ihre Forderungen durch die in ihren Händen befindlichen Sicherheiten bestand nur für den Fall, daß sämtliche sich in ihrem Besitz befindlichen Kundenwechsel und Kundenschecks, die sie von der Gemeinschuldnerin erhalten hatte, uneingelöst geblieben wären und daß sie aus allen Avalverpflichtungen in voller Höhe in Anspruch genommen worden wäre, was nicht der Fall war. Daß der der Gemeinschuldnerin von der Beklagten eingeräumte Avalkredit voll ausgenutzt gewesen sei, ist nicht einmal behauptet.

IV. Das Berufungsgericht ist zurecht davon ausgegangen, daß dem von der Beklagten wegen des diskontierten Wechsels in Anspruch genommenen Absonderungsrecht

die vom Kläger erklärte Konkursanfechtung nach § 30 Nr. 2 KO entgegensteht (vgl. Senatsurteil vom 25. September 1972 aaO), nachdem die Beklagte den Nachweis nicht geführt hat, daß ihr zur Zeit des Wirksamwerdens der Diskontierung die Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin nicht bekannt war. Mit Recht hat das Berufungsgericht deshalb die Beklagte zur Rückzahlung des vom Kläger als Konkursverwalter unter Protest zur Ablösung der Grundschuld bezahlten Betrages verurteilt. Die Revision war demnach auf Kosten der Beklagten (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Merz