

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 21/73

URTEIL

Verkündet am

27. November 1974

S c h e i b l ,
Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Adolf K [REDACTED] in K [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED]/[REDACTED], als Konkursverwalter über das Vermö-
gen des Kaufmanns Walter F [REDACTED] in K [REDACTED]-U [REDACTED],
W [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma L [REDACTED] N.V. in H [REDACTED] (Nieder-
lande), V [REDACTED]weg [REDACTED], gesetzlich vertreten durch den
Direktor Hendricus Jurjen Georgius L [REDACTED], ebenda,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. November 1974 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Haidinger und die Richter Claßen, Dr. Hiddemann, Wolf und Merz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 23. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 1972 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Verwalter im Konkurs über das Vermögen des Kaufmanns Walter F. (Gemeinschuldner), der in Krefeld die Firma E. betrieb. Die Beklagte war über einen längeren Zeitraum hin Subunternehmerin des Gemeinschuldners bei der Herstellung von Industriehallen. Sie hatte im Juni 1970 gegen den Gemeinschuldner Forderungen in Höhe von über 200 000 DM.

Am 19. Juni 1970 wurden von der D. Bank, bei der der Gemeinschuldner ein Geschäftskonto unterhielt, fünf von der Beklagten eingereichte Schecks des Gemeinschuldners über insgesamt 27 749 DM eingelöst. Einen weiteren Verrechnungsscheck über 10 000 DM hatte die Beklagte wiederum zur Einlösung gegeben, als ihr bei einer Besprechung am 29. Juni 1970 der Gemeinschuldner erklär-

- 3 -

te, er könne seine Schulden bei ihr nicht sofort in voller Höhe bezahlen. Bei dieser Besprechung erhielt die Beklagte vom Gemeinschuldner erneut später einzureichende sechs Schecks über insgesamt 72 872,93 DM. Außerdem wurde ihr ein Teilbetrag aus einer noch nicht fälligen Forderung des Gemeinschuldners gegen die Firma M & P AG, K, in Höhe von 127 802,86 DM abgetreten allerdings entgegen einer Vereinbarung zwischen dem Gemeinschuldner und diesem Unternehmen, daß die Abtretung dieser Forderung ausgeschlossen sein sollte. Als die Beklagte nach der Besprechung erfuhr, daß der von ihr eingereichte Verrechnungsscheck über 10 000 DM von der Bank nicht eingelöst worden war, ließ sie sich vom Gemeinschuldner am 3. Juli 1970 hierfür einen Ersatzscheck geben. Am 13. Juli 1970 erklärte ein Vertreter der D Bank der Beklagten, daß die sechs Schecks des Gemeinschuldners vom 29. Juni 1970 wiederum nicht eingelöst würden. Auch der Ersatzscheck über 10 000 DM wurde am 14. Juli 1970 von der Bank zurückgegeben. Außer diesen von der Beklagten eingereichten Schecks wurde am 22. Juni und am 22. Juli 1970 noch jeweils ein von dritter Seite eingereichter Scheck von der Bank zurückgegeben, während andere Schecks des Gemeinschuldners eingelöst wurden.

Die Beklagte erwirkte am 14. Juli 1970 einen dinglichen Arrest in Höhe von 210 675,79 DM gegen den Gemeinschuldner und pfändete dessen Forderungen gegen vier Unternehmen aus ausgeführten Bauarbeiten, darunter auch die ihr teilweise abgetretene Forderung gegen die Firma M & P AG. Auf Grund des Arrestes wurde für die Beklagte ferner auf einem Grundstück des Gemeinschuldners eine Sicherungshypothek am 16. Juli 1970 eingetragen.



Nachdem der Gemeinschuldner Widerspruch gegen den Arrest erhoben hatte, kam es am 22. Juli 1970 zwischen den Beteiligten zu einem Vergleich, bei dem die Forderung der Beklagten mit 207 313,41 DM festgestellt wurde und in dessen Vollzug der Gemeinschuldner der Beklagten einen weiteren Teilbetrag seiner Forderung gegen die Firma M[REDACTED] & P[REDACTED] AG in Höhe von 79 510,55 DM abtrat. Entsprechend seiner im Vergleich übernommenen Verpflichtung beschaffte der Gemeinschuldner die Genehmigung der Firma M[REDACTED] & P[REDACTED] AG zu den beiden Abtretungen am 24. Juli 1970. Die Beklagte ihrerseits teilte daraufhin am 28. Juli 1970 den Drittschuldnerinnen mit, daß sie auf die Arrestpfändungen verzichte.

Die Beklagte erhielt nach Übernahme der Garantieverpflichtungen für die vom Gemeinschuldner erstellten Bauwerke im August und September 1970 von der Firma M[REDACTED] & P[REDACTED] AG 207 313,41 DM ausbezahlt.

Nachdem der Gemeinschuldner am 17. August 1970 seinen Gläubigern ergebnislos ein Moratorium vorge schlagen hatte, beantragte er am 3. September 1970 die Eröffnung des Vergleichsverfahrens über sein Vermögen. Am 9. November 1970 wurde der Anschlußkonkurs eröffnet.

Der Kläger hat die Abtretungen der Forderung gegen die Firma M[REDACTED] & P[REDACTED] AG sowie den Erwerb der Sicherungshypothek durch die Beklagte nach § 30 Nr. 2 KO angefochten, weil der Gemeinschuldner bereits am 15. Juni 1970 seine Zahlungen eingestellt gehabt habe, was mindestens seit dem 13. Juli 1970 offenbar geworden sei.

Er hat beantragt, die Beklagte zur Rückzahlung der auf Grund der Abtretungen eingezogenen 207 313,41 DM nebst 4 % Prozeßzinsen seit dem 8. November 1971 und zur Einwilligung in die Löschung der Sicherungshypothek zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Das Berufungsgericht hat unter teilweiser Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Zahlungsklage abgewiesen.

Mit der Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts.

Die Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers hat keinen Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß die Forderungsabtretungen des Gemeinschuldners erst am 24. Juli 1970 mit der Genehmigung durch die Firma M. & P. AG vollendet worden seien und daß durch sie die Beklagte eine ihr nicht in dieser Form zustehende Befriedigung für ihre Forderung erhalten habe.

Diese Feststellung ist im Einklang mit der Rechtsprechung des erkennenden Senats getroffen (vgl. Senatsurteil vom 30. Juni 1959 - VIII ZR 11/59 = BGHZ 30, 238, 239 f). Sie wird von der Revision nicht angegrif-

fen. Die Revision geht mit dem Berufungsgericht auch davon aus, daß die Forderungsabtretungen keine Benachteiligung der Konkursgläubiger herbeiführen konnten infolge der nach der Feststellung des Berufungsgerichts (S. 14 BU) bereits am 16. Juli 1970 vollzogenen Pfändung der abgetretenen Forderung (vgl. dazu Senatsurteil vom 3. März 1960 - VIII ZR 86/59 = LM § 30 KO Nr. 8).

II. Da auch im Wege des Arrestes erlangte Sicherungsmittel inkongruent im Sinne von § 30 KO sein können (RGZ 78, 331, 334), ist es erheblich, ob zur Zeit der Wirksamkeit der Pfändung am 16. Juli 1970 die Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners erfolgt war, wie die Revision annimmt.

Das Berufungsgericht hat den dem Kläger obliegenden Beweis dafür (Jaeger, KO 8. Aufl. Anm. 59; Mentzel-Kuhn, KO 7. Aufl. Anm. 58 beide zu § 30), daß der Gemeinschuldner seine Zahlungen am 16. Juli 1970 schon eingestellt hatte, nicht als geführt angesehen. Dies greift die Revision vergeblich an.

Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß eine Zahlungseinstellung dann vorliegt, wenn der spätere Gemeinschuldner wegen eines voraussichtlich dauernden Mangels an Zahlungsmitteln seine fälligen und von den jeweiligen Gläubigern ernsthaft eingeforderten Verbindlichkeiten im allgemeinen nicht mehr erfüllen kann und wenn dieser Zustand mindestens für die beteiligten Verkehrskreise erkennbar wird (Senatsurteile vom 30. April 1959 - VIII ZR 179/58 = LM § 30 KO Nr. 6 = WM 1959, 891 = KTS 1960, 38; vom 11. Oktober 1961 - VIII ZR 113/60 = LM § 30 KO Nr. 11 = NJW 1962, 103; vom 29. April 1974 - VIII ZR 200/72 = WM 1974, 570, 571; RGZ 132, 281, 283). Wenn da-

gegen neue Zahlungsmittel in Kürze wieder zu erwarten sind, die einem Schuldner erneut Zahlungen ermöglichen, liegt keine Zahlungseinstellung, sondern nur eine Zahlungsstokkung vor (RGZ 50, 39, 42; RG JW 1909, 466; Mentzel-Kuhn aaO Anm. 4). Die Feststellung der Voraussetzungen, die die Annahme einer Zahlungseinstellung rechtfertigen, liegt im Einzelfall im wesentlichen auf tatrichterlichem Gebiet (Senatsurteile vom 11. Oktober 1961 und vom 29. April 1974 aaO). Die Ausführungen des Berufungsgerichts hierzu sind daher der Revision nur in beschränktem Umfange zugänglich. Sie lassen einen Rechtsfehler nicht erkennen.

1. Die Revision meint, die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung (S. 22 BU), alle vorher erörterten Umstände rechtfertigten die Annahme einer Zahlungseinstellung bis zum 16. Juli 1970 nicht, müsse als nicht näher begründete allgemeine Formulierung außer Betracht bleiben. Das trifft nicht zu. Das Berufungsgericht hat beginnend auf Seite 14 seines Urteils Indizien, die für das Vorliegen einer Zahlungseinstellung vorgetragen waren, geprüft und sowohl einzeln, als auch in ihrer Gesamtheit gewürdigt. Es ist daraus zu seiner von der Revision beanstandeten Feststellung gekommen.

2. Daß das Berufungsgericht die Rückgabe von insgesamt sieben von der Beklagten der Bank eingereichten Schecks des Gemeinschuldners noch nicht als Beweis für eine Zahlungseinstellung gewertet hat, war möglich. Die Hingabe ungedeckter Schecks muß nämlich ebensowenig wie vorgekommene Wechselproteste als Beweis für die Zahlungsunfähigkeit eines Schuldners gewertet werden (Senatsurteile vom 30. April 1959 und vom 11. Oktober 1961 aaO). Die Schecks, die die Bank mangels Deckung in der Zeit vom 9. bis zum

14. Juli 1970 zurückgegeben hatte, waren alle von der Beklagten vorgelegt, während in dieser Zeit drei andere Schecks des Gemeinschuldners über kleinere Beträge von der Bank an Dritte am 14. Juli 1970 bezahlt wurden, wie aus den Tagesauszügen des Kontos des Gemeinschuldners zu entnehmen ist. Das Berufungsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, daß die Beklagte damals wußte, daß der Gemeinschuldner gegen Ende Juli 1970 mit einer größeren Zahlung rechnen konnte. Wenn das Berufungsgericht hieraus die Folgerung gezogen hat, daß daher nicht bewiesen sei, daß die Beklagte am 13. Juli 1970 davon ausgegangen sei, der Gemeinschuldner habe **endgültig** aufgehört seine Verbindlichkeiten zu begleichen, so kann diese Feststellung nicht isoliert betrachtet werden, wie es die Revision tut. Sie steht vielmehr in Zusammenhang mit der weiteren Feststellung des Berufungsgerichts, daß der Gemeinschuldner noch nach dem 13. Juli 1970 bis zum 13. August 1970 über sein Geschäftskonto nicht unerhebliche Zahlungen an Gläubiger geleistet hat (S. 22 BU). Er hat demnach in dieser Zeit die zur Aufrechterhaltung seines Betriebes unbedingt erforderlichen Zahlungen noch vorgenommen. Weiter hatte der Gemeinschuldner nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Entlohnung seiner Arbeiter sichergestellt (S. 22 BU), so daß der Geschäftsbetrieb nach außen aufrechterhalten wurde. Die von der Revision vermißten Feststellungen, daß der Gemeinschuldner die zur Aufrechterhaltung seines Betriebes notwendigen Zahlungen aufgebracht habe, hat das Berufungsgericht demnach in dem angefochtenen Urteil getroffen. Die Revision übersieht auch, daß der am 8. Juli 1970 zu Protest gegangene Wechsel des Gemeinschuldners am 10. Juli 1970 von der Bank samt Zinsen und Kosten für den Gemeinschuldner bezahlt worden ist.

3. Es mag sein, daß die vom Gemeinschuldner durch Auflösung von Festgeldebeträgen bewirkten Eingänge auf seinem Geschäftskonto der Verschleierung seiner Zahlungsunfähigkeit dienen und daß diese Mittel dem Zugriff der Gläubiger entzogen werden sollten, wie die Revision vorträgt. Hierin kann aber nicht ein Beweis für die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners gesehen werden; denn es kommt nicht darauf an, aus welchen Mitteln ein Schuldner noch Zahlungen leistet. Selbst der Einsatz unredlich beschaffter Mittel könnte das Fehlen der Voraussetzungen für eine tatsächliche Einstellung der Zahlungen nicht ersetzen (vgl. Senatsurteil vom 30. April 1959 aaO).

4. Die Verfahrensrüge, das Berufungsgericht hätte den angebotenen Beweis erheben müssen, daß der Beklagten am 13. Juli 1970 von der Bank mitgeteilt worden sei, es liege Zahlungsunfähigkeit vor, vermag der Revision nicht zum Erfolg zu verhelfen. Selbst wenn man diesen Vortrag zugunsten des Klägers als richtig unterstellt, läßt sich dadurch nicht beweisen, daß tatsächlich eine Zahlungseinstellung und nicht nur eine Zahlungsstockung auf seiten des späteren Gemeinschuldners vorlag. Wie das Berufungsgericht festgestellt hat und auch die Revision nicht verkennet, hat nämlich die Bank in der Folgezeit dem Gemeinschuldner erneut Kredit gewährt. Daß die Bank für diesen noch nach dem 16. Juli 1970 dem Gemeinschuldner eingeräumten Kredit Sicherheiten besaß, hinderte das Berufungsgericht nicht daran, diesen Vorgang als Hinweis darauf zu würdigen, daß eine Zahlungseinstellung am 16. Juli 1970 noch nicht vorlag.

5. Die Erwägung der Revision, die von der Beklagten ausgebrachten Pfändungen seien geeignet gewesen, die Zahlungsunfähigkeit herbeizuführen, weil sie nicht verborgen geblieben seien, reicht, wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat, zum Nachweis des Eintritts einer Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners am 16. Juli 1970 nicht aus. Eine solche Wirkung des von der Beklagten herbeigeführten Arrestes samt den Pfändungen konnte einmal erst in der Zukunft eintreten, wenn das Vorgehen der Beklagten in einem weiteren Umfang bekannt geworden war. Zum anderen steht dem die Feststellung des Berufungsgerichts entgegen, daß auch nach den von der Beklagten ausgebrachten Pfändungen noch Zahlungen von Kunden auf dem Konto des Gemeinschuldners eingingen, daß also nicht alle Forderungen des Gemeinschuldners gepfändet waren.

6. Das gleiche gilt für die Überschuldung des Gemeinschuldners, zu der die Revision anführt, daß sie zwingend eines Tages dazu führen mußte, daß der Gemeinschuldner seinen Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen konnte. Wenn das Berufungsgericht die Vermögenslage des Gemeinschuldners entgegen der Auffassung der Revision nicht als Beweis für eine Zahlungsunfähigkeit am 16. Juli 1970 angesehen hat, ist das nicht zu beanstanden. Auch nach der wegen der Nichteinlösung der Schecks von der Beklagten bewirkten Arrestverhängung hat der Gemeinschuldner nämlich Eingänge erhalten, Zahlungen geleistet und eigene Wechsel eingelöst. Die Pfändungen der Beklagten haben nach den Feststellungen des Berufungsgerichts demnach die Zahlungen des Gemeinschuldners an Dritte nicht zum Stehen gebracht.

7. Ergebnislos verweist die Revision schließlich auch darauf, daß der Gemeinschuldner nach dem 16. Juli 1970 bei einem Gesamtschuldenstand von 1,1 Mill. DM bis zum 13. August 1971 nur noch einen unerheblichen Betrag von ca. 41 000 DM bezahlt habe.

Das Berufungsgericht hat demgegenüber die Feststellung getroffen, daß von den Altgläubigern nur zehn zusammen einen Betrag von 53 300 DM angemahnt und teilweise gerichtlich geltend gemacht hatten, während die übrigen Gläubiger mit Forderungen von fast 700 000 DM damals noch still hielten. Wenn das Berufungsgericht auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts das Vorliegen einer Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners am 16. Juli 1970 nicht bejaht hat, dann ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Die Beklagte mußte am 16. Juli 1970 auch nicht auf Grund ihrer Kenntnis von der Vermögenslage des Gemeinschuldners von dessen Zahlungseinstellung ausgehen. Gerade die Beklagte kannte nämlich Außenstände des Gemeinschuldners, auf die sie mit ihren Arrestpfändungen Zugriff nahm und die ihre Forderungen überstiegen.

III. Ist nach den rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts aber davon auszugehen, daß zur Zeit der Arrestpfändungen am 16. Juli 1970 der Gemeinschuldner seine Zahlungen noch nicht eingestellt hatte, dann oblag der Beklagten nur der Beweis, daß ihr eine Absicht des Gemeinschuldners, sie vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, nicht bekannt war (§ 30 Nr. 2 letzter Halbs. KO).

Das Berufungsgericht sieht diesen Beweis deswegen als geführt an, weil die Erwirkung des Arrestbefehls und die

Pfändungen durch die Beklagte offensichtlich gegen den Willen des Gemeinschuldners erfolgt sind und dieser keine Möglichkeit hatte, sich hiergegen zur Wehr zu setzen.

Die Revision bringt dagegen vor, daß eine anfechtbare Rechtshandlung im Sinne von § 30 KO auch eine gegen den Willen des Schuldners vorgenommene Handlung, also eine Zwangsvollstreckungsmaßnahme, sein könne und daß deshalb eine Begünstigungsabsicht allein mit dem Hinweis auf die gegen den Willen des Gemeinschuldners erfolgte Pfändung nicht hätte für ausgeschlossen angesehen werden dürfen.

Das angefochtene Urteil hält auch in diesem Punkte den Angriffen der Revision stand. Begünstigungsabsicht im Sinne von § 30 KO ist der Wille des Schuldners, einen einzelnen Gläubiger durch eine ihm gewährte Befriedigung oder Sicherung vor anderen Gläubigern zu bevorzugen (Jaeger aaO Anm. 62). Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß eine Begünstigungsabsicht nicht ohne weiteres dann ausgeschlossen ist, wenn der Anfechtungsgegner eine Deckung seiner Forderung durch eine Zwangsvollstreckungshandlung erlangt hat (Senatsurteil vom 30. April 1959 aaO; RG Warn Rspr 1933 Nr. 30). Das Berufungsgericht hat aber weiter festgestellt, daß der Gemeinschuldner, der gegen den Arrest Widerspruch eingelegt hatte, keine Möglichkeit hatte, sich gegen die - unstreitige - Arrestforderung der Beklagten zur Wehr zu setzen. War aber der Widerspruch völlig aussichtslos, so konnte das Verhalten des Gemeinschuldners objektiv nicht als eine Begünstigung der Beklagten gewertet werden. Damit stellt sich die Frage nach einer Absicht des Gemeinschuldners, die Beklagte zu begünstigen, überhaupt nicht, wie das Be-

rufungsgericht zutreffend erkannt hat. Die Ausführungen der Revision geben dem Senat keinen Anlaß dazu, von dieser von ihm bereits in dem Urteil vom 30. April 1959 vertretenen Meinung abzugehen; denn, auch wenn man an die Führung des Entlastungsbeweises nach § 30 Nr. 2 KO strenge Anforderungen stellen muß (Senatsurteil vom 13. November 1961 - VIII ZR 198/60 = LM § 30 KO Nr. 12 = WM 1961, 1371), so können doch objektive Umstände, die eine im Subjektiven liegende Begünstigungsabsicht ausgeschlossen erscheinen lassen, bei der Beweiswürdigung nicht außer Betracht bleiben.

IV. Die danach unbegründete Revision war mit der Kostenfolge nach § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Haidinger

Claßen

Dr. Hiddemann

Wolf

Merz