

Aufsätze

Erwerb durch Zwangsvollstreckung als inkongruente Deckung?

von Professor Dr. Christoph G. Paulus, Berlin / Dr. Peter Allgayer, Freiburg

I. Ausgangslage

Für jeden Insolvenzpraktiker ist es ein beruhigendes Faktum, wenn er von einer gefestigten Rechtsprechung ausgehen kann. Dies gilt um so mehr, wenn diese gefestigte Rechtsprechung dem Verwalter in seinem Amte dazu verhilft, weitgehend problemlos an zusätzliche Masse heranzukommen. Einen solchen Fall findet man derzeit bei der Frage, ob ein im Wege der Zwangsvollstreckung erlangter Erwerb eine kongruente oder eine inkongruente Deckung darstellt. Diese Frage wird im Grundsatz seit langem – schon seit Zeiten des RG – im letzteren Sinne beantwortet. Neben dem individuellen Vorteil für die Insolvenzverwalter hat dieser Umstand auch noch den weiteren Pluspunkt auf seiner Seite, dass auf diesem Gebiet weitestgehend Rechtssicherheit herrscht.

Die Entwicklungslinie der Rechtsprechung ist – grob gezeichnet – die Folgende: Das RG hat schon früh ein im Wege der Geldforderungsvollstreckung erlangtes Pfändungspfandrecht als inkongruenten Erwerb einer Sicherung angesehen; der Gläubiger habe auf dieses Pfandrecht keinen Anspruch.¹ Daher müsse auch der durch seine Verwertung noch vor Verfahrenseröffnung erlangte Erlös als inkongruente Befriedigung angesehen werden.² Anders sei hingegen die Zahlung zur Abwendung der Zwangsvollstreckung zu beurteilen, da in diesem Fall kein Pfändungspfandrecht entstehe.³ Entsprechendes gelte für eine Geldpfändung.⁴ Auch die Vollstreckung von Individualleistungsansprüchen konnte mit dieser Begründung nicht erfasst werden.

Der BGH hat sich dieser Argumentation zunächst in Begründung und Ergebnis angeschlossen.⁵ 1997 entschied er jedoch – hiervon abweichend – für den Fall der Geldpfändung, dass auch sie eine inkongruente Deckung sei: Unter ausdrücklicher Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung komme es nicht entscheidend auf die Entstehung eines Pfändungspfandrechts an.⁶ Entscheidend sei allein die „inhaltliche Wertung des zu beurteilenden Vorgangs“, wonach eine im unmittelbaren Vorfeld der Krise durch staatliche Machtmittel erzwungene Ungleichbehandlung der Gläubiger nicht insolvenzfest sein solle. Diese Sichtweise gelte auch für eine Leistung zur Abwendung der Vollstreckung.⁷ Die zur Vollstreckung von Individualleistungsansprüchen (kongruente Deckung) ergangenen älteren Entscheidungen beziehen sich dagegen noch unmittelbar auf die Rechtsprechung des RG.⁸

Die voranstehend aufgezeigte Entwicklungslinie macht deutlich, dass die Rechtsprechung nunmehr dazu über zu gehen zu scheint, die bislang noch anerkannten Ausnahmen i.S.e. einheitlichen Betrachtung des im Wege der Zwangsvollstreckung erlangten Erwerbs einzuschränken oder gar zu eliminieren. So hat etwa das OLG Stuttgart noch ganz i.S.d. alten Rechtsprechungslinie vor nicht all-

zu langer Zeit entschieden, dass die Eintragung einer Vormerkung aufgrund einer einstweiligen Verfügung eine kongruente Deckung darstelle.⁹ Krefz vermerkt demgegenüber in seiner Kommentierung, dass diese Ansicht im Lichte der neueren Rechtsprechung zu überdenken sein werde.¹⁰ Gleiches wird dann wohl auch für die weiteren Ausnahmen anzunehmen sein.

Die Rechtsprechung kann zwar durch ihren neuen Begründungsansatz die bisher noch praktizierten Ungleichbehandlungen zwischen den verschiedenen Arten der Zwangsvollstreckung vermeiden.¹¹ Und dennoch ist ihr zu widersprechen – und zwar bereits im Ausgangspunkt. Der BGH sollte nicht die Differenzierung nach der zu vollstreckenden Forderung überdenken, sondern bereits die grundlegende Annahme, vollstreckungsrechtlicher Erwerb sei inkongruent.¹² Zwar ist es vor dem Hintergrund der gefestigten und einheitlichen Rechtsprechungslinie ein wenig deplaziert, überhaupt Gegenargumente vorzutragen. Doch sie bestehen und drängen sich sogar auf, wenn man sich die durch die Rechtsprechung geschaffene Situation in wertender Hinsicht und gesetzssystematisch durchdenkt.

II. Gegenargumente

1. Wertung

Dass eine inkongruente Deckung leichter zur Masse zurück gefordert werden kann als eine kongruente, ist ebenso bekannt wie evident: Während § 130 Abs. 1 Nr. 1 InsO die Kumulation von objektivem und subjektivem Tatbestandsmerkmal voraussetzt, verlangen die Einzelfälle des § 131 Abs. 1 InsO alternativ entweder ein objektives oder ein subjektives Tatbestandsmerkmal. Folglich profitieren

1 Vgl. Insbesondere RGZ 10, 33 ff. (Vereinigte Zivilsenate). Weitere Nachweise bei Jaeger/Henckel, KO, § 30 Rn. 231.

2 Anders noch RGZ 7, 36 f.

3 RG, JW 1891, 250 (Nr. 13).

4 RG, JW 1882, 164 f.; 1884, 49.

5 BGHZ 34, 254; 128, 196; BGH, NJW 1985, 200; 1991, 980; 1992, 624; 1995, 1668; WM 1959, 981; 1961, 174; 1969, 374; 1975, 6; 1984, 265; 1991, 150; ZIP 1996, 1015; ZInsO 2000, 333.

6 BGHZ 136, 309, 311 („Diese Argumentation trifft nicht den Kern der Sache. Dies gilt allerdings auch für die bisherige Rechtsprechung ...“) unter Berufung auf Jaeger/Henckel (Fn. 1), § 30 Rn. 232 ff.; s. dazu etwa die Anm. von Münzberg, JZ 1998, 308. Anders noch BGH, MDR 1969, 374 = KTS 1970, 41.

7 BGHZ 136, 309, 311 (obiter). So jetzt auch AG Duisburg, ZIP 1999, 668; AG Bonn, ZIP 1999, 976; OLG Jena, ZIP 2000, 1734. Vgl. auch LG Bonn, ZIP 1997, 82. Wie das RG dagegen noch OLG Celle, ZIP 1982, 467; BAG, ZIP 1998, 33, 35.

8 BGHZ 34, 256; WM 1984, 265 (jeweils Vormerkung für Bauhandwerkersicherungshypothek aufgrund einstweiliger Verfügung).

9 OLG Stuttgart, ZIP 1994, 722.

10 Heidelberger Kommentar/Krefz, 2. Aufl. 2001, § 131 Rn. 15.

11 Vgl. Häsemeyer, Insolvenzrecht, S. 449 Rn. 21.60. Es stellen sich allerdings neue Abgrenzungsprobleme und Folgefragen; vgl. Münzberg, JZ 1998, 308.

12 S. bereits Kübler/Prütting/Paulus, InsO, § 130 Rn. 23 f.

die Insolvenzgläubiger desjenigen Schuldners, dessen Masse mit Hilfe inkongruenter Deckungen angereichert werden kann. D.h. im vorliegenden Fall, dass die Gläubigerschar desjenigen Schuldners eine bessere Ausgangsposition im Insolvenzverfahren hat, der sich vor Verfahrensöffnung geweigert hat, unbeschadet eines gegen ihn lautenden Titels die geschuldete Leistung zu erbringen. Ein Titel ist bekanntlich ein hoheitlicher – oder doch zumindest hoheitlich autorisierter – Befehl an den Schuldner, die in dem Titel genannte Leistung zu erbringen. Es profitieren also die Gläubiger desjenigen Schuldners, der sich im Rechtsungehorsam übt, während die Gläubiger desjenigen Schuldners benachteiligt sind, der diesem Leistungsbefehl gesetzes- und rechtstreu Folge geleistet hat.

Hier findet eine eigenartige Vermengung des Vollstreckungsrechts statt. Während im Rahmen der Universal-Exekution (Insolvenzverfahren) hierzulande das Verständnis vorherrscht, dass der Schuldner seine Verpflichtungen zu erfüllen habe und ihm deswegen der Weg zur Restschuldbefreiung so dornig wie möglich auszugestalten ist, verhält es sich bei der Singularexekution fast diametral entgegengesetzt.¹³ Hier sprechen nicht nur die Praktiker davon, dass Deutschland ein Paradies für Schuldner in der Zwangsvollstreckung sei. Höchst bedenklich ist, dass sich zu der wahrhaft beeindruckenden Phalanx der von Gesetzeswegen vorgesehenen Schutzmöglichkeiten des Schuldners noch faktische hinzugesellen: Insbesondere die in einigen Gebieten sich über Jahre hin erstreckende Dauer, bis ein Gerichtsvollzieher überhaupt auf einen Gläubigerantrag hin tätig wird. Dieser Missstand führt zu dem noch weitgehend unbemerkten Alarmzustand, dass der deutsche Rechtsstaat an seinem Fundament zu erodieren droht.¹⁴

Diese ungleiche (und unausgewogene) Schutzrichtung wird durch die eingangs dargestellte gefestigte Rechtsprechung des BGH auf die Spitze getrieben. Nunmehr profitiert nicht nur mehr allein der Schuldner, sondern auch seine Gläubiger von dieser Gläubiger-„aversion“ in der Einzelvollstreckung. Man sollte freilich bedenken – und das nicht nur im Bereich des Insolvenzrechts –, dass den Gläubigern auf diese Weise der Weg zum Gericht und die nachfolgende Zuhilfenahme der Vollstreckungsinstitutionen immer unattraktiver gemacht wird. Auf lange Sicht gesehen bedeutet eine derartige Entwicklung unweigerlich, dass die Gläubiger förmlich in die Selbsthilfe hinein gedrängt werden. Denn es ist nicht nur aufgrund des Art. 14 GG nachvollziehbar, dass sich die Gläubiger schwerlich mit dem Hinweis auf die Schutzbedürftigkeit ihres Schuldners auf Dauer werden abspesen lassen.

2. Gesetzliche Argumente

Neben diesen wertenden Betrachtungen lassen sich aber auch noch weitere Argumente dafür anführen, dass die im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Befriedigung keineswegs denknotwendig eine inkongruente Deckung sein muss. Zunächst ist auf den Wortlaut des § 131 InsO zu verweisen: Jedenfalls im Ausgangspunkt kommt man nicht daran vorbei, dass ein Gläubiger nicht nur einen Anspruch auf Erfüllung seiner Forderung, sondern auch

einen Anspruch auf Vollstreckung hat.¹⁵ Angesichts dieser verfassungsrechtlich abgesicherten Erkenntnis ist es nicht angebracht, dem vollstreckenden Gläubiger mit einem gesteigerten Misstrauen zu begegnen. Warum soll das im Vorfeld der Insolvenz (wie der BGH meint) anders sein?

Daneben ist § 88 InsO zu nennen, der eine im letzten Monat vor Antragstellung erlangte Sicherung im Wege der Zwangsvollstreckung unwirksam sein lässt. Diese Norm wird zwar oftmals in Parallele zu § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO gesetzt, so dass der Schluss von der grds. Unwirksamkeit des § 88 InsO auf die grds. Anfechtbarkeit bei § 131 InsO die Inkongruenz einer solchen Befriedigung durchaus nahe liegt.¹⁶ Doch besagt § 88 InsO eben nur, dass eine dieserart erlangte Sicherung unwirksam ist – nicht aber also auch eine auf diesem Wege erlangte Befriedigung.¹⁷ Der Gesetzgeber hat durch die genannte Vorschrift den Gleichbehandlungsgrundsatz allein auf die „steckengebliebene“ Zwangsvollstreckung – also nur für einen eng begrenzten Bereich – bezogen.¹⁸ Die besondere Insolvenzanfechtung ist zwar ebenfalls vor dem Hintergrund der unmittelbar bevorstehenden Insolvenz zu sehen. Alleine der Hinweis darauf rechtfertigt es jedoch nicht, sich über die tatbestandlichen Voraussetzungen hinwegzusetzen.¹⁹ In ihnen schlägt sich eine schwierige Interessenabwägung nieder, die man auch nicht im Wege der Auslegung überspielen sollte: Entscheidendes und einziges Abgrenzungskriterium ist bei der Inkongruenzanfechtung nicht „Zwangsvollstreckung – freiwillige Erfüllung“, sondern alleine „Anspruch auf Erfüllung – kein Anspruch auf Erfüllung“.

Ein schließliches Argument ergibt sich aus § 16 Abs. 2 AnfG mit seiner eindeutigen Verweisung auf § 130 InsO. Auch wenn Henckel diese Vorschrift nicht als Gegenargument gegen die h.M. verstanden wissen will,²⁰ ist bei unvoreingenommener Lektüre der Vorschrift erkennbar, dass dieser Vollstreckungserwerb nach Ansicht des Gesetzes eine kongruente Deckung darstellt.²¹ Die Gläubigeranfechtung des AnfG ermöglicht bekanntlich und ausweislich der §§ 1 und 2 dieses Gesetzes die Fortsetzung der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Schuldner auf dem „Umweg“ über den neuen Rechtsinhaber.

III. Alternative

Wenn man die unter II. vorgetragenen Argumente nicht pauschal als unbeachtlich beiseite schieben möchte, stellt sich natürlich nunmehr die Frage, wie statt dessen der

13 Vgl. bereits Paulus, FS Uhlenbruck, 2000, 33, 39 f.

14 Vgl. Paulus, ZRP 2000, 296.

15 Vgl. Baur/Stürmer, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, Bd. I, Rn. 1.1 ff., 7.1., Bd. II, Rn. 19.38.

16 Vgl. Landfermann, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 171 Rn. 38; Gerhardt, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, S. 216 Rn. 48.

17 Gerhardt (Fn. 16), S. 216 Rn. 48; Heidelberger Kommentar/Eickmann, § 88 Rn. 4, 10; Kübler/Prütting/Lüke, InsO, § 88 Rn. 1, 4, 10.

18 Vgl. auch Baur/Stürmer (Fn. 15), Bd. II, Rn. 19.38.

19 So im Ansatzpunkt auch BGHZ 136, 309, 311.

20 Jaeger/Henckel (Fn. 1), § 30 Rn. 257 ff. (zu § 13 III AnfG a.F.).

21 Vgl. Huber, Anfechtungsgesetz, § 16 Rn. 18; ders., in: Insolvenzrechts-Handbuch, § 51 Rn. 10; Frankfurter Kommentar/Dauernheim, § 131 Rn. 26.

im Wege der Zwangsvollstreckung erlangte Erwerb im Rahmen des Insolvenzverfahrens zu behandeln ist. Das Kriterium der Freiwilligkeit ist – wie gezeigt – untauglich, eine brauchbare Trennungslinie zu ziehen. Im Grundsatz handelt es sich bei solchem Erwerb um eine kongruente Deckung, weil die Zwangsvollstreckung dem Gläubiger nur genau das verschafft, worauf er nach materiellem und prozessualen Recht einen Anspruch hat.²²

Diesen Fall hat der Gesetzgeber (alleine) in § 130 InsO geregelt. Dem Gläubiger die Existenz eines Titels und seine zwangsweise Durchsetzung vorzuwerfen, bedeutet, ihn dafür zu maßregeln, dass er sich des rechtsstaatlich vorgegebenen Weges bedient hat und nicht mit verbote-

nem, außerrechtlichem Druck gearbeitet hat. Darüber hilft auch der Hinweis auf die Gläubigergleichbehandlung nicht hinweg.

Zu einer inkongruenten Sicherung oder Befriedigung kommt man nur dann, wenn bereits der zu vollstreckende Anspruch anfechtbar begründet wurde. Ansonsten muss sich der Insolvenzverwalter mit dem Ertrag aus § 88 InsO zufrieden geben, es sei denn, es lägen die Voraussetzungen des § 133 InsO, also der vorsätzlichen Gläubigerbenachteiligung, vor.

²² Baur/Stürmer (Fn. 15), Rn. 19.37 f.

Der Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG und die Gläubigerschutzvorschriften des Kapitalaufbringungsrechts

Zugleich Besprechung des Urteils des BGH v. 27. 11. 2000 – II ZR 83/00 (in dieser Ausgabe S. 264 f.)

von Rechtsanwalt Uwe Paul, Düsseldorf

In seiner jüngst veröffentlichten Entscheidung v. 27.11. 2000¹ hat der BGH erstmals höchstrichterlich zu der im Schrifttum unterschiedlich beantworteten Frage nach einer analogen Anwendung des Aufrechnungsverbots nach § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG Stellung genommen.

Es ist zu erwarten, dass dieses Urteil die nach einer intensiven wissenschaftlichen Auseinandersetzung Anfang der 90er Jahre zwischenzeitlich etwas ruhiger gewordene Diskussion um die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften aus dem Bereich der Kapitalaufbringung auf das Recht der Kapitalerhaltung neu entfachen wird.

Aus diesem Grund soll im Folgenden nach der Darstellung des Problemkreises sowie einer Aufarbeitung des bisherigen Meinungsstandes in Schrifttum und Rechtsprechung die Entscheidung des BGH näher erläutert werden. Im Anschluss daran erfolgt eine Bewertung dieses Urteils, bevor mögliche Auswirkungen auf andere Vorschriften diskutiert werden.

I. Problem

Für den Bereich der Kapitalaufbringung enthält § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG eine Regelung, wonach gegen den Anspruch der Gesellschaft auf Leistung der im Gesellschaftsvertrag versprochenen Stammeinlagen die Aufrechnung nicht zulässig ist. Demgegenüber fehlt es in den Vorschriften über das Recht der Kapitalerhaltung für den Fall an einer entsprechenden Norm, dass dem Gesellschafter das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft entgegen § 30 Abs. 1 GmbHG ausgezahlt worden ist und die Gesellschaft deshalb einen Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 besitzt. Daraus hat sich die vom BGH nunmehr entschiedene Frage ergeben, ob das für die Kapitalaufbringung geltende Aufrechnungsverbot des § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG auf den Erstattungsanspruch gem. § 31 Abs. 1 GmbHG entsprechend anzuwenden ist.

II. Meinungsstand im Schrifttum

Das ältere Schrifttum² vertrat nahezu einhellig die Ansicht, dass eine Aufrechnung des Gesellschafters gegen den Anspruch der Gesellschaft auf Erstattung der entgegen § 30 Abs. 1 GmbHG geleisteten Zahlungen zulässig sei, soweit der Gegenanspruch vollwertig oder die Gegenleistung werthaltig sei. Zur Begründung wurde auf § 31 Abs. 4 GmbHG verwiesen, dem es an einer § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG vergleichbaren Regelung fehle. Aus dem Umstand, dass § 31 Abs. 4 GmbHG – ebenso wie § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG – das Verbot, „den Gesellschaftern die auf Grund der vorstehenden Bestimmungen zu erbringenden Zahlungspflichten“ (§ 31 Abs. 1 und Abs. 3 GmbHG) zu erlassen, explizit regelt, wurde im Umkehrschluss entnommen, dass die sonstigen in § 19 GmbHG, nicht aber in § 31 GmbHG erwähnten Verhaltensweisen (z.B. Aufrechnung mit einem Gegenanspruch) im Bereich des Kapitalerhaltungsrechts zulässig seien.

Dieser Lösung ist insbesondere in der FS „100 Jahre GmbH-Gesetz“ entgegengetreten worden. Vor allem Ulmer³ sprach sich angesichts des engen funktionalen Zusammenhangs zwischen Kapitalaufbringung und -erhaltung gegen eine rein wortlautbezogene Argumentation aus. Die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte zeige, dass die zunächst inhaltlich übereinstimmenden Normen erst durch die GmbH-Novelle 1980 ihre Abweichung erhalten hätten. Da seinerzeit lediglich die Änderung des § 19 GmbHG zur Diskussion gestanden hätte, sei nach der erfolgten Novellierung dieser Vorschrift eine Anpassung von § 31 GmbHG nicht bedacht worden, so

¹ Das Urteil ist hinsichtlich der Ziffern 2 und 3 der Entscheidungsgründe zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung vorgesehen.

² Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 31 Rn. 18; Hachenburg, GmbHG, 8. Aufl. 1992, § 31 Rn. 59; Fuhrmann/Koppensteiner, GmbHG, 2. Aufl. 1990, § 31 Rn. 24.

³ FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 374, 380 ff.