

Deutsche Zeitschrift für **Wirtschafts-**  
**und Insolvenzrecht**

**Aufsätze***Stefan Smid*

10 Jahre Insolvenzordnung – (k)ein trauriger Rückblick aus Sicht der Kreditinstitute(!)? 397

*Axel Koza*

Ist § 133 Abs. 1 InsO bei kongruenter Deckung einzuschränken? 404

**Rechtsprechung***Arbeitsgerichtsbarkeit*

BAG, Beschluss vom 15. 7. 2009 – GmS-OBG 1/09, Rechtsweg bei Insolvenzanfechtung verspäteter Lohnzahlungen 407

*Finanzgerichtsbarkeit*

BFH, Urteil vom 17. 7. 2008 – I R 77/06, Aufgabe der Theorie der finalen Entnahme 407

BFH, Urteil vom 13. 5. 2009 – XI R 63/07, Umsatzsteuerbescheid im laufenden Insolvenzverfahren 412

BFH, Urteil vom 27. 5. 2009 – I R 94/08, Verlustverrechnung bei Verschmelzung von Kapitalgesellschaften 414

*Zivilgerichtsbarkeit*

BGH, Beschluss vom 27. 4. 2009 – II ZB 16/08, Ausschluss eines Mitglieds aus einer Genossenschaft 416

BGH, Urteil vom 7. 5. 2009 – IX ZR 140/08, Kredittilgung als inkongruente Deckung (Anmerkung *Thomas Wazlawik*) 417

BGH, Beschluss vom 14. 5. 2009 – IX ZB 116/08, Versagung der Restschuldbefreiung 420

BGH, Urteil vom 18. 5. 2009 – II ZR 262/07, Mindestausgabebetrag von Bezugsaktien 422

BGH, Urteil vom 25. 6. 2009 – IX ZR 98/08, Vorausabtretung kontokorrentgebundener Forderungen und des kausalen Schlussaldos 425

BGH, Urteil vom 25. 6. 2009 – IX ZR 154/08, Feststellung des Rechtsgrunds einer Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung 427

BGH, Beschluss vom 25. 6. 2009 – IX ZB 196/08, Obliegenheitsverletzung in der Wohlverhaltensphase 428

BGH, Urteil vom 2. 7. 2009 – IX ZR 126/08, Absonderungsrecht in der Wohlverhaltensphase 430

BGH, Urteil vom 16. 7. 2009 – IX ZR 118/08, Zahlungen an den Schuldner nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens 431

BGH, Beschluss vom 16. 7. 2009 – IX ZB 221/08, Keine PKH für Insolvenzverwalter (Anmerkung *Philipp Böcker*) 433

BGH, Beschluss vom 16. 7. 2009 – IX ZB 166/07, Statthaftigkeit der sofortigen Beschwerde 437

OLG Koblenz, Beschluss vom 19. 1. 2009 – 2 U 419/08, Sicherungsvertrag mit kongruenter und inkongruenter Deckung 438

**Buchbesprechungen**Rechel, Die Aufsicht des Insolvenzgerichts über den Insolvenzverwalter (Besprechung *Curt Wolfgang Hergemöder*) 440

## BGH, Kredittilgung als inkongruente Deckung

InsO §§ 96, 131

Urteil vom 7. 5. 2009 – IX ZR 140/08

**Hat der Schuldner einen ungekündigten Kontokorrentkredit nicht ausgeschöpft, führen in kritischer Zeit eingehende, dem Konto gutgeschriebene Zahlungen, denen keine Abbuchungen gegenüberstehen, infolge der damit verbundenen Kredittilgung zu einer inkongruenten Deckung zugunsten des Kreditinstituts.**

(Vorgehend: LG Darmstadt, 13. 12. 2006 – 2 O 92/06; OLG Frankfurt in Darmstadt, 14. 12. 2007 – 24 U 13/07)

### Sachverhalt

1 Der Kläger ist Verwalter in dem auf den Eigenantrag vom 21. 10. 2003 über das Vermögen der S. GmbH (Schuldnerin) am 26. 1. 2004 eröffneten Insolvenzverfahren.

2 Die beklagte Sparkasse räumte der Schuldnerin ab dem 1. 7. 2003 unbefristet eine Kreditlinie in Höhe von 100.000 € ein. Innerhalb der letzten drei Monate vor Antragstellung wurde der Kredit um insgesamt 44.599,46 € zurückgeführt. Die H. Baugesellschaft mbH überwies auf das Konto der Schuldnerin am 7. 8. 2003 einen Betrag von 30.833,33 € und am 4. 9. 2003 einen weiteren Betrag von 9.950,03 €; beide Zahlungen beruhten auf einem – zwischenzeitlich rechtskräftigen – vorläufig vollstreckbaren Urteil, aus dem die Schuldnerin aufgrund seitens der Beklagten gestellter Bankbürgschaften vollstrecken konnte. Außerdem gingen am 22. 8. 2003 eine Zahlung von 1.746 € und am 5. 9. 2003 eine Zahlung von 157,53 € auf dem Konto der Schuldnerin ein. Schließlich erfolgte eine Buchung zugunsten der Schuldnerin unter dem Titel »Zahlungen Sparkasse intern« in Höhe von 1.912,57 €. Nach Bekanntwerden des Insolvenzantrags kündigte die Beklagte die Geschäftsverbindung zu der Schuldnerin mit Schreiben vom 19. 11. 2003. Unstreitig hätte die Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt Verfügungen der Schuldnerin von ihrem Konto zugelassen.

3 Der Kläger verlangt von der Beklagten im Wege der Insolvenzanfechtung Zahlung in Höhe von 44.599,46 €. Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit seiner von dem erkennenden Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter.

### Aus den Gründen

4 Die Revision führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 I. Das Oberlandesgericht hat gemeint, es könne von einem Bargeschäft ausgegangen werden, weil die Gewährung der Kreditlinie unter Übernahme der Bürgschaften eine Gegenleistung der Beklagten für die von der Firma H. zugunsten der Schuldnerin vorgenommenen Einzahlungen darstelle. Diese Einzahlungen bedeuteten keine Rückführung des von der Schuldnerin bei der Beklagten in Anspruch genommenen Kredits, sondern eine zeitweilige Gutschrifterhöhung. Bei dieser Sachlage spiele es keine Rolle, ob die Beklagte bereits einen Anspruch auf Kreditrückführung gehabt habe, weil sie unstreitig keine Kreditrückführung begehrt habe. Durch den Zahlungseingang auf dem Konto der Schuldnerin sei eine Gläubigerbenachteiligung nicht eingetreten. Vielmehr habe die Schuldnerin einen Zahlungsanspruch gehabt, so dass es auf eine Gegenleistung nicht ankomme.

6 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht stand.

7 1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde die der Schuldnerin gewährte Kreditlinie in Höhe von 100.000 € in dem Zeitraum von drei Monaten vor Insolvenzantragstellung durch Kontogutschriften um 44.599,46 € verringert. Die darin liegende Rückzahlung des Kredits ist als inkongruente Deckung anfechtbar (§ 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO).

8 a) In kritischer Zeit vorgenommene Verrechnungen eines Kreditinstituts von Ansprüchen seines Kunden aus Gutschriften aufgrund

von Überweisungen mit Forderungen, die dem Institut gegen den Kunden aus der in Anspruch genommenen Kreditlinie eines Kontokorrentkredits zustehen, können nach §§ 130, 131 InsO anfechtbar und deshalb nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO unzulässig sein. Welche Norm eingreift, hängt davon ab, ob – etwa wegen Kündigung des Kreditvertrages – ein Anspruch der Bank auf Rückzahlung des Kredits fällig ist oder nicht (BGHZ 171, 38, 41 f. [= DZWIR 2007, 517 mit Bespr. *Smid*, DZWIR 2007, 485, 503] Rdn. 10). Ein Anspruch der Bank, Gutschriften mit dem Saldo eines Kreditkontos zu verrechnen und dadurch ihre eigene Forderung zu befriedigen, besteht nur dann, wenn sie zum jeweiligen Zeitpunkt der Verrechnung Rückzahlung des Kredits verlangen kann.

9 b) Der Kreditgeber kann die Rückzahlung eines ausgereichten Kredits erst nach dessen Fälligkeit fordern. Allein die Giro- oder Kontokorrentabrede stellte den der Schuldnerin gewährten Kredit nicht zur Rückzahlung fällig (BGHZ 150, 122, 127 [= DZWIR 2002, 385 mit Anm. *M. Dietrich*]; BGH, Urt. v. 1. 10. 2002 – IX ZR 360/99, ZIP 2002, 2182, 2183). Vielmehr wird die Fälligkeit nur durch das Ende einer vereinbarten Laufzeit, eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung begründet (*Obermüller*, Insolvenzzrecht in der Bankpraxis, 7. Aufl., Rdn. 6.242). Die Kündigung ist hier erst am 19. 11. 2003 – und damit nach Rückführung der Kreditlinie um 44.599,46 € – ausgesprochen worden. Hat der Schuldner – wie im Streitfall – den ungekündigten Kontokorrentkredit nicht vollständig ausgeschöpft, führen in der kritischen Zeit eingehende Zahlungen, die dem Konto gutgeschrieben werden, zu einer inkongruenten Deckung (BGHZ 150, 122, 125 ff. [= DZWIR 2002, 385 mit Anm. *M. Dietrich*]; BGH, Urt. v. 17. 6. 1999 – IX ZR 62/98, ZIP 1999, 1271, 1272; Urt. v. 11. 10. 2007 – IX ZR 195/04, ZIP 2008, 237 [= DZWIR 2008, 116] Rdn. 4).

10 c) Die Kongruenz der Kredittilgung kann entgegen der Auffassung der Revisionsrweiterung nicht aus einer Verrechnungsbefugnis der Beklagten hergeleitet werden. Dass diese die Kreditlinie offengehalten hat, macht die Verrechnung nicht kongruent, soweit die Kreditlinie tatsächlich nicht mehr in Anspruch genommen wurde.

11 aa) Das Kreditinstitut ist im Rahmen des Girovertrages einerseits berechtigt und verpflichtet, für den Kunden bestimmte Geldeingänge entgegenzunehmen und seinem Konto gutzuschreiben. Andererseits hat das Kreditinstitut Überweisungsaufträge des Kunden zu Lasten seines Girokontos auszuführen, sofern dieses eine ausreichende Deckung aufweist oder eine Kreditlinie nicht ausgeschöpft ist. Setzt das Kreditinstitut unter Beachtung dieser Absprachen den Giroverkehr fort, handelt es vertragsgemäß und damit kongruent (BGHZ 150, 122, 129 [= DZWIR 2002, 385 mit Anm. *M. Dietrich*]; BGH, Urt. v. 17. 6. 2004 – IX ZR 2/01, WM 2004, 1575 f. [= DZWIR 2004, 465]).

12 bb) Vorliegend geht es indessen nicht um die vertragskonforme Abwicklung des Giroverkehrs durch die Verrechnung von Zahlungseingängen mit Zahlungsausgängen. Den Zahlungseingängen zugunsten der Schuldnerin standen unstreitig keine Kontobelastungen infolge an Dritte bewirkter Überweisungen gegenüber. Vielmehr hat die Beklagte sämtliche Zahlungseingänge mit eigenen gegen die Schuldnerin bestehenden Forderungen verrechnet. Demnach betrifft die Anfechtung in vollem Umfang die auf dem Konto der Schuldnerin eingegangenen Zahlungen, welche die Beklagte eigennützig zur Begleichung ihrer Kreditforderung verwendet hat. Anfechtbar sind stets Verrechnungen, mit denen eigene Forderungen der Gläubigerbank getilgt werden (BGHZ 150, 122, 127 [= DZWIR 2002, 385 mit Anm. *M. Dietrich*]; BGH, Urt. v. 11. 10. 2007, aaO, S. 237, 238 [= DZWIR 2008, 116] Rdn. 6). Selbst wenn – anders als im Streitfall – neben den Zahlungseingängen von dem Schuldner veranlasste Überweisungen in eine Kontoverbindung einzustellen sind, liegt insoweit eine durch die Verrechnung bewirkte anfechtbare Kredittilgung vor, als die Summe der Eingänge die der Ausgänge übersteigt (BGH, Urt. v. 15. 11. 2007 – IX ZR 212/06, ZIP 2008, 235, 236 f. Rdn. 15). Die Saldierungsvereinbarung deckt also nicht die endgültige Rückführung des eingeräumten Kredits, sondern lediglich das Offenhalten der Kreditlinie für weitere Verfügungen des Kunden (BGHZ 150, 122, 129

[= DZWIR 2002, 385 mit Anm. M. Dietrich]). Da die Schuldnerin die ihr von der Beklagten weiter eingeräumte Kreditlinie tatsächlich nicht genutzt und keine Überweisungsaufträge erteilt hat, durfte die Beklagte eingegangene Mittel nicht zu einer Kredittilgung verwenden.

13 2. Handelt es sich mithin um eine inkongruente Deckung, kommt der von dem Berufungsgericht angeführte Einwand des Bargeschäfts nicht zum Tragen (BGHZ 150, 122, 130 [= DZWIR 2002, 385 mit Anm. M. Dietrich]; BGH, Urt. v. 15. 11. 2007, aaO, Rdn. 15 m. w. N.). Davon abgesehen kann die Übernahme der Bürgschaft durch die Beklagte schon deshalb nicht als Gegenleistung im Sinne des § 142 InsO gewertet werden, weil die Beklagte aus der Bürgschaft – für deren Stellung sie von der Schuldnerin die vereinbarte Avalvergütung erhalten hat – tatsächlich nicht in Anspruch genommen wurde. Mangels einer den Zahlungseingängen gleichwertigen Gegenleistung sind die Voraussetzungen des § 142 InsO bereits im Ansatz nicht erfüllt. Überdies handelt es sich auch bei der Einstellung eines Rückgriffsanspruchs aus der Inanspruchnahme wegen einer Bürgschaft in das Kontokorrent nicht um eine grundsätzlich unanfechtbare Bardeckung (BGH, Urt. v. 17. 6. 2004 – IX ZR 124/03, WM 2004, 1576, 1577 [= DZWIR 2004, 465]; Urt. v. 11. 10. 2007, aaO, S. 238 [= DZWIR 2008, 116] Rdn. 10).

14 III. Auf die Revision ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO) und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Die neu eröffnete mündliche Verhandlung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit zur Prüfung, ob die Schuldnerin als weitere Voraussetzung einer Anfechtung nach § 131 Abs. 1 Nr. 2 InsO zahlungsunfähig war. Da die Tatgerichte hierzu noch keine Feststellungen getroffen haben, ist dem Senat eine Endentscheidung versagt. Die Sache ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht mangels einer Gläubigerbenachteiligung abweisungsreif. Die Beklagte hat durch die Verrechnungen die Gesamtheit der Insolvenzgläubiger benachteiligt, weil sie an den verrechneten Eingängen nicht insolvenzfest gesichert war (BGH, Urt. v. 11. 10. 2007, aaO, S. 237 [= DZWIR 2008, 116] Rdn. 4).

## Anmerkung

### I. Einleitung

Die vorliegende Entscheidung gehört in die Fallgruppe »Kontokorrentverrechnungen«, wo es sich regelmäßig zwischen unanfechtbarem Bargeschäft gemäß § 142 InsO und anfechtbarer Herstellung der Auf-/Verrechnungslage gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu entscheiden gilt. Auch wenn der BGH meist die umgekehrte Reihenfolge wählt, empfiehlt sich in Fällen eines ungekündigten Kontokorrents wie dem vorliegenden dennoch, die Voraussetzungen des Bargeschäfts zuerst zu prüfen (nachfolgend II). Sind diese nicht erfüllt, ist zu prüfen, ob die Herstellung der Aufrechnungslage kongruent – dann § 130 InsO – oder inkongruent – dann § 131 InsO – erfolgte (nachfolgend III). Ist die Anfechtbarkeit gegeben, ist schließlich die richtige Anspruchsgrundlage zu bestimmen (nachfolgend IV).

### II. Bargeschäft (§ 142 InsO)

#### 1. Stand der Rechtsprechung

Der Bargeschäftseinwand der verklagten Bank kommt typischerweise beim ungekündigten Kontokorrent in Betracht. Er ist beachtlich, wenn für die »Leistung des Schuldners« – die Habenbuchungen<sup>1</sup> – »unmittelbar eine gleichwertige Gegenleistung« der Bank in das Vermögen des Schuldners gelangt. Die bisherige Rechtsprechung des BGH dazu lässt sich wie folgt zusammenfassen:

#### a) Unmittelbarkeit

Unmittelbarkeit ist gegeben, wenn die Bank ihre Gegenleistung – regelmäßig die kontokorrentabredegemäße und damit

kongruente<sup>2</sup> Gewährung neuen/weiteren Kredits<sup>3</sup> (Sollbuchungen aufgrund freier Kontoverfügungen des Schuldners) – in engem zeitlichen Zusammenhang erbringt. Die Reihenfolge der Soll- und Habenbuchungen spielt dabei keine Rolle<sup>4</sup>, der zwischen ihnen liegende Zeitraum sollte aber 2 Wochen nicht überschreiten<sup>5</sup>; eine quartalsmäßig Abrechnung wäre zu lang, eine monatliche ist noch nicht entschieden<sup>6</sup>.

#### b) Gleichwertigkeit

Lässt die Bank den Schuldner im Rahmen des offenen/ungekündigten Kontokorrents weiterhin über dessen Konto verfügen, entfällt die Gleichwertigkeit des damit gewährten Kredits nicht dadurch, dass die Kreditlinie auch ohne die von der Bank vorgenommenen Verrechnungen nie überschritten worden wäre<sup>7</sup>. Ebenso wenig steht der Gleichwertigkeit der Gegenleistung der Bank entgegen, wenn diese nicht alle, sondern nur ausgewählte Verfügungen des Schuldners zulässt bzw. ausführt<sup>8</sup>. Wichtig ist nur, dass den Zahlungseingängen (Habenbuchungen) in gleicher Höhe Zahlungsausgänge (Sollbuchungen) gegenüber stehen; hinsichtlich des (Gesamt-) Betrages der Eingänge, der die Ausgänge übersteigt, fehlt es an einer Gegenleistung der Bank<sup>9</sup>. Schließlich müssen die zugelassenen bzw. ausgeführten Verfügungen des Schuldners fremdnützig wirken, d. h. zur Tilgung von Fremdgäubigerforderungen führen<sup>10</sup>. Werden mit den Verfügungen nur (eigene) Forderungen der Bank erfüllt, fehlt es an der Gleichwertigkeit<sup>11</sup>. Hierbei genügt auch ein mittelbarer Eigennutzen der Bank, z. B. wenn sie sich für die getilgte Fremdgäubigerforderung verbürgt hatte<sup>12</sup>. Die Tilgung einer Rückgriffsforderung der Bank als Bürgen gegenüber dem (Haupt-) Schuldner ist dabei natürlich erst Recht (unmittelbar) eigennützig<sup>13</sup>.

#### c) Überziehung

Ein Bargeschäft liegt schließlich auch dann vor, wenn das Kontokorrent zwar ungekündigt ist, die Linie aber ausgeschöpft und vom Schuldner überzogen wird. Soweit die Verfügungen fremdnützig sind, kommt es dann auch nicht darauf an, ob diese Überziehung von der Bank bloß geduldet

1 Vgl. BGHZ 118, 171, 173 = NJW 1992, 1960 (sub. B I): Einreichung von Kundenschecks.

2 Vgl. BGH, Urt. v. 17. 6. 2004 – IX ZR 124/03, DZWIR 2004, 466, 467 (sub. I 3 a).

3 Vgl. BGHZ 118, 171, 173 = NJW 1992, 1960 (sub. B I); BGHZ 150, 122, 130 = DZWIR 2002, 385, 388 (sub. III 3 a) mit Anm. Dietrich; Urt. v. 11. 10. 2007 – IX ZR 195/04, DZWIR 2008, 116, 117 (Rdn. 9).

4 Vgl. BGH, Urt. v. 11. 10. 2007 – IX ZR 195/04, DZWIR 2008, 116, 117 (Rdn. 5 m. w. N.).

5 Ebenda; vgl. Urt. v. 17. 6. 2004 – IX ZR 2/01, DZWIR 2004, 465 (sub. II 1 a).

6 Vgl. BGH, Urt. 25. 1. 2001 – IX ZR 6/00, DZWIR 2001, 374, 376 (sub. VI 3).

7 Vgl. BGHZ 150, 122, 131 f. = DZWIR 2002, 385, 388 (sub. III 3 c) mit Anm. Dietrich.

8 Vgl. BGH, Urt. v. 1. 10. 2002 – IX ZR 360/99, NZI 2003, 34, 35 (sub. IV 2 a).

9 Vgl. BGH, Urt. v. 15. 11. 2007 – IX ZR 212/06, DZWIR 2008, 153, 155 (I. Ls. und Rdn. 15).

10 Ebenda (Rdn. 15).

11 Vgl. BGH, Beschl. v. 24. 5. 2005 – IX ZR 46/02, NZI 2005, 630; Urt. v. 11. 10. 2007 – IX ZR 195/04, DZWIR 2008, 116, 117 (Rdn. 6).

12 Vgl. BGH, Urt. v. 11. 10. 2007 – IX ZR 195/04, DZWIR 2008, 116, 117 (Rdn. 9 f.).

13 Vgl. BGH, Urt. v. 17. 6. 2004 – IX ZR 124/03, DZWIR 2004, 466, 467 (sub. I 3 a).

wird oder sie die Kreditlinie stillschweigend erweitert hat<sup>14</sup>. Nicht entschieden ist in diesem Zusammenhang, ob bei bloß geduldeter Überziehung im Falle *eigennütziger* Verfügungen die Gleichwertigkeit der Gegenleistung der Bank entfällt, wie dies zweifellos bei stillschweigend erweiterter Kreditlinie der Fall wäre.

## 2. Besprechungsfall

Im Besprechungsfall hatte die Schuldnerin trotz bis zum 19. 11. 2003 ungekündigter Geschäftsbeziehung und damit noch offener bzw. nicht ausgeschöpfter Kontokorrentlinie keinerlei Verfügungen mehr vorgenommen<sup>15</sup>. Das bloße Bereithalten des Kontos bzw. das Offenhalten der Kreditlinie für die Schuldnerin durch die Bank stellt keine Gegenleistung dar. Es mag der Bank misslich erscheinen, dass sie keinerlei Einfluss darauf hat, ob und ggf. in welchem Umfang der Schuldner neue Verfügungen vornimmt. Andererseits stellt aber der Kreditauszahlungsanspruch des Schuldners eben auch ein Aktivum dar<sup>16</sup>, und wirtschaftlich macht es für die Bank ohnehin keinen Unterschied, ob der Schuldner in Höhe der Zahlungseingänge wieder verfügt – anfechtungsrechtlich ist sie hier privilegiert<sup>17</sup> – oder sie in dieser Höhe nicht verrechnen darf. Auch der Rückgriffsanspruch der Bank wegen der der Schuldnerin zur Verfügung gestellten Bürgschaften<sup>18</sup> konnten zu keiner gleichwertigen Gegenleistung führen<sup>19</sup>.

## III. Anfechtbare Herstellung der Auf- bzw. Verrechnungslage (§ 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO)

### 1. Stand der Rechtsprechung

Kommt der Bargeschäftseinwand der Bank nicht zum Tragen, ist der Weg zu § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO offen. Die Vorschrift gilt auch für Verrechnungen<sup>20</sup>. Ob die Erlangung der Möglichkeit zur Verrechnung in anfechtbarer Weise erfolgte, richtet sich nach §§ 130, 131 InsO<sup>21</sup>. Die Entscheidung zwischen diesen beiden Vorschriften hängt davon ab, ob die Bank einen Anspruch auf die Herstellung der Verrechnungslage hatte<sup>22</sup>. Dies ist nur der Fall, wenn die Bank einen fälligen Anspruch auf Rückzahlung des vom Schuldner in Anspruch genommenen Kontokorrentkredits hatte<sup>23</sup>, was wiederum dessen Fälligkeit durch Kündigung voraussetzt – die allerdings ihrerseits auch wieder anfechtbar erfolgt sein kein<sup>24</sup>. Keiner (ausdrücklichen) Fälligkeit bedarf es in Fällen bloß *geduldeter* Überziehung, weil hier die Rückzahlung des »Überziehungskredits« jederzeit ohne Kündigung fällig ist; dabei kann es aber Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zur *vereinbarten* Überziehung geben, wo der Rückzahlungsanspruch wiederum erst nach Kündigung fällig ist<sup>25</sup>. Fehlt es an der Fälligkeit, führt die Verrechnung zu einer nur inkongruenten Deckung mit der Folge, dass sich die Anfechtbarkeit nach § 131 InsO richtet<sup>26</sup> und diese aufgrund der dort nicht vorhandenen subjektiven Tatbestandsmerkmale meist gegeben ist. Soweit die Summe der Zahlungseingänge die Summe der Zahlungsausgänge (für *Fremdgläubigerforderungen*) übersteigt, hat die Bank diesen Betrag zu erstatten.

### 2. Besprechungsfall

Der BGH bestätigt diese gefestigte Rechtsprechung<sup>27</sup>, ohne dass der vorliegend zu entscheidende Sachverhalt diesbezüglich irgendwelche Besonderheiten aufweist. In Fällen unge-

kündigter Kontokorrentlinien ist damit, wenn kein Bargeschäft vorliegt, praktisch immer § 131 InsO einschlägig; kongruent kann die Rückführung des Kontokorrentkredits dann nur bei Verrechnungen mit eigenen Forderungen im Falle bloß geduldeter Überziehung sein (sofern nicht auch in diesen Fällen bereits ein Bargeschäft vorliegt<sup>28</sup>). Demgegenüber ist bei einer Verrechnung im gekündigten Kontokorrent mangels gleichwertiger Gegenleistung zwar ein Bargeschäft nicht denkbar, jedoch die Anfechtung nach § 130 InsO möglich. Soweit der BGH im Besprechungsfall auf die Eigennützigkeit der von der Beklagten vorgenommenen Verrechnungen hinweist<sup>29</sup>, erscheint dies überflüssig, da die Eigennützigkeit ja schon den Bargeschäftcharakter entfallen lässt<sup>30</sup>.

## IV. Anspruchsgrundlage

Soweit ersichtlich hat der BGH weder bislang noch im Besprechungsfall Aussagen zur eigentlichen Anspruchsgrundlage bei Unzulässigkeit einer Kontokorrentverrechnung gemacht. Die Unzulässigkeit der Auf- bzw. Verrechnung führt bekanntermaßen dazu, dass die (Haupt- bzw. Passiv-) Forderung des Insolvenzschuldners, die verrechnet bzw. gegen die aufgerechnet wurde, als in die Insolvenzmasse gefallen (§ 35 Abs. 1 InsO) fortbesteht<sup>31</sup> und vom Insolvenzverwalter eingezogen werden kann<sup>32</sup>. Zu fragen ist, welche das vorliegend ist. Da die Kontokorrentverrechnung aufgrund ihrer Unzulässigkeit als nicht stattgefunden anzusehen ist, stehen sich die aus den Zahlungsein- und -ausgängen resultierenden Buchungspositionen im Kontokorrent – weiterhin – als Einzelposten gleichwertig gegenüber. Die Summe der sich aus den Zahlungseingängen ergebenden Gutschriften stellt ein – kontokorrentgebundenes – Schuldanerkenntnis oder Schuldver-

<sup>14</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 17. 6. 2004 – IX ZR 2/01, DZWIR 2004, 465, 466 (sub. II 1 b bb (2)).

<sup>15</sup> Siehe Rdn. 12.

<sup>16</sup> Vgl. BGHZ 147, 193 = DZWIR 2002, 153.

<sup>17</sup> Vgl. BGHZ 150, 122, 132 = DZWIR 2002, 385, 388 (sub. III 3 c) mit Anm. Dietrich.

<sup>18</sup> Siehe Rdn. 2.

<sup>19</sup> Siehe Rdn. 13.

<sup>20</sup> Vgl. BGHZ 174, 297, 299 = DZWIR 2008, 193, 194 (Rdn. 11); Urt. v. 26. 6. 2008 – IX ZR 47/05, DZWIR 2008, 424, 425 (Rdn. 17).

<sup>21</sup> § 133 InsO ist – für den unkritischen Zeitraum – mangels Schuldnerhandeln nicht anwendbar.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 14. 6. 2007 – IX ZR 56/06, DZWIR 2007, 473, 475 (Rdn. 21).

<sup>23</sup> Vgl. BGHZ 171, 38, 41 f. = NZI 2007, 230 (Rdn. 10).

<sup>24</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 14. 5. 2009 – IX ZR 63/08, NZI 2009, 471 (3. Ls. und Rdn. 12–14) mit Anm. Huber.

<sup>25</sup> Vgl. BGHZ 138, 40, 47 = NJW 1998, 1318, 1320 (sub. II 1 b); Beschl. v. 6. 10. 2005 – IX ZR 258/05, unveröffentlicht (sub. 2).

<sup>26</sup> Vgl. BGH, Urt. v. 17. 6. 1999 – IX ZR 62/98, NZI 1999, 361 (sub. II 3 a); Urt. v. 11. 10. 2007 – IX ZR 195/04, DZWIR 2008, 116, 117 (Rdn. 4).

<sup>27</sup> Siehe Rdn. 8–12.

<sup>28</sup> Siehe oben I 1 c.

<sup>29</sup> Siehe Rdn. 12.

<sup>30</sup> So auch die im Besprechungsfall bei Rdn. 12 genannte Entscheidung vom 11. 10. 2007.

<sup>31</sup> Vgl. BGHZ 169, 158 = DZWIR 2007, 81 (2. Ls. und Rdn. 17) mit Anm. Grub.

<sup>32</sup> Grundlegend BGHZ 147, 233, 236 = NJW 2001, 1940, 1941 (sub. III 1); zuletzt Urt. v. 17. 7. 2008 – IX ZR 148/07, DZWIR 2008, 433, 435 (Rdn. 19). Der Fortbestand und damit die Maßgeblichkeit dieser Hauptforderung wirken sich auch auf den Rechtsweg aus, vgl. BGH, Beschl. v. 2. 6. 2005 – IX ZB 235/04, DZWIR 2005, 513 (sub. II 2 b bb (2)); Urt. v. 4. 8. 2005 – IX ZR 117/04 (unveröffentlicht), dazu Wazlawik, EWIR 2005, 795.

sprechen der Bank (Anfechtungsgegner) dar<sup>33</sup>. Die Erfüllung dieses Versprechens kann der Insolvenzverwalter somit verlangen<sup>34</sup>, zuzüglich Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über Basiszins seit Verfahrenseröffnung<sup>35</sup>.

#### V. Fazit

Die vorliegende Entscheidung weist im Grunde keine Besonderheiten auf, sondern lediglich auf die bekannte Rechtslage bei der Beurteilung von Kontokorrentverrechnungen hin. Der einzige Unterschied zu den bisher entschiedenen Fällen besteht darin, dass der spätere Insolvenzschuldner überhaupt nicht mehr über sein (noch offenes) Konto verfügte und die Zahlungseingänge somit in Gänze zur Verringerung des Sollsaldos führten. Ein Bargeschäft konnte unter diesen Umständen nicht zustande kommen, auch nicht im Hinblick auf die von der Beklagten gestellten Bürgschaften. Und kongruent

konnte die in der Saldoverringerung liegende Deckung nicht sein. Die Entscheidung ist uneingeschränkt richtig.

Rechtsanwalt Dr. *Thomas Wazlawik*, LL.M.,  
KÜBLER, Passau

<sup>33</sup> Vgl. BGHZ 150, 122, 128 = DZWIR 2002, 385, 387 (sub. III 2 b bb) mit Anm. *Dietrich*.

<sup>34</sup> So ausdrücklich OLG Dresden, Urt. v. 12. 3. 1998 – 4 U 3256/97, ZIP 1998, 609 m. w. N. (insoweit nichts Abweichendes äußernd BGH, Urt. v. 25. 2. 1999 – IX ZR 353/98, NZI 1999, 194); vgl. auch *Streit/Jordan*, DZWIR 2004, 441, 442 (sub. I 2), die innerhalb des Kontokorrentkontos zwischen einem debitorischen Darlehenskonto und einem kreditorischen Guthabekonto unterscheiden, dann aber (S. 445, sub. II 3) die Anspruchsgrundlage fälschlicherweise in § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO sehen. In BGHZ 86, 349, 351 = NJW 1983, 1120, 1121 (sub. I 2) wird allerdings für den Fall einer die Erfüllungswirkung der Aufrechnung beseitigenden Anfechtung § 37 KO als Anspruchsgrundlage genannt.

<sup>35</sup> Vgl. BGHZ 171, 38, 42 = NZI 2007, 230 (Rdn. 11).

### RECHTSPRECHUNG

## BGH, Versagung der Restschuldbefreiung

InsO § 296

### Beschluss vom 14. 5. 2009 – IX ZB 116/08

**1. Dem Schuldner ist bei seiner (mündlichen oder schriftlichen) Anhörung durch eine ausdrückliche Belehrung oder in einer anderen geeigneten Weise zu verdeutlichen, das er mit der Versagung der Restschuldbefreiung rechnen muss, falls er auch gegenüber dem Gericht untätig bleibt.**

**2. Die Versagung der Restschuldbefreiung nach § 296 Abs. 2 Satz 3 InsO setzt keine Schlechterstellung der Insolvenzgläubiger voraus.**

**3. Wird die Restschuldbefreiung wegen Verletzung der Verfahrensobligationen nach § 296 Abs. 2 Satz 3 InsO versagt, beurteilt sich die Rechtmäßigkeit nach dem Zeitpunkt dieser Entscheidung.**

(Vorgehend: AG Rosenheim, 3. 1. 2007 – 1 IN 315/02; LG Traunstein, 28. 3. 2007 – 4 T 306/07)

#### Aus den Gründen

1 I. Das durch Beschluss vom 7. 10. 2002 eröffnete Insolvenzverfahren, in welchem dem Schuldner die Restschuldbefreiung durch Beschluss vom 23. 3. 2004 angekündigt worden war, der die durch § 291 Abs. 1 InsO vorgeschriebene Belehrung enthielt, wurde nach Vollzug der Schlussverteilung am 22. 4. 2004 aufgehoben. Der zu 2 beteiligte Treuhänder erstattete unter dem 31. 10. 2005 und 31. 10. 2006 Bericht. Er teilte unter anderem mit, dass der Schuldner in beiden Berichtsjahren seiner Obliegenheit, Auskunft zu erteilen, nicht nachgekommen sei.

2 Mit Schreiben vom 6. 11. 2006 hat das zu 1 beteiligte Finanzamt beantragt, dem Schuldner die beantragte Restschuldbefreiung zu versagen, weil er nach Angaben des Treuhänders entgegen § 295 Abs. 1 Nr. 3 InsO keine Auskunft über seine Erwerbstätigkeit und seine Bezüge erteilt und hierdurch die Befriedigung der Insolvenzgläubiger beeinträchtigt habe. Der zu dem Versagungsantrag und dem letzten Bericht gehörte Schuldner hat innerhalb der ihm gesetzten Frist keine Stellungnahme abgegeben. Daraufhin hat das Amtsgericht die Restschuldbefreiung durch Beschluss vom 3. 1. 2007 versagt.

3 Gegen diesen Beschluss hat der nunmehr anwaltlich vertretene Schuldner sofortige Beschwerde eingelegt, welcher das Amtsgericht nicht abgeholfen hat. Das Landgericht hat den Schuldner und den Treuhänder am 21. 3. 2007 persönlich angehört; durch Beschluss vom 28. 3. 2007 hat es die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die – nach Gewährung von Prozesskostenhilfe – eingelegte Rechtsbeschwerde des Schuldners.

4 II. 1. Die nach §§ 4, 6 Abs. 1, §§ 7, 296 Abs. 3 Satz 1 InsO, § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO statthafte Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig. Dem Schuldner war nach Bewilligung von Prozesskostenhilfe gemäß § 233 ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in die Fristen zur Einlegung und Begründung der Rechtsbeschwerde zu gewähren. Die Rechtssache hat gemäß § 574 Abs. 2 Nr. 1 ZPO grundsätzliche Bedeutung, weil bislang nicht hinreichend geklärt ist, unter welchen Voraussetzungen eine Restschuldbefreiung bei Obliegenheitsverletzungen nach § 296 Abs. 2 Satz 3 InsO zu versagen ist.

5 2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Restschuldbefreiung mit Recht wegen Verstoßes gegen Verfahrensobligationen nach § 296 Abs. 2 Satz 3 InsO von Amts wegen versagt.

6 a) Das Landgericht meint: Nach dieser Vorschrift habe das Insolvenzgericht die Restschuldbefreiung im Wege einer gebundenen Entscheidung unter anderem zu versagen, wenn der Schuldner die vom Gericht erbetene Auskunft nicht innerhalb der gesetzten Frist erteile. Der Schuldner habe dem Auskunftersuchen des Amtsgerichts vom 30. 11. 2006, dem der zulässige Versagungsantrag des beteiligten Gläubigers zugrunde gelegen habe, innerhalb der ihm gesetzten Frist nicht entsprochen. Eine ausreichende Entschuldigung fehle. Der Schuldner sei seiner Verpflichtung erst im Laufe des Beschwerdeverfahrens nachgekommen. Es liege ein mehr als nur geringfügiger Pflichtenverstoß vor. Die Fristversäumung sei kein einmaliger »Ausrutscher« gewesen. Die fortdauernde Untätigkeit lasse den Schuldner als »unredlich« im Sinne der Insolvenzordnung erscheinen. Der Treuhänder habe seit dem 23. 3. 2004 keinen Kontakt mehr zum Schuldner gehabt; alle an ihn gerichteten Schreiben seien unbeantwortet geblieben. Obwohl der Schuldner gewusst habe, dass gerade der Umstand seiner Beschäftigung ein »zentraler Aspekt« des Insolvenzverfahrens sei, habe er den Treuhänder erst 15 Monate nach Aufnahme der Beschäftigung hierüber in Kenntnis gesetzt, und dies letztlich nur unter dem Druck der beantragten Versagung der Restschuldbefreiung. Die vorgebrachten Entschuldigungsgründe, er habe aus Arbeitsüberlastung und aus gesundheitlichen Gründen seinen Informationspflichten über einen