

## BGH, Aufrechnung des Anfechtungsgläubigers - Urteil vom 16. 8. 2007 – IX ZR 63/06 [Urteilsanmerkung]

Christoph Becker

### Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Becker, Christoph. 2008. "BGH, Aufrechnung des Anfechtungsgläubigers - Urteil vom 16. 8. 2007 – IX ZR 63/06 [Urteilsanmerkung]." *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 18 (3): 110–16. <https://doi.org/10.1515/dwir.18.3.110>.



## BGH, Aufrechnung des Anfechtungsgläubigers

AnfG §§ 2, 4, 11; BGB §§ 387, 406; ZPO § 301

Urteil vom 16. 8. 2007 – IX ZR 63/06

**1. Ein Teilurteil über eine Anfechtungsklage darf ergehen, wenn der Anfechtungsbeklagte Ansprüche sowohl zum Gegenstand einer Hilfsaufrechnung als auch einer Widerklage macht, die Hilfsaufrechnung jedoch verfahrensrechtlich präkludiert ist.**

**2. Kann der Anfechtungsgläubiger mit seiner Forderung, die der Anfechtung zugrunde liegt, gegen eine unstreitige oder titulierte Forderung des Schuldners aufrechnen, ist das Schuldnervermögen in diesem Umfang grundsätzlich nicht unzureichend. Dies gilt auch dann, wenn der Schuldner wegen eines nur ihn treffenden Aufrechnungsverbots nicht aufrechnen könnte.**

**3. Ist die Hauptforderung im Verhältnis zur Gegenforderung des Anfechtungsgläubigers nicht geringfügig, darf dieser von der Aufrechnung nicht deshalb absehen, weil er sich dadurch keine vollständige Befriedigung verschaffen kann.**

**4. Der Anfechtungsgegner kann den Anfechtungsgläubiger grundsätzlich nicht auf die Möglichkeit der Aufrechnung gegen eine Forderung des Schuldners verweisen, die bestritten ist.**

**5. Eine zunächst vorliegende Gläubigerbenachteiligung entfällt, wenn der Anfechtungsgegner dem Schuldner vor Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung als (weitere) Gegenleistung der angefochtenen Leistung Vermögenswerte zuwendet, welche die angefochtene Leistung nunmehr vollständig ausgleichen und dem Zugriff des Gläubigers offen stehen.**

(Vorgehend: LG Kiel, 30. 6. 2004 – 17 O 201/03; OLG Schleswig, 24. 2. 2006 – 1 U 107/04)

### Sachverhalt

1 Die Klägerin betrieb früher ein Bauunternehmen. Sie stand in ständiger Geschäftsbeziehung zu dem Vater des Beklagten (Schuldner).

2 Zwischen der Klägerin und dem Schuldner wurden im Jahr 2000 drei Geschäfte abgeschlossen:

3 Der Schuldner stellte der Klägerin am 10. 3. 2000 zur Überbrückung von Liquiditätsproblemen ein zinsloses Darlehen über 150.000 DM (= 76.693,78 €) zur Verfügung. Das Darlehen wurde nicht zurückbezahlt.

4 Mit Bauvertrag vom 13. 3. 2000 verpflichtete sich die Klägerin gegenüber dem Schuldner zur Errichtung zweier Doppelhäuser zum Pauschalpreis von 1.200.000 DM. Auf dieses von der Klägerin nicht zum Abschluss gebrachte Bauvorhaben erbrachte der Schuldner Abschlagszahlungen von insgesamt 760.200,02 DM.

5 Mit notariellem Kaufvertrag vom 27. 5. 2000 kaufte der Schuldner von der Klägerin drei Wohnungen zum Preis von insgesamt 600.000 DM (= 306.775,12 €). Dieser sollte spätestens zum 1. 8. 2000 fällig sein; eine Verrechnung mit der Forderung auf Rückzahlung des Darlehens aus der Vereinbarung vom 10. 3. 2000 wurde ausgeschlossen. Der Schuldner zahlte den Kaufpreis nicht, weil er von zunehmenden wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Klägerin erfuhr.

6 Im Oktober 2000 wurde ein Insolvenzantrag der Klägerin mangels Masse abgelehnt. Seither befindet sich die Klägerin in der Liquidation.

7 Im Vorprozess nahm die Klägerin den Schuldner erfolgreich auf Zahlung des Kaufpreises für die Wohnungen in Anspruch. Die Hilfsaufrechnung des Schuldners mit seinem Darlehensrückzahlungsanspruch und einem Rückforderungs- und Schadensersatzanspruch wegen angeblicher Überzahlung aus dem Doppelhäuser-Projekt wurde als unzulässig angesehen. Der mit einer Hilfswiderklage geltend gemachte Darlehensrückzahlungsanspruch führte zu einem Teil-Anerkenntnisurteil zugunsten des Schuldners.

8 Nachdem im Vorprozess das für ihn ungünstige erstinstanzliche Urteil ergangen war, übertrug der Schuldner am 7. 10. 2002 – unter Vorbehalt eines lebenslangen Wohnrechts – sein (grundbuchrechtlich aus mehreren Flurstücken bestehendes) Wohngrundstück im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf den Beklagten, seinen Sohn. Dieser übernahm eine auf einem Teilgrundstück lastende Grundschuld zur weiteren dinglichen Haftung. Die Grundschuld valutiert bis heute in Höhe von 153.387,56 €.

9 Die Zwangsvollstreckung der Klägerin schlug fehl. Am 18. 4. 2004 – nach Rechtshängigkeit der vorliegenden Klage – trat der Schuldner alle Ansprüche aus dem mit der Klägerin geschlossenen Darlehensvertrag sowie aus dem Bauvertrag an den Beklagten ab.

10 Mit der vorliegenden Klage hat die Klägerin die Grundstücksübertragung auf den Beklagten wegen Gläubigerbenachteiligung angefochten. Dieser hat geltend gemacht, die Klage sei abzuweisen, weil ihm aus abgetretenem Recht seines Vaters aufrechenbare Gegenansprüche zustünden, und zwar der Darlehensrückzahlungsanspruch in Höhe von 76.693,78 € sowie Schadensersatz- bzw. Bereicherungsansprüche aus dem Bauvorhaben in Höhe von 244.598,71 €. Hilfsweise hat er beantragt, der Duldungsklage nur stattzugeben Zug um Zug gegen Zahlung des Darlehensbetrages. Außerdem hat er wegen der Ansprüche aus dem Bauvorhaben Widerklage erhoben.

11 Das Landgericht hat der Anfechtungsklage durch Teilurteil voll entsprochen. Die Aufrechnung und die Einrede eines Zurückbehaltungsrechts hat es für unzulässig und die Widerklage für nicht entscheidungsreif gehalten. Die Berufung des Beklagten hatte teilweise Erfolg: Das Berufungsgericht hat entschieden, der Beklagte sei nur Zug um Zug gegen Zahlung der 76.693,78 € zur Duldung der Zwangsvollstreckung in den übertragenen Grundbesitz – mit Ausnahme eines wertausschöpfend belasteten Flurstücks – verpflichtet. Dagegen wenden sich beide Parteien mit ihren vom Senat zugelassenen Revisionen.

## Aus den Gründen

12 Die Revisionen beider Parteien haben teilweise Erfolg.

13 A. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, entgegen der Annahme des Beklagten handele es sich bei der erstinstanzlichen Entscheidung nicht um ein unzulässiges Teilurteil. Der geltend gemachte Anspruch der Klägerin ergebe sich aus § 11 Abs. 1 i. V. m. §§ 3, 4 AnfG. Die Klägerin sei nach § 2 AnfG zur Anfechtung berechtigt, weil das Vermögen des Schuldners unzulänglich sei. Der Beklagte könne sich nicht mit Erfolg darauf berufen, dass sich die Klägerin durch Pfändung des gegen sie selbst gerichteten titulierten Darlehensrückzahlungsanspruchs befriedigen könne. Die Pfändung führe nur zur Aufrechnung. Die Klägerin werde dadurch nur von einer Verbindlichkeit befreit, erhalte aber nicht die nach § 2 AnfG voraussetzende Befriedigung. Auch der Eigentumsübertragungsanspruch aus dem Kaufvertrag führe nicht zur Zulänglichkeit des Schuldnervermögens. Die Klägerin besitze eine titulierte Kaufpreisforderung gegen den Schuldner. Dem könne der Beklagte nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass der Schuldner den Kaufvertrag wegen arglistiger Täuschung über die Mangelfreiheit des Kaufgegenstands angefochten habe. Mit diesem erst im Berufungsrechtszug erhobenen Einwand sei er gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert. Bei Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz seien dem Schuldner die zum Anlass für die Anfechtung genommenen Mängel bereits bekannt gewesen. Die angefochtene Rechtshandlung sei objektiv gläubigerbenachteiligend. Dem Schuldner sei für die Übertragung des Grundbesitzes kein Vermögenswert zugeflossen, der für die Klägerin einen Ausgleich hätte schaffen können. Die Zuwendung an den Beklagten sei im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und somit unentgeltlich erfolgt. Soweit sich der Beklagte, wie er zuletzt vorgetragen habe, durch Vereinbarung vom 5.12.2004 mit dem Schuldner und dessen Ehefrau, seiner Mutter, zur Übernahme der per 7.10.2002 auf dem Grundstück abgescherten persönlichen Verbindlichkeiten des Schuldners und weiteren Gegenleistungen verpflichtet habe, sei von einer unbeachtlichen nachträglichen Beseitigung der Gläubigerbeeinträchtigung auszugehen. Der übertragene Grundbesitz sei – insgesamt betrachtet – auch nicht wertausschöpfend belastet. Die Grundsuld sei nur auf einem Teilgrundstück eingetragen. Nur dieses sei wertausschöpfend belastet. In diesem Umfang sei der Duldungsausspruch einzuschränken gewesen. Erfolg habe die Berufung des Beklagten auch insofern, als dieser sich wegen des Darlehensrückzahlungsanspruchs auf ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 BGB berufen könne. Der in dem Kaufvertrag vom 27.4.2000 vereinbarte Ausschluss der Verrechnungsmöglichkeit ändere daran nichts. Der Beklagte wäre daran nur gebunden, wenn er den gesamten Vertrag übernommen hätte, wofür nichts ersichtlich sei. Auch das Aufrechnungsverbot in dem Darlehensvertrag stehe dem Zurückbehaltungsrecht nicht entgegen. Da sowohl die Klägerin als auch der Schuldner inzwischen illiquide geworden seien, verstoße die Berufung auf das Aufrechnungsverbot gegen Treu und Glauben.

14 B. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

15 I. Die Revision des Beklagten

16 Die Revision des Beklagten führt zu einer Herabsetzung der Forderung, wegen deren Befriedigung die Klägerin Duldung der Zwangsvollstreckung verlangen kann, auf 230.081,34 € zuzüglich Zinsen. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.

17 1. Ohne Erfolg rügt die Revision des Beklagten, das Landgericht habe der Klage durch ein unzulässiges Teilurteil stattgegeben.

18 a) Ein Teilurteil darf nur ergehen, wenn der weitere Verlauf des Prozesses die Entscheidung unter keinen Umständen mehr berühren kann. Ein Teilurteil ist daher unzulässig, wenn es eine Frage entscheidet, die sich im weiteren Verfahren über die anderen Ansprüche noch einmal stellt (BGHZ 107, 236, 242; 120, 376, 380; BGH, Urte. v. 4.2.1997 – VI ZR 69/96, NJW 1997, 1709, 1710; v. 30.11.1999 – VI ZR 219/98, NJW 2000, 800, 801, insofern in BGHZ 143, 189 nicht abgedruckt; v. 13.4.2000 – I ZR 220/97, NJW 2000, 3716, 3717; v. 28.11.2002 – VII ZR 270/01, NJW-RR 2003, 303 f.).

19 b) Im vorliegenden Fall ist die künftige Entscheidung über die Widerklage von derjenigen über die Klage unabhängig.

20 aa) Allerdings hat der Beklagte die der Widerklage zugrunde liegenden Schadensersatz-/Bereicherungsansprüche aus dem Bauprojekt zugleich hilfsweise als »aufrechenbare Gegenansprüche« der Klage entgegengesetzt. Verteidigt sich der Beklagte mit einer Aufrechnung und erhebt er wegen des aufgerechneten Anspruchs Widerklage, kann eine Entscheidung, die nur über die Klage ergeht, die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen begründen. Wird die Aufrechnung als zulässig, wengleich unbegründet angesehen, werden dem Beklagten die Gegenansprüche aberkannt, über die im Rahmen der Widerklage nochmals entschieden werden muss.

21 bb) Hier besteht diese Gefahr jedoch nicht. Die Ansprüche aus dem Bauvertrag sind nicht doppelrelevant.

22 (1) Die auf diese Ansprüche gestützte Hilfsaufrechnung ist aus verfahrensrechtlichen Gründen unbeachtlich.

23 Mit Angriffen, die sich gegen den Bestand des dem Vollstreckungstitel zugrunde liegenden materiellen Anspruchs richten, kann der Anfechtungsgegner nach ständiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung in aller Regel nicht gehört werden. Ist der Vollstreckungstitel ein rechtskräftiges oder vorläufig vollstreckbares Urteil, sind dem Anfechtungsgegner im Anfechtungsprozess – vom Vorwurf der Kollusion zwischen Gläubiger und Schuldner abgesehen (der hier nicht erhoben worden ist) – in entsprechender Anwendung von § 767 Abs. 2 ZPO nur solche Einwendungen erlaubt, die nach der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess des Gläubigers gegen den Schuldner entstanden sind und die der Schuldner selbst noch vorbringen könnte (BGHZ 55, 20, 28; 90, 207, 210; BGH, Urte. v. 22.9.1982 – VIII ZR 293/81, ZIP 1982, 1362, 1363; v. 19.11.1998 – IX ZR 116/97, WM 1999, 33, 34; ebenso *Huber*, AnfG, 10. Aufl., § 2 Rdn. 33).

24 Zu Unrecht meint die Revision des Beklagten, die Rechtsprechung tendiere neuerdings zur Auflockerung dieser Grundsätze. Das Senatsurteil vom 9.7.1998 (BGHZ 139, 214), auf das sie verweist, betraf einen Fall, in dem die Einwendung, nämlich die Verjährung des Anspruchs gegen den Hauptschuldner, erst nach Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess entstanden war (BGH, aaO, S. 221).

25 Die Voraussetzungen einer Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO analog liegen vor. Die Hilfsaufrechnung des Schuldners mit den von ihm geltend gemachten Ansprüchen aus dem Bauvertrag ist in dem Vorprozess als unzulässig, weil treuwidrig (§ 242 BGB), angesehen worden. Der Schuldner habe bei Abschluss des Kaufvertrages die Klägerin in der Annahme bestärkt, er werde gegen den Kaufpreisanspruch nicht nur nicht mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch, sondern überhaupt nicht aufrechnen. Die Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO greift auch dann ein, wenn die Aufrechnung vor der Schlussverhandlung geltend gemacht worden war, damals aber nicht zum Erfolg geführt hat. Gegen die verfehlt Nichtzulassung einer Einwendung hilft nur die Anfechtung der darauf beruhenden Entscheidung (BGH, Urte. v. 13.12.1994 – X ZR 20/93, WM 1995, 634, 635; v. 5.12.1996 – IX ZR 67/96, NJW 1997, 743; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 767 Rdn. 25, 28). Zwar ist durch diese Entscheidung nicht mit Rechtskraftwirkung über die Aufrechnungsforderung entschieden, so dass sie grundsätzlich in einem neuen Rechtsstreit wiederum zur Prüfung gestellt werden kann. Der Aufrechnungseinwand kann jedoch nicht mehr im Wege der Vollstreckungsgegenklage oder in einem Anfechtungsprozess, dem die im Vorprozess titulierte Forderung zugrunde liegt, geltend gemacht werden. Das verbietet der Zweck des § 767 Abs. 2 ZPO, die materielle Rechtskraft der ersten Entscheidung abzusichern (BGH, Urte. v. 5.12.1996, aaO).

26 (2) Bei der Beurteilung der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen ist zwar nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch die Möglichkeit einer abweichenden Entscheidung im Instanzenzug zu berücksichtigen (BGHZ 107, 236, 242; BGH, Urte. v. 5.6.1991 – VIII ZR 168/90, NJW 1991, 2699; v. 12.1.1994 – XII ZR

167/92, WM 1994, 865; v. 23. 1. 1996 – VI ZR 387/94, NJW 1996, 1478). Diese Rechtsprechung setzt jedoch voraus, dass die Berücksichtigung des Teils, die eine Doppelrelevanz begründen könnte, verfahrensrechtlich zulässig ist, woran es im vorliegenden Fall fehlt.

27 (3) Über die Klage kann entschieden werden, ohne auf den Einwand des Beklagten einzugehen, das Schuldnervermögen sei nicht unzureichend im Sinne des § 2 AnfG, weil die Klägerin sich durch Aufrechnung gegen die Widerklageforderung Befriedigung verschaffen könne (vgl. unten 2. b).

28 2. Soweit das Berufungsgericht einen Anfechtungsanspruch der Klägerin wegen der gesamten Forderung aus dem Kaufvertrag bejaht hat, hält die Entscheidung der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

29 a) Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, die Klägerin verfüge – wie von § 2 AnfG vorausgesetzt – über einen vollstreckbaren Schuldtitel und eine fällige Forderung gegen den Schuldner. Im Ergebnis beanstandungsfrei hat es den Vortrag des Beklagten, wonach der Schuldner den Kaufvertrag vom 27. 4. 2000 über die Wohnungen wegen arglistiger Täuschung angefochten habe, für nicht entscheidungserheblich betrachtet.

30 Zwar rügt die Revision des Beklagten mit Recht, dass die Berücksichtigung dieses Vortrags nicht nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen war. Die gegenteilige Annahme des Berufungsgerichts beruht auf einer Verwechslung von Schuldner und Beklagtem. Das Berufungsgericht durfte es dem Beklagten nicht als Nachlässigkeit anlasten, dass der Schuldner womöglich in der Lage gewesen wäre, die – erst nach Verkündung des erstinstanzlichen Urteils erklärte – Anfechtung zeitiger, noch vor Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz, auszusprechen.

31 Indes war auch dieser Vortrag des Beklagten nach § 767 Abs. 2 ZPO analog präkludiert. Die Revision des Beklagten weist darauf hin, der Schuldner habe erst kurz vor der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess erfahren, dass der Klägerin für die Baumaßnahme, die zur Herstellung des gekauften Wohnungseigentums habe führen sollen, überhaupt keine Baugenehmigung erteilt worden sei, was sie dem Schuldner arglistig verschwiegen habe. Wenn der Schuldner das aber vor der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Vorprozess erfahren hat, hätte er es dort auch vorbringen können. Da er es nicht getan hat, ist er mit diesem Vorbringen ausgeschlossen, und dann ist es auch der Beklagte.

32 b) Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch das Schuldnervermögen als insgesamt unzureichend im Sinne von § 2 AnfG angesehen.

33 aa) Allerdings ist der Einwand des Beklagten, unter Berücksichtigung des titulierten Darlehensrückzahlungsanspruchs und des Eigentumsverschaffungsanspruchs bezüglich der Wohnungen sei das Schuldnervermögen nicht unzureichend, weil die Klägerin durch Pfändung dieser – gegen sie selbst gerichteten – Ansprüche zumindest eine Teilbefriedigung erlangen könne, vom Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend zurückgewiesen worden.

34 Der Darlehensrückzahlungsanspruch ist wegen der erfolgten Abtretung an den Beklagten nicht mehr dem Schuldnervermögen zuzurechnen. Insoweit macht der Beklagte mit seiner Revision geltend, vorgetragen zu haben, dass er zu einer Rückabtretung an den Schuldner bereit sei; das Landgericht hätte ihn gemäß § 139 ZPO darauf hinweisen müssen, dass es diese Rückabtretung für notwendig erachte. Indes ist der Beklagte darauf, dass sich diese Forderung nicht mehr im Schuldnervermögen befindet, und die Auswirkungen dieses Umstands im Rahmen des § 2 AnfG in dem erstinstanzlichen Urteil hinreichend aufmerksam gemacht worden. Gleichwohl ist die Rückabtretung nicht erfolgt.

35 Hinsichtlich des Eigentumsverschaffungsanspruchs hält die Revision des Beklagten dem Berufungsurteil zwar mit Recht entgegen, der Anspruch sei nie an den Beklagten abgetreten worden. Das verhilft der Revision jedoch nicht zum Erfolg. Der Eigentumsverschaffungsanspruch war nur in dem Maße werthaltig, in dem der Gläubiger – hier also der Schuldner – seinerseits vertragstreu war. War dieser nicht bereit, den Kaufpreis zu bezahlen, konnte der Verkäufer (hier: die Klägerin) den Anspruch auf die Gegenleistung mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts abwehren. Da der Schuldner nicht in der Lage, jedenfalls nicht willens war und ist, den Kaufpreis zu bezahlen, kann er die Klägerin nach Treu und Glauben auch nicht darauf verweisen, den gegen sie selbst gerichteten Eigentumsverschaffungsanspruch zu pfänden.

36 bb) Demgegenüber hat das Berufungsgericht den Einwand des Beklagten, die Klägerin könne gegen seine Forderungen, soweit sie

auf Zahlung gerichtet seien, aufrechnen, mit einer nicht tragfähigen Begründung zurückgewiesen.

37 (1) Hat der Schuldner seinerseits Forderungen gegen den Anfechtungsgläubiger, der dagegen mit seiner Gegenforderung aufrechnen kann, ist das Schuldnervermögen grundsätzlich nicht unzureichend im Sinne des § 2 AnfG.

38 (aa) Der Schuldner hat das Recht, mit einer eigenen Forderung (Gegenforderung) gegen die Forderung seines Gläubigers (Hauptforderung) aufzurechnen. Er bewirkt, indem er seine Gegenforderung hingibt, die Tilgung der Hauptforderung. Die Aufrechnung ist damit ein Erfüllungssurrogat. Zugleich gibt sie dem Aufrechnenden die Möglichkeit, seine Gegenforderung im Wege der Selbsthilfe ohne das Risiko eines von ihm zu führenden Aktivprozesses durchzusetzen (BGHZ 130, 76, 80 m. w. N.; BGH, Urt. v. 28. 4. 1987 – VI ZR 143/86, NJW 1987, 2997, 2998; Staudinger/Gursky, BGB, Bearb. 2000, vor §§ 387 ff. Rdn. 6; MK-BGB/Schlüter, 5. Aufl., § 387 Rdn. 1). Sie ermöglicht einen der Zwangsvollstreckung ähnlichen Zugriff auf die Hauptforderung. Insoweit dient sie der Befriedigung der Gegenforderung.

39 Rechnet der Anfechtungsgläubiger (§ 2 AnfG) mit seiner Forderung, die der Anfechtung zugrunde liegt, gegen eine Forderung des Schuldners auf, ist dies einem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung gleichzuachten. Soweit dieser Zugriff reicht, fehlt es an der Voraussetzung des § 2 AnfG, wonach »die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu einer vollständigen Befriedigung des Gläubigers geführt« haben darf.

40 Das Berufungsgericht meint, die Aufrechnung verschaffe dem Anfechtungsgläubiger lediglich die Befreiung von einer Verbindlichkeit, nicht hingegen den Erhalt einer nach § 2 AnfG vorauszusetzenden Befriedigung. Diese Auffassung berücksichtigt nicht die doppelte Funktion der Aufrechnung. Das Berufungsgericht kann sich insoweit auch nicht auf *Jäger* (Die Gläubigeranfechtung außerhalb des Konkursverfahrens, 2. Aufl., § 2 Anm. 26) stützen. Dort heißt es, Vermögensstücke eines Dritten oder des Gläubigers selbst, die für die befriedigungsbedürftige Forderung hafteten, blieben bei Ermittlung einer Uneinbringlichkeit im Sinne des § 2 AnfG außer Ansatz. Decke das Schuldnervermögen die Forderung des Gläubigers nicht, so habe er die Rückgewähr eines anfechtbaren Erwerbs auch dann zu beanspruchen, wenn er aufgrund der Dritthaftung seine Befriedigung erwirken könne. Im vorliegenden Fall geht es demgegenüber nicht um eine Dritthaftung, sondern darum, dass sich im Vermögen des Schuldners eine Forderung befunden hat, auf welche die Klägerin auch jetzt noch zugreifen kann (vgl. § 406 BGB).

41 Dieser Zugriff ist der Klägerin auch zuzumuten, obwohl sie selbst vermögenslos ist; denn sie kann sich im Wege der Aufrechnung – durch Befreiung von der eigenen Verbindlichkeit – den Wert der Hauptforderung erschließen.

42 (bb) Dass die Klägerin als Anfechtungsgläubigerin die Aufrechnung nicht erklärt hat, ist unerheblich.

43 Allerdings ist die Aufrechnung ein Recht des Schuldners. Es steht ihm im Allgemeinen frei, ob er davon Gebrauch macht oder nicht. In vielen Fällen wird der Schuldner seine Gegenforderung nicht aufopfern wollen, um die Hauptforderung zu tilgen. Auch dann, wenn die Gegenforderung des Schuldners tituliert ist, muss er nicht aufrechnen. Er kann vielmehr aufgrund seines Titels vollstrecken und es dem Gläubiger überlassen, ob er von einer etwa auch für ihn gegebenen Aufrechnungsmöglichkeit Gebrauch macht. Dass der Schuldner die Möglichkeit hätte, im Wege der Aufrechnung auf die Hauptforderung zuzugreifen, nötigt ihn nicht dazu, von dem Zugriff im Wege der Zwangsvollstreckung abzusehen.

44 Dies ändert sich im Grundsatz – vorbehaltlich des Bestehens eines Aufrechnungsverbots – dann, wenn der derjenige, der im Wege der Gläubigeranfechtung auf das Vermögen eines Dritten zugreifen will, dem Hauptschuldner gegenüber mit einer Verbindlichkeit belastet ist und diese durch Aufrechnung tilgen kann. Der Gläubiger darf nicht nach Belieben seinen Schuldner schonen und stattdessen den Empfänger anfechtbar erworbener Zuwendungen in Anspruch nehmen; insofern ist die Anfechtungsklage »subsidiär« (BGH, Urt. v. 11. 7. 1996 – IX ZR 226/94, ZIP 1996, 1516, 1518). Dem Gläubiger muss das aus dem Vermögen des Schuldners Weggegebene nur zur Verfügung gestellt werden, »soweit es zu dessen Befriedigung erforderlich ist« (§ 11 Abs. 1 AnfG).

45 Genauso wie der Gläubiger nicht nach freiem Belieben entscheiden kann, ob er aus einem vollstreckbaren Titel gegen den Schuldner vollstreckt oder gleich einen Anfechtungsanspruch gegen einen Dritten geltend macht, muss er eine Aufrechnungsmöglichkeit wahrneh-

men, bevor er anfiicht. Kann sich der Anfechtungsgläubiger (Gläubiger der Gegenforderung) durch Aufrechnung befriedigen, ist es nicht erforderlich, dass der Dritte (Anfechtungsschuldner) das vom Gläubiger der Hauptforderung Erhaltene dem Anfechtungsgläubiger zur Verfügung stellt.

46 (cc) Ist die Aufrechnung – jedenfalls für den Anfechtungsgläubiger (Gläubigers der Gegenforderung) – gesetzlich oder vertraglich ausgeschlossen, verbietet sich allerdings die Berücksichtigung einer Aufrechnungsmöglichkeit bei der Prüfung, ob das Vermögen desjenigen, der einen Gegenstand weggegeben hat, dadurch unzureichend geworden ist. In diesem Fall ist es zur Befriedigung des Gläubigers der Gegenforderung weiterhin erforderlich, dass ihm das Weggegebene zur Verfügung gestellt wird. Denn eine Aufrechnung, die rechtlich ausgeschlossen ist, taugt weder als Erfüllungssurrogat noch zur Selbstexekution.

47 (2) Im vorliegenden Fall kann die Klägerin gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch aufrechnen. Dieser Anspruch besteht; er ist tituliert. Seine Abtretung an den Beklagten hindert die Aufrechnung durch die Klägerin nicht (§ 406 BGB). Damit kann sich die Klägerin in Höhe von 76.693,78 € befriedigen.

48 Das zwischen der Klägerin und dem Schuldner – zu dessen Lasten – vereinbarte Aufrechnungsverbot steht dem nicht entgegen. Ob das Aufrechnungsverbot für den Schuldner gemäß § 242 BGB entfallen ist, weil inzwischen auch die Klägerin in Vermögensverfall geraten ist, so dass er bei einer Fortdauer des Verbots seine Gegenforderung nicht mehr realisieren könnte (vgl. BGHZ 23, 17, 26 f.; BGH, Urt. v. 2. 12. 1974 – II ZR 132/73, NJW 1975, 442; v. 26. 2. 1987 – I ZR 110/85, WM 1987, 732, 734; v. 19. 9. 1988 – II ZR 362/87, NJW 1989, 124, 125; MK-BGB/Kieninger, aaO, § 309 Nr. 3 Rdn. 5; MK-BGB/Schlüter, aaO, § 387 Rdn. 61; Palandt/Grüneberg, BGB, 66. Aufl., § 387 Rdn. 17), kann dahinstehen. Da das Aufrechnungsverbot nur zum Schutze der Klägerin diente, war ihr die Aufrechnung zu keinem Zeitpunkt verboten.

49 Die Klägerin darf von der Aufrechnung auch nicht deshalb absehen, weil mit der Aufrechnung gegen den Darlehensrückzahlungsanspruch noch keine vollständige Befriedigung der klägerischen Kaufpreisforderung von 306.775,12 € nebst Zinsen erreichbar ist. Eine Zwangsvollstreckung kann nicht schon dann unterbleiben, wenn feststeht, dass sie nur zu einer Teilbefriedigung des Gläubigers führen würde (Huber, aaO, § 2 Rdn. 23; Kübler/Prütting/Paulus, InsO, § 2 AnfG Rdn. 20). Allerdings ist der Gläubiger nicht gehalten, auf jeden noch so geringwertigen oder entlegenen Gegenstand zuzugreifen. Eine Forderung von 76.693,78 € ist jedoch – gemessen an der Höhe der Forderung des Anfechtungsgläubigers – nicht unbedeutend. Daher muss sich die Klägerin diese Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem Anfechtungsgegner anrechnen lassen. Den Anfechtungsanspruch kann sie nur wegen des Rests geltend machen.

50 (3) Die von dem Beklagten aus abgetretenem Recht des Schuldners in Höhe von 244.598,71 € geltend gemachten, von der Klägerin bestrittenen und gerichtlich nicht festgestellten Ansprüche aus dem Doppelhäuser-Projekt hindern den Anfechtungsanspruch dagegen nicht; insofern ist der Klägerin eine Aufrechnung nicht zumutbar.

51 (aa) In der Revisionsverhandlung hat der Beklagte ausdrücklich geltend gemacht, das Schuldnervermögen sei auch wegen dieser Ansprüche zureichend. Es ist zwar fraglich, ob der Beklagte sich bereits in den Vorinstanzen darauf berufen hat. Diese Frage hatten jedoch bereits die Tatrichter zu untersuchen, weil die entsprechenden Tatsachen vorgetragen waren. Demgemäß steht sie nunmehr auch zur Überprüfung durch das Revisionsgericht.

52 (bb) Der Beklagte kann den Anfechtungsgläubiger nicht auf die Möglichkeit der Aufrechnung gegenüber dem Schuldner verweisen, wenn dessen Forderung ernsthaft bestritten ist.

53 Ist zweifelhaft, ob nach einer Vermögensverschiebung des Schuldners dessen Restvermögen ausreicht, um den Gläubiger zu befriedigen, braucht sich der Anfechtungskläger nicht auf die Möglichkeit einer Pfändung verweisen zu lassen, die, wenn überhaupt, erst nach Jahren zu einer Befriedigung führt (BGH, Urt. v. 22. 9. 1982, aaO). Ebenso wenig muss er sich auf die Pfändung angeblicher Forderungen des Schuldners einlassen, deren Bestehen nicht festgestellt ist (OLG Hamm, ZInsO 2002, 81, 83; Huber, aaO, § 2 Rdn. 27; Kübler/Prütting/Paulus, aaO, § 2 Rdn. 20). Aus den gleichen Gründen kann der Gläubiger nicht darauf verwiesen werden, sich durch Aufrechnung gegenüber einer Forderung zu befriedigen, von der nicht geklärt ist, ob sie einen nennenswerten Bestandteil des Schuldnervermögens bildet. Müsste der Anfechtungsgläubiger hier zunächst den Streit über eine solche Forderung austragen, würde dies zudem eine

Verzögerung der Durchsetzung des Anfechtungsrechts bewirken, die nicht vereinbar wäre mit dem Zweck dieses Rechtsinstituts, den Gläubiger vor Vermögensverschiebungen durch den Schuldner zu schützen, die geeignet sind, seine Befriedigung zu vereiteln.

54 3. Soweit danach ein nicht aus dem Schuldnervermögen zu deckender Anspruch verbleibt – nämlich in Höhe von 230.081,34 € –, sind die Voraussetzungen einer Anfechtung gemäß § 4 AnfG erfüllt.

55 a) Wie vom Berufungsgericht zutreffend ausgeführt, hat der Beklagte den Grundbesitz unentgeltlich erhalten, und zwar nicht früher als vier Jahre vor der Anfechtung. Es handelt sich um eine Zuwendung im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge. Durch den Abschluss der Ergänzungsvereinbarung vom 5. 12. 2004 hat sich an der Unentgeltlichkeit nichts geändert. Für die Qualifizierung einer Rechtshandlung als entgeltlich oder unentgeltlich kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Rechtshandlung vorgenommen wurde (vgl. § 8 AnfG). Es muss darauf abgestellt werden, ob seinerzeit eine angemessene Gegenleistung erfolgt oder wenigstens ausbedungen worden ist. Eine sich daraus ergebende Unentgeltlichkeit der Leistung wird nicht dadurch aufgehoben, dass die Parteien sie im Nachhinein in eine entgeltliche umwandeln (BFH, NJW 1988, 3174, 3175 r. Sp.; Huber, aaO, § 4 Rdn. 20; Kübler/Prütting/Paulus, aaO, § 4 AnfG Rdn. 3).

56 b) Durch die Grundstücksübertragung ist die Möglichkeit der Klägerin, sich durch Vollstreckung in das Schuldnervermögen zu befriedigen, beeinträchtigt und die Klägerin somit objektiv benachteiligt worden. Nach den tatrichterlichen – von der Revision des Beklagten nicht angegriffenen – Feststellungen sind die übertragenen Flurstücke, von einer einzigen Ausnahme abgesehen, nicht wertausschöpfend belastet.

57 Allerdings wäre – entgegen der Meinung des Berufungsgerichts – ein nachträglicher Wegfall der Gläubigerbenachteiligung erheblich (Huber, aaO, § 1 Rdn. 51; vgl. ferner MK-InsO/Kirchhof, § 129 Rdn. 177 f.; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl., § 129 Rdn. 129). Diese muss bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung gegeben sein. Eine zunächst vorliegende Gläubigerbenachteiligung entfällt, wenn der Anfechtungsgegner dem Schuldner bis zu diesem Zeitpunkt als (weitere) Gegenleistung der angefochtenen Zuwendung Vermögenswerte zukommen lässt, welche die angefochtene Leistung nunmehr vollständig ausgleichen und dem Zugriff des Gläubigers offen stehen.

58 Hier ist die Gläubigerbenachteiligung jedoch nicht nachträglich entfallen. Mit der Ergänzungsvereinbarung vom 5. 12. 2004 hat der Beklagte gegenüber der Grundpfandgläubigerin ein Schuldnerkenntnis über 60.000 € nebst Zinsen abgegeben und sich deswegen der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterworfen. Außerhalb der Ergänzungsvereinbarung hat er Darlehensverbindlichkeiten seines Vaters übernommen und angeblich auch erfüllt. Dadurch sind dem Schuldner keine dem Zugriff der Klägerin offen stehenden Vermögenswerte zugeflossen.

59 II. Die Revision der Klägerin

60 Die Klägerin wendet sich dagegen, dass dem Beklagten wegen des ihm vom Schuldner abgetretenen Darlehensrückzahlungsanspruchs ein Zurückbehaltungsrecht eingeräumt worden ist. Diesem Angriff ist im Ergebnis der Erfolg nicht zu versagen.

61 Da der Darlehensrückzahlungsanspruch bei der Frage, ob das Schuldnervermögen zureichend im Sinne des § 2 AnfG ist, berücksichtigt werden muss (vgl. oben I 2 b bb), ist er dadurch »verbraucht« und kann nicht zusätzlich zum Gegenstand eines Zurückbehaltungsrechts gemacht werden.

62 Es kommt deshalb nicht mehr darauf an, dass der Beklagte hier auch gemäß § 767 Abs. 2 ZPO mit dem Zurückbehaltungsrecht präkludiert wäre (zur Präklusion einer derartigen Einrede vgl. RGZ 158, 145, 149; BGHZ 34, 274, 281 f.; OLG Celle, OLGZ 1970, 357, 359 f.; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 767 Rdn. 21, 32), weil der Schuldner dieses nicht mehr geltend machen könnte; dessen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens war bereits vor der Schlussverhandlung im Berufungsrechtszug des Vorprozesses entstanden und fällig geworden.

63 C. Das Berufungsurteil ist demgemäß dahin zu ändern, dass der Beklagte die Zwangsvollstreckung in das ihm von dem Schuldner übertragene, nicht wertausschöpfend belastete Immobilienvermögen nur wegen der infolge der Aufrechnung mit dem Darlehensrückzahlungsanspruch verminderten Forderung der Klägerin zu dulden hat. Dadurch entfällt das dem Beklagten zugebilligte Zurückbehaltungsrecht. Beides kann das Revisionsgericht selbst aussprechen, weil der Rechtsstreit insoweit zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO).

64 Da das Berufungs- wie auch das Revisionsurteil keine Teilurteile sind – beide Instanzen haben über den gesamten angefallenen Streitstoff abschließend entschieden –, muss insoweit eine Kostenentscheidung getroffen werden.

## Anmerkung

### I. Klageziel aus Anfechtungslage

Dem Verfahren liegt eine in mehrerlei Hinsicht unglücklich entwickelte Geschäftsbeziehung zugrunde. Nur ein kleiner Ausschnitt davon ist Gegenstand des Verfahrens. Die Klägerin (eine insolvente, mangels Masse ohne Insolvenzverfahren in Auflösung befindliche Gesellschaft) erstrebt Duldung der Zwangsvollstreckung in Grundvermögen des Beklagten. Der Beklagte erhielt das Grundvermögen von seinem Vater. Dieser ist Vollstreckungsschuldner der Klägerin aus einer vorangehenden Verurteilung zu Kaufpreiszahlung. Die Klägerin nimmt den Beklagten unter dem Gesichtspunkt der Anfechtung einer unentgeltlichen Vermögensverlagerung nach dem Anfechtungsgesetz (§§ 2, 4 Abs. 1 AnfG) in die Haftung und verlangt von ihm gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 AnfG Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundvermögen.

Personenkonstellation und Vorgang unentgeltlicher Vermögensverlagerung zu einer Zeit, als der durchzusetzende Zahlungsanspruch bereits tituliert war, sind unstrittig. Die rechtliche Würdigung als Anfechtungsfall gemäß § 4 Abs. 1 AnfG<sup>1</sup> hängt lediglich von der Frage ab, ob dem Vollstreckungsgläubiger im Sinne von § 2 AnfG keine Befriedigungsaussicht mehr verblieben ist, nachdem der Schuldner das Grundvermögen dem Beklagten gegeben hat, aber zwischen Vollstreckungsgläubiger und Schuldner noch eine Aufrechnungslage besteht. Obwohl die Geschäftsbeziehung schon nach der aufs Notwendigste reduzierten Schilderung im Tatbestand des Urteils recht verworren ist und es auch den gerichtlichen Auseinandersetzungen durchaus an Übersichtlichkeit mangelt, erscheint die Lage für eine Anfechtung so typisch, wie man sie sich nur für einen Schuldfall wünschen mag.

### II. Verhältnismäßigkeit von Zwangsvollstreckung

1. Die mit dem Fall befassten Gerichte hatten das Interesse des Vollstreckungsgläubigers an ungehindertem Zugriff nach freier Wahl gegen das Interesse des Dritten abzuwägen, einmal vom Vollstreckungsschuldner (zwar nach der zu vollstreckenden Verurteilung, aber vor Beginn der Zwangsvollstreckung) Erworbenes nicht mehr preisgeben zu müssen. Diese Notwendigkeit zur Abwägung ist im Grunde die gleiche, welche auch das Verhältnis des Vollstreckungsgläubigers zum Vollstreckungsschuldner beherrscht. Der Staat nimmt dem Gläubiger die Möglichkeit zur Selbsthilfe und gibt ihm stattdessen die Instrumente der Zwangsvollstreckung. Nur der im Vollstreckungsrecht angebotene Katalog von Maßnahmen steht dem Zwangsvollstreckungsgläubiger offen. Aber über die Benutzung dieser Instrumente entscheidet er autonom. Nur auf seinen Antrag, nur in dem von ihm bestimmten Umfang und (bei der Vollstreckung wegen Geldforderung) nur in die von ihm angegebenen Gegenstände findet Zwangsvollstreckung statt.

2. Die Willkür des Gläubigers muss jedoch Maß halten. Gegen unsittliche Härte kann sich der Schuldner mit einem Schutzantrag zur Wehr setzen (§ 765 a ZPO). Der Zugriff darf

nicht über das Ziel hinausschießen (§ 803 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Er muss effizient sein (§§ 803 Abs. 2, 812, 817 a ZPO, 85 a ZVG). Das den Rechtsstaat (Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) eigentümliche Prinzip der Verhältnismäßigkeit bindet mittelbar auch den Vollstreckungsgläubiger. Der Gläubiger kann vom Staat nicht mehr Gewalt für seine Zwecke beanspruchen, als der Staat nach seiner Verfassung dem Individuum antun darf. Die beabsichtigte Zwangsvollstreckung muss sich zur Befriedigung des Gläubigers eignen, sie muss dazu erforderlich sein, und sie muss dem Schuldner zumutbar sein. Im Verhältnis der Privatrechtssubjekte Gläubiger und Schuldner zueinander ist das nichts anderes als die Regeln von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu achten.

Zum Maßhalten kann auch gehören, nicht Zwang dort anzuwenden, wo die Befriedigung schon anderwärts genügend gesichert ist. Das *beneficium excussionis realis*, der Einwand nach § 777 ZPO, der Gläubiger möge zunächst eine schon in seiner Hand liegende Sache zu verwerten suchen, eröffnet dem Schuldner eine Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO. Der Einwand schützt den Vollstreckungsschuldner über den engen Wortlaut hinaus. So kann er den Gläubiger auf dessen Sicherungseigentum verweisen, falls das Sicherungsgut sich auch schon in seinem Besitz befindet<sup>2</sup>. Auch eine Mietkaution (vgl. § 551 BGB) ist der Gläubiger vorrangig zu nutzen gehalten<sup>3</sup>. Dasselbe gilt für ein Pfandrecht (im Sinne von § 233 a. E. BGB) an der Forderung auf Auszahlung gerichtlich hinterlegten und mit der Hinterlegung gemäß § 7 Abs. 1 HinterlO in Staatseigentum übergebenen Geldes (sobald der Gläubiger gemäß § 13 Abs. 2 HinterlO seine Berechtigung nachzuweisen vermag)<sup>4</sup>. Hieran anknüpfend kann man generell Pfandrechte (im Sinne von § 1273 Abs. 1 BGB) an unzweifelhaften Forderungen, welche sich gegen den Staat als einen zuverlässigen Drittschuldner richten, in § 777 ZPO einbeziehen<sup>5</sup>. Doch gilt nicht schlechthin, dass der Gläubiger jede noch so schwache oder nur mühsam zu realisierende Befriedigungsaussicht zwecks Schonung des Schuldners vorzuziehen hätte. Nur auf solche Befriedigungswege, welche ähnlich verlässlich und bequem wie die vorschwebende Zwangsvollstreckung sind, dem Gläubiger auch keine weiteren Dispositionen vereiteln, muss der Vollstreckungsgläubiger sich verweisen lassen.

### III. Anfechtung als Ausnahmefall

Das Gebot der Verhältnismäßigkeit gilt auch gegenüber anderen von der geübten oder beabsichtigten Zwangsvollstreckung Betroffenen. Hier wirkt ebenfalls – und man möchte sagen: erst recht – das Rechtsstaatsprinzip mittelbar unter den Privatrechtssubjekten. Namentlich mag es zwar dem Dritten, welcher etwas aus dem Vermögen des Vollstreckungsschuldners empfing, zuzumuten sein, das Empfangene dem Gläubiger zwecks Befriedigung zur Verfügung zu stellen. Aber das gilt nicht ohne Ansehung der Umstände. Deswegen hält

<sup>1</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.3.a und b (Rdn. 55 f.).

<sup>2</sup> OLG Köln, Beschl. v. 7. 9. 1987 – 2 W 99/87, OLGZ 88, 214, 217; Zöller/Stöber, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 777 Rdn. 6.

<sup>3</sup> AG München, Beschl. v. 14. 11. 1983 – 33 M 1980/83, DGVZ 1984, 77 f.; LG München, Beschl. v. 20. 12. 1983 – 20 T 22133/83, DGVZ 84, 77, 78.

<sup>4</sup> OLG Köln, wie Fn. 2, OLGZ 88, 214, 217.

<sup>5</sup> Zöller/Stöber, aaO (Fn. 2), § 777 Rdn. 6.

das Anfechtungsgesetz unter dem umfassenden Begriff der Gläubigerbenachteiligung (§ 1 AnfG), entsprechend der Definition des Anfechtungsberechtigten in § 2 AnfG zu verstehen als Beeinträchtigung der Befriedigungsmöglichkeit<sup>6</sup>, einen differenzierenden Fallkatalog vor. In den Regelungen drückt sich die Abwägung der Interessen von Vollstreckungsgläubiger und Dritten aus. Richtigerweise ruft der Bundesgerichtshof mit dem Begriff der Subsidiarität<sup>7</sup> in Erinnerung, dass man die Anfechtung als eine Ausnahme ansehen muss. Eingriffe, die der Vollstreckungsschuldner hinzunehmen hätte, muss der Dritte, den der Vollstreckungsgläubiger als Anfechtungsgegner anzusprechen trachtet, nicht stets gleichermaßen erdulden.

#### IV. Keine Anfechtungsberechtigung trotz Aufrechnungsgelegenheit als anderweitiger Befriedigungsmöglichkeit

1. Die gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen des Anfechtungsgegners erschöpft sich nicht in der gesetzlichen Bildung der Anfechtungstatbestände. Vielmehr verlangt auch die Beurteilung des Einzelfalls anhand des Anfechtungsgesetzes wiederum Zurückhaltung. Vor allem gilt dies bei dem zentralen Merkmal der Benachteiligung durch Kürzung der Befriedigungsaussicht gemäß §§ 1, 2 AnfG. Die bloße Verringerung der Auswahl an greifbaren Objekten genügt nicht. Solange noch ein hinreichender Befriedigungsweg verbleibt, braucht der Dritte seinen Erwerb nicht dem Vollstreckungsgläubiger preiszugeben. Zögerlichkeit bei der Annahme einer Anfechtungslage ist das Ergebnis verfassungskonformer Interpretation der Anfechtungsregelungen. In die vermögensbezogenen Dispositionen des Schuldners und des Dritten ist mit Rücksicht auf die Freiheiten der Art. 2 Abs. 1 und 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht ohne Not einzugreifen. Das Zwangsvollstreckungsrecht dient zwar mit Einschluss des Anfechtungsrechts ebenfalls einem Verfassungsgut, nämlich der rechtsstaatlich gebotenen Justizgewährleistung als Ausgleich für die Monopolisierung von Gewalt beim Staat. Doch ist dieser Verfassungswert nicht per se der durchsetzungskräftigere. Vielmehr muss man abwägend eine Konkordanz suchen.

2. Das Abwägungsergebnis liegt nicht immer so klar auf der Hand, als dass Meinungsverschiedenheiten in der Rechtsprechung ausgeschlossen wären. Das Berufungsgericht wollte dem Anfechtungsgegner den Zugriff auf das vom Vollstreckungsschuldner erworbene Grundvermögen in der vollen Höhe der titulierten Summe zumuten, weil Aufrechnung nicht die von § 2 AnfG gemeinte Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers sei<sup>8</sup>. Der Bundesgerichtshof dagegen billigt die Anfechtung nur insofern, als die titulierte Summe die Aufrechnungsgelegenheit übersteigt<sup>9</sup>. Gelegenheit zur Aufrechnung ist hinreichende Befriedigungsaussicht in Höhe der aufrechenbar einander gegenüberstehenden Positionen, so dass die Weggabe anderer Vermögensgegenstände dem Vollstreckungsgläubiger keinen Nachteil zufügt. Die Entlastung von der eigenen Verpflichtung gegenüber dem Schuldner ist der genügende Zufluss aus dem Vermögen des Schuldners, welcher Inanspruchnahme des Dritten entbehrlich macht<sup>10</sup>.

3. Dem Gläubiger ist es also zuzumuten, seine Dispositionsfreiheit in Ansehung der gegenüberstehenden Forderungen lediglich so zu nutzen, dass es nicht wirklich zu einer

Leistung, sondern nur zu einem rechnerischen Ausgleich kommt. Aufrechnung ist zwar nur ein Gestaltungsrecht und kein Automatismus. Aber die Wahlfreiheit kann der Gläubiger nicht behalten wollen, um einen Dritten mit Anfechtung zu belasten<sup>11</sup>. Aufrechnung ist seltener Fall von Privatvollstreckung (Selbstexekution)<sup>12</sup>. Sie steht als solche auf einer Ebene mit der Zwangsvollstreckung. Das Gesetz begünstigt die Selbstvollstreckung sogar noch im Konkurs des Aufrechnungsgegners (§§ 94 f. InsO), nachdem die staatliche Vollstreckung bereits endete (§§ 87, 88, 89 Abs. 1 InsO).

4. Soweit aber Vollstreckung gegen den Schuldner genügt, ist es nicht notwendig, einen Dritten zu behelligen. Der Gläubiger ist nicht aufzurechnen gezwungen. Er darf sich jedoch, wenn er die Aufrechnungsgelegenheit ignoriert, nicht darüber beklagen, dass die titulierte Schuld noch immer unbeglichen sei. Dieser Befund stimmt mit demjenigen in den Beziehungen zwischen Gläubiger, Schuldner und persönlich oder dinglich Mithaftendem überein: Der Gläubiger muss gemäß § 770 Abs. 2 BGB vom Bürgen (wenn der darauf besteht) ablassen, soweit er seine Forderung beim Schuldner mittels Aufrechnung einholen kann. Dasselbe gilt nach §§ 1137 Abs. 1 Satz 1, 1211 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Eigentümers des mit Hypothek (§ 1113 BGB) belasteten Grundstücks oder der mit Pfandrecht (§§ 1204, 1257 BGB) belasteten beweglichen Sache.

5. Unzumutbarkeit eines Zwangs zur Duldung des Zugriffs auf das erworbene Vermögen gestattet dem Anfechtungsgegner den Verweis auf die Aufrechnungslage sogar dann, wenn der Schuldner selbst nicht aufrechnen dürfte. Der Anfechtungsgegner genießt Verschonung, obwohl ein Anfechtungsgegner grundsätzlich (da § 2 AnfG einen vollstreckbaren Schuldtitel voraussetzt) keine Einwände gegen die titulierte Schuld vorbringen kann, mit denen der Schuldner selbst ebenfalls ausgeschlossen ist (obwohl namentlich der Anfechtungsgegner Aufrechnungsverbot oder Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO ebenso achten muss wie der im Rechtsstreit unterlegen Schuldner)<sup>13</sup>.

6. Nur im Verhältnis zum Vollstreckungsschuldner selbst darf der Vollstreckungsgläubiger von der möglichen Aufrechnung absehen und den Zwangsvollstreckungszugriff üben. Er darf damit dem Vollstreckungsschuldner die Initiative zur Aufrechnung zuschieben<sup>14</sup>. Er darf sogar denjenigen Vollstreckungsschuldner mit der Vollstreckungszugriff belasten, der selbst an Aufrechnung gehindert ist<sup>15</sup> (weil die eigene Forderung noch nicht fällig ist; weil ihm Aufrechnung vertraglich oder gesetzlich oder als treuwidrig untersagt ist; weil er den Einwand der Aufrechnung wegen Präklusion gemäß § 767

<sup>6</sup> M. Huber, AnfG, 10. Aufl. 2006, § 1 Rdn. 32.

<sup>7</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1).(bb) (Rdn. 44).

<sup>8</sup> Entscheidungsgründe zu A (Rdn. 13).

<sup>9</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(2) (Rdn. 47 ff.).

<sup>10</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1) (Rdn. 37 ff.).

<sup>11</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1).(bb) (Rdn. 44).

<sup>12</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1).(cc) (Rdn. 46).

<sup>13</sup> Siehe Entscheidungsgründe zu B.I.1.b.bb.(1) (Rdn. 23 ff.); BGH, Urt. v. 2. 3. 2000 – IX ZR 285/99, NJW 2000, 2022, 2024; M. Huber, aaaO (Fn. 6), § 2 AnfG, Rdn. 13, 32 ff.

<sup>14</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1).(bb) (Rdn. 43).

<sup>15</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1).(bb) (Rdn. 43).

Abs. 2 ZPO<sup>16</sup> dem Titel nicht mehr mittels Abwehrklage entgegenhalten darf<sup>17</sup>).

#### V. Sichere Aufrechnungsgelegenheit

Die Anfechtung kann der Anfechtungsgegner allerdings nur mit dem Verweis auf eine sichere Aufrechnungsgelegenheit abwehren. Eine bestrittene Forderung oder eine nicht zur sofortigen Aufrechnung taugliche entlastet ihn nicht von der Pflicht zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das übernommene Vermögen<sup>18</sup>. Eine unsichere Aufrechnungslage ist keine hinreichende verbleibende Befriedigungsaussicht. Nach einer Vermögensverlagerung auf sie zurückgeworfen zu sein ist für den Gläubiger Nachteil im Sinne von §§ 1 f. AnfG. Die Unterscheidung zwischen sicherer und unsicherer Aufrechnungslage ist ähnlich derjenigen, welche zumutbare Vertragsgestaltung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von unangemessener Benachteiligung unterscheidet: Aufrechnungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen missbilligt § 309 Nr. 3 BGB, wenn der Gegner des Verwenders (§ 305 Abs. 1 Satz 1 BGB) unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen nicht zum Aufrechnen benutzen dürfen soll (wohingegen § 556 b Abs. 2 BGB dem Wohnungsmieter die Aufrechnung entgegen vorformuliertem oder einzeln ausgehandeltem vertraglichem Aufrechnungsverbot auch im Streitfalle und ohne rechtskräftige Feststellung gewährleistet). Beide Aspekte ergänzen sich. Die Rechtsordnung erlaubt dem Gläubiger Selbsthilfe durch einseitige Aufrechnungserklärung. Sie schützt das Aufrechnungsrecht in einem Kernbereich. Sie erwartet aber auch, dass der Gläubiger das Selbsthilferecht nutzt. Dritte sollen soweit als möglich Mehrungen, die sie von einem Vollstreckungsschuldner erlangen behalten dürfen. Nur im äußersten Notfall müssen sie sie als hinfällig ansehen.

#### VI. Teilweise Befriedigung genügt

Aufrechnung muss der Vollstreckungsgläubiger auch dann der Anfechtung vorziehen, wenn sie lediglich einen Teil der titulierten Forderung deckt. Nur wegen des Restes hat der Gläubiger den Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstre-

ckung in das verlagerte Vermögen<sup>19</sup>. Die Zwangsvollstreckung kennt keine Unzumutbarkeit der Leistungsteilung, wie sie das Teilleistungsverbot in § 266 BGB für die freiwillige Erfüllung voraussetzt. Zwangsvollstreckung erledigt Verpflichtungen so gut, wie es eben geht. Für den Gläubiger mag es lästig sein, seine Aufmerksamkeit spalten und seine Bemühungen vermehren zu müssen. Dies ist ihm aber eher zuzumuten als einem Dritten der weiter als unvermeidbar gehende Verlust des vom Vollstreckungsschuldner Erworbenen.

#### VII. Allgemeingültigkeit des Vorrangs für die Aufrechnung

Der Bundesgerichtshof beschreibt die Subsidiarität der Anfechtung gegenüber der Aufrechnung allgemein. Sie fußt nicht auf dem besonderen Umstand des Falles, dass der Anfechtungsgegner neben dem Grundvermögen auch noch die Forderung gegen den Vollstreckungsgläubiger vom Vollstreckungsschuldner erworben hatte und deswegen die Aufrechnungsmöglichkeit des Gläubigers ihm gegenüber nach § 406 BGB konserviert blieb<sup>20</sup> (während eine Pfändung der Gegenforderung beim Vollstreckungsschuldner ins Leere gegangen wäre<sup>21</sup>).

Professor Dr. *Christoph Becker*,  
Universität Augsburg

<sup>16</sup> Noch immer hält sich eine starke, insbesondere höchstrichterliche Meinung, welche schon vor Aufrechnungserklärung (§ 388 BGB), allein mit der Aufrechnungslage (§ 387 BGB) den Einwand als im Prozess gegeben erachtet. Der Vollstreckungsschuldner kann nach dieser Auffassung die Vollstreckung gemäß § 767 Abs. 2 ZPO nicht mittels Aufrechnungserklärung abwehren, wenn ihm schon während des Prozesses Aufrechnung offenstand. Siehe nur *Zöller/Herget*, aaO (Fn. 2), § 767 Rdn. 12. Beifall ist dem nicht zu zollen (siehe zum Meinungsstand *Beck*, Der Aufrechnungseinwand bei der Vollstreckungsgegenklage, NJW 2006, 336 ff. (337), m. w. N.). Denn solange der aufrechnungsbefugte Beklagte die Aufrechnung nicht wirklich erklärt, kann er der Klage nichts entgegensetzen. Die Einrede der Aufrechenbarkeit gibt es nicht generell, sondern nur zugunsten von Mithaftenden (siehe zuvor unter IV. 4.).

<sup>17</sup> Siehe Entscheidungsgründe zu B.I.1.b.bb.(1) (Rdn. 23 ff.).

<sup>18</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1).(cc) (Rdn. 46), zu B.I.2.b.bb.(3).(bb) (Rdn. 52 f.).

<sup>19</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1).(cc) (Rdn. 49).

<sup>20</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.bb.(1).(aa) (Rdn. 40).

<sup>21</sup> Entscheidungsgründe zu B.I.2.b.aa (Rdn. 33 f.).