



## BuB-Monatsbrief

Nr. 11 • November 2019

### Inhaltsverzeichnis

#### Allgemeines Bankrecht

OLG Hamm, 4.9.2019	Kreditrecht – Zulässigkeit des Bereitstellungszinses	3
BGH, 10.9.2019	Kreditsicherungsrecht – Bearbeitungsentgelt für Treuhandaufträge	6
BGH 12.4.2019	Kreditsicherungsrecht – Umfang der Grundschuldhafung – Versicherungsansprüche	8
OLG Rostock, 6.2.2019	Zahlungsverkehr – Kein Betrug an einem Selbstbedienungsterminal mit ELV-System	10

#### Insolvenzrecht

BGH, 12.9.2019	Insolvenzanfechtung – U.U. kongruente Deckung – Zahlungen in konzernweitem Cash-Management-System	12
BGH 19.9.2019	Vorsatzanfechtung – Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners	14

#### Impressum

15



# **BVForms®**

## **Bank-Vertragsvordrucke**

### **Mehr Sicherheit in Ihrer Bankpraxis**

Von A wie AGB bis Z wie Zessionsliste – die mehr als 360 Vertragsvordrucke des Bank-Verlags stehen seit vielen Jahren für Rechtskompetenz und Sicherheit! Alle Formulare unterliegen einem ständigen inhaltlichen Monitoring unter Berücksichtigung der aktuellen Gesetzgebung, Rechtsprechung, Literatur und vor allem der Bankpraxis.

#### **» Bereitstellung**

Die BV-Vordrucke werden als offene pdf-Datei mit Formularfeldern zur Verfügung gestellt. Der Download der jeweils aktuellen Vordruck-Versionen erfolgt über die webbasierte BVForms® Content-Plattform.

Sie können wählen zwischen einer Voll-Lizenz mit Zugriff auf das Vordruck-Gesamtportfolio oder einer Teil-Lizenz mit Zugriff auf ausgewählte Vordrucke.

#### **» Fragen rund um das Formularwesen?**

Sprechen Sie uns einfach an!

**Michael Stoll**

Key Account Manager, 0221/5490-124

**Susanne Breithaupt**

Produktmanagerin, 0221/5490-641

## Kreditrecht – Zulässigkeit des Bereitstellungszinses

**Die Bereitstellungsprovision als Gegenleistung für die von der Bank übernommene Zusatzverpflichtung, dem Kunden die versprochenen Darlehensmittel während der vereinbarten Zeit auf Abruf zur Verfügung zu stellen, ist als Preishauptabrede der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle entzogen.**

*(OLG Hamm, Urt. v. 4.9.2019, Az. I-31 U 108/18)*

Die Kläger stritten mit der beklagten Bank über die wirksame Vereinbarung eines Bereitstellungszinses in einem Darlehensvertrag. Die streitgegenständliche kreditvertragliche Regelung lautete:

*„Ist über die Darlehensbeträge – aus von der Bank nicht zu vertretenden Gründen – nicht innerhalb von 2 Monaten nach Zustandekommen des jeweiligen Darlehensbetrages verfügt worden, berechnet die Bank Bereitstellungszinsen in vereinbarter Höhe auf die nicht in Anspruch genommenen Beträge. Die Bereitstellungszinsen sind monatlich, in jedem Fall bei Auszahlung fällig.“*

Die Kläger begehrt die Rückzahlung bereits gezahlter Bereitstellungszinsen, weil die Regelung zu den Bereitstellungszinsen aus ihrer Sicht einer AGB-Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 307, 309 Nr. 5 nicht standhalten sollen. Nach Auffassung der Kläger soll die Regelung zur Zahlung der Bereitstellungszinsen gegen das Transparenzgebot verstoßen, weil die Zinsen per Monat („p.M.“) angegeben worden seien, obwohl ein Verbraucher eine Jahresangabe (p.a.) erwarten würde. Ein durchschnittlicher Verbraucher solle auch nicht damit rechnen können, dass – wie hier – der Bereitstellungszins deutlich über dem Vertragszins liege. Im Übrigen soll die Vertragsbestimmung zu den Bereitstellungszinsen auch den AGB-rechtlichen Anforderungen an die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen nicht gerecht werden, da der pauschalierte Schadensersatzanspruch in Form des Bereitstellungszinses nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge den zu erwartenden Schaden übersteige.

Das OLG Hamm sieht die Klage als unbegründet an und bewertet die darlehensvertragliche Regelung zur Berechnung des Bereitstellungszinses als rechtlich wirksam.

An den Anfang seiner Entscheidungsgründe stellt das OLG Hamm die Feststellung, dass es sich bei der streitgegenständlichen Regelung zu den Bereitstellungszinsen um AGB handelt. Die beklagte Bank konnte – nicht weiter verwunderlich – den Nachweis nicht erbringen, dass der Bereitstellungszins individuell ausgehandelt wurde. Denn dem Vortrag der Beklagten könne schon nicht entnommen werden, dass die Bereitstellungszinsen überhaupt zur Diskussion gestellt worden seien.

I. In der Folge setzt sich das OLG Hamm mit der hier entscheidenden Frage auseinander, ob die AGB-Klausel zu den Bereitstellungszinsen als Preishauptabrede einer Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305 ff BGB entzogen ist. Das OLG Hamm arbeitet heraus, dass der BGH in seiner Rechtsprechung bislang zwar nicht ausdrücklich ausgeführt habe, dass eine Bereitstellungszinsklausel eine nicht kontrollfähige Preishauptabrede darstelle. Allerdings habe der BGH klargestellt, dass das Inkrafttreten des ABGB an der grundsätzlichen Zulässigkeit von Bereitstellungsprovisionen nichts geändert hätte und dass solche Provisionen oder Zinsen die Gegenleistung für die von der Bank übernommene Verpflichtung darstellten, dem Kunden die versprochenen Darlehensmittel während der vereinbarten Zeit auf Abruf zur Verfügung zu stellen.

»

Das OLG Hamm bezieht in seine Ausführungen auch die einhellige Auffassung in der Literatur mit ein. Danach werde die Zulässigkeit der Bereitstellungsprovision ebenfalls damit begründet, dass diese Provision die Gegenleistung für die von der Bank übernommene Zusatzverpflichtung sei, dem Kunden die versprochenen Darlehensmittel während der vereinbarten Zeit – nämlich bis zum Ende der Ziehungsperiode – auf Abruf zur Verfügung zu stellen. Um eine vertraglich übernommene, besondere Zusatzverpflichtung der Bank handele es sich schon deshalb, weil ohne Vereinbarung einer Abrufzeit die Bank gem. § 271 Abs. 1 BGB die Abnahme des Nettodarlehensbetrags zum vereinbarten Auszahlungszeitpunkt verlangen könnte und der Kreditnehmer in Annahmeverzug geriete, würde er die ihm angebotene Darlehensvaluta zu diesem Zeitpunkt nicht entgegennehmen. Auch die jüngere Literatur, so das OLG Hamm, würde diese Rechtsauffassung bestätigen. So habe Nobbe, der ehemalige Vorsitzende des Banksenats am BGH, in seinen Anmerkungen zu einem BGH-Urteil bezüglich laufzeitunabhängiger Bearbeitungsprovisionen ausgeführt, dass Bereitstellungsinsen kontrollfrei vereinbart werden könnten, „da sich Leistung (jederzeitige Ausübung des Kapitalnutzungsrechts) und Gegenleistung (Bereitstellungsinsen) in einem synallagmatischen Verhältnis gegenüber[stünden].“ Auch nach Nobbe soll die Bezahlung von Bereitstellungsinsen eine Hauptleistungspflicht sein.

Das OLG Hamm schließt sich diesen in der Rechtsprechung des BGH und Literatur entwickelten Grundsätzen an. Aus seiner Sicht führt eine Bereitstellungs(zins)regelung zu einer Modifikation der synallagmatischen Primäransprüche der Bank von dem Darlehensnehmer die Abnahme der Darlehensvaluta, die Zahlung des Vertragszins und die Rückzahlung der Darlehensvaluta zu verlangen. So werde die an sich sofort fällige Pflicht zur Abnahme des Darlehens und zur Leistung des Vertragszins und der Tilgung suspendiert, bis der Darlehensnehmer die Valuta abrufen würde. Dies habe zur weiteren Konsequenz, dass der korrespondierende Anspruch des Darlehensgebers auf Abnahme des Darlehens sowie seine sich aus einer Verletzung dieser Pflicht ergebenden Rechte auf

Rücktritt und Schadensersatz gem. §§ 281, 280 Abs. 3 BGB abbedungen bzw. aufgeschoben würden. Die vom Darlehensgeber infolge dieser Regelung zu erbringende Gegenleistung bestehe also gerade nicht in der tatsächlichen Auszahlung der Darlehensvaluta, sondern in deren Bereithaltung bis zu ihrem Abruf sowie dem (temporären) Verzicht auf die grds. sofort fällige Abnahme der Darlehensvaluta und sich daraus etwaig ergebende Ansprüche auf Zins- und Tilgung sowie auf Schadensersatz.

Vor diesem Hintergrund werde dann auch deutlich, dass die Bereitstellungsinsenregelung keinen „pauschalierten Schadensersatz“ im Sinne des § 309 Nr. 5 BGB darstelle, da es nicht um Schadenskompensation gehe, sondern um die Vergütung einer gesonderten Leistung.

Nach der Auffassung des OLG Hamm soll die streitgegenständliche Klausel zum Bereitstellungsinsen, insbesondere der Ausweis eines Monatszinses, auch nicht gegen das Transparenzgebot verstoßen. Eine unangemessene Benachteiligung eines Verbrauchers könne sich grds. aus der Unklarheit oder Undurchschaubarkeit der AGB – auch im Hinblick auf Hauptleistungspflichten – ergeben. Das sei hier jedoch nicht der Fall, denn auch ein durchschnittlich informierter und angemessen aufmerksamer Durchschnittsverbraucher könne erkennen, dass der Bereitstellungsinsensatz mit „p.M.“ angegeben sei und nicht mit „p.a.“, wie der Darlehenszins. Im Übrigen enthielte der Darlehensvertragstext noch eine ausdrückliche Erläuterung in den „Bedingungen für Commerzbank Baufinanzierung“ wonach festgehalten war, dass „Die Bereitstellungsinsen monatlich, in jedem Fall bei Auszahlung fällig [sind].“

Abschließend prüfte das OLG Hamm die Bereitstellungsinsenklausel noch am Maßstab der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB). Unter Darlegung der von der Rechtsprechung des BGH zur Feststellung der Sittenwidrigkeit entwickelten Voraussetzungen kommt das OLG Hamm dabei aber schon bei der ersten Prüfungsstufe, dem objektiven Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen § 138 BGB nicht gegeben sei. Denn selbst wenn man den Darlehensinsensatz

»

zum Maßstab nehmen würde, würde der hier berechnete Bereitstellungszins den Darlehenszinssatz nicht um 100% übersteigen. Das OLG Hamm lässt in seinen Ausführungen erkennen, dass der „Darlehenszins“ nicht notwendigerweise der richtige Vergleichsmaßstab sein muss, da dieser Zins die Vergütung für eine langfristig gebundene Kapitalüberlassung sei, wohingegen der Bereitstellungszins üblicherweise für einen kürzeren Zeitabschnitt geschuldet werde und der Zinssatz für kurze Zeitabschnitte in der Regel höher sei als der für längere Zeiträume. Die Frage des richtigen Vergleichsmaßstabs musste das OLG schlussendlich dann aber aus den oben genannten Gründen nicht entscheiden.

Dr. Christian Wulfers, UniCredit Bank AG

## die bank



In diesem Lehrgang kann ein Zertifikat „Beauftragte/r für den Schutz von Kundenfinanzinstrumenten und -geldern“ erworben werden.

Zertifikatslehrgang

**Beauftragte/r für den Schutz  
von Kundenfinanzinstrumenten  
und -geldern**

(Single/Safeguarding Officer)

**10. - 11. Dezember 2019  
in Köln**

**Anmeldung und Information:**

**Stefan Lödorf, Telefon: 0221/5490-133 oder  
events@bank-verlag.de**

**Bank-Verlag GmbH | Wendelinstraße 1 | 50933 Köln**

**Jetzt  
anmelden**

## Kreditsicherungsrecht – Bearbeitungsentgelt für Treuhandaufträge

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Sparkasse enthaltene Bestimmung

„4. Sonstige Kredite  
4.8 Sonstige Entgelte

...

Bearbeitungsentgelt für Treuhandaufträge Ablösung Kundendarlehen 100,00€“

unterliegt nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der richterlichen Inhaltskontrolle und ist im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

(BGH, Urt. v.10.9.2019, Az. XI ZR 7/19, WM 2019, S. 2161 ff.)

Kläger in diesem Verfahren war der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, der sich mit seiner Klage gegen die folgende, von der Beklagten, einer Sparkasse, in ihrem Preis- und Leistungsverzeichnis (Stand: 9. März 2017) verwendete Klausel wandte:

„4. Sonstige Kredite  
4.8 Sonstige Entgelte

...

Bearbeitungsentgelt für Treuhandaufträge  
Ablösung Kundendarlehen 100,00€“

Nach Auffassung des Klägers ist diese Klausel inhaltlich unangemessen und intransparent und deshalb unwirksam. Er beehrte mit seiner Klage deshalb, dass es die Beklagte bei Meidung von Ordnungsmitteln unterlasse, die Klauseln in Verbraucherkreditverträge einzubeziehen sowie sich auf diese oder mit dieser inhaltsgleiche Bestimmungen bei der Abwicklung von Verbraucherkreditverträgen mit Vertragsschluss seit dem 1. April 1977 zu berufen. Des Weiteren beehrte der Kläger die Erstattung von Abmahnkosten.

Während das Landgericht die Klage in Bezug auf die streitgegenständliche Klausel abwies, hatte die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers Erfolg. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision beehrte die Beklagte

insoweit die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, mithin Klageabweisung. Diesem Antrag blieb der Erfolg indes verwehrt:

Zunächst stellte der BGH heraus, dass die streitgegenständliche Klausel der gerichtlichen Inhaltskontrolle unterfalle. Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB seien solche Bestimmungen in AGB Gegenstand der Inhaltskontrolle, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Darunter fielen zwar keine rein deklaratorischen Klauseln sowie auch solche Regelungen nicht, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen. Kontrollfähig seien aber Klauseln, so der BGH unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen sowie Bestimmungen, mittels derer allgemeine Betriebskosten sowie der Aufwand für die Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten im Eigeninteresse „abgewälzt“ würden.

Die vom Senat vorgenommene Vertragsauslegung ergab für die streitgegenständliche Regelung, dass es sich um eine kontrollfähige Preisnebenabrede handle. Dabei stützte sich der BGH zunächst auf § 305c Abs. 2 BGB, wonach Zweifel bei der Auslegung regelmäßig zu Lasten des Klauselverwenders gehen. Aufgrund

»

der konkreten Formulierung sah es der BGH als gegeben an, dass nach Ausschöpfung aller in Betracht kommenden Auslegungsmethoden nicht behebbare Zweifel am Inhalt der Klausel verblieben und mindestens zwei unterschiedliche Auslegungen vertretbar seien. Nach Auffassung des BGH fielen unter die konkrete Klausel sowohl die Fallkonstellation, dass der Kunde ein bei der Beklagten genommenes Darlehen von einem Drittinstitut ablösen und dabei Sicherheiten im Treuhandwege auf das ablösende Institut übertragen lassen möchte, als auch der spiegelbildliche Fall einer Ablöse durch die Beklagte. Im letztgenannten Fall indes, so der Senat weiter, gehe es um die Bestellung von Sicherheiten im Eigeninteresse der ablösenden Beklagten, weswegen die Klausel auch insgesamt als kontrollfähige Preisnebenabrede einzuordnen sei.

Ferner stellte der BGH jedoch heraus, dass auch dann eine kontrollfähige Preisnebenabrede vorgelegen hätte, wenn die Klausel allein den Fall einer Ablöse durch ein Drittinstitut regeln würde. Der BGH begründet dies damit, dass dem Sicherungsgeber ein Anspruch auf Rückgewähr der jeweiligen Sicherheit zusteht, wenn der Darlehensgeber die Sicherheit nicht mehr benötigt. Somit ließe sich der Sicherungsnehmer mit einer entsprechenden Preisabrede eine ohnehin geschuldete Leistung, nämlich die Sicherheitenrückgewähr, vergüten, so dass auch eine solche Klausel eine kontrollfähige Preisnebenabrede darstelle. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Anspruch auf Sicherheitenfreigabe regelmäßig auf die Er-

füllung der gesicherten Ansprüche bedingt ist. Dabei sei, so der BGH weiter, die Abwicklung im Treuhandwege auch keine Sonderleistung des Darlehensgebers. Der Treuhandauftrag sei vielmehr Bestandteil der Erfüllung der Rückgewährspflicht des Sicherungsnehmers.

Solche Preisnebenabreden seien, so der BGH unter Hinweis auf seine bisherige Rechtsprechung, nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Der Darlehensgeber nehme mit der Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten eigene Vermögensinteressen wahr, weshalb sein hiermit verbundener Aufwand regelmäßig mit dem gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB geschuldeten Zins abzugelten sei. Dies gelte auch für den Aufwand, den der Darlehensgeber im Rahmen der vertragsgemäßen Abwicklung des Darlehensvertrags anlässlich der pflichtgemäßen Sicherheitenfreigabe erleidet.

Anmerkung der Monatsbriefredaktion: Soweit Verbraucher infolge dieses Urteils die Rückgewähr etwaig unwirksam vereinbarter Entgelte für die Erteilung von Treuhandaufträgen geltend machen sollten, ist zu beachten, dass ein solcher bereicherungsrechtlicher Herausgabeanspruch der dreijährigen Regelverjährung nach § 195 BGB unterfällt und die Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen i.S.d. § 199 Abs. 1 BGB mit Zahlung des Entgelts anzunehmen sein wird.

**Dr. Thomas Kamm, UniCredit Bank AG**

## Kreditsicherungsrecht – Umfang der Grundsuldhaftung – Versicherungsansprüche

**Die Veräußerung eines mit einem Grundpfandrecht belasteten Grundstücks ohne Übertragung der aus einem Schadensereignis entstandenen Forderung aus einer Gebäudeversicherung führt in entsprechender Anwendung von § 1124 Abs. 3 BGB dazu, dass die Forderung – unter Fortbestand der durch § 1128 BGB begründeten Stellung des Grundpfandgläubigers als Pfandgläubiger – aus dem Haftungsverband des Grundpfandrechts fällt.**

**Eine Forderung gegen den Gebäudeversicherer wird daher nicht von der Beschlagnahmewirkung des § 20 Abs. 2 ZVG erfasst und geht nicht auf den Erwerber über, wenn das Grundstück nach dem Schadensereignis veräußert und die Forderung nicht dem Vollstreckungsschuldner übertragen worden ist.**

*(BGH, Urt. v. 12.4.2019, Az. V ZR 132/18, WM 2019, S. 1798 ff.)*

In dem der Entscheidung des BGH zugrundeliegenden Fall war es in einer Teileigentumseinheit einer Wohnungseigentümergeinschaft, für die eine Gebäudeversicherung bestand, zu einem Brand gekommen. Die Eigentümerin dieser mit einer Grundsuld belasteten Teileigentumseinheit hatte diese an eine Erwerberin ohne Abtretung der gegen die Versicherung bestehenden Forderungen übertragen. Die Grundsuldgläubigerin betrieb nachfolgend die Zwangsversteigerung der Teileigentumseinheit, wobei dem Kläger der Zuschlag erteilt wurde. Wiederum im Anschluss daran leistete der Gebäudeversicherer zum Ausgleich der Brandschäden einen Betrag an die beklagte Wohnungseigentümergeinschaft, den der Kläger von der Beklagten herausverlangt.

In Übereinstimmung mit den Vorinstanzen hielt der BGH das Klagebegehren für unbegründet. So stehe bei einer Veräußerung der Immobilie nach Eintritt des Versicherungsfalles der Anspruch auf die Versicherungsleistung aus dem Schadensereignis ohne eine Abtretung nicht dem Erwerber, sondern dem Veräußerer zu.

Auch habe der Kläger die Versicherungsforderung nicht durch den Zuschlag in der Zwangsversteigerung erworben. Zwar könne ein Anspruch auf eine Versicherungsleistung gegen den Gebäudeversicherer ggf. nach §§ 90 Abs. 2, 55 Abs. 1, 20 Abs. 2 ZVG auf den Ersterer in der Zwangsversteigerung übergehen, da dieser durch den Zuschlag mit dem Grundstück

zugleich die Gegenstände erwerbe, die von der Versteigerung und der Beschlagnahme umfasst seien, also neben dem Grundstück auch diejenigen Gegenstände, auf die sich das Grundpfandrecht erstreckt, mithin gemäß § 1127 Abs. 1 BGB auch Versicherungsforderungen. Ein solcher Erwerb setze jedoch voraus, dass die Versicherungsforderung zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Beschlagnahme überhaupt noch zu den Gegenständen zähle, auf die sich das Grundpfandrecht erstreckt, was sich nach den materiell-rechtlichen Vorschriften über den Haftungsverband (§§ 1120 ff. BGB) beurteile. Die Zugehörigkeit der Versicherungsforderung zum Haftungsverband entfalle jedoch, wenn das Grundstück, wie im vorliegenden Fall, ohne die Forderung veräußert wird. Für Versicherungen von anderen Gegenständen als einem Gebäude ergebe sich dies unmittelbar aus §§ 1129, 1124 Abs.3 i.V.m. Abs. 1 Satz 2 BGB. Entsprechendes habe jedoch auch für eine Forderung aus einer Gebäudeversicherung zu gelten. Danach bleibe der Versicherte in Bezug auf die Forderung bis zur Beschlagnahme grundsätzlich verfügungsbefugt und könne diese daher gem. § 1121 Abs. 1 BGB dem Haftungsverband des Grundpfandrechts entziehen.

Zwar erhalte der Grundpfandgläubiger bei einer Gebäudeversicherung nach § 1128 Abs. 3 BGB in Bezug auf die Versicherungsforderung von Anfang an und beschlagnahmeunabhängig die Stellung eines Pfandgläubigers, weshalb

»



der versicherte Grundstückseigentümer von vornherein daran gehindert sei, zum Nachteil des Grundpfandgläubigers über die Versicherungsforderung zu verfügen. Dadurch werde jedoch die Befugnis des Grundstückseigentümers, das Grundstück ohne die Versicherungsforderung zu veräußern, nicht eingeschränkt. Dies führe in entsprechender Anwendung von § 1124 Abs. 3 BGB dazu, dass die Forderung – unter Fortbestand der durch § 1128 BGB begründeten Stellung des Grundpfandgläubigers als Pfandgläubiger – aus dem Haftungsverband des Grundpfandrechts entfalle. Der Grundpfandgläubiger werde dadurch aufgrund seiner

hiervon unberührt bleibenden Rechtsstellung als Pfandgläubiger gem. § 1128 Abs. 3 BGB und der damit einhergehenden Möglichkeit, die Versicherungsforderung unabhängig von einer Zwangsvollstreckung in das Grundstück zu verwerten, nicht benachteiligt. Die durch das Entfallen der Versicherungsforderung aus dem Haftungsverband beeinträchtigten Interessen eines Erstehers des Grundstücks in der Zwangsversteigerung seien demgegenüber nicht vom Schutzzweck der §§ 1127, 1128 BGB erfasst.

**Dr. Michael Brass, UniCredit Bank AG**

**Jetzt anmelden**  
[www.zv-konferenz.de](http://www.zv-konferenz.de)

## Fachkonferenz Zahlungsverkehr der Zukunft

**12. Februar 2020**  
**Dorint Hotel am Heumarkt, Köln**

Unsere diesjährigen Themen sind u. a.:

- Key Note: Zahlungsverkehr der Zukunft – Herausforderungen für Deutschland und Europa
- Aktuelle aufsichtliche Entwicklungen im Zahlungsverkehr
- Die Bezahlösungen der Internet-Giganten – ist hier noch Platz für neue Payment-Schemes?
- KI im Zahlungsverkehr - Mit Algorithmen gegen Kreditkartenbetrug

## Zahlungsverkehr – Kein Betrug an einem Selbstbedienungsterminal mit ELV-System

**Wer an einem Selbstbedienungsterminal mit dem elektronischen Lastschriftverfahren (ELV-System) bezahlt, obwohl er nicht über ein ausreichendes Guthaben verfügt, begeht mangels Täuschung einer Person keinen Betrug, wenn ein anwesender Mitarbeiter im Kassensbereich allein die Aufgabe hat, die Kunden bei dem Auftreten technischer Schwierigkeiten zu unterstützen.**

*(OLG Rostock, Beschl. v. 6.2.2019, Az. 20 RR 90/18, W; 2019, S. 1968 ff.)*

### **A) Problemaufriss (stark vereinfachte Darstellung):**

Der Angeklagte erwarb bei der IKEA Deutschland GmbH & Co. KG in **vier Fällen Waren im Wert um jeweils bis zu EUR 65,00**. Der Bezahlvorgang wurde vom Angeklagten hierbei an einem **Selbstbedienungskassenautomat mittels EC/Maestro-Karte** vorgenommen. **Bei Einkäufen bis zu 100,00 €** erscheint auf dem Bildschirm der Selbstbedienungskasse eine Aufforderung, IKEA Deutschland zu ermächtigen, **im SEPA-Lastschriftverfahren den Betrag** vom Girokonto des Kunden **inzuziehen**. Durch **Unterzeichnung auf dem elektronischen Pad**, der seitlich neben dem Selbstbedienungskassenautomaten angebracht ist, und Drücken des „OK-Buttons“ **wird u.a. das Lastschriftmandat wirksam ausgelöst**. Eine PIN-Eingabe wird nicht gefordert, mit der Folge, dass die kartenausgebende Bank des Angeklagten keine Garantie für die Zahlung übernimmt. Das Risiko der Rückgabe der Lastschrift liegt daher beim Händler.

### **B) Relevante Punkte der Entscheidung:**

#### **1. Keine Strafbarkeit wegen Betruges, gemäß § 263 StGB:**

Eine **Irrtumserregung** (die wiederum auf einer Täuschung beruht) **liegt nicht** vor, da bei einem Selbstbedienungskassenautomaten auf eine **Maschine** eingewirkt wird, die – anders als ein Mensch – **keine subjektive Fehlvorstellung entwickeln** kann. Wenn also wegen des automatisierten

Vorgangs kein Personal vorhanden ist, welches etwas bemerken kann, kann auch nicht über die Ordnungsgemäßheit des Kassier- und Bezahlvorgangs getäuscht werden.

#### **2. Keine Strafbarkeit wegen Computerbetruges, gemäß § 263a StGB:**

Keine der Tathandlungen des § 263a Abs. 1 StGB sei verwirklicht. Der Angeklagte hat weder das Programm des Selbstbedienungskassenautomaten verändert oder gelöscht, noch habe er unrichtige oder unvollständige Daten eingegeben. Auch eine unbefugte Verwendung von Daten ist nicht gegeben. Das Merkmal der „**unbefugten Verwendung von Daten**“ ist **nach h.M. in Rechtsprechung und Literatur betrugsäquivalent auszulegen**. Mit § 263a StGB sollte die Strafbarkeitslücke geschlossen werden, die dadurch entstanden war, dass der Tatbestand des Betrugs menschliche Entscheidungsprozesse voraussetzt, die bei dem Einsatz von EDV-Anlagen fehlen. Eine Strafbarkeit darüber hinaus war nicht beabsichtigt. **Maßgeblich ist damit, ob die Handlung des Täters einer Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB entspricht**. Es ist vorliegend **auf eine fiktive Person abzustellen, die sich mit den Fragen befasst, die auch die Selbstbedienungskasse prüft**. Diese **prüft** aber bei dem hier gegenständlichen Zahlungssystem (sog. ELV-System) **nicht die Bonität** des berechtigten Karteninhabers oder ob sich dieser im Verfügungsrahmen bewegt. Vielmehr **prüft** die Selbstbedienungskasse **nur die Echtheit der Karte bzw. die Identität des Karteninhabers**. Insoweit hat der Selbstbedienungskassenautomat

»

keine falschen Angaben vom Angeklagten erhalten. Schließlich ist auch die letzte Variante des § 263a Abs. 1 StGB nicht einschlägig.

### 3. Keine Strafbarkeit wegen Diebstahls, gemäß § 242 StGB:

Ein **Gewahrsamsbruch** und damit eine **Wegnahme liegen nicht** vor. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams. Ein Bruch fremden Gewahrsams liegt aber nur vor, wenn der Gewahrsam gegen oder ohne den Willen des Inhabers aufgehoben wird. **Mit dem Aufstellen von Selbstbedienungskassen** wird jedoch ein **generelles Einverständnis** erklärt, wenn auch unter der Bedingung, dass die Selbstbedienungskasse äußerlich ordnungsgemäß bedient wird.

### C) Aufhebung der Verurteilung und Zurückverweisung der Sache:

Der Angeklagte wurde **in den Vorinstanzen wegen vollendeten Betruges verurteilt**, da dieser über seine Zahlungsfähigkeit und Zahlungswilligkeit getäuscht habe. In der Revision wurde diese **Verurteilung nunmehr aufgehoben** und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Kammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Dabei gab das OLG zu bedenken, dass das **LG u.a. zu klären** habe, ob ein **Mitarbeiter im Kas senbereich zugegen** gewesen ist, der **zur Bejahung einer betrugsrelevanten Täuschung nicht ausschließlich zur Unterstützung der Kunden bei etwaig auftretenden technischen Schwierigkeiten** unterstützend tätig ist.

Johanna Trompke, UniCredit Bank AG

## Webinar



Jetzt  
anmelden

## Social Engineering - der Mensch als Risikofaktor:

Wie Sie sich und Ihr Unternehmen erfolgreich vor Manipulationen durch Cyberkriminelle schützen

am **Freitag, 13. Dezember 2019**, 10:00 bis 11:45 Uhr

## Insolvenzanfechtung – U.U. kongruente Deckung bei Zahlung i.R.e. konzernweiten Cash-Management-Systems

1. Wenn in einem Konzern in gesunden wirtschaftlichen Verhältnissen ein externes Cash-Management-System in einer Weise eingerichtet und über zehn Jahre ohne Beanstandungen durchgeführt worden ist, dass eine Konzerngesellschaft über die ganze Zeit die bei den Konzerngesellschaft eingehenden Gelder gesammelt und die an die Konzerngesellschaften gerichteten Rechnungen vereinbarungsgemäß auch dann beglichen hat, wenn die internen Verrechnungskonten der Konzerngesellschaften bei der die Zahlungen vornehmenden Gesellschaft im Soll standen, weicht die Überweisung eines von einer anderen Konzerngesellschaft geschuldeten Geldbetrags durch jene Gesellschaft nur geringfügig von der vereinbarten Zahlungsweise ab.
2. Die Abtretung des aus einer Insolvenzanfechtung folgenden Rückgewähranspruchs ist nicht deswegen insolvenzzweckwidrig und nichtig, weil zwischen den beteiligten Insolvenzverwaltern nicht streitig ist, wem der Rückgewähranspruch zusteht.

*(BGH, Urt. v. 12.9.2019, Az.: IX ZR 16/18, ZIP 2019, S. 1972 ff.)*

Im Rahmen eines zwischen den Konzerngesellschaften vereinbarten Cash-Management-Systems nahm die B GmbH (Schuldnerin) für die konzerngebundenen Gesellschaft (darunter die P AG) seit über zehn Jahren Zahlungen vor, unabhängig davon, ob die entsprechenden bei ihr geführten Clearing-Konten der Gesellschaften ein Guthaben aufwiesen oder nicht. Aufgrund einer zwischen der P AG und der beklagten Anwaltskanzlei geschlossenen Mandatsvereinbarung stellte die Beklagte der P AG am 6./17.5.2013 Honorarforderungen in Rechnung. Die P AG legte die Rechnungen der späteren Schuldnerin vor; diese überwies die Rechnungsbeträge mit Valuta 12.6.2013 an die Beklagte, wobei auf dem Clearing-Konto der P AG zu diesem Zeitpunkt kein Guthaben vorhanden war. Aufgrund Eigenantrags vom 11. bzw. 12.7.2013 wurden jeweils am 1.10.2013 die Insolvenzverfahren über das Vermögen der B GmbH und der P AG eröffnet. Der Insolvenzverwalter der P AG trat die aus § 131 InsO resultierenden Anfechtungsansprüche gegen die Beklagte an den Insolvenzverwalter der B GmbH ab, der

wiederum von der Beklagten aus abgetretenem Recht Rückgewähr der vereinnahmten Zahlungen verlangte. Die Vorinstanzen hatten die Klage ab- bzw. die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Die Revision blieb ohne Erfolg.

Der Ansicht des Berufungsgerichts, der Kläger sei schon wegen einer unwirksamen Abtretung nicht aktivlegitimiert, folgt der Senat jedoch nicht. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts sei die Abtretung eines Rückgewähranspruchs nicht nur dann wirksam, wenn der Anspruch zwischen zwei Verwaltern streitig sei. Vielmehr sei die Zession daran zu messen, ob sie ohne weiteres erkennbar gegen Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens verstoße. Von einer offensichtlichen Insolvenzzweckwidrigkeit (und damit Nichtigkeit) der Abtretung könne im Streitfall nicht ausgegangen werden, da der Insolvenzverwalter der B GmbH das Durchsetzungs- und Prozessrisiko der Klage mit ungewissen Erfolgsaussichten trage und die Insolvenzmasse P AG zumindest hälftig an etwaigen Erlösen partizipieren sollte.

»

Der Senat verneint jedoch einen Rückgewähranspruch aus §§ 143, 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO, § 398 BGB. Zwar sei revisionsrechtlich davon auszugehen, dass in den Zahlungen der Schuldnerin an die Beklagte eine **die Gläubiger benachteiligende Rechtshandlung der P AG im letzten Monat vor Insolvenzantragstellung in Form einer mittelbaren Zuwendung** liege. Die P AG habe durch die Überlassung der an sie gerichteten Rechnungen zur Zahlung angewiesen, wozu die B GmbH aufgrund der konzerninternen Vereinbarung gegenüber der P AG auch verpflichtet gewesen sei. Ungeachtet dessen, ob das Verrechnungskonto der P AG bei der B GmbH ein Guthaben aufwies und die B GmbH durch die Tilgung der Schuld der P AG den ihr durch die P AG gewährten Kredit zurückführe oder ob auf dem Konto kein Guthaben verbucht war und die B GmbH der P AG durch die Tilgung deren Schuld vereinbarungsgemäß einen weiteren Kredit gewährte, verringere sich durch die Zahlung der Schuldnerin an die Beklagte das haftende Vermögen der P AG.

Doch fielen die durch die Schuldnerin als Leistungsmittlerin für die P AG erbrachten Zahlungen vorliegend ausnahmsweise nicht unter § 131 InsO. Der Senat stellt zunächst klar, dass nach st. Rspr. die Insolvenzgläubiger benachteiligende nicht geschuldete Direktzahlungen, die ein Dritter auf Anweisung des Schuldners erbringe, dem Empfänger gegenüber grundsätzlich als inkongruente Deckung anfechtbar seien, weil die Befriedigung – nach maßgeblicher objektiver Rechtslage – der Art nach so nicht geschuldet sei. Allein der Umstand, dass die P AG die Schuldnerin im Rahmen einer Cash-Pool-Vereinbarung Zahlungen an die Beklagte habe vornehmen lassen, rechtfertige es für sich genommen noch nicht, von einer – zur Kongruenz führenden – nur geringfügigen Abweichung

zwischen Anspruch und Deckung oder einem entsprechenden Handelsbrauch bzw. einer Verkehrssitte auszugehen. Dafür bestünden in der Praxis zu unterschiedliche Cash-Pool-Verfahren. Insbesondere Modelle, bei denen fällige Verbindlichkeiten jeweils von dem Unternehmen beglichen würden, das gerade über die erforderliche Liquidität verfüge (Zahlung durch Dritte nach Kassenlage), belegten gerade die fehlende Liquidität des Vertragsschuldners und unterstrichen den **Grundsatz der Inkongruenz von Drittzahlungen. Im vorliegenden Fall weiche die Drittzahlung jedoch nur so geringfügig von der vertraglich vereinbarten Leistung ab, dass ausnahmsweise keine inkongruente Deckung angenommen werden könne.** Der Senat begründet dies damit, dass der Konzern das konkrete Verfahren schon vor der Krise etabliert und jahrelang anstandslos praktiziert habe. Die als Cash-Pool-Führerin handelnde Schuldnerin habe die Einnahmen der am Cash-Pool beteiligten Gesellschaften auf ihren Konten gesammelt und im Gegenzug auf deren Anweisung deren Rechnungen beglichen und zwar unabhängig davon, ob die internen Verrechnungskonten im Soll standen oder Guthaben aufwiesen. Die Schuldnerin sei ähnlich einer Konzernbank aufgetreten. Ferner habe sich die Schuldnerin bei den vorgenommenen Zahlungen der Solvenz der beteiligten Konzerngesellschaften (mit Blick auf Kapitalerhaltungsvorschriften bzw. das Risiko einer Umqualifizierung von Gesellschafterdarlehen) zumindest im Ansatz vergewissern müssen. Daher mussten die Drittzahlungen vorliegend nicht bei jedermann den Verdacht wachrufen, dass sich die am Cash-Pool beteiligten Konzerngesellschaften in schlechter Vermögenslage befänden. Der Senat wertet die Direktzahlungen daher hier als kongruent.

**Patricia Berger, UniCredit Bank AG**

## Vorsatzanfechtung – Kenntnis des Anfechtungsgegners vom Benachteiligungsvorsatz des Schuldners

- 1. Handelt der Schuldner bei einem bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, weil er fortlaufend unrentabel arbeitet und deshalb auch der Austausch gleichwertiger Leistungen keinen Nutzen für die Gläubiger erwarten lässt, kann eine Kenntnis des Anfechtungsgegners von seinem Benachteiligungsvorsatz regelmäßig nur dann angenommen werden, wenn dieser von der fehlenden Rentabilität weiß.**
- 2. Die Darlegungs- und Beweislast für diese Kenntnis des Anfechtungsgegners trifft den anfechtenden Insolvenzverwalter.**

*(BGH, Urt. v. 19.9.2019, Az.: IX ZR 148/18, WM 2019, S.2122 ff.)*

Der Kläger ist Verwalter in dem auf Eigenantrag vom 22.1.12 am 1.2.12 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der A GmbH (Schuldnerin). Die beklagte Spedition stand in ständiger Geschäftsbeziehung mit der Schuldnerin. Die Parteien streiten um die Rückgewähr zweier Zahlungen, die die Schuldnerin am 11.1.12 an die Beklagte leistete. Der Abwicklung der den Zahlungen zugrunde liegenden Aufträge ging ein erstes, aufgrund Eigenantrags vom 14.10.11 eingeleitetes Insolvenzantragsverfahren voraus, in welchem der Kläger zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt worden war. In dieser Eigenschaft hatte der Kläger die Beklagte mit Schreiben vom 1.11.11 gebeten, die Bemühungen um ein langfristiges Fortbestehen der A durch Aufrechterhaltung der Geschäftsbeziehung zu unterstützen, denn für die Aufrechterhaltung der Wertschöpfungskette sei die kontinuierliche Warenversorgung erforderlich; nach dem 14.10.11 erbrachte Leistungen würden aus dem von ihm eingerichteten Treuhandkonto bezahlt. Daraufhin nahm die Beklagte am 8.12.11 zwei Frachtaufträge an, deren Abwicklung zum Jahreswechsel 2011/12 erfolgte. Am 18.12.11 nahm die Schuldnerin ihren (ersten) Insolvenzantrag zurück, worüber sie die Beklagte mit Schreiben vom 2.1.12 informierte. Das LG hatte die seitens des Insolvenzverwalters nach Verfahrenseröffnung auf den erneuten Insolvenzantrag unter dem Gesichtspunkt der Vorsatzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO) erho-

bene Klage abgewiesen. Diese Entscheidung hatte das Berufungsgericht aufgehoben und die Beklagte zur Zahlung verurteilt. Die Revision der Beklagten hatte Erfolg und führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung der landgerichtlichen Entscheidung.

Das Berufungsgericht sei zwar zu Recht von einer Vermögensverlagerung, die durch eine Rechtshandlung des Schuldners bewirkt wurde und zu einer Benachteiligung der Insolvenzgläubiger geführt habe, ausgegangen. Ebenfalls zutreffend habe das Berufungsgericht angenommen, dass ein auf eine Gläubigerbenachteiligung gerichteter Vorsatz der Schuldnerin vorliegend nicht unter dem Aspekt eines bargeschäftsähnlichen Leistungsaustauschs ausgeschlossen sei. Nach der hierzu ergangenen Rspr. des Senats handle der Schuldner im Falle kongruenter Leistung trotz der Indizwirkung einer erkannten Zahlungsunfähigkeit ausnahmsweise nicht mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz, wenn er seine Leistung Zug um Zug gegen eine zur Fortführung seines Unternehmens unentbehrliche Gegenleistung erbracht habe, die den Gläubigern im Allgemeinen nutze. Allerdings werde sich der Schuldner auch bei einem bargeschäftsähnlichen Leistungsaustausch der eintretenden mittelbaren Gläubigerbenachteiligung bewusst, wenn er wisse, dass er trotz Belieferung zu marktüblichen Preisen fortlaufend unrentabel arbeite und deshalb bei Fortführung

»

seines Geschäfts weitere Verluste aufhäufe, welche die Befriedigungsaussichten der Gläubiger weiter minderten, ohne dass auf längere Sicht Aussicht auf Ausgleich bestehe. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts arbeite die Schuldnerin fortlaufend unwirtschaftlich und generierte ohne Hoffnung auf Besserung weitere Verluste, weshalb der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Schuldnerin vorliegend zu bejahen gewesen sei.

Jedoch habe das Berufungsgericht ohne tragfähige Begründung angenommen, die Beklagte habe den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin gekannt. Allein aus dem Wissen des Gläubigers um die zumindest drohende Zahlungsunfähigkeit des Schuldners könne nicht auf sein Wissen von einer Gläubigerbenachteiligung geschlossen werden. Ein solcher Schluss setze vielmehr voraus, dass die Belieferung des Schuldners mit gleichwertigen Waren für die übrigen Gläubiger nicht von Nutzen ist, weil der Schuldner fortlaufend unrentabel arbeitet und weitere Verluste erwirtschaftet. Davon könne aber nach dem Sach- und Streitstand angesichts der Inhalte der Schreiben vom 1.11.11 und 2.1.12 nicht ausgegangen werden. Die Darlegungs- und Beweislast für diese Kenntnis des Anfechtungsgegners treffe insoweit den anfechtenden Insolvenzverwalter.

**Patricia Berger, UniCredit Bank AG**

Impressum		
<b>Verlag und Redaktion:</b> Bank-Verlag GmbH Postfach 450209, 50877 Köln Wendelinstraße 1, 50933 Köln Tel. 0221/54 90-0 Fax 0221/54 90-315 E-Mail: medien@bank-verlag.de	<b>Bereichsleitung Medien:</b> Bernd Tretow <b>Mediaberatung:</b> Katrin Frese Tel. 0221/54 90-327 E-Mail: katrin.frese@bank-verlag.de	<b>Redaktion:</b> Caroline Serong Tel. 0221/54 90-118 E-Mail: caroline.serong@bank-verlag.de <b>Layout &amp; Satz:</b> Cathrin Schmitz Tel. 0221/54 90-132 E-Mail: cathrin.schmitz@bank-verlag.de
<b>Geschäftsführer:</b> Wilhelm Niehoff (Sprecher), Michael Eichler, Matthias Strobel		
<small>Erscheinungsweise: 12 x jährlich Kein Teil dieser Publikation darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlags vervielfältigt werden. Unter dieses Verbot fallen insbesondere die gewerbliche Vervielfältigung per Kopie, die Aufnahme in elektronische Datenbanken und die Vervielfältigung auf Datenträgern.</small>	<small>Die Beiträge sind mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt, die Redaktion übernimmt jedoch kein Gewähr für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der abgedruckten Inhalte. Mit Namen gekennzeichnete Beiträge geben nicht unbedingt die Meinung des Herausgebers wieder. Empfehlungen sind keine Aufforderungen zum</small>	<small>Kauf oder Verkauf von Wertpapieren sowie anderer Finanz- oder Versicherungsprodukte. Eine Haftung für Vermögensschäden ist ausgeschlossen. Für die Inhalte der Werbeanzeigen ist das jeweilige Unternehmen oder die Gesellschaft verantwortlich.</small>