

NZI

Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz

In Zusammenarbeit
mit der NJW
herausgegeben von

Prof. Dr. M. Ahrens
VorsRiLAG Dr. W. Berkowsky
RA/WP Dr. E. Braun
Prof. Dr. G. Crezelius
VorsRiBGH a. D. Dr. G. Fischer
Vors. RiBGH Dr. H. G. Ganter
Prof. Dr. Dr. h. c. P. Gottwald
Prof. Dr. U. Haas
Dipl.-Rpfl. Prof. U. Keller
RA Dr. R. Leithaus
RA Prof. Dr. H.-J. Lwowski
RA Dr. J. Nerlich
VorsRiLG I. Pape
RiOLG W. Sternal
Prof. Dr. R. Stürner
Prof. Dr. W. Uhlenbruck
RiAG Prof. Dr. H. Vallender
Dr. A. Weber
RA Dr. J. Wellensiek

Im **Aktuellteil:**
Gastkommentar von
Meyer-Löwy zur Gläubiger-
ausschussmitgliedschaft

Aus dem Inhalt

H. G. Ganter, Der Surrogationsgedanke bei der Aus- und Absonderung **583**

G. Fischer, Gläubigerbenachteiligungsvorsatz bei kongruenter
Deckung **588**

H.-J. Lwowski, Insolvenzanfechtung von Kapitalherabsetzungs- und
Umwandlungsmaßnahmen **595**

R. Leithaus/A. D. Riewe, Inhalt und Reichweite der Insolvenzantrags-
pflicht bei europaweiter Konzerninsolvenz **598**

NZI-Report

P. Mankowski, Insolvenznahe Verfahren und Sicherung eines
Eigentumsvorbehalts im Grenzbereich zwischen EuInsVO und
EuGVVO **604**

J. Schmitt/N. Bahr, Rechnungslegung nach HGB in der
Insolvenz – lästige Arbeit oder Entscheidungsunterlage? **606**

BGH: Keine Pflicht des Verwalters zum Vorgehen gegen unwirksame sozial-
rechtliche Verrechnung (mit Anmerkung **Gundlach/Schmidt**) **607**

LG Hannover: Niederlassung eines in England lebenden Chefarztes an
deutscher Klinik (mit Anmerkung **Vallender**) **631**

Mit Beilage: Rechtsprechungsübersicht zum Insolvenzrecht
1. Halbjahr 2008 (Dahl/Sternal)

Seiten 577–640 · Oktober 2008

Verlag C. H. Beck München und Frankfurt a. M.

10/2008

Jubiläumshft
10 Jahre
NZI



Art. 4 II 2 lit. k EuInsVO für die Rechte der Gläubiger nach Beendigung des Verfahrens die *lex fori concursus* maßgeblich. Dies betrifft insbesondere die Frage einer Restschuldbefreiung zu Gunsten des Schuldners. Sieht die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaft das Erlöschen der Gläubigerforderungen nach erteilter Restschuldbefreiung vor, haben deutsche Gläubiger des Schuldners diese Entscheidung hinzunehmen. Denn die in einem Insolvenzverfahren erteilte Restschuldbefreiung ist in jedem anderen Mitgliedstaat anzuerkennen (vgl. Art. 25 I 1 EuInsVO). Besonderheiten gelten nur im Falle der Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens (s. Art. 17 II 2 EuInsVO) und bei einem Verstoß gegen den *Ordre Public* (Art. 26 EuInsVO).

Den Gläubigern bleibt es indes unbenommen, bereits die Eröffnungsentscheidung oder die Erteilung der Restschuldbefreiung anzufechten, falls die ausländische Rechtsordnung entsprechende Rechtsmittel vorsieht. Darüber hinaus eröffnen Art. 27, 29 lit. b EuInsVO Gläubigern die Möglichkeit, nach Eröffnung eines Hauptinsolvenzverfahrens in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft einen Antrag auf Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens zu stellen. Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens ist unter anderem davon abhängig, dass der Schuldner im Gebiet des anderen Mitgliedstaats eine Niederlassung hat (Art. 3 II 1 EuInsVO). Aus Sicht der Gläubiger macht ein solches Verfahren Sinn, wenn der Schuldner über Vermögenswerte im Gebiet des Sekundärinsolvenzverfahrens verfügt. Denn durch die Eröffnung des Sekundärinsolvenzverfahrens werden diese Vermögenswerte der *lex fori concursus universalis* entzogen und der Geltung der *lex fori concursus secundarii* unterstellt (Herchen, in: Pannen, EuInsVO, 2007, Art. 27 Rdnr. 5 m. w. Nachw.). Damit wird den Gläubigern die Möglichkeit eröffnet, ihre Rechte in einer ihnen vertrauten Rechtsordnung geltend zu machen. Dies erspart regelmäßig Zeit und Geld und erhöht unter Umständen die Befriedigungsquote.

Der Begriff der Niederlassung als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Eröffnung eines Sekundärinsolvenzverfahrens wurde schon bei den Vorarbeiten zur EuInsVO kontrovers diskutiert. So hatten mehrere Vertragsstaaten den Wunsch geäußert, dass es möglich sein sollte, Partikularverfahren bereits bei Vorhandensein von Vermögenswerten, die für eine bestimmte wirtschaftliche Tätigkeit eingesetzt werden, eröffnen zu können (Virgos/Schmidt, in: Stoll, Vorschläge u. Gutachten zur Umsetzung des EU-Übereinkommens über Insolvenzverfahren im dt. Recht, 1997, Rdnr. 70; Carstens, Die Internationale Zuständigkeit im europäischen InsolvenzR, 2005, S. 73 f.). Verständigt hat man sich schließlich darauf, dass unter Niederlassung jeder Tätigkeitsort zu verstehen ist, an dem der Schuldner einer wirtschaftlichen Tätigkeit von nicht vorübergehender Art nachgeht, die den Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt. Damit ist klargestellt, dass allein das Vorhandensein von Vermögenswerten keine Niederlassung im Sinne der Verordnung darstellt.

Das LG Hannover vertritt in Übereinstimmung mit dem AG Hannover in seiner Entscheidung vom 10. 4. 2008 die Auffassung, dass auch dann von einer Niederlassung i. S. des Art. 2 lit. h EuInsVO auszugehen sei, wenn der Schuldner, der in England seinen Wohnsitz hat, in einer deutschen Klinik als leitender Arzt und Prokurist arbeite. Dem kann nicht gefolgt werden. Zwar ist auch bei der gebotenen autonomen Auslegung des Begriffs Niederlassung die ärztliche Tätigkeit in einer Klinik als wirtschaftliche Aktivität anzusehen. Dass der Schuldner nicht Gesellschafter oder Geschäftsführer der Gesellschaft ist, welche die Klinik betreibt, ist für die Annahme einer wirtschaftlichen Aktivität im Sinne der Vorschrift unerheblich, weil Art. 2 lit. h EuInsVO insoweit allein darauf abstellt, dass es sich um eine marktgerichtete Tätigkeit handelt und der Ort nach außen erkennbar ist. Bedenken begegnet indes die nicht näher begründete Auffassung des Gerichts, es handele sich bei der Tätigkeit des Schuldners, der vorgetragen hatte, im Auftrag seines englischen Arbeitgebers für zwei Tage

pro Woche nach Hannover in die Klinik entsandt zu werden, um eine Tätigkeit von nicht nur vorübergehender Art. Zwar hat der Ordnungsgeber keine zeitliche Mindestanforderung in die Regelung des Art. 2 lit. h EuInsVO aufgenommen. Mithin hat ein Gericht unter Würdigung sämtlicher Umstände des Falls zu entscheiden, ob die Tätigkeit dauerhaft oder nur vorübergehend ist. Auch wenn mit der Tätigkeit des Schuldners auf der Internetseite der Klinik in Hannover geworben wurde, kann auch aus der Sicht des Rechtsverkehrs eine Tätigkeit von nur zwei Tagen pro Woche nicht als dauerhaft angesehen werden. Dies gilt umso mehr, als der Beschluss auch keine Feststellungen dazu mitteilt, wie lange das Engagement des Schuldners in Hannover dauern soll. Der Annahme des Gerichts, die Tätigkeit des Schuldners in Hannover erfülle die Voraussetzungen des Art. 2 lit. h EuInsVO, steht aber letztlich der Umstand entgegen, dass die wirtschaftliche Aktivität des Schuldners nicht den kumulativen Einsatz von Personal und Vermögenswerten voraussetzt. Nicht der Schuldner, sondern die Klinik, für die er tätig ist, trägt für die Kollegen und Mitarbeiter, deren Unterstützung sich der Schuldner bei Erledigung seiner Aufgaben bedient, als deren Arbeitgeber die Verantwortung. Das Tatbestandsmerkmal Personal setzt aber voraus, dass der Schuldner als Arbeitgeber oder Auftraggeber für die eingesetzten Personen verantwortlich ist (so auch Moss/Fletcher/Isaacs/Smith, The EC Regulation on Insolvency Proceedings, 2003, Rdnr. 8.29). Nur eine solche Auslegung wird dem Sinn und Zweck der Vorschrift des Art. 2 lit. h EuInsVO, die einen Schutz des Rechtsverkehrs anstrebt, gerecht. Erklärter Zweck des Anknüpfungskriteriums der Niederlassung ist es sicherzustellen, „dass für ausländische Wirtschaftsteilnehmer, die eine inländische Niederlassung betreiben, dieselben Insolvenzvorschriften gelten (...) wie für die inländischen Marktteilnehmer, solange beide auf demselben Markt tätig sind“ (Virgos/Schmidt, in: Stoll, Rdnr. 71). Mit Recht betont Leipold (Stellungnahmen u. Gutachten, 1992, S. 81) in diesem Zusammenhang, diese Betrachtungsweise sei notwendig, weil die Tätigkeit des Schuldners im Niederlassungsstaat typischerweise zum Abschluss einer Vielzahl von Rechtsgeschäften führt und das Vertrauen der Geschäftspartner auf einen Zugriff auf das Vermögen des Schuldners in der Insolvenz nach Maßgabe des Rechts des Niederlassungsstaats schützwürdig erscheinen lassen. Den Gründen der Entscheidung des LG Hannover ist weder zu entnehmen, dass der Schuldner Arbeitgeber oder Auftraggeber des Klinikpersonals ist, noch dass ihm in seiner Eigenschaft als „leitender Arzt“ Vollmacht zum Abschluss von Verträgen im Hinblick auf die Führung der Klinik eingeräumt worden ist. Die Vorschrift des Art. 2 lit. h EuInsVO würde ihren Schutzzweck verfehlen, wenn allein die Tätigkeit eines Schuldners für einen Arbeitgeber in einem anderen Mitgliedstaat der Gemeinschaft als Niederlassung anzusehen wäre.

Professor Dr. Heinz Vallender, Köln

Sonstiges

20. Fristwahrung für Primäranspruch durch rechtzeitige Klage auf Wertersatz

AnfG §§ 7, 11

Die klageweise Geltendmachung des Anspruchs auf Wertersatz wahrt auch die Rechte für den nach Ablauf der Anfechtungsfrist im Berufungsrechtszug verfolgten Primäranspruch.

BGH, Urt. v. 17. 7. 2008 – IX ZR 245/06 (OLG München)

Zum Sachverhalt: Mit Vertrag vom 14. 5. 2001 kauften die Bekl. und deren Ehemann jeweils zur Hälfte vier in Kempten gelegene Grundstücke. Hinsichtlich zweier dieser Grundstücke schlossen die Eheleute am 18. 10. 2001 – vor dem dinglichen Vollzug des Vertrags – eine als Überlassung bezeichnete notarielle Vereinbarung zu Gunsten der Bekl. Als Rechtsgrund hierfür wird in § 3 eine ehebedingte Zuwendung genannt. § 2 weist folgende Regelung auf:

„... im Folgenden ‚der Veräußerer‘ genannt, überlässt hiermit an seine Ehefrau ..., im Folgenden ‚Erwerber‘ genannt, seinen Hälfte-Miteigentumsanteil an dem in § 1 aufgeführten Vertragsgegenstand mit allen Bestandteilen, Rechten und Zubehör. Die Vertragsteile sind sich über den Eigentumsübergang einig. Der Veräußerer bewilligt und der Erwerber beantragt die Umschreibung des Eigentums im Grundbuch... Der Veräußerer tritt hiermit sicherungshalber seine Ansprüche auf Eigentumsverschaffung sowie alle Rechte und Ansprüche, auch solche rein schuldrechtlicher Art, aus der genannten Vorurkunde... an seine Ehefrau ab, welche die Abtretung annimmt ...“

Am 20. 11. 2001 wurde die Bekl. als Alleineigentümerin der beiden Grundstücke in das Grundbuch eingetragen. Die Kl. verfügen über vier gegen den Ehemann der Bekl. gerichtete Vollstreckungstitel und fochten das zwischen der Bekl. und deren Ehemann abgeschlossene Grundstücksgeschäft vom 18. 10. 2001 an. Die Kl. erhoben am 5. 7. 2005 Klage beim *LG München I*. Mit Beschluss vom 20. 10. 2005 hat das angerufene *LG* sich für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das *LG Kempten* verwiesen.

Das *LG* hat die auf Wertersatz (Sekundäranspruch) gerichtete Klage abgewiesen. Im Berufungsverfahren begeherten die Kl. hilfsweise auch die Duldung der Zwangsvollstreckung in die Grundstücke zum Zwecke der Befriedigung aus dem hälftigen Teil des Versteigerungserlöses wegen einer Forderung von 40 437 Euro nebst Zinsen (Primäranspruch). Das BerGer. hat den Hilfsantrag im Wesentlichen für begründet erachtet und im Übrigen das landgerichtliche Urteil bestätigt. Mit der zugelassenen Revision verfolgte die Bekl. ihren Klageabweisungsantrag weiter. Im Hinblick auf eine zwischenzeitlich erfolgte Zahlung von 15 000 Euro beantragten die Kl. die Revision mit der Maßgabe, zurückzuweisen, dass die Zwangsvollstreckung aus dem vollstreckbaren Schuldanerkenntnis vom 18. 11. 2004 nur noch in Höhe von 15 750,77 Euro nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 31. 5. 2007 zu dulden ist. Insoweit erklärten die Parteien den Rechtsstreit übereinstimmend für erledigt. Die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen: [5] I. Das BerGer. hat ausgeführt, der Primäranspruch sei nicht untergegangen, weil der mit dem anfechtbaren Rechtsgeschäft übertragene Vermögensgegenstand sich noch im Vermögen der Anfechtungsgegnerin befindet. Das wirtschaftliche Ziel des Vertrags vom 18. 10. 2001 habe darin bestanden, der Anfechtungsgegnerin das alleinige Eigentum an beiden Grundstücken zu verschaffen. Durch diesen Vertrag habe nicht der schuldrechtliche Anspruch auf Verschaffung des Miteigentumsanteils, sondern der Miteigentumsanteil selbst übertragen werden sollen. Der Umstand, dass dieser Miteigentumsanteil durch Vereinigung mit dem eigenen Anteil der Bekl. zu deren Alleineigentum rechtlich nicht mehr bestehe, sei unbeachtlich. Maßgeblich sei allein, dass das wirtschaftliche Substrat dieses Eigentumsanteils nach wie vor im Vermögen der Anfechtungsgegnerin vorhanden sei und zum Zwecke der Befriedigung dem Anfechtungsgläubiger zur Verfügung gestellt werden könne.

[6] Der geltend gemachte Primäranspruch sei auch nicht durch Ablauf der Anfechtungsfrist entfallen. Hinsichtlich des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 2. 3. 2006 ergebe sich dies aus § 7 II AnfG, weil zum Zeitpunkt der Klageerhebung am 1. 7. 2005 der Titel noch nicht vorgelegen habe, die Kl. aber die später titulierte Kosten bereits in der Klagebegründung aufgeführt hätten, so dass eine ordnungsgemäße Anfechtungsankündigung vorliege. Aber auch hinsichtlich der übrigen Vollstreckungstitel sei die Anfechtungsfrist nicht abgelaufen. Mit der erhobenen Zahlungsklage sei auch die Frist für den nunmehr richtigerweise geltend gemachten Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung gewahrt worden.

[7] II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand.

[8] 1. Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, dass den Anfechtungsgläubigern ein Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in die beiden verfahrensgegenständlichen Grundstücke zusteht. Ein unmittelbarer

Zahlungsanspruch als Wertersatzanspruch kommt nicht in Betracht.

[9] a) Der Vertrag vom 18. 10. 2001 unterliegt gem. §§ 1, 4 I AnfG der Anfechtung. Das Übertragungsgeschäft des Schuldners zu Gunsten seiner Ehefrau, der Bekl., stellt eine unentgeltliche Zuwendung i. S. des § 4 I AnfG dar. Der Umstand, dass die vertragsschließenden Parteien die Überlassung im Rahmen einer ehebedingten Zuwendung vorgenommen haben, vermag hieran nichts zu ändern. Eine ehebedingte oder unbenannte Zuwendung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine rechtliche Verpflichtung dazu nicht besteht (*BGHZ* 71, 61 [64 ff.] = *NJW* 1978, 1326). Anfechtungsrechtlich wird auch keine Gegenleistung erbracht. Daher sind derartige Leistungen als unentgeltliche Zuwendungen anzusehen (*BGH*, *NJW* 1999, 1033 = *NZI* 1999, 111 = *ZIP* 1999, 316 [317]; *OLG München*, *WM* 2004, 1044 [1045]; *Huber*, *AnfG*, 10. Aufl., § 4 Rdnr. 35; *Kreft*, in: *Heidelberger Komm. z. InsO*, 4. Aufl., § 134 Rdnr. 12; *Kirchhof*, in: *MünchKomm-InsO*, 2. Aufl., § 134 Rdnr. 36; *Jaeger/Henckel*, *InsO*, § 134 Rdnr. 23).

[10] b) Der Gesichtspunkt, dass dem Schuldner zum Zeitpunkt des Abschlusses des Überlassungsvertrags vom 18. 10. 2001 kein Miteigentumsanteil an den beiden Grundstücken zustand und er daher der Bekl. lediglich schuldrechtliche Verschaffungsansprüche übertragen konnte, die mit dem Erwerb des Volleigentums der Bekl. untergegangen sind, ist nicht geeignet, einen Anspruch auf Wertersatz zu begründen.

[11] aa) Ein Anspruch auf Wertersatz (so genannter Sekundäranspruch) besteht nur, wenn der Anfechtungsgegner seine Pflicht aus § 11 I 1 AnfG nicht erfüllen kann, weil es ihm aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich geworden ist, dem Gläubiger das anfechtbar Erworben zu dem zwangsweisen Zugriff zur Verfügung zu stellen (vgl. *Kirchhof*, in: *MünchKomm-InsO*, § 134 Rdnr. 82; *Jaeger/Henckel*, § 134 Rdnr. 110; *Huber*, § 11 Rdnr. 37; *Paulus*, in: *Kübler/Prütting*, *InsO*, § 11 AnfG Rdnr. 13; offengelassen in *BGH*, *NJW-RR* 1991, 104 = *ZIP* 1990, 1420 [1423]). Voraussetzung für die Pflicht, den Wert des Anfechtungsgegenstands zu ersetzen, ist folglich die Unmöglichkeit, den Primäranspruch zu erfüllen. Bei der für das Anfechtungsrecht maßgebenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise (vgl. dazu *BGHZ* 72, 39 [41 f.] = *NJW* 1978, 1921; *BGHZ* 116, 222 [226] = *NJW* 1992, 830) ist ein mehraktig gestalteter Zuwendungsvorgang, der auf einem einheitlichen Plan beruht, als Einheit zu behandeln. Insbesondere kann dem Empfänger mit dem vertraglichen Erfüllungsanspruch im Ergebnis auch der erwartete individuelle Gegenstand der Erfüllung zugewendet werden (*BGHZ* 116, 222 = *NJW* 1992, 830; *KG*, *HRR* 1937 Nr. 1421; *Huber*, § 13 Rdnr. 17). Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze wurde der Bekl. durch den der Anfechtung unterliegenden Überlassungsvertrag nicht nur der Verschaffungsanspruch zugewandt, sondern auch dessen Gegenstand, der Miteigentumsanteil, den die Bekl., als sie Volleigentum an beiden Grundstücken erwarb, übertragen erhielt. Anfechtbar erworben ist demzufolge nicht (nur) der Eigentumsverschaffungsanspruch, sondern der hälftige Miteigentumsanteil an beiden Grundstücken.

[12] bb) Auch wenn das dem Schuldner zuzuordnende Bruchteilseigentum durch Erwerb des Volleigentums seitens der Bekl. als Vollstreckungsobjekt nicht mehr verfügbar ist, kann der Anfechtungsgläubiger von der nunmehrigen Alleineigentümerin die Duldung der Zwangsversteigerung des ganzen Grundstücks verlangen, allerdings nur zwecks Befriedigung aus dem Teil des Versteigerungserlöses, der dem Schuldner ohne die anfechtbare Rechtshandlung, also unter Berücksichtigung des ihm zuzuordnenden Miteigentumsanteils, zugestanden hätte (vgl. *BGHZ* 90, 207 [214] = *NJW* 1984, 1968; *BGH*, *ZIP* 1985, 372 [375] = *NJW* 1985, 2031 L). Die Bekl. ist demzufolge weiterhin in der Lage, den Primäranspruch zu erfüllen.

[13] 2. Zu Recht hat das BerGer. auch angenommen, dass der erst in der Berufungsinstanz im Wege eines Hilfsantrags

erhobene Primäranspruch binnen der vierjährigen Anfechtungsfrist gem. §§ 4, 7 AnfG geltend gemacht wurde. Die Verfolgung des Primäranspruchs bedeutet gegenüber dem mit Klageerhebung vom Juli 2005 rechtzeitig begehrten Wertersatzanspruch (Sekundäranspruch) keine Klageänderung (§ 264 Nr. 2 ZPO).

[14] a) In der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung ist anerkannt, dass die rechtzeitige Geltendmachung eines anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs in Natur zugleich die Frist für einen Wertersatzanspruch wahrt (BGHZ 89, 189 [197] = NJW 1984, 1557; BGH, WM 1983, 1313 [1315]; NJW 1999, 359 = NZI 1999, 25 = ZIP 1998, 2165 [2167]; ebenso Huber, § 7 Rdnr. 13; Krefft, in: Heidelberger Komm. z. InsO, § 146 Rdnr. 8; Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, § 146 Rdnr. 15 c; Rogge, in: Hamburger Komm. z. InsolvenzR, 2. Aufl., § 143 Rdnr. 121). Diese Grundsätze sollen aber auch dann gelten, wenn vom zunächst geltend gemachten Wertersatzanspruch auf den Primäranspruch übergegangen wird (OLG Hamm, NZI 2001, 432 [433]; Krefft, in: Heidelberger Komm. z. InsO, § 146 Rdnr. 8; Kirchhof, in: MünchKomm-InsO, § 146 Rdnr. 15 c).

[15] b) Die zuletzt genannte Ansicht ist zutreffend.

[16] aa) Der Anfechtungsanspruch kann verschiedene technische Ausprägungen erfahren, nämlich unmittelbar auf Rückgewähr des anfechtbar Erworbenen gerichtet sein oder, falls dieser Gegenstand dem Anfechtungsgegner nicht mehr zur Verfügung steht, auf Leistung von Wertersatz (§ 143 I InsO). Außerhalb des Insolvenzverfahrens – wie hier – tritt an Stelle des Rückgewähranspruchs die Verpflichtung des Anfechtungsgegners, das vom Schuldner anfechtbar Weggegebene dem Zwangszugriff des Gläubigers wieder zur Verfügung zu stellen (§ 11 I 1 AnfG). Ist dies dem Anfechtungsgegner nicht möglich, tritt auch hier der Anspruch auf Wertersatz an die Stelle des Primäranspruchs. Für den Bereich der Verjährungshemmung (§ 204 BGB) ist anerkannt, dass bei Geltendmachung eines Anspruchs, der verschiedene technische Ausprägungen aufweist, alle Gestaltungen von der Hemmungswirkung erfasst werden (Erman/Schmidt-Rantsch, BGB, 12. Aufl., § 204 Rdnr. 7). Dies gilt insbesondere für die gegen denselben Schuldner erhobene Zahlungsklage aus § 2325 BGB, die die Verjährung des Anspruchs auf Duldung der Zwangsvollstreckung aus § 2329 BGB hemmt und umgekehrt (BGH, NJW 1974, 1327). Zwischen dem auf Zahlung gerichteten Sekundäranspruch und dem auf Duldung der Zwangsvollstreckung bezogenen Primäranspruch des § 11 I 1 AnfG besteht ebenso wie bei den vorgenannten Pflichtteilergänzungsansprüchen eine wesensmäßige Gleichheit, die keine unterschiedliche Beurteilung rechtfertigt. Der Umstand, dass es sich bei den Fristen aus dem Anfechtungsgesetz nicht um Verjährungsfristen, sondern um von Amts wegen zu beachtende Ausschlussfristen handelt (Huber, § 7 Rdnr. 4; Paulus, in: Küblers/Prütting, § 7 AnfG Rdnr. 3), wirkt sich hier nicht aus.

[17] bb) Der Sache nach bedeutet der Übergang vom Sekundäranspruch zu dem nur auf Duldung der Zwangsvollstreckung beschränkten Primäranspruch eine Beschränkung des Klagebegehrens, somit keine Klageänderung (§ 264 Nr. 2 ZPO). Der Sekundäranspruch reicht weiter als der Primäranspruch, weil die Zahlungsklage unmittelbar zur Befriedigung seines gleichfalls auf eine Geldsumme gerichteten Hauptanspruchs (vgl. hierzu BGHZ 112, 356 [362] = NJW 1991, 496) führt.

[18] cc) Die Kl. haben bereits in der Klageschrift deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den Überlassungsvertrag vom 18. 10. 2001 als anfechtbare Rechtshandlung angesehen haben und der hieraus abgeleitete Anspruch auf Wertersatz auf einer unzutreffenden Wertung des aus der Anfechtung folgenden Anspruchs beruhte. Die Kl. wollten mit ihrer Klage den gesamten Überlassungsvertrag zu Fall bringen und auf das hierdurch seitens des Schuldners Weggegebene zugreifen.

Das BerGer. hat daher zu Recht angenommen, die Bekl. habe mit Zustellung der Klage gewusst, dass die Kl. den durch den Überlassungsvertrag vorgenommenen Vermögenserwerb – bezogen auf den dem Schuldner zuzuordnenden Miteigentumsanteil – nicht hinnehmen würden (vgl. BGH, NZI 2008, 372 = ZIP 2008, 888 [889 Rdnrn. 11 f.]). Ein schützenswertes Interesse der Bekl. ist unter diesen Umständen entgegen der Ansicht der Revision nicht ersichtlich.

[19] c) Die Klageerhebung beim örtlich unzuständigen LG München I war fristwährend, weil das örtlich unzuständige Gericht die Klage zugestellt und erst anschließend die Sache an das LG Kempten verwiesen hat (vgl. BGHZ 90, 249 [251] = NJW 1984, 1559).

[20] d) Zutreffend ist das BerGer. auch davon ausgegangen, dass die Kl. die von ihnen verfolgten titulierten Forderungen hinreichend konkret aufgeführt haben. Zur Auslegung des Klageantrags kann auch auf die Klagegründe zurückgegriffen werden (Huber, § 7 Rdnrn. 10 f.).

[21] 3. Entgegen der Ansicht der Revision kann den Kl. hinsichtlich der Geltendmachung des vom Schuldner abgegebenen Schuldanerkenntnisses vom 18. 11. 2004 kein rechtsmissbräuchliches Fehlverhalten vorgeworfen werden. Wegen der in § 2 AnfG geregelten Subsidiarität der Einzelgläubigeranfechtung steht es dem Anfechtungsgläubiger nicht frei, seinen Schuldner zu schonen und stattdessen die Empfänger anfechtbar erworbener Zuwendungen in Anspruch zu nehmen (BGH, NJW 1996, 3147 = ZIP 1996, 1516 [1518]; Huber, § 2 Rdnr. 21). Gegen diesen Grundsatz haben die Kl. nicht verstoßen, weil unstreitig der Schuldner, der Ehemann der Bekl., vermögenslos ist. Eine Schonung zu Lasten der Bekl. scheidet daher aus.

[22] Bei dem vom Schuldner abgegebenen Schuldanerkenntnis handelt es sich um ein abstraktes Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB). Dies ergibt sich aus der in der notariellen Urkunde verwendeten Bezeichnung Schuldanerkenntnis sowie dem Umstand, dass die Urkunde einen Verpflichtungsgrund für die Zahlungszusage weder ausdrücklich erwähnt noch andeutet (vgl. BGH, NJW 1988, 1468 = NJW-RR 1988, 815 = MDR 1988, 207; NJW 1999, 574 = MDR 1999, 162 [163]). Soweit die Bekl. hinsichtlich des Schuldanerkenntnisses einwendet, es habe lediglich zur Sicherung eines gegen die F-GmbH gerichteten Anspruchs gedient, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Dann bestünde ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Anerkennenden und der GmbH (vgl. BGH, NJW-RR 2007, 1407 = WM 2007, 1613 [1614 Rdnr. 11]); die Kl. könnten als Gläubiger von ihrem Wahlrecht (§ 421 I 1 BGB), gegen welchen Gesamtschuldner sie vorgehen wollen, Gebrauch machen.

Anmerkung

Entscheidungen zur Gläubigeranfechtung, gleich ob vom BGH oder von Instanzgerichten, verdienen angesichts ihrer gegenüber Entscheidungen zur Insolvenzanfechtung deutlich geringeren Zahl in der Regel Beachtung. Dies gilt auch für die vorstehende Entscheidung.

I. Die zentrale Aussage des BGH ist, dass die Ausschlussfristen des AnfG bei rechtzeitiger Klageerhebung gewahrt werden, unabhängig davon, welcher Anspruch (Primär- oder Sekundäranspruch) zuerst verfolgt wird. Die spätere Geltendmachung des jeweils anderen Anspruchs (nach Ablauf der Ausschlussfrist) sei unschädlich. Der amtliche Leitsatz gibt dies – dem konkret zu entscheidenden Sachverhalt geschuldet – nur verkürzt wieder; ausführlich ergibt sich dies aus den Ausführungen zu den Rdnrn. 13 bis 18. Die Aussage bedarf eingehender Betrachtung.

1. Die Einhaltung der Ausschlussfristen des AnfG gehört, ebenso wie früher bei § 41 KO, zu den von Amts wegen zu prüfenden Tatbestandsvoraussetzungen (vgl. BGHZ 98, 6 [9]); ihre Nichteinhaltung muss vom Anfechtungsgegner nicht mittels Einrede geltend gemacht werden wie nunmehr

bei § 146 InsO. Eingehalten werden die Ausschlussfristen im Falle klageweiser Geltendmachung (§ 13 AnfG) durch eine § 253 II Nr. 2 ZPO entsprechende Klageschrift (vgl. *BGHZ* 99, 274 [277, 286 f.]). Der Anfechtungsgläubiger muss also neben dem Vortrag des Lebenssachverhalts einen bestimmten Antrag stellen – beides ergibt den Streitgegenstand – und zwar vor Ablauf der Ausschlussfrist. Denn Primär- und Sekundäranspruch sind zwei sich gegenseitig ausschließende Ansprüche, die zu *verschiedenen* Streitgegenständen führen (vgl. *BGH*, NJW 1984, 2890 [unter I]). Wird einer der Ansprüche erst im Laufe des Verfahrens mittels zusätzlichem Hilfsantrag eingeführt, liegt darin die Einführung eines *neuen* Streitgegenstands (vgl. *BGH*, NZI 1999, 25 [unter II 2] m. w. Nachw.), und es kommt zu einer nachträglichen objektiven eventuellen Klagehäufung (vgl. *BGH*, NJW 1970, 44 [unter I 1 b]; NJW 1984, 2890 [unter I a. E.]), die kein Fall des § 263 bzw. des § 264 ZPO a. F. ZPO ist (vgl. *BGH*, NJW 1970, 44 [unter I 1 b]). Die Ausschlussfrist ist daher nur dann gewahrt, wenn diese Klagehäufung noch vor deren Ablauf erfolgt, der entsprechende Antrag also rechtzeitig bei Gericht eingeht und dem Anfechtungsgegner demnächst zugestellt wird (vgl. §§ 261 b III ZPO a. F., 270 III ZPO a. F. [jetzt § 167 ZPO]; dazu *BGHZ* 99, 274 [286]) – so geschehen in *BGH*, NJW 1970, 44 [unter I 2 b]. Anderenfalls (vgl. den Fall in *BGH*, NZI 1999, 25 [unter II 2]) wird die Ausschlussfrist versäumt.

2. Auf all dies geht der *BGH* mit keinem Wort ein. Vielmehr beschränkt er sich auf das Verhältnis von Primär- und Sekundäranspruch, zwischen denen eine „wesensmäßige Gleichheit“ bestehe (Rdnr. 16), die nur zwei Seiten einer Medaille seien. Nun ist zwar die Aussage zur Wahrung der Ausschlussfrist für den Sekundäranspruch bei rechtzeitiger Geltendmachung des Primäranspruchs nicht neu (vgl. *BGH*, NZI 1999, 25 [unter II 2], unter Bezugnahme auf *BGHZ* 89, 189 [197], und *WM* 1983, 1313 [unter II 2 c aa]). Diese drei Urteile, vom *BGH* als „höchstrichterliche Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung“ zitiert (Rdnr. 14), sind aber, ebenso wie *OLG Hamm*, NZI 2001, 432, zu § 41 KO ergangen. Außerdem weichen Tatbestände und Entscheidungsgründe sowohl in diesen vom *BGH* zitierten als auch in weiteren Entscheidungen (*BGH*, NJW 1970, 44; NJW 1984, 2890) vom vorliegenden Fall (teilweise) ab. Dies betrifft insbesondere *BGH*, NJW 1970, 44, wo der Konkursverwalter die Ausschlussfrist allein deshalb wahrte, weil die Berufungsbegründung, in der er neben seinem erstinstanzlich verfolgten Primäranspruch erstmals seinen Antrag auf Zahlung von Wertersatz stellte, noch vor Fristablauf beim Berufungsgericht einging. Aussagen im Sinne des Leitsatzes des hier besprochenen Urteils waren in dieser Entscheidung ebenso wenig enthalten wie in *BGH*, NJW 1984, 2890.

3. Letztlich geht es um die Frage nach der Bedeutung des Unterschieds zwischen Ausschlussfrist (AnfG, KO) und Verjährungsregelung (InsO). Denn der Umstand, dass es sich bei Primär- und Sekundäranspruch um verschiedene Streitgegenstände handelt, ist nur bei der Ausschlussfrist von Bedeutung, wo die rechtzeitige Geltendmachung zum Tatbestand gehört. Der *BGH* misst diesem Unterschied im Besprechungsfall keine Bedeutung bei (Rdnr. 16, letzter Satz), gibt dafür aber keinerlei Begründung. Das ist zu kritisieren. Denn das Argument der Kenntnis des Anfechtungsgegners von der Anfechtungsabsicht des Anfechtungsgläubigers (kein schützenswertes Interesse, Rdnr. 18) passt dogmatisch nur, wenn es um Verjährung geht, wie in der vom *BGH* zitierten Entscheidung NZI 2008, 372 [Rdnr. 12]. Das *OLG Hamm* beschäftigt sich zwar mit der Frage, ob die erst nach Ablauf der Ausschlussfrist erfolgte hilfsweise Geltendmachung des Primäranspruchs Frist während war oder nicht. Unter Bezugnahme auf *BGH*, NZI 1999, 25, verneint es die Einführung eines neuen Streitgegenstands und meint, der Konkursverwalter hätte dort zunächst keinen Anfechtungsanspruch verfolgt,

weshalb der *BGH* den späteren Hilfsantrag als verfristet betrachtet habe. Dabei verkennt es aber, dass der Verwalter in dieser Entscheidung auch seinen primär verfolgten Zahlungsanspruch auch auf Anfechtung stützte (anfechtbare Aufrechnungslage; allerdings vertrat der *BGH* da noch die Auffassung, eine Anfechtung nur der Aufrechnungslage sei nicht möglich, wovon er in *BGHZ* 147, 233 [236 f.], wieder abrückte).

Ausschlussfrist und Verjährungsregelung sind nun mal verschieden. Zwar verfolgen beide ähnliche Ziele. Dies ändert aber nichts an ihren konzeptionellen Unterschieden, mit denen sich der *BGH* im Hinblick auf die Verschiedenheit der Streitgegenstände hätte auseinandersetzen müssen, da die Kläger erst im Berufungsverfahren und damit offensichtlich erst nach Ablauf der vierjährigen Ausschlussfrist (spätestens) am 20. 11. 2005 ihren Hilfsantrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung stellten. Hier wäre im Übrigen noch von Interesse, ob die für die Konkurs-/Insolvenzanfechtung bejahte Möglichkeit, Primär- und Sekundäranspruch miteinander zu verbinden (vgl. *BGH*, NJW-RR 1986, 991 [993 f.] [unter IV 2]; *Hirte*, in: *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl. [2003], § 143 Rdnr. 27), auch im Bereich der Gläubigeranfechtung existiert.

II. Im Übrigen weist die Entscheidung dann keine Besonderheiten mehr auf.

1. Die Ausführungen zum nicht vorliegenden Rechtsmissbrauch der Kläger (Rdnr. 21) sind wohl allein der Revisionsbegründung der Beklagten/Anfechtungsgegnerin geschuldet. Denn die von § 2 AnfG geforderte Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens war hier, wie sonst meist auch (nicht so z. B. in *BGH*, NJW-RR 1991, 104 [unter I]; *BGHZ* 173, 328 [336 ff. Rdnrn. 32 bis 53] = NZI 2007, 575), unstrittig und daher eigentlich keiner besonderen Erwähnung wert; Rechtsmissbrauch des Anfechtungsgläubigers wurde bislang im Zusammenhang mit widersprüchlichem Verhalten besprochen (vgl. *BGH*, NJW 1992, 834 [unter I 2]). Interessanter sind da die Ausführungen zum Titelerfordernis. Die Kläger stützten sich vorliegend unter anderem auf ein in einer notariellen Urkunde enthaltenes Schuldanerkenntnis des Ehemanns der Beklagten. Dass es sich bei solchen Urkunden um Schuldtitel i. S. von § 2 AnfG handelt, hatte der *BGH* erst kürzlich bestätigt (NZI 2007, 169 [Rdnrn. 13 ff.] m. Anm. *Wazlawik*). Das Schuldanerkenntnis bezog sich allerdings auf Ansprüche der Kläger gegen eine GmbH. Dies führte nach Auffassung des *BGH* aber lediglich zu einem Gesamtschuldverhältnis zwischen der GmbH und dem Anerkennenden (Ehemann/Schuldner) und damit zu einem Wahlrecht der Kläger gem. § 421 I 1 BGB (Rdnr. 22).

2. Die weiteren Aussagen bestätigen bereits Bekanntes. Dies betrifft die Unentgeltlichkeit ehebendiger Zuwendungen (Rdnr. 9), die einheitliche weil wirtschaftliche Betrachtungsweise mehraktiger Zuwendungsvorgänge (Rdnr. 11; vgl. hierzu auch *BGH*, NJW 1992, 834 [unter II 1 a]) sowie die Pflicht des Anfechtungsgegners zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das ganze Grundstück nach Untergang des anfechtbar übertragenen Miteigentumsanteils des Schuldners (Rdnr. 12; vgl. hierzu auch *BGH*, NJW 1984, 2890 [unter II 2 b]).

Rechtsanwalt Dr. Thomas Wazlawik, LL.M.
(St. Louis University), Passau/Leipzig

21. Verlagerung des Gesellschaftssitzes

GmbHG § 4 a; FGG § 144 a

Die faktische, gegen § 4 a II GmbHG verstoßende Verlagerung des Sitzes der Gesellschaft führt zu einem nachträglichen – dem gleichartigen anfänglichen Nichtigkeitsgrund ver-