

**Vortrag**

**vor dem Berlin/Brandenburger Arbeitskreis  
für Insolvenzrecht e. V.  
am 28. 3. 2007**

**Thema:**

**Die Anfechtbarkeit von Vollstreckungsmaßnahmen\*  
im späteren Insolvenzverfahren**

**Thesen zu dem Vortrag am 28. 3. 2007**

1. Die **Pfändung** einer beweglichen Sache kann eine nach §§ 129 ff. InsO anfechtbare Rechtshandlung sein. Gleiches gilt für die Pfändung von Forderungen und sonstigen Rechten sowie für die **Anordnung der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung** eines Grundstücks.
2. Nicht nach §§ 129 ff. InsO anfechtbar ist nach h.M. der **Eigentumserwerb des Erstehers** eines zwangsversteigerten Grundstücks oder des Erstehers einer vom Gerichtsvollzieher gepfändeten und versteigerten beweglichen Sache. Soweit gegen den Zuschlagsbeschluss ein **Rechtsmittel** zulässig ist (also bei der Grundstücksversteigerung nach dem ZVG), kann dieses nicht darauf gestützt werden, dass dem Rechtsmittelführer ein Anfechtungsrecht nach §§ 129 ff. InsO zustehe bzw. zugestanden habe (vgl. §§ 9 Nr. 2, 37 Nr. 5, 97 und insbesondere § 100 Abs. 1 ZVG).
3. Jedoch kann im Wege der Anfechtung auf den an den Vollstreckungsgläubiger abgeführten oder noch im Verteilungsverfahren befindlichen **Versteigerungserlös** zugegriffen werden (vgl. auch These 6 a.E.).
4. Wenn es richtig ist, dass eine auf §§ 129 ff. InsO gestützte Anfechtung in der Insolvenz des Anfechtungsgegners einen Anspruch auf **Aussonderung (§ 47 InsO)** des anfechtbar weggegebenen Gegenstandes begründet (was BGHZ 156, 350, 358 ff.

---

\* Der Vortrag und diese Thesen beschränken sich auf den Fall, dass die Zwangsvollstreckung wegen einer titulierten **Geldforderung** erfolgte.

bejaht), dann wäre es eigentlich konsequent, dem anfechtenden Insolvenzverwalter in Fällen, in denen die Gläubiger des Anfechtungsgegners im Wege der Einzelzwangsvollstreckung auf den Gegenstand des Anfechtungsanspruchs zugreifen, die **Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO)** zuzugestehen. Denn § 771 ZPO ist die einzelzwangsvollstreckungsrechtliche Korrespondenzvorschrift zu § 47 InsO.

5. Die **Drittwiderspruchsklage** ist auch dann einschlägig, wenn sich die Anfechtung (§§ 129 ff. InsO) gegen eine Pfändung oder eine Grundstücksbeschlagnahme richtet, die nicht von dem Gläubiger eines *primären* Anfechtungsgegners, sondern *von einem Gläubiger des jetzt im Insolvenzverfahren stehenden Schuldners unmittelbar diesem gegenüber* erwirkt wurde. Wer meint, in solchen Fällen fehle es an einem „Dritten“ i.S. des § 771 ZPO, kann § 771 ZPO nicht unmittelbar, sondern nur analog anwenden. Am Ergebnis ändert das nichts.
  
6. Die Thesen 4 und 5 sind umstritten. Der Streit ist nicht nur akademischer Natur, sondern von Bedeutung für die richtige Formulierung des Klageantrags, die Gerichtszuständigkeit (§§ 771 Abs. 1, 802 ZPO statt §§ 12 ff., 38 ff. ZPO), die Methoden des vorläufigen Rechtsschutzes (§ 771 Abs. 3 ZPO) und die Vollziehung eines stattgebenden Urteils (§§ 775, 776 ZPO). Eine Signalwirkung in Richtung §§ 771, 802 ZPO könnte von einem Urteil des BGH ausgehen, in welchem dieser mit Blick auf §§ 9 Nr. 1, 115 Abs. 1 ZVG und §§ 878, 879, 802 ZPO ausgeführt hat: „Macht der Insolvenzverwalter mit der Anfechtungsklage geltend, die Masse sei an Stelle des Anfechtungsgegners aus einem dinglichen Recht an dem Grundstück zu befriedigen, ist er Beteiligter eines eingeleiteten Zwangsvollstreckungsverfahrens und kann Widerspruchsklage erheben“ (LS 1 zu BGH ZIP 2001, 933 m. Anm. Marotzke EWiR 2001, 695).
  
7. **Eine innerhalb von drei Monaten vor dem Eröffnungsantrag erfolgte Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner** ist nicht anstößiger oder verdächtiger als die im selben Zeitraum erfolgte Ausübung privater oder wirtschaftlicher Druckmittel (z.B. Androhung „rüder“ Inkassomethoden, Drohung mit Lieferstopp, Drohung mit Abbruch der Geschäftsbeziehung, Entzug von Vorzugskonditionen).
  
8. Die Erfüllung oder Sicherstellung einer Insolvenzforderung ist nicht allein deshalb „inkongruent“ im Sinne der § 131 InsO, weil sie im Wege der Zwangsvollstre-

ckung bewirkt wurde oder der Schuldner unter Vollstreckungsandrohung geleistet hat (anders der BGH, nicht aber z.B. die österreichische Rspr. zu § 30 Abs. 1 Nr. 1 öst. KO).

9. Die Rückschlagsperre des **§ 88 InsO** ist kein Produkt ausgereifter Gesetzgebungstechnik; sie sollte in ihrer gegenwärtigen Form nicht beibehalten werden (vgl. Marotzke ZInsO 2006, 9, 191 f.).
10. Die in der Möglichkeit der **Selbsttitulierung** und der **Selbstvollstreckung** liegenden Startvorteile der öffentlich-rechtlichen Gläubiger beim vollstreckungsrechtlichen Windhundrennen sind nicht evident unangemessen und deshalb zu respektieren.
11. Den **Sozialversicherungsträgern** wird die in § 130 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 InsO vorausgesetzte Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit meist relativ leicht nachzuweisen sein.
12. **Das bewusste Hinauszögern des Insolvenzantrags kann eine nach §§ 129 Abs. 2, 133 Abs. 1 InsO anfechtbare Unterlassung sein** (anders BGHZ 162, 143 ff.). Hat die Anfechtung Erfolg, ist je nach Lage des Falles der Weg frei für eine Anwendung des § 130 InsO.
13. **§ 133 Abs. 1 InsO ist analog anwendbar**, wenn nicht der Schuldner, sondern der Vollstreckungsgläubiger mit dem Vorsatz, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, gehandelt hat (anders BGHZ 162, 143 ff. mit der eigenartigen Konsequenz, dass der Insolvenzverwalter auch in den Zwangsvollstreckungsfällen mühsam nach einer „willensgeleiteten“ Rechtshandlung oder Unterlassung des *Schuldners* und einem Benachteiligungsvorsatz des *Schuldners* suchen muss).
14. Abzulehnen ist die Ansicht des BGH (BGHZ 162, 143 ff.), dass eine **vollstreckungsabwendende Leistung**, die der Schuldner in einer Situation erbracht hat, in welcher er „nur noch die Wahl (hatte), die geforderte Zahlung sofort zu leisten oder die Vollstreckung durch die bereits anwesende Vollziehungsperson zu dulden“, niemals nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sein könne. Auch in solchen Fällen ist Raum für eine analoge Anwendung des § 133 Abs. 1 InsO (s. These 13) mit dem

positiven Nebeneffekt, dass anfechtungsrechtliche Anreize für eine Brutalisierung der Zwangsvollstreckung vermieden werden.

15. Die Thesen 12 ff. gelten selbstverständlich auch dann, wenn sich **der Steuerfiskus oder eine andere juristische Person des öffentlichen Rechts** in der Rolle des vollstreckenden Gläubigers befindet.
16. Ein **Wertungswiderspruch** zu dem selbst bei inkongruenten Deckungen *nur drei Monate* vor den Eröffnungsantrag zurückgreifenden § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO muss vermieden werden. Im Rahmen der bis zu *zehn Jahre* vor den Eröffnungsantrag zurückgreifenden analogen Anwendung des § 133 Abs. 1 InsO (s. These 13 f.) darf deshalb der *Vorsatz* des Gläubigers, durch seine Vollstreckungsmaßnahmen die übrigen Gläubiger zu benachteiligen, nicht allein aus dem Umstand hergeleitet werden, dass der Schuldner die Konsequenzen seines Tuns kannte. Denn diese Kenntnis ist bereits Tatbestandsmerkmal des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO, der *nur drei Monate* vor den Insolvenzantrag zurückgreift.
17. Die Streitfrage, ob § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO eine Rechtshandlung *des Schuldners* voraussetzt, ist zu verneinen (so auch HK-InsO/Kreft, 4. Aufl. 2006, § 131 Rn. 21 m.w.N.). Dennoch können Zwangsvollstreckungsmaßnahmen i.d.R. nicht nach § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO angefochten werden, da sie fast immer zu einer *kongruenten* Deckung führen (s. These 8; a.M. Kreft a.a.O.).
18. **Die gegenwärtige gesetzliche Regelung der Insolvenzanfechtung leidet unter erheblichen Wertungswidersprüchen.** Dies gilt insbesondere für die radikale Weichenstellung zwischen § 130 InsO einerseits und § 131 InsO andererseits, die keine Differenzierung nach Art und Intensität einer etwaigen „Inkongruenz“ gestattet (was sich BGHZ 157, 242, 252 in anderem Zusammenhang zu Recht erlaubt), für das Verhältnis des § 131 Abs. 1 Nr. 3 InsO zu § 133 Abs. 1 InsO sowie für die extremen Unterschiede der zeitlichen Reichweite von §§ 130, 131 InsO einerseits und § 133 Abs. 1 InsO andererseits. Solange der Gesetzgeber die Wertungswidersprüche nicht auflöst, darf man sich über Streitfragen wie die des am 28. 3. 2007 gehaltenen Vortrags nicht wundern.

19. **Für den Gesetzgeber besteht Handlungsbedarf.** Denn die Unzulänglichkeiten und Wertungswidersprüche der gegenwärtigen gesetzlichen Regelung sind auf Dauer nicht hinnehmbar.
  
20. **Richtschnur für die künftige Gesetzgebung** sollte der allgemeine Gleichheitssatz und nicht das Bestreben sein, neue Privilegien für öffentlich-rechtliche Gläubiger oder für Kreditinstitute zu begründen. Vor allem sollte der Gesetzgeber sicher stellen, dass jeder Gläubiger, der andere Gläubiger seines Schuldners dadurch benachteiligt, dass er in Kenntnis der Insolvenzreife des Schuldners die Zwangsvollstreckung betreibt oder sich – kongruente oder inkongruente – freiwillige Leistungen gewähren lässt (statt Insolvenzantrag zu stellen), auch dann mit einer effektiven anfechtungsrechtlichen Rückgewährpflicht rechnen muss, wenn der eigentlich schon zur Zeit der Zwangsvollstreckung bzw. Leistungsentgegennahme „fällige“ Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht innerhalb der nächsten drei Monate, sondern z.B. erst nach zwölf Monaten, nach zwei Jahren oder sogar noch später gestellt wird (vgl. Marotzke ZInsO 2006, 7, 10 f.).