



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 128/01

Verkündet am:
13. Mai 2004
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

AnfG [1898] § 3 Abs. 1 Nr. 1; BGB §§ 631, 779

- a) Vergleichen sich ein Bauunternehmer, der ein nachbesserungsbedürftiges Werk abgeliefert hat, und der Auftraggeber über die Höhe des geschuldeten Werklohns in der Weise, daß dieser unter Verzicht auf eine Nachbesserung ermäßigt wird, kann anfechtungsrechtlich in dem Verzicht auf die weitergehende Forderung ein inkongruentes Deckungsgeschäft liegen. Die Inkongruenz des Geschäfts kann ihre indizielle Wirkung für die Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Verzichtenden verlieren, wenn der objektiv erforderliche Nachbesserungsaufwand in etwa dem Betrag entspricht, auf den der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber verzichtet.
- b) Die Kenntnis des Auftraggebers von einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Verzichtenden ist regelmäßig ausgeschlossen, wenn der Auftraggeber die vorhandenen Mängel als derart gravierend einschätzt, daß aus seiner Sicht die mangelhafte Werkleistung durch die vereinbarte Zahlung in etwa angemessen entlohnt ist.
- c) Hat der Anfechtungsgläubiger durch die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners zugleich einen Vorteil erhalten, kann es insoweit an einer Gläubigerbenachteiligung fehlen.

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Mai 2004 durch die Richter Dr. Fischer, Dr. Ganter, Raebel, Kayser und Cierniak

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 1. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 1. März 2001 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Klage in Höhe von 75.868,82 DM zuzüglich Zinsen abgewiesen worden ist.

Die weitergehende Revision wird zurückgewiesen.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem - während des Revisionsverfahrens eröffneten - Insolvenzverfahren über das Vermögen der früheren Klägerin S. E. GmbH (im folgenden: Subunternehmerin oder Gläubigerin). Diese erbrachte als Subunternehmerin der A. B. N. GmbH (im folgenden: Hauptunternehmerin oder Schuldnerin) für die Be-

klagten, die ein Omnibusunternehmen betreiben, Estricharbeiten in einer Werk- und einer Waschhalle. Hierfür stellte sie der Schuldnerin am 15. März 1995 94.777,87 DM (incl. MWSt.) in Rechnung. Die Schuldnerin, die den Beklagten ihrerseits eine Rechnung über 110.628,87 DM (incl. MWSt.) stellte, leistete keine Zahlung. In einem deswegen zwischen der Gläubigerin und der Schuldnerin geführten Prozeß schlossen die damaligen Parteien am 6. November 1995 einen Vergleich. Darin verpflichtete sich die Schuldnerin, an die Gläubigerin 97.500 DM Zug um Zug gegen Ausführung näher beschriebener Nachbesserungsarbeiten zu zahlen.

In die Verhandlungen zwischen Sub- und Hauptunternehmerin waren auch die Beklagten einbezogen. Es kam zu Terminsabsprachen zwischen den Beklagten und der Subunternehmerin. Aus Gründen, die zwischen den Parteien streitig und nicht weiter aufgeklärt sind, verzögerte sich die Durchführung der Nachbesserungsarbeiten. Mit Fax-Schreiben vom 6. März 1996 forderte die Subunternehmerin die Hauptunternehmerin auf, bis spätestens 7. März 1996, 8.00 Uhr, dafür zu sorgen, daß sie die Arbeiten durchführen könne. Die Beklagten wurden gleichzeitig darüber informiert. Zur Nachbesserung kam es auch danach nicht.

Mit Schreiben vom 12. März 1996 kündigten die Beklagten den mit der Hauptunternehmerin bestehenden Vertrag. Am 18. März 1996 beantragte diese die Eröffnung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens über ihr Vermögen; der Antrag wurde später mangels Masse zurückgewiesen. In einem Vertrag, der nach der Behauptung der Beklagten am 26. März 1996 zustande kam, einigten sich diese mit der Hauptunternehmerin, daß alle gegenseitigen Ansprüche

gegen Zahlung von 25.000 DM erledigt seien. Dieser Betrag wurde angeblich am 28. März 1996 an die Hauptunternehmerin in bar entrichtet.

Am 19. April 1996 bot die Subunternehmerin die Nachbesserungsarbeiten den Beklagten zu Protokoll eines Gerichtsvollziehers an. Die Beklagten lehnten diese ab. Daraufhin vollstreckte die Subunternehmerin, welche die angebliche Vereinbarung vom 26. März 1996 für unwirksam, zumindest für anfechtbar hält, aus dem Prozeßvergleich vom 6. November 1995. Sie erwirkte am 21. Mai 1996 einen Pfändungs- und Überweisungsbeschluß, mit dem sie die Werklohnforderung der Hauptunternehmerin gegen die Beklagten pfändete und sich zur Einziehung überweisen ließ. Der Beschluß wurde den Beklagten am 29. Mai 1996 zugestellt.

Mit der vorliegenden, auf Zahlung von 96.198,88 DM gerichteten Klage hat die Gläubigerin von den Beklagten die Erfüllung der gepfändeten und überwiesenen Forderung verlangt. Das Landgericht hat der Klage - unter Abweisung im übrigen - in Höhe von 25.000 DM stattgegeben. Die Berufung der Gläubigerin blieb erfolglos. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage insgesamt abgewiesen. Mit seiner Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

Das Rechtsmittel führt teilweise zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, nach dem Ergebnis der dazu durchgeführten Beweisaufnahme sei die Vereinbarung der Beklagten mit der Schuldnerin, wonach alle gegenseitigen Ansprüche mit Zahlung eines Betrages von 25.000 DM erlöschen sollten, am 26. März 1996 und damit vor Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses getroffen worden. Diese Vereinbarung sei wirksam. Hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken zum Nachteil der Gläubigerin, das zu einer Nichtigkeit gemäß § 138 BGB führen könnte, seien nicht gegeben. Selbst wenn die Schuldnerin in der Absicht gehandelt haben sollte, der Gläubigerin zu schaden, sei eine Kenntnis der Beklagten hiervon nicht dargetan. Auch die Voraussetzungen einer Gläubigeranfechtung (§ 3 AnfG) lägen nicht vor. Es fehle an Anhaltspunkten dafür, daß die Beklagten am 26. März 1996 von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin gewußt hätten. Danach komme es nicht mehr darauf an, ob es sich bei dem Vertrag um ein inkongruentes Geschäft gehandelt habe.

Die Forderung der Schuldnerin gegenüber den Beklagten, die sich somit nach dem 26. März 1996 nur auf 25.000 DM belaufen habe, sei durch Zahlung eben dieses Betrages erloschen. Diese Zahlung sei am 28. März 1996 - und damit ebenfalls noch vor dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluß - erfolgt.

II.

Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand. Nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand kommt in Betracht, daß sich die Beklagten so behandeln lassen müssen, als bestehe der von der Gläubigerin gepfändete und ihr zur Einziehung überwiesene Werklohnanspruch gegen die Beklagten noch in Höhe von 75.868,82 DM. Hinsichtlich der von den Beklagten mit der Schuldnerin getroffenen Vereinbarung vom 26. März 1996 kann die Gläubigeranfechtung insoweit durchgreifen.

1. Die Frage, ob das Berufungsgericht - wie die Revision geltend macht - den Zusammenhang zwischen den Sätzen 1 und 2 des § 3 Abs. 1 AnfG n.F. verkannt und deshalb zu hohe Anforderungen an das Vorliegen der Voraussetzungen der sogenannten Vorsatzanfechtung gestellt hat, stellt sich nicht. Denn im vorliegenden Fall ist die Anfechtung noch nach dem Anfechtungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. Mai 1898 (RGBl. S. 709; BGBl. III 311-5) zu beurteilen. Die angefochtene Rechtshandlung - der Vertragsschluß vom 26. März 1996 - hat vor dem 1. Januar 1999 stattgefunden, und vorher ist auch die Anfechtbarkeit gerichtlich geltend gemacht worden (vgl. § 20 Abs. 2 Satz 2 AnfG n.F.). Daß sich die Gläubigerin ausdrücklich erst in dem Schriftsatz vom 5. Januar 2000 auf die Anfechtung berufen hat, schadet nicht. Die Subsumtion des vorgetragenen Lebenssachverhalts unter die Anfechtungstatbestände ist Sache des Gerichts (vgl. BGHZ 135, 140, 149 f; BGH, Urt. v. 3. Dezember 1998 - IX ZR 313/97, NJW 1999, 645). Bereits mit Schriftsatz vom 30. Juni 1998 hat die Gläubigerin vorgetragen, abgesehen von den Zweifeln, ob der Vertrag überhaupt und darüber hinaus am 26. März 1996 zustande gekommen sei, handele es sich "um den massiven Versuch einer Benachteiligung der Klägerin". Dies hat die Gläubigerin damals auch näher ausgeführt. Damit

war dem Gericht der Sachverhalt unterbreitet, der es in die Lage versetzte, eine Gläubigeranfechtung zu prüfen.

2. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG a.F. sind anfechtbar Rechtshandlungen, die der Schuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat. Nach dem Sachvortrag der Gläubigerin, dessen Richtigkeit für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist, können diese Voraussetzungen vorliegen.

a) Die Einigung der Beklagten mit der Hauptunternehmerin über die Erledigung sämtlicher gegenseitiger Ansprüche durch eine Einmalzahlung von 25.000 DM, die der Sache nach den Abschluß eines Abfindungsvergleichs bedeutete, war eine Rechtshandlung der Schuldnerin. Diese verzichtete als Auftragnehmerin gegenüber den Beklagten als Auftraggebern auf weitergehende Zahlungsansprüche und ihr Nachbesserungsrecht.

b) Der Tatbestand des § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG a.F. erfordert, wie jeder Anfechtungstatbestand, eine objektive Benachteiligung des Gläubigers, der aus der Rechtshandlung des Schuldners für sich ein Anfechtungsrecht herleitet. Eine solche Benachteiligung ist gegeben, wenn die Zugriffslage dieses Gläubigers objektiv beeinträchtigt worden ist. Davon ist für die Revisionsinstanz auszugehen.

Indem sich die Schuldnerin gegen Zahlung von 25.000 DM und Verzicht auf Nachbesserung ihres Werklohnanspruchs begab, der nach dem Vortrag der Gläubigerin ungleich mehr wert war, haben sich deren Zugriffsmöglichkeiten verschlechtert. Auf den Werklohnanspruch - dessen Abtretung (vgl. Schrei-

ben des anwaltlichen Vertreters der Schuldnerin vom 31. Januar 1996 mit Entwurf eines Abtretungsvertrages) bzw. Pfändung (vgl. Schreiben des anwaltlichen Vertreters der Gläubigerin vom 14. Februar 1996 und vom 6. März 1996) damals bereits im Gespräch war - konnte sie fortan nicht mehr zugreifen.

c) Das Vorliegen einer Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin kann mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht verneint werden.

aa) Die Gewährung einer inkongruenten Deckung ist nach ständiger Rechtsprechung ein starkes Beweisanzeichen für die Benachteiligungsabsicht des Schuldners (BGHZ 123, 320, 326; BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 - IX ZR 89/96, WM 1997, 545, 547; v. 19. November 1998 - IX ZR 116/97, NJW 1999, 641, 643; v. 17. Dezember 1998 - IX ZR 196/97, NJW 1999, 1395, 1397). Wenn dieses Beweisanzeichen nicht durch andere, vom Anfechtungsgegner zu beweisende Umstände entkräftet wird, kann es für den Nachweis der Benachteiligungsabsicht ausreichen (BGH, Urt. v. 19. November 1998 aaO).

bb) Im Hinblick auf vermeintlich fehlende Beweisanzeichen für eine Zahlungseinstellung der Schuldnerin durfte das Berufungsgericht nicht offenlassen, ob die Vereinbarung vom 26. März 1996 als inkongruentes Deckungsgeschäft anzusehen ist. Denn die Anfechtung nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 AnfG a.F. setzt keine Zahlungseinstellung voraus (BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 aaO).

cc) Nach dem Vorbringen des Klägers ist die Annahme gerechtfertigt, daß es sich bei der Vereinbarung um ein inkongruentes Deckungsgeschäft handelt hat.

(1) Die Beklagten hatten keinen Anspruch darauf, daß die von der Schuldnerin in Höhe von 110.628,87 DM in Rechnung gestellten Werklohnansprüche durch Zahlung eines Betrages von 25.000 DM abgegolten wurden. Zwar war das Werk, das die Schuldnerin - mittels der Leistungen der Gläubigerin - für die Beklagten erbracht hatte, nach den Feststellungen des Berufungsgerichts mangelhaft. Deswegen stand den Beklagten aber zunächst nur ein Recht auf Nachbesserung zu (§ 633 Abs. 2 Satz 1 BGB a.F.; ggf. § 13 Nr. 5 VOB/B). Dem entsprach auf der anderen Seite ein Recht der Schuldnerin zur Nachbesserung. Wenn sich diese erfolgreich gestaltete, konnte die Schuldnerin den Werklohnanspruch in vollem Umfang geltend machen.

(2) Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen getroffen, die den Schluß zuließen, daß die Schuldnerin das Recht zur Nachbesserung vor Abschluß der Vereinbarung vom 26. März 1996 verloren hätte. Anhaltspunkte dafür sind auch nicht vorgetragen.

Die Kündigung des Bauvertrages durch die Beklagten mit Schreiben vom 12. März 1996, dem angeblich eine mündliche Kündigung vorausgegangen war, hatte das Recht der Schuldnerin auf Nachbesserung nicht berührt (vgl. BGH, Urt. v. 25. Juni 1987 - VII ZR 251/86, NJW 1988, 140, 142; v. 8. Oktober 1987 - VII ZR 45/87, WM 1988, 197, 198). Auch waren die Arbeiten der Gläubigerin nach dem eigenen Vortrag der Beklagten (die selbst "mit gutem Ergebnis" nachgebessert haben wollen) nachbesserungsfähig.

(3) Darüber hinaus hat die Gläubigerin unter Beweisantritt vorgetragen, daß die ausstehenden Mängelbeseitigungsarbeiten lediglich einen Kostenaufwand von 9.760 DM verursacht hätten. Gegebenenfalls hatten die Beklagten

keinen Anspruch darauf, daß die Schuldnerin gegen Zahlung von lediglich circa einem Viertel des Werklohns ihr Nachbesserungsrecht aufgab. Denn damit hätte der Umfang des Forderungsverzichts der Schuldnerin ein Mehrfaches des Aufwands für die ausstehende Mängelbeseitigung betragen.

dd) Umstände, welche die aus der Inkongruenz der Vereinbarung vom 26. März 1996 folgende Indizwirkung entkräften könnten, sind nicht festgestellt.

Mit der Erwägung des Berufungsgerichts, es sei "bei Bausachen nicht unüblich", daß ein Unternehmer auf einen erheblichen Teil seiner Werklohnforderung verzichte, wenn ihm dafür die Nachbesserung erlassen werde, und zwar selbst dann, wenn der Nachbesserungsaufwand weit geringer sei, kann die Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin nicht verneint werden. Allerdings verliert die Inkongruenz eines Abfindungsvergleichs, wie er im vorliegenden Fall abgeschlossen wurde, ihre indizielle Wirkung, wenn der Betrag, auf den der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber verzichtet, den Nachbesserungsaufwand nicht beträchtlich übersteigt. Indes stellte sich hier die Gläubigerin nach dem bislang unwiderlegten Vortrag des Klägers auf den Standpunkt, die Nachbesserungskosten seien gering. Sie hatte auf ihre Werklohnforderung gegen die Schuldnerin gerade nicht verzichtet, war nach der Behauptung des Klägers zur Nachbesserung imstande und nachbesserungswillig, und die Schuldnerin hatte sich in dem Vergleich, der ihr selbst nur 25.000 DM einbrachte, gegenüber den Beklagten verpflichtet, diese von etwaigen - gegebenenfalls weit höheren - Forderungen der Gläubigerin freizustellen. Darauf läßt sich ein wirtschaftlich denkender Unternehmer im allgemeinen nur dann ein, wenn er von vornherein nicht die Absicht und/oder nicht die Möglichkeit hat, seiner Freistellungsverpflichtung nachzukommen.

Der Abschluß der Vereinbarung zwischen der Schuldnerin und den Beklagten kann deshalb darauf zurückzuführen sein, daß die Schuldnerin in dem Bewußtsein, die Forderung der Gläubigerin ohnehin nicht bezahlen zu können, noch irgendwelche Beträge "zusammenraffen" wollte, ihr die gläubigerbenachteiligende Wirkung der mit den Beklagten getroffenen Abmachung bewußt war und sie diese zumindest billigend in Kauf nahm. Im übrigen hat die Schuldnerin in einem Schreiben vom 26. März 1996 - demselben Tag, an dem sie mit den Beklagten die hier interessierende Vereinbarung traf - einem ihrer Kunden mitgeteilt, aufgrund des "wegen Zahlungsunfähigkeit" eingereichten "Konkurses" seien ihr "bis auf weiteres jegliche geschäftliche Aktivitäten untersagt".

d) Nach derzeitigem Sach- und Streitstand ist ferner nicht auszuschließen, daß die Beklagten bei Abschluß des Abfindungsvergleichs Kenntnis von einer Benachteiligungsabsicht der Schuldnerin hatten.

aa) Die Gewährung einer inkongruenten Deckung ist nach ständiger Rechtsprechung ein starkes Beweisanzeichen auch für die Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners (vgl. BGHZ 123, 320, 326; 138, 291, 308; BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 aaO; v. 19. November 1998 aaO; v. 17. Dezember 1998 aaO). Voraussetzung ist allerdings, daß der Anfechtungsgegner die Inkongruenz der ihm gewährten Deckung erkennt (vgl. BGH, Urt. v. 11. Mai 1995 - IX ZR 170/94, NJW 1995, 2348, 2350). Dafür genügt es, daß er die Umstände kennt, bei deren Vorliegen der Rechtsbegriff der Inkongruenz erfüllt ist (BGH, Urt. v. 2. Dezember 1999 - IX ZR 412/98, NJW 2000, 957, 958).

bb) Vergleichen sich ein Bauunternehmer, der ein nachbesserungsbedürftiges Werk abgeliefert hat, und der Auftraggeber über die Höhe des geschuldeten Werklohns in der Weise, daß dieser unter Verzicht auf eine Nachbesserung ermäßigt wird, hängt es von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere von dem Ausmaß des jeweiligen Nachgebens ab, ob eine objektiv gegebene Inkongruenz des Vergleichs dem Auftraggeber bekannt ist. Von einer derartigen Kenntnis kann nicht ausgegangen werden, wenn der Auftraggeber die vorhandenen Mängel als derart gravierend einschätzt, daß aus seiner Sicht die mangelhafte Werkleistung durch die vereinbarte Zahlung in etwa angemessen entlohnt ist. Eine maßvolle Differenz zwischen der Höhe der Forderung, auf die der Unternehmer verzichtet, und dem fiktiven Nachbesserungsaufwand muß die Höhe der Abfindung noch nicht als unangemessen erscheinen lassen. Denn der Auftraggeber darf unter Umständen davon ausgehen, daß der Unternehmer "es sich etwas kosten" lassen will, die lästige Nachbesserung zu vermeiden und schnell Geld in die Kasse zu bekommen. Je mehr sich der Nachbesserungsaufwand, den der Auftraggeber sich vorstellt, dem Betrag annähert, auf den der Unternehmer verzichtet, desto eher verliert die Inkongruenz des Geschäfts ihre indizielle Wirkung für die Kenntnis von einer Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Verzichtenden. Eine andere Beurteilung kann indes am Platze sein, wenn der Nachbesserungsaufwand - auch und gerade aus der Sicht des Auftraggebers - eher gering ist, der Unternehmer die Nachbesserung ausdrücklich angeboten hat und nunmehr, was die Höhe seiner Forderung angeht, im Übermaß nachgibt. Steht das Nachgeben ersichtlich im Zusammenhang mit einem drohenden finanziellen Zusammenbruch, kann die Annahme naheliegen, daß der Auftraggeber sich die Notlage zunutze macht, somit die Inkongruenz kennt. Besonders naheliegend ist dies, wenn der in der wirtschaftlichen Krise befindliche Unternehmer, der in preislicher Hinsicht nachgibt, die

Leistung nicht selbst, sondern durch einen Subunternehmer erbracht hat und das Nachgeben erkennbar auf dessen Kosten geschieht.

cc) Nach dem Vortrag des Klägers erscheint als möglich, daß die Beklagten das angebliche Mißverhältnis zwischen dem Wert des Nachgebens der Schuldnerin und der Zahlung der Beklagten erkannt haben.

Es kann auch aus der Sicht der Beklagten, die als Busunternehmer selbst im Wirtschaftsleben stehen und überdies in dem gesamten hier interessierenden Zeitraum bereits anwaltlich vertreten waren, unangemessen gewesen sein, einen Auftrag im Volumen von mehr als 110.000 DM durch eine Zahlung von lediglich 25.000 DM abzugelten, wenn der mitabgegoltene Nachbesserungsaufwand wesentlich geringer war als $(110.000 \cdot 25.000 =)$ 85.000 DM, etwa, wie der Kläger behauptet, lediglich mit 9.760 DM zu Buche schlug. Zudem war ein Teil dieses Aufwands bereits angefallen, wenn mit der Nachbesserung bereits begonnen worden war (nach dem beiderseitigen Vorbringen hatte die Gläubigerin den eingebrachten Estrich zumindest teilweise wieder herausgeschlagen). Für den Kenntnisstand der Beklagten kann es wesentlich sein, daß sie in die Verhandlungen zwischen Haupt- und Subunternehmerin einbezogen waren. Möglicherweise hat sich den Beklagten dabei erschlossen, welcher Aufwand für die Nachbesserung kalkuliert worden war.

Daß nicht die Schuldnerin, ihr Vertragspartner, sondern deren Subunternehmer, die Gläubigerin, die Nachbesserungsarbeiten erbringen würde, war den Beklagten bewußt. Nach der Behauptung des Klägers hat die Gläubigerin den Beklagten die Erbringung (Fortführung) der Arbeiten wiederholt ernsthaft

angeboten. Aus welchen Gründen sich die Arbeiten verzögert haben, ist streitig und nicht aufgeklärt.

Unter dem 25. März 1996 - einen Tag vor Abschluß der Vereinbarung mit der Schuldnerin - hat der Anwalt der Beklagten bei dem örtlich zuständigen Amtsgericht schriftlich angefragt, ob ein Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin vorliege. Bis zum 26. März 1996 hatte das Gericht auf die Anfrage noch nicht geantwortet. Daraus könnte zu entnehmen sein, daß die Beklagten im Zeitpunkt des Vergleichsschlusses mit dem wirtschaftlichen Zusammenbruch der Schuldnerin gerechnet haben.

Falls der Gläubigerin an der vertragsgerechten Abwicklung des Vorhabens mehr gelegen war als der Schuldnerin, die bereits vor dem Vergleichsschluß den Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens gestellt, somit "nichts mehr zu verlieren" hatte, ist nicht auszuschließen, daß die Beklagten sich dessen bewußt waren. In diesem Zusammenhang kann das Schreiben ihres anwaltlichen Vertreters vom 21. November 1995 an die Gläubigerin Bedeutung gewinnen. Dort wurde im Hinblick auf die zugesagte Mängelbeseitigung ausgeführt: "Ich gehe ... nach den hier vorliegenden Erkenntnissen davon aus, daß Ihnen daran liegt, daß der Betrag für ordnungsgemäß durchgeführte Estricharbeiten, den mein Mandant schuldet, unmittelbar an Sie gezahlt werden soll und nicht über die Fa. A. ...".

3. In Höhe des Betrages von 25.000 DM, den die Beklagten, wie vom Berufungsgericht festgestellt, noch vor der Beschlagnahme an die Schuldnerin gezahlt haben, ist die Revision unbegründet.

Im Falle einer wirksamen Anfechtung sind die Beklagten gemäß § 7 Abs. 1 AnfG a.F. verpflichtet, den Vermögenswert, den die Schuldnerin zugunsten der Beklagten mit der Vereinbarung vom 26. März 1996 aufgegeben hat, zum Zwecke der Befriedigung des Klägers zur Verfügung zu stellen. Aufgegeben hat die Schuldnerin die über 25.000 DM hinausgehende Werklohnforderung. Die Zahlung des genannten Betrages war nicht die Gegenleistung für einen Verzicht auf die gesamte Werklohnforderung. Denn der Vergleich hatte keine schuldumschaffende Wirkung.

4. Unbegründet ist die Revision ferner in Höhe weiterer 9.760 DM.

a) Allerdings ist insoweit durchaus etwas aus dem Vermögen der Schuldnerin weggegeben worden (§ 7 Abs. 1 AnfG a.F.). Zwar beläuft sich der Nachbesserungsaufwand, den die Schuldnerin gegenüber den Beklagten durch die anfechtbare Handlung gespart hat, nach dem eigenen Vortrag des Klägers auf 9.760 DM. Indes kann nicht gesagt werden, die Schuldnerin habe lediglich auf den mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts wegen noch nicht erfolgter Nachbesserung belasteten Werklohnanspruch verzichtet und mithin sei dessen Wert mindestens um den angegebenen Betrag des Nachbesserungsaufwands zu kürzen. Denn nach dem Vortrag des Klägers haben die Beklagten grundlos die Annahme der Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert. Gegebenenfalls ist dadurch ihr Leistungsverweigerungsrecht entfallen (vgl. BGHZ 50, 155, 177 f; BGH, Urt. v. 15. Mai 1990 - X ZR 128/88, NJW 1990, 3008, 3009).

b) Indes hat auch die Gläubigerin den fraglichen Betrag erspart, den sie ohne die angefochtene Handlung gegenüber der Schuldnerin hätte aufwenden müssen. Zwar findet im Anfechtungsrecht eine Vorteilsausgleichung grundsätzlich nicht statt; Vorteile für den Schuldner aus der anfechtbaren Rechtshandlung vermögen also weder die Entstehung des Anfechtungsrechts zu verhindern noch Inhalt und Umfang des Anfechtungsanspruchs zu beeinflussen (Kilger/Huber, AnfG 8. Aufl. § 7 Anm. III 10 d; vgl. ferner zur Konkurs- bzw. Insolvenzanfechtung BGHZ 97, 87, 95; BGH, Urt. v. 15. Dezember 1994 - IX ZR 18/94, NJW 1995, 1093, 1095; MünchKomm-InsO/Kirchhof, § 143 Rn. 84; HK-InsO/Kreft, 3. Aufl. § 143 Rn. 23; Kübler/Prütting/Paulus, InsO § 143 Rn. 4; Gottwald/Huber, Insolvenzrechts-Handbuch 2. Aufl. § 46 Rn. 52). Nicht ausgeschlossen ist jedoch die Berücksichtigung eines Vorteils, den der Anfechtungsgläubiger erhalten hat. Insoweit fehlt es schon an einer Gläubigerbenachteiligung (vgl. Kübler/Prütting/Paulus, aaO § 142 Rn. 16).

III.

Soweit die Klage in Höhe von $(110.628,87 \cdot 25.000 \cdot 9.760 =)$ 75.868,82 DM abgewiesen worden ist, erweist sich das Berufungsurteil auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO a.F.).

1. Der Umstand, daß der gerichtliche Vergleich vom 6. November 1995 nur auf Leistung Zug um Zug lautet, steht der Fälligkeit der titulierten Forderung im Sinne von § 2 AnfG a.F. nicht entgegen (vgl. BGH, Urt. v. 13. Dezember 1989 - VIII ZR 204/82, NJW 1990, 1302, 1303). Falls der Schuldnerin das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB noch zustehen

sollte, könnten allerdings die Beklagten als Anfechtungsgegner zur Rückgewähr der anfechtbar erhaltenen Leistung nur gegen Leistung des Klägers an die Schuldnerin verurteilt werden (Kilger/Huber, aaO § 2 Anm. III 2). Nach dem Vortrag der Gläubigerin kommt jedoch in Betracht, daß diese die Schuldnerin spätestens mit Schreiben vom 6. März 1996 in Annahmeverzug gesetzt hat. Gegebenenfalls wären die Beklagten - vorbehaltlich eines eigenen Leistungsverweigerungsrechts (dazu sogleich unter 2) - schlechthin zur Rückgewähr zu verurteilen. Um die Schuldnerin in Annahmeverzug zu setzen, genügte nach § 295 Satz 1 Alt. 2 BGB ein wörtliches Angebot der Gläubigerin. Denn vertragliche Beziehungen zu den Beklagten hatte lediglich die Schuldnerin. Da - zumindest nach dem Vortrag der Gläubigerin - dieser seitens der Beklagten der Zutritt verweigert wurde, mußte die Schuldnerin die Beklagten veranlassen, die Leistung der Gläubigerin entgegenzunehmen.

2. Auf der Grundlage des Klägervorbringens ist der Zahlungsanspruch der Schuldnerin gegen die Beklagten nicht dadurch eingeschränkt, daß diese ihrerseits von der Schuldnerin zunächst nur auf Zahlung Zug um Zug gegen Mängelbeseitigung in Anspruch genommen werden konnten. Denn das Leistungsverweigerungsrecht der Beklagten ist entfallen, wenn sie die von der Gläubigerin ordnungsgemäß angebotene Nachbesserung ernsthaft und endgültig abgelehnt haben (vgl. oben II 4 a).

Soweit die Klage in Höhe von 75.868,82 DM abgewiesen worden ist, ist das angefochtene Urteil somit aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 564 Abs. 1, 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO a.F.).

Das Berufungsgericht wird zu klären haben, ob eine inkongruente Deckung vorliegt und die Beklagten diese gekannt haben. Dabei wird es insbesondere festzustellen haben, wie hoch die Schuldnerin und die Beklagten die Kosten der erforderlichen Nachbesserung am 26. März 1996 eingeschätzt haben. Die Zurückverweisung gibt den Parteien Gelegenheit, dazu ergänzend vorzutragen. Außerdem wird festgestellt werden müssen, ob die Schuldnerin gegenüber der Gläubigerin in Annahmeverzug war und ob die Beklagten die Entgegennahme der von der Gläubigerin angebotenen Leistung ernsthaft und endgültig verweigert haben.

Fischer

Ganter

Raebel

Kayser

Cierniak