BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 63/06

Verkündet am:
16. August 2007
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

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

a) 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.

b) 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.

c) 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.

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

e) 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.

BGH, Urteil vom 16. August 2007 - IX ZR 63/06 - OLG Schleswig
LG Kiel

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. Juli 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Gero Fischer, die Richter Dr. Ganter und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Detlev Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen des Beklagten und der Klägerin wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 24. Februar 2006 teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Auf die Berufung des Beklagten wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das Teilurteil der 17. Zivilkammer des Landgerichts Kiel vom 30. Juni 2004 geändert:

Der Beklagte wird verurteilt, wegen einer Forderung der Klägerin in Höhe von 230.081,34 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz der Europäischen Zentralbank seit dem 1. August 2002 die Zwangsvollstreckung in den von ihm lastenfrei zur Verfügung zu stellenden, im Grundbuch von H. , Blatt 17, unter den laufenden Nummern 10, 11, 15 und 16 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen Grundbesitz zu dulden, bestehend aus den folgenden Flurstücken der Gemarkung H. :

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Flurstücke 24/2, 24/3, 24/4, 75/24, 30/12, 102/5, 102/7, 14/2, 14/3 der Flur 1;
Flurstück 111/2 der Flur 10;
Flurstück 13/2 der Flur 11.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Die weiter gehenden Revisionen werden zurückgewiesen.

Von den Kosten der Rechtsmittelinstanzen trägt der Beklagte ¾ und die Klägerin ¼.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

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

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

3 Der Schuldner stellte der Klägerin am 10. März 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. März 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 von 27. April 2000 kaufte der Schuldner von der Klägerin drei Wohnungen zum Preis von insgesamt 600.000 DM (= 306.775,12 €). Dieser sollte spätestens zum 1. August 2000 fällig sein; eine Verrechnung mit der Forderung auf Rückzahlung des Darlehens aus der Vereinbarung vom 10. März 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. Oktober 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. April 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.

Entscheidungsgründe:

12 Die Revisionen beider Parteien haben teilweise Erfolg.

A.

13 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 in Verbindung mit §§ 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 vorauszusetzende 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 Beklagen sei im Wege der vorweggenommenen Erbfolge und somit unentgeltlich erfolgt. Soweit sich der Beklagte, wie er zuletzt vorgetragen habe, durch Vereinbarung vom 5. Dezember 2004 mit dem Schuldner und dessen Ehefrau, seiner Mutter, zur Übernahme der per 7. Oktober 2002 auf dem Grundstück abgesicherten 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 Grundschuld 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. April 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.

B.

14 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, Urt. v. 4. Februar 1997 - VI ZR 69/96, NJW 1997, 1709, 1710; v. 30. November 1999 - VI ZR 219/98, NJW 2000, 800, 801, insofern in BGHZ 143, 189 nicht abgedruckt; v. 13. April 2000 - I ZR 220/97, NJW 2000, 3716, 3717; v. 28. November 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, wenngleich 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 höchstrichterlicher 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, Urt. v. 22. September 1982 - VIII ZR 293/81, ZIP 1982, 1362, 1363; 19. November 1998 - IX ZR 116/97, WM 1999, 33, 34; ebenso Huber, AnfG 10. Aufl. § 2 Rn. 33).

24 Zu Unrecht meint die Revision des Beklagten, die Rechtsprechung tendiere neuerdings zur Auflockerung dieser Grundsätze. Das Senatsurteil vom 9. Juli 1998 (BGHZ 139, 214), auf das sie verweist, betraf einen Fall, in dem die Einwendung, nämlich die Verjährung des Anspruchs gegen den Hauptschuld-

ner, 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 verfehlte Nichtzulassung einer Einwendung hilft nur die Anfechtung der darauf beruhenden Entscheidung (BGH, Urt. v. 13. Dezember 1994 - X ZR 20/93, WM 1995, 634, 635; v. 5. Dezember 1996 - IX ZR 67/96, NJW 1997, 743; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 22. Aufl. § 767 Rn. 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, Urt. v. 5. Dezember 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, Urt. v. 5. Juni 1991 - VIII ZR 168/90, NJW 1991, 2699; v. 12. Januar 1994 - XII ZR 167/92, WM 1994, 865; v. 23. Januar 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. April 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 erklär-

te - 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 Eigentumsverschaffungsanspruch 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. April 1987 - VI ZR 143/86, NJW 1987, 2997, 2998; Staudinger/Gursky, BGB Bearbeitung 2000 vor §§ 387 ff Rn. 6; MünchKomm-BGB/Schlüter, 5. Aufl. § 387 Rn. 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. Juli 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 wahrnehmen, bevor er anficht. 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. Dezember 1974 - II ZR 132/73, NJW 1975, 442; v. 26. Februar 1987 - I ZR 110/85, WM 1987, 732, 734; v. 19. September 1988 - II ZR 362/87, NJW 1989, 124, 125; MünchKomm-BGB/Kieninger, aaO § 309 Nr. 3 Rn. 5; MünchKomm-BGB/Schlüter, aaO § 387 Rn. 61; Palandt/Grüneberg, BGB 66. Aufl. § 387 Rn. 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 Rn. 23; Kübler/Prütting/Paulus, InsO § 2 AnfG Rn. 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 die-

se 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. September 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 Rn. 27;

Kübler/Prütting/Paulus, aaO § 2 Rn. 20). Aus den gleichen Gründen kann der Gläubiger nicht darauf verwiesen werden, sich durch Aufrechung 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. Dezember 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 Rn. 20; Kübler/ Prütting/Paulus, aaO § 4 AnfG Rn. 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 Rn. 51; vgl. ferner MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 129 Rn. 177 f; Uhlenbruck/ Hirte, InsO 12. Aufl. § 129 Rn. 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. Dezember 2004 hat der Beklagte gegenüber der Grundpfandgläubigerin ein Schuldanerkenntnis 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 Rn. 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.

C.

63 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.

Dr. Gero Fischer Dr. Ganter

RiBGH Vill ist in Urlaub und daher verhindert zu unterschreiben.

Dr. Gero Fischer

Lohmann Dr. Detlev Fischer

Vorinstanzen:
LG Kiel, Entscheidung vom 30.06.2004 - 17 O 201/03 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 24.02.2006 - 1 U 107/04 -