

Academia Iuris

Zwangsvollstreckungsrecht

von

Prof. Dr. Hans Brox, Prof. Dr. Wolf-Dietrich Walker

10., neu bearbeitete Auflage

Zwangsvollstreckungsrecht – Brox / Walker

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Zwangsvollstreckung: Allgemeines – Academia Iuris

Verlag Franz Vahlen München 2014

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4481 0

3. Gewahrsam des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten

a) Auch Sachen, die sich im *Gewahrsam des Gläubigers* befinden, dürfen vom Gerichtsvollzieher gepfändet werden (§ 809, 1. Fall). Unter »Gläubiger« ist der Vollstreckungsgläubiger (→ Rn. 9) zu verstehen. Für § 809 ist es unerheblich, ob der Gläubiger den Gewahrsam rechtmäßig (zB aufgrund eines Leih- oder Mietvertrages) oder rechtswidrig (zB durch verbotene Eigenmacht) erlangt hat; denn das kann vom Gerichtsvollzieher in der Regel ohnehin nicht überprüft werden. 247

b) Sachen im *Gewahrsam eines Dritten* darf der Gerichtsvollzieher nach § 809, 2. Fall nur dann pfänden, wenn der Dritte zur Herausgabe bereit ist. 248

aa) § 809, 2. Fall ist anwendbar, wenn ein *Dritter Gewahrsam* an den zu pfändenden Sachen hat.

(1) *Dritter* iSv § 809 ist jeder Gewahrsamsinhaber, der weder Gläubiger noch Schuldner ist (→ Rn. 9f.) und den Gewahrsam auch nicht für den Gläubiger oder den Schuldner ausübt. Organe juristischer Personen, gesetzliche Vertreter und Besitzdiener, deren Gewahrsam dem Schuldner zugerechnet wird, sind also nicht Dritte.

(2) Es kommt nicht darauf an, ob der Dritte Allein- oder nur *Mitgewahrsam* hat. Deshalb ist die Pfändung von Sachen, an denen der Schuldner und einer oder mehrere Dritte Mitgewahrsam haben, nur zulässig, wenn der oder alle Dritte herausgabebereit sind. 249

Wenn zB die Mitglieder einer Wohngemeinschaft Mitgewahrsam an den in den gemeinsam genutzten Räumen befindlichen Sachen haben, darf der Gerichtsvollzieher diese Sachen nicht pfänden, wenn nur einer aus der Gemeinschaft nicht damit einverstanden ist. – Etwas anderes gilt nur dann, wenn aus einem Titel vollstreckt wird, der sich gegen alle Mitglieder der Wohngemeinschaft richtet; denn dann sind sie alle Schuldner, sodass sich die Pfändung nicht nach § 809, sondern nach § 808 richtet (**Fall d**).

§ 809 greift auch dann ein, wenn der Schuldner zwar Alleingewahrsam hat (Geldinhalt eines Automaten), das Behältnis (Automat) aber in den Räumen eines Dritten steht und dieser den Zugang verweigert.⁷⁴

(3) Der *Gerichtsvollzieher selbst* kann *Dritter* iSv § 809 sein, wenn er bereits die tatsächliche Sachherrschaft über die zu pfändenden Sachen hat.⁷⁵ Das ist etwa dann der Fall, wenn er gepfändete Sachen in seine Pfandkammer geschafft hat oder wenn ihm als Sequester (→ Rn. 710) Sachen zur Verwahrung übergeben wurden. Der Gerichtsvollzieher ist aber ein selbstständiges Organ der Rechtspflege, und er hat den Gewahrsam nur in dieser Eigenschaft zu bestimmten Zwecken erhalten. Dadurch dürfen dem pfändenden Gläubiger weder Vor- noch Nachteile entstehen. Deshalb darf der Gerichtsvollzieher nicht frei darüber bestimmen, ob und welchen Gläubigern gegenüber er zur Herausgabe der Sachen und damit zur Pfändung bereit ist. Er muss vielmehr prüfen, ob die Pfändung der Sachen zulässig gewesen wäre, bevor er den Gewahrsam erlangt hat, und ob die Pfändung dem Zweck, zu dessen Verfolgung er den Gewahrsam erlangt hat, nicht widerspricht.⁷⁶ Dabei sind folgende Fälle zu unterscheiden: 250

⁷⁴ AG Wiesloch DGVZ 2002, 61f.

⁷⁵ Zu einem solchen Fall AG Cham und LG Regensburg DGVZ 1995, 186f.

⁷⁶ Vgl. dazu *Gerlach* ZZP 89 (1976), 294, 320ff.; *Stein/Jonas/Münzberg* § 809 Rn. 2; AG Homburg/Saar DGVZ 1993, 116.

(a) Der Gerichtsvollzieher hat für den Gläubiger (G_1) bei dem Schuldner (S_1) nach § 808 gepfändet. Nunmehr erhält er von einem anderen Gläubiger (G_2) den Auftrag, die Sache auch für ihn zu pfänden.

Handelt es sich bei G_2 um einen Gläubiger des S_1 , muss der Gerichtsvollzieher als Drittgewahrsamsinhaber seine Herausgabebereitschaft bejahen und für G_2 pfänden (§ 809). Denn wenn die Sache bei S_1 geblieben wäre, hätte der Gerichtsvollzieher sie nach § 808 ebenfalls für G_2 pfänden können.

Ist G_2 dagegen der Gläubiger eines anderen Schuldners (S_2), darf der Gerichtsvollzieher für G_2 nicht pfänden. Denn wenn die Sache im Gewahrsam des S_1 geblieben wäre, wäre dieser gegenüber G_2 und S_2 Dritter iSv § 809. Deshalb kommt es auf die Herausgabebereitschaft des S_1 an, die der Gerichtsvollzieher als Organ der Rechtspflege nicht durch eine in seinem Belieben stehende Entscheidung ersetzen kann.

- 251 (b) Der Gerichtsvollzieher hat für den Gläubiger (G_1) nicht bei dem Schuldner (S), sondern bei einem Dritten (D) mit dessen Zustimmung nach § 809 gepfändet. Nunmehr beauftragt ihn ein anderer Gläubiger (G_2), die Sache nochmals zu pfänden.

Ist G_2 Gläubiger des S , darf der Gerichtsvollzieher nicht aufgrund eigener Herausgabebereitschaft pfänden; denn die Herausgabebereitschaft des D bezog sich nur auf die Pfändung zugunsten des G_1 . Für G_2 darf der Gerichtsvollzieher nur pfänden, wenn D auch insoweit herausgabebereit ist.

Handelt es sich bei G_2 dagegen um einen Gläubiger des D , kann der Gerichtsvollzieher aufgrund eigener Entscheidung selbst gegen den Willen des D pfänden. Denn wäre D Gewahrsamsinhaber geblieben, hätte der Gerichtsvollzieher für den Gläubiger G_2 des D nach § 808 pfänden können, und § 809 wäre gar nicht zur Anwendung gekommen.

- 252 (c) Aufgrund einer einstweiligen Verfügung hat der Schuldner S zur Sicherstellung eines Herausgabeanspruchs des X eine Sache dem Gerichtsvollzieher als Sequester zur Verwahrung übergeben. Nunmehr will G , ein Gläubiger des S , die Sache pfänden lassen. Obwohl eine Pfändung nach § 808 möglich gewesen wäre, falls S den Gewahrsam an der Sache behalten hätte, muss der Gerichtsvollzieher als Drittgewahrsamsinhaber (§ 809) seine Herausgabebereitschaft versagen und damit auch die von G begehrte Pfändung ablehnen. Denn er hat den Gewahrsam nur zu dem Zweck erhalten, den Herausgabeanspruch des X gegen S sicherzustellen. Dieser Zweck würde aber vereitelt, wenn die Sache nunmehr zwecks späterer Verwertung zugunsten des G gepfändet würde.

Wenn G nicht Gläubiger des S , sondern Gläubiger des X wäre, dürfte der Gerichtsvollzieher ebenfalls nicht aufgrund eigener Herausgabebereitschaft pfänden. Denn dann wäre vor der Gewahrsamserlangung des Gerichtsvollziehers der S Dritter iSd § 809 gewesen, sodass es auf seine Herausgabebereitschaft ankommt.

- 253 bb) Der Dritte, in dessen Gewahrsam sich die zu pfändende Sache befindet, muss *zur Herausgabe bereit* sein.

(1) »Bereitschaft zur Herausgabe«⁷⁷ ist wörtlich zu verstehen. Es reicht also nicht aus, dass der Dritte in die Anlegung eines Pfandsiegels einwilligt. Er muss vielmehr damit

⁷⁷ Dazu ausführlich *Knoche* ZZP 114 (2001), 399, 408 ff.

einverstanden sein, dass die Sache entweder schon bei der Pfändung oder später zum Zwecke der Verwertung aus seinem Gewahrsam weggeschafft wird.⁷⁸ Ob der Dritte zur Herausgabe bereit ist, kann der Gerichtsvollzieher auf Nachfrage feststellen. Die Herausgabebereitschaft muss weder ausdrücklich noch vor der Pfändung erklärt werden.⁷⁹ Vielmehr reicht es etwa aus, wenn sich ein entsprechender Wille des Dritten aus dem von ihm unterzeichneten Pfändungsprotokoll ergibt. Zu den Folgen, wenn es an einer Herausgabebereitschaft des Dritten fehlt, siehe → Rn. 256.

(2) Umstritten ist, ob die Herausgabebereitschaft des Dritten *ausnahmsweise entbehrlich* ist, wenn dieser die Sache nach materiellem Recht unstreitig an den Schuldner herausgeben muss⁸⁰ oder wenn er sich den Gewahrsam im (kollusiven) Zusammenwirken mit dem Schuldner nur zu dem Zweck verschafft hat, die Sache dem Vollstreckungszugriff zu entziehen.⁸¹ 254

Für die Lösung dieses Streits ist entscheidend, dass der Gerichtsvollzieher bei der Pfändung nicht die Aufgabe hat, materielle Rechtsfragen (zB Herausgabepflicht des Dritten) zu prüfen und subjektive Tatsachen (zB kollusives Zusammenwirken; Absicht der Vollstreckungsvereitelung) aufzuklären. Er muss sich auf leicht und sicher erkennbare äußere Tatsachen verlassen können. Deshalb hat er regelmäßig auch dann den entgegenstehenden Willen des Dritten zu beachten, wenn der begründete Verdacht besteht, dass der Dritte seine Herausgabebereitschaft unter Verstoß gegen Treu und Glauben verweigert.

Allenfalls in dem seltenen Fall, dass der Dritte aus der Sicht des Gerichtsvollziehers offensichtlich rechtsmissbräuchlich handelt,⁸² etwa weil er sich selbst einer Gewahrsamsverschiebung zum Zwecke der Vollstreckungsvereitelung berührt, darf der Gerichtsvollzieher auch gegen den Willen des Dritten Sachen in dessen Gewahrsam pfänden⁸³ (Fall f).

(3) Die Herausgabebereitschaft des Dritten hat zwar zur *Folge*, dass der Gerichtsvollzieher die Sache nach § 809 pfänden darf. Der Dritte kann nicht mehr mit Erfolg Erinnerung einlegen. Das bedeutet jedoch nicht ohne Weiteres, dass der Dritte, falls er ein die Veräußerung hinderndes Recht an der gepfändeten Sache hat, auch die Möglichkeit verliert, Drittwiderspruchsklage (§ 771) zu erheben. 255

Hat er dem Gerichtsvollzieher etwa irrtümlich eine ihm selbst gehörende Sache zur Pfändung herausgegeben, steht ihm nach Aufklärung seines Irrtums die Möglichkeit der Drittwiderspruchsklage offen⁸⁴ (Fall g). Etwas anderes gilt dann, wenn der Dritte nicht Eigentümer der Sache, sondern lediglich zum Besitz berechtigt ist; denn mit der Bereitschaft zur Herausgabe verzichtet er bewusst auf sein Besitz-

⁷⁸ BGH NJW-RR 2004, 352, 353.

⁷⁹ Vgl. Zöller/Stöber § 809 Rn. 6.

⁸⁰ So BLAH/Hartmann § 809 Rn. 2, 8; aA die hM, zB Baur/Stürner/Bruns ZVR Rn. 28.10; HdB ZVR/Keller Kap. 2 Rn. 289; Prütting/Gehrlein/Flury § 809 Rn. 5; Schuschke/Walker/Walker § 809 Rn. 3; Stein/Jonas/Münzberg § 809 Rn. 4; Thomas/Putzo/Seiler § 809 Rn. 4.

⁸¹ So BLAH/Hartmann § 809 Rn. 3; HdB ZVR/Keller Kap. 2 Rn. 291; Knoche ZZP 114 (2001), 399, 438 (weil in diesen Fällen der Dritte nur Besitzdiener sei und als Gewahrsamsinhaber der Schuldner anzusehen sei); aM Baur/Stürner/Bruns ZVR Rn. 28.10; Gaul/Schilken/Becker-Eberhard ZVR § 51 Rn. 24; Stein/Jonas/Münzberg § 809 Rn. 4; AK-ZPO/Schmidt-von Rhein § 809 Rn. 4; LG Oldenburg DGVZ 1984, 91, 92.

⁸² Zu einem solchen Fall AG Dortmund DGVZ 1994, 12.

⁸³ AG Flensburg DGVZ 1995, 60; Walker, FS Stürner, 2013, 829, 837; ähnlich Musielak/Becker § 809 Rn. 5.

⁸⁴ BGH LM Nr. 2 zu § 809 ZPO.

recht. Ebenso dürfte zu entscheiden sein, wenn der Dritte in Kenntnis seines Eigentums eine Sache zur Pfändung zur Verfügung stellt, etwa um dem Schuldner zu helfen; dann kann er nicht später Drittwiderspruchsklage erheben.

- 256** (4) Ist der Dritte *nicht herausgabebereit*, kann der Gläubiger die Sache im Gewahrsam des Dritten nicht pfänden lassen. Wenn er trotzdem auf diese Sache, die möglicherweise das einzige verwertbare Vermögen des Schuldners darstellt, zugreifen will, muss er zunächst den Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Herausgabe der Sache pfänden lassen (§§ 846f.; → Rn. 700ff.). Falls der Dritte nunmehr immer noch die Herausgabe verweigert, muss der Gläubiger gegen ihn aufgrund des gepfändeten Anspruchs auf Herausgabe klagen. Die Vollstreckung aus dem stattgebenden Urteil erfolgt dann nach § 883 (→ Rn. 1048ff.). Erst wenn der Gerichtsvollzieher dem Dritten nach § 883 I die Sache weggenommen hat, kann der Gläubiger die Sache selbst pfänden und verwerten lassen.
- 257** (5) *Verstößt* der Gerichtsvollzieher gegen § 809, indem er eine Sache im Gewahrsam eines Dritten pfändet, obwohl der Dritte nicht zur Herausgabe bereit ist, kann dieser Erinnerung (§ 766) einlegen. Daneben besteht für ihn die Möglichkeit, Drittwiderspruchsklage (§ 771) zu erheben, wenn er etwa Eigentümer der Sache ist oder ein anderes die Veräußerung hinderndes Recht hat.

V. Pfändung schuldnerfremder Sachen

Literatur: App, Die Anfechtung nach dem neugefassten Anfechtungsgesetz und ihre Bedeutung für die Tätigkeit des Gerichtsvollziehers, DGVZ 2001, 148 (161); Gerhardt, Grundprobleme der Gläubigeranfechtung und Spezialfragen der Übertragung eines belasteten Miteigentumsanteils, ZIP 1984, 397; ders., Zur Anfechtbarkeit bei Übertragung des einzigen Vermögensgegenstandes einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, JZ 1992, 724; Huber, Das neue Recht der Gläubigeranfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens, ZIP 1998, 897; ders., Anfechtungsgesetz, 10. Aufl. 2006; Kindl, Die Rechtsfolgen der Gläubiger- und Konkursanfechtung bei der Veräußerung von beweglichen Sachen und Forderungen, NZG 1998, 321; Kreft, Ausgesuchte Probleme des Anfechtungsrechts, ZInsO 1999, 370; Marotzke, »Dingliche« Wirkungen der Gläubiger- und Konkursanfechtung, KTS 1987, 1; ders., Rechtsprobleme des Gläubigerzugriffs auf anfechtbar zederte Forderungen des Schuldners, KTS 1987, 569; Schlappa, Kassenpfändung in Tankstellen?, DGVZ 2012, 138; K. Schmidt, Zwangsvollstreckung in anfechtbar veräußerte Gegenstände, JZ 1987, 889.

Weitere Nachweise aus der älteren Literatur siehe 7. Aufl. 2003.

Fälle:

- a) G hat einen Zahlungstitel gegen S, dessen pfändbares Vermögen nur aus einem Pkw besteht. S veräußert den Pkw in der Absicht, diesen der Zwangsvollstreckung zu entziehen und den Kaufpreis zu verjubeln, für ein angemessenes Entgelt an seinen Freund F, dem das Motiv des S bekannt ist. Kann G die Zwangsvollstreckung in den Pkw betreiben? (→ Rn. 259, 263, 268, 270, 275)
- b) Als dem S die Zwangsvollstreckung droht, kauft er gegen Barzahlung von 800 EUR, die sein einziges pfändbares Vermögen darstellen, von seiner Tochter T einen alten Pkw. Dieser ist zwar noch fahrbereit, hat aber keinen Veräußerungswert mehr. Ist dem G zu einer Anfechtungsklage zu raten, wenn er nicht nachweisen kann, dass S die Absicht hatte, ihn zu benachteiligen, und dass der T diese Absicht bekannt war? (→ Rn. 263, 270)
- c) Kurz bevor Gv den einzigen pfändbaren Gegenstand des S für G₁ pfänden kann, übergibt S den Gegenstand an Erfüllung statt zur Tilgung einer Geldforderung an G₂. Diesem war die Pfändungsabsicht des G₁ bekannt. (→ Rn. 268)

d) Im Fall a schenkt S dem F seinen Pkw, um diesen der Zwangsvollstreckung zu entziehen. F kann beweisen, dass er von der Absicht des S nichts wusste. Hat eine Anfechtungsklage des G gegen F trotzdem Erfolg? (→ Rn. 271)

Von dem Grundsatz, dass für die Pfändung durch den Gerichtsvollzieher nur die Gewahrsamsverhältnisse maßgeblich sind und die materielle Berechtigung Dritter an den gepfändeten Gegenständen nur im Wege der Drittwiderspruchsklage nach § 771 geltend gemacht werden kann, gibt es Ausnahmen. In bestimmten Fällen muss der Gerichtsvollzieher schon bei der Pfändung die Eigentumsverhältnisse an den zu pfändenden Sachen beachten.

258

1. Bedeutung der Zugehörigkeit zum Schuldnervermögen für die Pfändung

a) Wenn eine Sache im Gewahrsam des Schuldners *offensichtlich* nicht zu dessen Vermögen gehört und damit dem Gläubiger auch nicht für seine Forderung gegen den Schuldner haftet, hat der Gerichtsvollzieher eine Pfändung zu unterlassen (§ 119 II GVG).⁸⁵ In diesem Fall wird dem Gerichtsvollzieher eine komplizierte Prüfung des materiellen Rechts, die grundsätzlich gegen eine Berücksichtigung der Eigentumsverhältnisse an den zu pfändenden Sachen spricht, nicht zugemutet.

259

Beispiele: Juristische Bücher, die sich in der Wohnung eines Studierenden befinden und mit dem Stempel der Universitätsbibliothek gekennzeichnet sind, darf der Gerichtsvollzieher nicht pfänden. Gleiches gilt etwa für Fahrzeuge, die zu einer Autowerkstatt zur Inspektion, oder für Sachen, die dem Handwerker zur Reparatur gegeben wurden.

Auch im Fall a wird Gv den Pkw nicht pfänden, selbst wenn dieser sich im Gewahrsam des S befindet, aber offensichtlich im Eigentum des F steht.⁸⁶ Verstößt er gegen dieses Verbot, kann F nicht nur Drittwiderspruchsklage (§ 771) erheben, sondern auch Erinnerung (§ 766) einlegen. Dagegen reicht es für »Offensichtlichkeit« nicht aus, wenn sich das Dritteigentum erst aus einem vom Schuldner vorgelegten Sicherungsvertrag ergibt; dessen Wirksamkeit braucht der Gerichtsvollzieher nicht zu prüfen.⁸⁷

b) Bei einer *Pfändung nach § 809* besteht für den Gerichtsvollzieher nicht die tatsächliche Vermutung, dass die zu pfändende Sache zum Vermögen des Schuldners gehört; denn diese Vermutung besteht nur, wenn der Schuldner selbst Gewahrsam an der Sache hat. Deshalb muss sich der Gerichtsvollzieher jedenfalls dann, wenn Hinweise auf Dritteigentum vorliegen, vergewissern, dass die Sachen, auf die er zugreifen will, dem Schuldner gehören.⁸⁸

260

2. Anfechtbarkeit des Dritteigentums nach dem Anfechtungsgesetz

a) *Zweck:* Der Umstand, dass in den genannten Fällen die zu pfändenden Sachen zum Vermögen des Schuldners gehören müssen, darf aber nicht dazu führen, dass der Schuldner seine Vermögensgegenstände nur rechtzeitig auf einen Dritten zu übertragen braucht, um sie von vornherein der Pfändung durch den Gerichtsvollzieher entziehen zu können. Andernfalls hätte er die Möglichkeit, seine Gläubiger etwa durch Schenkungen an nahe Angehörige oder durch Befriedigung anderer Gläubiger zu be-

261

85 BGH BB 1957, 163; LG Aschaffenburg DGVZ 1995, 57f.; LG Detmold DGVZ 1996, 120f.; aA AG Kassel DGVZ 2006, 182.

86 AA bei bloßer Sicherungsübereignung LG Bonn MDR 1987, 770.

87 AG Reinbek DGVZ 2011, 55.

88 Schuschke/Walker/Walker § 809 Rn. 6; Musielak/Becker § 809 Rn. 6; Stein/Jonas/Münzberg § 809 Rn. 4; aA Hk-ZV/Kindl § 809 Rn. 6; Prütting/Gehrlein/Flury § 809 Rn. 6; Zöller/Stöber § 809 Rn. 7.

nachteiligen. Deshalb können nach dem Anfechtungsgesetz vom 5.10.1994⁸⁹ Rechtshandlungen des Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens zum Zwecke der Befriedigung eines Gläubigers als diesem gegenüber unwirksam angefochten werden (§ 1 AnfG). Mit der Anfechtung kann der Gläubiger verlangen, dass ihm dasjenige zur Verfügung gestellt wird, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist, soweit es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist (§ 11 AnfG).

Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung (siehe § 4 AnfG; → Rn. 271) hat diese nur dann zur Verfügung zu stellen, wenn er durch sie bereichert ist (§ 11 II 1 AnfG). Die Bösgläubigkeit des Anfechtungsgegners und damit den Wegfall dieses Haftungsprivilegs muss der Gläubiger beweisen (arg. e § 11 II 2 AnfG).

Die Anfechtung ist von derjenigen nach §§ 119ff. BGB zu unterscheiden. Das BGB regelt die Anfechtung einer Willenserklärung, die entweder irrtümlich (§§ 119, 123 I, 1. Fall BGB) oder aufgrund einer widerrechtlichen Drohung (§ 123 I, 2. Fall BGB) abgegeben wurde; diese Anfechtung ist ein Gestaltungsrecht, durch das eine eigene Willenserklärung vernichtet werden kann (§ 142 I BGB). Dagegen geht es im Anfechtungsgesetz um die Anfechtung fremder Rechtshandlungen, durch die der Schuldner sein Vermögen geschmälert hat. Durch diese Anfechtung entsteht ein gesetzliches Rückgewährschuldverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Anfechtungsgegner.⁹⁰ Das Anfechtungsgesetz bezweckt, die aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschiedenen Sachen dem Vollstreckungszugriff des Gläubigers wieder zu erschließen.⁹¹ Die Regelungen des AnfG ähneln denen der §§ 129ff. InsO über die Insolvenzanfechtung; danach kann der Insolvenzverwalter bestimmte Rechtshandlungen des Gemeinschuldners, welche dieser vor der Insolvenzeröffnung vorgenommen hat und die zu einer Schmälerung der Insolvenzmasse geführt haben, anfechten.

- 262 b) Die Geltendmachung des Anfechtungsrechts** erfolgt durch Klage des Gläubigers, dass ihm die aus dem Schuldnervermögen ausgeschiedenen Gegenstände zur Verfügung gestellt werden (§ 11 I AnfG; zur Möglichkeit, das Anfechtungsrecht einredeweise geltend zu machen, → Rn. 1433 ff.).

Die Finanzbehörden waren früher nach umstrittener⁹² Rechtsprechung⁹³ berechtigt, das Recht aus § 7 I AnfG aF durch Duldungsbescheid geltend zu machen. Das wurde aus § 191 I 1 AO 1977 hergeleitet, wonach derjenige, der kraft Gesetzes zur Duldung der Vollstreckung verpflichtet ist, durch Duldungsbescheid in Anspruch genommen werden kann. Demgegenüber lässt sich aus dem zum 1.1.1999 neu gefassten § 7 I AnfG das Gegenteil schließen. Die dort geregelte Berechnung der Anfechtungsfristen knüpft an die gerichtliche Geltendmachung der Anfechtbarkeit an. Damit hat der Gesetzgeber mittelbar zum Ausdruck gebracht, dass die Finanzbehörden zur Geltendmachung durch Duldungsbescheid nicht mehr berechtigt sein sollen.⁹⁴

aa) Anfechtungsgegner und damit Beklagter ist der Empfänger dieser Gegenstände oder sein Erbe oder ein anderer Gesamtrechtsnachfolger (§ 15 I AnfG), unter bestimmten Voraussetzungen auch sein Einzelrechtsnachfolger (§ 15 II AnfG). Das ist nur derjenige, welcher den anfechtbar weggegebenen Gegenstand erwirbt;⁹⁵ es reicht nicht aus, dass er lediglich den Erlös erhält, den der Ersterwerber bei der Veräußerung des Gegenstandes erzielt hat. Einzelrechtsnachfolger kann auch der Schuldner selbst

⁸⁹ *Schönfelder*, Deutsche Gesetze, Nr. 111.

⁹⁰ BGH NJW-RR 1992, 612, 613.

⁹¹ *Huber* AnfG Einf. Rn. 9.

⁹² *Abl.* etwa *Gerhardt* ZIP 1983, 1301; *Kilger* BB 1988, 2440; *offen gelassen* von BGH ZIP 1991, 113, 114.

⁹³ BFHE 138, 10, 11 f.; 138, 416, 418 f.; BVerwG NJW 1991, 242.

⁹⁴ BT-Drs. 12/3803, 57; *Huber* ZIP 1998, 897, 902.

⁹⁵ Auch derjenige, für den an dem anfechtbar übertragenen Grundstück ein beschränkt dingliches Recht bestellt wird (BGHZ 130, 314, 317).

sein.⁹⁶ Handelt es sich bei dem Gegenstand um eine Forderung und geht diese durch Aufrechnung oder Erlassvertrag mit dem Drittschuldner unter, ist dieser nicht Rechtsnachfolger des Ersterwerbers der Forderung.⁹⁷

bb) In dem *Klageantrag* ist bestimmt zu bezeichnen, in welchem Umfang und in welcher Weise der Anfechtungsgegner das Erlangte zur Verfügung stellen soll (§ 13 AnfG).⁹⁸ Durch die Anfechtung dürfen jedoch weder der Gläubiger noch der Schuldner eine stärkere Rechtsstellung erhalten, als sie vor der Verringerung des Schuldnervermögens hatten. Der Gläubiger ist lediglich so zu stellen, als sei die anfechtbare Rechtshandlung nicht erfolgt und der zurückzugewährende Gegenstand nicht aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden.⁹⁹ In diesem Fall würde der Gegenstand für die Forderung des Gläubigers gegen den Schuldner haften und könnte vom Gerichtsvollzieher für den Gläubiger gepfändet werden. Deshalb ist unter »Zurverfügungstellen« iSd §§ 11 I, 13 AnfG nicht eine tatsächliche Rückgabe an den Schuldner oder eine Übertragung an den Gläubiger zu verstehen; gemeint ist nur, dass der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung in den anfechtbar erworbenen Gegenstand dulden muss. Der Antrag bei der Anfechtungsklage lautet somit auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den (genau zu bezeichnenden) anfechtbar erworbenen Gegenstand.¹⁰⁰ 263

Im **Fall a** kann G Anfechtungsklage gegen F erheben mit dem Antrag, den F zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in den (genau bezeichneten) Pkw zu dulden.

Ist dagegen eine Zwangsvollstreckung in den Gegenstand nicht möglich, etwa weil dieser untergegangen ist, muss der Empfänger zur Erfüllung des Rückgewähranspruches Wertersatz leisten.¹⁰¹ Der Gläubiger hat dann einen entsprechenden Zahlungsantrag zu stellen. Besteht der anfechtbar erworbene Gegenstand in einer Geldsumme (**Fall b**), ist der *Klageantrag* von vornherein auf Zahlung statt auf Duldung der Zwangsvollstreckung zu richten;¹⁰² denn gepfändetes Geld müsste der Gerichtsvollzieher ohnehin an den Gläubiger abliefern (§ 815 I).

Im **Fall b** könnte G im Wege der Anfechtungsklage beantragen, die T zu verurteilen, 800 EUR an ihn zu zahlen, falls er gegen S eine titulierte Forderung in Höhe von mindestens 800 EUR hat.

c) Für die *Zulässigkeit der Anfechtungsklage* müssen neben den allgemeinen Prozessvoraussetzungen die besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 2 AnfG erfüllt sein. 264

aa) Der Gläubiger muss einen *fälligen Hauptanspruch* gegen den Schuldner haben. Ein Anspruch auf künftige Leistungen oder eine aufschiebend bedingte Forderung reicht nicht aus. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Fälligkeit ist der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung.

⁹⁶ BGHZ 130, 314, 317.

⁹⁷ BGHZ 100, 36.

⁹⁸ Vgl. BGHZ 99, 274, 277f.

⁹⁹ BGH Rpfleger 2004, 644; BGH NJW-RR 1992, 612, 613; 1991, 957, 958; BGHZ 90, 207, 218; RGZ 143, 231, 235f.

¹⁰⁰ BGH NJW 2008, 376, 377; ZIP 2000, 1550, 1552; LM Nr. 25 zu § 419 BGB unter II 2a; BVerwG JZ 1990, 969; *Huber* AnfG § 11 Rn. 17 und § 13 Rn. 10.

¹⁰¹ BGH Rpfleger 2004, 644; BGH LM Nr. 25 zu § 419 BGB unter II 2a; BGH ZIP 1990, 1420, 1423; ZIP 1994, 218, 219; BVerwG JZ 1990, 969; *Huber* AnfG § 11 Rn. 37ff.

¹⁰² *Huber* AnfG § 13 Rn. 31.

- 265 **bb)** Ferner muss der Gläubiger einen *vollstreckbaren Schuldtitel* gegen den Schuldner haben; denn der Streit, ob die titulierte Forderung überhaupt besteht, soll nicht im Anfechtungsprozess zwischen dem Gläubiger und dem Erwerber der Sache ausgetragen werden.¹⁰³

Der Anfechtungsgegner ist nicht in der Lage, dem titulierten materiellen Anspruch des Gläubigers gegen den Schuldner Einwendungen entgegenzusetzen, die bereits der Schuldner im Ausgangsprozess hätte geltend machen können und mit denen der Schuldner selbst nach § 767 II ausgeschlossen ist.¹⁰⁴ Andernfalls wäre es dem Anfechtungsgegner möglich, die Rechtskraft des Urteils zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner zu unterlaufen. Der Anfechtungsgegner kann allerdings solche Einwendungen gegen den materiellen Anspruch des Gläubigers erheben, die nach Schluss der letzten mündlichen Verhandlung des Ausgangsprozesses entstanden sind (arg. e § 767 II) oder für die § 767 II gar nicht eingreift (siehe dazu → Rn. 1351); denn dazu wäre auch der Schuldner in der Lage, und der Anfechtungsgegner darf als Dritter der Zwangsvollstreckung durch den Gläubiger nicht stärker ausgesetzt sein als der Schuldner selbst.¹⁰⁵

Als Titel iSv § 2 AnfG kommen alle Vollstreckungstitel infrage; auch ein vorläufig vollstreckbares Urteil oder ein Vorbehaltsurteil reicht aus. In diesen Fällen ist allerdings die Vollstreckung des stattgebenden Anfechtungsurteils im Urteilstenor davon abhängig zu machen, dass die gegen den Schuldner ergangene Entscheidung rechtskräftig oder vorbehaltlos wird (§ 14 AnfG).

Hinsichtlich der Kosten der Zwangsvollstreckung ist ein besonderer Titel nicht erforderlich. Nach § 788 I 1 werden die Kosten zugleich mit dem zur Zwangsvollstreckung stehenden Anspruch beigetrieben. Diese Regelung ist auch bei den Voraussetzungen des § 2 AnfG zu berücksichtigen.

Der vollstreckbare Titel muss auf Zahlung einer Geldsumme lauten.¹⁰⁶ Das ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut des § 2 AnfG, folgt aber daraus, dass die §§ 1, 2, 11 und 13 AnfG das Anfechtungsrecht nur zum Zwecke der Befriedigung einer bestimmten Forderung gewähren.

- 266 **cc)** Zu den besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsklage gehört auch die *Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens*. Die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners muss entweder bereits erfolglos versucht worden oder jedenfalls ihre Aussichtslosigkeit vorauszusehen sein. Das muss der Anfechtungskläger beweisen.¹⁰⁷

Für die Feststellung der Unzulänglichkeit reicht es etwa aus, dass der Gerichtsvollzieher beim Schuldner pfändbares Vermögen nicht vorgefunden hat, andere Gläubiger bereits vergebliche Vollstreckungsversuche unternommen haben oder der Schuldner glaubhaft bestreitet, pfändbares Vermögen zu besitzen; die Abgabe einer Vermögensauskunft mit eidesstattlicher Versicherung des Schuldners ist nicht erforderlich.¹⁰⁸ Umgekehrt begründet der Erlass eines Haftbefehls zur Erzwingung einer Vermögensauskunft keinen Anscheinsbeweis für die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens, wenn er vor mehr als zwei Jahren ergangen ist (arg. e 802d, 882e I); denn in dieser Zeit können sich die tatsächlichen Verhältnisse entscheidend geändert haben.¹⁰⁹ Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens ist der Schluss der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz; das

¹⁰³ BGHZ 66, 91; BGH NJW 2000, 2022, 2024; ZIP 1999, 33, 34.

¹⁰⁴ BGH NJW 2000, 2022, 2024; ZIP 1999, 33, 34; BGH LM Nr. 1, 2 zu § 2 AnfG; BGH JZ 1983, 150, 151; *Huber* AnfG § 2 Rn. 33; *Baur/Stürmer/Bruns* ZVR Rn. 26.48; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard* ZVR § 35 Rn. 141.

¹⁰⁵ BGH ZIP 1999, 33, 34.

¹⁰⁶ BGHZ 53, 174, 181; BGH WM 1990, 485, 486 und 2089, 2091.

¹⁰⁷ BGH ZIP 1990, 1420, 1421.

¹⁰⁸ BGH NJW 1983, 1678.

¹⁰⁹ BGH ZIP 1990, 1420, 1421.