BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 211/02

Verkündet am:
10. Februar 2005
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO §§ 129, 133 Abs. 1; BGB §§ 826, 823 Abs. 2; GmbHG § 84 Abs. 1 Nr. 2

a) Zwangsvollstreckungshandlungen des Gläubigers sind ohne eine vorsätzliche Rechtshandlung oder eine ihr gleichstehende Unterlassung des Schuldners nicht nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar.

b) Hat der Schuldner nur noch die Wahl, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung zu dulden, ist also jede Möglichkeit eines selbstbestimmten Handelns ausgeschaltet, fehlt es an einer Rechtshandlung des Schuldners im Sinne von § 133 Abs. 1 InsO.

c) Die Anfechtung nach § 133 InsO kann nicht darauf gestützt werden, daß der Schuldner den Insolvenzantrag vorsätzlich verspätet gestellt und dadurch bewirkt

hat, daß die Rechtshandlung des Gläubigers nicht in den von §§ 130 bis 132 InsO geschützten zeitlichen Bereich fällt.

d) Veranlaßt der Gläubiger den Schuldner, den Insolvenzantrag bewußt hinauszuzögern, um eine Anfechtung der Zwangsvollstreckungsmaßnahme nach § 131 InsO zu vermeiden, kommt eine Haftung gegenüber der Masse nach §§ 826, 823 Abs. 2 BGB in Betracht.

BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 – IX ZR 211/02 – OLG Dresden
LG Dresden

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Februar 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Kayser, Cierniak und die Richterin Lohmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 18. April 2002, berichtigt durch Beschluß vom 10. Oktober 2002, wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der H. GmbH, das auf Antrag der Schuldnerin vom 4. Mai 1999 am 22. Mai 1999 eröffnet wurde.

Am 27. Januar 1999 erließ das Finanzamt Dresden wegen Umsatzsteuererforderungen aus den Monaten Oktober und November 1998 in Höhe von 287.835,05 DM eine Pfändungs- und Einziehungsverfügung, die die Ansprüche der Schuldnerin aus der Geschäftsbeziehung mit der Bank betraf. Diese Verfügung wurde der Drittschuldnerin am 3. Februar 1999 zugestellt. Das Finanzamt setzte den Vollzug dieser Verfügung unter dem Vorbehalt des Widerrufs und gegen Zahlung von 100.000 DM aus. Darauf veranlaßte die

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Schuldnerin am 4. Februar 1999 eine Überweisung der Bank an die Finanzkasse in dieser Höhe.

Der Kläger hat das Pfandrecht, die Zahlung sowie weitere Leistungen von insgesamt 33.013,76 DM aus dem Monat März 1999 angefochten. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das beklagte Land hat die Berufung auf die Rückgewähr des am 4. Februar 1999 überwiesenen Betrages beschränkt und insoweit ein klageabweisendes Urteil des Oberlandesgerichts erwirkt. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg; denn die Anfechtungsklage ist in dem jetzt noch anhängigen Umfang nicht begründet.

I.

Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Der Beklagte habe durch die Forderungspfändung ein nicht anfechtbares Pfändungspfandrecht erworben. Die Anfechtung dieser Rechtshandlung nach den §§ 130 bis 132 InsO sei ausgeschlossen; denn sie sei nicht innerhalb der letzten drei Monate vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden. Eine Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO scheide aus, weil es insoweit an einer Rechtshandlung des Schuldners fehle.

Ob der Geschäftsführer der Schuldnerin - wie der Kläger geltend mache - gesetzlich verpflichtet gewesen sei, den Insolvenzantrag spätestens im Laufe des Monats März zu stellen, und dies schuldhaft unterlassen habe, sei anfechtungsrechtlich unerheblich; denn das Gesetz habe die Berechnung der Anfechtungsfristen ausschließlich auf den Zeitpunkt bezogen, zu dem der Eröffnungsantrag beim Insolvenzgericht eingegangen sei. Das Unterlassen der Antragstellung sei keine Rechtshandlung im Sinne des Anfechtungsrechts. Anfechtbar seien vielmehr nur Willenserklärungen, die auf die Verwirklichung schuldrechtlicher oder dinglicher Verfügungen gerichtet seien. Das Unterlassen des Insolvenzantrags werde auch nicht von § 132 Abs. 2 InsO erfaßt.

Eine Anfechtung der durch Überweisung bewirkten Leistung scheitere daran, daß diese Zahlung infolge des zuvor erlangten nicht anfechtbaren Pfändungspfandrechts keine Gläubigerbenachteiligung bewirkt habe.

II.

Das Berufungsgericht hat eine Anfechtung des vom beklagten Land durch die Zwangsvollstreckung erworbenen Pfandrechts zutreffend verneint.

1. Das Pfandrecht ist nicht nach §§ 130 bis 132 InsO anfechtbar. Diese Vorschriften erfassen nur Rechtshandlungen in dem zeitlichen Bereich, der drei Monate vor Stellung des Insolvenzantrags beginnt. Das Pfandrecht beruht jedoch auf einer früher vorgenommenen Rechtshandlung.

a) Gemäß § 140 Abs. 1 InsO kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die rechtlichen Wirkungen der Rechtshandlung eintreten. Bei Forderungspfändungen ist daher grundsätzlich auf die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Drittschuldner abzustellen (§ 829 Abs. 3 ZPO, § 309 Abs. 2 Satz 1 AO). Als der Pfändungsbeschluß der Drittschuldnerin zuging, wies das dortige Konto der Schuldnerin ein Guthaben von mehr als 300.000 DM auf; es handelte sich also nicht um eine Pfändung in die "offene Kreditlinie" (vgl. dazu BGHZ 157, 350; BGH, Urt. v. 17. Februar 2004 - IX ZR 318/01, WM 2004, 669). Die Rechtshandlung der Pfändung gilt daher als am 3. Februar 1999 - vor Beginn des Dreimonatszeitraums - vorgenommen.

b) Ob die Pfändung nur deshalb mehr als drei Monate vor dem Insolvenzantrag liegt, weil der Geschäftsführer der Schuldnerin seine Pflicht aus § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, bei Zahlungsunfähigkeit unverzüglich den Insolvenzantrag einzureichen, vorsätzlich verletzt hat, kann in diesem Zusammenhang offenbleiben. Die in den §§ 130 bis 136 InsO bestimmten Fristen sind gemäß § 139 InsO auf den realen Eingang des ersten zulässigen und begründeten Eröffnungsantrags bezogen. Nach der insoweit gegenüber der Konkursordnung unveränderten gesetzlichen Konzeption stellen der Eingang des Insolvenzantrags und die Eröffnung des Verfahrens anfechtungsrechtliche Fixpunkte dar, die für die rechtliche Beurteilung generelle Gültigkeit unabhängig davon besitzen, ob Einleitung und Eröffnung des Verfahrens schuldhaft verzögert worden sind. An dieser von Rechtsprechung und Literatur bisher einheitlich vertretenen Auffassung, die zweifelfrei dem Willen des Gesetzgebers entspricht, ist auch aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit festzuhalten.

2. Die Pfändung als einseitige Zwangsvollstreckungsmaßnahme des Gläubigers ist ohne eine damit in Zusammenhang stehende Rechtshandlung oder eine ihr gleichwertige Unterlassung des Schuldners (§ 129 Abs. 2 InsO) nicht nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar.

Diese bisher von der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGHZ 155, 75, 79; BGH, Urt. v. 30. April 1959 - VIII ZR 179/58, WM 1959, 891, 892 f; v. 17. Juli 2003 - IX ZR 215/02, ZIP 2003, 1900, 1901; v. 29. Juni 2004 - IX ZR 258/02, NJW 2004, 2900, z.V.b. in BGHZ) und der ganz überwiegenden Meinung in der Literatur (Braun/de Bra, InsO 2. Aufl. § 133 Rn. 6 f; Breutigam in Breutigam/Blersch/Goetsch, InsO § 133 Rn. 2; FK-InsO/Dauernheim, 3. Aufl. § 133 Rn. 6 f; Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch 2. Aufl. § 48 Rn. 4; Häsemeyer, InsO 3. Aufl. Rn. 21.79, 83; Kübler/Prütting/Paulus, InsO § 133 Rn. 3; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rn. 9; Uhlenbruck/Hirte, InsO § 133 Rn. 8; Bork ZIP 2004, 1684 ff; zu § 31 KO: Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 31 Rn. 2; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 31 KO Anm. 3) vertretene Auffassung wird neuerdings von Kreft (KTS 2004, 205, 216 ff) und Rendels (ZIP 2004, 1289, 1294 ff) in Frage gestellt. Dieser Kritik vermag der Senat jedoch nicht zu folgen.

a) Für die traditionelle Auffassung spricht schon der Wortlaut der Vorschriften. Während die Tatbestände der §§ 130, 131 InsO lediglich allgemein eine Rechtshandlung verlangen, diese demzufolge auch von einem Dritten ausgehen kann (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 35 m.w.N.), bezeichnet § 133 Abs. 1 InsO allein solche Rechtshandlungen als anfechtbar, die der Schuldner mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen

hat. Schon dies deutet darauf hin, daß der Tatbestand ohne ein vom Schuldner gesteuertes Verhalten nicht erfüllt werden kann.

Dem wird entgegengehalten, der Gesetzgeber der Konkursordnung habe auch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers als Rechtshandlungen des Schuldners im anfechtungsrechtlichen Sinne angesehen (Kreft aaO S. 219; Marotzke ZZP 105, 451, 452). Dies mag zutreffen (vgl. Hahn, Materialien zur Konkursordnung S. 129 f), doch beruht diese Ansicht auf einer rechtlichen Zuordnung der Vollstreckungshandlungen, aus der ein eigener Vorsatz des Schuldners nicht abgeleitet werden kann. Im übrigen ist heute allgemein anerkannt, daß die Zwangsvollstreckung ausschließlich als Akt staatlicher Hoheitsgewalt erfolgt (vgl. BVerfGE 49, 252, 256; BGHZ 146, 17, 20). Gläubiger und Schuldner nehmen an dem Verfahren als Parteien teil, ähnlich wie im Zivilprozeß. Der Vollstreckungszugriff des Gläubigers begründet zudem zwischen ihm und dem Schuldner eine gesetzliche Sonderbeziehung privatrechtlicher Art, aus der Sorgfaltspflichten gegenüber dem anderen Teil erwachsen (BGHZ 157, 195, 200; BGH, Urt. v. 30. Oktober 1984 - VI ZR 25/83, NJW 1985, 3080, 3081). Demgemäß entsprach es bereits unter Geltung der Konkursordnung seit langem einhelliger Ansicht, daß allein eine gegen den Schuldner gerichtete Vollstreckungsmaßnahme kein Anfechtungsrecht nach § 31 Nr. 1 KO begründen kann (BGH, Urt. v. 10. April 1957 - V ZR 249/56, WM 1957, 1099, 1100; v. 30. April 1959 aaO; Jaeger/Henckel, aaO m.w.N.). Der Gesetzgeber der Insolvenzordnung hat - abgesehen davon, daß der irreführende Ausdruck "Absicht" durch den Begriff "Vorsatz" ersetzt wurde -, an der Struktur des in § 31 Nr. 1 KO normierten Anfechtungstatbestands, wie er allgemein verstanden wurde, nichts ändern wollen (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 160).

b) Die Differenzierung nach dem Urheber der Rechtshandlung ist sachlich geboten, weil sie der unterschiedlichen Zielrichtung und Struktur der Vorschriften der "besonderen Insolvenzanfechtung" nach §§ 130 bis 132 InsO einerseits und der Vorsatzanfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO andererseits entspricht.

aa) Die Tatbestände der §§ 130 bis 132 InsO regeln die Anfechtbarkeit von Handlungen, die in der wirtschaftlichen Krise vorgenommen werden. Sie bestimmen, unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang die materiellen Wirkungen der Insolvenz schon vor der formellen Eröffnung des Verfahrens eintreten. Wie der Senat bereits mehrfach entschieden hat, verdrängt das System dieser Anfechtungsregeln in dem von ihnen abgedeckten zeitlichen Bereich das die Einzelzwangsvollstreckung beherrschende Prioritätsprinzip, wenn für die Gesamtheit der Gläubiger nicht mehr die Aussicht besteht, aus dem Vermögen des Schuldners volle Deckung zu erhalten. Dann tritt die Befugnis des Gläubigers zur zwangsweisen Durchsetzung seiner Ansprüche hinter dem Schutz der Gläubigergesamtheit zurück (BGHZ 136, 309, 311 ff; 155, 75, 80; 157, 350, 353; BGH, Urt. v. 11. April 2002 - IX ZR 211/01, NZI 2002, 378, 379). Im Rahmen der besonderen Insolvenzanfechtung wird den Gläubigern folglich die Pflicht zu wechselseitiger Rücksichtnahme auferlegt (Kübler/Prütting/Paulus, aaO § 129 Rn. 4).

Wesentliches inhaltliches Merkmal dieser Tatbestände ist in erster Linie die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners; daneben kommt vor allem dem Eröffnungsantrag erhebliche Bedeutung zu (§ 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 132 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Wegen des engen Zusammenhangs mit der materiellen Insolvenz des Schuldners hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich dieser Vorschrif-

ten auf den Zeitraum bis zu drei Monaten vor dem Eingang des Eröffnungsantrags beschränkt. Der hier geltende Vorrang des Gleichbehandlungsgrundsatzes gegenüber dem Prioritätsprinzip hat zugleich zur Folge, daß eine Deckung oder Sicherung im Wege der Zwangsvollstreckung, die nicht früher als drei Monate vor Antragstellung erlangt wurde, inkongruent ist (BGHZ 136, 309, 311 ff; 155, 75, 80; 157, 350, 353; BGH, Urt. v. 11. April 2002, aaO).

Der Grundsatz, daß die Befugnis des Gläubigers, sich im Wege hoheitlichen Zwangs eine rechtsbeständige Sicherung oder Befriedigung für eine Forderung zu verschaffen, hinter dem Schutz der Gläubigergesamtheit zurücktritt, gilt jedoch nach dem System der Anfechtungsregeln nur für den von §§ 130 bis 132 InsO erfaßten Zeitraum (BGHZ 155, 75, 80; BGH, Urt. v. 13. Mai 2004 - IX ZR 190/03, ZIP 2004, 1512, 1513). Aus dieser zeitlichen Eingrenzung folgt auf der anderen Seite, daß der einzelne Gläubiger außerhalb des von den Normen der besonderen Insolvenzanfechtung geschützten Zeitraums - entgegen der Ansicht von Kreft (aaO S. 218) - bei der Verfolgung seiner Rechte gegen den Schuldner grundsätzlich keinen vom Anfechtungsrecht ausgehenden Beschränkungen unterliegt. Er braucht deshalb die Belange der Gläubigergesamtheit nicht zu beachten. Da dort das Prioritätsprinzip uneingeschränkt gilt, ist er selbst dann nicht gehindert, seine Ansprüche gegen den Schuldner zwangsweise durchzusetzen, wenn er ahnt oder weiß, daß dessen Vermögen nicht mehr ausreicht, alle Gläubiger zu befriedigen. Diese bewußte zeitliche Einschränkung des Vorrangs der Gläubigergleichbehandlung in den Tatbeständen der besonderen Insolvenzanfechtung (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 156 f) hat der Richter hinzunehmen.

bb) Die Anfechtungsnorm des § 133 Abs. 1 InsO beruht auf einem vom Schutzzweck der §§ 130 bis 132 InsO ganz verschiedenen Ansatzpunkt. Sie steht nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der materiellen Insolvenz, sondern mißbilligt bestimmte Verhaltensweisen des Schuldners (vgl. BT-Drucks. 12/2443 S. 160; Erster Bericht der Insolvenzrechtskommission 1985, S. 417 f). Die Vorschrift ist Ausdruck des Gedankens, daß ein Schuldner nicht berechtigt ist, vorsätzlich einzelne Gläubiger gegenüber anderen zu bevorzugen, soweit die ihnen gegenüber bestehenden Verpflichtungen gleichrangig sind. Sie schützt also das Interesse der Gläubiger daran, daß der Schuldner ihre prinzipiell gleichen Befriedigungschancen nicht beeinträchtigt. Zentraler Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Regelung ist hier der in einer Rechtshandlung zum Ausdruck gekommene Wille des Schuldners, den Anfechtungsgegner zum Nachteil anderer Gläubiger zu bevorzugen (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rn. 12; Uhlenbruck/Hirte, aaO § 133 Rn. 12; Jaeger/Henckel, aaO § 31 Rn. 11). Nur der Leistungsempfänger, der diesen Vorsatz des Schuldners kennt, ist rückgewährpflichtig, wobei die Kenntnis der in § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO genannten Tatsachen eine Vermutung für die Bösgläubigkeit begründet.

Allerdings kommt es nicht darauf an, daß die Initiative zu dem die Gläubiger benachteiligenden Handeln vom Schuldner ausgeht. Der Gläubiger, der mit der von § 133 Abs. 1 InsO geforderten Kenntnis den Schuldner zu einer die Gläubigergesamtheit benachteiligenden Rechtshandlung veranlaßt, wird vom Schutzbereich der Vorschrift erfaßt. Daher sind auch Leistungen, die der Schuldner in Kenntnis der Gläubigerbenachteiligung zur Abwendung der ihm angekündigten Zwangsvollstreckung innerhalb oder außerhalb der ihm gesetzten Frist erbringt, nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar (BGHZ 155, 75). Dage-

gen ist es nicht möglich, den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners durch einen entsprechenden Vorsatz des Gläubigers zu ersetzen, weil eine darauf gestützte Anfechtung mit der Freiheit des vollstreckenden Gläubigers, die aus dem hier geltenden Prioritätsprinzip folgt, nicht vereinbar wäre. Diese Freiheit erlaubt es ihm grundsätzlich, seine Ansprüche zwangsweise durchzusetzen, obwohl er die dadurch eintretende Benachteiligung anderer Gläubiger kennt, soweit er die allgemeinen Regeln der §§ 823 ff BGB sowie die in bestimmten Rechtsgebieten - etwa dem Wettbewerbsrecht - geltenden Spezialregeln beachtet.

c) Da in Fällen der Aufrechnung nach der Sonderregelung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO nicht auf die Wirkung der Erklärung, sondern die Begründung der Aufrechnungslage abzustellen ist (vgl. BGH, Urt. v. 29. Juni 2004 - IX ZR 195/03, WM 2004, 1693, 1694 ff, z.V.b. BGHZ) und diese in der Regel auch auf einer Schuldnerhandlung beruht, gewinnt die Frage der Anfechtbarkeit einseitiger Gläubigerhandlungen nach § 133 Abs. 1 InsO nahezu ausschließlich für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen Bedeutung. Gerade dort führt die beschriebene Abgrenzung zu einer sachgerechten Interessenabwägung, die Wertungswidersprüche vermeidet.

aa) Der Gläubiger, der außerhalb des von §§ 130 bis 132 InsO erfaßten Zeitraums bei der Durchsetzung seiner Ansprüche die Interessen konkurrierender Gläubiger nicht zu beachten braucht, kann den Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO ohne eine Mitwirkung des Schuldners nicht erfüllen, weil das Anfechtungsrecht die Masse vor solchen Rechtshandlungen nicht schützen soll. Er nimmt daher bei früher als drei Monate vor Eingang des Insolvenzantrags durchgeführten Vollstreckungsmaßnahmen eigene Rechte wahr, die auch nach

Eröffnung eines Insolvenzverfahrens Bestand haben. Könnten solche Handlungen nach § 133 Abs. 1 InsO angefochten werden, so wäre jede Vollstrekkung, die im Laufe der letzten zehn Jahre vor dem Insolvenzantrag stattgefunden hat, mit dem Risiko der Anfechtung durch den Insolvenzverwalter behaftet. Dadurch würden vollstreckbare Titel rechtlich und wirtschaftlich nicht unerheblich entwertet. Die zwangsweise Durchsetzung von Rechten könnte in einer mit Sinn und Zweck der Zwangsvollstreckungsvorschriften schwer zu vereinbarenden Weise beeinträchtigt sein. Die Ausgrenzung einseitiger Gläubigerhandlungen aus dem Tatbestand des § 133 Abs. 1 InsO ist demzufolge geeignet, Zwangsvollstreckung und Gesamtvollstreckung in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander zu bringen. Sie führt zu zwei klar abgegrenzten zeitlichen Bereichen, von denen einer durch den Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz, der andere dagegen durch das Prioritätsprinzip geprägt ist.

bb) Der Einwand, es sei nicht einzusehen, daß der Gläubiger, der sich den Vermögensvorteil durch eigenen Zugriff verschaffe, anfechtungsrechtlich günstiger gestellt werde als derjenige, der einen ihm vom Schuldner zugewandten Vermögensvorteil entgegennehme (Kreft aaO S. 217 f; Marotzke aaO S. 453; de Bra LMK 2003, 451, 453), vermag diese Abgrenzung nicht in Frage zu stellen. Er berücksichtigt nicht hinreichend die vom Schutzzweck der §§ 130 bis 132 InsO grundlegend abweichende Zielrichtung des § 133 Abs. 1 InsO. Diese setzt ein verantwortungsgesteuertes Handeln gerade des Schuldners voraus. Nur wer darüber entscheiden kann, ob er die angeforderte Leistung erbringt oder verweigert, nimmt eine Rechtshandlung im Sinne des § 129 InsO vor. Diese Voraussetzungen sind zu bejahen, wenn der Schuldner zur Abwendung einer ihm angedrohten, demnächst zu erwartenden Vollstreckung leistet (vgl. BGHZ 155, 75, 83 f). In diesem Falle ist er noch in der Lage, über den

angeforderten Betrag nach eigenem Belieben zu verfügen. Er kann, statt ihn an den Gläubiger zu zahlen, ihn auch selbst verbrauchen, ihn Dritten zuwenden oder Insolvenzantrag stellen und den Gläubiger davon in Kenntnis setzen. Hat der Schuldner dagegen nur noch die Wahl, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch die bereits anwesende Vollziehungsperson zu dulden, ist jede Möglichkeit zu einem selbstbestimmten Handeln ausgeschaltet. Dann fehlt es an einer willensgeleiteten Rechtshandlung des Schuldners, wie sie § 133 Abs. 1 InsO voraussetzt.

d) Reine Gläubigerhandlungen der Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO zu unterwerfen, ist schließlich auch deshalb ausgeschlossen, weil dies im Ergebnis einer Erweiterung der Anfechtungsnorm des § 130 Abs. 1 InsO über den Dreimonatszeitraum hinaus gleichkäme.

Wer bei Vornahme der Rechtshandlung die Benachteiligung der anderen Gläubiger im allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigt, handelt mit Benachteiligungsvorsatz (BGHZ 124, 76, 81 f; 131, 189, 195; 155, 75, 84; BGH, Urt. v. 18. Februar 1993 - IX ZR 129/92, WM 1993, 738, 739). Kennt der Gläubiger die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, so weiß er auch, daß Leistungen aus dessen Vermögen die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereiteln oder zumindest erschweren und verzögern. Mithin kennt ein solcher Gläubiger zugleich die Gläubigerbenachteiligung (vgl. BGHZ 155, 75, 85 f; BGH, Urt. v. 17. Juli 2003, aaO S. 1902; HK-InsO/Kreft, § 133 Rn. 23; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rn. 24 ff). Jeder Gläubiger, der in Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners vollstreckt, hat folglich den Benachteiligungsvorsatz im Sinne von § 133 Abs. 1 InsO; denn der Senat bejaht in aller Regel beim Schuldner, der

seine Zahlungsunfähigkeit kennt, den von der Norm vorausgesetzten subjektiven Tatbestand (vgl. BGHZ 155, 75, 84; BGH, Urt. v. 17. Juli 2003, aaO; v. 13. Mai 2004 - IX ZR 190/03, WM 2004, 1587, 1588). Danach würde die Anfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO, wäre eine Rechtshandlung des Schuldners entbehrlich, schon dann durchgreifen, wenn der Gläubiger bei Durchführung der Zwangsvollstreckung Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners hat, also unter denselben Voraussetzungen, wie sie § 130 Abs. 1 InsO fordert. Dieser Tatbestand wäre damit im praktischen Ergebnis auf zehn Jahre ausgedehnt. Eine solche Auslegung des § 133 Abs. 1 InsO stände in unvereinbarem Widerspruch zu den eindeutig normierten Grenzen des Anwendungsbereichs von § 130 Abs. 1 InsO.

e) Aus den Entscheidungen des erkennenden Senats zur Anfechtung von Zwangsvollstreckungshandlungen des Gläubigers nach § 30 Nr. 2 KO (BGHZ 128, 196) und nach § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO (BGHZ 143, 332) ergibt sich nichts, was die Anwendung von § 133 Abs. 1 InsO ohne ein vorsätzliches Handeln des Schuldners rechtfertigen könnte. Beide Urteile betreffen Vorschriften, die die Anfechtung nach Eintritt der materiellen Insolvenz des Schuldners regeln, ihrem Schutzzweck nach also allein mit §§ 130, 131 InsO vergleichbar sind. Die Erwägungen, aus denen der Senat dort die Notwendigkeit einer Mitwirkung des Schuldners an der anfechtbaren Rechtshandlung verneint hat, lassen sich damit auf die Auslegung von § 133 Abs. 1 InsO nicht übertragen.

3. Eine für die Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO erforderliche Rechtshandlung oder ihr nach § 129 Abs. 2 InsO gleichstehende Unterlassung hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei verneint.

Die Schuldnerin hat an der Pfändungsmaßnahme nicht mitgewirkt. Der Kläger behauptet nicht, daß sie die Aufhebung der Zwangsvollstreckung durch einen Rechtsbehelf hätte erwirken können. Allerdings trägt er vor, der Geschäftsführer der Schuldnerin sei gemäß § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verpflichtet gewesen, spätestens Ende Februar 1999 die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, habe dies jedoch bewußt unterlassen, um die Finanzverwaltung milde zu stimmen. Es kann dahingestellt bleiben, ob dies den Tatsachen entspricht; denn selbst ein Unterlassen des Insolvenzantrags in der Absicht, den Beklagten zum Nachteil der übrigen Gläubiger zu begünstigen, stellt - entgegen der von Rendels (ZIP 2004, 1289, 1294 ff) vertretenen Ansicht - keine Rechtshandlung des Schuldners dar, auf die eine Insolvenzanfechtung gestützt werden könnte.

a) Als Unterlassung im Sinne von § 129 Abs. 2 InsO kommen bewußte und gewollte Willensbetätigungen nicht nur materiell-rechtlicher Art, sondern auch auf prozessualem Gebiet in Betracht. Daher können insbesondere das Nichteinlegen eines Rechtsmittels ebenso wie das Unterlassen prozessualer Angriffs- und Verteidigungsmittel oder Einreden als Unterlassung nach § 133 InsO angefochten werden (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 27; Jaeger/Henckel, aaO § 29 Rn. 19).

b) Die Anfechtungstatbestände setzen jedoch jeweils voraus, daß eine andere Person durch die Rechtshandlung eine Vermögenszuwendung erhalten hat. In den Fällen der §§ 130, 131 InsO muß es sich um eine dem Insolvenzgläubiger gewährte Sicherung oder Befriedigung handeln. Der Tatbestand des § 133 InsO erfaßt darüber hinaus auch Zuwendungen an andere Personen (MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 133 Rn. 6, 21; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl.

§ 31 Rn. 14). Bezogen auf die Unterlassung bedeutet dies: Sie muß ursächlich dafür geworden sein, daß der Empfänger die durch einseitige Rechtshandlung begründete Vermögensmehrung, die die Masse benachteiligt, behalten konnte. Ein Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung beruht folglich nur dann auf einem Unterlassen im anfechtungsrechtlichen Sinne, wenn der Gläubiger bei Vornahme der dem Schuldner möglichen und von ihm bewußt vermiedenen Rechtshandlung den zwangsweise erworbenen Gegenstand nicht erlangt hätte oder ihn vor Insolvenzeröffnung hätte zurückgewähren müssen. Ohne diese ursächliche Verbindung zwischen der Unterlassung und der Gläubigerbenachteiligung fehlt es an der von § 133 InsO geforderten Rechtshandlung des Schuldners (Bork ZIP 2004, 1684, 1685; vgl. auch Jaeger/Henckel, aaO § 29 Rn. 12).

c) Im Streitfall stand dem Schuldner keine rechtliche Möglichkeit zur Verfügung, das Pfandrecht des Beklagten vor Eröffnung des Verfahrens zu beseitigen. Der Insolvenzantrag konnte vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens in dieser Hinsicht nichts bewirken. Die Unterlassung von Handlungen, die nicht geeignet sind, dem Gläubiger das zwangsweise erwirkte Recht zu entziehen, ist nicht anfechtbar, weil sie keine Gläubigerbenachteiligung bewirkt.

Die Verzögerung des Insolvenzantrags hat sich anfechtungsrechtlich allein auf den Fristenlauf ausgewirkt, weil die in §§ 130 bis 136 InsO bestimmten Fristen am Tag des Eingangs bei Gericht ansetzen (§ 139 Abs. 1 InsO). Diese Rechtsfolge trifft indes alle Gläubiger in gleicher Weise, woraus deutlich wird, daß die vom Kläger der Schuldnerin zur Last gelegte Unterlassung nicht in dem anfechtungsrechtlich gebotenen Zusammenhang mit der Vermögensverschiebung steht, deren Rückgewähr der Kläger erstrebt.

d) Eine den Schutz der Masse beeinträchtigende Rechtsschutzlücke entsteht dadurch selbst dort nicht, wo der Schuldner in bewußtem Zusammenwirken mit dem Gläubiger den Eröffnungsantrag hinausschiebt, um eine Anfechtung des im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Erwerbs nach § 131 InsO auszuschließen. Soweit die Pflicht zur unverzüglichen Antragstellung besteht, ist deren Verletzung strafbewehrt (§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, § 401 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AktG, § 148 Abs. 1 Nr. 2 GenG). Der Gläubiger, der das Vertretungsorgan der Schuldnerin mit entsprechendem Vorsatz veranlaßt, den Insolvenzantrag hinauszuzögern, haftet als Teilnehmer an einer Straftat (vgl. Scholz/Tiedemann, GmbHG 9. Aufl. § 84 Rn. 22 m.w.N.) gegenüber der Masse als Gesamtschuldner (§ 823 Abs. 2, § 830 BGB). Trifft den Schuldner keine Verpflichtung, einen Insolvenzantrag zu stellen, ist der Schutz der Masse durch § 826 BGB ausreichend gewährleistet. Arbeitet der Schuldner planmäßig mit einem Dritten zusammen, um sein wesentliches pfändbares Vermögen dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen und es sich selbst zu erhalten oder dem Dritten zuzuwenden, liegt regelmäßig eine sittenwidrige Schädigung vor (vgl. BGHZ 130, 314, 331 m.w.N.).

Der Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Tatbeständen aus unerlaubter Handlung greift hier nicht, weil das Verzögern des Insolvenzantrags keine von §§ 129 ff InsO erfaßte Rechtshandlung darstellt.

III.

Da das Pfandrecht des Beklagten nicht anfechtbar ist, scheitert auch die Anfechtung der Überweisung vom 4. Februar 1999.

1. Hat der Gläubiger ein anfechtungsfestes Pfandrecht erworben, so braucht er davon gedeckte Zahlungen nicht zurückzugewähren, weil sie die Gläubiger nicht benachteiligen (BGHZ 157, 350, 355; BGH, Urt. v. 21. März 2000 - IX ZR 138/99, ZIP 2000, 898).

2. Dies sieht im Ansatz auch die Revision. Sie meint jedoch, die Überweisung sei deshalb anfechtungsrechtlich anders zu beurteilen, weil sie erst aufgrund einer Absprache, wonach die Vollziehung der Pfändungs- und Überweisungsverfügung gegen Zahlung von 100.000 DM ausgesetzt wurde, von der Schuldnerin vorgenommen worden sei.

Dem ist jedoch nicht zu folgen. Die Aussetzung der Vollziehung hat auf den Bestand des Pfandrechts keinen Einfluß. Die Zahlung war daher durch dieses Pfandrecht gedeckt; sie ist auf dieses Pfandrecht aus der vom Beklagten gepfändeten Forderung geleistet worden. Für eine vom Bestehen des Pfandrechts unabhängige Zahlung fehlt nach den tatrichterlichen Feststellungen und dem Parteivortrag in den Vorinstanzen jeder Anhaltspunkt.

IV.

Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden; denn der Kläger hat keine Tatsachen vorgetragen, die geeignet sein können, eine Strafbarkeit der für den Beklagten tätig gewordenen Finanzbeamten nach § 84 Abs. 1

Nr. 2 GmbHG i.V.m. §§ 26, 27 StGB oder eine Haftung des Beklagten nach § 826 BGB zu begründen. Die Revision rügt in dieser Hinsicht auch nichts.

Fischer Raebel Kayser

Cierniak Lohmann