



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 108/16

Verkündet am:
14. September 2017
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

InsO § 133 Abs. 1 Satz 1

- a) Vollstreckt ein Gläubiger aus einem Anerkenntnisurteil, führt das Anerkenntnis durch den Schuldner zu keiner eigenen mitwirkenden Rechtshandlung, wenn die anerkannte Forderung bestand und eingefordert werden konnte und der Schuldner dem Gläubiger durch das Anerkenntnis nicht beschleunigt einen Titel verschaffen wollte.
- b) Vollstreckt ein Gläubiger aus einem Anerkenntnisurteil, das auf einem Vergleich beruht, kann in dem Vergleichsschluss nur dann eine mitwirkende Rechtshandlung des Schuldners liegen, wenn der Vergleichsinhalt den Bereich verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft sein kann.

BGH, Urteil vom 14. September 2017 - IX ZR 108/16 - OLG Braunschweig
LG Göttingen

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. September 2017 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richterin Lohmann, die Richter Prof. Dr. Pape, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Braunschweig vom 3. Mai 2016 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als in Höhe eines Betrages von 226.595,39 € zuzüglich Zinsen und Kosten zum Nachteil des Klägers entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1

Die S.

AG (künftig Schuldnerin) beauftragte im Februar 2005 den beklagten Rechtsanwalt mit der anwaltlichen Vertretung in Rechtsstreitigkeiten mit Anlegern. Der Beklagte stellte an die Schuldnerin in der Zeit vom 1. März bis zum 18. Juli 2005 diverse Honorarrechnungen, aufgrund derer diese an ihn in der Zeit vom 10. März bis 5. September 2005 vierzehn Zahlungen in Höhe von insgesamt 45.560 € erbrachte. Am 10. November 2005 schlossen der Beklagte,

die Schuldnerin und drei weitere Gesellschaften der G. eine Vereinbarung, in der sich unter anderem die Schuldnerin verpflichtete, an den Beklagten zur Abgeltung sämtlicher noch ausstehender Honoraransprüche 203.000 € brutto zu zahlen. Die Zahlung sollte in monatlichen Raten erfolgen, die erste Rate in Höhe von 46.400 € sollte bis spätestens zum 10. Dezember 2005, weitere sieben monatliche Raten sollten von Januar bis Juli 2006 erbracht werden. Tatsächlich zahlte die Schuldnerin die erste Rate wie vereinbart am 8. Dezember 2005, die Folgeraten erbrachte sie nicht fristgerecht und nicht vollständig und zahlte in der Zeit vom 16. Januar bis 5. April 2006 in vier Teilbeiträgen insgesamt nur 32.500 €.

2 Nachdem die zweite Rate nicht wie vereinbart gezahlt worden war, erhob der Beklagte am 10. Februar 2006 Klage im Urkundenprozess mit dem Antrag, die Schuldnerin zu verurteilen, an ihn 141.738,55 € nebst Zinsen zu zahlen. Die Schuldnerin erkannte unter Hinweis auf nach Klageeinreichung erfolgte Zahlungen einen Betrag von 130.656,30 € an, so dass sie entsprechend ihrem Anerkenntnis durch Urteil vom 15. März 2006 verurteilt wurde. Der Beklagte erwirkte darauf am 10. April 2006 einen der Drittschuldnerin am 13. April 2006 zugestellten Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und pfändete die Forderungen der Schuldnerin gegen die V. eG aus sämtlichen Girokonten. Am 19. April 2006 überwies die Schuldnerin von einem der gepfändeten Konten 127.063,28 € an den Beklagten.

3 Mit Kostenfestsetzungsbeschluss vom 13. Juli 2006 setzte das Landgericht Göttingen die von der Schuldnerin aufgrund des Anerkenntnisurteils an den Beklagten zu zahlenden Kosten auf 7.258 € zuzüglich Zinsen fest. Am 20. September 2006 erwirkte der Beklagte auch insoweit einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluss und pfändete die Forderungen der Schuldnerin gegen

die V. W. eG aus Girovertrag. Der Beschluss wurde der Drittschuldnerin am 2. Oktober 2006 zugestellt. Daraufhin zahlte die Drittschuldnerin am 16. Oktober 2006 an den Beklagten 7.572,11 €.

4 Am 14. Juni 2007 wurde auf Antrag eines Gläubigers, der am 7. April 2007 beim Insolvenzgericht eingegangen war, das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Der Kläger wurde am 4. Juni 2008 zum Insolvenzverwalter bestellt. Er verlangte vom Beklagten Zahlung von 259.135,39 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Kosten wegen Insolvenzanfechtung. Der Beklagte lehnte jede Zahlung ab.

5 Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, an den Kläger auf die Hauptforderung 159.563,28 € (Zahlungen vom 16. Januar bis 19. April 2006) zu zahlen nebst bezifferter Zinsen in Höhe von 45.385,94 € und unbezifferter Zinsen und anteiliger vorgerichtlicher Anwaltskosten. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen und auf die Berufung des Beklagten dessen Verurteilung auf den Betrag von 32.500 € (Zahlungen vom 16. Januar bis 5. April 2006) nebst Zinsen und anteiliger vorgerichtlicher Anwaltskosten beschränkt. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner vom Senat zugelassenen Revision, mit der er die Verurteilung des Beklagten zu einem um 40 € verringerten Betrag in Höhe von nunmehr insgesamt 259.095,39 € nebst bezifferter Zinsen in Höhe von 72.153,08 € und weiterer unbezifferter Zinsen und vorgerichtlicher Anwaltskosten in voller Höhe erreichen möchte.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

8 1. Die Berufung des Beklagten habe insoweit Erfolg, als das Landgericht ihn zur Zahlung von 127.063,28 € nebst Zinsen und anteiliger Anwaltskosten verurteilt habe. Bei der Überweisung vom gepfändeten Konto am 19. April 2006 handele es sich nicht um eine die Gläubiger benachteiligende Rechtshandlung der Schuldnerin. Habe der Gläubiger aufgrund eines Titels einen Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses erwirkt und leiste der Schuldner von dem gepfändeten Konto den titulierten Betrag an den Anfechtungsgegner, dann brauche dieser die Zahlung nicht zurückzugewähren. Denn sie benachteilige die anderen Gläubiger nicht, weil der Anfechtungsgegner durch den Pfändungs- und Überweisungsbeschluss an dem Guthaben des Kontos ein nicht anfechtbares Pfandrecht erlangt habe. Der Kläger könne sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass eine mitwirkende Rechtshandlung der Insolvenzschuldnerin vorliege, weil dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss ein Teilanerkennnis der Schuldnerin zugrunde liege. Das darauf ergangene Teilanerkennnisurteil sei nicht als Mitwirkungshandlung der Schuldnerin anzusehen. Zwar werde die Auffassung vertreten, dass eine mitwirkende Handlung des Schuldners vorliege, wenn er bei der Erwirkung des gegen ihn gerichteten Titels bewusst Hilfe geleistet habe. Betrachte man die Rechtsprechung, dann handele es sich stets um Fälle, in denen der Schuldner und der Anfechtungsgegner kollusiv zusam-

mengearbeitet hätten. Anhaltspunkte dafür fehlten hier. Deswegen stelle das Anerkenntnis keine angreifbare Mitwirkungshandlung des Schuldners dar.

9

2. Die Berufung des Klägers sei unbegründet. Die Zahlung der Bank an den Beklagten aufgrund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses wegen des Kostenfestsetzungsbeschlusses in Höhe von 7.521,11 € sei nicht anfechtbar, weil es sich nicht um eine Rechtshandlung der Schuldnerin handele. Als mitwirkende Handlung der Schuldnerin komme allein das Teilanerkentnis in Betracht. Dieses stelle jedoch keine angreifbare Mitwirkungshandlung der Schuldnerin dar. Die Honorarzahungen von März bis zum 31. Dezember 2005 seien nicht anfechtbar. Das Landgericht habe einen Anspruch des Klägers insoweit zutreffend verneint, weil sich eine Kenntnis des Beklagten von einer behaupteten (zumindest drohenden) Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin in diesem Zeitraum nicht feststellen lasse. Selbst wenn die Schuldnerin bereits zum 31. Dezember 2002 zahlungsunfähig gewesen sein sollte und der Beklagte, der unstreitig vom 26. Januar 1999 bis zum 30. Juni 2003 Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin der G.

GmbH & Co. KGaA (künftig Muttergesellschaft) und vom 2. August 2001 bis zum 12. Juni 2003 Mitglied des Aufsichtsrats der Schuldnerin gewesen sei, davon aufgrund seiner Funktionen im Konzern der G.

Kenntnis gehabt haben sollte, sei davon auszugehen, dass er jedenfalls im März 2005, als er für die Schuldnerin erneut tätig geworden sei und die ersten Zahlungen erhalten habe, davon überzeugt gewesen sei, dass die Insolvenzschuldnerin ihre Zahlungen möglicherweise allgemein wieder aufgenommen habe. Dafür spreche, dass nach seinem Ausscheiden Ende Juni 2003 bis zum März 2005, also bis zur ersten Zahlung, knapp zwei Jahre vergangen seien, ohne dass trotz schwieriger Finanzlage ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet worden sei. Der Beklagte habe ferner seit Ende

Juni 2003 keine Funktionen in der G. mehr gehabt und auch keine interne Kenntnis von der weiteren finanziellen Entwicklung der Gesellschaft.

II.

10 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

11 1. Zur Berufung des Beklagten (Zahlung von 127.063,28 €):

12 a) Die am 19. April 2006 an den Beklagten erfolgte Zahlung vom gepfändeten Konto in Höhe von 127.063,28 € stellt, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, eine Rechtshandlung der Schuldnerin dar. Die Anfechtung gemäß § 133 Abs. 1 InsO setzt eine solche und damit ein willensgeleitetes, verantwortungsgesteuertes Handeln des Schuldners voraus. Dieser muss darüber entscheiden können, ob er eine Leistung erbringt oder verweigert. Grundsätzlich fehlt es an einer solchen Rechtshandlung des Schuldners, wenn der Gläubiger eine Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung erlangt (BGH, Urteil vom 1. Juni 2017 - IX ZR 48/15, ZIP 2017, 1281 Rn. 14).

13 Eine im Rahmen oder aus Anlass einer Zwangsvollstreckung erfolgte Vermögensverlagerung kann dann anfechtbar sein, wenn dazu zumindest auch eine selbstbestimmte Rechtshandlung des Schuldners beigetragen hat. Fördert der Schuldner eine Vollstreckungsmaßnahme, kann dies die Qualifizierung der Vermögensverlagerung als Rechtshandlung des Schuldners rechtfertigen. Eine durch Zwangsvollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers erlangte Zahlung kann daher der Vorsatzanfechtung unterliegen, wenn eine Schuldnerhandlung

oder eine der Handlung gleichstehende Unterlassung zum Erfolg der Vollstreckungsmaßnahme beigetragen hat. Ausreichend ist eine mitwirkende Rechtshandlung des Schuldners, ohne dass sie die einzige Ursache für die Gläubigerbenachteiligung bilden muss. Dies setzt voraus, dass der Beitrag des Schuldners bei wertender Betrachtung dazu führt, dass die Vollstreckungstätigkeit zumindest auch als eigene, willensgeleitete Entscheidung des Schuldners anzusehen ist. In dieser Hinsicht muss der Beitrag des Schuldners ein der Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers zumindest vergleichbares Gewicht erreichen (BGH, Urteil vom 1. Juni 2017, aaO Rn. 16; vom 22. Juni 2017 - IX ZR 111/14, ZIP 2017, 1379 Rn. 10).

14 So liegt der Streitfall. Dies folgt daraus, dass die Schuldnerin die kontoführende Bank angewiesen hat, den in Rede stehenden Betrag an die Beklagte von dem gepfändeten Konto zu überweisen. Ein Schuldner, der eine Überweisung von seinem Bankkonto veranlasst, nimmt eine Rechtshandlung vor, selbst wenn zuvor Ansprüche auf Auszahlungen von diesem Konto zugunsten des Zahlungsempfängers gepfändet und ihm zur Einziehung überwiesen wurden (BGH, Urteil vom 22. Juni 2017, aaO Rn. 11 mwN; vgl. BGH, Urteil vom 21. November 2013 - IX ZR 128/13, NZI 2014, 72 Rn. 9).

15 b) Doch kann mit der Begründung des Berufungsgerichts eine Gläubigerbenachteiligung nicht verneint werden.

16 aa) Allerdings benachteiligt die Befriedigung eines einzelnen Gläubigers die Gesamtheit der Gläubiger dann nicht, wenn sie aufgrund eines Pfändungspfandrechts erfolgt, das den Gläubiger im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners zur abgesonderten Befriedigung nach § 50 Abs. 1 InsO berechtigt. Der Gläubiger erhält dann nur das, was ihm bereits aufgrund des

insolvenzbeständigen Pfandrechts zusteht (BGH, Urteil vom 21. November 2013 - IX ZR 128/13, NZI 2014, 72 Rn. 12). Zutreffend hat das Berufungsgericht auch gesehen, dass das Konto, von dem die Schuldnerin den streitgegenständlichen Betrag an den Beklagten überwies, gepfändet war, auch wenn dieses Konto in der Anlage zum Pfändungsbeschluss nicht ausdrücklich aufgeführt ist. Denn ausweislich des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses sollten die Forderungen der Schuldnerin gegen die V. gepfändet werden, die auf der Rückseite des Beschlussformulars unter Rubrik "Anspruch D (an Banken etc.)" unter Nr. 1 angekreuzt waren. Damit sollten ohne Einschränkung auch alle gegenwärtigen, nämlich im Zeitpunkt der Zustellung des Pfändungsbeschlusses (§ 829 Abs. 3 ZPO) vorhandenen Guthaben und Habensalden der Schuldnerin auf Konten, die nicht zu den in Nrn. 3 und 4 gesondert genannten Sparkonten und Geldkonten zu Wertpapierkonten gehörten, gepfändet werden (vgl. BGH, Urteil vom 28. April 1988 - IX ZR 151/87, NJW 1988, 2543, 2544).

- 17 bb) Anders verhält es sich jedoch, wenn das Pfandrecht seinerseits der Insolvenzanfechtung unterliegt (BGH, Urteil vom 21. November 2013, aaO). Gegen die Anfechtbarkeit des Pfandrechts nach § 133 Abs. 1 InsO spricht nicht schon, dass es als Folge der von dem Beklagten veranlassten Forderungspfändung nach § 829 ZPO entstanden ist. Maßgebend ist vielmehr, ob die Schuldnerin zu der ausgebrachten Pfändung aktiv beigetragen hat (vgl. oben; BGH, Urteil vom 21. November 2013, aaO Rn. 14). Dabei kommt es entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht darauf an, dass die Vollstreckung im kollusiven Zusammenwirken des Schuldners und des Gläubigers erfolgte. Es reicht aus, dass der Schuldner die Voraussetzungen für eine erfolgreiche Vollstreckungshandlung erst schafft, etwa wenn er den Gläubiger von dem bevorstehenden Zugriff anderer Gläubiger mit der Aufforderung, diesen zuvorzukom-

men, benachrichtigt, wenn er Pfändungsgegenstände verheimlicht, um sie gerade für den Zugriff des zu begünstigenden Gläubigers bereitzuhalten, oder wenn der Schuldner dem Gläubiger vorzeitig oder beschleunigt einen Vollstreckungstitel gewährt (BGH, Urteil vom 3. Februar 2011 - IX ZR 213/09, NZI 2011, 249 Rn. 12; vom 21. November 2013, aaO). Die Begründung des Berufungsgerichts, die hierauf nicht eingeht, erweist sich deshalb nicht als tragfähig.

18 2. Zur Berufung des Klägers (Zahlungen bis 5. September 2005 in Höhe von 45.560 €, Zahlung am 8. Dezember 2005 über 46.400 €, Zahlung durch Drittschuldnerin am 16. Oktober 2006 über 7.572,11 €):

19 a) Die von der Schuldnerin an den Beklagten im Jahr 2005 geleisteten Zahlungen stellen gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen der Schuldnerin dar. Nach § 133 Abs. 1 Satz 1 InsO sind Rechtshandlungen, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, anfechtbar, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte.

20 aa) Der Schuldner handelt mit einem solchen Vorsatz, wenn er die Benachteiligung der Gläubiger als Erfolg seiner Rechtshandlung will oder als mutmaßliche Folge erkennt und billigt. Kennt der Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit, kann daraus auf einen Benachteiligungsvorsatz geschlossen werden. In diesem Fall weiß der Schuldner, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen. Auch die nur drohende Zahlungsunfähigkeit stellt ein starkes Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz des Schuldners dar, wenn sie ihm bei der Vornahme der Rechtshandlung bekannt war (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 13/12, NJW 2013, 611 Rn. 14).

Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn eine kongruente Leistung angefochten wird. Einem Schuldner, der weiß, dass er nicht alle seine Gläubiger befriedigen kann, und der Forderungen eines einzelnen Gläubigers vorwiegend deshalb erfüllt, um diesen von der Stellung des Insolvenzantrags abzuhalten, kommt es nicht in erster Linie auf die Erfüllung seiner gesetzlichen oder vertraglichen Pflichten, sondern auf die Bevorzugung dieses einzelnen Gläubigers an; damit nimmt er die Benachteiligung der Gläubiger im Allgemeinen in Kauf. Aber auch dann, wenn nicht festgestellt werden kann, dass der Schuldner einen einzelnen Gläubiger befriedigt, um ihn von der Vollstreckung oder von der Stellung eines Insolvenzantrags abzuhalten, handelt er mit Benachteiligungsvorsatz, wenn er nur weiß, dass er zur Zeit der Wirksamkeit der Rechtshandlung (§ 140 InsO) zahlungsunfähig war (BGH, Urteil vom 10. Januar 2013, aaO Rn. 15).

21 Der Anfechtungsgegner muss zur Zeit der angefochtenen Handlung den Vorsatz des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen, kennen. Dieses Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte (§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO). Kennt der Anfechtungsgegner die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, so weiß er auch, dass Leistungen aus dessen Vermögen die Befriedigungsmöglichkeit anderer Gläubiger vereiteln oder zumindest erschweren und verzögern. Mithin kennt ein solcher Gläubiger zugleich die Gläubigerbenachteiligung (BGH, Urteil vom 10. Februar 2005 - IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143, 153).

22 Das Berufungsgericht hat danach mit Recht geprüft, ab wann die Schuldnerin (drohend) zahlungsunfähig war und die Schuldnerin und der Beklagte davon wussten. Zwar ist es im Rahmen dieser Prüfung davon ausgegangen, dass die Schuldnerin erst seit dem Monat Dezember 2005 (drohend) zah-

lungsunfähig war und der Beklagte davon erst seit dem Januar 2006 wusste. Es hat aber den klägerischen Vortrag, die Schuldnerin sei schon Ende des Jahres 2002 zahlungsunfähig gewesen und davon habe der Beklagte aufgrund seiner damaligen Funktion in der Unternehmensgruppe der G. gewusst, nicht ausgeschlossen, sondern zugunsten des Klägers die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin seit dem 31. Dezember 2002 und die Kenntnis des Beklagten von dieser Zahlungsunfähigkeit ab diesem Zeitpunkt unterstellt. Davon ist deswegen revisionsrechtlich auszugehen.

23 bb) Dann aber hätte es nunmehr dem Beklagten obliegen, darzulegen und zu beweisen, warum er davon ausging, dass die Schuldnerin ihre Zahlungen möglicherweise allgemein wieder aufgenommen hat. Denn nach der Rechtsprechung des Senats hat ein Gläubiger, der von der einmal eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners wusste, darzulegen und zu beweisen, warum er später davon ausging, der Schuldner habe seine Zahlungen möglicherweise allgemein wieder aufgenommen (BGH, Urteil vom 25. Februar 2016 - IX ZR 109/15, NJW 2016, 1168 Rn. 24; BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2016 - IX ZR 305/14, ZInsO 2016, 2393 Rn. 14).

24 Diesen Beweisanforderungen hat der Beklagte weder in objektiver noch in subjektiver Hinsicht genügt. Die Schlussfolgerung des Anfechtungsgegners, wonach die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners zwischenzeitlich behoben ist, muss von einer ihm nachträglich bekannt gewordenen Veränderung der Tatsachengrundlage und nicht von einem bloßen "Gesinnungswandel" getragen sein. Als erstes dürfen die Umstände, welche die Kenntnis des Anfechtungsgegners begründen, nicht mehr gegeben sein. Der Fortfall der Umstände allein bewirkt nicht zwingend den Verlust der Kenntnis. Vielmehr ist auf der Grundlage aller von den Parteien vorgetragenen Umstände des Einzelfalls zu würdigen, ob eine

III.

27 Das Urteil ist nicht aus anderen Gründen richtig.

28 1. Hinsichtlich der im Jahr 2005 erfolgten Zahlungen der Schuldnerin an den Beklagten (91.960 €) hat das Berufungsgericht keine hinreichenden Feststellungen zur Frage einer von der Schuldnerin und dem Beklagten erkannten Zahlungsfähigkeit in diesem Zeitraum getroffen. Das Berufungsgericht hat zwar eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin vor dem 1. Dezember 2005 und eine Kenntnis des Beklagten vor dem 1. Januar 2006 verneint, diese Annahme jedoch dadurch in Frage gestellt, dass es die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits ab Ende des Jahres 2002 und die Kenntnis des Beklagten davon zugunsten des Klägers unterstellt hat. Angesichts dieses Widerspruchs kann revisionsrechtlich nicht ausgeschlossen werden, dass die Schuldnerin bereits im Jahr 2005 zahlungsunfähig war und sie und der Beklagte davon wussten. Dann aber ist nicht auszuschließen, dass sämtliche Zahlungen der Schuldnerin an den Beklagten im Jahr 2005 nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sind.

29 2. Ebenso wenig kann nach den Feststellungen des Berufungsgerichts verneint werden, dass die Zahlung der Schuldnerin von dem gepfändeten Konto in Höhe von 127.063,28 € und die Zahlung der Drittschuldnerin in Höhe von 7.572,11 € im Jahr 2006 Gläubiger benachteiligende Rechtshandlungen der Schuldnerin darstellen.

30 a) In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass in der Vollstreckungshandlung eine Rechtshandlung des Schuldners liegt, wenn er dem Gläubiger vorzeitig oder beschleunigt einen Vollstreckungstitel gewährt (RGZ 48, 223, 225; RG, WarnRspr 1919, 125, 126; BGH, Urteil vom 25. November 1964 - VIII ZR

289/62, WM 1965, 14, 15), etwa wenn der Schuldner dem Gläubiger eine vollstreckbare Urkunde und somit die Möglichkeit verschafft, ohne vorherige Anrufung der Gerichte sich im Wege der Zwangsvollstreckung zu befriedigen (RG, JW 1906, 179; RG, WarnRspr 1916, 489, 490), wenn der Schuldner gegen sich einen Vollstreckungsbescheid ergehen lässt (BGH, Urteil vom 25. November 1964, aaO bei bestrittener titulierter Forderung und weiteren Hinweisen auf ein Zusammenwirken zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner), sofern die dort titulierte Forderung nicht besteht (vgl. RGZ 69, 163, 165) oder noch nicht fällig ist (RG, WarnRspr 1917, 95, 97), wenn der Schuldner es unterlässt, einen Rechtsbehelf gegen eine Zwangsvollstreckung einzulegen, sofern ein solches Rechtsmittel hätte Erfolg haben können (BGH, Urteil vom 20. Januar 2000 - IX ZR 58/99, BGHZ 143, 332, 334; vom 10. Februar 2005 - IX ZR 211/02, BGHZ 162, 143, 154), wenn der Schuldner prozessuale Angriffs- und Verteidigungsmittel unterlässt (BGH, Urteil vom 10. Februar 2005, aaO), wenn der Schuldner auf die Leistungsaufforderung eines mit einem Vollstreckungsauftrag, aber ohne richterliche Durchsuchungsanordnung erschienenen Vollziehungsbeamten Zahlungen erbringt (LG Aachen, ZIP 2007, 593).

31 Doch genügt nach der neueren Rechtsprechung des Senats nicht jede mitwirkende Rechtshandlung des Schuldners. Vielmehr muss der Beitrag des Schuldners, wie bereits ausgeführt wurde, bei wertender Betrachtung ein der Vollstreckungstätigkeit des Gläubigers zumindest vergleichbares Gewicht erreichen (BGH, Urteil vom 1. Juni 2017 - IX ZR 48/15, ZIP 2017, 1281 Rn. 17; vom 22. Juni 2017 - IX ZR 111/14, ZIP 2017, 1379 Rn. 10).

32 b) Bei wertender Betrachtung erreichte das Anerkenntnis der Schuldnerin im Urkundenprozess kein mit der Vollstreckungstätigkeit des Beklagten zumindest vergleichbares Gewicht.

33

Der Beklagte besaß gegen die Schuldnerin, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, aufgrund der Vereinbarung vom 10. November 2005 einen fälligen Zahlungsanspruch. Durch die nicht pünktliche Zahlung der zweiten Rate ist nach § 2 Abs. 7 des Vertrages der zu diesem Zeitpunkt noch offene Restbetrag sofort zur Zahlung fällig geworden. Der Kläger behauptet nicht, dass die Schuldnerin sich gegen diesen Anspruch erfolgreich hätte verteidigen können. Die untätige Hinnahme von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder der Titulierung von Ansprüchen führt nur dann zu einer eigenen Rechtshandlung des Schuldners, wenn sie gerade in der Vorstellung und mit dem Willen erfolgt, dass durch das Unterlassen einer möglichen Handlung die anstehende Vermögensverlagerung auf den vollstreckenden Gläubiger gefördert wird. Für ein entsprechend zielgerichtetes Unterlassen reicht es nicht aus, dass der Schuldner die Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers lediglich geschehen lässt. Vielmehr hat er andere Handlungsmöglichkeiten zum Schutz der Gläubigersamtheit in Erwägung zu ziehen und muss hiervon bewusst im Interesse einzelner Gläubiger absehen. Dieses Bewusstsein kann vorhanden sein, wenn erfolgversprechende Rechtsbehelfs- oder Angriffs- und Verteidigungsmöglichkeiten gegen eine rechtswidrige Vollstreckung oder die Titulierung nicht bestehender oder noch nicht fälliger Ansprüche nicht genutzt werden (BGH, Urteil vom 16. Januar 2014 - IX ZR 31/12, NZI 2014, 218 Rn. 13). Nichts anderes gilt für den Fall, dass ein Schuldner durch ein prozessuales Anerkenntnis die Titulierung zwar aktiv befördert, der Anspruch des Gläubigers aber begründet und fällig ist und der Schuldner durch das prozessuale Anerkenntnis dem Gläubiger nicht beschleunigt einen Vollstreckungstitel verschaffen wollte.

34 Durch das prozessuale Anerkenntnis hat die Schuldnerin dem Beklagten nicht beschleunigt einen Titel verschafft. Das Teilanerkenntnisurteil wurde am 15. März 2006 erlassen, also zwei Wochen und einen Tag nach Zustellung der Klageschrift. Ähnlich schnell hätte gegen die Schuldnerin auch ein Versäumnisurteil ergehen können. In diesem Fall aber hätte die Schuldnerin nicht die nach Einreichung der Klage erfolgten Teilzahlungen, mithin die teilweise Erfüllung (§ 362 BGB), prozesswirksam zur Geltung bringen können, sondern sie hätte darauf vertrauen müssen, dass der Beklagte seinen Antrag umstellt. Der sichere Weg war deswegen das Teilanerkenntnis mit der Folge des Teilanerkenntnisurteils. Es kommt hinzu, dass der Beklagte möglicherweise seine Honorarforderungen ohne die Ratenzahlungsvereinbarung vom 10. November 2005 schon früher hätte titulieren lassen können. Dann aber ergibt sich aus der Gesamtschau von prozessuaalem Anerkenntnis und Ratenzahlungsvereinbarung keine beschleunigte Verschaffung eines Vollstreckungstitels, die es rechtfertigen könnte, den Beitrag der Schuldnerin mit der Vollstreckungshandlung des Beklagten gleichzusetzen.

35 c) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die Schuldnerin durch den Abschluss der Teilzahlungsvereinbarung, auf der Teilanerkenntnis- und Kostenschlussurteil beruhen, einen Beitrag geleistet hat, welcher der Vollstreckungstätigkeit des Beklagten gleichzusetzen ist. In dieser Vereinbarung hat sich die Schuldnerin verpflichtet, zum Ausgleich der angefallenen Honoraransprüche an den Beklagten 203.000 € zu zahlen. Allerdings hat die Schuldnerin dem Beklagten mit der Vereinbarung keine vollstreckbare Urkunde verschafft, aus welcher der Beklagte sofort hätte vollstrecken können. Doch hat sie ihm möglicherweise dadurch den Vortrag seines Anspruchs im Prozess erleichtert und ein Beweismittel an die Hand gegeben, um dem Beklagten die Möglichkeit zu geben, sie - etwa in

einem Urkundenprozess - erleichtert verklagen zu können. Sie hat nicht nur die gegen sie unstreitig bestehenden Honoraransprüche deklaratorisch anerkannt (§ 781 Satz 1 BGB), sondern sie hat sich ausweislich der Vertragsurkunde verpflichtet, die Zahlung auch zur Abgeltung sämtlicher noch ausstehender Ansprüche, die der Beklagte im Zusammenhang mit der Übernahme von aus der Anlage ersichtlichen Mandaten gegen die Muttergesellschaft der Schuldnerin besaß, vorzunehmen. Mithin hat sie hinsichtlich dieser Mandate möglicherweise zudem einen Zahlungsanspruch gegen sich begründet, der vorher nicht bestanden hat.

36 Auf der anderen Seite könnte einer Gleichsetzung der im Vertragsschluss liegenden Tätigkeit der Schuldnerin mit der Vollstreckungstätigkeit des Beklagten entgegenstehen, dass sich die Vertragsparteien nicht nur über den Bestand der Forderungen und die Teilzahlung geeinigt haben, sondern sich möglicherweise umfassend verglichen haben (zu den Voraussetzungen eines Vergleichs vgl. etwa BGH, Urteil vom 8. März 2012 - IX ZR 51/11, NJW 2012, 2099 Rn. 29 ff). Wird ein Vergleich abgeschlossen, um die bei verständiger Würdigung des Sachverhalts oder der Rechtslage bestehende Ungewissheit durch gegenseitiges Nachgeben zu beseitigen, so lässt dies vermuten, dass die vereinbarte Regelung die gegenseitigen Interessen ausgewogen berücksichtigt hat. Innerhalb der von objektiver Ungewissheit gekennzeichneten Vergleichslage haben die Parteien für ihr gegenseitiges Nachgeben einen Ermessens- und Bewertungsspielraum. Wird die ernstliche Ungewissheit darüber, was der Gesetzeslage entspricht, durch gegenseitiges Nachgeben beseitigt, ist die Vermutung gerechtfertigt, dass das gegenseitige Nachgeben der Beteiligten in der ungewissen Sach- und Rechtslage begründet ist. Auf eine rechnerische Gegenüberstellung des beiderseitigen Nachgebens gegenüber der jeweiligen Ausgangsposition kommt es in diesem Rahmen nicht an. Das vergleichsweise

Nachgeben eines Teils kann danach, wie der Senat für die Anfechtbarkeit eines Vergleichs nach § 134 InsO bereits entschieden hat, erst dann als unentgeltliche Leistung gewertet werden, wenn der Vergleichsinhalt den Bereich verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft sein kann (BGH, Urteil vom 9. November 2006 - IX ZR 285/03, NZI 2007, 101 Rn. 17; vom 8. März 2012, aaO Rn. 35). Die gleichen Wertungen sind hinzuzuziehen, wenn es darum geht zu beurteilen, ob trotz einer auf einem Vergleich beruhenden Vollstreckungshandlung eines Gläubigers eine Rechtshandlung des Schuldners vorliegen kann, der in dem Abschluss des Vergleichs liegenden Rechtshandlung des Schuldners also ein zumindest gleiches Gewicht zukommt wie der Vollstreckungshandlung des Gläubigers. Dies kann nur dann angenommen werden, wenn der Vergleichsinhalt den Bereich verlässt, der bei objektiver Beurteilung ernstlich zweifelhaft sein kann.

37 Zum Inhalt des Vertragsschlusses und den aufgeworfenen Fragen fehlt es bislang an Vortrag des insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägers. Doch war ihm im Hinblick auf die neuere Rechtsprechung des Senats Gelegenheit zu geben, hierzu noch vorzutragen. Weder die Parteien noch das Berufungsgericht haben die Vereinbarung vom 10. November 2005 im Zusammenhang der mitwirkenden Rechtshandlung der Schuldnerin bislang in den Blick genommen.

IV.

38 Das angefochtene Urteil des Berufungsgerichts war deswegen nach § 562 Abs. 1 ZPO aufzuheben und nach § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Eine eigene Sachentscheidung ist dem Senat nicht möglich, weil die notwendigen Feststellungen weder zur (drohenden) Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin und zur Kenntnis von dieser Zahlungsunfähigkeit von Schuldnerin und Beklagten noch zum Inhalt des Vergleichs getroffen sind und die Sache deswegen nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

39 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

40 1. Seit den unter anderem gegen die Schuldnerin ergangenen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs vom 21. März 2005 (II ZR 124/03, WM 2005, 841; II ZR 140/03, ZIP 2005, 753; II ZR 310/03, ZIP 2005, 759) besitzt ein stiller Gesellschafter unter folgenden Voraussetzungen ein Kündigungsrecht. In dem Vertrag über die stille Gesellschaft musste vorgesehen sein, dass der stille Gesellschafter sein Auseinandersetzungsguthaben in Form einer Rente ausgezahlt bekommen und das stehen bleibende Guthaben verzinst werden sollte. In der Folgezeit musste sich die Schuldnerin wegen bankrechtlicher Bedenken (Untersagungsverfügung des Bundesaufsichtsamts für Kreditwesen vom 22. Oktober 1999; Vergleich zwischen der Schuldnerin und Bundesaufsichtsamt vom 25. Januar 2000) geweigert haben, die vereinbarte Rente zu zahlen, und statt dessen die Auszahlung des Guthabens in einer Summe angeboten haben. Danach stand seit diesem Zeitpunkt fest, dass sämtliche Anleger, denen die Schuldnerin eine Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens in monatlichen Raten versprochen hatte, den Vertrag bei einer entsprechenden Weige-

rung der Schuldnerin kündigen konnten mit der Folge, dass sie weitere Einzahlungen auf die Einlage, so diese noch nicht vollständig eingezahlt war, verweigern und die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens verlangen konnten. Den Anlegern, die mit der Schuldnerin nach dem 1. Januar 1998 einen Anlagevertrag in der Variante der Rückzahlung des Auseinandersetzungsguthabens in Raten geschlossen hatten, billigte der Bundesgerichtshof nicht nur ein Kündigungsrecht, sondern einen Schadensersatzanspruch zu, wenn die Schuldnerin ihre Kunden nicht auf Bedenken hinsichtlich der bankenrechtlichen Zulassung hingewiesen hatte, weil sie dann gegen ihre Aufklärungspflichten verstoßen hätte (BGH, Urteil vom 21. März 2005 - II ZR 149/03, ZIP 2005, 763 Rn. 16 ff). Diese konnten mithin ihre Einlage ungekürzt zurückverlangen.

41 Sollten die Verträge mit vereinbarter Ratenzahlung die Mehrzahl der Anlageverträge gebildet haben, wie der Kläger vorgetragen hat (vgl. auch BGH, Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 13/12, NJW 2013, 611 Rn. 29), wäre die Schuldnerin möglicherweise drohend zahlungsunfähig gewesen, was ihr bekannt gewesen sein musste, weil ihr Vorstand um die Anzahl und den Inhalt der mit den Anlegern geschlossenen Verträge, um die Anzahl der Kündigungen und die Anzahl der diesbezüglichen Rechtsstreitigkeiten wusste. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es der Schuldnerin gelang, sich mit einem Teil der Anleger zu vergleichen. Mit Recht hat das Berufungsgericht insoweit darauf verwiesen, dass die Vergleiche nur geschlossen wurden, weil die Schuldnerin finanziell nicht in der Lage war, den vereinbarten Betrag zeitnah zu zahlen. Es handelte sich insoweit deswegen um erzwungene Stundungen, die die Fälligkeit unberührt lassen (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 2016 - IX ZR 242/13, NZI 2016, 454 Rn. 10 mwN).

42

Weitere Hinweise auf eine Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin bereits im März 2005 könnten in einem Schreiben der Schuldnerin vom 8. März 2005 an den Insolvenzverwalter des Bankhauses P. liegen, welchem gegenüber die Schuldnerin im März 2004 ein notarielles Schuldanerkenntnis über 16 Millionen € abgegeben hatte. Die Schuldnerin führte in diesem Schreiben aus, dass die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 19. Juli 2004 - II ZR 354/02, ZIP 2004, 1706), wonach der Anspruch des stillen Gesellschafters gegen den Inhaber des Handelsgeschäfts auf Einlagenrückgewähr jedenfalls dann im Ergebnis keinen Beschränkungen nach den Grundsätzen über die fehlerhafte Gesellschaft unterliegt, wenn der Inhaber des Handelsgeschäfts gleichzeitig verpflichtet ist, den stillen Gesellschafter im Wege des Schadensersatzes so zu stellen, wie er stehen würde, wenn er nicht beigetreten wäre, eine existenzbedrohende Verschlechterung der prozessualen Lage der Schuldnerin darstelle und eine in dieser Dimension nicht vorhersehbare Klageflut zur Folge habe. Das erwartete Liquiditätsergebnis für März 2005 liege im Negativen, die Liquiditätszuflüsse im ersten Halbjahr 2005 im Bereich der Emissions-Dienstleistungen tendierten gegen Null. In der jetzigen Situation werde ein erheblicher Anteil der Liquidität zur Reduzierung der "Altlasten" verwendet, wozu auch die Zahlungen an den Insolvenzverwalter des Bankhauses P. zu zählen seien. Deswegen bot die Schuldnerin an, statt der noch geschuldeten 15 Millionen € abschließend nur noch 3 Millionen € zu zahlen. Darin liegt das Eingeständnis, die vereinbarten Raten nicht zahlen zu können. Zum Zeitpunkt dieses Schreibens waren die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 21. März 2005 noch nicht ergangen und ging die Schuldnerin davon aus, dass die gegen sie eingereichten Klagen letztlich keinen Erfolg haben würden.

43 2. Der Beklagte kannte die Problematik der vereinbarten ratenweisen Zurückzahlung der Einlagen, weil er zu der Zeit, in der das Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen die entsprechende Verbotsverfügung erlassen und die Schuldnerin sich mit dem Bundesaufsichtsamt verglichen hat, Geschäftsführer der Muttergesellschaft der Schuldnerin und kurze Zeit später Mitglied des Aufsichtsrat der Schuldnerin war. Ab März 2005 ist er für die Schuldnerin und die Muttergesellschaft als Prozessvertreter in Prozessen der Anleger tätig geworden, wurde mithin erneut mit dieser Problematik vertraut gemacht. Ihm musste deswegen klar sein, dass als Folge dieser neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Schuldnerin weitere Liquidität entzogen wurde (vgl. BGH, Urteil vom 10. Januar 2013 - IX ZR 13/12, NJW 2013, 611 Rn. 29).

44 Hinzu kommt, dass seine eigenen Honorarforderungen aus den Rechnungen vom 18./25. Juli, 22. August und 16. September 2005 über insgesamt 48.983,58 € nicht beglichen wurden, so dass er seine Ansprüche am 5. Oktober 2005 abtrat und der Zessionar die Ansprüche gegenüber der Schuldnerin geltend machte. Weiter hat der Zessionar in einem Schreiben vom 6. Oktober 2005 gegenüber der Schuldnerin von einem Gespräch mit dem Beklagten berichtet, aus dem sich ergebe, dass sich die finanzielle Situation der Schuldnerin offenbar weiter eklatant verschlechtert habe. Es ist zwischen den Parteien zwar streitig, aus welchem Grund der Beklagte am 7. Oktober 2005 sämtliche ihm von der Schuldnerin übertragenen Mandate niederlegte. In seiner Klageschrift im Prozess gegen die Schuldnerin trug der Beklagte jedoch vor, dies sei geschehen, weil die Schuldnerin und die übrigen Gesellschaften der G.

 seine ihm zukommenden gesetzlichen Vergütungen entweder nur teilweise oder gar nicht beglichen hätten.

45

Die Vereinbarung vom 10. November 2005 könnte ein weiteres Indiz für die Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin und die Kenntnis des Beklagten davon sein. Die Bitte eines Schuldners auf Abschluss einer Ratenzahlungsvereinbarung ist allerdings, wenn sie sich im Rahmen der Gepflogenheiten des Geschäftsverkehrs hält, als solche kein Indiz für eine Zahlungseinstellung oder Zahlungsunfähigkeit. Eine solche Bitte kann auf den verschiedensten Gründen beruhen, die mit einer Zahlungseinstellung nichts zu tun haben, etwa der Erzielung von Zinsvorteilen oder der Vermeidung von Kosten und Mühen im Zusammenhang mit der Aufnahme eines ohne weiteres erlangbaren Darlehens. Doch ist die Bitte um Ratenzahlung dann ein Indiz für eine Zahlungseinstellung, wenn sie vom Schuldner mit der Erklärung verbunden wird, seine fälligen Verbindlichkeiten (anders) nicht begleichen zu können (BGH, Beschluss vom 16. April 2015 - IX ZR 6/14, NZI 2015, 470 Rn. 3 f). Dass die Schuldnerin die Honoraransprüche des Beklagten nicht mehr begleichen konnte und sie deswegen mit dem Beklagten die Vereinbarung vom 10. November 2005 traf, ist zwischen den Parteien streitig. Für diese Annahme könnte jedoch sprechen, dass der Beklagte selbst, wie der Kläger vorgetragen hat, in der Klagschrift in seinem Prozess gegen die Schuldnerin geschildert hat, nach seiner Ankündigung, die ausstehenden Honoraransprüche nach Kündigung der Mandate Anfang Oktober 2005 fällig zu stellen, sei "auf Seiten der Schuldnerin eine nicht anders als heillose Hektik zu bezeichnende Betriebsamkeit" ausgebrochen, "im Rahmen derer sich unter anderem der flehentliche Wunsch herauskristallisiert" habe, "sich mit dem Kläger betreffs der offenen Vergütungsforderungen zu einigen". Dieses Verhalten lässt sich naheliegend nur so erklären, dass die Schuldnerin zahlungsunfä-

hig war und davon wusste. Dann aber hatte auch der Beklagte diesen Schluss aus dem von ihm beobachteten Verhalten gezogen.

Kayser

Lohmann

Pape

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Göttingen, Entscheidung vom 30.08.2012 - 9 O 260/11 -

OLG Braunschweig, Entscheidung vom 03.05.2016 - 2 U 115/12 -