# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 142/10

Verkündet am:
10. November 2011
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 91 Abs. 1, § 51 Nr. 1; BGB § 1191

Die Sicherungsabtretung des Anspruchs auf Rückgewähr einer Grundschuld kann nur dann ein Recht auf abgesonderte Befriedigung im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Abtretenden begründen, wenn eine Revalutierung der Grundschuld ohne Zustimmung des Abtretungsempfängers nicht oder nicht mehr in Betracht kommt.

BGH, Urteil vom 10. November 2011 - IX ZR 142/10 - OLG Celle
LG Stade

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Raebel, Prof. Dr. Gehrlein, Grupp und die Richterin Möhring

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 14. Juli 2010 aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Schuldner, über dessen Vermögen am 29. Dezember 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist, nahm im Jahre 1999 bei der Klägerin ein Darlehen von 400.000 DM auf. Dieses Darlehen wurde im März 2000 durch eine zweitrangige Grundschuld der Klägerin an dem Grundbesitz des Schuldners und seiner Ehefrau besichert. Bereits zuvor hatten der Schuldner und seine Ehefrau zur weiteren Sicherung des Darlehens an die Klägerin ihre Ansprüche auf Rückgewähr der erstrangigen Grundschuld abgetreten.

2 Als der Schuldner seinen Zahlungspflichten nicht mehr nachkam, beantragte die Klägerin im Jahre 2004 die Zwangsversteigerung des verpfändeten Grundbesitzes. Die Klägerin teilte der erstrangigen Gläubigerin die Abtretung

des ihr Recht betreffenden Rückgewähranspruchs mit. Die erstrangige Gläubigerin stimmte der an ihr Einverständnis gebundenen Abtretung des Anspruchs im Februar 2005 zu und trat dem Zwangsversteigerungsverfahren bei. Von dem im Versteigerungstermin vom 22. November 2006 erzielten Barerlös erhielt die Klägerin nach Abzug der Verfahrenskosten 3.310 €, die erstrangige Gläubigerin 138.078,81 €. Nach Befriedigung ihrer Ansprüche kehrte diese Gläubigerin den Überschuss von 43.766,30 € an die Beklagte als Verwalterin in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners aus. Den Überschussanteil aus dem hälftigen Miteigentum des Schuldners abzüglich der Feststellungs- und Verwertungspauschalen in Höhe von noch 19.913,67 € verlangt die Klägerin, die ihre Ansprüche im Insolvenzverfahren mit 216.721,50 € angemeldet hat, von der Beklagten wegen ungerechtfertigter Bereicherung der Masse heraus. Diese erhebt vorsorglich die Einrede der Insolvenzanfechtung, weil der Rückgewähranspruch erst in anfechtungserheblicher Zeit werthaltig geworden sei.

3 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und die Revision zugelassen. Mit ihrem Rechtsmittel beantragt die Klägerin, das landgerichtliche Urteil wiederherzustellen.

## Entscheidungsgründe:

4 Die Revision ist begründet. Nach dem festgestellten Sachverhältnis lässt sich nicht ausschließen, dass die Masse auf Kosten der Klägerin ungerechtfertigt bereichert und gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO, § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zur Herausgabe verpflichtet ist. Da ausreichende Feststellungen zu diesem Punkt fehlen, ist der Senat an einer Endentscheidung gehindert.

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

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

I.

5 Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in WM 2010, 1976 abgedruckt ist, hat ausgeführt, der Erwerb des abgetretenen Rückgewähranspruchs sei erst mit seiner künftigen Entstehung vollendet. Vorher erlange der Zessionar auch keine gesicherte Rechtsposition, die von § 91 Abs. 1 InsO verschont werde. Der Bundesgerichtshof habe allerdings früher angenommen, der Anspruch auf Rückgewähr der Grundschuld sei durch Tilgung der gesicherten Forderung aufschiebend bedingt (Urteil vom 5. November 1976 - V ZR 5/75, NJW 1977, 247 f). Nach den Grundsätzen seines Urteils vom 9. März 2006 (IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319 ff) müsse jedoch davon ausgegangen werden, dass der Abtretungsempfänger des Rückgewähranspruchs keine gesicherte Rechtsposition erlange und sein Rechtserwerb deshalb nicht insolvenzfest sei. Nach der weiten Zweckerklärung für die erstrangige Grundschuld und dem Umfang, in dem die sicherungsvertraglichen Ansprüche des Schuldners und seiner Ehefrau an die Klägerin abgetreten worden seien, hätte diese es nicht verhindern können, wenn die nur noch teilvalutierte Grundschuld der erstrangigen Gläubigerin zur Sicherung weiterer gegenwärtiger oder künftiger Verbindlichkeiten des Schuldners und seiner Ehefrau genutzt worden wäre. Es komme nicht darauf an, ob ein solcher Fall tatsächlich eingetreten sei.

6 Der dingliche Löschungsanspruch des nachrangigen Grundschuldgläubigers gemäß § 1192 Abs. 1, § 1179a Abs. 1 Satz 3 BGB helfe der Klägerin ebenfalls nicht weiter, weil das Eigentum am Grundstück und die erstrangige Grundschuld vor dem Zuschlag nicht in einer Person zusammengefallen gewesen seien.

II.

7 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung nicht vollen Umfanges stand. Es mag zwar sein, dass die Beklagte gegen die Sicherungsabtretung des hälftigen Rückgewähranspruchs, aus welcher die Klägerin ein Recht auf abgesonderte Befriedigung gegen die Insolvenzmasse hergeleitet hat, mit Recht die Beschränkung des § 91 Abs. 1 InsO einwendet. Die hierfür maßgebenden Voraussetzungen hat das Berufungsgericht aber nicht vollständig erfasst und festgestellt.

8 1. Der abgetretene Rückgewähranspruch war hier nicht bei der an erster Rangstelle eingetragenen Grundschuld vorgemerkt. Die Fragen, ob eine solche Vormerkung wirksam gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juli 2004 - IX ZR 131/03, BGHZ 160, 168, 174), und weiter, ob an den Grundsätzen des Senatsurteils vom 9. März 2006 (aaO) zum gesetzlichen Vormerkungsschutz des nachrangigen Grundpfandgläubigers im Hinblick auf § 1179 BGB uneingeschränkt festzuhalten ist, stellen sich deshalb in dieser Rechtssache nicht.

9 2. Nach § 91 Abs. 1 InsO können Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners und keine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrundeliegt. Diese Einwendung des Insolvenzverwalters fußt mithin nicht auf einer Verfügungsbeschränkung, sondern verfolgt ein gesetzliches Erwerbsverbot zugunsten der Insolvenzmasse. Das Erwerbsverbot kann noch eingreifen, obwohl der Verfügungstatbestand bereits abgeschlossen ist, solange sich der Rechtserwerb nicht vollendet hat. Das gilt namentlich bei der Abtretung eines künftigen oder aufschiebend bedingten Anspruchs (vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1997 - IX ZR 71/96, BGHZ

135, 140, 144; vom 29. November 2007 - IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297 Rn. 27; vom 25. Juni 2009 - IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 Rn. 12 f; vom 14. Januar 2010 - IX ZR 78/09, ZIP 2010, 335 Rn. 17 f). In zweckentsprechender Abgrenzung schont das Erwerbsverbot des § 91 Abs. 1 InsO nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes jedoch solche Erwerbsanwärter, die an dem Erwerbsgegenstand bereits eine gesicherte Rechtsstellung erlangt haben (BGH, Urteil vom 25. Juni 2009, aaO Rn. 11; vom 14. Januar 2010, aaO Rn. 20). Der Sicherungswert einer bestellten Grundschuld ist trotz Abtretung des Rückgewähranspruchs aus dem Vermögen und der Insolvenzmasse des Sicherungsgebers nicht endgültig ausgeschieden, solange der Sicherungsnehmer allein oder im Einvernehmen mit dem Sicherungsgeber selbst oder dem Insolvenzverwalter über dessen Vermögen, etwa zur Besicherung eines Massekredits, die Grundschuld revalutieren kann, ohne dadurch den Inhalt des Rückgewähranspruchs zu verändern. Dieser Sicherungswert kann der Masse gemäß § 91 Abs. 1 InsO nicht nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch Begründung eines Absonderungsrechts mit Vollendung des Rechtserwerbs an dem abgetretenen Rückgewähranspruch entzogen werden.

10 Soweit nach dem Urteil des V. Zivilsenats vom 5. November 1976 (aaO) für die Wirkung von § 15 KO etwas anderes galt, ist dies nach der neueren Rechtsprechung zur Auslegung von § 91 Abs. 1 InsO überholt. Der V. Zivilsenat hat mitgeteilt, dass er an der Rechtsauffassung seines Urteils vom 5. November 1976 nicht festhalte, soweit sie der hier vertretenen Auslegung von § 91 Abs. 1 InsO entgegenstehen sollte.

11 Das vom Berufungsgericht herangezogene Senatsurteil vom 9. März 2006 (aaO Rn. 20) hat nicht näher ausführen müssen, wann eine Sicherungsgrundschuld nach Abtretung des Rückgewähranspruchs an einen Dritten von

den Beteiligten des Sicherungsvertrages revalutiert werden kann. Wer einen vertragsabhängigen Einzelanspruch abtritt, kann über das Vertragsverhältnis uneingeschränkt verfügen, solange der abgetretene Anspruch nicht entstanden ist. Das gilt sowohl bei künftigen Ansprüchen als auch bei solchen, deren Entstehung gleich dem Anspruch auf Miete oder Dienstlohn noch von einer aufschiebenden Bedingung oder Befristung abhängt (BGH, Urteil vom 28. März 1990 - VIII ZR 17/89, BGHZ 111, 84, 92 ff). Damit nicht zu vereinbaren ist die Ansicht, nicht nur die bedingte Abtretung eines Anspruchs, sondern auch die uneingeschränkte Abtretung eines bedingten Anspruchs sei unterschiedslos insolvenzfest (zum Rückgewähranspruch vgl. Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, Stand 2001, § 91 Rn. 26; Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 91 Rn. 25 und HmbKomm-InsO/Kuleisa, 3. Aufl., § 91 Rn. 9 aE; anders Jaeger/Windel, InsO, § 91 Rn. 58). Davon hat sich der Senat bereits in seinem Urteil vom 9. März 2006 (aaO Rn. 20) gelöst. Daran ist im Grundsatz festzuhalten. Denn die Bedingung gegen den Drittschuldner des abgetretenen Anspruchs tritt durch die Insolvenz des Zedenten nicht ein. Die Vorschriften der §§ 42, 191 InsO betreffen nur Ansprüche gegen den Insolvenzschuldner.

12 3. Eine gesicherte Rechtsposition, die dem Erwerbsverbot des § 91 Abs. 1 InsO standhält, erlangt der Abtretungsempfänger dann, wenn die Verfügungsfreiheit des Schuldners über das zugrundeliegende Vertragsverhältnis gehindert wird. Das ist der Fall, wenn ein abgetretener Anspruch bereits entstanden und lediglich in seiner Durchsetzbarkeit vom Beginn oder vom Ablauf einer bestimmten Frist abhängig, nach allgemeinem Sprachgebrauch also "betagt" ist, wie etwa die Raten eines Finanzierungsleasing (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1989 - IX ZR 283/88, BGHZ 109, 368, 371 ff; vom 28. März 1990, aaO). Dieses Verfügungshindernis ähnelt dem in den §§ 876, 877, 1071, 1276 BGB enthaltenen Rechtsgedanken, wonach ein belastetes Recht nur mit

Zustimmung desjenigen, der das belastende Recht inne hat, aufgehoben oder geändert werden kann. Der Rückgewähranspruch ist hingegen nicht lediglich betagt, sondern aufschiebend bedingt (BGH, Urteil vom 5. November 1976, aaO; vom 25. März 1986 - IX ZR 104/85, WM 1986, 763, 765 unter I. 1. b am Ende). Der Abtretungsempfänger des Anspruchs auf Rückgewähr einer Sicherungsgrundschuld ist deshalb in seiner Rechtsposition gegenüber dem Schuldner erst dann gesichert, wenn der abgetretene Anspruch durch Wegfall des Sicherungszwecks entstanden war (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1986 aaO unter I. 2.), als das Erwerbsverbot des § 91 Abs. 1 InsO eingreifen konnte. Auf eine gesicherte Durchsetzbarkeit des Rückgewähranspruchs gegen den Sicherungsnehmer und Rückgewährschuldner kommt es nicht an. Deshalb ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich, dass der Gläubiger einer rückzugewährenden Grundschuld über sein Recht frei verfügen kann (BGH, Urteil vom 6. Juli 1989 - IX ZR 277/88, BGHZ 108, 237, 246) und das Ergebnis einer etwaigen Grundstückszwangsversteigerung offen ist.

13 a) Eine insolvenzfeste Rechtsposition für den Abtretungsempfänger des Rückgewähranspruchs besteht, wenn eine Grundschuld nur eine bestimmte Verbindlichkeit sichert und diese vor Insolvenzeröffnung vollständig getilgt ist. Denn die Revalutierung der Grundschuld würde unter dieser Voraussetzung zu einer Änderung des bisherigen Sicherungsvertrages führen müssen, welcher der Abtretungsempfänger als Gläubiger des bedingungsfrei entstandenen Rückgewähranspruchs, der dadurch beeinträchtigt würde, nicht zuzustimmen braucht (BGH, Urteil vom 25. März 1986 aaO Seite 767 unter I. 3. d; ähnlich Kessler, NJW 2007, 3466, 3467 f).

14 b) Bei weitem Sicherungszweck kann eine Grundschuld demgegenüber schon dadurch revalutiert werden, dass der Sicherungsgeber neuen Kredit

schöpft oder der Sicherungsnehmer weitere Ansprüche gegen den Sicherungsgeber erwirbt, sofern sie als künftige Verbindlichkeiten von vornherein in die Zweckbestimmung der Grundschuldsicherung einbezogen sind. Der Abtretungsempfänger ist bei weitem Sicherungszweck einer Grundschuld dieser Schwäche seines Rückgewähranspruchs ausgesetzt, dem trotz seiner Entstehung noch die auflösende Rechtsbedingung einer Revalutierung der Grundschuld durch Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer anhaftet. Diese Schwäche des Rückgewähranspruchs ließe sich selbst dadurch nicht überwinden, dass der Anspruch bei der Grundschuld vorgemerkt würde. Denn die Revalutierung wäre dann keine den vorgemerkten Anspruch vereitelnde oder beeinträchtigende Verfügung, die insoweit nach § 883 Abs. 2 BGB unwirksam sein könnte, sondern Folge der Bedingung.

15 c) Im Schrifttum ist im Anschluss an das Senatsurteil vom 9. März 2006 (vgl. Kessler, aaO S. 3468) und das Berufungsurteil (vgl. Siegmann, WuB VI A. InsO § 91 1.11) darauf hingewiesen worden, die Revalutierung einer Grundschuld sei ungeachtet eines weiten Sicherungszweckes dann nicht mehr möglich, wenn die Geschäftsbeziehung des Schuldners mit dem grundpfandgesicherten Gläubiger beendet sei, wie es hier spätestens nach Einleitung der Zwangsversteigerung des belasteten Grundbesitzes in Betracht komme. Das trifft im typischen Fall zu (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1986 aaO Seite 765 unter I. 2.).

16 Wenn sich aus der Auslegung des Sicherungsvertrages nichts anderes ergibt, entsteht ein Anspruch auf Rückgewähr eines entsprechenden Teils einer Grundschuld schon dann, wenn die gesicherte Forderung nur zum Teil getilgt ist. Voraussetzung hierfür ist, dass sich die nachträgliche Übersicherung als endgültig erweist (BGH, Urteil vom 10. Juni 1983 - V ZR 252/80, NJW 1984,

169, 171 unter II. 4.). Im Zweifel ist dann davon auszugehen, dass der Sicherungszweck entfallen ist (BGH, Urteil vom 8. Dezember 1989 - V ZR 53/88, NJW-RR 1990, 455; vom 9. Februar 1990 - V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 246; vom 13. Januar 1994 - IX ZR 79/93, BGHZ 124, 380, 385; vgl. auch Urteil vom 25. März 1986, aaO). Es kann jedoch auch etwas anderes vereinbart sein. Ist infolge vollständiger Tilgung der Anlassverbindlichkeiten der Rückgewähranspruch entstanden, kann er durch sicherungsvertraglich vorbehaltene Revalutierung wieder in einen aufschiebend bedingten Anspruch zurückverwandelt werden, der erneut von dieser Bedingung frei wird, wenn auch die Revalutierungsverbindlichkeiten getilgt sind. Die Revalutierung als auflösende Rechtsbedingung vernichtet das entstandene Absonderungsrecht gemäß § 51 Nr. 1 InsO aus dem abgetretenen Rückgewähranspruch entsprechend § 158 Abs. 2 BGB. Der wieder aufschiebend bedingte Rückgewähranspruch gewährt nach § 91 Abs. 1 InsO kein Absonderungsrecht mehr, wenn diese Rechtsbedingung erst nach der Insolvenzeröffnung über das Vermögen des abtretenden Sicherungsgebers eintritt.

17 d) Nach der formularmäßigen Zweckbestimmung vom 13. September 1999 für die erstrangige Grundschuld am Grundbesitz des Schuldners und seiner Ehefrau diente das bestellte Recht zur weiteren Sicherung der Bank aus diesem Kreditverhältnis sowie aus etwaigen anderen, auch künftigen Kreditverhältnissen. Nach Kündigung des gewährten Kredits kann sich die ursprünglich nicht eng gefasste Sicherungsvereinbarung nach zweckentsprechender Auslegung auf die bestehende Restschuld konzentriert haben, sofern die Gewährung neuen Kredits oder die Abtretung entsprechender Forderungen gegen den Schuldner an die erstrangige Grundschuldgläubigerin hier nicht mehr in Frage kamen. Davon ist auch die Beklagte ausgegangen (Seite 6 Mitte der Berufungsbegründung). Das Berufungsgericht hat dazu keine Feststellungen getrof-

fen. Dies ist im zweiten Berufungsdurchgang nachzuholen. Die Parteien haben dabei, nachdem die Bedeutung dieses Punktes klargestellt ist, Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag.

18 4. Der insolvenzrechtliche Anfechtungsanspruch nach den §§ 129, 130, 143 InsO gegen ein mögliches Absonderungsrecht der Klägerin ist nach den bisherigen Feststellungen nicht sicher ausgeschlossen. Der Zeitpunkt der Zwangsversteigerung und der Entstehung des Anspruchs auf den Erlös sind dafür jedoch ohne Belang. Anfechtungsrechtlich wirksam geworden nach § 140 Abs. 1 InsO ist die Abtretung des Anspruchs auf Rückgewähr der Sicherungsgrundschuld in dem Zeitpunkt, in dem der Abtretungsempfänger gegenüber dem Abtretenden eine gesicherte Rechtsposition erlangt hat, der Anspruch mithin ohne aufschiebende Rechtsbedingung entstanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 - IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 Rn. 14; für die Anwendung von § 140 Abs. 3 InsO demgegenüber Jaeger/Henckel, InsO, § 140 Rn. 16).

Sollte dies, wie im Regelfall, spätestens mit dem Beitritt der Rückgewährschuldnerin zum Zwangsversteigerungsverfahren eingetreten sein, wäre zu prüfen, ob der Beitritt vor dem gesetzlichen Dreimonatszeitraum lag.

Kayser Raebel Gehrlein

Grupp Möhring

Vorinstanzen:
LG Stade, Entscheidung vom 07.01.2010 - 3 O 102/09 -
OLG Celle, Entscheidung vom 14.07.2010 - 3 U 23/10 -