

# NZI

## Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz

In Zusammenarbeit  
mit der NJW  
herausgegeben von

VorsRiLAG Dr. W. Berkowsky  
RA/WP Dr. E. Braun  
Prof. Dr. G. Crezelius  
VorsRiBGH Dr. G. Fischer  
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  
RA Dr. J. Wellensiek  
Syndikus A. Wittig

### Aus dem Inhalt

**H. Vallender**, Gefahren für den Insolvenzstandort Deutschland **129**

**D. Andres/A. Grund**, Die Flucht vor deutschen Insolvenzgerichten nach England **137**

**U. Keller**, Der Unterhaltsanspruch als Insolvenzforderung und die Stellung des Unterhaltsgläubigers im Insolvenzverfahren **143**

**J. Noltin**, Teleologische Reduktion des § 566 a BGB in der Insolvenz des Vermieters **149**

**BGH**: Vermieterpfandrecht in der Insolvenz des Mieters (mit Anmerkung **Neuenhahn**) **158**

**BGH**: Keine Anfechtung als inkongruent bei Schuldnerzahlung nach Vollstreckungsbescheid (mit Anmerkung **Huber**) **161**

**BGH**: Aufrechnung des Mieters in der Insolvenz des Vermieters (mit Anmerkung **Gundlach/Frenzel**) **164**

**BGH**: Gläubigerbenachteiligung bei Sicherung eines Darlehens durch Grundschild und Auszahlungsansprüche aus Lebensversicherung (mit Anmerkung **Wazlawik**) **169**

Im **Aktuellteil**:  
Gastkommentar von *Heyer*  
zum Gesetzentwurf zur  
Entschuldung völlig mittel-  
loser Personen

**Mit Beilage: Entwurf eines Gesetzes zur Entschuldung völlig mittelloser Personen und zur Änderung des Verbraucherinsolvenzverfahrens**

Seiten 129–192 · März 2007

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

3/2007

212/03, BeckRS 2006, 12972). Entscheidend ist deshalb der objektive Wert des Vermögens des Schuldners im Zeitpunkt der Beendigung der Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters (BGHZ 146, 165 [175] = NJW 2001, 1496 = NZI 2001, 191). Der Betrag, den der (endgültige) Insolvenzverwalter bei der späteren Veräußerung von Vermögenswerten erzielen kann, ist hierfür allerdings ein gewichtiges Indiz. Ein anderes Indiz ist demgegenüber die eigene Bewertung in dem Gutachten. Deshalb muss der vorläufige Insolvenzverwalter, der den höheren Wert in Ansatz bringen will, in für das Insolvenzgericht nachvollziehbarer Weise glaubhaft darlegen, dass der später erzielte Mehrerlös nicht einer erst nach Beendigung des Eröffnungsverfahrens eingetretenen Entwicklung zu verdanken ist, sondern den Wert realisiert hat, den der fragliche Gegenstand objektiv schon zuvor hatte. Bisher fehlt es an einer solchen Darlegung.

[9] c) Soweit das BeschwGer. dem Bg. darin gefolgt ist, dass Forderungen von 67384,07 Euro in die Berechnungsgrundlage einzustellen seien, ist dies rechtens. Die Rechtsbeschwerde macht geltend, nach dem eigenen Vortrag des Bg. beträfen lediglich Forderungen von 43235 Euro Lieferungen und Leistungen in dem Zeitraum zwischen Antragstellung und Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Dies ist zwar zutreffend, jedoch unerheblich. Die Rechtsbeschwerde stellt nicht in Abrede, dass alle geltend gemachten Forderungen vor Insolvenzeröffnung entstanden sind. Zu dem Vermögen des Schuldners, dessen Wert für die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters maßgeblich ist, gehören jedoch auch solche Forderungen, die vor Antragstellung entstanden und danach – bis zur Beendigung des Eröffnungsverfahrens – noch offen waren.

[10] d) Das BeschwGer. hat einen Zuschlag von 10 vom Hundert gewährt, weil es sich bei dem Bg. um einen mit einem Zustimmungsvorbehalt ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalter gehandelt habe. Dies steht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH, wonach ein Zuschlag nicht schon deshalb anfällt, weil ein Zustimmungsvorbehalt angeordnet wurde (BGH, NJW-RR 2003, 1417 = NZI 2003, 549). Begehrt der vorläufige Insolvenzverwalter deswegen einen Zuschlag auf den Ausgangssatz von 25 vom Hundert der Vergütung des endgültigen Insolvenzverwalters, hat er konkret darzulegen, dass die mit dem Zustimmungsvorbehalt ihm übertragene Aufgabe ihn in erheblichem, also überdurchschnittlichem Umfang belastet hat (BGH, NZI 2006, 167 = WM 2006, 534 [536]). Daran hat es der Bg. bisher fehlen lassen. Demgemäß hat das BeschwGer. hierzu auch nichts festgestellt.

[11] e) Auch dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt kann ein Zuschlag auf die Vergütung gewährt werden, wenn in der Eröffnungsphase der Betrieb des Schuldners fortgeführt worden ist und sich dadurch für die Tätigkeit des vorläufigen Verwalters erhebliche Erschwernisse ergeben haben (BGH, NZI 2006, 401 = ZIP 2006, 1008 [1009]). Im vorliegenden Fall bestreitet der Bf. solche Erschwernisse. Nach seinem Vortrag hat (nur) er den Betrieb fortgeführt und der Bg. sich dabei in keiner Weise beteiligt, den Bf. auch nicht überwacht. Das BeschwGer. hat demgegenüber keine Feststellungen getroffen, die einen Zuschlag rechtfertigen. Die Zurückverweisung gibt dem BeschwGer. Gelegenheit, die – gegebenenfalls zu ergänzende – Darstellung des vorläufigen Insolvenzverwalters daraufhin zu überprüfen, ob sie den Anforderungen des Senatsbeschlusses vom 13. 4. 2006 (NZI 2006, 401 = ZIP 2006, 1008) gerecht wird.

[12] f) Berechtigt ist auch die Rüge, das BeschwGer. habe sich nicht mit dem Vorbringen des Bf. befasst, die kurze Dauer des Insolvenzeröffnungsverfahrens vom 25. 10. bis zum 19. 11. 2001 (rund dreieinhalb Wochen) rechtfertige einen Abschlag. So wie bei einer ungewöhnlich langen Dauer des Eröffnungsverfahrens ein Zuschlag gewährt werden kann (vgl. BGH, NZI 2006, 401 = ZIP 2006, 1008), kann umgekehrt die deutliche Unterschreitung der normalen Dauer ei-

nen Abschlag gebieten (Eickmann, in: Kübler/Prütting, InsO, § 11 InsVV Rdnr. 59; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Insolvenzrechtliche Vergütung, 3. Aufl., § 11 InsVV Rdnr. 79).

[13] g) Erfolglos beanstandet die Rechtsbeschwerde hingegen das Unterbleiben eines Abschlags wegen der angeblich unzureichenden Beteiligung des Bg. an der Betriebsfortführung. Das Ausmaß dieser Beteiligung und die Erschwernisse, die sich für den Bg. daraus ergeben haben, sind im Zusammenhang mit der Frage zu prüfen und zu gewichten, ob und in welcher Höhe dem Bg. dafür ein Zuschlag zu gewähren ist (oben e). Selbst wenn sich dabei ergeben sollte, dass für einen Zuschlag kein Raum ist, gibt dies noch nicht zur Vornahme eines Abschlags Veranlassung. Da der Umstand, dass das Unternehmen des Schuldners nicht fortgeführt worden ist, keinen Abschlag begründet (vgl. BGH, NJW-RR 2006, 1205 = NZI 2006, 464 = ZIP 2006, 1204 [1205]), ist ein solcher auch nicht gerechtfertigt, wenn sich der vorläufige Verwalter an einer Fortführung durch den Schuldner nur in geringem Umfang beteiligt.

Anm. d. Schriftl.: Die angesprochene Änderung der InsVV ist im BGBI I, 3389, vom 28. 12. 2006 veröffentlicht worden (vgl. auch den Abdruck in NZI 2007, 157 [in diesem Heft]). Zur Vergütung des Verwalters bei sehr kurzer Verwaltung s. auch OLG Celle, NZI 2001, 650.

## 6. Gläubigerbenachteiligung bei Sicherung eines Darlehens durch Grundschuld und Auszahlungsansprüche aus Lebensversicherung

AnfG §§ 1, 3 II, 4

1. Zur Gläubigerbenachteiligung in Fällen, in denen die Darlehensrückzahlungsansprüche einer Bank sowohl durch eine Grundschuld als auch durch die Abtretung der Auszahlungsansprüche gegen Lebensversicherungen gesichert sind.

2. Die Übertragung eines belasteten Grundstücks kann nur dann eine Benachteiligung des Gläubigers zur Folge haben, wenn der in der Zwangsvollstreckung erzielbare Wert des Grundstücks die vorrangigen Belastungen und die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens übersteigt (BGH, NJW-RR 2006, 552 = ZIP 2006, 387). (Leitsatz 2 von der Redaktion)

BGH, Urt. v. 23. 11. 2006 – IX ZR 126/03 (OLG Düsseldorf)

Zum Sachverhalt: Die Ehefrau des Bekl. (im Folgenden: Schuldnerin) schuldet der Kl. mindestens 90 128,26 DM aus Warenlieferungen. Die Kl. erwirkte am 22. 9. 1999 gegen die Schuldnerin einen Mahnbescheid über 95 513,75 DM nebst Zinsen, wogegen diese Widerspruch einlegte. Am 14. 1. 2000 ging den Prozessbevollmächtigten der Kl. die Ausfertigung eines notariellen Schuldanerkenntnisses der Schuldnerin vom 28. 12. 1999 über 90 128,26 DM zu. In der Urkunde wurde die Schuld als fällig festgestellt. Die Schuldnerin verpflichtete sich zur Bezahlung dieser Schuld in monatlichen Raten von je 500 DM. Für den Fall, dass die Schuldnerin mit einer Rate ganz oder teilweise länger als eine Woche in Verzug geriet, sollte der dann noch verbliebene Restbetrag auf einmal fällig sein, sofern nicht die Kl. vorher ausdrücklich einen weiteren Zahlungsaufschub bewilligt hatte. Wegen der „vorstehend versprochenen Zahlungen“ unterwarf sich die Schuldnerin der sofortigen Zwangsvollstreckung in ihr gesamtes Vermögen. Die monatlichen Raten wurden von der Schuldnerin in der Folge regelmäßig und pünktlich bezahlt. Mit notariellem Vertrag vom 2. 12. 1999 übertrug die Schuldnerin ihren hälftigen Miteigentumsanteil an einem Hausgrundstück an den Bekl. Als Gegenleistung verpflichtete sich dieser, die Schuldnerin von gemeinsamen Verbindlichkeiten in Höhe von 367 000 DM freizustellen und im Innenverhältnis hierfür allein zu haften. Die Rechtsänderung wurde am 13. 1. 2000 im Grundbuch eingetragen. Das Grundstück ist mit einer Grundschuld über 311 000 DM belastet; es hat einen Verkehrswert von 306 000 DM. Die Grundschuld valutiert im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung mit 331 993,61 DM. Die Grundschuld war zur Sicherung von Darlehen bestellt worden. Nur auf eines dieser Darlehen über etwa 92 000 DM werden Tilgungsleistungen erbracht. Im Übrigen verlangt die Bank keine Tilgungsleistungen, weil die Darlehen zusätzlich mit drei Lebensversicherungen abge-

sichert sind, hinsichtlich derer alle Ansprüche auf Auszahlung an die Bank abgetreten sind. Die Rückkaufswerte dieser Lebensversicherungen betragen im Zeitpunkt der Eigentumsübertragung 47 501,88 DM. Die Kl. begehrte nach den Vorschriften des AnfG wegen ihrer Forderung in Höhe von 90 128,76 DM vom Bekl. die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück zur Befriedigung aus dem Teil des Ersteigerungserlöses, der der Schuldnerin als Miteigentümerin zugestanden hätte.

Das LG hat den Bekl. antragsgemäß verurteilt. Seine Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Hiergegen richtete sich die vom Senat zugelassene Revision des Bekl., die zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung führte.

**Aus den Gründen:** [7] I. Das BerGer. meint, teilweise unter umfassender Bezugnahme auf das LG, die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils der Schuldnerin an dem Hausgrundstück auf den Bekl. sei anfechtbar gem. §§ 1, 3 II, 11 AnfG. Soweit das notarielle Schuldanerkennnis zu Gunsten der Schuldnerin eine Stundung der grundsätzlich in voller Höhe fälligen und titulierten Forderung enthalte, habe die Kl. diese im Hinblick auf die anfechtbare Übertragung des Miteigentumsanteils an dem Hausgrundstück widerrufen dürfen.

[8] Der Anfechtungstatbestand des § 3 II AnfG liege vor, weil der Bekl. als Ehemann der Schuldnerin eine nahestehende Person und die Kl. durch den Übertragungsvertrag unmittelbar benachteiligt worden sei. Daneben sei § 4 AnfG erfüllt, weil die Übertragung jedenfalls teilweise unentgeltlich gewesen sei. Bei der hier vorliegenden Abtretung von Lebensversicherungen sei die Verrechnung und letztlich vertragsgemäße Tilgung der Darlehen über den Erlös der Lebensversicherungen die Regel. Der so entstehende freie Wert des Miteigentumsanteils, auf den die Gläubiger hätten Zugriff nehmen können, sei dem Bekl. ohne Gegenleistung übertragen worden. Die im Rahmen des § 4 AnfG ausreichende mittelbare Gläubigerbenachteiligung liege vor, weil zu Gunsten der Kl. davon auszugehen sei, dass eine Zwangsvollstreckung in das Grundstück derzeit nicht aussichtslos erscheine. Nach dem eigenen Vorbringen des Bekl. könne eine objektive Gläubigerbenachteiligung nicht ausgeschlossen werden, weil unter Berücksichtigung der Rückkaufswerte der Lebensversicherungen in Höhe von 47 501,88 DM gegenüber valutierenden Darlehen von 331 993,61 DM nur noch ein Sicherungsinteresse der Bank in Höhe von 284 491,73 DM bestehe, was unter dem Verkehrswert des Grundstücks von 304 000 DM liege. Für die Berücksichtigung einer Pauschale von 10 Prozent des Grundstückswerts für die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens bestehe kein Anlass, weil vorrangig von dem Wert des Grundstücks zum Zeitpunkt des anfechtbaren Rechtsgeschäfts auszugehen sei. Im Übrigen seien nur Kosten von ca. 10 300 DM zu erwarten.

[9] II. Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

[10] 1. Die Revision rügt allerdings ohne Erfolg, die Vorgerichte hätten die Anfechtungsberechtigung gem. § 2 AnfG zu Unrecht bejaht. Sie macht geltend, die Schuldnerin habe das Schuldanerkennnis zwar abgegeben. Die Kl. habe aber stets bestritten, dass eine Stundungsvereinbarung zu Stande gekommen sei, und habe die Erklärung der Schuldnerin nicht akzeptiert, weil sie zur Höhe des anerkannten Betrags und zur Verzinsung nicht einverstanden gewesen sei. Damit sei ein wirksames Anerkenntnis, das einen Vertragsabschluss voraussetze, nicht zu Stande gekommen, selbst wenn man davon ausgehe, dass die Schuldnerin jedenfalls den anerkannten Betrag schulde. Folglich könne auch der Unterwerfungserklärung keine Bedeutung zukommen.

[11] Dieser Einwand greift nicht durch.

[12] Die Anfechtungsberechtigung gem. § 2 AnfG setzt einen vollstreckbaren Schuldtitel, die Fälligkeit der zu vollstreckenden Forderung und die Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens voraus. Letzteres war unstreitig gegeben. Auch die übrigen Voraussetzungen liegen vor:

[13] a) Ein vollstreckbarer Schuldtitel ist auch eine Urkunde gem. § 794 I Nr. 5 ZPO (vgl. *Huber*, AnfG, 10. Aufl., § 2 Rdnr. 15). Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in einer notariellen Urkunde ist unabhängig von einer materiellen Einigung der Parteien über das zu Grunde liegende Rechtsgeschäft. Sie ist vielmehr eine ausschließlich auf das Zustandekommen des Vollstreckungstitels gerichtete einseitige prozessuale Erklärung. Für das Wirksamwerden der Unterwerfungserklärung ist der Bestand einer sachlich-rechtlichen Ei-

nigung nicht erforderlich. Auch § 139 BGB ist nicht anwendbar (*BGHZ* 154, 283 [286] = *NJW* 2003, 1594; *BGH*, *NJW* 1985, 2423 = *WM* 1985, 545; *NJW* 1994, 2755 = *WM* 1994, 1886 [1887]; *NJW* 2004, 59 [60]; *NJW* 2004, 844; *Zöller/Stöber*, ZPO, 26. Aufl., § 794 Rdnr. 29). Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung kann nur im Wege der Vollstreckungsabwehrklage gem. §§ 797 IV, 767 I ZPO beseitigt werden (*BGH*, *NJW* 1985, 2423 = *WM* 1985, 545; *Zöller/Stöber*, § 794 Rdnr. 29; *Musielak/Lackmann*, ZPO, 5. Aufl., § 794 Rdnr. 35). Dies ist hier nicht erfolgt. Die Vollstreckungsunterwerfung ist deshalb wirksam.

[14] Die Zwangsvollstreckungsunterwerfung muss sich gem. § 794 I Nr. 5 ZPO auf einen konkret bezeichneten Anspruch beziehen und diesen Anspruch inhaltlich bestimmt ausweisen. Ein zu zahlender Geldbetrag ist bestimmt, wenn der Betrag ziffernmäßig festgelegt ist oder sich ohne weiteres aus den Angaben der Urkunde berechnen lässt. Eine Bestimmbarkeit genügt nicht (*Zöller/Stöber*, § 794 Rdnrn. 26 a, 26 b; *Wolfsteiner*, in: *MünchKomm-ZPO*, 2. Aufl., § 794 Rdnrn. 182, 230 ff.).

[15] Nach der Auslegung der notariellen Urkunde durch das LG, der sich das BerGer. angeschlossen hat, hat sich die Schuldnerin nicht nur für den Fall der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, dass sie mit der Zahlung einer Rate ganz oder teilweise länger als eine Woche in Verzug gerät und der bis dahin noch verbleibende Restbetrag auf einmal fällig wird. In diesem Fall könnten gegen die Bestimmtheit des Titels Bedenken bestehen. Sie habe sich vielmehr wegen des gesamten anerkannten Betrags der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, wie sich aus dem Regelungszusammenhang ergebe. Diese Auslegung erscheint möglich. Sie ist jedenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Soweit die Revision annimmt, die Schuldnerin habe sich nur für den Fall des Zahlungsverzugs mit den Raten der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen, setzt sie lediglich die eigene Auslegung an die Stelle derjenigen des Tatrichters.

[16] b) Die in der notariellen Urkunde versprochene Zahlung war fällig. Das LG und das hierauf Bezug nehmende BerGer. haben angenommen, die Kl. habe, eine wirksam vereinbarte Stundungsabrede unterstellt, diese jedenfalls aus wichtigem Grund widerrufen dürfen, weil die Schuldnerin mit der Übertragung ihres Miteigentumsanteils an dem Hausgrundstück die Vermögenslage der Kl. verschlechtert habe, die nun nicht mehr ohne weiteres in den Miteigentumsanteil der Schuldnerin vollstrecken könne, obwohl sie sich noch im Dezember 1999 durch Einsicht in das Grundbuch über dieses Vermögen der Schuldnerin vergewissert gehabt habe.

[17] Auch dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gläubiger kann eine Stundungsvereinbarung – deren Bestehen unterstellt – widerrufen, wenn der Schuldner den Anspruch in erheblicher Weise gefährdet oder sich seine Verhältnisse erheblich verschlechtern (vgl. *BGH*, *WM* 1974, 838 [839]; *NJW* 1981, 1666 = *ZIP* 1981, 594 [595]; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 65. Aufl., § 271 Rdnr. 15). Dies konnte hier vom Tatrichter ohne Rechtsfehler angenommen werden, weil die Schuldnerin ihren einzigen werthaltigen Vermögensgegenstand dem Zugriff der Gläubigerin entzog. Jedenfalls auf die Gesamtdauer der Zahlungsverpflichtung der Schuldnerin nach der – unterstellten – Stundungsvereinbarung, die über 15 Jahre laufen sollte, war eine Vollstreckung in das Grundstück nicht aussichtslos.

[18] 2. Das BerGer. hat jedoch sowohl hinsichtlich § 3 II AnfG wie auch hinsichtlich § 4 AnfG zu Unrecht eine objektive Gläubigerbenachteiligung bejaht.

[19] § 1 AnfG erfordert für jeden Fall der Gläubigeranfechtung das Vorliegen einer objektiven Gläubigerbenachteiligung. Ein Unterschied zwischen § 3 II AnfG und § 4 AnfG besteht darin, dass nach § 3 II AnfG eine unmittelbare Benachteiligung erforderlich ist, nach § 4 AnfG dagegen eine mittelbare Benachteiligung ausreicht (*Huber*, § 3 Rdnr. 60, § 4 Rdnr. 10). Für eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung

genügt, wenn die Benachteiligung im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz des Anfechtungsprozesses gegeben ist (BGH, NJW-RR 1993, 235 = ZIP 1993, 271 [273]; NJW 1996, 3341 = ZIP 1996, 1907 [1908]; Huber, § 1 Rdnr. 50).

[20] Im vorliegenden Fall kann anhand des vom BerGer. festgestellten Sachverhalts eine objektive Gläubigerbenachteiligung nicht angenommen werden.

[21] a) Die Übertragung eines belasteten Grundstücks kann nur dann eine Benachteiligung des Gläubigers zur Folge haben, wenn der in der Zwangsvollstreckung erzielbare Wert des Grundstücks die vorrangigen Belastungen und die Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens übersteigt (BGH, NJW-RR 2006, 552 = ZIP 2006, 387). Eine Gläubigerbenachteiligung kommt also nicht in Betracht, wenn das Grundstück wertausschöpfend belastet ist und eine Zwangsversteigerung nicht zu einer auch nur teilweisen Befriedigung des Gläubigers geführt hätte. Ob eine wertausschöpfende Belastung vorliegt, hängt vom Wert des Grundstücks sowie von der tatsächlichen Höhe derjenigen Forderungen ab, welche durch die eingetragenen Grundpfandrechte gesichert werden (BGH, NJW 1984, 2890 = ZIP 1984, 753 [755]; NJW 1999, 1395 = NZI 1999, 114 = ZIP 1999, 196 [198]; NJW-RR 2006, 552 = ZIP 2006, 387). Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der schuldrechtliche Anspruch auf Rückgewähr eines nicht (mehr) valuierten Teiles der Sicherheit beim Schuldner verblieben ist (vgl. BGH, NJW 1984, 2890 = ZIP 1984, 753; NJW 1985, 2031 L = ZIP 1985, 372 [374]); sie liegt hier nicht vor, weil die Grundschulden voll valuiert sind.

[22] b) Nach den Feststellungen des BerGer. hatte das Grundstück einen Verkehrswert von 306 000 DM, während valutierende Darlehen von insgesamt 331 993,61 DM bestanden, die mit Grundschulden auf dem Grundstück in Höhe von nominal 311 000 DM abgesichert waren.

[23] aa) Damit steht fest, dass eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht vorlag. Eine Zwangsversteigerung im Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung hätte nicht zu einer auch nur teilweisen Befriedigung der Gläubigerin geführt. Maßgebend ist zwar, wie ausgeführt, der in der Zwangsversteigerung erzielbare Wert des Grundstücks, nicht sein Verkehrswert. Dieser Wert ist nicht festgestellt. In aller Regel kann aber ausgeschlossen werden, dass in der Zwangsversteigerung ein höherer Wert als der Verkehrswert erzielt wird. Gegenteilige Anhaltspunkte sind auch hier nicht ersichtlich.

[24] Entgegen der Ansicht des BerGer. wären auch die konkret zu erwartenden Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens in Abzug zu bringen, die das BerGer. unangegriffen auf 10 300 DM geschätzt hat. Eine Pauschale von 10 Prozent hat das BerGer. dagegen zutreffend abgelehnt.

[25] Den Betrag des Umfangs der Valutierung der Grundschulden hat das BerGer. für den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung mit 331 993,61 DM festgestellt. Eine Befriedigung ihrer Forderung hätte die Kl. damit nicht erreichen können.

[26] bb) Auch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung ist nicht feststellbar.

[27] Für den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem BerGer. wurde weder der in der Zwangsversteigerung zu erwartende Erlös für das Grundstück noch der Umfang der Valutierung festgestellt. Hierauf kommt es für die mittelbare Gläubigerbenachteiligung an. Für die Revisionsinstanz ist davon auszugehen, dass sich der Wert des Grundstücks und die Valutierung im Zeitraum vom 13. 1. 2000 (Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch) bis 13. 3. 2003 (letzte mündliche Verhandlung vor dem BerGer.) nicht geändert haben, zumal die Kl. behauptet, die Schuldnerin habe zuletzt nur noch Zinsen, aber keine Tilgung mehr geleistet. Dann ist auch eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung nicht feststellbar. Sollte der Bekl. nach seiner Eintragung im Grundbuch durch eigene Leistung den Umfang der Valutierung reduziert haben, käme dies der Kl. nicht zu Gute,

es sei denn, diese Leistungen wären aus den Nutzungen der übertragenen Grundstückshälfte erbracht worden (BGH, NJW 1996, 3341 = ZIP 1996, 1907 [1908]; Huber, § 1 Rdnr. 41).

[28] c) Bei Berücksichtigung der Lebensversicherungen ergibt sich nichts anderes:

[29] Die Annahme des BerGer., unter Berücksichtigung der Rückkaufswerte der Lebensversicherungen in Höhe von 47 501,88 DM sei im Hinblick auf die Grundpfandrechte nur noch ein Sicherungsinteresse der Bank in Höhe von 284 491,73 DM gegeben, weshalb in Höhe der Wertdifferenz zum Verkehrswert des Grundstücks eine teilweise Befriedigung der Forderung der Kl. durch die Zwangsversteigerung des Grundstücks zu erwarten sei, ist unzutreffend.

[30] Abgesehen davon, dass maßgeblich auch hier nur der in der Zwangsversteigerung zu erwartende Erlös abzüglich der Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens ist, können die Rückkaufswerte der Lebensversicherungen bei der Beurteilung der Befriedigungsaussichten der Kl. bei Durchführung der Zwangsversteigerung hinsichtlich des Grundstücks nicht einfach in Abzug gebracht werden. Würde die Kl. das Zwangsversteigerungsverfahren durchführen, würde sie keinen Erlös erzielen. Denn die Bank als Grundschuldgläubigerin wäre nicht verpflichtet, auf die ihr zustehenden Rechte zu verzichten.

[31] Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn die Schuldnerin einen Anspruch gegen die Bekl. auf Teilrückgewähr der noch voll valuierten Grundschuld hätte. Diesen könnte die Kl. pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen. Nach Durchsetzung dieses Anspruchs hätte sich die Belastung des Grundstücks reduziert und die Aussicht, in der Zwangsversteigerung einen Erlös zu erzielen, erhöht (vgl. BGH, NJW 1984, 2890 = ZIP 1984, 753; NJW 1985, 2031 L = ZIP 1985, 372).

[32] Die Wahl, welche der beiden Sicherheiten anteilig zurückzugeben wäre – Grundschuld oder Lebensversicherung –, liegt allerdings bei der Bank (Nr. 4.3 der Grundschuldbestellungsurkunde; Nr. 9 der Abtretungserklärungen bezüglich der Lebensversicherungen; jeweils i. V. mit § 16 II der AGB der Bank). Dass diese, selbst wenn eine Übersicherung vorliegt, gerade einen Teil der Grundschuld zurückgibt, steht nicht fest, solange sich die Kl. den Anspruch nicht verschafft und durchgesetzt hat.

[33] Nach den vom BerGer. getroffenen Feststellungen bestand ein solcher, auf Seiten der Bank nur eine Wahlschuld begründender Anspruch jedenfalls nicht im Zeitpunkt des Eigentumsübergangs am Grundstück. Er hätte nach den genannten vertraglichen Bestimmungen vorausgesetzt, dass der realisierbare Wert aller Sicherungen die Deckungsgrenze nicht nur vorübergehend überstieg. Dies kann bei der in diesem Zeitpunkt bestehenden Darlehensschuld von 331 993,61 DM, einem Rückkaufswert der Lebensversicherungen von 47 501,88 DM und einem Verkehrswert des Grundstücks von 306 000 DM nicht angenommen werden. Die rechnerische, vom BerGer. ermittelte Wertdifferenz von ca. 21 500 DM genügt hierfür nicht. Denn dabei wird nicht berücksichtigt, dass es bei der Höhe der realisierbaren Werte des Grundstücks auf den zu erzielenden Versteigerungserlös abzüglich der Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens ankommt. Nur auf diese Weise kann nämlich die Bank ihre Grundschuldssicherheit verwerten, §§ 1192 I, 1147 BGB; ein Recht auf freihändigen Verkauf besteht nicht. Hierauf kann deshalb nicht abgestellt werden. Von einem im Wege der Zwangsversteigerung realisierbaren Wert von mehr als 284 491,73 DM kann entgegen der Meinung des BerGer. nicht ausgegangen werden. Vielmehr ist nach der Lebenserfahrung mit einem erheblichen Mindererlös bezogen auf den Verkehrswert zu rechnen. Aus diesem Grund liegen die Beleihungshöchstgrenzen für Grundstücke deutlich unter dem Verkehrswert. Eine Übersicherung lag deshalb im Zeitpunkt der Übertragung des Grundstücks nicht vor.

[34] Ob sich an dieser Beurteilung etwas ändert, wenn auf den für eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung gem. § 4 AnfG maßgebenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des BerGer. abgestellt wird, ist nicht festgestellt. Dies ist möglich, wenn sich zu diesem Zeitpunkt etwa der in der Zwangsversteigerung zu erwartende Erlös für das Grundstück erhöht hat, die Valutierung des Darlehens reduziert worden ist oder die Rückkaufswerte der Lebensversicherungen gestiegen sind. Dabei haben allerdings Leistungen des Bekl. nach der Eigentumsübertragung außer Betracht zu bleiben, da diese der Kl. nicht zu Gute kommen können, es sei denn, diese Leistungen sind aus den Nutzungen der übertragenen Grundstückshälfte erbracht worden (vgl. *BGH*, NJW 1996, 3341 = ZIP 1996, 1907; *Huber*, § 1 Rdnr. 41).

[35] Dass die Verpflichtung der Bank zu einer auch nur teilweisen Freigabe von Sicherheiten erst entsteht, wenn der Sicherungswert aller Sicherheiten die Deckungsgrenze (Betrag der gesicherten Forderungen zuzüglich der so genannten Marge) übersteigt, führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Die Deckungsgrenze ist in der Zwangsvollstreckung unerheblich.

[36] d) Ergibt sich für den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung des BerGer. kein Anspruch der Schuldnerin gegen die Bank auf Rückgewähr einzelner Sicherheiten, kann sich die Kl. einen etwaigen Verwertungsmehrerlös bei Verwertung der Sicherheiten durch die Bank dadurch sichern, dass sie den Anspruch der Schuldnerin auf dessen Auskehrung pfändet und sich zur Einziehung überweisen lässt. Sollte die Schuldnerin derartige Ansprüche an Dritte abtreten, besteht die Möglichkeit der Anfechtung unter den Voraussetzungen des Anfechtungsgesetzes.

[37] III. Das Urteil des BerGer. ist demgemäß aufzuheben (§ 562 I ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das BerGer. zurückzuverweisen, § 563 I 1 ZPO. Das BerGer. wird erneut zu prüfen haben, ob die Voraussetzungen des § 4 AnfG vorliegen.

### Anmerkung:

Das Urteil des *BGH* vom 23. 11. 2006 ist wieder ein Beispiel für die Schwierigkeiten, die sich für einen Gläubiger ergeben, der einen Zahlungstitel gegen seinen Schuldner erstritten hat, mit diesem Titel jedoch in die zweite Runde gehen und, im Hinblick auf das AnfG, sich auf meist selten betretenes Terrain begeben muss. Trotz einer doch weitgehend umfassenden Rechtsprechung zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen gibt es immer wieder Fälle, bei denen die Tücken im Detail liegen. Vorliegend befasst sich der *BGH*, wie sich bereits aus dem amtlichen Leitsatz ergibt, mit der zentralen Frage nach der Gläubigerbenachteiligung, der Grundvoraussetzung einer jeden Gläubigeranfechtung. Daneben werden Ausführungen zum Titelerfordernis sowie zur Fälligkeit der Forderung gemacht.

I. Ausführlich begründet der *BGH*, dass und warum eine notarielle Urkunde i. S. von § 794 I Nr. 5 ZPO ein vollstreckbarer Schuldtitel gem. § 2 AnfG ist (Rdnrn. 13 ff.). Dies hat er allerdings schon einmal entschieden (vgl. *BGHZ* 99, 274 [282] = NJW 1987, 904; so bereits *Jaeger*, Gläubigeranfechtung, 2. Aufl. [1938], § 2 Anm. 19), wenn auch mit deutlich knapperer Begründung. Die weiteren Ausführungen zur ebenfalls von § 2 AnfG geforderten Fälligkeit der titulierten Forderung (Rdnrn. 16 f.) sind von eher schuldrechtlichem Interesse: Die Forderung der Klägerin war zunächst gestundet gewesen, die Stundungsabrede laut Berufungsgericht später jedoch wirksam widerrufen worden. Diese tatrichterliche Würdigung lässt der *BGH* unbeanstandet.

II. Den Schwerpunkt der Entscheidung bilden sodann die Ausführungen zur Gläubigerbenachteiligung bei der Übertragung von grundpfandrechtlich belastetem Grundeigentum (Rdnrn. 18 ff.). Hier werden die beiden vorliegend in Betracht kommenden Anfechtungstatbestände § 3 II AnfG ei-

nerseits und § 4 AnfG andererseits sowie die dabei zu beachtenden Unterschiede besprochen.

1. Für eine auf § 4 AnfG gestützte Anfechtung genügt eine mittelbarer Gläubigerbenachteiligung, die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung gegeben sein muss (vgl. *BGHZ* 128, 184 [190] = NJW 1995, 659) und daher bis zu diesem Zeitpunkt auch wieder entfallen bzw. beseitigt werden kann (vgl. *RGZ* 37, 97 [100]), während § 3 II AnfG eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung verlangt, die bereits zum maßgeblichen Zeitpunkt (vgl. § 8 AnfG) gegeben sein muss und deren späterer Wegfall nicht möglich ist bzw. vom Anfechtungsgegner nicht geltend gemacht werden kann (vgl. *BGHZ* 128, 184 [190] = NJW 1995, 659).

2. Für beide Zeitpunkte verneint der *BGH* das Vorliegen der jeweiligen Gläubigerbenachteiligung, da in beiden Zeitpunkten der auf den beklagten Ehemann der Schuldnerin übertragene Miteigentumsanteil möglicherweise wertauschöpfend belastet war, was den für jede Anfechtung erforderlichen Ursachenzusammenhang entfallen lässt (st. Rspr., vgl. zuletzt *BGH*, NJW-RR 2006, 552 = WM 2006, 490 [Rdnr. 7]). Die diesbezüglichen Ausführungen enthalten dabei zunächst nichts Neues.

a) So kommt es hinsichtlich der Höhe der dinglichen Belastung regelmäßig nicht auf deren Nennbetrag, sondern auf die tatsächliche Höhe der gesicherten Forderung an. Diesem Betrag ist der zu erwartende Zwangsversteigerungserlös gegenüberzustellen. Nur wenn dieser Erlös (abzüglich der Kosten des Zwangsversteigerungsverfahrens, Rdnr. 24) die gesicherte Forderung übersteigt, kann eine (teilweise) Befriedigung des Anfechtungsgläubigers und damit eine Gläubigerbenachteiligung angenommen werden. Hat sich, soweit es um eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung geht, der zu erwartende Erlös zwischen Vornahme der Rechtshandlung und letzter mündlicher Tatsachenverhandlung auf Grund eigener Leistungen des Anfechtungsgegners erhöht, so gebührt diesem unter Umständen ein Aufwendungsersatzanspruch, der nach der vom Anfechtungsgegner zu duldenen Zwangsversteigerung bei der Erlösverteilung vorab zu berücksichtigen ist (vgl. *BGH*, NJW 1996, 3341 [3342]; NJW 1984, 2890 [2892 f.]).

b) Der Erlös war vorliegend für beide relevanten Zeitpunkte jedoch nicht festgestellt (Rdnrn. 23 und 27; zur diesbezüglich fehlenden eigenen Sachkunde des Tatrichters vgl. *BGH*, NJW 1993, 1796). Hinsichtlich § 4 AnfG (letzte mündliche Tatsachenverhandlung) fehlte es zudem an Feststellungen zur Höhe der gesicherten Forderung. Zum Zwecke der Nachholung dieser Feststellungen verweist der *BGH* die Sache daher zurück an das Berufungsgericht (Rdnr. 37).

c) Bei der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung (§ 3 II AnfG) stellt der *BGH* im Übrigen auf den Zeitpunkt der Eigentumsumschreibung (Grundbucheintragung) ab (Rdnr. 23), ohne auf § 8 II AnfG einzugehen, der nunmehr den zeitlich vorangehenden Eintragungsantrag – sowohl für die Fristberechnung als auch für die (unmittelbare) Gläubigerbenachteiligung – als maßgeblich ansieht (so bereits die amlt. Begr., vgl. BT-Dr 12/3803, S. 57, i. V. mit BT-Dr 12/2443, S. 166 f. [zu § 159 InsO-E]; weiterhin *OLG Brandenburg*, InVo 2003, 251; *Huber*, AnfG, 10. Aufl., § 8 Rdnr. 4), obwohl der Sachverhalt unter das AnfG in der seit 1. 1. 1999 geltenden Fassung fällt; unter Geltung des AnfG a. F. war das noch anders (vgl. *BGHZ* 99, 274 [286] = NJW 1987, 904; *BGHZ* 121, 179 [188] = NJW 1993, 663; *BGHZ* 128, 184 [189] = NJW 1995, 659). Im Ergebnis ist dies vorliegend jedoch offensichtlich unschädlich.

d) Eine Wendung erhält der vorliegende Sachverhalt und die damit zusammenhängende Rechtsfrage nach der Gläubigerbenachteiligung, die wohl auch der Grund für die Revisionszulassung durch das Berufungsgericht gewesen sein dürfte, dadurch, dass die Grundpfandgläubigerin zusätzlich zu den Grundschulden, die auf dem übertragenen Miteigentumsanteil lasteten, auch durch ihr von der Ehefrau abgetretene Ansprü-

che aus Lebensversicherungen abgesichert war. In der Summe überstieg der Wert dieser Sicherheiten (sehr wahrscheinlich) die Forderungen der Grundpfandgläubigerin gegenüber der Ehefrau/Schuldnerin. Diesen Umstand nahm das Berufungsgericht zum Anlass, die voraussichtlichen Rückkaufswerte aus den Lebensversicherungen von den Grundpfandrechten in Abzug zu bringen, um so doch zu einem Erlösüberschuss bei der (unterstellten) Zwangsversteigerung zu gelangen. Diese Überlegung ist, ehrlich gesagt, nicht unbedingt naheliegend, und es überrascht ein wenig, dass die Klägerin vorliegend in zwei Instanzen damit durchdrang. Denn die angefochtene Rechts-handlung (Übertragung eines Miteigentumsanteils) – und nur diese allein ist maßgeblich – hat die Aktivmasse vorliegend nicht verkürzt. Völlig zu Recht weist der *BGH* darauf hin, dass die Klägerin, unabhängig von den weiteren Sicherheiten der Bank, im Rahmen einer Zwangsversteigerung in den Miteigentumsanteil keinen Erlös erzielt hätte (Rdnr. 30). Die sich aus der vermuteten Übersicherung der Bank ergebenden Freigabeansprüche der Ehefrau hätten von der Klägerin (lediglich) gepfändet werden können (Rdnrn. 31 und 36), konnten aber nicht die Erlöserwartung der Klägerin bei einer Zwangsversteigerung und damit auch nicht die fehlende Gläubigerbeteiligung beeinflussen.

3. Zu einigen Detailfragen macht der *BGH* keine Ausführungen (mehr). So kann der Anfechtungsgläubiger, wenn wie hier ein Miteigentumsanteil auf den einzigen anderen Miteigentümer übertragen und dieser dadurch Alleineigentümer wird, Duldung der Zwangsvollstreckung in das gesamte Grundstück verlangen (vgl. *BGHZ* 90, 207 [213 ff.] = *NJW* 1984, 1968). Neben der in der Regel begehrten Zwangsversteigerung kann sich eine – durch die angefochtene Rechts-handlung vereitelte – Vollstreckungsmöglichkeit für den Anfechtungsgläubiger und damit dessen Benachteiligung auch durch eine Zwangsverwaltung der Immobilie ergeben (vgl. *BGH*, *NJW* 1996, 3341 [3343]). Auch zur Unentgeltlichkeit schweigt sich der *BGH* aus (die Zurückverweisung erfolgt schließlich zur Prüfung des § 4 AnfG). So stellt die Übernahme der persönlichen Haftung für die auf dem Grundstück lastenden Grundpfandrechte durch den Anfechtungsgegner regelmäßig eine Gegenleistung für die übertragene Immobilie dar, es sei denn, der Anfechtungsgegner verfügt über kein sonstiges nennenswertes Vermögen (vgl. *BGH*, *NJW-RR* 2006, 552 = *ZIP* 2006, 387 [Rdnr. 13]). Ob eine eventuelle Gegenleistung gleichwertig war, bestimmt sich nach dem Zeitpunkt ihrer Erbringung (§ 8 AnfG; vgl. *Huber*, § 4 Rdnr. 20), bei Rechtshandlungen mit Grundbucheintragung somit nach dem Eintragungsantrag (zum alten Recht – Maßgeblichkeit der Grundbucheintragung – vgl. *BGH*, *NJW* 1983, 1679 [1680]).

III. Die vorliegende Entscheidung hält zwar keine Neuerungen parat und klärt auch keine Grundsatzfragen. Sie veranschaulicht aber, wie präzise im Bereich der Einzelzwangsvollstreckung, zu der eben auch die Gläubigeranfechtung gehört, vorgegangen werden muss, wenn die, letztlich ja wirtschaftlichen, Interessen des Titelgläubigers erfolgreich wahrgenommen werden sollen. Insbesondere die Übertragung von Grundeigentum und dessen mögliche wertausschöpfende Belastung bereitet den Anfechtungsklägern in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten.

*Rechtsanwalt Dr. Thomas Wazlawik, LL. M., Passau*

## 7. Erstreckung der Freigabe des Kaufpreisanspruchs auf Herausgabeanspruch gegen beauftragten Treuhänder

InsO § 85 II; BGB § 401

1. Die Abtretung eines Kaufpreisanspruchs führt entsprechend § 401 BGB auch zum Übergang des Anspruchs aus § 667 BGB gegen den von den Vertragsparteien mit der Abwicklung des Vertrags beauftragten Treuhänder.

2. Die Freigabe des Kaufpreisanspruchs bewirkt entsprechend § 401 BGB auch die Freigabe des Anspruchs aus § 667 BGB gegen den von den Vertragsparteien beauftragten Treuhänder.

*BGH, Urt. v. 7. 12. 2006 – IX ZR 161/04 (OLG Stuttgart)*

**Zum Sachverhalt:** Der Bkl. ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Kl. Die Kl. verlangt gem. § 812 I 1 Alt. 2 BGB Freigabe eines (Teil-)Betrags von 30 000 Euro, der im Verlauf eines früheren, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens unterbrochenen Rechtsstreits zwischen ihr und der *M-GmbH* (fortan: *Firma M*) hinterlegt worden ist. Die *Firma M* hatte mit Vertrag vom 1. 6. 1994 von der Kl. ein im Beitrittsgebiet belegenes Grundstück gekauft. Zahlstelle für den Kaufpreis war die Kreissparkasse B., die Grundpfandrechte ablösen und den Restbetrag an die Kl. auskehren sollte. Mit Schreiben vom 24. 1. 1996 erklärte die Kreissparkasse B., sie nehme „den von den vertragsschließenden Parteien des notariellen Kaufvertrags ... beurkundeten Treuhandauftrag“ an. Die *Firma M* zahlte den Kaufpreis nicht. Sie klagte auf Wandelung des Kaufvertrags. Die Kl. erhob Widerklage auf Zahlung des Kaufpreises. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen. Auf die Widerklage wurde die *Firma M* zur Zahlung von 3 811 271,74 DM an die Kl. verurteilt. Nachdem diese Sicherheit durch eine Prozessbürgschaft der Kreissparkasse W. geleistet hatte, betrieb sie die Zwangsvollstreckung gegen die *Firma M*. Es gelang ihr, etwa drei Mio. DM zur Zahlung an die Kreissparkasse B. beizutreiben; den Restbetrag von etwa 800 000 DM zahlte die *Firma M* schließlich zur Abwendung der weiteren Zwangsvollstreckung an die Kreissparkasse B. Diese leitete das Geld an die Kreissparkasse W. weiter, ohne die Grundpfandrechte abzulösen. Auf eine Klage der *Firma M* wurde die Kreissparkasse B. deshalb durch Urteil des *LG Stuttgart* vom 1. 12. 1999 verurteilt, den gesamten Betrag von 3 811 271,74 DM zu Gunsten der Kl. und der *Firma M* zu hinterlegen. Zwischenzeitlich, am 11. 1./17. 2. 1998, hatte die Kl. den Kaufpreisanspruch an die Kreissparkasse W. abgetreten. Die Berufung der *Firma M* gegen die Abweisung der Klage auf Wandelung des Kaufvertrags und gegen ihre Verurteilung zur Zahlung des Kaufpreises hatte Erfolg. Die jetzige Kl. wurde zur Zustimmung zur Wandelung sowie gem. § 717 II ZPO zu Schadensersatz in Höhe von 3 811 271,74 DM Zug um Zug gegen Freigabe des hinterlegten Betrags verurteilt; die Kaufpreisklage wurde abgewiesen. Nachdem die Kl. Revision zum *BGH* eingelegt hatte, wurde am 7. 2. 2001 das Insolvenzverfahren über ihr Vermögen eröffnet. Die Gläubigerversammlung beschloss, den Rechtsstreit nicht aufzunehmen. Daraufhin versuchte die Kl. selbst, den Rechtsstreit fortzusetzen. Mit Beschluss vom 12. 2. 2004 stellte der *BGH* jedoch fest, dass der Rechtsstreit nach wie vor unterbrochen sei, weil ein Aktivprozess gem. § 85 II InsO nicht vorliege (*BGH*, *NJW-RR* 2004, 925 = *NZI* 2004, 318 = *ZIP* 2004, 769 [770]). In der Zwischenzeit hatte die *Firma M* die Kreissparkasse W. aus der von der Kl. beigebrachten Prozessbürgschaft in Anspruch genommen. Im Gegenzug hatte sie am 21. 9. 2001 sämtliche ihr zustehenden Ansprüche auf Auszahlung und Freigabe des beim *AG Stuttgart* hinterlegten Betrags von 3 964 781,30 DM nebst Zinsen an die Kreissparkasse W. abgetreten und die Auszahlung und Freigabe des hinterlegten Betrags an diese bewilligt.

Die Kl. verlangte nunmehr aus abgetretenem Recht der Kreissparkasse W. Zustimmung zur Freigabe eines Teilbetrags von 30 000 Euro. Das *LG* hat den Bkl. antragsgemäß verurteilt; das BerGer. hat die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom *Senat* zugelassenen Revision verfolgte die Kl. ihr bisheriges Begehren weiter. Die Revision führte zur Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

**Aus den Gründen:** [7] I. Das BerGer. hat ausgeführt:

Der von der Kreissparkasse B. hinterlegte Geldbetrag stehe der Kreissparkasse W. weder aus eigenem noch aus abgetretenem oder übergegangenem Recht der Kl. oder der *Firma M* zu. Es komme darauf an, wer im Verhältnis zur Kreissparkasse B. – der hinterlegenden Schuldnerin – Gläubiger gewesen sei. Die Kreissparkasse B. habe nicht den Kaufpreis hinterlegt, sondern denjenigen Betrag, den sie wegen Verletzung des Treuhandauftrags als Schadensersatz habe erstaten müssen. Ihren Schadensersatzanspruch gegen die Kreissparkasse B. habe die Kl. nicht an die Kreissparkasse W. abgetreten. Aus abgetretenem oder übergegangenem Recht der *Firma M* stehe der Kreissparkasse W. der hinterlegte Geldbetrag ebenfalls nicht zu; denn die *Firma M* habe die Bürgschaft nur Zug um Zug gegen Freigabe der Hinterlegungssumme in Anspruch nehmen dürfen. Ob die *Firma M* einen Anspruch auf Wandelung des Kaufvertrages und Rückzahlung des Kaufpreises habe, sei derzeit offen. Im Vorprozess der *Firma M* gegen die Kl. sei nur der Schadensersatzanspruch aus § 717 II ZPO ausgeurteilt worden.

[8] II. Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.