

8. Gehört die behufs der Vollstreckung eines rechtskräftigen Urtheiles oder anderen vollstreckbaren Titels (§. 702 C.P.D.) bewirkte Pfändung zu den in §. 23 Nr. 2 K.D. erwähnten Rechtshandlungen, durch welche einem Konkursgläubiger eine Sicherung gewährt wird, die er nicht oder nicht in der Art, oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte? <sup>1</sup>

Vereinigte Civilsenate. Urth. v. 6. Dezember 1883 i. S. Konkursmasse F. (Kl.) w. F. u. Gen. (Bekl.) Rep. II. 213/83.

I. Landgericht Konstanz.

II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Die vereinigten Civilsenate haben die obige Frage bejaht aus folgenden

Gründen:

„Der Annahme des Berufungsgerichtes, daß die Pfandrechte, welche die beklagten Gläubiger gemäß der Vorschrift des §. 709 C.P.D. durch die Zwangsvollstreckung erlangt haben, nicht auf Grund der Nummer 2 des §. 23 der Konkursordnung anfechtbar seien, kann nicht beigepflichtet werden.

Zur Anfechtung des §. 23 Nr. 2 wird vorausgesetzt:

1. daß eine Rechtshandlung erfolgt sei, und zwar
2. nach der Zahlungseinstellung oder dem Antrage auf Konkursöffnung oder in den letzten zehn Tagen vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage, sodann
3. daß die erfolgte Rechtshandlung einem Konkursgläubiger eine Befriedigung oder Sicherung gewähre, welche er nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

Sind diese drei Voraussetzungen gegeben, so erfolgt die Verurteilung des Anfechtungsbeklagten, sofern er nicht, wenn es sich, wie in den vorliegenden Fällen, um die Zeit nach der Zahlungseinstellung handelt, den zweifachen Beweis erbringt, daß ihm weder die Zahlungseinstellung, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor anderen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.

<sup>1</sup> Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civilf. Bd. 2 Nr. 101 S. 374, Bd. 3 Nr. 111 S. 395, Bd. 6 Nr. 111 S. 367, Bd. 7 Nr. 12 S. 36. D. R.

E. d. R.G. Entsch. in Civilf. X.

Da die zweite Voraussetzung dahin festgestellt ist, daß die Firma J. jedenfalls schon am 13. September 1881, also zur Zeit der in Frage stehenden Pfändungen, die Zahlungen eingestellt habe, so bleibt nur noch zu prüfen, ob auch die erste und dritte Voraussetzung gegeben seien.

Was nun die erste Voraussetzung betrifft, so schließt die allgemeine Fassung: „erfolgte Rechtshandlungen“, die Annahme aus, daß hierbei irgend eine positive Thätigkeit des Gemeinschuldners erfordert werde; diese Fassung wurde auch gerade zu dem Zwecke gewählt, um zu erkennen zu geben, daß auch die vom Gläubiger im Vollstreckungswege, wobei der Gerichtsvollzieher als sein Vertreter thätig ist, vorgenommenen Handlungen unter den §. 23 R.D. fallen.

Schon der Regierungsentwurf ging davon aus, daß, entgegen der Praxis, welche sich in Preußen gebildet hatte und welche die Exekutionsvollstreckung nicht als Handlung des Gemeinschuldners anerkannte, auf welche der §. 101 der preuß. R.D. Anwendung finde, auch die Zwangsvollstreckung unter den §. 23 R.D. fallen müsse. Man nahm an, daß dies ungeachtet der Fassung „von ihm vorgenommenen Leistungen“ in der Nr. 1 und „vorgenommenen Rechtshandlungen des Gemeinschuldners“ in der Nr. 2 durch den §. 28 R.D. ausgedrückt sei.

Die Justizkommission des Reichstages dagegen erachtete dies nicht für ausreichend, und es wurde deshalb die jetzige veränderte Fassung von Nr. 1 und 2 beantragt und angenommen, „um zu konstatieren, daß unter §. 23 auch diejenige Sicherung und Befriedigung falle, welche durch Vermittelung des Gerichtes vollstreckt wurde.“ Der Vertreter der verbündeten Regierungen hat hierzu seine Zustimmung mit der Erklärung abgegeben, daß der Antrag mit der Tendenz des Entwurfes übereinstimme.

Damit steht auch im Einklange, was zur Begründung des §. 709 C.P.D. (§. 658 des Entwurfes) bemerkt und verhandelt worden ist. Der Entwurf enthielt nämlich den Satz: „Der Gläubiger behält dieses Recht (Pfandrecht) auch gegenüber der Konkursmasse des Schuldners, unbeschadet den Vorschriften, welche die Wirkungen der Konkursöffnung auf die Gültigkeit der Pfandrechte betreffen.“ Die Motive bemerkten: „Unter den Voraussetzungen, unter denen die Anfechtung der vor Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Veräußerungen und Verpfändungen zugelassen ist, muß auch die Anfechtung des durch Pfändung

begründeten Pfandrechtes gestattet werden, weil die prozessualen Handlungen, durch welche die Pfändung veranlaßt worden ist, auf einer Kollusion des Schuldners und Gläubigers beruhen können.“ Die Streichung des Zwischenfases in der Justizkommission beruht (Protok. S. 373. 874) darauf, daß er durch die Bestimmungen der Konkursordnung gedeckt werde und somit entbehrt werden könne.

Kann mithin nach dem Wortlaute und nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht bezweifelt werden, daß unter den „erfolgten Rechtshandlungen“ auch die Zwangsvollstreckung inbegriffen sei, und zwar nicht nur in der Nr. 1, sondern auch in der von der Justizkommission ebenfalls zum Zwecke, dies zu erkennen zu geben, verschärften Fassung der Nr. 2, so kann es sich nur noch um das dritte Erfordernis, nämlich darum handeln, ob die erfolgte Rechtshandlung, das ist die Pfändung, dem Konkursgläubiger eine Sicherung gewährt habe, welche er nicht zu beanspruchen hatte.

Die Annahme nun, daß das Gesetz die im Exekutionswege erlangte Sicherung nicht an und für sich zu denjenigen Sicherungen zähle, auf welche der Gläubiger einen Anspruch hatte, bezw. daß der Vollstreckungstitel, auf Grund dessen die Pfändung bewirkt worden ist, nicht an sich als ein Anspruch im Sinne des Gesetzes zu gelten habe, wird schon durch den zum ersten Erfordernisse geführten Nachweis unterstützt, daß nicht nur die Nr. 1, sondern auch die Nr. 2 des §. 23 ihre jetzige Fassung erhalten hat, um noch unzweifelhafter, als dies aus §. 28 hervorgeht, auszudrücken, daß auch die vermittelt der Vollstreckung erlangte Befriedigung oder Sicherung in das Gebiet des §. 23 falle. Wollte man nämlich aus dieser Thatsache diese Meinung des Gesetzgebers nicht herleiten, sondern im Gegenteil annehmen, derselbe gehe davon aus, daß der Vollstreckungstitel einen Anspruch auf die zwangsweise erlangte Sicherung begründet habe, so wären kaum Fälle denkbar, in welchen die Nr. 2 auf das Pfändungspfandrecht Anwendung fände, es wäre also die Fassung des Gesetzes, welche abichtlich gewählt wurde, um die Sicherung durch Zwangsvollstreckung mit zu treffen, gegenstandslos. Man könnte, um diesen Einwurf zu beseitigen, unterscheiden, ob der vollstreckbare Titel selbst schon vor den kritischen zehn Tagen, bezw. vor der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage erwirkt worden sei oder erst innerhalb dieser Zeit, und in den Fällen der letzteren Art das Anwendungsgebiet der Nr. 2 finden, weil

nur in diesen Fällen der Gläubiger die erlangte Sicherung nicht schon vorher zu beanspruchen hatte. Eine solche Unterscheidung entbehrte aber jedes inneren Grundes, weil, sobald man anerkennt, daß der Titel für die Vollstreckung auch einen Anspruch auf das Pfand gewähre, die Zeit, zu welcher dieser Titel erlangt worden ist, für die Frage, ob ein Anspruch auf das Pfand bestanden habe, völlig unerheblich erscheinen muß. Der Vollstreckungstitel an sich giebt aber keinen Anspruch im Sinne des Gesetzes auf die Sicherung.

Es ist mithin zunächst davon auszugehen, daß der Anspruch auf Befriedigung keinen solchen auf Sicherung in sich begreift; die Sicherung ist prinzipiell nicht etwa ein Minus der Befriedigung, sie ist vielmehr etwas Anderes; diese soll den Anspruch tilgen, jene läßt ihn unter Garantie fortbestehen. Es unterliegt auch keinem Bedenken, daß ein vertragsmäßig bestelltes Faustpfand nicht um deswillen der Anfechtung auf Grund der Nr. 2 entzogen ist, weil die Forderung fällig war, und daher der Gläubiger anstatt der pfandweisen Sicherung auch sofortige Zahlung hätte fordern können, es kann daher auch in dieser Beziehung — und das mag zugleich hinsichtlich des aus §. 716 C.B.D. vom Berufungsgerichte hergeleiteten Argumentes bemerkt werden — die Ungleichheit zwischen Gläubigern eintreten, daß die Befriedigung, welche der eine andrängende Gläubiger für seine fällige Forderung erhalten hat, in der Regel nur nach der Nr. 1 des §. 23 anfechtbar ist, wogegen das Faustpfand, welches einem anderen andrängenden Gläubiger für eine gleichmäßig fällige Forderung eingeräumt worden ist, der Anfechtung in Gemäßheit der Nr. 2 unterliegt.

Der Anspruch auf Befriedigung erhält — abgesehen von denjenigen Rechtsgebieten, in welchen mit dem Urteile selbst eine richterliche Hypothek verbunden ist (Art. 2123 Code civil) — durch das Hinzutreten einer rechtskräftigen Beurteilung oder eines anderen der im §. 702 C.B.D. aufgeführten Vollstreckungstitel jedenfalls keine Erweiterung dahin, daß nunmehr noch ein Anspruch auf ein Faustpfand entstanden wäre. Der Vollstreckungstitel verschärft nur die Verpflichtung zur Bezahlung, indem der Schuldner im Falle der Nichtleistung die Zwangsvollstreckung über sich ergehen lassen muß.

Allerdings erlangt nach der Vorschrift des §. 709 C.B.D. der Gläubiger durch die Pfändung ein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen, aber dieses Pfandrecht entsteht erst mit der Pfän-

dung; der Gläubiger erwirbt es nicht, weil der Vollstreckungstitel auf die Einräumung eines Pfandes gerichtet war.

Mag man nun auch davon absehen, was die Motive zur Konkursordnung, S. 130, sagen: „Ausgeschlossen ist diese (die Anfechtung) jedoch gleichwie beim *pignus judiciale* dann, wenn der Konkursgläubiger schon vor den zehn Tagen, sei es bei, sei es nach Entstehung seiner Forderung, einen klagbaren Anspruch auf die Sicherung erworben hatte“ — und demnach kein besonderes Gewicht auf die Klagbarkeit des Anspruches auf Sicherung legen, so deuten doch die Gesetzesworte „zu beanspruchen hatte“ auf einen civilrechtlichen Anspruch hin und kann keinesfalls die bloße Möglichkeit oder die von der Prozeßordnung gewährte Aussicht, durch das Vorgehen des Gerichtsvollziehers ein Faustpfand zu erlangen, als ein Anspruch auf die Sicherung gelten, welcher schon vor deren erst mit der Pfändung erfolgten Erwerbung bestanden hätte.

Die entgegengesetzte Ansicht, daß der Gläubiger durch das Urtheil oder den vollstreckbaren Titel im Sinne des Gesetzes einen Anspruch auf die Sicherung erworben habe, welcher ohne weiteres die Anfechtung nach §. 23 Nr. 2 ausschließe, würde diesen Anfechtungsgrund auch hinsichtlich der freiwilligen Verpfändung beseitigen, welche zu Gunsten eines Gläubigers, der einen vollstreckbaren Titel erlangt hat, geschehen ist, denn, wenn dieser Titel auch einen Anspruch auf die Sicherung verleiht, so wäre nicht einzusehen, weshalb ein Faustpfand nach Maßgabe der Nr. 2 anfechtbar sein sollte, welches der Schuldner freiwillig zur Abwendung der Vollstreckung gewährt hat. — Dies müßte nicht bloß von vertragsmäßiger Pfandbestellung nach rechtskräftiger Verurteilung gelten, sondern auch von derjenigen nach ergangenem Vollstreckungsbefehle, nach gerichtlichem Vergleiche (§. 702 Nr. 1 und 2 C.P.D.) und nach Vollziehung einer Urkunde, wie sie §. 702 Nr. 5 und §. 22 des Einführungsgesetzes zur C.P.D. erwähnen.

Das Vorhandensein dieser verschiedenen Vollstreckungstitel neben dem rechtskräftigen Urtheile führt zu der weiteren Erwägung, daß der Gesetzgeber einen sehr triftigen Grund hatte, auch das Vollstreckungspfand der Nr. 2 des §. 23 zu unterstellen. Wollte er nämlich die Verletzung des Konkursanspruches bezüglich „derjenigen erfahrungsgemäß in letzter Stunde stattfindenden Handlungen, durch welche die Schuldner zur Befriedigung oder Sicherstellung einzelner Gläubiger

diesen, aus welchem Motive es sei, Vorteile zusichern, auf welche sie keinen Anspruch zu erheben haben" (Motive S. 105), einer für den Konkursverwalter erleichterten Anfechtung unterwerfen, so konnte ihm nicht entgehen, daß diese gesetzliche Vorsorge sich besonders gegen diejenigen Mißbräuche kehren müsse, welche mittels solcher Vollstreckungstitel geübt werden können und auch erfahrungsgemäß durch Erwirkung von Zahlungs- und Vollstreckungsbefehlen im Einverständnis mit dem Schuldner, durch gerichtliche Anerkenntnisse und Aufnahme vollstreckbarer Urkunden verübt werden.

Damit erledigen sich sodann auch die Argumente, welche das Berufungsgericht daraus herleitet, daß der Gesetzgeber nur eine Begünstigung des Gläubigers seitens des Schuldners im beiderseitigen Einverständnis habe treffen wollen, daß aber bei einer vom Gläubiger betriebenen Vollstreckung der Grund für die vom Gesetze aufgestellte Vermutung einer Absicht des Schuldners zu begünstigen und der Kenntnis des Gläubigers von dieser Absicht (*conscientia fraudis*) nicht vorliege. Es ist jedoch in dieser Hinsicht noch folgendes zu erwägen. Die Nr. 2 des §. 23 a. a. O. bezweckt gerade so wie die Nr. 1 die Erhaltung des Konkursanspruches, dessen Verletzung der Gegenstand des ganzen §. 23 a. a. O. ist; die Nr. 2 erleichtert die Anfechtung solchen Rechtshandlungen gegenüber, welche sich als eine, wie die Motive sich ausdrücken, „objektive“ Begünstigung eines Gläubigers darstellen. — Der Gläubiger, welcher einen solchen ihm nicht gebührenden Vorteil erlangt hat, unterliegt auch dann im Anfechtungsprozesse, wenn er von dem ihm obliegenden zweifachen Gegenbeweise zwar den einen, daß ihm eine Begünstigungsabsicht des Schuldners unbekannt war, nicht aber auch den anderen erbracht hat, daß ihm die Zahlungseinstellung oder der Eröffnungsantrag unbekannt gewesen sei. — Demnach ist es unrichtig, zu behaupten, daß die Nr. 2 des §. 23 a. a. O. schlechthin gegen die Absicht des Schuldners, einen Gläubiger vor den anderen zu begünstigen, und die Kenntnis des Begünstigten von dieser Absicht gerichtet sei.

Damit erklärt sich auch, weshalb der Gesetzgeber nicht, wie beispielsweise im §. 24 Nr. 1 a. a. O., das subjektive Moment einer unredlichen Absicht des Schuldners und des Einverständnisses des Gläubigers als das Kriterium für die Anfechtung aufgestellt, sondern vielmehr lediglich das Merkmal für entscheidend erklärt hat, daß die erfolgte

Rechtshandlung dem Konkursgläubiger eine Sicherung oder Befriedigung gewähre, welche dieser nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte. — Dies sprechen auch die Motive S. 127 mit den Worten aus: „Das Prinzip wird an sich klar sein. Unter das Gesetz sollen alle Arten von Sicherstellung fallen, sofern der Konkursgläubiger diese nicht schon rechtlich zu beanspruchen hatte, und alle Rechtshandlungen, welche die Befriedigung eines Konkursgläubigers bewirken, ohne daß derselbe auf die geschehene Art oder auf die Zeit der Befriedigung einen rechtlichen Anspruch hatte.“

Dadurch sodann, daß der Gesetzgeber keine absolute Nichtigkeit der so charakterisierten Rechtshandlungen ausgesprochen, sondern den Gegenbeweis zugelassen, hat er zugleich dafür gesorgt, daß nicht nur die Fälle der Anfechtung entzogen werden können, welche meistens auf einem unverfänglichen Vorgehen des Gläubigers beruhen, sondern sogar auch diejenigen, welche, wie die freiwillige Pfandbestellung, in der Mehrzahl auf Kollusion zu beruhen pflegen.

Demnach kann die Aufgabe des Richters nicht darin bestehen, eine ganze Klasse von Rechtshandlungen von der Nr. 2 des §. 23 a. a. D. auszunehmen, obgleich die im Gesetze geforderten objektiven Merkmale bei ihnen vorliegen, lediglich deshalb, weil bei diesen ein vom Gesetze vermutetes subjektives Moment nicht so häufig zutrifft wie bei anderen Kategorien von Rechtshandlungen. Es ist vielmehr, wenn eine Rechtshandlung die gesetzlichen Merkmale einer sogenannten objektiven Begünstigung an sich trägt, vom Richter lediglich nach dem Ergebnisse des Gegenbeweises zu prüfen, ob im gegebenen Falle die Vermutung für die Kenntnis des Gläubigers sowohl von der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage als auch von einer Absicht des Schuldners, ihn vor anderen Gläubigern zu begünstigen, widerlegt sei. Würde dem Gegner die weitergehende Befugnis eingeräumt, eine Rechtshandlung von der Nr. 2 des §. 23 a. a. D., obgleich sie an sich dem Gläubiger einen von ihm nicht zu beanspruchenden Vorteil gewährt, deshalb auszuschließen, weil bei Rechtshandlungen dieser Gattung eine Begünstigungsabsicht des Gemeinschuldners nicht zu unterstellen sei, so würde damit dem Gesetze die vom Gesetzgeber gewollte feste Grundlage entzogen werden; denn es wäre auch möglich, betreffs der Vollstreckungshandlungen Unterschiede eintreten zu lassen, je nachdem ein rechtskräftiges Urteil, ein im Mahnverfahren ergangener Vollstreckungsbefehl, ein ge-

richtliches Anerkenntnis oder nur eine vollstreckbare Urkunde ihren Titel bildeten.“