

Herausgegeben von

Professor Dr. Hans Erich Brandner, RA beim BGH, Karlsruhe  
Professor Dr. Bernhard Großfeld, Münster  
Professor Dr. Christian Starck, Göttingen  
Professor Dr. Rolf Stürner, Richter am OLG, Konstanz  
Professor Dr. Ulrich Weber, Würzburg

Redaktion

Dr. Franz-Peter Gillig, 7400 Tübingen, Wilhelmstraße 18,  
Telefon (07071) 26064

Seite 1013-1064

# Juristen JZ Zeitung

40. Jahrgang 15. November 1985 22

## Aufsätze

Professor Dr. Ingo Koller, Regensburg

### Sittenwidrigkeit der Gläubigergefährdung und Gläubigerbenachteiligung

#### I. Das Problem

1. Werden Kredite gegeben und dafür Sicherheiten bestellt, so berührt dies nicht nur das Verhältnis Kreditgeber – Kreditnehmer. Sowohl die Kreditvergabe als auch die Sicherung der Kredite können sich auf Dritte auswirken. Derartige externe Effekte treten dann auf, wenn die Kreditspritze die Schwäche des Kreditnehmers verdeckt, diesen vielleicht sogar in die Lage versetzt, seine Aktivitäten übermäßig auszudehnen, und dritte Gläubiger sich dadurch täuschen lassen. Da die deutsche Rechtsordnung publizitätslose Sicherheiten kennt, besteht ferner die Gefahr, daß dritte Gläubiger aus dem Besitz von Sachen fälschlich auf das verfügbare Aktivvermögen und von daher auf das Konkursrisiko, die zu erwartende Konkursquote oder die Möglichkeit des Erwerbs von Sicherheiten schließen, weil ihnen unbekannt geblieben ist, daß die Sachen bzw. Forderungen verdeckt zur Sicherung übertragen worden sind<sup>1</sup>.

Dritte können auch dadurch geschädigt werden, daß der Kreditnehmer ausgebeutet wird. Je mehr Sicherheiten dem Kreditnehmer abgenötigt werden, desto weniger entfällt im Konkursfall auf die ungesicherten Gläubiger. Zugleich erhöht sich die Gefahr, daß sich dritte Gläubiger Gegenstände zur Sicherung ihrer Forderung übertragen lassen, die ein anderer Kreditgeber bereits für sich mit Beschlagnahme belegt hatte<sup>2</sup>.

2. Es besteht heute allgemeine Übereinstimmung darin, daß diese externen Effekte der Kreditvergabe und Sicherungsbestellung nicht unbeschadet hingenommen werden dürfen. Das Prinzip des „caveat creditor“ gilt nicht schrankenlos. Die Kreditgeber haben die Auswirkungen der Kreditvergabe und Sicherungsbestellung auf dritte Gläubiger mitzubücksichtigen<sup>3</sup>. Als Instrumente zur Beschränkung der genannten exter-

nen Effekte dienen die §§ 138 und 826 BGB<sup>4</sup>. Ist der Sicherungsvertrag gemäß § 138 BGB nichtig, so hat dies zur Folge, daß die Sicherheiten in die Konkursmasse fallen und den ungesicherten Gläubigern zugute kommen. Über § 826 BGB können geschädigte Dritte ihren Schaden liquidieren, sofern der Kreditgeber die Schädigung zumindest billigend in Kauf genommen hatte<sup>5</sup>.

Das Augenmerk konzentriert sich somit auf die Kriterien der sittenwidrigen Kreditvergabe, Kreditbelassung und Sicherungsbestellung. Der BGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, es seien alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen<sup>6</sup>, die Grenzen zwischen Sittenkonformität und sittenwidriger Gläubigerbenachteiligung seien fließend<sup>7</sup>. In der Literatur wird vorgeschlagen, im Rahmen eines beweglichen Systems zu operieren<sup>8</sup>. Obwohl alles in Bewegung zu sein scheint, läßt die Rechtsprechung durchaus einige feste Konturen erkennen.

#### II. Der Stand der Rechtsprechung

Der BGH<sup>9</sup> hat in seiner Leitentscheidung im 10. Band drei Fallgruppen besonders hervorgehoben, die durch die „ziemlich sichere Schädigung Dritter“, die „weniger naheliegende Schädigung“ und den Umstand, daß die Sicherheiten erst geraume Zeit nach der Kreditvergabe gewährt werden, gekennzeichnet sind.

1. Ist der Konkurs des Kreditnehmers ziemlich sicher und ist dies erkennbar<sup>10</sup> gewesen, so handelt der Kreditgeber sittenwidrig, wenn er vorsätzlich einen Schaden Dritter als Folge des Kredit- und/oder Sicherungsvertrages in Kauf nimmt oder sich leichtfertig der Erkenntnis verschließt, daß der Kredit- und/oder Sicherungsvertrag zur Schädigung Dritter führen werden. Mit anderen Worten: es genügt jeder ziemlich sichere Schaden anderer Gläubiger. Das OLG Köln<sup>11</sup> will eine Ausnahme dort zulassen, wo eine stille Liquidation betrieben wird, die zwar zur sicheren Schädigung von Neugläubigern führt, aber per

<sup>1</sup> Gerhardt, Mobilarsachenrecht, Besitz-, Eigentum-, Pfandrecht (1976), S. 142; Wüst, Festschrift Wilburg (1965), S. 257 (265).

<sup>2</sup> Das ist die Wurzel der wegen Übermäßigkeit und Undurchsichtigkeit sittenwidrigen Sicherungsgeschäfte. Zur sittenwidrigen Nachbesicherung s. bei Fn. 145.

<sup>3</sup> Vgl. §§ 9–201, 9–208, 9–301 Uniform Commercial Code (1972), die die Gültigkeit der Sicherungsbestellung von der Publizität abhängig machen. Die amerikanische Kreditwirtschaft gab dieser Regelung den Vorzug vor der gesetzlichen Begründung von Pflichten, andere Gläubiger vor Schaden zu bewahren. Helman, 83 Commercial Law Journal (1983), 25 (29); 83 Journal of Legal Studies 12 (1983), 53 (59).

<sup>4</sup> Canaris, in Großkommentar z. HGB, 3. Aufl., Bd. III/3 (2. Bearb.) 1981, Rdn. 130.

<sup>5</sup> Herrschende Meinung; vgl. Canaris (Fn. 4), Rdn. 136f.

<sup>6</sup> BGHZ 10, 228 (232); BGH LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4; NJW 1970, 657 (658).

<sup>7</sup> BGH NJW 1970, 657 (658).

<sup>8</sup> Vgl. bei Fn. 43.

<sup>9</sup> BGHZ 10, 228.

<sup>10</sup> BGH WM 1983, 1406; so wohl auch BGHZ 10, 228 (233).

<sup>11</sup> OLG Köln WM 1981, 1238 (1241).

Saldo die Befriedigungschancen der Gläubiger als Gruppe erhöht. – Das bloße Stillhalten des Kreditgebers soll hingegen auch dann nicht sittenwidrig sein, wenn der Kreditgeber positiv weiß, daß der Kreditnehmer konkursreif ist und daß eine Vielzahl von Neugläubigern durch die Verzögerung der Konkurseröffnung zu Schaden kommen werden<sup>12</sup>.

2. a) In der zweiten Fallgruppe, in der der Konkurs weniger naheliegend ist, soll es dem *BGH*<sup>13</sup> zufolge stärker auf die Motive des Kreditgebers ankommen. Der *BGH* unterscheidet zunächst danach, ob eine Sanierung des Kreditnehmers beabsichtigt ist oder ob der Kreditgeber bloß den Konkurs verschleppen wollte, um in der Zwischenzeit für seine Kredite Befriedigung zu erlangen<sup>14</sup>. In der zweiten Variante handelt der Kreditgeber immer sittenwidrig. Die Sanierungsabsicht garantiert jedoch noch nicht die Sittenkonformität. Will ein Kreditgeber seinen Vertrag vor dem Verdikt der Sittenwidrigkeit bewahren, so muß er zunächst die Sanierungschancen prüfen. Die Intensität der Prüfung hängt von der Stärke der Indizien ab, die für eine Krise des Unternehmens sprechen<sup>15</sup>. Es ist nicht ganz klar, wie stark gegen die Prüfungsobliegenheiten verstößen werden muß, damit dem Kreditgeber sittenwidriges Handeln vorgeworfen werden kann. Zum Teil hat es den Anschein, als genüge jede Sorgfaltswidrigkeit<sup>16</sup>. Spätere Urteile tendieren in die Richtung „leichtfertige Unzulänglichkeiten“<sup>17</sup>, wobei hervorzuheben ist, daß der *BGH* besonders strenge Prüfungsobliegenheiten aufstellt, falls auf der Seite des Kreditgebers „Eigennutz“ im Spiel ist. Nachdem die Überlebenschancen des Kreditnehmers in der geforderten Intensität überprüft worden sind, darf sich der Kreditgeber nur dann für eine Kreditierung bzw. Sicherungsbestellung entscheiden, wenn er, ohne daß ihm Leichtfertigkeit vorgeworfen werden kann, überzeugt ist, daß der Kredit zur Sanierung führen und daher keine Schäden für andere Gläubiger mit sich bringen<sup>18</sup> wird. Mit anderen Worten: Nur der ohne Leichtfertigkeit vom Sanierungserfolg überzeugte Kreditgeber handelt im Einklang mit den guten Sitten, falls die Vertragsgestaltung zu Schäden Dritter führen kann.

b) Sowohl bei der Frage, was man unter „überzeugt“ zu verstehen hat, als auch bei der Frage, was es mit den eigennützigen Beweggründen, die manchen Entscheidungen zufolge die Schwelle der Sittenwidrigkeit bis zum einfachen Sorgfaltsverstoß hin absenken<sup>19</sup>, auf sich habe, scheint die Rechtsprechung zu schwanken.

aa) Als eigennützig hat der *BGH* zunächst das Motiv bezeichnet, mit Hilfe einer Sanierung ungesicherte Kredite vor dem endgültigen Verlust zu retten oder Zinsgewinne zu machen<sup>20</sup>. Auf der anderen Seite wurden Kredite aus dem Kreis eigennütziger Geschäfte gerückt, bei denen bankübliche Konditionen vereinbart worden sind<sup>21</sup>, bei denen der Kreditgeber hohe Ausfallverluste in Kauf nahm<sup>22</sup>, obwohl er hohe Zinssätze vereinbart hatte oder bei denen das Darlehen zu banküblichen Bedingungen an einen Jugendfreund gewährt worden war<sup>23</sup>.

bb) Gegen das Kriterium „überzeugt, daß es nicht zur Schädigung Dritter komme“, war eingewandt worden, daß ein Sanierungserfolg kaum jemals völlig sicher sei<sup>24</sup>. Dieser Einwand greift nicht voll durch; denn der *BGH*<sup>25</sup> hat wohl in den Kategorien einer weitverbreiteten Entscheidungspraxis unter Ungewißheit formuliert, erfolge die Überzeugung von der wahrscheinlicheren Entwicklung mit der sicher zu erwartenden Entwicklung gleichgesetzt wird. Die jüngere Rechtsprechung, vornehmlich der Instanzgerichte, hat gleichwohl das „Überzeugungs“-Kriterium aufgegeben, jedenfalls abgeschwächt.

Der *BGH* verwandte in einer Entscheidung Formulierungen, die darauf schließen lassen, daß er in der Aussichtslosigkeit der Sanierung das Gegenteil von „überzeugt“ sieht<sup>26</sup>. Einen ähnlichen Ansatz ver-

folgt das *OLG Schleswig*<sup>27</sup>: Solange der Kreditgeber der Ansicht sein konnte, daß die Sanierung Erfolg verspreche, könne nicht von Sittenwidrigkeit geredet werden. Das *OLG Köln*<sup>28</sup> fordert für das Verdikt der Sittenwidrigkeit sogar, daß alle Anhaltspunkte für eine Hoffnung auf das Gelingen der Sanierung fehlten.

cc) Zwischen der Überzeugung bzw. der Hoffnung auf den Sanierungserfolg und dem Ausmaß der infolge einer Zerschlagung des Kreditnehmer-Unternehmens entstehenden Nachteile<sup>29</sup> wurden im allgemeinen explizit keine Verbindungslinien gezogen. Erstmals 1978 wird betont, daß die Überlebenschance des Kreditnehmers sinnvollerweise deshalb nicht habe vernichtet werden sollen, weil unter anderem ca. 300 Arbeitsplätze auf dem Spiel standen<sup>30</sup>. In der Herstatt-Entscheidung von 1979 nimmt der *BGH*<sup>31</sup> allerdings eine klare Kosten-Nutzen-Abwägung vor. Die Herstatt-Bank war dem Zusammenbruch nahe, und man stand vor der Frage, ob man die Bank sofort schließen sollte, um zu vermeiden, daß weitere Gläubiger – bzw. Altgläubiger – in den Zusammenbruch hineingerissen werden, oder ob man trotz äußerst geringer Erfolgsaussichten einen Sanierungsversuch wagen sollte. Der *BGH* nahm hier den Standpunkt ein, daß derjenige, der ein notleidendes Unternehmen zu retten versuche, nicht sittenwidrig handle, sofern er die Krise den Umständen nach für überwindbar halten durfte und eine Abwägung der für die Sanierung sprechenden Interessen mit dem Risiko der Gläubiger die Bemühungen um die Behebung der Krise als lohnend erscheinen ließ. Der *BGH* verläßt dann aber wieder den Abwägungsansatz und formuliert<sup>32</sup>: Erst wenn ernste Zweifel am Gelingen der Sanierung bestünden, könne der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens vor allem dann gerechtfertigt sein, wenn dieses Handeln auf eigensüchtigen Beweggründen beruhe.

3. In der jüngsten Entscheidung zur Frage der wegen Gläubigerbenachteiligung sittenwidrigen Verträge ging es um einen Fall, in dem die Bank einen Gläubiger nicht darüber aufgeklärt hatte, daß der Kreditnehmer nahezu sein gesamtes Vermögen verdeckt zur Sicherheit abgetreten hatte. Der *BGH*<sup>33</sup> operierte hier primär mit der aus der Sicht der Bank niedrigeren Konkurswahrscheinlichkeit: Die Bank habe davon ausgehen können, daß der Kreditnehmer nicht in Bälde zusammenbrechen werde. Darüber hinaus stützt er sich auf fehlenden Eigennutz: Ziehe eine Bank aus den Kreditgeschäften keinen weiteren Eigennutz, als daß der gestützte Kreditnehmer seine Geschäfte führen könne, so habe sie niemand darüber aufzuklären, daß der Kreditnehmer kein vollstreckungsfähiges Vermögen mehr besitze.

4. Die dritte in der Leitentscheidung des 10. Bandes hervorgehobene Fallgruppe betrifft die nachträgliche Besicherung von Krediten. Hier fordert der *BGH*<sup>34</sup>, daß der Kreditgeber nur dann von einem von ihm abhängigen Kreditnehmer<sup>35</sup> nachträgliche Besicherung seiner Kredite fordern dürfe, wenn er nach einer den Umständen entsprechend intensiven Prüfung ohne grobe Fahrlässigkeit zu der Überzeugung gelangt sei, daß durch die nachträgliche Besicherung weder Neugläubiger getäuscht werden noch Altgläubiger Schaden erleiden können<sup>36</sup>. In der Praxis heißt dies, daß der Kreditgeber überzeugt gewesen sein muß, daß es vor der Befriedigung der Altgläubiger nicht zum Konkurs komme. Der *BGH*<sup>37</sup> postuliert weitergehend, daß der Kreditgeber sich dort besonders zurückzuhalten habe, wo er positiv erkannt habe, daß frühere Abreden zur Täuschung von Altgläubigern geführt hätten. Dem Kreditgeber falle dann schon eine leicht fahrlässige Fehlprognose des Schadenseintritts zur Last. In diesem Zusammenhang hebt der *BGH* hervor, daß sich der Kreditgeber nicht auf eine früher getroffene Vereinbarung, in der ein Anspruch auf nachträgliche Besicherung begründet wurde, stützen dürfe<sup>38</sup>.

<sup>27</sup> *OLG Schleswig* WM 1982, 27.

<sup>28</sup> *OLG Köln* WM 1981, 1240.

<sup>29</sup> Diese Nachteile lassen sich theoretisch exakt als Differenz zwischen dem gesamten Marktwert des Unternehmens bei optimaler Sanierungsstrategie einerseits und dem Zerschlagungswert nach Abzug der Liquidationskosten sowie dem Mittelbedarf zur Finanzierung der Sanierung andererseits erfassen. (*Drukarczyk* in: Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte, Schriften des Vereins für Socialpolitik n. F. Bd. 140, S. 681 [699]).

<sup>30</sup> *BGH* WM 1978, 251. Es wird auch hervorgehoben, daß die örtliche Industrie- und Handelskammer den Kredit befürwortet habe.

<sup>31</sup> *BGH* 75, 97 (108 ff.).

<sup>32</sup> *BGH* 75, 97 (114).

<sup>33</sup> *BGH* WM 1983, 1406.

<sup>34</sup> *BGH* 10, 228 (234); *BGH* LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4.

<sup>35</sup> *BGH* LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4; dieses Kriterium spielt in *BGH* 10, 228 (234) noch keine Rolle.

<sup>36</sup> *BGH* 10, 228 (234); *BGH* LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4.

<sup>37</sup> *BGH* LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4. *BGH* 10, 228 (234) spricht nur von „besonders sorgfältig“.

<sup>38</sup> *BGH* LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4.

<sup>12</sup> *BGH* WM 1964, 671; 1965, 475 (476); *NJW* 1970, 657 (658).

<sup>13</sup> *BGH* 10, 228 (233). Anders *BGH* WM 1965, 918.

<sup>14</sup> *BGH* 10, 228 (233 f.).

<sup>15</sup> *BGH* WM 1971, 442; *OLG Schleswig* WM 1982, 27.

<sup>16</sup> *BGH* 10, 228 (233).

<sup>17</sup> *BGH* 20, 51: unklar, aber wohl im Ergebnis ebenso *BGH* WM 1964, 672 f.

<sup>18</sup> *BGH* 10, 228 (233).

<sup>19</sup> *BGH* 10, 228 (234).

<sup>20</sup> *BGH* 10, 228 (234); 20, 50.

<sup>21</sup> Die Hereinnahme von (verdeckten) Sicherheiten wird geradezu als bank-spezifische Pflicht gekennzeichnet (*BGH* WM 1983, 1406; *OLG Schleswig* WM 1982, 28).

<sup>22</sup> *BGH* WM 1958, 252; 1965, 920.

<sup>23</sup> *BGH* WM 1971, 442.

<sup>24</sup> Kritisch *Canaris* (Fn. 4) Rdn. 130 m. Nachw.

<sup>25</sup> Vgl. *BGH* WM 1961, 1106.

<sup>26</sup> *BGH* WM 1965, 919.

5. Es ist bemerkenswert, daß der *BGH* den Vorwurf der Sittenwidrigkeit schneller erhebt, wenn Neugläubiger infolge der Vereinbarung verdeckter Sicherheiten Gefahr laufen, sich über die Rechtswirksamkeit der von ihnen angestrebten Sicherheiten zu irren. Diese Gefahr taucht vor allem bei Kollisionen zwischen Globalzessionen und dem verlängerten Eigentumsvorbehalt von Warenlieferanten auf. Hier soll schon die leicht fahrlässige, abstrakte Gefährdung der Sicherungsinteressen der Warenlieferanten sittenwidrig sein<sup>39</sup>. Die Intensivierung des Schutzes gutgläubiger Warenlieferanten wird damit begründet, daß sich der Globalzessionar nicht der Folgerung habe verschließen können, daß er den Kreditnehmer laufend zu vertragsbrüchigem Verhalten gegen seine Lieferanten dränge; denn es sei vom Kreditnehmer nicht zu erwarten, daß er seine Warenlieferanten über die Globalzession informiere. Der Kreditnehmer würde nämlich mit einer Aufdeckung der Globalzession nur seinen Kredit untergraben, weil im Geschäftsleben in aller Regel eine Abbedingung der in den AGB niedergelegten „verlängerten Eigentumsvorbehalts“-Klauseln weder erbeten noch gewährt werde<sup>40</sup>.

### III. Die Position der Literatur

In der neueren Literatur wird im allgemeinen nur versucht, die Rechtsprechung nachzuzeichnen und vorsichtige Randkorrekturen vorzunehmen<sup>41</sup>. Überwiegend wird dafür plädiert, das „Überzeugungs“-Kriterium aufzugeben und sittenwidriges Handeln erst dann zu bejahen, wenn ernste Zweifel am Gelingen der Sanierung bestehen<sup>42</sup>. Einen grundlegend neuen Ansatz hat *Mertens*<sup>43</sup> entwickelt. Er schlägt vor, die Sittenwidrigkeit der Gläubigerbenachteiligung in einem beweglichen System<sup>44</sup> zu ermitteln. Das System setzt er vornehmlich aus folgenden Elementen zusammen: „Sorgfalt der Prüfung der Erfolgchancen“, „Ausmaß der Überlebenswahrscheinlichkeit des Kreditnehmers nach der Sanierungsinvestition“, „Vornahme einer Erfolgskontrolle“, „Ausmaß des Kredits in Relation zum Kreditbedarf“, „Kenntnis anderer Gläubiger“ von der Sanierung, „Furcht der Bank vor Ausfällen ohne Sanierungsversuch“, „Sachwalterfunktion der Bank“, „Leitungsmacht der Bank“, „Opfer der Bank“, „Beachtung des Gesichtspunktes der Risikogemeinschaft der beteiligten Gläubiger“. Auf diese Weise soll vor allem dem Kreditgewerbe eine besondere Verantwortung auferlegt werden, weil von der Entscheidung über die Kreditgewährung häufig der Bestand und die Fortentwicklung des Kreditnehmers abhängt. Eine besondere Verantwortung sei auch deshalb gerechtfertigt, weil Kreditinstitute vielfach über Informationsvorsprünge und eine relativ starke faktische Monopolstellung verfügen. Außerdem unterstelle der Geschäftsverkehr, daß Kreditinstitute das Insolvenzrisiko professionell bewerten und daß man sich daher an deren Beurteilung des Schuldners orientieren könne.

### IV. Kritik der Literatur und Rechtsprechung

Die Kasuistik der Rechtsprechung mit ihren feinen Abstufungen von Insolvenzwahrscheinlichkeit, Sorgfalt der Ermittlung der Entscheidungsdaten, der Bewertungssicherheit und des Eigennutzes bietet auf den ersten Blick ein verwirrendes Bild, dessen innere Strukturen nicht so recht einleuchten<sup>45</sup>. Sie vermitteln den Eindruck einer gewissen Beliebigkeit. Hinzu kommt, daß viele Detailfragen und Abgrenzungsprobleme offen sind. Dies beginnt schon bei dem Aufgreifkriterium der Konkursnähe. Was heißt, daß der Konkurs „ziemlich sicher“ ist, wann ist der Konkurs nicht mehr bloß „weniger naheliegend“ und was bedeutet, daß mit einem Konkurs nicht „in Bälde“ zu rechnen sei<sup>46</sup>? Die jüngere instanzgerichtliche

Rechtsprechung hat ferner die Frage aufgeworfen, ob es in Fällen des Sanierungskredits auf die „Überzeugung vom Nichteintritt eines Schadens“, auf die Hoffnungslosigkeit des Sanierungsgelingens oder auf eine Abwägung zwischen dem Nutzen einer gelungenen Sanierung<sup>47</sup> und den Dritten drohenden Schäden im Sinne einer Kosten-Nutzen-Abwägung ankommt.

Verwirrend ist auch, daß die Rechtsprechung zum Teil leicht fahrlässiges Handeln zum Anlaß des Vorwurfs der Sittenwidrigkeit nimmt, vielfach aber den Sittenverstoß erst bei leichtfertigem Handeln attestiert.

Nur gelegentlich hat die Rechtsprechung die Sittenkonformität des Vorgehens des Kreditgebers darauf gestützt, daß die anderen Gläubiger das Ausfallrisiko erkennen konnten. Es stellt sich daher ferner die allgemeine Frage, inwieweit es in einer Wettbewerbswirtschaft Sache der Marktteilnehmer ist, ihre Interessen mit angemessenem Aufwand selbst zu wahren, möglicherweise sogar unter dem Druck von potentiellen Schäden bessere Informationsmethoden zu entwickeln. So konnten z. B. Warenlieferanten regelmäßig davon ausgehen, daß ihre Abnehmer mit Bankkrediten arbeiten und alle nur erdenklichen Sicherungen unter Einschluß von Globalzessionen stellten. Dies hätten die Warenlieferanten nicht nur bei ihrer Preisgestaltung berücksichtigen, ja man hätte ihnen sogar den Vorwurf unlauteren Verhaltens machen können, wenn sie ihre Abnehmer in den AGB mit verlängerten Eigentumsvorbehalts-Klauseln konfrontieren, denen diese nicht Rechnung tragen können, anstatt von vornherein nicht auf Kredit oder mit Risikozuschlägen zu liefern<sup>48</sup>. In der Literatur wird denn auch vielfach behauptet, daß es bei der Frage der Kollision zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt nicht so sehr um den Schutz vor Irreführung geht, als vielmehr um die Frage, welche Kreditgebergruppe auf das Sicherungssubstrat „Kundenforderung“ zugreifen können soll<sup>49</sup>.

Wenig durchsichtig ist schließlich die Rolle, die der Eigennutz des Kreditgebers spielt. Sofern Kredite nicht aus karitativen Motiven heraus gegeben werden, ist immer Eigennutz im Spiel, sei es, daß eine gewinnbringende Verzinsung, sei es, daß die Förderung und Erhaltung des „good will“ des Kreditgebers erstrebt wird oder sei es, daß die Rückzahlungschancen früher gewährter Kredite verbessert werden sollen<sup>50</sup>. Gerade Banken sind keine Institutionen des sozialen Ausgleichs oder der Wirtschaftsförderung, sondern auf Gewinnerzielung gerichtete Unternehmen. Allerdings kann die Höhe der Verdienstchance unterschiedlich sein. Wenn mit einem niedrig verzinslichen Kredit die Aussicht auf Rückzahlung eines ansonsten verlorenen Kredits wesentlich erhöht wird, so kann die Verdienstchance beträchtlich sein; ein hoher Zinssatz kann aber auch nur die auf den neuen Kredit bezogene Risikoprämie widerspiegeln.

Es bedarf daher exakter Kriterien, von welchem Punkt an Verdienstchancen überhöht sind.

Jedenfalls ist es nicht sehr sinnvoll, immer dort, wo Eigennutz im Spiel ist, besondere Sorgfalt zu verlangen; schon die einfache Sorgfalt ist mit angemessenen zumutbaren Maßnahmen gleichzusetzen<sup>51</sup> und Unzumutbares wird nie geschuldet.

Wenig hilfreich erscheint es zu versuchen, den Sittenwidrigkeitsbegriff nach dem Vorschlag *Mertens*<sup>52</sup> im Rahmen eines beweglichen Systems zu konkretisieren. Das System enthält

<sup>39</sup> *BGHZ* 30, 149; *BGH NJW* 1969, 318 (320).

<sup>40</sup> *BGH NJW* 1963, 318 (319).

<sup>41</sup> Vgl. *Canaris*, aaO. (Fn. 4), Rdn. 130ff.; aus dem Rahmen fällt *Wüst*, Festschrift Wilburg (1965), S. 257 (270ff.).

<sup>42</sup> Vgl. etwa *Canaris* (Fn. 4), Rdn. 130; *Mertens ZHR* 143 (1979), 174 (187); *Rümker WM* 1982, 286 (287).

<sup>43</sup> *Mertens ZHR* 143 (1979), 174 (188ff.); *ders.* Münchener Kommentar, BGB, § 826 Rdn. 145ff.

<sup>44</sup> Vgl. auch *Rümker WM* 1982, 286.

<sup>45</sup> *Coing WM* 1980, 1026 (1028); *Scholz/Lwowski*, Das Recht der Kreditsicherung, 5. Aufl., Rdn. A 175; *Wüst*, Festschrift Wilburg (1965), S. 257 (259ff.).

<sup>46</sup> Vgl. *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. III, S. 64; *Rümker WM* 1983, 286 (287); *Kruppa*, Die Bankenhaftung bei der Sanierung einer Kapitalgesellschaft im Insolvenzfall (1982), S. 39.

<sup>47</sup> Siehe bei Fn. 87.

<sup>48</sup> *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, Rdn. 699; *Finger DB* 1982, 475; *Dorndorf/Frank ZIP* 1985, 65 (69f.); vgl. auch *Esser/Weyers*, Schuldrecht Bd. II (6. Aufl.), S. 490; *Häsemeyer KTS* 1982, 1.

<sup>49</sup> *Schlegelberger/Hefermehl*, HGB (5. Aufl.) Anh. § 382 Rdn. 219; *Esser ZHR* 135 (1971) 320; *Franke JuS* 1978, 373.

<sup>50</sup> *Rümker ZHR* 143 (1979), 195 (205).

<sup>51</sup> *Exner GrünhZ* 10, 517ff.; vgl. auch *Mertens* (Fn. 65), S. 185.

<sup>52</sup> *Mertens ZHR* 143 (1979), 174ff.

so viele Elemente, die je nach konkretem Gewicht auch noch eine unterschiedliche Rolle spielen, daß die konkrete Entscheidung über die Sittenwidrigkeit letztlich doch wieder zu einer Frage der Umstände des Einzelfalles wird. Im übrigen kann die besondere Rolle und Fähigkeit der Banken im Rahmen des Maßstabs der Leichtfertigkeit und der Sorgfalt berücksichtigt werden.

## V. Die Sittenwidrigkeit

Die Undrucksichtigkeit der Rechtsprechung, ihr Schwanken in den Entscheidungskriterien ist darauf zurückzuführen, daß die Rechtsprechung in der Sache Verkehrspflichten und -obligationen zum Schutz dritter Gläubiger entwickelt hat und versucht, diese Pflichten und Obliegenheiten in das Gewand der Sozialmoral, ja Gesinnungsethik zu kleiden.

Coing<sup>53</sup> moniert, daß die Rechtsprechung zu sehr in den Kategorien der Gesinnungsethik argumentiere. Daran ist sicher richtig, daß z. B. das Kriterium des bloßen Eigennutzes wenig dazu taugt, zwischen sittenkonform und sittenwidrig zu unterscheiden, wenn man den Eigennutz als Triebfeder des Wettbewerbs anerkennt. Hieraus folgt aber nicht, daß der gesamte subjektive Ansatz unbrauchbar wäre. Der Vorteil eines auf die Motive des Kreditgebers zielenden Ansatzes liegt darin, daß es bei der Kreditvergabe und der Beurteilung der Reaktionen anderer Gläubiger um Entscheidungen unter starker Ungewißheit geht und daß bei diesem Entscheidungstypus – wie in den Wirtschaftswissenschaften allgemein anerkannt ist – die individuelle Persönlichkeit des Entscheidungsträgers eine besondere Rolle spielt<sup>54</sup>. Von daher ist es verständlich, daß der BGH der „Überzeugung“ des Kreditgebers vom Nichteintritt eines Schadens erhöhtes Gewicht beimißt. Die Rechtsprechung suchte aber nicht ausschließlich die aktuelle Gesinnung der Kreditgeber zu erforschen; denn sie prüfte immer zusätzlich, ob man, d. h. ein verständiger, objektiver Beurteiler, ohne Leichtfertigkeit einer bestimmten Überzeugung sein durfte und ob die Überzeugung nicht aus der Luft gegriffen war, sondern auf einer den Umständen entsprechenden Prüfung der Entscheidungsgrundlagen beruhte.

Die Kritik muß sich vielmehr daran entzünden, daß nur in einem Bruchteil der von der Rechtsprechung mit dem Verdikt der Sittenwidrigkeit belegten Fällen, z. B. in den Fällen der Konkursverschleppungsabsicht, von einem Verstoß gegen die Anschauungen ehrbarer Kaufleute, gegen eine anerkannte Sozialmoral gesprochen werden kann<sup>55</sup>. Bei der Gläubigergefährdung im weitesten Sinn geht es einerseits um die Ausnutzung von Informationsvorsprüngen, die ein Kreditgeber innehat, eine Erscheinung, die für den dynamischen Wettbewerb konstitutiv ist, und andererseits um die Frage, inwieweit von den anderen Gläubigern erwartet werden darf, daß sie sich selbst über die Kreditrisiken orientieren und sich selber schützen. Die eigenverantwortliche Beurteilung der Marktrisiken kennzeichnet den Wettbewerb. Unzulängliche Fähigkeiten auf diesem Gebiet führen zur Auslese im Wettbewerbsprozeß. Nun ist der Wettbewerbsprozeß nicht schrankenlos. Dazu braucht man nur auf § 1 UWG zu verweisen. Gerade die Diskussion um den Begriff der Sittenwidrigkeit im Wettbewerbsrecht hat indessen gezeigt, wie wenig es möglich ist, die Schranken wirtschaftlicher Tätigkeit unter Berufung auf die

Sozialmoral zu legitimieren<sup>56</sup>. Gleiches gilt für die Grenzen der Gläubigerbenachteiligung und -gefährdung.

Es ist jedoch nicht nötig, sich ausschließlich auf sozialetische Grundsätze zu berufen. Teubner hat in seiner Schrift „Standards und Direktiven in Generalklauseln“<sup>57</sup> überzeugend herausgearbeitet, daß die „gute-Sitten“-Klausel zunächst einer staatsfreien Festlegung der Schranken der Vertrags- und Verkehrsfreiheit diene. Der Staat sollte nicht bestimmen dürfen, wo diese Freiheiten endeten. Dementsprechend wurden die §§ 138, 826 BGB als Verweisung des Rechts auf die Vertrags- und Verkehrsmoral verstanden<sup>58</sup>. Diese – wie Esser<sup>59</sup> formulierte – „Zufluchthoffnung der liberalen Epoche“ zerbrach mit der homogenen bürgerlichen Gesellschaft des 19. Jahrhunderts, mit der Umwandlung in eine industrielle Massengesellschaft. Die „guten-Sitten“-Klauseln übernahmen neben der Funktion, die Sozialmoral zu rezipieren, die Aufgabe, allgemeine soziale und rechtliche Wertvorstellungen in konkrete rechtliche Verhaltensanforderungen zu verwandeln<sup>60</sup> und darüber hinaus die Funktion, die Rechtsprechung in die Lage zu versetzen, genuin wirtschaftspolitische Entscheidungen zu treffen<sup>61</sup>.

Man sollte daher – wie dies heute schon Coing<sup>62</sup>, Esser<sup>63</sup>, Hefermehl<sup>64</sup>, Mertens<sup>65</sup>, Mayer-Maly<sup>66</sup> und Roth<sup>67</sup> tun – offen anerkennen, daß die Schranken der Gläubigerbenachteiligung und -gefährdung in starkem Maße Vorstellungen über gesamtwirtschaftliche Opportunität<sup>68</sup> und angemessene Distribution entspringen<sup>69</sup>. Die Rechtsprechung zur Gläubigergefährdung und -benachteiligung ist ein Musterbeispiel dafür, wie versucht wird, die Externalisierung von Risiken, die im Gefolge von Verträgen entstehen, zurückzudrängen, indem man den Kreditgeber zwingt, die Risiken anderer Gläubiger ins eigene Kalkül einzustellen<sup>70</sup>. Wenn man aber einmal erkannt hat, daß die eingangs dargestellte Rechtsprechung jedenfalls gesamtwirtschaftlich ineffizientes Verhalten unterbinden soll, dann lassen sich die inneren Zusammenhänge zwischen den ver-

<sup>56</sup> Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd. I (6. Aufl.), S. 138; Esser/Weyers, Schuldrecht Bd. II (6. Aufl.), S. 489.

<sup>57</sup> Teubner, Standards und Direktiven in Generalklauseln (1971) m. S. 1 passim.

<sup>58</sup> Teubner (Fn. 57), S. 52ff.

<sup>59</sup> Esser/Stein, Werte und Wertewandel in der Gesetzesanwendung (1966), S. 22.

<sup>60</sup> Teubner (Fn. 57), S. 99; Haberstumpf, Die Formel von Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (1976), S. 76.

<sup>61</sup> Teubner (Fn. 57), S. 106; Sack NJW 1985, 761 ff.; ablehnend Esser/Schmidt (Fn. 56), S. 138; RGRK-Steffen (12. Aufl.), § 826 Rdn. 16.

<sup>62</sup> Coing WM 1980, 1026 (1028).

<sup>63</sup> Esser ZHR 135 (1971), 320 (331 ff.).

<sup>64</sup> Schlegelberger/Hefermehl, HGB (Fn. 49), Anh. § 382 Rdn. 219.

<sup>65</sup> Mertens ZHR 143 (1979), 174 (186 ff.).

<sup>66</sup> Münch-Komm – Mayer-Maly, BGB (2. Aufl. 1984), § 138 Rdn. 86.

<sup>67</sup> Münch-Komm – Roth, BGB § 398 Rdn. 111; so auch schon Schwerdtner NJW 1974, 1785 (1787); vgl. ferner Hönn JZ 1983, 677 (682).

<sup>68</sup> Esser/Weyers (Fn. 56), S. 490; vgl. auch Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts (6. Aufl.), S. 427, der einerseits betont, daß im Rahmen des § 138 BGB nur an die herrschende Sozialmoral und die der Rechtsordnung selbst immanenten ethischen Prinzipien und Wertmaßstäbe angeknüpft werden dürfe und andererseits auf S. 434 richtig betont, daß es um „eine wirtschaftlich vernünftige Begrenzung“ der Kreditsicherung, um die Erzielung „rechtspolitisch vertretbarer Ergebnisse“ gehe. Die von Larenz auf S. 427 herangezogenen rechtsethischen Werte „Vertrauen anderer Gläubiger“, „Sicherheit des Kreditverkehrs“ sind nämlich so abstrakt, daß sie nur das Problem charakterisieren, ohne Anhaltspunkte für die Intensität des schutzwürdigen Vertrauens etc. zu liefern. Gleiches gilt, wenn man auf die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit abstellt. Auch hier bedarf es zusätzlicher Wertungen, um das Ausmaß des Schutzes der Freiheit festzustellen. Diese Wertungen liegen nur zu häufig auf der Ebene der wirtschaftspolitischen Zweckmäßigkeit.

<sup>69</sup> BGH WM 1958, 251 verweist auf staatliches Interesse an dem Überleben des Kreditnehmers. Dieser Ansatz kommt allerdings leicht in die Nähe einer entschuldigungslosen Enteignung der benachteiligten Drittgläubiger. Richtig Meyer-Cording NJW 1981, 1242 (1243), der auf das Allgemeininteresse an der Vermeidung von Folgekonkursen mittelständischer Unternehmen hinweist.

<sup>70</sup> Vgl. auch Wiedemann, Gesellschaftsrecht I (1980), S. 537 f.; Esser/Weyers (Fn. 56), S. 490.

<sup>53</sup> Coing WM 1980, 1026 ff.

<sup>54</sup> Philipp, Risiko und Risikopolitik (1967), S. 60; Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaften, Bd. 6 (1981), S. 482 „Risiko und Ungewißheit“.

<sup>55</sup> Esser ZHR 135 (1971), 320 (337). Deutlich wird dies z. B. in den Formulierungen von Canaris (Fn. 4), Rdn. 130 f., der die Rechtsprechung nicht damit stützt, daß die sozialetischen Maßstäbe eben so seien wie sie sind, sondern daß die Rechtsprechung genuin rechtlichen Prinzipien Rechnung trage, ja daß die Rechtsprechung unzweckmäßig sei. Vgl. ferner Mertens (Fn. 52), S. 176, 179 sowie Sack NJW 1985, 761 (769).

schiedenen Fallgruppen besser verstehen und die ungelösten Streitfragen sicherer entscheiden. Es ist deshalb zunächst notwendig, die Sachstrukturen herauszuarbeiten, um sich der Vor- und Nachteile einer mehr oder minder intensiven Abwehr von Gläubigerbenachteiligungen und -gefährdungen zu vergewissern.

## VI. Die Bedeutung richtiger Informationen für die Kreditvergabe

Kreditgeber wollen in der Regel zumindest den am Markt üblichen Nutzen erzielen. Sie würden nun sehr kurzfristig handeln, wenn sie den vertraglich vereinbarten Zinssatz mit dem erzielten Nutzen gleichsetzen würden; denn in mehr oder minder großem Ausmaß besteht immer die Gefahr einer Insolvenz, d. h. die Gefahr, daß der Kreditnehmer weder Zinsen zahlt noch das Kapital zurückerstattet. Der rational handelnde Kreditgeber muß daher seinen Nutzen auf der Basis der Wahrscheinlichkeit einer Insolvenz kalkulieren, also berechnen, welche Summe er nach Ablauf der Darlehenszeit in Händen halten wird. Dabei hat er grundsätzlich vier Faktoren zu berücksichtigen, nämlich die Wahrscheinlichkeit der vertragsgemäßen Zahlung von Kapital und Zins sowie die Wahrscheinlichkeit der Insolvenz und die dann auf ihn entfallende Konkursquote<sup>71</sup>. Liegt der Erwartungswert unterhalb einer gewissen Schwelle, so kann er darauf verzichten, den Kredit zu gewähren, oder er kann den Kredit rationieren<sup>72</sup>. Er ist aber auch in der Lage, den Erwartungswert zu erhöhen, indem er die vertraglich geschuldeten Leistungen des Kreditnehmers um eine entsprechende Risikoprämie anhebt, um so langfristig trotz einzelner Konkurse den erhofften Nutzen ziehen zu können<sup>73</sup>. So gehen nach einer neuesten empirischen Untersuchung ca. 50 % der Kreditinstitute, aber nur weniger als 20 % der Lieferanten vor<sup>74</sup>.

Von welcher zentraler Bedeutung die richtige Bewertung des Kreditrisikos für den Kreditgeber ist, läßt sich gut an den Risikoprämien demonstrieren. Sollen diese Risikoprämien langfristig Verluste ausgleichen, so müssen sie bei steigendem Insolvenzrisiko nicht linear, sondern im Quadrat erhöht werden<sup>75</sup>. Ähnliches gilt für die Ausschüttung im Insolvenzfall. Der Kreditgeber kann nämlich eine überproportional steigende Insolvenzwahrscheinlichkeit in Kauf nehmen, wenn sich die Auszahlung im Konkurs nur linear erhöht<sup>76</sup>. Dies bedeutet, daß der Kreditgeber dann und nur dann die Insolvenzgefahr gänzlich zu ignorieren vermag, wenn er im Insolvenzfall nahezu volle vertragsgemäße Zahlung, z. B. aufgrund von Sicherheiten, erhoffen darf.

Nun könnte man sich in Hinblick auf die Gefahren der Gläubigerbenachteiligung und -gefährdung damit beruhigen, daß langfristig nur solche Kreditgeber auf dem Markt überleben werden, die ausreichend gut informiert sind und das richtige Gespür für Bonitätsrisiken besitzen<sup>77</sup>. Die Konsequenz wäre dann aber, daß angesichts der heute verfügbaren Informationsmöglichkeiten Handwerker, kleine Gewerbetreibende und Dienstleistungsunternehmen noch mehr als schon jetzt ins Hintertreffen geraten; denn die Beschaffung von für die Zukunft aussagekräftigen Informationen setzt die Auswertung von Bilanzen, die Bekanntschaft mit dem Management, die Prüfung der finanzierten Projekte, den Einblick in den Geldfluß<sup>78</sup> voraus, Informationen, die sich über die von Lieferanten üblicherweise eingeholten

Bankauskünfte und durch Einschaltung von Auskunfteien allenfalls am Rande beschaffen lassen. Das Sammeln und Auswerten der relativ aussagekräftigen Informationen ist teuer<sup>79</sup> und rentiert sich im allgemeinen nur dort, wo die Informationskosten auf hohe Kredite oder eine Vielzahl von Krediten umgelegt werden können<sup>80</sup>. So ist es auch nicht verwunderlich, daß der erwähnten empirischen Untersuchung zufolge 55 % aller Unternehmen (ohne Banken) nur vereinzelt oder nie die Solvenz des Schuldners vor der Kreditgewährung prüfen und dies zum wesentlichen Teil mit dem Argument begründen, daß sogar die Kosten der Beschaffung von Bankauskünften und der Einschaltung von Auskunfteien zu hoch seien<sup>81</sup>.

Man darf nicht einwenden, daß immer die Möglichkeit offenstehe, von langfristigen Durchschnittsinsolvenzquoten auszugehen<sup>82</sup>. Gesamtwirtschaftlich ist dieser Ausweg keineswegs zu begrüßen; denn er besichert an sich kreditwürdigen Schuldner zu hohen Preisen<sup>83</sup> und mindert die Bereitschaft, kreditunwürdige Schuldner durch Verweigerung von Krediten zum Ausscheiden aus dem Wirtschaftsleben zu zwingen bzw. so zeitig wie möglich die Konkursreife in Erfahrung zu bringen und den Konkurs einzuleiten<sup>84</sup>. Auch aus der Sicht des einzelnen Kreditgebers birgt die Kalkulation von Durchschnittsprämien kein Allheilmittel. Die Insolvenzen können sich nämlich bei bestimmten Gläubigern häufen und können, wenn diese nur über geringes Eigenkapital verfügen, nicht mehr langfristig aufgefangen werden<sup>85</sup>.

Ein ungedecktes Informationsbedürfnis ungesicherter Kreditgeber, zumal aus den Reihen der Handwerker, kleinen Lieferanten und Dienstleistenden ist somit nicht zu verkennen. Das Informationsbedürfnis steigt sogar sprunghaft an, wenn es darum geht, ob sich ein Kreditgeber auf die Rechtswirksamkeit einer Sicherungsbestellung verlassen kann, da es sich dann nicht nur darum handelt, ob die Risikoprämie zu niedrig ist, sondern auch darum, ob sie überhaupt einkalkuliert wird. Es liegt deshalb aus der Perspektive einer optimalen Allokation der Ressourcen nahe, Kreditgeber, die über die besseren Informationen verfügen, zu „verpflichten“, diese Informationen zur Verfügung zu stellen oder auf sonstige Weise das Fehlinformationsrisiko zu mindern, falls der Dritten drohende Schäden größer ist als die für die Schadensabwehr erforderlichen Aufwendungen bzw. die mit der Schadensverhütung verbundenen Nachteile.

## VII. Die Sittenwidrigkeit der Gläubigerbenachteiligung und -gefährdung

### 1. Die Insolvenz ist ziemlich sicher oder naheliegend

a) Der Rechtsprechung zufolge handelt derjenige Kreditgeber sittenwidrig, der sich in Situationen, in denen die Insolvenz erkennbar ziemlich sicher war, zumindest leichtfertig der Erkenntnis verschlossen hatte, daß der Kredit- und/oder Sicherungsvertrag zur Schädigung Dritter führen wird<sup>86</sup>. Der *BGH* hat dadurch im Ergebnis mittelbar die Verkehrspflicht bzw. -obliegenheit statuiert, ohne grobe Fahrlässigkeit gefährdete Dritte entweder zu informieren oder die gefährdende Kreditvergabe zu unterlassen. Er hat sich dabei in der Sache an allgemeinen Rentabilitätsüberlegungen orientiert, wie sie aus ökonomischer Sicht jedem Urteil über sorgfältiges bzw. fahrlässiges Handeln zugrundeliegen sollten. Gesamtwirtschaftlich ist nämlich die Vermeidung von Schäden dann effizient, wenn der Aufwand für die Vermeidung oder die Verringerung eines drohenden Schadens geringer ist als der potentielle Schaden bzw. der Betrag, um den der Schaden gemindert werden könnte<sup>87</sup>.

<sup>79</sup> *Drukarczyk* (Fn. 73), S. 681 (683f.).

<sup>80</sup> *Dorndorf/Frank* ZIP 1985, 65 (72f.).

<sup>81</sup> *Drukarczyk/Duttler/Rieger* (Fn. 72), S. 80ff.

<sup>82</sup> *Adams* (Fn. 71), S. 193.

<sup>83</sup> *Rudolph*, *Kredit und Kapital*, 1982, 317 (328).

<sup>84</sup> *Drukarczyk* (Fn. 73), S. 681 (702).

<sup>85</sup> Vgl. *Meyer-Cording* NJW 1981, 1242 (1243).

<sup>86</sup> Siehe bei Fn. 9.

<sup>87</sup> Die Formel wurde von dem amerikanischen Richter Learned Hand für die Konkretisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs entwickelt (*United States v. Carroll Towing Co* 159 F. 2 d 169 (2nd Cir 1947); vgl. ferner Posner, *Economic Analyses of Law* (2. Aufl.), S. 122; *Hirsch* *Law and Economics* (1979), S. 177).

<sup>71</sup> Für die Berechnung des Wertes, den der Kreditgeber erwarten kann, gilt die Formel  $E = p \times Z + (1-p) \times Q$ . Dabei bedeutet E den diskontierten Erwartungswert; p die Wahrscheinlichkeit, daß der Kreditnehmer seine vertraglichen Pflichten voll erfüllt; Z die Summe aus Darlehenskapital- und Zinszahlung und Q die Konkursquote. *Adams*, *Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte* (1980), S. 47ff.

<sup>72</sup> *Drukarczyk/Duttler/Rieger*, *Mobiliarsicherheiten – Arten, Verbreitung, Wirksamkeit. Empirische Untersuchung im Auftrag des Bundesministers der Justiz* (1984), 103ff., 171.

<sup>73</sup> *Drukarczyk*, in: *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, Schriften des Vereins für Socialpolitik, n. F., Bd. 140, S. 681 (682).

<sup>74</sup> *Drukarczyk/Duttler/Rieger* (Fn. 72), S. 84, 145.

<sup>75</sup> *Adams* (Fn. 71), S. 80.

<sup>76</sup> *Adams* (Fn. 71), S. 88.

<sup>77</sup> *Drukarczyk* (Fn. 73) weist darüber hinaus darauf hin, daß Sicherheiten das Investitionsverhalten der Kreditnehmer beeinflussen und der Verzicht auf Sicherheiten eine Gewinnchance eröffne, weil sich das Investitionsverhalten ändere.

<sup>78</sup> *Müller* KTS 1975, 205 (207f.); *H. Müller* *Die Bank*, 1984, 524 (528); *Precht* *Die Bank*, 1984, 508 (511). *Gessner/Rhode/Strate/Ziegert*, *Die Praxis der Konkursabwicklungen in der Bundesrepublik Deutschland* (1978), S. 240ff.

b) Es wäre nun verfehlt, immer vom nominellen Schaden, der Dritten droht, auszugehen. Es muß auch berücksichtigt werden, daß ex ante Schäden nie sicher, sondern nur mehr oder minder wahrscheinlich sind. Im Rahmen der Effizienzüberlegung muß daher der nominell drohende Schaden um die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts diskontiert werden. So ist z. B. ein Schaden von 100, der mit 50% Wahrscheinlichkeit eintritt, mit 50 zu gewichten. Diese Gewichtung entspricht allgemein anerkannten juristischen Maximen, denen zufolge die Gefahr im Rahmen der Frage, ob fahrlässig gehandelt wurde, um so stärker ins Gewicht fällt, je höher der drohende Schaden und/oder je konkreter mit dem Schaden zu rechnen ist.

c) Diesem im Falle einer Insolvenz drohenden Schaden Dritter sind die Möglichkeiten zur Verhütung dieses Schadens gegenüberzustellen. Hierbei ist in aller erster Linie an die Kosten der Information anderer Kreditgeber über die wahre Bonität des Schuldners zu denken. Derartige Informationen können, selbst wenn man die reinen Kosten der Informationsverbreitung außer Acht läßt, so hoch sein, daß sie den gewichteten potentiellen Schaden anderer Kreditgeber übertreffen. Steckt der Kreditnehmer nämlich in einer wirtschaftlichen Krise, so kann die Veröffentlichung seiner Lage dazu führen, daß ihm in einer Angstreaktion jeder Kredit entzogen wird, so daß sämtliche Chancen der Gesundung des Schuldners vernichtet werden. Nun entspricht es allgemeiner Erfahrung, daß der Wert eines lebensfähigen Unternehmens in der Regel bedeutend höher ist als der Zerschlagungswert, das heißt, der gemeine Wert der investierten Güter<sup>88</sup> bei Auflösung des Unternehmens. Die Differenz zwischen dem Ertragswert des lebensfähigen, reorganisierten Unternehmens und dem Zerschlagungswert muß als Aufwand der Warnung anderer Gläubiger in die Effizienzberechnung eingestellt werden. Das gleiche gilt, wenn man z. B. im Einklang mit Verschwiegenheitspflichten von Dritten Schäden dadurch abzuwenden sucht, daß man dem Kreditgeber in kritischen Situationen die Pflicht bzw. Obliegenheit auferlegt, den Geldhahn zuzudrehen; denn die anderen Kreditgeber werden dann zwar geschützt; bezahlt wird dies aber mit der Zerschlagung eines möglicherweise lebensfähigen Unternehmens. Die Differenz zwischen Zerschlagungswert und Ertragswert ist also auch hier ein Kostenfaktor der Schadensverhütung.

d) Vor diesem Hintergrund läßt sich erklären, warum der BGH zwischen „ziemlich sicheren“ und „weniger naheliegenden“ Insolvenzen differenziert<sup>89</sup>. Ist der Konkurs des Schuldners „ziemlich sicher“ und – so muß man ergänzen – gehen andere ahnungslose Kreditgeber von einem normalen Insolvenzrisiko aus, so droht diesen Kreditgebern ein besonders hoher (gewichteter) Schaden. Andererseits braucht man nicht befürchten, daß eine Offenlegung der Verhältnisse oder eine Kreditverweigerung den Schuldner wertvoller Überlebenschancen beraubt. Die Kosten von Verhütungsmaßnahmen sind also eindeutig geringer als der potentiell gewichtete Schaden dritter Kreditgeber.

Eine Unterbindung des Schadenseintritts durch Information anderer potentieller Kreditgeber oder dadurch, daß durch Kreditentzug der baldige Zusammenbruch des Schuldners herbeigeführt wird, ist effizient.

Anders ist die Situation, falls der Konkurs weniger naheliegend ist. Hier können Überlebenschancen existieren, die vielfach wertvoller sein werden als der Dritten drohende Schaden<sup>90</sup>. Hinzu kommt, daß der Dritten drohende Schaden seinerseits nicht so stark ins Gewicht fällt, weil das Insolvenzrisiko ja bedeutend niedriger ist. Deshalb hat der BGH<sup>91</sup> hier vom Standpunkt einer effizienten Gefahrenminderung zu Recht die Pflicht der Kreditgeber statuiert, von Fall zu Fall zu prüfen, ob der Kredit das Überleben des Schuldners sichern wird. Für den Fall, daß dies nicht zu erwarten ist, daß also der Schuldner nicht ausreichend lebensfähig ist, ist den Interessen der anderen Kreditgeber an der richtigen Bewertung des Kreditrisikos und der Vermeidung von Ausfallschäden der Vorrang zu geben. Besteht eine überwiegende Aussicht dafür, daß das schuldnerische Unternehmen gesundet, so werden andere Gläubiger entweder gar nicht geschädigt, weil sie ihren Kredit zurückerhalten oder ihr potentieller, gewichteter Verlust liegt typischerweise unterhalb derjenigen Verluste, die bei einer vorzeitigen Zerschlagung des Unternehmens entstehen.

Nun wird man sicherlich einwenden, daß derartige Effizienzüberlegungen auf Faktoren beruhen, die einem Kreditgeber kaum zugänglich sind. Man wird argumentieren, es sei schon äußerst schwierig, das Insolvenzrisiko des eigenen Kredits zu bewerten. Noch viel unsicherer sei die Abschätzung des Umfangs, in dem andere Gläubiger Kredite gewährt werden, oder des Verlustes, der aus einer vorzeitigen Zerschlagung des Unternehmens resultiert; denn die maßgeblichen Bewertungsfaktoren liegen weitgehend außerhalb der Sphäre des das Sittenwidrigkeitsverdict fürchtenden Kreditgebers. Außerdem gibt es für die Bewertung dieser Faktoren (Schadensausmaß, Reorganisationswert des Schuldners, Wahrscheinlichkeit) keine gesicherten Erfahrungssätze. Vielmehr geht es hier um eine subjektive Prognose zukünftiger Entwicklungen, deren Ergebnis – wie in den Wirtschaftswissenschaften allgemein anerkannt ist – wesentlich von den Charaktereigenschaften des Beurteilers abhängt. Mit anderen Worten, die Bandbreite möglicher Bewertungen und Prognosen ist sehr groß.

aa) In der Fallgruppe des „ziemlich sicheren“ Konkurses scheint die Rechtsprechung von den dem Kreditgeber bekannten Umständen auszugehen<sup>92</sup>; denn anders als in den Sanierungsfällen wird keine Prüfungsobliegenheit statuiert<sup>93</sup>. Stützt man den Sittenwidrigkeitsvorwurf ausschließlich auf die zumindest dem Kreditgeber bekannten Tatsachen, so konfrontiert man jedoch Außenstehende in aller Regel mit nur unzulänglich zu bewältigenden Beweisschwierigkeiten. Man hat sich daher wie auch sonst am Maßstab der Leichtfertigkeit<sup>94</sup> zu orientieren, also auch die ohne weiteres erkennbaren Umstände für relevant zu erklären<sup>95</sup>. Daher kann der Kreditgeber durchaus gezwungen sein, die näheren Verhältnisse zu untersuchen<sup>96</sup>. Ergibt sich aus den ihm bekannten oder aus un schwer erkennbaren Tatsachen der große Verdacht, daß der Konkurs des Kreditnehmers sehr wahrscheinlich ist, so darf er

<sup>88</sup> Siehe bei Fn. 88.

<sup>89</sup> Siehe bei Fn. 13.

<sup>90</sup> BGH WM 1964, 671 (673) einerseits und BGHZ 10, 228 (233) andererseits. Vgl. auch Rümker WM 1982, 286 (287); Aden MDR 1979, 891 (895).

<sup>91</sup> BGHZ 10, 228 (233f.).

<sup>92</sup> Es ist selbstverständlich, daß dieser Maßstab situationsgebunden ist. Vgl. OLG Schleswig WM 1982, 25 (27). Vgl. auch Rümker WM 1982, 286 (287).

<sup>93</sup> So wohl auch OLG Schleswig WM 1982, 25 (27); vgl. auch BGH WM 1983, 1406.

<sup>94</sup> Es geht also entgegen Rümker ZHR 143 (1979), 195 (198) nicht so sehr um eine Pflicht zur Prüfung, sondern darum, welche Informationen man von einem professionellen Kreditgeber erwarten darf. Dabei spielt es eine Rolle, daß Kreditgeber ohnehin das Kreditrisiko prüfen. H. Müller Die Bank 1984, 524ff.

<sup>88</sup> In der juristischen Praxis ist allerdings eine exakte Quantifizierung unmöglich. Man muß sich daher mit rohen Abschätzungen des Ertragswerts und Liquidationswerts zufrieden geben. Verfehlt wäre es, auf der Seite des Sanierungsgewinns primär die Erhaltung der Arbeitsplätze und die Interessen der Altgläubiger zu verbuchen; denn diese Faktoren sind ihrerseits davon abhängig, daß das Unternehmen überhaupt sanierungsfähig ist, daß Aussicht auf gewinnträchtiges Arbeiten besteht. Diese Faktoren werden mithin im wesentlichen im Rahmen der Ermittlung des Marktwerts des Unternehmens bei optimaler Sanierungsstrategie berücksichtigt. Darüber hinaus sollte man im Rahmen der Abwägung auch solche Auswirkungen überschlägig berücksichtigen, die nur unzureichend in die Wertermittlung eingehen, wie die Gefahr von Folgekonkursen. Jedenfalls darf das Interesse an der Erhaltung des status quo nicht im Vordergrund stehen, da dies mit der Entscheidung für die Marktwirtschaft und damit für den Strukturwandel nicht in Einklang zu bringen ist (Kruppa, Die Bankenhaftung bei der Sanierung einer Kapitalgesellschaft im Insolvenzfall (1982), S. 14).

<sup>89</sup> Siehe bei Fn. 9.

den Verdacht nicht einfach in den Wind schlagen, sondern hat ihm oberflächlich nachzugehen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, ob der Kredit gesichert oder ungesichert vergeben werden sollte. Kann der Kreditgeber davon ausgehen, daß ihm Sicherheiten gestellt werden, so wird er sich üblicherweise um die Solvenz des Kreditnehmers weniger kümmern. Dies liegt auch im gesamtwirtschaftlichen Interesse<sup>97</sup>. Man darf daher von einem Kreditgeber, der gesicherten Kredit gewährt, nur in geringem Umfang Informationen über die Solvenz des Kreditnehmers erwarten. Ergibt sich aber aus bekannten Informationen ein dringender Verdacht mangelnder Solvenz, so darf sich auch der gesicherte Kreditgeber nicht hinter seinen Sicherheiten verschanzen, sondern muß die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers näher untersuchen.

bb) Im 10. Band der amtlichen Sammlung macht der *BGH*<sup>98</sup> den Sittenwidrigkeitsvorwurf davon abhängig, daß sich der Kreditgeber bei der von ihm nach den Umständen zu verlangenden sorgfältigen Überlegung sagen mußte, daß der Schaden mit ziemlicher Sicherheit eintrete. Später ist nur mehr davon die Rede, daß sich die „ziemliche Sicherheit des Schadenseintritts“ aufgedrängt haben müsse; es werden also die Voraussetzungen des Sittenverstößes höhergeschraubt; denn der späteren Entscheidung zufolge soll nicht bloße Fahrlässigkeit, sondern Leichtfertigkeit maßgeblich sein.

cc) Bei Sanierungskrediten legt der *BGH*<sup>99</sup> hingegen einen schärferen Maßstab an. In ständiger Rechtsprechung fordert er, daß ein Sanierungskredit nur aufgrund sorgfältiger Prüfung der Sanierungschancen gegeben werden dürfe<sup>100</sup>. Manchmal hat es auch hier freilich den Anschein, als ob sich der Kreditgeber nur den Vorwurf einer leichtfertigen Verletzung seiner Prüfungspflicht gefallen lassen müßte<sup>101</sup>. Man muß bedenken, daß der Umfang der einzuholenden Informationen und die Bewertungsschwierigkeiten beträchtlich sein können. Es liegt deshalb nahe, auf die Schwierigkeiten der Prüfung damit zu reagieren, daß man auch hier den Kreditgebern nur Leichtfertigkeit entgegenhält.

e) Der *BGH* hat mithin den Informations- und Bewertungsschwierigkeiten der Kreditgeber durchaus Rechnung getragen. Zugleich hat er auf diese Weise die Entwicklung von Verkehrspflichten und Obliegenheiten unter der Flagge der Sittenwidrigkeit in die Nähe der die §§ 138 und 826 BGB tragenden Wertungen gehalten.

Die Kenntnis der Normen der Sozialmoral kann grundsätzlich von jedermann erwartet werden. Es kann also angenommen werden, daß jeder verantwortlich Handelnde die Grenzen sittenkonformen Agierens ermessem kann<sup>102</sup>. Hierauf hat der historische Gesetzgeber durchaus Wert gelegt; denn Schranken, die innerhalb einer beträchtlichen Bandbreite erst ex post vom Richter fixiert werden müssen, gefährden nicht nur das Vertrauen in den Bestand von Verträgen<sup>103</sup>, sondern auch die Handlungsfreiheit. Diese sollte möglichst ungeschmälert bleiben. Wie *Canaris*<sup>104</sup> in einer jüngeren Untersuchung überzeugend herausgearbeitet hat, wird das System der §§ 823ff. BGB (Schutz benannter Rechtsgüter – Verletzung von Schutzgesetzen – sittenwidrige Schädigung) von der gleichen Grundwertung durchdrungen. Dieser Wertung trägt der *BGH* in den hier zur Diskussion stehenden Fällen dadurch

Rechnung, daß er nur leichtfertiges Handeln der Kreditgeber mit dem Vorwurf der Sittenwidrigkeit bedenkt.

Die Betonung der Handlungsfreiheit ist auch unter dem Aspekt gesamtwirtschaftlich effizienten Handelns<sup>105</sup> von Bedeutung. Sind die Verhaltensstandards unsicher, weil sie erst von Fall zu Fall ex post vom Richter festgelegt werden, so kommt es zu einer Einschränkung der Handlungsfreiheit. Daß die Handlungsfreiheit des potentiellen Schädigers beschnitten wird, ist evident; denn er kann die Kredite nicht mehr nach Gutdünken vergeben.

Sind die Verhaltensstandards klar, so korrespondiert damit eine Erweiterung der Handlungsfreiheit des potentiell Geschädigten. Dieser muß nämlich bei seinen Aktivitäten mit weniger Schäden rechnen und wird sich entsprechend stärker entfalten<sup>106</sup>.

Sind die dem potentiellen Schädiger auferlegten Verhaltensstandards jedoch unsicher, so muß der potentiell Geschädigte mit dem für ihn schlechtesten, also mit dem niedrigsten Standard rechnen, während sich umgekehrt der potentielle Schädiger auf den höchsten Standard einstellen muß. Eine der Parteien wird übervorsichtig sein; welche weiß man erst ex post, wenn das Gericht entschieden hat. Ganz allgemein gilt also, daß unklare Verhaltensstandards die unternehmerische Risikofreude stark beschneiden. Diesen Effekt vermeidet man, wenn man unklare objektive Tatbestandsmerkmale, wie z. B. die Sanierungsfähigkeit, mit dem subjektiven Merkmal „Leichtfertigkeit“ kombiniert<sup>107</sup>, da man dann nur solche Fallgruppen erfaßt, bei denen das Erfüllen der an sich unklaren objektiven Tatbestandsmerkmale auf der Hand liegt und jedermann einleuchten muß<sup>108</sup>. Die gleiche Strategie verfolgt der Gesetzgeber im Rahmen des Wuchertatbestandes, wo er ja nicht jedes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung als sittenwidrig qualifiziert, sondern nur auffällige Diskrepanzen.

In diesem Zusammenhang muß man ferner berücksichtigen, daß die Risiken, denen sich der Kreditgeber auch bei leichtfertigem Handeln aussetzt, begrenzt sind. Normalerweise steht für ihn nämlich nur der Verlust der Sicherheiten und Kreditzinsen auf dem Spiel. Erst dort, wo er vorsätzlich schädigend vorging, muß der Kreditgeber mit weitergehenden Schadensersatzansprüchen anderer Gläubiger rechnen. Auch dies trägt dazu bei, übervorsichtigem Handeln entgegenzuwirken, aber gleichzeitig dafür zu sorgen, daß die Rücksicht auf Dritte nicht gänzlich außer acht gelassen wird.

f) Insgesamt läßt sich mithin festhalten, daß sich zwischen der Fallgruppe des „ziemlich sicheren Konkurses“ und der „weniger naheliegenden Insolvenz“ keineswegs eine tiefe Kluft eröffnet. Vielmehr sind beide Fallgruppen lediglich Konkretisierungen effizienter Schadensverhütung unter den Bedingungen extremer Ungewißheit. Es ist daher auch wenig bedeutsam, daß der *BGH* den Punkt, an dem ein Konkurs „ziemlich sicher“ ist, niemals exakt festgelegt hat, sondern zwischen aktueller Konkursreife<sup>109</sup> und baldigem Zusammen-

<sup>105</sup> Im Sinn der Pareto Optimalität. Dazu *Behrens Rechtslehre* Bd. 12, S. 472 (474ff.).

<sup>106</sup> Zweifelhaft ist aus heutiger Sicht der topos, den *Canaris* (Fn. 102), S. 36 ins Spiel bringt: Begünstigung der Bewegungs- gegenüber den Beharrungsinteressen; denn dies stünde im Widerspruch zu einer heute weit verbreiteten Risikoscheu. Diese Risikoscheu ist auch gar nicht so unvernünftig, wie es den Anschein hat; denn bei gleicher Vermögensausstattung wird die Chance, etwas hinzuzugewinnen, im allgemeinen geringer bewertet als das Risiko, etwas zu verlieren (Prinzip des sinkenden Grenznutzens). Der historische Gesetzgeber mag die Gewichte, beflügelt von einem Fortschrittsglauben, anders gesetzt haben. Heute dürfte der Fortschrittsglaube jedoch zu stark ins Wanken geraten sein, als daß man das Erwerben prinzipiell immer über das Behalten stellen kann.

<sup>107</sup> Vgl. *Lindacher AcP* 173 (1973), 124 (128).

<sup>108</sup> Vgl. *K. Schmidt ZIP* 1980, 328 (332), der zutreffend betont, daß nur unvertretbare Entscheidungen justitiabel sind.

<sup>109</sup> *BGHZ* 10, 228 (233); *Aden MDR* 1979, 892 (893); vgl. *Rümker WM* 1983, 286 (287).

<sup>97</sup> Siehe sogleich unten bei Fn. 116.

<sup>98</sup> *BGHZ* 10, 228 (233).

<sup>99</sup> Siehe bei Fn. 13.

<sup>100</sup> Dazu sind Kreditinstitute, soweit sie keine voll deckenden Sicherheiten erhalten, ohnehin verpflichtet (§ 18 KWG). Vgl. *Uhlenbruck GmbH-RdSch* 1982, 141 (151); *H. Müller Die Bank* 1984, 524ff.

<sup>101</sup> *BGHZ* 75, 97 (114).

<sup>102</sup> *Canaris, Festschrift Larenz* (1983), S. 31, 35ff.; vgl. aber auch *RGRK-Steffen* (12. Aufl.), § 826 Rdn. 13.

<sup>103</sup> *Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft*, 3. Aufl. (1979), 363f.

<sup>104</sup> *Canaris, Festschrift Larenz* (1983), S. 31, 35ff.; vgl. auch *Picker AcP* 183 (1983), 481.

bruch<sup>110</sup> zu schwanken scheint. Wenn sich nämlich das Sittenwidrigkeitsurteil jenseits der Verstöße gegen eine rezipierte Sozialmoral (z. B. gezielte Konkursverschleppung) aus einer Abwägung zwischen dem Dritten drohenden Schaden und den Kosten der Verhütung dieses Schadens ergibt, so ist es selbstverständlich, daß die Übergänge fließend sind. Es kommt deshalb immer nur darauf an, das Zusammenspiel der maßgeblichen Faktoren im Auge zu behalten.

g) Das Eigeninteresse des Kreditgebers sollte daher entgegen der Rechtsprechung im allgemeinen nicht Anlaß sein, die Prüfungs- und Bewertungsstandards zu verschärfen. Ein Kreditgeber wird kaum jemals altruistisch handeln<sup>111</sup>. Allenfalls könnte man überlegen, die Prüfungslast mit dem Argument hochzuschrauben, daß die Prüfungsaufwendungen mit Hilfe des Gewinns aus dem Sanierungskredit bezahlt, ja daß daraus sogar das Haftungsrisiko abgedeckt werden könne. Wenn man aber bedenkt, daß der Handlungsfreiheit des gegen Entgelt tätigen Kaufmanns klare Schranken gesetzt werden sollen und daß über das, was angesichts der Umstände des Einzelfalls sorgfältig oder gar besonders sorgfältig ist<sup>112</sup>, leicht Streit entstehen kann, sollte man den Kreditgeber mit dem Vorwurf sittenwidrigen Handelns grundsätzlich erst konfrontieren, wenn er leichtfertig vorgegangen ist<sup>113</sup>.

## 2. Die Insolvenz ist eher unwahrscheinlich

Von dem Ausgangspunkt aus, daß dem Sittenwidrigkeitsvorwurf in weiten Bereichen eine Abwägung von potentielltem Schaden und Kosten einer Schadensverhütung zugrundeliegt, wird auch verständlich, warum in Fällen, in denen sich das schuldnerische Unternehmen bei Kreditvergabe zwar in angespannter Lage befand, aber gleichwohl als durchaus lebensfähig erschien, nie der Vorwurf der Sittenwidrigkeit erhoben wurde<sup>114</sup>. Man braucht hier nicht auf die Geschäftsmoral zurückzugreifen, die in derartigen Situationen unbeschränkte Kreditvergabe zuläßt. Entscheidend ist vielmehr, daß in derartigen Fällen eine Kreditzufuhr, durch die der Kreditnehmer seine Aktivitäten fortsetzen oder gar ausweiten kann, nur in sehr geringem Umfang Täuschungen über das Insolvenzrisiko verursachen kann, weil ja die anderen Gläubiger ohnehin mit einem gewissen Ausfallrisiko rechnen. Da der potentielle Ausfallschaden auch noch im Lichte der konkreten Konkurswahrscheinlichkeit<sup>115</sup> gesehen werden muß, ist der so gewichtete Schaden im allgemeinen sehr niedrig. Die Kosten einer Information anderer Gläubiger über das wahre Konkursrisiko würden daher in aller Regel zu hoch sein; denn eine Aufklärung, sofern sie überhaupt zulässig ist, müßte so erfolgen, daß Außenstehende daraus keine verfehlten Schlüsse ziehen und das Vertrauensverhältnis zwischen Kreditgeber und -nehmer nicht unangemessen leidet.

## 3. Die Bestellung von Sicherheiten erhöht die Gefahr von Fehlinformationen

Aus einem ähnlichen Grund kann man auch weitgehend das von publizitätslosen Sicherheiten ausgehende Täuschungsrisiko ignorieren. Es ist also unnötig, mit Hilfe des Instruments der §§ 138, 826 BGB im Vergleich zum normalen Kredittäuschungsrisiko schärfer greifende Standards aufzustellen.

Sicherheiten sind nach verbreiteter Ansicht deshalb volkswirtschaftlich vorteilhaft, weil sie – so die Terminologie der

property rights-Theorien – Transaktionskosten einsparen helfen<sup>116</sup>. Transaktionskosten sind all die Aufwendungen, die erforderlich sind, um einen passenden Vertragspartner ausfindig zu machen, die für die Vertragsverhandlungen bedeutsamen Informationen zu sammeln, zu einem Abschluß zu kommen und den Austausch durchzusetzen. Für unser Thema ist das Sammeln von Informationen relevant. Über die Vergabe eines ungesicherten Kredits ist auf der Basis der konkreten Insolvenzwahrscheinlichkeit des Schuldners zu entscheiden.

Die Insolvenzwahrscheinlichkeit kann man nur abschätzen, nachdem man die Bilanzen geprüft, Auskunfteien befragt und die Wirtschaftlichkeit der vom Schuldner mit Hilfe des Kredits geplanten Projekte begutachtet hat, um nur einige Methoden der Kreditrisikobewertung zu nennen<sup>117</sup>. Da der Kreditnehmer nach Empfang des Darlehens Vermögen verschieben kann, muß man außerdem fortlaufend das Gebaren des Schuldners beobachten, um rechtzeitig z. B. mit einer Kündigung des Kredits eingreifen zu können<sup>118</sup>. All dies ist recht kostspielig. Diese Kosten erspart man sich, wenn man sich für den Kredit ausreichend Sicherheiten geben läßt. Es ist dann gewährleistet, daß man auch ohne Risikoprämie im Insolvenzfall den erwarteten Nutzen ziehen kann. Die Verminderung der Kosten der Kreditvergabe kommt nicht nur dem Kreditgeber zugute, sondern letztlich auch den Kreditnehmern; denn der Wettbewerbsdruck wird dafür sorgen, daß die Kostenvorteile weitergegeben werden müssen.

In welchem Ausmaß publizitätslose Sicherheiten zu Täuschungen anderer Gläubiger über die Bonität des Schuldners führen, ist rechtstatsächlich nicht erforscht. Man ist hier auf Vermutungen angewiesen<sup>119</sup>. Diese gehen dahin, daß der Täuschungseffekt nicht sehr groß ist. Man müsse heute – so wird gesagt – angesichts der geringen Eigenkapitalausstattung der Unternehmen ohnehin davon ausgehen, daß im Zweifel alle Wertgegenstände eines insolventen Schuldners als Sicherheiten eingesetzt sind<sup>120</sup>. Außerdem hänge das Insolvenzrisiko weniger von der Kapitalausstattung als vielmehr von den Erfolgchancen des Unternehmens auf dem Markt ab. Mit einem Wort: Die Vermögensausstattung des Schuldners spiele bei ungesicherten Krediten nur eine zweitrangige Rolle<sup>121</sup>. Immerhin bleibt zweifellos ein im Vergleich zum ungesicherten Kredit geringer zusätzlicher Täuschungseffekt. Dieser rechtfertigt es jedoch nicht, die Verhaltensstandards, denen ein ungesicherter Kreditgeber unterworfen wird, nachhaltig zu verschärfen. Würde man nämlich die Verhaltensstandards verschärfen, würde man also den Sicherungsnehmer mit der Sanktion „Nichtigkeit des Sicherungsvertrages“ zwingen, sich vor der Besicherung des Kredits eingehend zu vergewissern, daß der Schuldner auch in absehbarer Zukunft solvent sein wird, so würde man die Einsparung der Transaktionskosten zunichte machen, um derentwillen sich Sicherheiten volkswirtschaftlich positiv auswirken. Der Aufwand der Schadensvermeidung wäre also größer als der potentielle gewichtete Schaden aufgrund einer Gläubigertäuschung. Andere Gläubiger vor Täuschungen infolge verdeckter Sicherheiten zu be-

<sup>116</sup> Adams (Fn. 71) S. 153ff.; Drukarczyk (Fn. 73) S. 683ff.; Dorndorf/Franke ZIP 1985, 65 (71ff.); kritisch Schwartz 10 Journal of Legal Studies (1981), S. 1 (7ff.); Uhlenbruck GmbH-Rdsch 1982, 141 (145).

<sup>117</sup> Drukarczyk (Fn. 73), S. 681 (683f.); Adams (Fn. 71), S. 151ff.; H. Müller Die Bank 1984, 524ff.

<sup>118</sup> H. Müller Die Bank 1984, 524 (529); zur Bedeutung der Selbstbindung des Kreditnehmers H. Schmidt in: Geld, Banken und Versicherungen Bd. I (1981), S. 569 (571); Rudolph Kredit und Kapital 1982, 317 (329ff.); Drukarczyk (Fn. 73), S. 681 (683f.); ferner Schwartz 10 Journal of Legal Studies (1981), 1 (9ff.); Baird/Jackson 35 Stanford Law Review (1983), S. 175 (182); Jackson/Kronman (fn. 133, 86), S. 1149f.

<sup>119</sup> Vgl. Adams (Fn. 71), S. 177ff.

<sup>120</sup> Adams (Fn. 71), S. 193ff.

<sup>121</sup> Adams (Fn. 71), S. 151ff., 180ff., 190f. Die Orientierung an der Kapitalstruktur stellt nur einen Befehl dar. Helman (Fn. 3), S. 25: Die Orientierung am Besitz des Schuldners ist ganz unüblich.

<sup>110</sup> *EGH WM* 1983, 1406.

<sup>111</sup> Bei altruistischem Handeln des Kreditgebers wäre allenfalls eine weitergehende Entlastung von Prüfungsobliegenheiten zu erwägen.

<sup>112</sup> *EGHZ* 10, 228 (234); ferner oben bei Fn. 51.

<sup>113</sup> Hoher Eigennutz des Kreditgebers sollte allerdings Anlaß sein, besonders sorgfältig darauf zu achten, daß der Kreditgeber die entscheidungserheblichen Informationen nicht manipuliert hat.

<sup>114</sup> Siehe bei Fn. 33.

<sup>115</sup> Siehe bei Fn. 87.



wahren, ist daher regelmäßig nur effizient, wenn die Insolvenz des Schuldners zumindest recht nahe liegt.

#### 4. Bloßes Stillhalten des Kreditgebers angesichts konkreter Konkursgefahr

Nach ständiger Rechtsprechung<sup>122</sup> und allgemeiner Ansicht in der Literatur<sup>123</sup> handeln Kreditgeber nicht sittenwidrig, wenn sie zwar wissen<sup>124</sup>, daß der Kreditnehmer kurz vor dem Zusammenbruch steht, aber anstatt andere Gläubiger zu warnen oder den Konkursantrag zu stellen, untätig bleiben und Dritte in unerkannte Risiken laufen lassen<sup>125</sup>. Soweit ersichtlich wurde nie begründet, warum diese Kreditgeber nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Man mag hier sagen, eine allgemeine Warnpflicht entspreche nicht anerkannter Geschäftsmoral; das Rechtsprinzip des *neminem laedere* sei viel zu unbestimmt<sup>126</sup>, um allein hierauf Sanktionen zu gründen, zumal ja hier der Kreditgeber die Täuschungsgefahr durch sein Handeln nicht erhöht, sondern nur die Schadensabwehr unterlassen hat. Wenn nun aber die Rechtsprechung die §§ 138, 826 BGB schon zu interventionistischer Steuerung des Gebarens von Kreditgebern einsetzt, so läge es doch nahe, auch hier die sachnahen Kreditgeber, insbesondere die Hausbanken zu motivieren, eine Schädigung dritter Gläubiger zu verhindern.

Gleichwohl differenziert die Rechtsprechung richtig zwischen Erhöhung der Täuschungsgefahr durch den Kreditgeber und dem bloßen Unterlassen. Ich möchte mich nicht mit dem Argument begnügen, daß es hier an einem vorangegangenen Tun fehlt. Maßgeblich erscheinen mir hier vielmehr ein Zweckmäßigkeitskalkül und distributive Erwägungen zu sein. Wollte man dem Kreditgeber oder erst recht anderen Personen eine Warnpflicht zugunsten späterer Gläubiger auferlegen, so gingen die Kosten der Warnung voll zu dessen Lasten, ohne daß er daraus einen Vorteil ziehen könnte und ohne daß man diese Kosten als Nebenwirkungen seiner Tätigkeit qualifizieren könnte. Eine Erstattung der Warnkosten durch die begünstigten Gläubiger ist schon wegen des Problems der individuellen Zuordnung und der Unmöglichkeit, mit ihnen vor der Warnung einen Preis auszuhandeln, undenkbar. Somit würde eine Warnpflicht eine Umverteilung zugunsten der gefährdeten Gläubiger implizieren. Dort, wo es nicht um hochrangige Rechtsgüter geht, sollte man derartige richterliche Umverteilungen weitgehend vermeiden<sup>127</sup>.

Hinzu kommt ein weiteres: Der Informationsvorsprung eines Kreditgebers wird im allgemeinen nicht das Ergebnis

eines Zufalls, sondern das Resultat professioneller Anstrengungen sein. Würde man denjenigen, der über die besseren Informationen verfügt, zwingen, diese Informationen preiszugeben und auf einen Wettbewerbsvorsprung zu verzichten, so wäre die Konsequenz, daß ganz allgemein der Anreiz geschmälert wird, bessere Informationen als die Konkurrenten, jedenfalls hinreichende Informationen zu erlangen<sup>128</sup>. Der *BGH* hat deshalb zu Recht darauf verzichtet, Gläubigern, die bloß stillhalten, eine Warnpflicht aufzuerlegen.

#### 5. Globalzessionen

a) Aus der Rechtsprechung zum Problem der Gläubigergefährdung sticht die Behandlung heraus, die das Problem der Kollision von verlängerten Eigentumsvorbehalten mit verdeckten Globalzessionen gefunden hat, weil dem Globalzessionar schon bei leicht fahrlässiger Verleitung zum Vertragsbruch der Vorwurf sittenwidrigen Verhaltens gemacht werden kann. In der Literatur hat man denn auch vielfach behauptet, die Beschränkung der Globalzession mittels des Kriteriums der Sittenwidrigkeit verfehle den Kern des Problems. In der Sache gehe es vielmehr um einen korrigierenden Eingriff in die Rangfolge der Sicherungsinteressen, bei der die Interessen der Globalzessionäre in unverdienter Weise bevorzugt erscheinen<sup>129</sup>. Dem ist jedoch keineswegs so. Zum einen steht den Warenlieferanten anders als Kommittenten kein „besseres“ Recht an der Kundenforderung zu; denn Warenlieferanten sind nicht kraft der Struktur des Austauschgeschäftes gezwungen, vorzuleisten. Wenn sich Warenlieferanten aus wirtschaftlichen Gründen dazu bereit finden, auf kurzfristige Bezahlung zu verzichten, so können sie das Insolvenzzisiko in den Kaufpreis einkalkulieren. Allenfalls wäre es denkbar, die Interessen von Warenlieferanten und Geldkreditgebern und – so muß man ergänzen – der Arbeitnehmer und aller sonstiger Gläubiger in der Weise zu berücksichtigen, daß die kollidierenden Sicherungsinteressen anteilig nach Wertquoten oder nach dem Verhältnis der Kredithöhe bemessen werden<sup>130</sup>. Diese Lösung ist jedoch unpraktikabel<sup>131</sup> und zerstört den Sicherungszweck; denn kein Gläubiger weiß mehr, inwieweit sein Anteil zur Sicherung seiner Forderung ausreicht. Die Effizienzgewinne der Besicherung gingen verloren<sup>132</sup>.

b) Das Problem der Kollision von Globalzessionen und verlängertem Eigentumsvorbehalt erfaßt man dann zutreffend, wenn man bedenkt, daß der Kreditgeber mit der Globalzession häufig ein Situationsmonopol aufgebaut hat<sup>133</sup>. Der Kreditnehmer kann ohne Täuschung in aller Regel Warenkredite nur erlangen, wenn er die übliche Sicherheit „verlängerter Eigentumsvorbehalt“ bieten kann, auf deren Basis die Preise kalkuliert sind. Sicherlich mag der Kreditnehmer den Globalzessionar um weiteren Bankkredit zur sofortigen Bezahlung der Waren ersuchen. Gerade weil der Globalzessionar gegenüber dem Kreditnehmer, der seine Lieferanten nicht täuschen will<sup>134</sup>, über ein Monopol verfügt, ist er jedenfalls theoretisch in der Lage, dem Kreditnehmer höhere Kreditkosten, als sie von den Warenlieferanten kalkuliert werden, in Rechnung zu stellen<sup>135</sup>.

<sup>122</sup> *BGH* WM 1964, 671 (673); NJW 1970, 658.

<sup>123</sup> *Canaris* (Fn. 4), Rdn. 131; *Obermüller* Die Bank 1978, 86; *ders.* ZIP 1980, 337 (338); *Rümker* KTS 1981, 512; a. A. *Münch-Komm-Mertens*, BGB § 826 Rdn. 157 bei Abhängigkeit, ohne daß klar wird, was Mertens im konkreten Fall darunter versteht.

<sup>124</sup> *BGH* WM 1970, 399 (400).

<sup>125</sup> Anders ist die Situation, wenn das Hinausschieben des Konkurses die Position des Gläubigers verbessert. Hier ist aber zusätzlich zu fordern, daß der Gläubiger auf Schuldner eingewirkt hat. Das bloße Untätigsein löst ebensowenig wie die Entgegennahme freiwilliger Zahlungen einen Verstoß gegen die guten Sitten aus. *Lwowski*, Insolvenzpraxis der Banken (1983), S. 34. Nicht ganz klar *BGH* WM 1970, 399 (400).

<sup>126</sup> Man könnte auch darauf hinweisen, daß die Statuierung einer Schadenersatzpflicht in Gegensatz zur Handlungsfreiheit des Schädigers gerate (*Canaris* (Fn. 4), Rdn. 129ff.). Der Verzicht auf eine Haftungsnorm erweitert indessen keineswegs die Handlungsfreiheit schlechthin, da der Verzicht den Freiheitsraum des potentiell Geschädigten einschränkt. Dieser sieht sich nämlich nunmehr gezwungen, Vorsorgemaßnahmen zu treffen und im Falle eines Verlustes seinen Aktivitätsradius einzuschränken. Allgemein freiheitsbedrohend ist daher nur der Bereich, in dem wegen der Struktur der Haftungsnorm übertriebene Anstrengungen zur Schadensverhütung oder Schadensabwägung gemacht werden müssen, wo also die Haftung nach Häufigkeit und/oder Umfang unzulänglich kalkulierbar ist.

<sup>127</sup> Die Bank erbringt keine öffentlichen Dienstleistungen, sondern ist ein üblicherweise auf Gewinnerzielung gerichtetes Wirtschaftsunternehmen, das sich hierin von Warenlieferanten nicht unterscheidet. Es geht in einer der Marktwirtschaft verpflichteten Rechtsordnung nicht an, die Informationsvorsprünge bestimmter Unternehmen ohne Not zu sozialisieren. Vgl. auch *Schönle* ZHR 143 (1979), 208 (214ff.).

<sup>128</sup> *Kronman* 1 Journal of Legal Studies (1973), S. 1 (28ff.).

<sup>129</sup> Siehe oben bei Fn. 39.

<sup>130</sup> Vgl. *Münch-Komm-Roth*, BGB, § 398 Rdn. 112 m. Nachw.

<sup>131</sup> *Finger* DB 1982, 475f.

<sup>132</sup> Siehe oben bei Fn. 116.

<sup>133</sup> *Jackson/Kronman* 88 Yale Law Journal (1979), 1143; vgl. auch *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts (5. Aufl.), S. 22; *Medicus* (Fn. 48), Rdn. 699.

<sup>134</sup> *M. Wolf*, Festschrift Baur (1981), S. 147 (156) berücksichtigt dies zu wenig.

<sup>135</sup> Vgl. *Drobnik*, Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentage (1976), S. F 18f. zur Wahl der Abnehmer zwischen Lieferanten- und Geldkredit durch Ausnutzung des Skontos und der Refinanzierung. – Ähnlich ist die Situation bei der Übersicherung. Während bei der Übersicherung der Monopoleffekt durch eine schuldrechtliche Freigabeklausel beseitigt werden kann, ist dies bei der Globalzession nicht möglich, weil es um den Einsatz eines bestimmten Siche-

c) Außerdem ist die Gefährdung der Warenlieferanten zu berücksichtigen. Hierbei scheint weniger der Umstand ins Gewicht zu fallen, daß der Globalzessionar den Kreditnehmer zu betrügerischem Handeln drängt; denn die Warenlieferanten könnten sich zur Not hierauf einstellen<sup>136</sup>. Entscheidend ist vielmehr, daß Globalzessionen die Warenlieferanten in eine Situation bringen, in der sie entweder hohe Schäden riskieren oder übermäßig aufwendige Solvenzprüfungen vornehmen müssen. Warenlieferanten, die unter der Klausel „verlängerter Eigentumsvorbehalt“ liefern, werden nämlich geneigt sein, damit zu rechnen, notfalls in größerem Umfang von den Kunden ihres Abnehmers Zahlung zu erhalten<sup>137</sup>. Ist die Sicherungszession jedoch wegen der Priorität einer anderen Vorausabtretung unwirksam, so entspricht das Ausmaß der den Warenlieferanten drohenden Risiken der Summe der nicht einkalkulierten Risikoprämien. Es beträgt z. B. bei einer Liefersumme von 50 Mio. DM bar und einem Insolvenzrisiko von 5 % DM 260 000<sup>138</sup>. Sicherlich könnten die Warenlieferanten dieses Risiko dadurch vermeiden, daß sie unterstellen, daß ihre Sicherungszession weitgehend ins Leere geht, und entsprechend hohe Risikoprämien veranschlagen. Dies hätte bei den Lieferanten jedoch großen Aufwand zur individuellen Bewertung der Solvenz zur Folge; denn es müßten von Fall zu Fall auch bei relativ geringfügigen Beträgen Auskunfteien<sup>139</sup> eingeschaltet, Bilanzen geprüft und Sachverständige befragt werden. Die Bank als Globalkreditgeber kann die Insolvenzprognose schon aufgrund ihrer typischen Einbindung in den Zahlungsprozeß bedeutend kostengünstiger und zuverlässiger vornehmen<sup>140</sup>. Die gesteigerte Schutzbedürftigkeit der Warenlieferanten<sup>141</sup> und die Selbstschutzmöglichkeit der Geldkreditgeber rechtfertigen es, die subjektiven Momente des Sittenwidrigkeitsbegriffs weiter zurückzunehmen und Globalzessionen der Geldkreditgeber schon bei leicht fahrlässiger Gefährdung der Warenlieferanten für sittenwidrig zu erklären.

d) Folgerichtig hat der *BGH*<sup>142</sup> den Vorwurf der Sittenwidrigkeit auf Warenlieferanten ausgedehnt, die sich Globalzessionen geben ließen. Zwar gilt nicht allgemein der Satz, daß Geldkreditgeber, zumal wenn sie zum Kreis der Kreditinstitute gehören, nicht weniger Schutz verdienten als Warenkreditgläubiger<sup>143</sup>. Dem *BGH* ist aber darin zuzustimmen, daß auch Banken wie der typische Warenlieferant durch Globalzessionen gefährdet werden können; nämlich immer dann, wenn Banken den Umständen zufolge nicht mit Globalzessionen zu rechnen brauchen. In solchen Fällen werden sich Banken im Vertrauen auf die Wirksamkeit ihrer Sicherungszession bereithalten, Kredite zu Zinskonditionen zu vergeben, die das reale Insolvenzrisiko bei weitem nicht abdecken. Ist dem Warenlieferanten erkennbar, daß mit einer derartigen Gefährdung von Kreditinstituten und erst recht anderen Warenlieferanten zu

rechnen ist, so handelt der Warenlieferant sittenwidrig, da er andere Verkehrsteilnehmer evident unverhältnismäßigen Schäden aussetzt.

e) Da es bei der rechtlichen Beurteilung von Globalzessionen der Sache nach um ein Informationsproblem geht, können verlängerte Eigentumsvorbehalte, die mit Globalzessionen konkurrieren, durchaus mit den guten Sitten im Einklang stehen, auch wenn auf dem konkreten Markt typischerweise verlängerte Eigentumsvorbehalte vereinbart werden. Voraussetzung ist nur, daß die betroffenen Kreditgeber ausreichend sicher über die Existenz der Globalzession informiert werden<sup>144</sup>. Zu derartigen Informationen wird es allerdings kaum jemals kommen, da sie zuverlässig ausgeführt zu teuer sein werden.

## 6. Nachträgliche Besicherung von Krediten

a) Die von der Rechtsprechung<sup>145</sup> im Hinblick auf die nachträgliche Besicherung von Krediten gezogene Schranke der Sittenwidrigkeit (§ 138 I BGB) soll zwei Kategorien<sup>146</sup> von Gläubigern schützen. Zum einen sollen nach der Besicherung neu hinzutretende Gläubiger davor bewahrt werden, über die Kreditwürdigkeit des Kreditnehmers getäuscht<sup>147</sup> zu werden und hierdurch Schaden zu erleiden<sup>148</sup>. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Erhöhung des Fehleinschätzungsrisikos als Folge der Bestellung von Sicherheiten verwiesen werden. Eine selbständige Bedeutung kommt der zweiten von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Fallgruppe zu, die auf das Wohl der Altgläubiger bezogen ist: Die Altgläubiger sollen davor bewahrt werden, daß ihnen durch die nachträgliche Besicherung leichtfertig Schaden zugefügt wird. Die Altgläubiger werden durch die nachträgliche Besicherung dann geschädigt, wenn der Kreditnehmer vor Leistung insolvent wird und das freie Vermögen des Kreditnehmers schon im Moment der nachträglichen Besicherung nicht ausreicht hat, alle Gläubiger zu befriedigen; denn in einem solchen Fall muß die nachträgliche Besicherung zu einem Sinken der Konkursquote führen.

b) Bei der zweiten Fallgruppe wird nicht recht deutlich, worauf der Vorwurf der Sittenwidrigkeit gestützt wird. Die Tatsache, daß Altgläubiger geschädigt werden, dies möglicherweise sogar vorsätzlich, reicht nicht aus. Es ist nämlich allgemein anerkannt, daß jeder Gläubiger im Rahmen der KO und des AnFG berechtigt ist, sich durch Zwangsvollstreckung einen Vorsprung zu verschaffen. In einer 1955 ergangenen Entscheidung hebt denn auch der *BGH*<sup>149</sup> hervor, daß die Abhängigkeit des Kreditnehmers vom Kreditgeber eine wesentliche Rolle spiele. Es sei zu berücksichtigen, daß der Kreditnehmer bei Abhängigkeit die verlangten Sicherheiten auf jeden Fall geben müsse, ohne Rücksicht darauf, ob die Bestellung dieser Sicherheiten einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellt. Dieser Ansatz scheint jedoch in einen Zirkel zu münden, weil er es notwendig macht, zu prüfen, ob auch die in gleicher Höhe zum selben Zeitpunkt freiwillig gegebenen Sicherheiten sittenwidrig gewesen wären. Diesem Zirkel entgeht man, wenn man erkennt, daß die nachträgliche Besicherung in der Krise ein Problem des Wuchers oder der wucherähnlichen Übervorteilung ist, mit dem kleinen Unter-

rungsmittels schlechthin geht. Abhilfe würde nur eine Verpflichtung zum Austausch von Sicherheiten schaffen. Dieser Austausch wäre jedoch zu kompliziert.

<sup>136</sup> Finger DB 1982, 475 f.

<sup>137</sup> Vgl. Baird/Jackson, 35 Stanford Law Review (1983), S. 175, 183 f.

<sup>138</sup> Es wird hierbei unterstellt, daß im Konkurs nichts ausgeschüttet wird. Es gilt dann die Formel  $E = P \times Z$ , wobei E der Barwert der Liefersumme, P die Wahrscheinlichkeit der vollen Zahlung ist (also hier 95 %) und Z die Summe von Barwert und Risikoprämie ergibt. Dabei wird unterstellt, daß keine eigentlichen Zinsen anfallen. Vgl. auch Drobnik (Fn. 135), S. F 92.

<sup>139</sup> Vgl. Baird/Jackson (Fn. 137), S. 182 f.; anders Drobnik (Fn. 135), S. F 20, der ausführt, daß bei ständigen Geschäftsverbindungen die Bonität des Abnehmers meist gut bekannt sei, ohne zu sagen, worauf diese Beurteilung gegründet wird.

<sup>140</sup> Finger DB 1982, 475; Mertens (Fn. 52), S. 175; H. Müller Die Bank 1984, 528; Jackson/Kronman (Fn. 133), S. 1160 betonen hingegen die Branchenkenntnisse von Lieferanten zu stark. Offensichtlich gehen sie davon aus, daß die Bank als Geldkreditgeberin nicht in den Zahlungsprozeß eingeschaltet ist. A. A. BGH NJW 1977, 2261 (2262), der die Gleichwertigkeit der Interessen von Warenlieferanten und Geldkreditgebern betont.

<sup>141</sup> Finger DB 1982, 475 (476).

<sup>142</sup> BGH NJW 1977, 2261.

<sup>143</sup> So aber BGH NJW 1977, 2261; dazu Finger DB 1982, 475.

<sup>144</sup> Baird/Jackson (Fn. 137), S. 179. Allerdings ist sicherzustellen, daß der Globalzessionar dadurch kein Kreditmonopol erhält oder daß er jedenfalls das Kreditmonopol nicht auszubenten vermag [Jackson/Kronman (Fn. 133), S. 1171]. Hier ist der Ansatzpunkt für das Verbot der Übersicherung.

<sup>145</sup> Siehe oben bei Fn. 34.

<sup>146</sup> Dies verkennt Rümker WM 1982, 286 (288).

<sup>147</sup> Zu denken ist auch an die Täuschung von Altgläubigern, die dadurch von einer rechtzeitigen Beitreibung abgehalten werden; doch wird man hier kaum jemals die Kausalität eines Schadens beweisen können (Obermüller ZIP 1981, 352 [356]).

<sup>148</sup> BGH WM 1955, 402 (403).

<sup>149</sup> BGH LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4.

schied zum normalen Wucher, daß die Folgen nicht so sehr den insolventen Kreditnehmer als vielmehr dessen Gläubiger treffen<sup>152</sup>.

Bei der nachträglichen Besicherung ist zu berücksichtigen, daß die Forderung nicht mehr ihren Nominalwert besitzt, sondern je nach Höhe des aktuellen Insolvenzrisikos im Wert gesunken ist<sup>151</sup>. Versetzt man sich in die Lage eines Kreditgebers, der während der Laufzeit des Kredits bemerkt, daß eine 50%ige Konkurswahrscheinlichkeit entstanden ist und im Falle eines sofortigen Konkurses mit einer Konkursquote von 10% zu rechnen ist, so ist es verständlich, daß der Kreditgeber diese Quote nicht durch weiteres Zuwarten aufs Spiel zu setzen braucht. Er kann daher, ohne daß ihm ausbeuterisches Verhalten vorgeworfen werden könnte, verlangen, daß ihm zum Ausgleich der Bereitschaft, den Kredit weiterstehen zu lassen, in Höhe der sofort zu erwartenden Konkursquote Sicherheit verschafft wird. Gleiches gilt, wenn der Kreditgeber in dem Moment, in dem er die Besicherung seines ungesicherten Kredits forderte, reale Chancen besaß, im Wege der Zwangsvollstreckung Erfüllung zu erhalten. Diese Chance wird allerdings bei angeschlagenen Kreditnehmern in der Regel äußerst gering sein<sup>152</sup>. Erhält nun der Kreditgeber für eine im Wert wesentlich gesunkene Forderung Sicherheit, so wird der Wert der Forderung erheblich steigen, bei voller Sicherheit wird der Wert sogar mit dem Nominalbetrag der Forderung übereinstimmen<sup>153</sup>. Hieraus resultieren die großen Gewinnchancen einer nachträglichen Besicherung dubios gewordener Kredite. Kann der Kreditnehmer ohne Druck verhandeln, so wird er sich in der Regel nur aus Gründen der Freundschaft oder um Verbindungen offenzuhalten, zur nachträglichen Besicherung bereitfinden, weil die nachträgliche Besicherung seinen wirtschaftlichen Spielraum einengt. Anders ist jedoch die Situation, falls der Kreditgeber in der Krise mit dem sofortigen Abzug seiner Kredite zu drohen vermag und die Kreditkündigung mangels anderer Kreditgeber den alsbaldigen Zusammenbruch des Kreditnehmers nach sich ziehen würde<sup>154</sup>. Dann ist der Kreditnehmer dem Kreditgeber auf Gedeih und Verderben ausgesetzt und kann sich auch nicht weigern, dem Kreditgeber Sicherheiten zu gewähren, die weit über dem aktuellen Wert der zu besichernden Forderungen liegen<sup>155</sup>.

c) Häufig hat sich der Kreditgeber allerdings, zumal in den AGB, einen Anspruch auf nachträgliche Besicherung ausbedungen. Der *BGH*<sup>156</sup> qualifiziert diesen Anspruch als formales Recht, ohne eingehend zu begründen, warum dies so ist. Er weist nur darauf hin, daß sich Banken stets einen Anspruch auf nachträgliche Besicherung einräumen lassen. Unterstellt man, daß der Kreditgeber vor dem Hintergrund eines Anspruchs auf nachträgliche Besicherung wesentlich niedrigere Zinsen als ohne diesen Anspruch vereinbart hätte, so kann

man den Anspruch nicht als „formal“ abqualifizieren. Der Kreditgeber, der seinen Anspruch in der Krise zu realisieren versucht, handelt dann auch nicht wucherisch, da er ja den Anspruch mit einer Ermäßigung des Zinses vergütet hat. Freilich wird sich kaum jemals feststellen lassen, daß eine derartige „Vergütung“ erfolgt ist<sup>157</sup>. Die Chance, in ferner Zukunft von einem Unternehmen in der Krise noch rechtzeitig Sicherheiten zu erlangen, ist nämlich kaum abschätzbar<sup>158</sup>, so daß für den Kreditgeber kein Anlaß besteht, die Risikoprämien nur wegen des Anspruchs auf nachträgliche Besicherung niedriger anzusetzen und damit den Zins zu ermäßigen. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der Zins regelmäßig faktisch ohne Rücksicht auf die individuellen Chancen, nachträgliche Besicherung zu erlangen, festgelegt wird. Der Kreditgeber kann sich deshalb mit dem Anspruch auf Nachbesicherung nur unter besonderen Umständen gegen den Vorwurf wucherischen Verhaltens verteidigen.

d) Nun ist es für den Kreditgeber, der auf nachträglicher Besicherung besteht, sicherlich äußerst schwierig, die hypothetische Konkursquote festzustellen und seine Forderung auf Sicherungsbestellung auf dieses Maß zu beschränken. Da der Verstoß gegen die guten Sitten an möglichst klar erkennbare Kriterien gebunden sein sollte, kann auch nicht unmittelbar auf die hypothetische Konkursquote und das Ausmaß der Besserstellung des Kreditgebers abgehoben werden. Der *BGH*<sup>159</sup> hat daher zutreffend die Sittenwidrigkeit der nachträglichen Besicherung nur davon abhängig gemacht, daß der Kreditgeber ohne weiteres<sup>160</sup> erkennen konnte, daß der Kreditnehmer zusammenbrechen wird und daß das freie Vermögen nicht ausreicht, die Ansprüche aller Gläubiger zu befriedigen. Sind diese beiden Voraussetzungen erfüllt, so mußte sich nämlich dem Kreditgeber immer die Erkenntnis aufdrängen, daß er im Wege der nachträglichen Besicherung den Wert seiner Forderung nachhaltig verbessert und dadurch andere ausbeutet<sup>161</sup>.

Allerdings senkte der *BGH*<sup>162</sup> in den Fällen, in denen der Kreditgeber erkannt hatte, daß durch frühere Vereinbarungen Dritte zur Kreditgewährung verleitet worden sind oder jedenfalls Kredite zu billig vergeben hatten, den subjektiven Rechnungsstandard auf einfache Fahrlässigkeit ab. Damit hat der *BGH* nicht den Grundsatz aufgestellt, daß derjenige, der andere objektiv, wenn auch nicht subjektiv vorwerfbar, getäuscht hat, aus dieser Täuschung keinerlei Nutzen ziehen dürfe<sup>163</sup>. Vielmehr trägt der *BGH* mit der Erhöhung des Sorgfaltsstandards der besonderen Schutzbedürftigkeit der anderen Gläubiger Rechnung, die – wie der Kreditgeber erkannt hatte – durch sein Handeln schon Verluste erlitten hatten<sup>164</sup> oder jedenfalls ungewollt hohe Risiken eingegangen sind und nun die Gefahr laufen, durch die Nachbesicherung weiteren Schaden zu erleiden.

## VII. Zusammenfassung

Die Rechtsprechung zur Gläubigerbenachteiligung und -gefährdung läßt sich nur zum Teil auf rezipierte Normen der Sozialmoral stützen. Zu wesentlichen Teilen hat sie rechtsfortbildend Verkehrspflichten und -obliegenheiten geschaffen, die einer gesamtwirtschaftlich effizienten Schadensverhütung

<sup>152</sup> Hingegen kann man nicht mit *Obermüller* (ZIP 1981, 352) einwenden, daß die Interessen der Mitgläubiger durch die Anfechtungsmöglichkeiten innerhalb und außerhalb des Konkurses ausreichend geschützt seien; denn mit Hilfe der §§ 138, 826 BGB wurde ja der Schutz der Drittgläubiger rechtsfortbildend erweitert (*Weber KTS* 1959, 80 [84]), weil die KO sowie das AnfG zu eng gefaßt sind.

<sup>151</sup> Zur Einzelwertberichtigung von Forderungen vgl. *H. Müller* Die Bank 1984, 524 (529).

<sup>152</sup> Befriedigung im Weg der freiwilligen Erfüllung kann der Kreditgeber in den hier zur Diskussion stehenden Fällen deshalb nicht erwarten, weil der Kreditnehmer typischerweise Vermögensgegenstände nicht zu versilbern vermag, ohne daß das Unternehmen zusammenbricht (*H. Müller* Die Bank 1984, 524 (528)). Der Schluß von der Bezahlung der Schulden auf deren Sicherung ist daher nicht überzeugend (a. A. *Obermüller* ZIP 1981, 352).

<sup>153</sup> Diesen Effekt preist *H. Müller* (Die Bank 1984, 528f.) als Sinn der Nachbesicherung. Wenn Banken – wie Müller formuliert – eigenkapitalähnliche Funktionen übernehmen, so rechtfertigt dies jedoch nicht, daß sie die Nachteile auf andere Gläubiger abzuwälzen suchen.

<sup>154</sup> *H. Müller* Die Bank 1984, 524ff.

<sup>155</sup> Das selbständige, wucherische Element dieses Ansatzes verkennt *Obermüller* ZIP 1981, 352 (355).

<sup>156</sup> *BGH* LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4 Bl. 2.

<sup>157</sup> A. A. wohl *Adams* (Fn. 71), S. 200.

<sup>158</sup> Das Argument von *Adams* (Fn. 71), daß der verhaltene Anspruch auf Sicherheiten vorschnelle Sicherheitsbestellungen vermeiden helfe, ist empirisch nicht abgesichert und erscheint praktisch als wenig plausibel.

<sup>159</sup> *BGH* LM § 138 BGB (Bb) Nr. 4.

<sup>160</sup> Ohne Leichtfertigkeit. Ohne klare Kriterien. *Rümker* WM 1982, 286 (288).

<sup>161</sup> A. A. *Rümker* WM 1982, 286 (287f.).

<sup>162</sup> Siehe oben bei Fn. 37.

<sup>163</sup> Nicht ganz klar *Münch-Komm – Mertens*, BGB, § 826 Rdn. 47.

<sup>164</sup> Wegen zu niedriger kalkulatorischer Risikoprämien. S. o. bei Fn. 75. Ablehnd *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. III, S. 46.

tung dienen. Es soll grundsätzlich immer dort ein Schaden anderer Gläubiger infolge einer Irreführung über die Solvenz vermieden werden, wo der potentielle, gewichtete Schaden dritter Gläubiger höher ist als die Nachteile, die mit einer Kreditverweigerung oder einer Information der anderen

Gläubiger über das wahre Bonitätsrisiko verbunden sind, und dies ohne Leichtfertigkeit erkennbar war. Gleiches gilt im Prinzip für die Behandlung von Globalzessionen. Bei der Sittenwidrigkeit nachträglicher Besicherung geht es im Kern um wucherähnliche Probleme.

Professor Dr. Werner Thieme, Hamburg

## Öffentliches Dienstrecht und Arbeitsmarktpolitik

### I.

Die Erscheinung, daß die Absolventen von Ausbildungsgängen, die auf den öffentlichen Dienst bezogen sind, Schwierigkeiten haben, im öffentlichen Dienst unterzukommen, ist nicht neu. In seiner Geschichte des Beamtentums berichtet *Hattenhauer*:<sup>1</sup>

„Die Juristenschwemme war der Normalzustand des öffentlichen Arbeitsmarktes. Preußen war auch in dieser Hinsicht ein Modellfall. Nur selten bot der Markt den Kandidaten gute Chancen. Im 19. Jahrhundert war dies dreimal der Fall: in der auf die Befreiungskriege und die Reformen folgenden Zeit von 1815 bis 1830, sodann in den Jahren 1848–52 als Folge der Errichtung von Staatsanwaltschaften und Schwurgerichten und schließlich nach dem Deutsch-Französischen Krieg und dem sich daran anschließenden Wirtschaftsaufschwung.

Das Elend der hungrigen Juristen wurde durch solche Ereignisse nur kurzfristig aufgehellt, zumal die Zahl der Studenten sich ständig vermehrte. Sie wuchs in Preußen von 3144 im Sommer 1820 auf 6160 im Winter 1829/30 und steigerte sich bei den juristischen Fakultäten von 938 auf 1628. Wenn man dabei auch berücksichtigen muß, daß in Preußen bis 1878 die Anwaltschaft durch beamtete Justizkommissare versehen wurde und zusätzliche Stellen bot, war doch im Jahr 1830 das kommende Elend vorauszusehen. Mit einer Steigerung der Planstellen war nicht zu rechnen. Die Zahl der aktiven Beamten nahm vielmehr ab. Trotz des wachsenden Arbeitsanfalls hatte man die Zahl der Stellen 1825 drastisch gekürzt. So sank die Gesamtzahl der in den Oberpräsidien und Regierungen tätigen Beamten von 898 im Jahre 1820 auf 476 im Jahre 1831 und erholte sich bis 1849 auf kaum mehr als 500 Stellen.“

In anderen Berufen sieht es ähnlich aus, insbesondere bei den Lehramtskandidaten. Es handelt sich um ein altes Problem, das periodisch wiederkehrt. In jüngerer Zeit hat die Weltwirtschaftskrise eine Schwemme von Beamtenanwärtern gebracht, während in den darauf folgenden Jahren Aufrüstung und Krieg zur Beamtenknappheit geführt haben. In der ersten Nachkriegszeit hat die zurückkehrende Kriegsgeneration sowie die große Zahl von Flüchtlingen und Vertriebenen zu Schwierigkeiten bei der Unterbringung von Beamtenanwärtern geführt; das heute nur noch wenigen geläufige „131er-Problem“ mag als Stichwort genannt sein<sup>2</sup>. Die Zeit des Wirtschaftswunders machte es dann den öffentlichen Dienstherren schwer, ihre Stellen mit Qualifizierten zu besetzen. Insbesondere fehlte es allgemein an Lehrern. Die Wirtschaftskrise, die in der Bundesrepublik 1981 einsetzte, hat erneut zu einem erheblichen Anwärterüberschuß geführt.

Diese wenigen Bemerkungen zeigen, daß der öffentliche Dienst nicht vom allgemeinen Arbeitsmarkt abgekoppelt ist. Das kann auch kaum anders sein, denn heute ist jeder fünfte unselbständig Beschäftigte im öffentlichen Dienst tätig<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> *Hattenhauer*, Geschichte des Beamtentums, 1980, S. 249.

<sup>2</sup> Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen, vom 11. 5. 1951 (BGBl. I S. 307) i. d. F. d. Bek. v. 21. 8. 1961 (BGBl. I S. 1578), vgl. dazu *Krüger*, Zur Anwendung des Art. 131 GG, NJW 1950, 161 ff.; *Anders*, Kommentar zum Gesetz 131 GG, 1. Aufl. 1959, 3. Aufl. 1966; ferner *Naumann* und *Spanner*, Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, VVDStRL H.13 (1955), S. 88 ff., 119 ff.

<sup>3</sup> Vgl. Statistisches Jahrbuch der Bundesrepublik Deutschland 1983, S. 430.

Wie reagiert der Staat darauf? Die Wirtschaftskrise führt zum Sinken der Steuereinnahmen. Das zwingt zum Abbau der Leistungen der öffentlichen Dienstherren gegenüber der Gesellschaft und den Bediensteten. Dies wiederum führt zum Stellenabbau. Da im öffentlichen Dienst grundsätzlich keine Kündigungsmöglichkeit wie in der Wirtschaft besteht, reagiert der Dienstherr mit Abschmelzen seines Stellenpotentials, indem er freiwerdende Posten vorübergehend nicht wieder besetzt. Es handelt sich um ein Verfahren, das Zufälligkeiten unterworfen ist, nämlich davon, wo gerade jemand ausscheidet. Es gibt keine geplante Leistungseinschränkung entsprechend den Prioritäten der Aufgabenverwirklichung, es sei denn, daß Versetzungen möglich sind, was jedoch angesichts der nach Berufsarten so vielfach gegliederten Dienstposten nur bedingt möglich ist<sup>4</sup>.

Leistungseinschränkungen erfolgen auch gegenüber den Beamten insbesondere durch Nichterhöhung der Bezüge, was in der Inflation einer Besoldungskürzung gleichkommt, durch Einschränkung der Nebenleistungen, wie z. B. Beihilfen, Kuren, Essenzzuschüssen u. ä., und durch Veränderung des Stellenplans. Die Automatik des Aufrückens fällt fort, Beförderungssperren treten trotz Besetzung der Posten ein. Hier stehen viele Möglichkeiten zur Verfügung, um die Kosten, die die „teuren“ Diener des Staates hervorrufen, zu verringern.

Die Verschlechterung der Daten im öffentlichen Dienst belastet wiederum den Arbeitsmarkt. Das wird am deutlichsten bei der Stellenstreichung. In diesem Zusammenhang wird dann sogar die Frage aufgeworfen, was volkswirtschaftlich teurer ist, das Arbeitslosengeld oder die eingesparte Besoldung. Freilich stellt sich diese Frage politisch ganz anders, weil alle Teilfisci in ihrer Stellenplanpolitik autonom sind. Insbesondere besteht keine unmittelbare Verbindung zwischen der autonomen Arbeitsverwaltung und den zahlreichen anderen Dienstherren, die durch Verringerung der Zahl ihrer Planstellen den Arbeitsmarkt belasten.

### II.

Damit ist allerdings die Zentralfrage des Themas noch nicht angeschnitten. Sie wird heute zumeist wie folgt gestellt: Betätigen sich öffentlich Bedienstete, obwohl sie arbeits- bzw. dienstrechtlich gesichert sind, auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt durch Ausübung von Nebentätigkeit? Kann man eine solche Nebentätigkeit unterbinden?

Dieses Problem hat einen psychologischen Hintergrund. Grob gesagt zerfallen die Menschen in zwei Kategorien, was ihr Verhältnis zur Arbeit angeht. Während die einen möglichst wenig Arbeit haben wollen, eine 35-Stunden-Woche, viel Urlaub, Kuren, bequeme Arbeit, möglichst starke Entlastung anstreben, sind die anderen geradezu arbeitssüchtig,

<sup>4</sup> Vgl. hierzu § 26 BBG, § 18 BRRG. Näheres bei *Scheerbarth/Höffkens*, Beamtenrecht, 4. Aufl. 1982, S. 338 ff. Eine erhebliche Erschwerung der Versetzungsmöglichkeit bringt auch die Mitbestimmung des Personalrats, vgl. BPersVG § 76 Abs. 1 Nr. 4.