

Insolvenzanfechtung von Zwangsvollstreckungen nach § 133 InsO Einschränkung der Anfechtung außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums durch Änderung der BGH-Rechtsprechung im Jahr 2017

Von Dr. Olaf Hiebert, Düsseldorf^{*)}

I. Einführung

In der Insolvenz von Privatpersonen und Unternehmen – gleich in welcher Rechtsform – stellt sich regelmäßig die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Kommunen im Wege der Zwangsvollstreckung erhaltene Gegenstände und Geldbeträge behalten oder an den Insolvenzverwalter im Wege der Insolvenzanfechtung (§ 129 InsO) erstatten müssen.

Der Wortlaut des Gesetzes scheint klar. Alles, was mehr als drei Monate vor dem Insolvenzantrag im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt wurde, kann die Kommune behalten, während eine erfolgreiche Zwangsvollstreckung innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums regelmäßig zu einer Erstattung zwingt. Die Anfechtung der Maßnahme innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums erfolgt nach § 131 InsO, da Zwangsvollstreckungen nach gefestigter Rechtsprechung¹⁾ als inkongruent behandelt werden. Die Hürden für eine Anfechtung sind im Vergleich zu kongruenten Deckungen, die nach § 130 InsO angefochten werden, deutlich geringer. Denn die Anfechtung inkongruenter Deckungen innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums setzt im Unterschied zu der Anfechtung nach den §§ 130 oder 133 InsO keine Kenntnis der Kommune von einer Zahlungsunfähigkeit des Schuldners voraus.

Wie aber kann es sein, dass Insolvenzverwalter unter Bezugnahme auf § 133 InsO ebenso regelmäßig Beträge herausverlangen, die innerhalb von zehn Jahren vor der Insolvenz zwangsvollstreckt wurden, und wieso bekommen die Verwalter im Fall der Klage bei Gericht Recht? Diese Fragen beantwortet der nachfolgende Beitrag und zeigt, dass sich die Rechtsprechung im Jahr 2017 deutlich zugunsten der Kommunen geändert hat. Vor allem erhält der Leser eine übersichtliche Antwort auf die häufig schwierigen Fragen: Was muss ich bezahlen und was kann ich behalten?

II. Vorteile der Insolvenzanfechtung für Kommunen

Kommunen sind immer wieder von der Insolvenzanfechtung betroffen und müssen zwangsvollstreckte Beträge erstatten. Dieses in den §§ 129 InsO ff. geregelte Rechtsinstrument verschafft Insolvenzverwaltern die Möglichkeit, Vermögensverschiebungen im Vorfeld einer Insolvenz im Interesse aller Insolvenzgläubiger rückgängig zu machen. Im Grundsatz ist dies eine gerechte und sinnvolle Sache, da so klassische Vermögensverschiebungen des Schuldners an Familie, Freunde und bevorzugte Geschäftspartner bei bereits absehbarer Insolvenz im Interesse aller anderen Gläubiger rückgängig gemacht werden können. Die zurückgeholten Beträge können dann zur gemeinschaftlichen Befriedigung der Forderung aller Gläubiger eingesetzt werden. Gerade Kommunen müssen oft genug miterleben, dass Steuern und Abgaben unbezahlt bleiben und in einem Insolvenzverfahren nicht oder nur mit sehr geringer Quote befriedigt werden, weil wesentliche Vermögenswerte im Vorfeld bereits durch den Schuldner beiseitegeschafft oder verbraucht wurden.

Kehrseite der Medaille ist, dass Insolvenzverwalter regelmäßig im Rahmen der Anfechtung bereits erhaltene Beträge von den Kommunen zurückfordern, obwohl die Städte und Gemeinden ohnehin nur eine geringe Quote erhalten. Im Fall der Zwangsvollstreckung binnen drei Monaten vor dem Insolvenzantrag ist dies vertretbar, darüber hinaus zumindest fragwürdig.

III. Anfechtungszeitraum im Fall der Zwangsvollstreckung

Um vorsätzliche Vermögensverschiebungen im Vorfeld der Insolvenz vollumfänglich erfassen zu können, ist der Anfechtungszeitraum der in § 133 InsO geregelten Vorsatzanfechtung besonders groß. Rechtshandlungen des Schuldners können angefochten werden, soweit sie innerhalb von zehn Jahren vor dem Insolvenzantrag erfolgt sind. Im Fall von unentgeltlichen Leistungen, vor allem Schenkungen, innerhalb von vier Jahren vor dem Insolvenzantrag ermöglicht § 134 InsO zudem eine Anfechtung unter noch leichteren Voraussetzungen. Dies alles ist richtig und wichtig und wurde durch die am 5. 4. 2017 in Kraft getretene Reform der Insolvenzanfechtung nicht geändert.²⁾

*) Dr. Olaf Hiebert ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht in dem Düsseldorfer Büro der Buchalik Brömmekamp Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH und auf das Recht der Insolvenzanfechtung spezialisiert. Mit der Seite www.insolvenzanfechtung-buchalik.de verantwortet er inhaltlich eine umfassende Informationsquelle zum Thema Insolvenzanfechtung.

1) Statt vieler: BGH, Urteil vom 8. 12. 2005 – IX ZR 182/01 – ZInsO 2006, 94 ff. Rn. 10; BGH, Urteil vom 7. 3. 2013 – IX ZR 216/12 – KKZ 2013, 285 ff. = ZInsO 2013, 778 ff. Rn. 13 ff. zur Inkongruenz bereits bei Zahlung nach nur angedrohter Zwangsvollstreckung; Schmidt/Ganter/Weinland, InsO, 19. Auflage 2016, § 131 Rn. 36 mit zahlreichen Nachweisen.

2) Vgl. hierzu Hiebert, KKZ 2017, 54–58.

Zutreffend ist aber auch, dass ein Gläubiger, der erfolgreich eine mühevoll Zwangsvollstreckung realisiert hat, den vollstreckten Betrag oder Gegenstand auch im Fall der Insolvenz behalten soll, wenn die Zwangsvollstreckung länger als drei Monate vor dem Insolvenzantrag erfolgt ist. Dieser Gedanke kommt in einer jüngeren Entscheidung³⁾ des für das Insolvenzrecht zuständigen IX. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs (BGH) ebenfalls deutlich zum Ausdruck.

Die Anfechtung einer Zwangsvollstreckung richtet sich nach § 131 InsO.⁴⁾ Vornehmlich im Interesse des Rechtsfriedens durch Vermeidung eines Gläubigerwettstreits um die letzten Vermögenswerte und zum Erhalt von Sanierungschancen ist dort festgelegt, dass eine Anfechtung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen, die innerhalb von drei Monaten vor dem Insolvenzantrag erfolgt sind, unter erleichterten Voraussetzungen erfolgen kann. Für den Zeitraum von einem Monat vor dem Insolvenzantrag bzw. im Fall eines Verbraucherinsolvenzverfahrens⁵⁾ drei Monaten wird flankierend sogar unmittelbar die Unwirksamkeit einer Vollstreckungsmaßnahme durch § 88 InsO angeordnet, sodass es zur Beseitigung der Verstrickung noch nicht einmal der Anfechtung bedarf.

IV. Vermeintliche Abgrenzungsregel

Auf den ersten Blick ergibt sich hieraus, dass die Kommune alles, was durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen den Schuldner innerhalb von drei Monaten vor dem Insolvenzantrag erlangt wurde, herausgeben muss. Alles was früher erfolgreich vollstreckt wurde, kann indes nicht angefochten werden. So leicht machen es Rechtsprechung und Insolvenzverwalter den Kommunen jedoch nicht. In bemerkenswerter Weise hat vor allem die Rechtsprechung durch Auslegung des § 133 InsO die Anfechtung von Zwangsvollstreckungshandlungen ermöglicht, die bis zu zehn Jahre vor dem Insolvenzantrag erfolgt sind.

V. Abhängigkeit der Anfechtbarkeit vom Handelnden

Im Unterschied zu der Anfechtung nach den §§ 130, 131 InsO, bei der eine Rechtshandlung – und damit jede, auch die eines Dritten – ausreicht, setzt die Anfechtung nach § 133

InsO zwingend eine Rechtshandlung des Schuldners voraus. Der Autor kann aus eigener Anschauung berichten, dass bereits bei diesem klaren Tatbestandsmerkmal des § 133 InsO, der schlicht eine Berücksichtigung des Wortlautes der Norm erfordert, in Verwalterbüros häufig Fehler passieren, weil nicht darauf geachtet wird, dass eine Rechtshandlung gerade des Schuldners vorliegen muss.

In den Fokus rückt damit die Prüfung, wer tatsächlich tätig wurde. Handelt ein Dritter, etwa der Drittschuldner nach einer Kontopfändung oder der Vollstreckungsbeamte, indem er in die Kasse greift oder ein Pfandsiegel anbringt, so liegt offensichtlich gerade keine Handlung des Schuldners, sondern diejenige eines Dritten vor.

VI. Grundsätzliche Unterscheidung zwischen Rechtshandlungen des Schuldners und Dritter

Die Frage, ob das Anfechtungsbegehren des Insolvenzverwalters berechtigt ist, könnte für den Kommunalbeamten unter Berücksichtigung des Wortlautes des § 133 InsO also recht einfach zu beantworten sein. Der Insolvenzverwalter muss darlegen und beweisen, dass es sich gerade um eine Rechtshandlung des Schuldners handelte. Dieser Sachvortrag gehört in jedes vernünftige Anfechtungsschreiben. Leider ist es zur Unsitte geworden, den entsprechenden Vortrag erst im Anfechtungsprozess zu bringen. Ist unklar, ob eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegt, muss der Sachbearbeiter in der Kommune den Insolvenzverwalter zu einer entsprechenden Darlegung auffordern. Wer gehandelt hat, lässt sich oftmals rasch ermitteln. Eine erste Unterscheidung anhand des Wortlautes führt zu folgender Übersicht:

Klassische Rechtshandlungen des Schuldners sind

- die Überweisung von einem Geschäftskonto sowie
- die Zahlung eines Geldbetrages in bar.

Klassische Rechtshandlungen eines Dritten sind

- das Anbringen eines Pfandsiegels durch den Vollstreckungsbeamten,
- die Pfändung des Inhalts einer Kasse,
- die Drittschuldnerzahlung eines Debtors des Schuldners (z. B. Kunde),
- die Drittschuldnerzahlung des kontoführenden Geldinstituts des Schuldners (z. B. Sparkasse) und
- die Zahlung des Geschäftsführers oder Gesellschafters von einem Konto, dessen Inhaber nicht die Gesellschaft, also der Schuldner ist.

Die Prüfung ist damit insgesamt scheinbar schnell erledigt. Deutlich wird, dass Maßnahmen der Zwangsvollstreckung keine Handlungen des Schuldners sind. Vielmehr ist der Schuldner in einer passiven Rolle des Hinnehmenden. Akteur ist der Vollstreckungsbeamte oder der Drittschuldner, der im Hinblick auf die Pfändung tätig wird. Damit könnten die Dinge klar geregelt sein. Doch seit jeher haben Verwalter alles unternommen, um Handlungen Dritter auf irgendeine Art und Weise doch als Handlungen des Schuldners qualifizieren zu können und damit den Anfechtungszeitraum deutlich auszu-

3) Im Urteil des BGH vom 22. 6. 2017 – IX ZR 111/14 – KKZ 2018, 67, heißt es unter Rn. 20: „Der Gläubiger, der mangels näherer Kenntnisse über die Liquiditätslage des Schuldners sich der staatlichen Zwangsmittel bedient, um seine Forderung durchzusetzen, unterliegt damit außerhalb des von den Normen der besonderen Insolvenzanfechtung geschützten Zeitraums grundsätzlich keinen vom Anfechtungsrecht ausgehenden Beschränkungen.“ Als besondere Insolvenzanfechtung werden die Regeln der §§ 130, 131 InsO verstanden. Der dort geschützte Zeitraum ist der Drei-Monats-Zeitraum. Die Entscheidung nimmt Bezug auf die Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 2005 (BGH, Urteil vom 10. 2. 2005 – IX ZR 211/02 – KKZ 2005, 255), die in den Rn. 16 ff. ausführlich die dogmatischen Grundlagen der Vorschriften behandelt sowie gebotene Differenzierungen darstellt.

4) Vgl. unter I.

5) Gemeint ist das Verfahren nach § 304 InsO. Nicht jedes Insolvenzverfahren über das Vermögen einer natürlichen Person ist ein Verbraucherinsolvenzverfahren. Die Insolvenzen von Kleinunternehmern und ehemaligen Geschäftsführern sind regelmäßig keine Verbraucherinsolvenzverfahren. Für den Sachbearbeiter in der Kommune ist die Abgrenzung einfach: Enthält das Aktenzeichen des Verfahrens ein IN, handelt es sich um ein Regelin Insolvenzverfahren, im Fall eines Verbraucherinsolvenzverfahrens ist ein IK Bestandteil des Aktenzeichens, z. B.: 504 IK 32/17.

weiten. Jede Handlung eines Dritten hat das Potenzial, als eine Rechtshandlung des Schuldners qualifiziert zu werden.

VII. Kontopfändung: Drittschuldnerzahlung als Rechtshandlung des Schuldners

Die größte wirtschaftliche Bedeutung genießt wohl die Pfändung von Konten des Schuldners bei Banken und Sparkassen. Pfändungs- und Einziehungsverfügungen sind im Unterschied zu Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen schnell ausgebracht. Es gibt wohl keinen effizienteren Weg für die Verwaltung, die eigenen Forderungen durchzusetzen. Sowohl Titel⁶⁾ als auch PfÜB⁷⁾ können selbst erlassen und zugestellt werden, ohne dass Gerichte bemüht werden müssen.⁸⁾ Der Erlass und die Zustellung des PfÜB erfolgt durch die Kommune und die Drittschuldnerzahlung durch das Geldinstitut. Eine Handlung des Schuldners scheint ausgeschlossen und damit auch die Pflicht der vollstreckenden Gemeinde, den im Wege der Drittschuldnerzahlung erlangten Betrag nach den §§ 143, 133 InsO an den Insolvenzverwalter erstatten zu müssen.

Die Insolvenzverwalter argumentieren jedoch, dass auch in diesen Fällen eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegt und die Anfechtung nach § 133 InsO möglich ist.

1. Argumente der Insolvenzverwalter

Die häufigsten Argumente der Verwalter sind:

- Der Schuldner habe weiter Kundenforderungen auf das Konto eingezogen, das zum Zeitpunkt der Pfändung kein Guthaben aufwies. Damit wurde die Drittschuldnerzahlung erst ermöglicht.
- Der Schuldner habe Geld von einem anderen Konto auf das gepfändete Konto überwiesen oder Bargeld auf dieses Konto eingezahlt, um die Pfändung zu erledigen.

Im Kern ist irgendeine Mitwirkungshandlung oder irgendein Beitrag⁹⁾ des Schuldners zum Erfolg der Zwangsvollstreckungsmaßnahme der Anknüpfungspunkt für die Behauptung, es liege eine Rechtshandlung des Schuldners vor. Selbst jede noch so fernliegende Handlung oder jeder erdenkliche Beitrag, sei er auch noch so gering, wird herangezogen, um das Tor zum § 133 InsO aufzustoßen.

2. Änderung der BGH-Rechtsprechung im Jahr 2017 – Grundsätze

Die Rechtsprechung des BGH hat diese Vorgehensweise lange gefördert, während die Instanzgerichte – naturgemäß – identische Sachverhalte völlig unterschiedlich behandelt haben. Nun hat der BGH seine Rechtsprechung erfreulicherweise geändert. Als maßgeblich und den aktuellen Stand zu-

sammenfassend kann hier das Urteil vom 1. 6. 2017¹⁰⁾ herangezogen werden, in dem der Senat folgende Grundsätze aufstellt:

- Die Anfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO setzt eine Rechtshandlung des Schuldners und damit dessen willensgeleitetes, verantwortungsgesteuertes Handeln voraus. Der Schuldner muss darüber entscheiden können, ob er eine Leistung erbringt oder verweigert (Rn. 14).
- Grundsätzlich fehlt es an einer solchen Rechtshandlung des Schuldners, wenn der Gläubiger eine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt (Rn. 14).
- Fördert der Schuldner eine Vollstreckungsmaßnahme, kann dies die Qualifizierung der Vermögensverlagerung als Rechtshandlung des Schuldners rechtfertigen (Rn. 15).

Es drängt sich die Frage auf, welche Art und welcher Grad an Förderung notwendig ist. Hierzu entwickelt der BGH seine bisherige Rechtsprechung fort (Rn. 16):

„Nicht jeder auch nur entfernte Mitwirkungsbeitrag des Schuldners rechtfertigt es, die vom Gläubiger durch eine Vollstreckungsmaßnahme erwirkte Vermögensverlagerung auch als Rechtshandlung des Schuldners zu werten. Andernfalls wäre für die Pfändung künftiger Forderungen, die selten ohne eine Mitwirkung des Schuldners entstehen, regelmäßig der Anwendungsbereich des § 133 Abs. 1 InsO eröffnet. Dies stünde nicht im Einklang mit dem Zweck dieser Norm, außerhalb des Zeitraums von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 130, 131 InsO) die prinzipiell gleichen Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger auch durch Maßnahmen der Zwangsvollstreckung zu gewährleisten.“

Der Senat möchte damit offenbar insbesondere die Pfändung künftiger Forderungen vor einer Anfechtung deutlich besser schützen als bislang.

Die weitere Begründung (Rn. 17) steigt unter Bezugnahme auf Literatur und Rechtsprechung sehr tief in die anfechtungsrechtliche Dogmatik ein und kann so zusammengefasst werden, dass im Kern nicht eine Rechtshandlung selbst, sondern ihre benachteiligende Wirkung angefochten wird. Gegenstand der Anfechtung in Vollstreckungsfällen ist damit die von dem Gläubigern mit Zwangsmitteln bewirkte Vermögensverlagerung. Ein etwaiger Mitwirkungsbeitrag des Schuldners wird gerade nicht angefochten. Die Mitwirkung kann es aber rechtfertigen, die Vollstreckung auch als Handlung des Schuldners anzusehen und die Vollstreckung infolgedessen einer freiwillig gewährten Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldner gleichzustellen.

Voraussetzung hierfür soll sein, dass

- der Beitrag des Schuldners bei wertender Betrachtung dazu führt, dass eine Vollstreckungstätigkeit zumindest auch als eigene, willensgeleitete Entscheidung des Schuldners anzusehen ist
- und
- der Beitrag des Schuldners ein der Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers zumindest vergleichbares Gewicht erreicht.

6) Es reicht ein rechtskräftiger Leistungsbescheid des zuständigen Fachbereichs und anstelle der Rechtskraft kann auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung treten. Auf eine Mahnung kann verzichtet werden und auch eine Anhörung des Schuldners ist – im Unterscheid zum Zivilrecht – nicht erforderlich. Vgl. ferner beispielhaft § 6 VwVG NRW.

7) Im Folgenden werden Pfändungs- und Einziehungsverfügungen sowie Pfändungs- und Überweisungsbeschlüsse beide zum Zwecke der Abkürzung als PfÜB bezeichnet.

8) Vgl. z. B. § 40 Abs. 2 VwVG NRW.

9) Vgl. z. B. den Fall der Vollstreckung aus einem Anerkenntnisurteil, BGH, Urteil vom 14. 9. 2017 – IX ZR 108/16 – ZInsO 2017, 2212 ff.

10) IX ZR 48/15 – KKZ 2018, 64 ff. = ZInsO 2017, 1422 ff.

Diese deutliche Formulierung¹¹⁾ lässt unmissverständlich erkennen, dass künftig eben nicht mehr irgendeine Mitwirkungshandlung oder irgendein Beitrag ausreicht, um eine Anfechtung nach § 133 InsO für begründet zu halten. Die Abgrenzungen auszuloten, wird Aufgabe der Gerichte sein, und die Kommunen sind aufgerufen, nicht mehr ohne Weiteres jeder auf § 133 InsO gestützten Anfechtung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen nachzugeben.

3. Änderung der BGH-Rechtsprechung – Beispiele

Neben den Grundsätzen führt die BGH-Entscheidung in Rn. 18 auch konkrete Beispiele an, wann eine Anfechtung zu bejahen und wann zu verneinen ist.

a) Anfechtung unmöglich

- Eine Anfechtung ist nicht möglich, wenn der Schuldner sich darauf beschränkt, die berechtigte Vollstreckung eines Gläubigers hinzunehmen, und sich angesichts einer bevorstehenden oder bereits eingeleiteten Vollstreckungsmaßnahme nicht anders verhält, als er dies ohne die Vollstreckungsmaßnahme getan hätte.
- Dies ist in aller Regel anzunehmen, wenn sich der Schuldner in Kenntnis der Vollstreckungsmaßnahme nicht anders verhält als zuvor und seinen Geschäftsbetrieb in der bisher geübten Weise fortsetzt.
- Die Pfändung und Einziehung von Arbeitslohn ist keine Rechtshandlung des Schuldners, weil der Schuldner nach der Pfändung seine Arbeit fortsetzt.
- Die bloße Weiternutzung des gepfändeten Geschäftskontos nach der Pfändung, z. B. durch Zahlungen an Lieferanten und Einzug von Kundenforderungen auf dieses Konto in gleicher Weise wie zuvor, begründet keine Rechtshandlung.
- Weder die Leistungserbringung noch die Abrechnung oder die Rechnungsstellung können in diesem Fall die Vermögensverlagerung als Rechtshandlung des Schuldners qualifizieren.
- Ein Unterlassen rechtfertigt nicht die Gleichstellung einer Vollstreckungsmaßnahme mit einer Rechtshandlung des Schuldners, wenn es sich in der bloßen Hinnahme einer berechtigten Vollstreckung erschöpft.
- Es liegt keine Schuldnerhandlung vor, wenn der Schuldner es lediglich unterlässt, seinen Forderungseinzug nach der Pfändung seines Geschäftskontos umzustellen, etwa auf einen Einzug über ein bestehendes oder neu zu eröffnendes anderes Bankkonto oder durch Bar- oder Scheckzahlung.
- Insbesondere der letzte Punkt macht hellhörig. Wörtlich heißt es:¹²⁾ „Beschränkt sich der Schuldner darauf, seine Geschäftstätigkeit in der bisher geübten Weise fortzusetzen, kommt es im Übrigen auch nicht darauf an, ob der Erfolg einer Kontenpfändung durch Einzahlungen von Drittschuldnern oder durch Einzahlungen des Schuldners selbst gefördert wird.“

11) Hier fast wortgenau übernommen aus Rn. 17 a. E.

12) BGH, Urteil vom 1. 6. 2017 – IX ZR 48/15, Rn. 18 a. E. – KKZ 2018, 64.

Diese Aussage führt – konsequent weitergedacht – dazu, dass eine Vollstreckung künftig auch dann nicht mehr anfechtbar ist, wenn der Schuldner von einem anderen Konto eine Überweisung auf das gepfändete Konto vornimmt, um die Pfändung zum Zwecke der weiteren Nutzung des Kontos in bislang gewohnter Weise zu erledigen. Eine Anfechtung scheidet also aus, wenn der Schuldner auf das gepfändete Konto eine Überweisung vornimmt oder einen Geldbetrag einzahlt.

Dies wurde bislang völlig anders gesehen. Hier bietet sich ein wichtiger Verteidigungsansatz für Kommunen ebenso wie für alle sonstigen Vollstreckungsgläubiger. Der BGH scheint diese Sichtweise aber nicht uneingeschränkt gelten zu lassen.

b) Anfechtung möglich

Unter Rn. 14 führt der Senat unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung aus:

- Bewirkt der Schuldner eine Vermögensverlagerung außerhalb der vom Gläubiger angedrohten oder bereits eingeleiteten Zwangsvollstreckung, sei es auch zu deren Abwendung, soll das Vorliegen einer Schuldnerhandlung zu bejahen sein. Gemeint sind hier also Handlungen des Schuldners, die nicht vom Wirkungsbereich der Zwangsvollstreckung erfasst sind.
- Als Beispiel wird die Übergabe eines Schecks an einen Vollstreckungsbeamten genannt, was konsequent ist, weil dieser sich den Scheck nicht im Wege der Zwangsvollstreckung selbst ausstellen kann.
- Nicht stimmig ist aber, dass eine Überweisung nach Einleitung der Zwangsvollstreckung eine anfechtbare Rechtshandlung begründen soll und zwar auch dann, wenn sie zugunsten eines gepfändeten Kontos erfolgt.

Dieser letzte Punkt scheint dem unter a) Gesagten zu widersprechen. Die vom BGH in seinen Ausführungen genannten Urteile sind daher heranzuziehen. Dabei handelt es sich um die Urteile vom 10. 12. 2009¹³⁾, vom 9. 6. 2011¹⁴⁾ und vom 22. 11. 2012,¹⁵⁾ wobei die beiden letztgenannten Urteile eigene Themenkomplexe behandeln und daher unter 4. b) und c) der Ausführungen behandelt werden

aa) BGH-Urteil vom 10. 12. 2009¹⁶⁾

Die entscheidende Passage findet sich in Rn. 16 der Entscheidung. Dort wird herausgearbeitet, dass Überweisungen, Lastschriften und Scheckbegebungen zwingend erfordern, dass der Schuldner „noch freien Zugriff auf sein Girokonto hat. Ist das Konto gesperrt oder unterliegt es der Pfändung, wird der vom Schuldner veranlasste Zahlungsvorgang erfolglos bleiben. Akzeptiert die Bank die Kontobelastung, beruht die Zahlung auf der eigenverantwortlichen Verfügung des Schuldners über sein Konto und ist daher anfechtbar.“

Der scheinbare Widerspruch zu vorher Gesagtem ist damit aufgelöst. Maßgeblich ist auch hier die Frage, ob der Schuld-

13) IX ZR 128/08 – KKZ 2011, 203.

14) IX ZR 179/08 – KKZ 2014, 109.

15) IX ZR 142/11 – KKZ 2013, 116.

16) IX ZR 128/08 – KKZ 2011, 203.

ner selbst handeln will und kann: Ist eine Verfügung über das Konto möglich oder nicht? Die Bank akzeptiert nicht irgendeine vom Schuldner gewünschte Kontobelastung an einen beliebigen Gläubiger, sondern ausschließlich die Zahlung an den Drittschuldner. Der BGH ging in der vorgenannten Entscheidung davon aus, dass eine Verfügung des Schuldners aufgrund der Pfändung gerade nicht möglich ist.

bb) Sonderfall: Zahlung an Pfändungsgläubiger von gepfändetem Konto innerhalb der Frist des § 835 Abs. 3 Satz 2 ZPO

Nicht eindeutig ist die Lage, wenn das Kontoguthaben gepfändet ist¹⁷⁾ und die Bank keine Verfügungen über das Konto zulässt, mit Ausnahme der Zahlung an den Pfändungsgläubiger. Gemäß § 835 Abs. 3 Satz 2 ZPO¹⁸⁾ darf der Drittschuldner erst vier Wochen nach der Zustellung des PfÜB an den Gläubiger leisten oder hinterlegen, wenn es sich bei dem Kontoinhaber um eine natürliche Person handelt. Gerade bei Kleinunternehmen oder Unternehmen, die in der Form des eingetragenen Kaufmanns (e.K.) geführt werden, kann es also passieren, dass zwischen der Pfändung und der Drittschuldnerzahlung an den Gläubiger ein längerer Zeitraum verstreicht. Wenn der Schuldner in der Zwischenzeit telefonisch um Vornahme der Zahlung an den Gläubiger vor Ablauf der Frist bittet, kann hierin nicht ernsthaft eine freiwillige Verfügung gesehen werden, zu der der Schuldner auch in der Lage ist. Er hat – ähnlich dem Fall, dass ein Vollstreckungsbeamter vor der gefüllten Barkasse steht – nur die Wahl, die Drittschuldnerzahlung hinzunehmen oder dieser bereits vor Fristablauf zuzustimmen. Verhindern kann er die Ausführung der Drittschuldnerzahlung in keinem Fall. Daher kann in einer solchen Anweisung auch kein Beitrag gesehen werden, der die o.g. Kriterien des BGH erfüllt, nämlich

- dass der Beitrag des Schuldners bei wertender Betrachtung dazu führt, dass eine Vollstreckungstätigkeit zumindest auch als eigene, willensgeleitete Entscheidung des Schuldners anzusehen ist und
- der Beitrag des Schuldners ein der Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers zumindest vergleichbares Gewicht erreicht.

Dieses Gewicht erreicht der Beitrag des Schuldners nicht. Für den Schuldner dürfte es irrelevant sein, ob das Geld früher oder erst ein paar Wochen später zum Pfändungsgläubiger gelangt. Denn er selbst wird darüber in keinem Fall anderweitig verfügen können.

4. Fehlende Gläubigerbenachteiligung bei Zahlung von einem gepfändeten Konto

Wie jede¹⁹⁾ Insolvenzanfechtung setzt auch die Anfechtung nach § 133 InsO eine Gläubigerbenachteiligung voraus (vgl. § 129 Abs. 1 InsO). Bei der Zahlung aus einem gepfändeten

Kontoguthaben scheidet eine Gläubigerbenachteiligung aus, weil der Pfändungsgläubiger aufgrund der Pfändung im Fall der Insolvenz zur abgesonderten Befriedigung berechtigt ist.²⁰⁾

Tipp: Die Kommune sollte einer Aussetzung der Vollziehung der Pfändungs- und Einziehungsverfügung nicht zustimmen, da in diesem Fall das Absonderungsrecht erlischt und eine Zahlung aus dem Guthaben dann wieder gläubigerbenachteiligend ist.

Der Erwerb des Pfandrechts ist – so er nicht innerhalb von drei Monaten vor dem Insolvenzantrag erfolgt ist – ebenfalls nicht anfechtbar, da Erlass und Zustellung des PfÜB keine Rechtshandlung des Schuldners darstellen.

Tipp: Entscheidend für die Berechnung der Drei-Monats-Frist ist die Hauptpfändung; eine bloße Vorphändung bleibt unberücksichtigt. Es nützt daher nichts, wenn die Vorphändung außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums erfolgt ist, die Hauptpfändung aber binnen drei Monaten erfolgte.²¹⁾

Zahlungen aus dem gepfändeten Konto sind folglich mangels Gläubigerbenachteiligung immer dann nicht anfechtbar, wenn die Pfändung selbst nicht angefochten werden kann. Vereinfachend gesagt, bekommt der Gläubiger nur, was ihm ohnehin gehört.

Problematisch ist, dass das Pfändungspfandrecht in vielen Konstellationen erst nach Zustellung des PfÜB entsteht und damit wiederum doch im anfechtbaren Drei-Monats-Zeitraum liegt. Die Pfändung des Guthabens eines Kontos bei einem Kreditinstitut umfasst das am Tag der Zustellung des Pfändungsbeschlusses bei dem Kreditinstitut bestehende Guthaben sowie die Tagesguthaben der auf die Pfändung folgenden Tage (§ 833a ZPO).²²⁾

a) Pfändung künftiger Guthaben

Die optimale Kontenpfändung erfasst neben aktuellen und künftigen Guthaben auch Kreditlinien. Aber bereits bei künftigen Guthaben ist problematisch, dass nach ständiger Rechtsprechung das Pfandrecht an einer künftigen Forderung anfechtungsrechtlich erst mit Entstehung dieser Forderung begründet wird.²³⁾ Das die Absonderung begründende Pfandrecht setzt aber die Vollendung der Pfändung voraus, die ihrerseits maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der Anfechtungsfrist ist.²⁴⁾ Es kann daher passieren, dass der PfÜB zwar außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums zugestellt wird, der Auszahlungsanspruch des Schuldners als Kunde, gegen sein Geldinstitut aber innerhalb dieses Zeitraums liegt, sodass die Entstehung des Absonderungsrechts selbst angefochten werden kann.

17) Die Pfändung ist mit Zustellung des PfÜB an das Geldinstitut wirksam.
 18) Bemerkenswert ist, dass bspw. § 40 Abs. 2 VwVG NRW die entsprechende Anwendung des § 835 Abs. 2 ZPO im Fall der Verwaltungszwangsvollstreckung nicht anordnet.
 19) Statt vieler: Uhlenbruck/Hirte/Ede, InsO, 14. Auflage 2015, § 129 Rn. 159: „Grundvoraussetzung jeder Anfechtung“.

20) Statt vieler: BGH, Urteil vom 22. 11. 2012 – IX ZR 142/11 – KKZ 2013, 116ff. = ZInsO 2013, 247 Rn. 11; BGH, Urteil vom 25. 10. 2007 – IX ZR 157/06 – KKZ 2008, 278ff. = ZInsO 2008, 161ff. Rn. 9.
 21) Vgl. BGH, Urteil vom 23. 3. 2006 – IX ZR 116/03 – ZInsO 2006, 553ff.
 22) § 40 Abs. 2 Satz 1 VwVG NRW.
 23) BGH, Urteil vom 1. 6. 2017 – IX ZR 48/15 – Rn. 24; BGH, Urteil vom 9. 6. 2011 – IX ZR 179/08 – Rn. 12 unter Hinweis auf BGH, Urteil vom 22. 1. 2004 – IX ZR 39/03.
 24) Uhlenbruck/Ede/Hirte (Fn. 19), § 140 Rn. 103.

b) Pfändung einer „offenen Kreditlinie“

Nach bisheriger Lesart ist die Lage für den Pfändungsgläubiger noch schwieriger, wenn eine offene Kreditlinie gepfändet wird. Gemeint sind hier sowohl der Kontokorrentkredit als auch der Dispositionskredit. Vor Abruf der Kreditmittel durch den Kontoinhaber soll kein Anspruch entstehen, der gepfändet werden kann.²⁵⁾ Der Abruf der Kreditmittel liegt im Machtbereich des Schuldners und erfolgt regelmäßig durch eine Überweisung, die ihrerseits aber als Rechtshandlung des Schuldners zu qualifizieren ist.²⁶⁾

c) Zahlung aus lediglich geduldeter Kontoüberziehung

Zu beachten ist, dass Zahlungen des Schuldners aus einer nur geduldeten Kontoüberziehung zwar eine Rechtshandlung i. S. d. § 133 InsO sind, aber niemals gläubigerbenachteiligend und damit anfechtbar sein können.²⁷⁾ Denn der Schuldner hat keinen Anspruch auf den überzogenen Betrag und er stand der Gläubigergemeinschaft ohnehin nie zur Verfügung. Die Abgrenzung in der Praxis ist häufig schwierig.

VIII. Vollstreckungshandlung des Beamten oder Gerichtsvollziehers

An einer Handlung des Schuldners fehlt es, wenn dieser nur noch die Wahl hat, die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung zu dulden. Denn dann ist jede Möglichkeit eines selbstbestimmten Handelns ausgeschlossen.²⁸⁾

Dies führt zur folgenden, sehr feinsinnigen, aber höchst praxisrelevanten Abgrenzung:

- Steht der Vollstreckungsbeamte vor der gefüllten Barkasse im Ladenlokal und hat der Schuldner nur die Wahl, entweder den Betrag selbst aus der Kasse zu nehmen oder den Griff in die Kasse zu dulden, liegt keine Handlung des Schuldners vor, wenn der Schuldner selbst in die Kasse greift und den Betrag übergibt.²⁹⁾
- Verlässt der Schuldner aber etwa das Ladenlokal, um Geld von einem seiner nicht gepfändeten Konten am Geldautomaten abzuholen, um es dem wartenden Vollstreckungsbeamten zu übergeben, liegt hierin eine Handlung des Schuldners. Denn auf dieses Geld hatte der vollstreckungsbereite Beamte zum Zeitpunkt der konkreten Vollstreckungshandlung keinen Zugriff. Die zur Verfügungstellung des Betrags ist willensgeleitet, auch wenn dem Schuldner

die unmittelbare Sachpfändung drohte („Hol das Geld oder ich klebe einen Kuckuck auf deine Waren!“). Gleiches soll für die Ausstellung eines Schecks gelten, selbst wenn damit die Zwangsvollstreckung in die im Raum befindlichen Gegenstände abgewendet wird.³⁰⁾

Diese Sichtweise ist keineswegs in Stein gemeißelt und hat zu Recht Kritik erfahren. Sie spiegelt aber die Linie der bisherigen Rechtsprechung von BGH und Instanzgerichten zu diesen, in allen möglichen Variationen auftretenden Sachverhaltskonstellationen wider.

Zur Kontrolle für die Abgrenzung im Rahmen seiner Prüfung kann sich der Sachbearbeiter folgende Fragen stellen:

- Hatte der Schuldner angesichts der Zwangsvollstreckung noch eine andere Wahl, konnte er also die Inbesitznahme des Vollstreckungsgutes (Geld oder Sache) in dem konkreten Moment der Vollstreckung verhindern?
- Hätte der Vollstreckende sich in der konkreten Situation auch einfach genau das nehmen können, was ihm gegeben wurde?

Für die Vollstreckungsbeamten der Kommunen folgt hieraus, dass eine konsequente Vollstreckung in Gegenstände, die dem Zugriff in konkreter Situation unterliegen, der alternativen Abwendung der Zwangsvollstreckung anfechtungsrechtlich vorzuziehen ist.

IX. Raten- oder Teilzahlungen nach Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen

Raten- oder Teilzahlungen nach Einleitung von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen sind immer wieder Gegenstand einer Anfechtung nach § 133 InsO. Dieses Sonderproblem wurde ebenfalls nicht durch die Reform der Insolvenzanfechtung gelöst.³¹⁾

Erfreulicherweise hat der Bundesgerichtshof durch das Urteil vom 6. 7. 2017³²⁾ entschieden, dass zwar Zahlungen des Schuldners zur Abwendung der Zwangsvollstreckung nach § 133 InsO angefochten werden können. Jedoch lasse alleine die zwangsweise Durchsetzung einer Forderung für sich betrachtet keinen zwingenden Schluss des vollstreckenden Gläubigers auf die Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungseinstellung des Schuldners zu und begründe damit keine für die Anfechtung nach § 133 InsO erforderliche Kenntnis des Gläubigers. Diese – bereits mit der kurz zuvor ergangenen Entscheidung vom 22. 6. 2017³³⁾ begründete – Sichtweise unterlegt der IX. Senat mit einem tragenden Argument:³⁴⁾ „Daher unterliegt der Gläubiger, welcher sich mangels näherer Kenntnisse über die Liquiditätssituation des Schuldners der staatlichen Zwangsmittel zur Forderungsdurchsetzung bedient, außerhalb des von den Normen der besonderen Insolvenzanfechtung geschützten Zeitraums grundsätzlich keinen vom Anfechtungsrecht ausgehenden Beschränkungen.“ Hieraus

25) BGH, Urteil vom 9. 6. 2011 – IX ZR 179/08 – Rn. 13 bis 15 unter Hinweis auf BGH Urteil vom 22. 1. 2004 – IX ZR 39/03 – NJW 2004, 1444 ff.; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11. 5. 2015 – 17 U 127/14 – juris.

26) BGH, Urteil vom 3. 12. 2015 – IX ZR 131/15 – ZInsO 2016, 220 ff. Rn. 3; BGH, Urteil vom 9. 6. 2011 – IX ZR 179/08 – KKZ 2014, 109 ff. = ZInsO 2011, 1350 ff. Rn. 13 bis 15.

27) BGH, Urteil vom 25. 10. 2007 – IX ZR 157/06 – KKZ 2008, 180 f. = ZInsO 2008, 161 f. Rn. 11.

28) So bereits: BGH, Urteil vom 10. 2. 2005 – IX ZR 211/02 – KKZ 2005, 225 ff. = ZInsO 2005, 494 ff.

29) BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – IX ZR 145/09 – KKZ 2013, 59 ff. = ZInsO 2012, 1318 ff. Rn. 8: „Einer durch Zwangsvollstreckung erlangten Befriedigung steht die Zahlung des Schuldners an eine bereits anwesende und vollstreckungsbereite Vollziehungsperson gleich, wenn der Schuldner nur noch die Wahl hat, die geforderte Zahlung zu leisten oder die Zwangsvollstreckung zu dulden, weil in dieser Lage eine willensgeleitete Entscheidung nicht mehr möglich ist.“

30) BGH, Urteil vom 14. 6. 2012 – IX ZR 145/09 – KKZ 2013, 59 ff. = ZInsO 2012, 1318 ff. Rn. 10; OLG Koblenz, Urteil vom 25. 6. 2010 – 10 U 924/09 – juris, Rn. 32 ff.

31) Vgl. hierzu Hiebert, KKZ 2017, 54–58.

32) BGH, Urteil vom 6. 7. 2017 – IX ZR 178/16 – ZInsO 2017, 1881 ff. Rn. 17.

33) BGH, Urteil vom 22. 6. 2017 – IX ZR 111/14 – KKZ 2018, 67 ff. Rn. 19.

34) Rn. 17.

folgt der Senat unter Rn. 20, dass allein aus der Tatsache, dass mit einem Gerichtsvollzieher eine Zahlungsvereinbarung getroffen wurde, die Kenntnis des Gläubigers nicht begründet werden kann.

Diese Argumentation hat nicht zu unterschätzende Folgen. Denn alleine aus der Tatsache, dass der Vollstreckungsbeamte Raten- oder Teilzahlungen nach Einleitung der Zwangsvollstreckung von dem Schuldner vereinnahmt, kann nicht mehr auf die Kenntnis der Gemeinde geschlossen werden, sodass eine Anfechtung nach § 133 InsO dann ausscheidet. Wenngleich dies bislang nur für den Privatgläubiger so entschieden wurde, so gibt es keinen Grund Städte und Gemeinden sowie den Fiskus anders zu behandeln. Hier gilt es für Kommunen, im Fall der Anfechtung standhaft zu bleiben. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass die Nichtzahlung von Steuern oder Abgaben immer noch als besonders starkes Beweisanzeichen für eine Kenntnis des Gläubigers von einer Zahlungseinstellung und damit Zahlungsunfähigkeit gewertet wird. Zudem hat der BGH in vorgenannter Entscheidung klargestellt, dass zwar nicht allein aus der Vollstreckung auf die Kenntnis geschlossen werden kann, andere Indizien diesen Schluss aber sehr wohl zulassen. Und hier sind Kommunen aufgrund des Charakters ihrer Forderungen – den häufig standardisierten Mahnungen und Vollstreckungsankündigungen – gegenüber Privatgläubigern deutlich im Nachteil.

X. Zusammenfassung

Die Anfechtung nach § 133 InsO setzt eine Rechtshandlung des Schuldners voraus. Rechtshandlungen Dritter, insbesondere von Drittschuldnern oder der zwangsvollstreckenden Kommune selbst, sind keine Handlungen des Schuldners und damit nicht innerhalb des bis zu zehn Jahre zurückreichenden Anfechtungszeitraums nach § 133 InsO anfechtbar.

Zwangsvollstreckungen sind regelmäßig nur innerhalb des Drei-Monats-Zeitraums des § 131 InsO anfechtbar oder nach Maßgabe des § 88 InsO unwirksam.

Zu der maßgeblichen Frage, ob eine Anfechtung außerhalb des Drei-Monats-Zeitraums nach § 133 InsO erfolgen kann, ob also eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegt, hat der BGH seine Rechtsprechung zu den Fällen der Zwangsvollstreckung, insbesondere der Kontopfändung und Handlung von Vollstreckungsbeamten, zugunsten der Gläubiger im Jahr 2017 deutlich geändert.

Es gelten folgende Grundsätze:³⁵⁾

- Die Anfechtung gem. § 133 Abs. 1 InsO setzt eine Rechtshandlung des Schuldners und damit dessen willensgeleitetes, verantwortungsgesteuertes Handeln voraus. Der Schuldner muss darüber entscheiden können, ob er eine Leistung erbringt oder verweigert (Rn. 14).
- Grundsätzlich fehlt es an einer solchen Rechtshandlung des Schuldners, wenn der Gläubiger eine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt (Rn. 14).

- Fördert der Schuldner eine Vollstreckungsmaßnahme, kann dies die Qualifizierung der Vermögensverlagerung als Rechtshandlung des Schuldners rechtfertigen (Rn. 15).

Nach anfechtungsrechtlicher Dogmatik wird nicht eine Rechtshandlung selbst, sondern ihre benachteiligende Wirkung angefochten. Gegenstand der Anfechtung in Vollstreckungsfällen ist damit die von dem Gläubiger mit Zwangsmitteln bewirkte Vermögensverlagerung. Ein etwaiger Mitwirkungsbeitrag des Schuldners wird gerade nicht angefochten. Die Mitwirkung kann es aber rechtfertigen, die Vollstreckung auch als Handlung des Schuldners anzusehen und die Vollstreckung infolgedessen einer freiwillig gewährten Befriedigung des Gläubigers durch den Schuldner gleichzustellen.

Die Hürden hierfür hat der BGH deutlich heraufgesetzt. Nicht jeder auch nur entfernte Mitwirkungsbeitrag des Schuldners rechtfertigt es, die vom Gläubiger durch eine Vollstreckungsmaßnahme erwirkte Vermögensverlagerung als Rechtshandlung des Schuldners zu qualifizieren. Denn andernfalls wäre für die Pfändung künftiger Forderungen, die selten ohne eine Mitwirkung des Schuldners entstehen, regelmäßig der Anwendungsbereich des § 133 Abs. 1 InsO eröffnet. Dies ist aber mit dem Zweck der Norm nicht vereinbar, außerhalb des Zeitraums von drei Monaten vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (§§ 130, 131 InsO) die prinzipiell gleichen Befriedigungsmöglichkeiten der Gläubiger auch durch Maßnahmen der Zwangsvollstreckung zu gewährleisten.

Die Abgrenzung im Detail bleibt schwierig und bedarf einer sehr genauen Prüfung im Einzelfall. Kommunen können bereits im Rahmen der Zwangsvollstreckung die Weichen richtig stellen und eine Anfechtung vermeiden. Ferner können sie sich die Regeln der Darlegungs- und Beweislast bei der Abwehr von Anfechtungsansprüchen nach § 133 InsO zunutze machen.

Konkret ist eine Anfechtung insbesondere in den unter VII. 3. a) aufgezeigten wichtigen Praxisfällen nicht (mehr) möglich.

35) BGH, Urteil vom 1. 6. 2017 – IX ZR 48/15 – KKZ 2018, 64 ff. = ZInsO 2017, 1422 ff.