

Nachschlagewerk: nein

Amtliche Sammlung: nein

KO §§ 29, 30

1. Zum Begriff "Zahlungseinstellung"
2. Der Umstand, daß sich der spätere Gemeinschuldner die Mittel zur Bewirkung von Zahlungen an seine Gläubiger auf unredliche Weise verschafft hat, ist für die Entscheidung der Frage, ob eine Zahlungseinstellung vorliegt, ohne Bedeutung.
3. Eine Begünstigungsabsicht auf seiten des späteren Gemeinschuldners scheidet nicht notwendig deshalb aus, weil der Gläubiger durch eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme Sicherung oder Befriedigung erhalten hat.

BGH, Urt. v. 30. April 1959 - VIII ZR 179/58 - OLG Oldenburg

Verkündet am 30. April 1959
Hoffmeister, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dieke J. F r i e l i n g in Aurich,
Leerer Landstr.3, als Verwalter im Konkurse über das Ver-
mögen des Aktionators Hinrich Buss,

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof.Dr. Conrad -

gegen

die Eheleute Reemt R e m m e r s und Frau Harmke geb. Ocken
in Marienhafen/Ostfriesland, Kr.Norden,

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Wintzer -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 30. April 1959 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr.Gelhaar, Artl, Dr.Dorschel, Dr.Mezger und
Dr.Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Oldenburg vom 18. Februar
1958 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Am 21. Oktober 1954 wurde auf den am 19. Oktober 1954 gestellten Antrag der Volksbank in Aurich über das Vermögen des früheren Auktionators und Grundstücksmaklers Hinrich Buss (nachstehend als Gemeinschuldner bezeichnet) das Konkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt.

Der Gemeinschuldner hatte in den letzten Jahren vor der Konkurseröffnung in einer Reihe von Fällen die ihm von seinen Auftraggebern anvertrauten Gelder und Vermögenswerte veruntreut, indem er sie pflichtwidrig in seinem eigenen Interesse verwendete. Er ist deshalb durch Urteil der großen Strafkammer des Landgerichts in Aurich vom 3. Juli 1957 zu einer Zuchthausstrafe verurteilt worden. Auch die Beklagten waren von dem Gemeinschuldner geschädigt worden. Sie hatten am 3. August 1954 durch Vermittlung des Gemeinschuldners von dem Landwirt Schönemann in Jever das Hotel "Deutsches Haus" in Wittmund für 80 000 DM gekauft und dem Gemeinschuldner zur Finanzierung der vereinbarten Anzahlung von 15 000 DM zwei Wechsel über je 3500 DM übergeben und für ihn eine Grundschuld über 7000 DM auf ihrem Grundstück in Marienhäfe eintragen lassen. Der Gemeinschuldner verwendete diese Werte jedoch entgegen den Abmachungen mit den Beklagten für sich, indem er die Grundschuld an einen seiner Gläubiger, den Landwirt Martin Janssen in Längefeld, abtrat und die Wechsel zur Abdeckung eigener Verbindlichkeiten bei der Raiffeisenbank in Jever diskontierte. Die Beklagten erwirkten am 11. Oktober 1954 bei dem Amtsgericht in Norden gegen den Gemeinschuldner einen Arrestbefehl wegen einer Forderung von 7000 DM und eines Kostenpauschbetrages von 600 DM, nachdem sie glaubhaft gemacht hatten, daß der Gemeinschuldner sie betrogen habe und im Begriff sei, sein Grundstück in Norderney an seine Ehefrau zu veräußern. Auf Grund dieses Arrestes, der dem Gemeinschuldner am 13. Oktober 1954 zugestellt wurde, wurde

auf Antrag der Beklagten bereits am 12. Oktober 1954 eine Sicherungshypothek im Höchstbetrage von 8000 DM auf dem Grundstück des Gemeinschuldners eingetragen. Gegen den Arrestbefehl hat der Gemeinschuldner keinen Widerspruch eingelegt.

Der Kläger hat die im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkte Eintragung der Sicherungshypothek gemäß §§ 30 Nr. 2, 31 KO angefochten und mit der Klage die Verurteilung der Beklagten begehrt, in die Löschung der Sicherungshypothek einzuwilligen.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage abgewiesen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist ersichtlich und ohne Rechtsirrtum davon ausgegangen, daß sich die von den Beklagten im Wege der Zwangsvollstreckung wegen einer auf Zahlung eines Geldbetrages gerichteten Schadensersatzforderung erwirkte Sicherungshypothek als eine inkongruente Deckung darstellt. Da die Vollstreckungsmaßnahme in die letzten zehn Tage vor Konkurseröffnung fällt, wäre die Konkursanfechtung daher begründet gewesen, wenn die Beklagte hinsichtlich der sie entlastenden Umstände im Sinne des § 30 Nr. 2 KO beweisfällig geblieben wären. Das Berufungsgericht hat jedoch angenommen, daß sie den Nachweis geführt haben, es sei ihnen weder eine Zahlungseinstellung noch eine Absicht des Gemeinschuldners, sie vor den anderen Gläubigern zu begünstigen, bekannt gewesen.

1. Da nach den Feststellungen des Berufungsgerichts im Zeitpunkt der Eintragung der Sicherungshypothek eine

Zahlungseinstellung noch nicht vorgelegen hatte, diese vielmehr erst mit der Eröffnung des Konkursverfahrens eingetreten ist, hat das Berufungsgericht zutreffend dar-
gelegt, daß sich die Frage nach der Kenntnis der Beklag-
ten von einer Zahlungseinstellung überhaupt nicht stelle.
Den Beweis, daß der Gemeinschuldner erst in einem späte-
ren Zeitpunkte seine Zahlungen eingestellt habe, hält es
aus folgenden Gründen für erbracht:

Von den bei den Gerichtsvollziehern in Aurich und
Jever eingegangenen Vollstreckungsaufträgen seien am
12. Oktober 1954 bis auf zwei Pfändungen alle durch Be-
friedigung der Gläubiger erledigt gewesen. Der den nicht
erledigten Pfändungen zugrundeliegende Schuldbetrag im
Gesamtwerte von 7000 DM stelle sich aber im Verhältnis
zu den Geldumsätzen des Gemeinschuldners in den Jahren
1953 und 1954 in Höhe von rund einer Million DM als so
geringfügig dar, daß das Unterbleiben einer Zahlung in
diesen beiden Fällen nicht als eine Zahlungseinstellung
i.S. des § 30 KO angesehen werden könne. Ebensowenig komme
dem Umstande Bedeutung zu, daß der Gemeinschuldner in den
Jahren 1953, 1954 in nicht unerheblichem Ausmaße unge-
deckte Schecks ausgegeben habe, wenn sich auch der Ge-
samtbetrag der nicht eingelösten Schecks im Jahre 1953
bei der Volksbank in Aurich auf fast 60 000 DM, bei der
Raiffeisenkasse in Jever auf über 8000 DM und im Jahre
1954 bei der erstgenannten Bank in Aurich auf nahezu
40 000 DM und bei der Raiffeisenbank in Jever auf fast
60 000 DM belaufen habe. Die Hingabe dieser Schecks finde,
so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, eine aus-
reichende Erklärung darin, daß der Gemeinschuldner wegen
der Unzulänglichkeit seiner Buchführung den Überblick
über den Stand seiner einzelnen Konten verloren habe.
Jedenfalls hätten weder die Empfänger der Schecks noch
die Banken an diesem Verhalten des Gemeinschuldners An-
stoß genommen, zumal es sich in den weitaus meisten Fäl-
len um Querbewegungen zwischen den einzelnen Banken gehan-
delt habe. Auch im Übrigen habe die Beweisaufnahme keine

Anhaltspunkte dafür ergeben, daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen bereits vor dem 12. Oktober 1954 eingestellt gehabt habe. Es sei zwar sicher, daß er bereits seit Anfang 1953 praktisch zahlungsunfähig gewesen sei und daß er schon damals seine Zahlungen hätte einstellen müssen, wenn er eine Gefährdung der ihm von seinen Auftraggebern anvertrauten Vermögenswerte hätte vermeiden wollen. Das aber habe der Gemeinschuldner gerade nicht getan, sondern er habe sich unbedenklich an den fremden Geldern vergriffen, um seine jeweils drängendsten Gläubiger zu befriedigen und um den Anschein der Zahlungsfähigkeit bis zum Zusammenbruch noch aufrechtzuerhalten. Die Konkurs-eröffnung sei für ihn genau so überraschend gekommen wie für seine Hauptgläubiger und für die Öffentlichkeit, und es sei daher festzustellen, daß erst der am 19. Oktober 1954 von der Volksbank in Jever gestellte Konkursantrag zur Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners geführt habe.

2. Die Erwägungen des Berufungsgerichts lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen. Insbesondere geht die Rüge der Revision fehl, daß das Berufungsgericht den Begriff der Zahlungseinstellung verkannt habe.

Eine Zahlungseinstellung liegt dann vor, wenn sich aus dem Verhalten des Schuldners das andauernde Unvermögen ergibt, einen nach der Verkehrsauffassung wesentlichen Teil seiner Schulden zu bezahlen. Voraussetzung ist dabei aber nicht nur, daß diese Verbindlichkeiten fällig sind, sie müssen auch von den Gläubigern ernsthaft eingefordert werden (Jaeger KO 8. Aufl. § 30 Anm. 6). Diese Zahlungsunfähigkeit muß ferner nach außen hin in Erscheinung treten, zumindest den beteiligten Geschäftskreisen offenkundig werden (RGZ 132, 281, 283; RG WarnRspr 1917 Nr. 96; Jaeger aaO Anm. 3). Das Unvermögen muß deutlich hervortreten. Daher gehört es zur Feststellung einer

Zahlungseinstellung nicht, daß der Schuldner die Zahlungen verweigert, weil er die Forderungen für unbegründet hält. Es ist nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht, dessen Beurteilung, weil die Feststellung der Voraussetzungen der Zahlungseinstellung im Einzelfalle im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiete liegt (RG WarnRspr 1933 Nr.30), der erkennende Senat nur auf ihre Rechtsnichtigkeit nachprüfen kann, gegen die angeführten Grundsätze verstoßen hätte.

Das Berufungsgericht hat bei seinen Erwägungen nicht außer acht gelassen, daß in der letzten Zeit vor Konkursöffnung, und zwar noch vor dem 12. Oktober 1954 eine Reihe von Vollstreckungsaufträgen bei den zuständigen Gerichtsvollziehern vorgelegen haben. Wenn es in dieser Tatsache nicht schon ein andauerndes Unvermögen des Schuldners, die fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen, erblickt hat, so liegt darin noch kein Rechtsfehler. Denn es handelt sich nur dann um eine dauernde Zahlungsunfähigkeit, die von der Zahlungsstockung zu unterscheiden ist, wenn das Unterbleiben der Zahlung die Regel und nicht nur eine Ausnahme bildet. Bei dieser Frage ist, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, das Verhältnis der bezahlten zu den unbezahlten Schulden von Bedeutung (Jaeger aaO Anm.7). Wie hoch die Beträge waren, die den fünf vor dem 12. Oktober 1954 zurückgenommenen Vollstreckungsaufträgen zugrundelagen, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Das war auch nicht erforderlich, denn in diesen Fällen sind die Gläubiger befriedigt worden, der spätere Gemeinschuldner hat aber noch Zahlungen geleistet, so daß es keinen Bedenken unterliegt, wenn das Berufungsgericht aus diesen Zwangsvollstreckungsmaßnahmen keine Schlüsse auf eine Zahlungseinstellung gezogen hat. Ebensowenig enthält die Erwägung des Berufungsgerichts einen Rechtsfehler, daß der Betrag von 7000 DM, der den beiden aufrechterhaltenen Pfändungen des Gläubigers Janssen zugrunde lag, in kei-

nem Verhältnis zu den hohen Geldumsätzen des Gemeinschuldners von rund einer Million DM in den beiden Jahren 1953 und 1954 gestanden und daß daher die Vollstreckung wegen dieses Betrages für sich allein noch keine Zahlungseinstellung bedeutet habe.

Bei seiner Erwägung, auch die Tatsache, daß der Gemeinschuldner in den Jahren 1953 und 1954 in so erheblichem Umfange ungedeckte Schecks herausgegeben habe, sei nicht als Zahlungseinstellung zu werten, hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum Gewicht darauf gelegt, daß es sich im wesentlichen um Querbewegungen zwischen den einzelnen Banken gehandelt habe und daß die Empfänger der Schecks an der Handlungsweise des Gemeinschuldners keinen Anstoß genommen hätten. Ebensowenig ist es zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht dem Umstand Bedeutung beigemessen hat, daß der Gemeinschuldner im Jahre 1953 Schecks von weit über 300 000 DM und noch im Jahre 1954 solche von etwas über 225 000 DM von einem seiner Konten auf ein anderes Konto gezogen habe, und ihm weiter zugute gehalten hat, daß er mit sechs Banken gearbeitet habe. Es läßt auch keinen Rechtsfehler erkennen, wenn das Berufungsgericht im Hinblick hierauf und mit Rücksicht auf die Unzulänglichkeit seiner Buchführung dem Gemeinschuldner geglaubt hat, daß er den Überblick verloren gehabt habe. Da die Nichteinlösung der Schecks nach diesen Feststellungen somit auf anderen Ursachen als auf einer anhaltenden Zahlungsunfähigkeit beruhte, ist die Würdigung des Berufungsgerichts aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, selbst wenn man diese Vorgänge im Zusammenhang mit den bereits erörterten Vollstreckungsaufträgen betrachtet.

Nicht in Erwägung gezogen hat das Berufungsgericht allerdings den Umstand, daß auch die Beklagten selbst mit der angefochtenen Vollstreckungsmaßnahme im Zwangs-

wege gegen den Gemeinschuldner vorgegangen sind. Aber auch die Einbeziehung dieses Umstandes in die Gesamtbetrachtung kann die rechtliche Beurteilung nicht beeinflussen. Die Schadensersatzansprüche, wegen derer die Beklagten vollstreckt haben, gründen sich im wesentlichen darauf, daß der Gemeinschuldner die ihm anvertraute Grundschild an den Gläubiger Janssen abgetreten hat. Insoweit ist aber diesem Gläubiger eine Sicherung gewährt worden, das vom Berufungsgericht festgestellte Bild der Verhältnismäßigkeit von Geldumsätzen und nicht gezahlten Schulden wird daher nicht verschoben. Im übrigen handelte es sich um einen Schadensersatzanspruch, den der Gemeinschuldner bis zum 12. Oktober 1954 überhaupt nicht anerkannt hatte, denn noch in seinem Schreiben vom 9. Oktober 1954 hatte er sich gegenüber dem Bevollmächtigten der Beklagten, dem Rechtsanwalt Stilkenboom, darauf berufen, daß die Beklagten mit seinen vermögensrechtlichen Maßnahmen einverstanden gewesen seien. Sollte daher hinter der Zahlungsverweigerung des Gemeinschuldners bereits eine endgültige Zahlungsunfähigkeit verborgen gewesen sein, würde es an der Offenkundigkeit derselben gefehlt haben.

Auch der Umstand, daß der Gemeinschuldner mindestens seit Anfang 1953 in erheblichem Umfange überschuldet war und sich seiner Gläubiger nur dadurch erwehren konnte, daß er bedenkenlos die ihm anvertrauten Gelder zur Zahlung der jeweils dringend eingeforderten Schulden verwandte, kann nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Für den Ausschluß der Annahme einer Zahlungseinstellung ist es belanglos, ob sich der noch regelrecht fortzahlende Schuldner die Zahlungsmittel auf redliche oder unredliche Weise verschafft (RG JW 1911,490; 1905,157; 1901,653; Jaeger aaO Anm.8). Entscheidend ist, daß der Gemeinschuldner durch seine Handlungsweise es gerade verhindert hat, daß nach aussen hin erkennbar seine Zahlungsunfähigkeit hervorgetreten wäre. Daß er auf eine schuldhaft rechtswidrige Art und Weise die Öffentlichkeit über seine Vermögens-

verhältnisse getäuscht hat, vermag nicht das Fehlen der Voraussetzungen für eine tatsächliche Einstellung der Zahlungen zu ersetzen. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist es aber dem Gemeinschuldner gelungen, der Gesamtheit der Gläubiger und der Öffentlichkeit bis zur Eröffnung des Konkurses das Bild eines liquiden Geschäftsmannes zu bieten, der seinen Verpflichtungen von unbedeutenden Ausnahmen abgesehen nachkam.

3. Auch soweit den Beklagten gemäß § 30 Abs. 2 KO der Nachweis obliegt, daß sie keine Kenntnis von einer etwa vorhandenen Absicht des Gemeinschuldners gehabt hätten, sie zu begünstigen, hat das Berufungsgericht darauf abgestellt, daß es in tatsächlicher Hinsicht schon an einer solchen Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners gefehlt habe, so daß eine Kenntnis der Beklagten hiervon nicht habe infrage kommen können. Die Erwirkung des Arrestes sei, so hat das Berufungsgericht ausgeführt, wie sich aus den Arrestakten, dem vorausgegangenen Schriftwechsel und den Zeugenbekundungen ergebe, gegen den Willen des Gemeinschuldners erfolgt. Die Tatsache der Unterlassung eines Widerspruchs gegen den Arrestbefehl sei schon deshalb bedeutungslos, weil der Widerspruch an dem bereits am 12. Oktober 1954, also vor Zustellung des Arrestbefehls erfolgten Eintragung der Sicherungshypothek nichts mehr hätte ändern können, ganz abgesehen davon, daß der Gemeinschuldner die zur Glaubhaftmachung des Arrestgrundes vorgetragenen Tatsachen nicht hätte widerlegen können.

4. a) Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten einer Nachprüfung stand. Insbesondere ist die von der Revision erhobene Rüge, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt, angesichts der Ausführungen im Berufungsurteil nicht gerechtfertigt.

11

b) Vergebens bekämpft die Revision auch die Feststellung des Berufungsgerichts, es habe eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners nicht vorgelegen. Unter Begünstigungsabsicht ist der Wille des Schuldners zu verstehen, einen einzelnen Gläubiger durch eine ihm gewährte Befriedigung oder Sicherung vor anderen Gläubigern zu bevorzugen (Jaeger aaO Anm.62). Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß eine Begünstigungsabsicht nicht ohne weiteres dann ausgeschlossen ist, wenn der Anfechtungsgegner eine Deckung durch eine Vollstreckungshandlung erlangt hat (RG WarnRspr 1933 Nr.30), und daß auch die Unkenntnis einer etwa auf seiten des Schuldners vorhandenen Begünstigungsabsicht nicht schlechthin durch den Hinweis auf diesen Umstand dargetan und erwiesen wird (Jaeger aaO Anm.63). Indes läßt die Erwägung des Berufungsgerichts, daß sich die Frage nach der Kenntnis der Beklagten von einer Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners überhaupt nicht stelle, nachdem die Beklagten den Nachweis erbracht hätten, daß eine solche Absicht nicht vorgelegen habe, keinen Rechtsirrtum erkennen.

Bei den klaren Ausführungen im Berufungsurteil ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, daß es im Rahmen des § 30 Abs.2 KO nicht auf eine Benachteiligungsabsicht im Sinne des § 31 KO ankomme, nicht recht verständlich. Auch soweit die Revision darzulegen versucht, eine Begünstigungsabsicht liege deshalb vor, weil der Gemeinschuldner zur Zeit der Vollstreckungshandlung bereits das Bewußtsein gehabt habe, er stehe vor dem Zusammenbruch und verfüge nicht mehr über die nötigen Mittel, um alle Gläubiger zu befriedigen, kann sie keinen Erfolg haben, denn sie läßt außer acht, daß das Berufungsgericht darauf abgestellt hat, ein Widerspruch des Gemeinschuldners gegen den Arrestbefehl sei von vornherein aussichtslos gewesen, weil er weder die Arrestforderung noch die zur Glaubhaftmachung

des Arrestgrundes vorgebrachten Tatsachen habe be-
streiten können, und daß im übrigen der Arrestbefehl
gegen den Willen des Gemeinschuldners erwirkt worden
sei. Diese Feststellungen hat die Revision nicht an-
gegriffen. Sie macht lediglich geltend, der Umstand,
daß ein Widerspruch letzten Endes aussichtslos ge-
wesen sein möge, sei für die Beurteilung unerheblich.
Ohne Rechtsirrtum hat indes das Berufungsgericht die
gegenteilige Auffassung vertreten und seine Entschei-
dung auf die erwähnten Feststellungen gegründet. Ist
nämlich der Widerspruch völlig aussichtslos gewesen,
so steht fest, daß das passive Verhalten des Gemein-
schuldners schon objektiv nicht als eine Begünstigung
der Beklagten gewertet werden kann. Damit stellt sich
die Frage nach einer Absicht des Gemeinschuldners,
die Beklagten zu begünstigen, überhaupt nicht. Alle
Ausführungen der Revision, die dahin zielen, das Be-
rufungsgericht habe in subjektiver Hinsicht nicht
alle Zweifel an einer für die Beklagten günstigen
Einstellung des Gemeinschuldners ausgeräumt, können
ihr daher nicht zum Erfolge verhelfen.

c) Unerheblich ist aus diesen Gründen der Hin-
weis der Revision, die Beklagten hätten in einem
auffallenden Vertrauensverhältnis zu dem Gemein-
schuldner gestanden, hätten aber andererseits dem
Gemeinschuldner auch mit einer Strafanzeige gedroht,
und der Gemeinschuldner habe bemüht sein müssen, al-
le Fälle aus der Welt zu schaffen, wegen derer er
strafergerichtliche Verfolgung habe befürchten müssen.

d) Keinen Erfolg haben kann auch die weitere
Rüge, die Begünstigungsabsicht ergebe sich besonders
deutlich aus dem Umstande, daß der Gemeinschuldner

durch Schreiben vom 19. Oktober 1954 die Rechtsanwälte Dres. Weisser aufgefordert habe, den Bevollmächtigten der Beklagten, Rechtsanwalt Stilkenboom von der Rückgabe der beiden Wechsel und seiner Zahlung von 7000 DM in Kenntnis zu setzen und die Beklagten zur Rücknahme des Arrestes zu veranlassen. Es ist schlechterdings unerfindlich, weshalb dieser Umstand zu dem von der Revision gewünschten Schluß Anlaß geben soll. Die Ausführungen der Revision, der Gemeinschuldner hätte, falls nicht gerade in diesem Zeitpunkt der Antrag der Volksbank in Aurich auf Eröffnung des Konkursverfahrens gekommen wäre, durch die im Schreiben angekündigten Maßnahmen auf alle Fälle eine Begünstigung der Beklagten erreicht, sind für die Frage der Anfechtbarkeit der bereits am 12. Oktober 1954 erfolgten Vollstreckungsmaßnahme ebenfalls völlig unerheblich.

e) Auch die Angriffe der Revision, die sie gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts richtet, mit denen dieses aus der Kürze der zwischen Hypothekeneintragung und Konkurseröffnung liegenden Zeitspanne von nur 9 Tagen die Aussichtslosigkeit des Widerspruchs und damit das Fehlen einer Begünstigungsabsicht hergeleitet hat, müssen erfolglos bleiben. Die Revision hat in diesem Zusammenhang vorgetragen, es könne dahingestellt bleiben, ob der Widerspruch zunächst nichts an der Eintragung der Hypothek hätte ändern können; entscheidend sei, daß der Gemeinschuldner den Antrag der Volksbank auf Eröffnung des Konkursverfahrens nicht habe voraussehen können. An diesem Gedankengang hat die Revision übersehen, daß es, wie schon unter b erörtert ist, auf die subjektive Einstellung des Gemeinschuldners nicht mehr ankommt, nachdem die Aussichtslosigkeit eines Widerspruchs festgestellt ist.

f) Aus denselben Gründen ist schließlich auch das Vorbringen der Revision unerheblich, auf eine Begünstigungsabsicht müsse schon aus dem Umstande geschlossen werden, daß der Gemeinschuldner durch die Unterlassung eines Widerspruchs praktisch darauf verzichtet habe, das Haus in Norderney für den Fall eines Konkurses für seine Familie in lastenfreiem Zustande zu erhalten.

II.

Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht weiterhin die Voraussetzungen für eine Konkursanfechtung gemäß § 31 Nr.1 KO verneint. Es ist zutreffend davon ausgegangen, daß auch Vollstreckungsmaßnahmen bei einverständlichem Zusammenwirken von Schuldner und Gläubiger der Anfechtung nach der angeführten Bestimmung unterliegen können (Jaeger aaO § 31 Anm.1). Ein solches einverständliches Handeln der Beklagten und des Gemeinschuldners hat das Berufungsgericht, wie bereits unter I ausgeführt, indes verneint. Zu Unrecht vermißt die Revision eine Erörterung darüber, daß dem Gemeinschuldner die Absicht gefehlt habe, seine Gläubiger zu benachteiligen. Sie rügt, das Berufungsgericht habe sich nicht mit dem Hinweis begnügen dürfen, daß eine Begünstigungsabsicht im Sinne des § 30 Nr.2 KO nicht vorliege. Auch hier berücksichtigt die Revision nicht, daß nach den unter I 4 a erörterten Zusammenhängen das Unterlassen des Widerspruchs nicht nur für die Frage einer etwaigen Begünstigung der Beklagten, sondern ebenso für die Frage einer Benachteiligung der übrigen Gläubiger ohne Bedeutung war. Es ist daher kein Rechtsfehler, wenn das Berufungsgericht im Rahmen der Prüfung einer Anfechtbarkeit der Hypothekeneintragung nach § 31 Nr.1 KO von weiteren Feststellungen und Erörterungen abgesehen hat.

III.

Nach alledem konnte die Revision keinen Erfolg haben. Sie war daher mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Gelhaar Artl Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner