

# MDR

Heft 22

20. November 2010  
S. 1289–1352  
PVSt 4954

Zeitschrift  
für die  
Zivilrechtspraxis

## Aufsätze

**Insolvenz:** Das Darlehen als Gegenstand der Deckungsanfechtung (RA Dr. Harald Kollrus) 1289

**Kaufrecht:** Das Erfordernis der Fristsetzung zur Nacherfüllung (RA Rüdiger Martis) 1293

## MDR-Arbeitshilfe

**Unterhaltsprozess:** Geltendmachung von Kindesunterhalt durch einen Elternteil gegen den anderen in gesetzlicher Prozessstandschaft (RiOLG Hans-Joachim Wolf/Ref. Claudia Lecking) 1299

## Rechtsprechung

**Haustürgeschäfte:** Beginn der Widerrufsfrist (BGH v. 23.9.2010) 1304

**Miete:** Den Geschäftsbetrieb diffamierende Behauptungen des Vermieters gegenüber Dritten (BGH v. 15.9.2010) 1305

**Baumängel:** Unklare Eintrittspflicht des Auftragnehmers (BGH v. 2.9.2010) 1311

**Unfallflucht:** Beweislast des Prozessgegners (OLG Frankfurt v. 12.7.2010) 1317

**Betreuungsunterhalt:** Verlängerung aus kindbezogenen Gründen (BGH v. 15.9.2010) 1328

**Arbeitsrecht:** Überschießendes Wettbewerbsverbot und Karenzentschädigung (BAG v. 21.4.2010) 1332

**GmbH:** Haftung des fakultativen Aufsichtsrates (BGH v. 20.9.2010) 1334

**Verfahren:** Terminladung: Umfang der Belehrungspflicht (BGH v. 22.9.2010) 1340

**Insolvenz:** Anfechtung eines güterrechtlichen Ehevertrages (BGH v. 1.7.2010) 1347

## INSOLVENZ

Das Darlehen als Gegenstand der Deckungsanfechtung  
nach §§ 130, 131 InsO

RA Dr. Harald Kollrus

*Gerät ein Bankkunde in Insolvenz, führt dies nicht selten zur Benachteiligung der anderen Gläubiger und bietet Anlass zur Anfechtung. Doch aufgrund der Komplexität der Bankprodukte ist die Beantwortung der Frage nach der Benachteiligung der übrigen Gläubiger umstritten. Der Beitrag untersucht einzelne praxisrelevante Bankprodukte im Hinblick auf ihre Anfechtbarkeit als kongruente oder inkongruente Deckung (§§ 130, 131 InsO).*

## I. Einleitung

Kreditinstitute wissen über die wirtschaftlichen Verhältnisse ihrer Kunden im Vergleich zu anderen Gläubigern

besonders gut Bescheid. Das liegt einmal daran, dass sie sich von Ihren Kreditnehmern die Unterlagen zu deren wirtschaftlichen Verhältnissen gem. § 18 KWG einholen müssen. Zum anderen ist eine Bank verpflichtet, eine Organisation vorzuhalten, die eine rechtzeitige Reaktion auf sich anbahnende Krisensituationen bei ihren Kreditnehmern gewährleistet (§ 25a KWG).<sup>1</sup> Sie disponieren insbesondere täglich den Zahlungsverkehr ihrer Kunden und werden so in die Lage versetzt, Krisensituationen frühzeitig zu erkennen und nicht nur schneller, sondern auch viel effektiver als andere Gläubiger einzugreifen.

Gerade im Insolvenzfall führt dies nicht selten zur Benachteiligung der anderen Gläubiger und bietet Anlässe zur Anfechtung. Die wesentlichen Anfechtungstatbestände sind in den §§ 130, 131 InsO normiert. Doch aufgrund der Komplexität der Bankprodukte ist oftmals schon die Beantwortung der Frage nach der Benachteiligung der übrigen Gläubiger (§ 129 InsO)<sup>2</sup> umstritten. Diese Rechtsunsicherheit setzt sich in der im ersten Anschein doch sehr einfachen Unterscheidung der beiden Anfechtungstatbestände fort. Während grundsätzlich jede Abweichung des Ist-Zustandes von dem vertraglich vereinbarten oder gesetzlich angeordneten<sup>3</sup> Soll-Zustand zur Inkongruenz führt,<sup>4</sup> spricht man im Umkehrschluss von einer kongruenten Deckung, wenn ein Insolvenzgläubiger das erhalten hat, worauf er vertraglich oder gesetzlich einen Anspruch hatte.<sup>5</sup> Diese Differenzierung ist bedeutsam, weil für die Anfechtung einer kongruenten Deckung gem. § 130 InsO zusätzlich die subjektive Kenntnis<sup>6</sup> der Zahlungsunfähigkeit oder die Stellung eines Insolvenzeröffnungsantrages erforderlich ist.

## II. Teleologische Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 130, 131 InsO

Eine Rechtsklarheit darüber schafft die Auslegung der Vorschriften der §§ 130, 131 InsO nach den Grundsätzen der allgemeinen juristischen Methodenlehre.<sup>7</sup> Während die historische wie auch die systematische Auslegung für diese Frage keine befriedigenden Ergebnisse liefern können, bietet die ratio legis eine Orientierungshilfe.<sup>8</sup> Die beiden, miteinander konkurrierenden grundlegenden Prinzipien des Insolvenzrechts, dem Interesse der Insolvenzgläubiger in ihrer Gesamtheit an einer möglichst gleichmäßigen Befriedigung (par conditio creditorum)<sup>9</sup> und dem Vertrauensschutz einzelner in den Be-

▷ Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht in München.

1 Deren Mindeststandards sind für den Kreditbereich im Wesentlichen in BTO 1.2, BTO 1.2.1 und BTO 1.2.2 MaRisk konkretisiert (Rundschreiben IS/2009 (BA) – Mindestanforderungen an das Risikomanagement – der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) vom 14.8.2009).

2 KPBEhrliche, InsO, 40. Lfg., Mai 2010, § 129 Rz. 64; Smid, Praxis-Handbuch Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2007, § 20 Rz. 19; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 13. Aufl. 2010, § 131 Rz. 36.

3 Andres/Leithaus, InsO, 1. Aufl. 2006, § 131 Rz. 4; Braun/de Bra, InsO, 4. Aufl. 2010, § 130 Rz. 10; Smid, s. Fn. 2, § 20 Rz. 15; KPBEhrliche, s. Fn. 2, § 131 Rz. 32.

4 Gottwald/Huber, Insolvenzrechtshandbuch, 3. Aufl. 2006, § 47 Rz. 2 und 34f; KPBEhrliche, s. Fn. 2, § 131 Rz. 31, 39, 49; Uhlenbruck/Hirte, s. Fn. 2, § 131 Rz. 3 f., 7; vgl. OLG Saarbrücken v. 24.6.2008 – 4 U 324/07-108, MDR 2009, 53 = NZI 2008, 687 = ZIP 2008, 2430; Kirchhof in MünchKommInsO, 2. Aufl. 2008, § 131 Rz. 13; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, 18. EL Dez. 2009, § 131 Rz. 5; Smid, s. Fn. 2, § 21 Rz. 15, 17.

5 Gottwald/Huber, s. Fn. 4, § 47 Rz. 20.

6 Braun/de Bra, s. Fn. 3, § 130 Rz. 28 ff.; KPBEhrliche, s. Fn. 2, § 129 Rz. 95; KPBEhrliche, s. Fn. 2, § 130 Rz. 104, § 131 Rz. 48, 54, 113 und 116; Uhlenbruck/Hirte, s. Fn. 2, § 131 Rz. 38; vgl. hierzu auch Schoppmeyer, ZIP 2009, 600 (603, 606, 609), der anstelle den in der Judikatur entwickelten Beweislastvermutungen Sachverhalten lediglich Indizienwirkung innerhalb der Beweiswürdigung beimisst.

7 Wank, Die Auslegung von Gesetzen, 4. Aufl. 2008, § 3 Einleitung; vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 69. Aufl. 2010, Einleitung Rz. 40; Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 7 Rz. 8.

8 Wank, s. Fn. 7, § 3 XI., § 9 „Einleitung zur Gewichtung“, wonach dem Gesetzeszweck höchste Bedeutung beizumessen ist, die drei anderen Auslegungskriterien hingegen nur als Hilfsmittel dienen...

9 BGH v. 30.9.1993 – IX ZR 227/92, BGHZ 123, 320 = MDR 1994, 158 f. = NJW 1993, 3267 = ZIP 1993, 1653 f.; Braun/de Bra, § 129 Rz. 1; § 130 Rz. 1; Fregel/Keller/Riedel, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2008, Rz. 1387; Gottwald/Gottwald, s. Fn. 4, § 1 Rz. 43; Gottwald/Huber,

## Insolvenz

stand ihrer Rechte und Ansprüche,<sup>10</sup> würden nur zu einseitigen Ergebnissen führen. Die Lösung muss vielmehr in der vermögensorientierten Ausgestaltung des Insolvenzverfahrens liegen.<sup>11</sup> Bei der Subsumtion unter die Tatbestandsmerkmale der Gewährung oder Ermöglichung einer Sicherung oder Befriedigung i.S.v. §§ 130 I, 131 I InsO und des fehlenden Anspruchs in Art oder Zeit gem. § 131 I InsO ist somit eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzustellen.<sup>12</sup>

Nach § 130 II InsO wird die Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit mit dem Nachweis der Kenntnis von den Umständen unwiderleglich vermutet. Wegen der eingangs beschriebenen umfassenden Kenntnisse in die wirtschaftlichen Verhältnisse ihrer Kunden wird bei Banken zusätzlich vermutet, dass eine Bank Kenntnis von den Umständen der Zahlungsfähigkeit hat.<sup>13</sup>

### III. Anfechtbarkeit einzelner Vorgänge im Kreditwesen

Im Folgenden werden die einzelnen Vorgänge der Kreditverwaltung auf ihre Anfechtbarkeit als kongruente oder inkongruente Deckung unter der Bedingung untersucht, dass sie nach den in §§ 130 I, 131 I InsO genannten Einsatzzeitpunkten vorgenommen wurden. Exemplarisch soll dies anhand der in der Praxis gängigsten Prozesse dargestellt werden.

#### 1. Kreditgewährung

Allein die Vereinbarung einer Kontokorrentkredit- oder Darlehenslinie begründet zwar grundsätzlich einen Rechtsanspruch in Form eines pfändbaren Anspruchs auf Darlehensvalutierung (§ 488 I 1 BGB). Wirtschaftlich gesehen bietet die vertragliche Verpflichtung zur Bereitstellung der Kreditlinie für den Insolvenzgläubiger nur einen Vorteil, so dass in diesem Stadium eine Anfechtung insofern noch ausscheidet.<sup>14</sup> Hat sich der Darlehensnehmer und spätere Insolvenzschuldner allerdings bereits zur Zahlung einer Bereitstellungsprovision verpflichtet, erhält die Bank damit einen Vorteil in Form einer inkongruenten Deckung. Alle mit der Einräumung dieser Kreditlinie verbundenen organisatorischen Maßnahmen, so der (konkludente) Abschluss eines allgemeinen Bankvertrages, der als Grundlage für die einzelnen Bankgeschäfte dient,<sup>15</sup> der Abschluss eines Girovertrages, ein Zahlungsdiensstrahlenvertrag gem. § 675f II BGB,<sup>16</sup> die Kontokorrentabrede i.S.v. § 355 I HGB<sup>17</sup> und darauf aufbauend die Eröffnung eines Girokontos, ein Handelsbuch i.S.v. § 238 HGB,<sup>18</sup> einschließlich der Darlehensvalutierung durch Einbuchung des Darlehensbetrages auf dem Kontokorrentkonto<sup>19</sup> mögen die Gefährdung der Insolvenzmasse faktisch erhöhen, bilden aber noch keine Gläubigerbenachteiligung.

Erst die Verwendung der so bereit gestellten Kreditmittel durch Zahlungen an Dritte, einschließlich der Tilgung von Insolvenzforderungen der Bank, etwa durch Umschuldung von Altdarlehen,<sup>20</sup> lässt einen anfechtbaren und regelmäßig inkongruenten Vermögensvorteil entstehen. Die Vereinbarung eines Darlehenszwecks i.S.v. § 399 S. 2 BGB nimmt darauf keinen Einfluss. Dadurch wird die Mittelverwendung lediglich eingeschränkt. Sie dient zudem grundsätzlich nur den Interessen des Kreditinstitutes, ausnahmsweise auch Drittsichertheitegebern oder sonstigen Dritten.<sup>21</sup>

#### 2. Kontokorrentkredite/Überziehungen

Kontokorrentkredite sind revolvingende und täglich fällige Kreditlinien, welche vom Insolvenzschuldner ständig getilgt und neu in Anspruch genommen werden dürfen, während die Bank vereinbarungsgemäß verpflichtet ist,

diese Linie offen zu halten. Ihr steht ein Kündigungsrecht nach Nr. 19 AGB-Banken bzw. Nr. 26 AGB-Sparkassen oder nach § 488 III BGB zu.<sup>22</sup> Der Kontokorrentkredit muss also erst zur Rückzahlung fällig gestellt werden.<sup>23</sup> Lediglich die Aufforderung zur Rückzahlung unter Beibehaltung der Kreditlinie oder das „Einfrieren“ der Kontokorrentkreditlinie begründen für die Bank noch kein Recht auf Befriedigung.<sup>24</sup> Bedeutsam wird dieser Fall zu Beginn einer Kreditsanierung, wo oftmals durch ein bloßes Stillhalten der bisherigen Linie die künftige Entwicklung abgewartet wird.<sup>25</sup>

Für die insolvenzrechtliche Qualifizierung von Überziehungen auf Kontokorrentkonten hat sich mittlerweile eine herrschende Meinung gebildet. Zutreffend wird zwischen der geduldeten, kongruenten und einer lediglich tolerierten, inkongruenten Überziehung differenziert.<sup>26</sup> Die nur tolerierte Duldung einer Kontoüberziehung würde dem Kunden, so die Begründung in Rechtsprechung und Literatur, keinen pfändbaren Anspruch auf Kredit

- s. Fn. 4, § 46 Rz. 2, § 47 Rz. 1 und 36; als Ausnahme zum Prioritätsgrundsatz, arg e § 804 III ZPO; *Häsemeyer*, *InsR*, 4. Aufl. 2007, Rz. 21.01 f.; *Henkel*, ZIP 1982, 391 (396); *Holzer*, *WiB* 1997, 731 (733); *KPB/Bork*, s. Fn. 2, Vor § 129 Rz. 1; *KPB/Schoppmeyer*, Fn. 2, § 130 Rz. 3, 131; *Schoppmeyer*, ZIP 2009, 600 (603); *Smid*, s. Fn. 2, § 20 Rz. 1; *Uhlenbruck/Hirte*, s. Fn. 2, § 129 Rz. 1 und § 130 Rz. 1.
- 10 *Gottwald/Huber*, s. Fn. 4, § 47 Rz. 20; *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 130 Rz. 3, § 131 Rz. 5; vgl. *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 129 Rz. 4.
- 11 *Gottwald/Gottwald*, s. Fn. 4, § 1 Rz. 49 m.w.N.; *Gottwald/Huber*, s. Fn. 4, § 46 Rz. 55 m.w.N., § 47 Rz. 24; *Uhlenbruck/Hirte*, s. Fn. 2, § 129 Rz. 2; *Smid*, Fn. 2, § 21 Rz. 17; im Ergebnis ebenso: *BGH v. 10.7.2008 - IX ZR 142/07*, ZIP 2008, 1695.
- 12 *Uhlenbruck/Hirte*, s. Fn. 2, § 129 Rz. 2.
- 13 *KPB/Schoppmeyer*, s. *InsO*, Fn. 2, § 130 Rz. 115, 118.
- 14 *KPB/Schoppmeyer*, Fn. 2, § 130 Rz. 54.
- 15 *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, *HGB*, 34. Aufl. 2010, *BankGesch Rn. A/6*.
- 16 *Palandt/Sprau*, s. Fn. 7, § 675 Rz. 11, Einf. v. § 675c Rz. 5.
- 17 *Palandt/Sprau*, s. Fn. 7, § 675f Rz. 24; *Schimansky* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, *Bankrechts-Handbuch*, 3. Aufl. 2007, § 47 Rz. 38.
- 18 *Hopt* in *Baumbach/Hopt*, s. Fn. 15, *BankGesch Rn. A/36*; *Schimansky* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, s. Fn. 17, § 47 Rz. 38; vgl. *Palandt/Sprau*, s. Fn. 7, § 675f Rz. 24.
- 19 *BGH v. 11.1.2007 - IX ZR 31/05*, MDR 2007, 861 = *NJW* 2007, 1357 = *ZIP* 2007, 435 [437]; v. 17.6.1999 - IX ZR 62/98, MDR 1999, 1154 = *DB* 1999, 2055 = *NJW* 1999, 3780 = *WM* 1999, 1577 f. = *ZIP* 1999, 1271, m. Anm. v. *Eckardt*, *EWiR* 1999, 801; es entsteht der Kredit- oder Darlehensrückforderungsanspruch.
- 20 *Kirchhof* in *MünchKomm/InsO*, s. Fn. 4, § 129 Rz. 123.
- 21 *BGH v. 7.6.2001 - IX ZR 195/00*, MDR 2001, 1258 = *ZIP* 2001, 1248, m. zust. Anm. v. *Gerhardt* = *EWiR* 2001, 1007.
- 22 *BGH v. 17.6.1999 - IX ZR 62/98*, MDR 1999, 1154 = *NJW* 1999, 3780 f. = *ZIP* 1999, 1271; *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 69; *Kirchhof* in *MünchKomm/InsO*, s. Fn. 4, § 131 Rz. 44; a.A. *Nerlich/Römermann/Nerlich*, s. Fn. 4, § 131 Rz. 25 und *Uhlenbruck/Hirte*, s. Fn. 2, § 130 Rz. 14 und § 131 Rz. 5, die einen Überziehungskredit ohne Differenzierung, mithin auch nach längerer Duldung für jederzeit fällig halten.
- 23 *OLG Karlsruhe v. 4.1.2008 - 17 U 406/06*, ZIP 2008, 1343 f.; *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 130 Rz. 25; *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 73; *Martinek/Oechler* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, s. Fn. 17, § 97 Rz. 50; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, s. Fn. 4, § 130 Rz. 52.
- 24 *BGH v. 1.10.2002 - IX ZR 360/99*, MDR 2003, 352 (LS) = *DB* 2003, 1056 = *NJW* 2003, 360 = *ZIP* 2002, 2182 (2184) m. zust. Anm. v. *Freudenberg* = *EWiR* 2008, 629; *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 130 Rz. 26.
- 25 *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 130 Rz. 25; *Derleder/Knops/Bamberger/Valender*, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Aufl. 2009, § 35 Rz. 9.
- 26 Im Ergebnis ebenso: *BGH v. 17.6.1999 - IX ZR 62/98*, MDR 1999, 1154 = *NJW* 1999, 3780 = *ZIP* 1999, 1271 m. Anm. v. *Eckardt* = *EWiR* 1999, 801; *OLG Karlsruhe v. 4.1.2008 - 17 U 406/06*, ZIP 2008, 1343 f.; *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 130 Rz. 24; *Derleder/Knops/Bamberger/Valender*, s. Fn. 2, § 19 Rz. 14; *Gottwald/Huber*, s. Fn. 4, § 47 Rz. 21; *Uhlenbruck/Hirte*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 5; *KPB/Schoppmeyer*, Fn. 2, § 131 Rz. 74; *Lwowski/Wunderlich* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, s. Fn. 17, § 75 Rz. 26, § 77 Rz. 19; a.A. wohl *Hadding/Häuser* in *Schimansky/Bunte/Lwowski*, s. Fn. 17, § 35 Rz. 9, Anh. 1 zu § 35 Ziff. 3, der eine Vereinbarung voraussetzt.

## Insolvenz

gewähren.<sup>27</sup> Da aber Kreditinstitute organisatorisch und edv-technisch gewährleisten müssen, dass Auszahlungen ohne vorherige Zustimmung ausgeschlossen sind,<sup>28</sup> und deshalb buchhalterisch wie aufsichtsrechtlich jede Form der Überziehung einen Kredit darstellt,<sup>29</sup> ist beiden Überziehungsarten gemeinsam, dass die Zahlungsfreigabe normativ als konkludentes Angebot der Bank auf Abschluss des Kreditvertrages auszulegen ist.<sup>30</sup> Dessen Zugang ist nach § 151 BGB entbehrlich.<sup>31</sup> Es ist vielmehr eine Frage der Vertragsauslegung zur Fälligkeit des Rückforderungsanspruches, ab wann ein Kunde vom Fortbestand der Überziehung ausgehen darf, so dass eine Bank die geduldete Überziehung für ihre Fälligkeit erneut kündigen muss.<sup>32</sup> Anderenfalls würde die Bank mit der Rückzahlung eine inkongruente Leistung erhalten.<sup>33</sup> Hier wird man, ähnlich dem täglich fälligen Kontokorrentkredit, abweichend von § 271 I BGB im Interesse der Rechtssicherheit spätestens zwei, maximal drei Bankarbeitstage<sup>34</sup> nach Entstehung vom Fortbestand der Überziehung, einer sog. geduldeten Überziehung, ausgehen dürfen.

### 3. Avalkredit

Ein Sonderfall der Kreditvaluierung ist die Zahlung eines Kreditinstitutes auf die von ihr übernommene Bankbürgschaft oder Garantie. Mit Ausreichung einer Bankbürgschaft gewährt eine Bank ihrem Kunden, für den sie sich verbürgte, gleichzeitig einen Haftungskredit. Ergo steht die Verbürgung stets in Verbindung mit einer entsprechenden Avalkreditlinie, mit welcher die Erstattungsansprüche aus einer Bürgschaftsinanspruchnahme erfüllt werden. Während die Laufzeit dieser Avalkredite in der Regel nur auf ein Jahr beschränkt wird,<sup>35</sup> bleiben die ihr zugrunde liegenden Bürgschaftsverpflichtungen länger bestehen. Falls Avalkreditlinien nach den in §§ 130, 131 InsO genannten Einsatzzeitpunkten prolongiert werden,

so würde es für die Frage der Inkongruenz des Erstattungsanspruches der Bank rein rechtlich darauf ankommen, auf welchen der beiden Ansprüche sich die Bank stützt. Macht sie die bürgschaftsrechtlichen Aufwendungsersatzansprüche i.S.v. §§ 675, 670 BGB, in seltenen Fällen aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 684, 685 BGB, oder wahlweise aus der auf sie nach § 774 BGB übergegangenen Gläubigerforderung geltend, dann würde sie das bekommen, was ihr nach dem ursprünglichen Vertrag zusteht. Valutiert sie hingegen den prolongierten Avalkredit und stützt sie sich auf den Darlehensrückzahlungsanspruch, wäre dieser Anspruch wegen der nachträglichen Vertragsänderungen inkongruent. Hinzu kommt, dass zur Wahrung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und von §§ 238 I 2 HGB, 145 I AO Zahlungen von Avalkonten an Dritte nicht zulässig sind. Der Avalkredit, ein reiner Haftungskredit, muss erst durch Umbuchung auf ein bankinternes Gelddarlehens- oder auf das Kontokorrentkonto des Insolvenzschuldners in ein Gelddarlehen umgewandelt werden, um es dann dem Bürgschaftsgläubiger auszahlen zu können.<sup>36</sup> Im Hinblick auf die vermögensorientierte Betrachtungsweise verbleibt es trotz dieser Änderungen solange bei der Kongruenz des Darlehensrückzahlungsanspruches, als dieser wirtschaftlich mit den Erstattungsansprüchen vergleichbar ist. Geringfügige Abweichungen bleiben als Bagatellfälle unberücksichtigt (arg. e § 142 II InsO).

### 4. Nachträgliche Änderungen des Kreditengagements

Zum Teil wird differenziert zwischen dem Abschluss von neuen Kredit- und Darlehensverträgen, welche eine inkongruente Deckung hervorrufen, einerseits und Vertragsänderungen unter Aufrechterhaltung der Identität des ursprünglich vereinbarten, kongruenten Darlehens<sup>37</sup> andererseits. Zu den identitätswahrenden Vertragsänderungen würden Stundungsvereinbarungen, Änderungen der Kredit- oder Darlehenshöhe, aber auch Umschuldungen<sup>38</sup> von Kontokorrentkrediten in Tilgungsdarlehen<sup>39</sup> gehören. Die Gegenmeinung stützt sich darauf, dass es sich unabhängig von Art und Umfang der Veränderungen stets um den Abschluss einer neuen Vereinbarung handle, für die keine Besonderheiten gelten dürfen.<sup>40</sup>

Auch hier ist auf die wirtschaftlichen Auswirkungen im Einzelfall abzustellen; pauschale Zuordnungen würden der ratio legis nicht gerecht werden. Wird also die Tilgung eines fälligen Rückzahlungsanspruches durch Prolongation, u.a. durch Begebung eines vordatierten Schecks,<sup>41</sup> gestundet, so wird lediglich der Fälligkeitszeitpunkt hinausgeschoben. Damit ist eine temporäre Entlastung auf Liquiditäts- und Ertragsebene des Bankkunden verbunden. Allein in dieser Stundung kann keine Gläubigerbenachteiligung gesehen werden.<sup>42</sup> Insofern stellt die Prolongation für die Insolvenzgläubiger die wirtschaftlich weniger belastende Maßnahme ggü. der Tilgung dar. Eine ähnliche Stundungswirkung besteht, wenn die Höhe des Kapitaldienstes herabgesetzt wird, sei es unter Verlängerung der Laufzeit, sei es, dass bei Ablauf der Vertragslaufzeit ein (höherer) Darlehensrestbetrag zur Rückzahlung stehen bleibt. Reine Kontoumbuchungen oder vertragliche Umschuldungen unter Beibehaltung der bisher vereinbarten oder nur geringfügig abweichender Konditionen begründen ebenfalls keinen anfechtbaren Vermögensvorteil.<sup>43</sup> Mit den darlehensvertraglichen Änderungen müssen die Sicherheitenvereinbarungen dann, wenn sie nur mit sog. enger Zweckerklärung zulässig sind, ebenfalls angepasst werden. Diese an sich inkongruente Sicherheitenneuevereinbarung hat nur die wirtschaftliche Bedeutung, die gleiche Kreditinanspruchnahme, nur jetzt mit verlängerter Laufzeit zu sichern. Sie sollten mithin als kongruent gelten.

27 BGH v. 11.1.2007 – IX ZR 31/05, MDR 2007, 861 = NJW 2007, 1357 = ZIP 2007, 435 f.; v. 29.3.2001 – IX ZR 34/00, BGHZ 147, 193 [202] = MDR 2001, 1014 f. = ZIP 2001, 825 f.; v. 24.1.1985 – IX ZR 65/84, BGHZ 93, 315 (325) = MDR 1985, 119 = NJW 1985, 1218 = ZIP 1985, 339 (342) m. zust. Anm. v. Merz = EWIR 1985, 119.

28 § 25a I Nr. 1 KWG i.V.m. BTO 1.2.2 Nr. 1, BTR 1 Nr. 5 MaRisk.

29 §§ 11 RechZahlV, 10 Nr. 1. SolvV, 19 I S. 1 Nr. 4 KWG, AT 2.3 Nr. 1 MaRisk.

30 Felke, WM 2002, 1632 f.

31 OLG Hamburg v. 18.6.1993 – 9 U 5/93, WM 1993, 1877 (1879) m. zust. Anm. v. Vortmann; Felke, WM 2002, 1632 ff.

32 Vgl. Nerlich/Römermann/Nerlich, s. Fn. 4, § 130 Rz. 58, § 131 Rz. 25.

33 OLG Hamburg v. 20.7.2005 – 8 U 39/05, ZIP 2006, 44 m. zust. Anm. v. Stiller = EWIR 2005, 773; OLG Karlsruhe v. 18.1.2007 – 12 U 185/06, ZIP 2007, 286 (288) mit kritischer Anm. v. Schröder; Stiller, ZInsO 2005, 72 ff.; Vendolsky, ZIP 2005, 786 (788).

34 Die Überziehungsliste wird für den Folgetag generiert und zur Disposition in die EDV eingestellt. Sie ist vom Kompetenzträger taggleich abzarbeiten, so dass spätestens am Folgetag eine Reaktion möglich ist.

35 Zur Schonung des Eigenkapitals der Bank, vgl. z.B. §§ 24 S. 1, 25 I 2, 50 I Nrn. 1, 2 SolvV.

36 Gottwald/Obermüller, s. Fn. 4, § 101 Rz. 6.

37 Palandt/Grüneberg, s. Fn. 7, § 311 Rz. 3.

38 Derleder/Knops/Bamberger/Vallender, s. Fn. 25, § 35 Rz. 13.

39 Lwowski in Schimansky/Bunte/Lwowski, s. Fn. 17, § 76 Rz. 17; ebenso OLG Köln v. 18.12.1998 – 3 U 9/98, ZIP 1999, 1046 f. m. zust. Anm. v. Nielsen = EWIR 1999, 1003, zum Fall einer internen Umschuldung, mit der geänderte Zahlungsmodalitäten vereinbart wurden.

40 Lwowski in Schimansky/Bunte/Lwowski, s. Fn. 17, § 76 Rz. 13.

41 BGH v. 11.1.2007 – IX ZR 31/05, MDR 2007, 861 = NJW 2007, 1357 = WM 2007, 508 = ZIP 2007, 435 f.

42 BGH v. 11.1.2007, s. Fn. 41; v. 2.2.2006 – IX ZR 67/02, MDR 2006, 1191 = NJW 2006, 1800 = ZIP 2006, 578 zu Wechsel.

43 BGH v. 10.7.2008 – IX ZR 142/07, ZIP 2008, 1695; OLG Karlsruhe v. 16.8.1995 – 13 U 107/94, WM 1996, 198 [200] = ZIP 1995, 1748 m. krit. Anm. v. Martinek zur Umbuchung.

## Insolvenz

Die Bank erlangt aber einen Vermögensvorteil, wenn sich dadurch zugleich der vom Kreditnehmer zu zahlende nominale Zinsbetrag in toto erhöht. Ein anfechtbarer Vermögensvorteil entsteht ferner, wenn in Fällen der Kreditsanierung die Aufrechterhaltung von Kreditlinien von einer Sicherheitenverstärkung abhängig gemacht wurde. Diese Nachbesicherung entzieht haftendes Vermögen für bereits eingeräumte Darlehen, was vertraglich ursprünglich nicht vereinbart war, und verschafft so der Bank eine inkongruente Deckung.<sup>44</sup> Dies trifft insbesondere auf den Anspruch auf Nachbesicherung gem. Nr. 13 I AGB-Banken beziehungsweise Nr. 22 I AGB-Sparkassen oder auf ein Pfandrecht (Nr. 14 I, II AGB-Banken; Nr. 21 I, III AGB-Sparkassen) wegen ihrer fehlenden Bestimmtheit zu.<sup>45</sup>

Nur wenn sich die Besicherung als wirtschaftlich neutral erweist, wie beispielsweise beim Sicherheitentausch in Sicherheiten mit einem geringeren Sicherungswert,<sup>46</sup> wenn sie von einem Dritten gestellt werden<sup>47</sup> oder wenn die Sicherheitenvereinbarung unwirksam ist, scheidet eine Deckungsanfechtung aus.<sup>48</sup> Geringfügige Abweichungen zwischen der vertraglich vereinbarten und der tatsächlich gewährten Sicherheit in Art und Umfang bleiben dabei unberücksichtigt,<sup>49</sup> da Sicherheitenbewertungen auf Prognosen basieren. Deshalb sind Grundschuld mit Hypothek, die Sicherungsübereignung oder -zession mit dem jeweils entsprechenden vertraglichen Pfandrecht<sup>50</sup> oder bei Globalzessionen Buchstabenkreise (z.B. A-K anstelle L-Z) bei hinreichend gleicher Wahrscheinlichkeitsverteilung<sup>51</sup> austauschbar. Die Gewährung einer wertmäßig vergleichbaren Sicherheit anstelle der Befriedigung wäre an sich eine inkongruente Deckung,<sup>52</sup> ist wirtschaftlich betrachtet nur eine wertneutrale Nachbesicherung eines Darlehens, verbunden mit einer Laufzeitprolongierung.

Für die Inkongruenz reicht ein selbst nur temporärer Vorteil aus. Vorzeitige, inkongruente Zinszahlungen sind z.B. stets in der Zahlung von Vorfälligkeitsentschädigungen i.S.d. § 490 II 3 BGB zu sehen, und zwar auch dann, wenn die Bank eine Vorfälligkeitsentschädigung verlangen würde, welche deutlich unter dem von ihr berechneten Barwert liegt. Zum einen wird mit der Barwertabzinsung nur der Zinseszinsseffekt eliminiert. Zum anderen bergen Barwertrechnungen erhebliche Prognoseunsicherheiten durch die fiktiven Annahmen in sich. Bei neuen Zinsfestschreibungen oder sonstigen Zinssatzänderungen ist schließlich ein Vergleich zum ursprünglich vereinbarten Zins oder nach Ablauf einer befristeten Zinsvereinbarung ein Vergleich zum gesetzlichen Zinssatz erforderlich, um deren Kongruenz beurteilen zu können.

Überbrückungs- und Sanierungskredite sind wie Neukredite zu behandeln.<sup>53</sup> Misslingt die Sanierung, dann wurde eine inkongruente Deckung geschaffen. Allerdings scheidet der Vorsatz, andere Gläubiger zu benachteiligen, aus, wenn entweder lediglich ein Überbrückungskredit gewährt wird, um den Geschäftsbetrieb des Insolvenzschuldners bis zum Abschluss der Prüfung der Sanierungsfähigkeit aufrecht zu erhalten.<sup>54</sup> Oder dieser ernsthafte Sanierungsversuch fußt auf einem in sich schlüssigen Konzept, also ein Sanierungsgutachten, das von den erkannten und erkennbaren tatsächlichen Gegebenheiten ausgeht und nicht offensichtlich undurchführbar ist.

### 5. Kredittilgungen durch den Insolvenzschuldner

Mit Tilgungszahlungen an die Bank wird die Insolvenzmasse verkürzt.<sup>55</sup> Soweit die Zahlungen die fällig gewordenen Zins- und Tilgungsraten betreffen, sind sie kongruent,<sup>56</sup> andernfalls inkongruent. Nur wenn zwischen Zahlungs- und Fälligkeitszeitpunkt maximal fünf Bankarbeitstage liegen, sollen inkongruente Tilgungsleistun-

gen nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise als Bagatelle und deshalb als kongruent angesehen werden (arg. e § 142 InsO).<sup>57</sup> Sondertilgungsrechte regeln allein die Erfüllung, nicht aber die Fälligkeit eines Darlehensrückzahlungsanspruches (§ 271 II BGB). Sie nehmen also keinen Einfluss auf die Kongruenzfrage.<sup>58</sup>

Für die Abgrenzung von Kongruenz und Inkongruenz kommt es bei Kreditsanierungen und -abwicklungen für den eingangs beschriebenen Soll-Ist-Abgleich zusätzlich darauf an, ob die ursprünglich vereinbarte Leistung freiwillig erfolgte, dann ist sie kongruent. Unfreiwillige Zahlungen auf Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse oder auch nur zur Abwehr von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen erfolgen aus einer ganz anderen Motivationsgrundlage heraus und sind inkongruent.<sup>59</sup> Allein die Ausübung eines gewissen Drucks, insbesondere wirtschaftlicher Natur, nimmt keinen Einfluss auf die Art der nach dem ursprünglichen Schuldverhältnis zu erbringenden Leistung. Dadurch veranlasste Zahlungen bleiben wie auch der Abschluss eines außergerichtlichen Vergleichs<sup>60</sup> damit kongruent.<sup>61</sup> Einer Vorpfändung kommt lediglich

44 *Andres/Leithaus*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 4; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, s. Fn. 4, § 130 Rz. 49.

45 BGH v. 5.2.2009 – IX ZR 78/07, MDR 2009, 833 = NZI 2009, 307 = WM 2009, 662 = ZInsO 2009, 659 = ZIP 2009, 673 f. m. zust. Anm. v. *Keller* = EWIR 2009, 481; v. 29.11.2007 – IX ZR 30/07, MDR 2008, 411 (LS) = DB 2008, 183 = NJW 2008, 430 = NZI 2008, 89 = WM 2008, 204 = ZInsO 2008, 91 = ZIP 2008, 183 f. m. zust. Anm. v. *Ries* = EWIR 2008, 187; v. 12.2.2004 – IX ZR 98/03, DB 2004, 1095 = NJW 2004, 1660 = NZI 2004, 314 = WM 2004, 666 = ZInsO 2004, 342 = ZIP 2004, 620; *Andres/Leithaus*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 4; *Braun/de Bra*, Fn. 3, § 130 Rz. 11, § 131 Rz. 20; *Hopi* in *Baumbach/Hopt*, s. Fn. 15, AGB-Banken Nr. 13 Rz. 4; *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 90, 93, 100; *Kirchhof*, s. Fn. 4, § 131 Rz. 39; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, s. Fn. 4, § 131 Rz. 39, 54; *Smid*, s. Fn. 2, § 21 Rz. 31; insoweit widersprüchlich *Uhlenbruck/Hirte*, s. Fn. 2, § 130 Rz. 20 einerseits und § 131 Rz. 15 andererseits.

46 Vgl. *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 24.

47 *Derleder/Knops/Bamberger/Vallender*, s. Fn. 25, § 35 Rz. 49.

48 *Kirchhof*, s. Fn. 4, § 129 Rz. 150; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, s. Fn. 4, § 130 Rz. 54; vgl. *Smid*, s. Fn. 2, § 20 Rz. 19, 32.

49 *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 28; *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 40.

50 *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 115; *Kirchhof*, s. Fn. 4, § 131 Rz. 37; *Uhlenbruck/Hirte*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 27.

51 *Kirchhof*, s. Fn. 4, § 131 Rz. 37; vgl. *KPB/Schoppmeyer*, Fn. 2, § 131 Rz. 115.

52 *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 130 Rz. 9; vgl. BGH v. 21.12.1960 – VIII ZR 204/59, BGHZ 34, 254 (258 f.) = WM 1961, 174.

53 *Kirchhof*, s. Fn. 4, § 129 Rz. 168.

54 BGH v. 4.12.1997 – IX ZR 47/97, WM 1998, 248 (250); *Nerlich/Römermann/Nerlich*, s. Fn. 4, § 130 Rz. 53, der die (objektive) Gläubigerbenachteiligung entfallen lässt.

55 BGH v. 15.11.2007 – IX ZR 212/06, MDR 2008, 346 (347) = ZIP 2008, 235; *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 130 Rz. 22, 23; *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 130 Rz. 54; *Smid*, s. Fn. 2, § 21 Rz. 30.

56 *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 63, 72; *Nerlich/Römermann/Nerlich*, s. Fn. 4, § 130 Rz. 55, 57, 58; vgl. OLG Schleswig v. 5.7.2007 – 5 U 48/07, ZIP 2008, 68 zur Verrechnung von Gutschriften einen Monat vor Stellung des Insolvenzantrages nach § 131 I Nr. 1 InsO.

57 BGH v. 9.5.2005 – IX ZR 152/03, MDR 2005, 1312 = ZIP 2005, 1243 m. zust. Anm. v. *Paulus* = EWIR 2005, 829; *Andres/Leithaus*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 6; *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 16; *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 12, 40, 41; vgl. OLG Saarbrücken v. 24.6.2008 – 4 U 324/07-108, MDR 2009, 52 f. = ZIP 2008, 2430, zur Bagatelle bei Vertragsabweichungen.

58 *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 16; *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 66.

59 *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 14, 15; *Uhlenbruck/Hirte*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 14.

60 BGH v. 9.11.2006 – IX ZR 285/03, MDR 2007, 546 = ZIP 2006, 2391 (2393).

61 BGH v. 7.12.2006 – IX ZR 157/05, MDR 2007, 612 = DB 2007, 396 = NJW 2008, 848 = NZI 2007, 161 = WM 2007, 227 = ZInsO 2007, 175 = ZIP 2007, 136 f.; *Braun/de Bra*, s. Fn. 3, § 131 Rz. 15; a.A. *KPB/Schoppmeyer*, s. Fn. 2, § 131 Rz. 131; vgl. BGH v. 18.12.2003 – IX ZR 199/02, BGHZ 157, 242 [248] = MDR 2004, 650 LS = ZIP 2004, 319.

die Wirkung einer Beschlagnahme (Verstrickung) i.S.v. § 829 I ZPO mit Wahrung des Pfändungsranges (§ 804 III ZPO) zu. Ob sich das Verfügungsverbot des § 829 I 2 ZPO bereits gläubigerbenachteiligend auswirkt, mag zweifelhaft sein, denn nur die Überweisung nach § 835 I, 844 ZPO kann rechtlich den Vermögensverlust herbeiführen.<sup>62</sup> De facto wird aber der potentielle Insolvenzschuldner nach Zustellung der Vorphändung nicht im Hinblick auf die Verstrickung oder Rangwahrung, sondern primär zur Vermeidung des damit angekündigten Rechts- und Forderungsentzuges zahlen. Die Zahlung erfolgt wirtschaftlich gesehen zur Abwehr einer drohenden Zwangsvollstreckung. Sie ist deshalb ebenso wie die Befriedigung aus Zwangsvollstreckungen stets unfreiwillig und damit inkongruent.<sup>63</sup>

62. KPBl/Schoppmeyer, s. Fn. 2, § 131 Rz. 124; Zöllner/Stöber, ZPO, 28. Aufl. 2010, § 845 Rz. 5.

63. LG München v. 26.9.2005 – 10 HKO 11198/05, ZIP 2006, 199 (LS); Braun/de Bra, § 130 Rz. 13; Kirchhof in MünchKommInsO, s. Fn. 4, § 131 Rz. 28; Uhlenbruck/Hirte, s. Fn. 2, § 130 Rz. 48; a.A. KPBl/Schoppmeyer, s. Fn. 2, § 131 Rz. 124, der allein auf die rechtlichen Wirkungen einer Vorphändung abstellt und eine Massegefährdung erst in der Überweisung sieht.

## IV. Fazit

Nach teleologischer Auslegung der Anfechtungsvorschriften der §§ 130, 131 InsO sind Bankprodukte im Hinblick auf ihre gläubigerbenachteiligende Wirkung und der Frage nach ihrer Kongruenz bzw. Inkongruenz in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen zu hinterfragen. Maßgeblich für die Gefährdung der Insolvenzmasse ist dabei der Akt, der die mehrteilige Rechtsübertragung wirksam werden lässt. Nach dem Rechtsgedanken des § 142 InsO bleiben verkehrswidrliche oder geringfügige Abweichungen unberücksichtigt und es sind die prognostizierten Sicherheitenwerte maßgeblich. Kontoüberziehungen stellen stets einen konkludent vereinbarten Kredit dar, bei dem im Hinblick auf die Laufzeitregelung zwischen geduldeten oder nur tolerierten Überziehungen unterschieden wird. Zahlungen unter dem eindeutigen Druck der Zwangsvollstreckung oder infolge von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sind unfreiwillig und damit inkongruent.

## KAUFRECHT

# Das Erfordernis der Fristsetzung zur Nacherfüllung

RA Rüdiger Martis

*Will der Käufer vom Kaufvertrag zurücktreten (§§ 437 Nr. 2, 440, 323, 326 V, 346 I, II BGB), den Kaufpreis mindern (§§ 437 Nr. 2, 441 BGB), Schadensersatz neben der Leistung (§§ 436 Nr. 3, 440, 280 BGB) bzw. statt der Leistung (§§ 434 Nr. 3, 281 bzw. 311 a II BGB) oder den Ersatz vergeblicher Aufwendungen (§§ 437 Nr. 3, 440, 284 BGB) verlangen, muss er dem Verkäufer grundsätzlich eine Frist zur Nacherfüllung, nach seiner Wahl Beseitigung des Mangels oder Lieferung einer mangelfreien Sache, setzen (§§ 440, 281, 323 BGB; vgl. BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, MDR 2006, 677 = NJW 2006, 1195 f. = VersR 2006, 1552 f., Nr. 18). Weitere Probleme im Zusammenhang mit der Nacherfüllung werden in einem Folgebeitrag dargestellt.*

## I. Erforderlichkeit der Fristsetzung

Dass der Käufer eines Gebrauchtwagens nicht weiß, ob ein binnen sechs Monaten nach der Übergabe durch den Verkäufer aufgetretener Defekt des Fahrzeugs auf einen Sachmangel i.S.d. § 434 BGB zurückzuführen ist, entlastet ihn nicht von der Obliegenheit, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben und ihm vor Geltendmachung der Sekundäransprüche aus §§ 437 Nr. 2, Nr. 3, 440 BGB eine angemessene Frist hierfür zu setzen (BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, MDR 2006, 677 = NZV 2006, 245 [247], Nr. 18, 19). Die Obliegenheit des Käufers, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, beschränkt sich aber nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung, sondern umfasst auch die Bereitschaft des Käufers, dem Verkäufer die Kaufsache zur Überprüfung der erhobenen Mängelrügen zur Verfügung zu stellen (BGH, Urt. v. 10.3.2010 – VIII ZR 310/08, MDR 2010, 733 = NZV 2010, 453 = VersR 2010, 1088; Ball, DAR 2010, 497).

Erfüllungsort (vgl. § 269 I BGB) für die Nacherfüllung ist nach h.M. der Ort, an dem sich die Kaufsache nach Abschluss des Kaufvertrages und Übergabe zum bestimmungsgemäßen Gebrauch befindet, regelmäßig also am Wohnort bzw. Firmensitz des Käufers (OLG München, Urt. v. 12.10.2005 – 15 U 2190/05, OLGR 2006, 504, 505 = ZGS 2006, 155; gebrauchter Pkw; OLG Celle, Urt. v. 10.12.2009 – 11 U 32/09, MDR 2010, 372; gebrauchter Pkw; Schneider/Katerndahl, MDR 2009, 9, 10; a.A. allerdings OLG München, Urt. v. 20.6.2007 – 20 U 2204/07, OLGR 2007, 796, 797 = NJW 2007, 3214, 3215; Reinking/Eggert, 10. Aufl. 2009, Rn. 335, 358, 1733).

Grundsätzlich ist die Fristsetzung zur Nacherfüllung auch noch im Lauf des bereits anhängigen Rechtsstreits möglich. Auch die erstmals im Berufungsrechtszug erfolgte, unstreitige Fristsetzung zur Nacherfüllung ist unabhängig von den Voraussetzungen des § 511 II 1 Nr. 1 – 3 ZPO zuzulassen (BGH, Urt. v. 20.5.2009 – VIII ZR 247/06, MDR 2009, 996 = NJW 2009, 2532 f. = VersR 2009, 1373 f., Nr. 16; zustimmend Skamel, NJW 2010, 271 [274] und Ball, DAR 2010, 497, 498).

Bei „Alltagsgeschäften“ des Verbrauchers ist regelmäßig eine Frist von zwei Wochen angemessen (vgl. Voitke-witsch, MDR 2004, 862 [864] m.w.N.). Reinking/Eggert (Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rz. 455, 1733) differenzieren wie folgt: Für Reparaturen ist eine Fristsetzung von fünf Werktagen angemessen, für eine Ersatzlieferung eine Frist von einem Monat.

## II. Entbehrlichkeit der Fristsetzung

Gemäß §§ 440, 281 II, 323 II BGB ist eine Fristsetzung ausnahmsweise in nachfolgenden Fallgruppen entbehrlich:

▷ Der Autor ist Rechtsanwalt in Schwäbisch Gmünd.