

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

BGB § 273
KO §§ 37, 38
ZPO § 519 Abs. 3 Nr. 2

- a) Ein Anspruch des Anfechtungsgegners aus § 38 KO kann dem Anspruch aus § 37 KO grundsätzlich im Wege des Zurückbehaltungsrechts entgegengehalten werden.
- b) Hatte ein in erster Instanz uneingeschränkt verurteilter Beklagter die Einrede eines Zurückbehaltungsrechts aus § 273 BGB wirksam und rechtzeitig erhoben, so ist diese Einrede in der Berufungsinstanz auch dann zu berücksichtigen, wenn er sie in der Berufungsbegründung nicht wieder aufgegriffen, sondern mit dem Berufungsantrag Klageabweisung begehrt hat.

BGH, Urt. v. 29. April 1986 - IX ZR 145/85 - OLG Stuttgart
LG Hechingen

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 145/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
29. April 1986
Thiesies
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Claudia S. [REDACTED] geb. F. [REDACTED], R. [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED]
A. [REDACTED]-T. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Horst H. [REDACTED] als Verwalter im Konkurs über das Vermögen
des Kurt F. [REDACTED], B. [REDACTED]straße [REDACTED], [REDACTED] He. [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. [REDACTED] und
[REDACTED] -

WII

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. April 1986 durch die Richter Fuchs, Zorn, Henkel, Winter und Dr. Graßhof

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 7. August 1985 aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

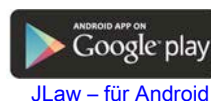
Tatbestand

Der Kläger verlangt im Wege der Konkursanfechtung die Rückübereignung des früheren Betriebs- und Wohngrundstücks des Gemeinschuldners.

Im März 1983 wurden bei dem späteren Gemeinschuldner anlässlich einer Betriebsprüfung steuerlich bisher nicht erfaßte Umsätze von mehr als 2 Millionen DM ermittelt. Die daraus resultierenden Steuerforderungen führten zu einer Überschuldung seines Unternehmens. Auf den Antrag des Ge-



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



meinschuldners wurde das Konkursverfahren am 21. Juli 1983 eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt. Dieser ist auch Verwalter in dem gleichzeitig über das Vermögen der Ehefrau des Gemeinschuldners eröffneten Konkurs.

Der spätere Gemeinschuldner war bis April 1983 Eigentümer eines mit einem Fabrik- und Wohngebäude bebauten, ca. 21 a großen Grundstücks in A [REDACTED]. Dieses war das Betriebsgrundstück seiner Textildruckerei; die Wohnung wird noch heute von ihm und seiner Ehefrau bewohnt. Das Grundstück hatte einen Verkehrswert von ca. 700.000 DM. Eingetragene Belastungen in Abt. III waren nicht mehr valutiert.

Am 5. April 1983 schloß der spätere Gemeinschuldner mit seiner Tochter, der Beklagten, die in seinem Betrieb angestellt war, einen notariellen Vertrag, in dem er dieser das Grundstück zu einem Preis von 310.000 DM verkaufte, sofort übergab und aufließ. Die Beteiligten waren sich - ohne daß eine entsprechende notarielle Beurkundung erfolgte - darüber einig, daß der Veräußerer und seine Ehefrau weiterhin den Wohnteil des Gebäudes bewohnen sollten.

Die Beklagte konnte den Kaufpreis nur mit Hilfe eines Darlehens der Ba [REDACTED] AG (BW-Bank) über 310.000 DM finanzieren. Zur Sicherung dieses Darlehens bewilligte der spätere Gemeinschuldner ebenfalls am 5. April 1983 die Eintragung einer Grundschild über 310.000 DM auf dem Grundstück. Die Grundschild wurde, wie in dem Kaufvertrag vorgesehen war, noch vor der am 28. April 1983 erfolgten Eintragung der Beklagten als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen.

Am 3. Juni 1983 verpfändeten der spätere Gemeinschuldner und seine Ehefrau zur weiteren Sicherung des gegen die Beklagte bestehenden Darlehensanspruchs der BW-Bank ihr jeweiliges Guthaben aus ihrem bei dieser Bank als sogenanntes Oder-Konto geführten Sparkonto Nr. [REDACTED] 0; dieses wies seinerzeit noch kein Guthaben auf. Am 6. Juni 1983 verfügte die Beklagte über die ihr eingeräumte Darlehensvaluta in Höhe von 310.000 DM in der Weise, daß sie der BW-Bank den Auftrag erteilte, diesen Betrag dem oben genannten Sparkonto ihrer Eltern gutzuschreiben.

Die Beklagte erbrachte in der Vergangenheit an die BW-Bank monatliche Ratenzahlungen zur Tilgung des Darlehens; wieviel sie gezahlt hat, ist nicht geklärt.

Am [REDACTED]. [REDACTED] 1983 schlossen die Beklagte und ihre Eltern einen notariellen Nachtragsvertrag zu dem Kaufvertrag vom [REDACTED]. [REDACTED] 1983. Mit diesem Vertrag bestellte die Beklagte "als zusätzliche Leistung zum Kaufpreis" ihren Eltern ein lebenslängliches, nicht übertragbares Wohnungsrecht an dem veräußerten Grundstück. Der Gemeinschuldner und seine Ehefrau hatten dies verlangt, nachdem die Beklagte Heiratspläne geäußert hatte.

Mit seiner der Beklagten am 19. November 1983 zugestellten Klage hat der Kläger die Veräußerung des Betriebs- und Wohngrundstücks gemäß § 31 Nr. 2 KO angefochten, weil die Gläubiger des Gemeinschuldners dadurch benachteiligt würden. Er hat die Verurteilung der Beklagten zur Rückauflassung und Bewilligung der Eintragung des Gemeinschuldners als Eigentümer begehrt. Nachdem am 30. De-

zember 1983 das Wohnungsrecht des Gemeinschuldners und seiner Ehefrau im Grundbuch eingetragen worden war, hat der Kläger mit Schriftsatz vom 22. Mai 1984 geltend gemacht, die Beklagte sei zur Beseitigung des Wohnungsrechts verpflichtet, weil sie das Grundstück in dem Zustand zurückzugewähren habe, in dem es sich bei der Veräußerung an sie befunden habe.

Das Landgericht verurteilte die Beklagte, "an den Kläger als Konkursverwalter über das Vermögen des Kurt F., Bostraße 6, A., das auf der Markung A-O. gelegene und im Grundbuch von O. Heft 8 Abteilung I. Nr. 1 eingetragene Flurstück 6 Bostraße 6, Hof- und Gebäudefläche Fabrikgebäude, 21 a 6 qm aufzulassen und die Eintragung zu bewilligen - befreit von der am 14. Juni 1983 bewilligten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit betreffend das Wohnrecht der Eheleute Kurt und Sabine F.". Das Oberlandesgericht wies entsprechend dem Antrag des Klägers die Berufung der Beklagten zurück. Diese verfolgt mit der Revision ihren Klageabweisungsantrag weiter. Der Kläger beantragt die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat Erfolg. Die Beklagte ist zwar gemäß §§ 31 Nr. 2, 37 KO zur Rückübereignung des Grundstücks an den Gemeinschuldner verpflichtet. Über den das Wohnungsrecht betreffenden Antrag sowie über die von der Beklagten erhobene Einrede des Zurückbehaltungsrechts aber wird der Berufungsrichter erneut zu befinden haben.

I.

Das Berufungsgericht bejaht die Voraussetzungen des § 31 Nr. 2 KO im Ergebnis zutreffend.

1. Es geht richtig davon aus, daß dieser Anfechtungstatbestand eine unmittelbare, objektive, auf das anzufechtende Rechtsgeschäft zurückzuführende Benachteiligung der Gläubiger des Gemeinschuldners erfordert.

a) Diese Voraussetzung liegt nur dann vor, wenn das dem Gemeinschuldner verbliebene Vermögen zur Befriedigung seiner Gläubiger nicht ausreicht. Der Revision ist zwar zuzustimmen, daß dies ausdrücklich weder der Kläger vorgetragen noch das Berufungsgericht festgestellt hat. Der Klagevortrag und die Entscheidungsgründe des Berufungsurteils gehen aber stillschweigend von dem Vorliegen dieser Tatsache aus, wenn sie darauf verweisen, daß der Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung mit der Veräußerung seines Grundbesitzes, des Fabrikzubehörs und der Abräumung der Schwarzkonten sein gesamtes Vermögen dem Zugriff der Gläubiger entziehen und diese benachteiligen wollte. Unstreitig war der Konkursantrag von dem Gemeinschuldner selbst gestellt worden. Er wurde zahlungsunfähig, weil er wegen der hohen Steuerforderungen überschuldet war und das Finanzamt Ratenzahlungen ablehnte. Bei diesem Sachverhalt steht die Unzulänglichkeit der Masse fest (vgl. RGZ 162, 292, 293). Die Revision macht auch nicht geltend, die Beklagte habe das Gegenteil behauptet und unter Beweis gestellt.

b) Das Berufungsgericht geht richtig davon aus, daß eine unmittelbare Benachteiligung der Gläubiger nicht vorliegt, wenn für den von dem Gemeinschuldner veräußerten Gegenstand infolge des Rechtsgeschäfts eine gleichwertige Gegenleistung in sein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen gelangt ist (BGH, Urt. v. 21. Mai 1980 - VIII ZR 40/79, NJW 1980, 1961).

aa) Der Berufungsrichter nimmt an, der vereinbarte Kaufpreis von 310.000 DM sei keine gleichwertige Gegenleistung für das der Beklagten zu Eigentum übertragene Grundstück. Dessen Wert in Höhe von 700.000 DM sei der Beklagten aufgrund des Vertrages vom 5. April 1983 zugewandt worden, denn sie habe das Grundstück nicht mit einem dinglichen Wohnungsrecht belastet erwerben sollen. Zu der Bestellung eines solchen Wohnungsrechts habe sie sich erst später verpflichtet. Selbst wenn aber die Beklagte schon bei Abschluß des Kaufvertrages die Verpflichtung übernommen habe, dem Gemeinschuldner ein Wohnungsrecht zu bestellen, so stelle dies keine gleichwertige Gegenleistung für die Übertragung des Eigentums dar, weil das Wohnungsrecht einem Dritten nicht zur Ausübung habe überlassen werden dürfen und daher kein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen gewesen sei.

bb) Die unmittelbare Gläubigerbenachteiligung ergibt sich bei der vorliegenden besonderen Sachverhaltsgestaltung schon daraus, daß aufgrund des Vertrages vom 5. April 1983 ein im wesentlichen unbelastetes Betriebs- und Wohngrundstück aus dem Vermögen des Gemeinschuldners auf die

Beklagte übertragen wurde, ohne daß eine gleichwertige, der Zwangsvollstreckung unterliegende Gegenleistung seinem Vermögen zugeführt werden sollte. Der vereinbarte Kaufpreis lag erheblich unter dem Verkehrswert des Grundstücks. Eine etwaige Forderung auf Bestellung eines dinglichen, nicht übertragbaren Wohnungsrechts und dieses Recht selbst sind nicht pfändbar (§§ 851, 857 ZPO; BGH, Urt. v. 25. September 1963 - VIII ZR 39/62, LM BGB § 1090 Nr. 7) und daher keine Gegenleistung, auf die die Gläubiger des Gemeinschuldners zugreifen könnten.

2. Nach § 31 Nr. 2 KO werden das Vorliegen der Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen und die Kenntnis des Anfechtungsgegners davon vermutet.

Der Berufungsrichter ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme sogar davon überzeugt, daß der Gemeinschuldner mit dem Vertrag vom 5. April 1983 seine Gläubiger benachteiligen wollte. Die Revision greift das nicht an. Sie nimmt auch die Feststellungen und Beweismwürdigung des Berufungsgerichts dazu hin, daß die Beklagte nicht den ihr obliegenden Beweis geführt habe, die Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners nicht gekannt zu haben.

II.

Gemäß § 37 Abs. 1 KO hat die Beklagte dasjenige zur Konkursmasse zurückzugewähren, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners weggegeben wurde.

1. Da das Eigentum an dem mit der Grundschuld über 310.000 DM belasteten Wohn- und Betriebsgrundstück aus dem Vermögen des Gemeinschuldners auf die Beklagte übertragen wurde, hat diese den so belasteten Grundbesitz dem Rechtsträger der Konkursmasse, dem Gemeinschuldner, zurückzuüber-eignen (BGH, Urt. v. 22. März 1982 - VIII ZR 42/81, ZIP 1982, 856, 857). Dies hat der Kläger im ersten Rechtszug auch beantragt. Das Berufungsgericht verurteilt zu Unrecht zur Auflassung an den Konkursverwalter. Mit Rücküber-eignung an den Gemeinschuldner wird das Grundstück als Massegegenstand der Verwaltung und Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters unterliegen (vgl. Jaeger, KO 8. Aufl. § 37 Rdnr. 13).

2. Der Urteilsausspruch, die Beklagte habe das Grundstück "- befreit von der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit betreffend das Wohnrecht" aufzulassen, begegnet auch Bedenken.

Das Berufungsurteil läßt nicht erkennen, wie sich die Verurteilung zur Auflassung und diejenige zur Befreiung des Grundstücks von dem dinglichen Wohnungsrecht zueinander verhalten. Das ist für die Vollstreckung des Urteils und für die Geltendmachung der Rechte aus § 283 BGB von Bedeutung. Begründet es zwei selbständige Verpflichtungen, nämlich diejenige zur Auflassung und Eintragungsbewilligung sowie die Verbindlichkeit zur Beseitigung des dinglichen Wohnungsrechts, so kann der erste Ausspruch gemäß § 894 ZPO verwirklicht und der zweite Anspruch unabhängig davon gemäß § 283 BGB verfolgt werden. Nach dem Wortlaut der Entscheidung ist demgegenüber davon auszugehen, daß die Beklagte verurteilt

ist, an den Kläger ein Grundstück aufzulassen, zu dessen Lasten in Abt. II ein Wohnungsrecht nicht eingetragen ist. Dieser Urteilsausspruch kann nicht nach § 894 ZPO vollstreckt werden, weil die Willenserklärung, zu der er die Beklagte verurteilt, mit der vorherigen Beseitigung des Wohnungsrechts eine Handlung der Schuldnerin voraussetzt (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO 44. Aufl. § 894 Bem. 3 B, C; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO 19. Aufl. § 894 Bem. 3). Die Beseitigung des Wohnungsrechts erfordert zudem eine entsprechende Willensentschließung des Gemeinschuldners und seiner Ehefrau. Die Aufhebung ihres Wohnungsrechts ist gemäß § 875 BGB nur möglich, wenn sie die Aufgabe ihres Rechts erklären; im Grundbuch kann das Recht nur gelöscht werden, wenn sie seine Löschung bewilligen (§ 19 GBO).

Da das Berufungsurteil schon aus diesem Grund aufzuheben ist, kann dahinstehen, ob die Revision zu Recht auch den Aufhebungsgrund des § 551 Nr. 7 ZPO geltend macht. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsrichter Gelegenheit, auf eine sachdienliche Antragstellung hinzuwirken.

III.

Die Revision rügt auch mit Recht, daß das Berufungsgerecht die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts der Beklagten nicht berücksichtigt hat.

1. In erster Instanz hatte die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise sie nur Zug um Zug gegen Erstattung ihrer Gegenleistung zu verurteilen. Das Landgericht ließ dahinstehen, ob der Beklagten ein Gegenanspruch aus

§ 38 KO zustehe. Es versagte ihr ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 BGB, weil dessen Geltendmachung wegen der besonderen Sachverhaltsgestaltung gegen Treu und Glauben verstoße. Mit ihrer Berufungsbegründung wandte sich die Beklagte gegen die Annahme des Anfechtungstatbestandes des § 31 Nr. 2 KO. Sie beantragte, die Klage abzuweisen. Nachdem vor dem Berufungsgericht die mündliche Verhandlung und Beweisaufnahme zu dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 31 Nr. 2 KO stattgefunden hatten, wies die Beklagte in einem nicht nachgelassenen Schriftsatz darauf hin, daß sie jedenfalls nur Zug um Zug gegen Erstattung ihrer Gegenleistung verurteilt werden könne.

Das Berufungsgericht geht davon aus, die Einrede des Zurückbehaltungsrechts sei in der Berufungsinstanz nicht erhoben. Es führt aus, wegen des Vorbringens der Beklagten in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz habe es der Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht bedurft, weil dieses verspätet sei und seine Zulassung zu einer Verzögerung des Rechtsstreits führen würde; dazu verweist der Berufungsrichter auf § 528 ZPO.

2. Mit dieser Begründung konnte der Berufungsrichter die Prüfung der Voraussetzungen des § 273 BGB nicht ablehnen.

a) In erster Instanz hat die Beklagte das Zurückbehaltungsrecht ausgeübt und damit die Einrede des § 273 BGB geltend gemacht. Dies hatte rechtsgestaltende Wirkung (vgl. Soergel/Siebert/Schmidt, BGB 10. Aufl. § 253 Rdnr. 15; MünchKomm/Keller, BGB 2. Aufl. § 273 Rdnr. 74; Palandt/Heinrichs, BGB 45. Aufl. § 273 Bem. 6 b). Die Beklagte hätte

allerdings ausdrücklich oder stillschweigend auf die bereits ausgeübte Einrede verzichten können. Dazu hat das Berufungsgericht jedoch keine Feststellungen getroffen. Es hat vielmehr im Tatbestand seines Urteils auf alle Sitzungsniederschriften, also auch die Niederschrift über die Sitzung vom 12. Juni 1984, in der die Beklagte hilfsweise ihre Verurteilung Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises von 310.000 DM beantragt hatte, Bezug genommen. Ein Verzicht auf die Einrede liegt nicht allein darin, daß die Beklagte in zweiter Instanz nicht ihren erstinstanzlichen Hilfsantrag wiederholt hat, sie nur Zug um Zug gegen Erstattung der Gegenleistung zu verurteilen. Das geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht ist auch dann zu berücksichtigen, wenn ein Beklagter Klageabweisung beantragt (BGH, Urt. v. 4. März 1977, I ZR 83/75, VersR 1977, 515, 517).

b) Der Berücksichtigung des Zurückbehaltungsrechts in der Berufungsinstanz steht auch § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO nicht entgegen. Die Beklagte wandte sich mit ihrer Berufung gegen den dem Kläger zuerkannten Anspruch aus § 37 KO. Ihre Berufungsbegründung, mit der sie die Annahme eines Anfechtungstatbestandes rügte, genügte den formalen Erfordernissen des § 519 Abs. 3 Nr. 2 ZPO. Ihr Rechtsmittel war damit zulässig. Gemäß § 537 ZPO mußten nunmehr alle Streitpunkte Gegenstand der Entscheidung des Berufungsgerichts sein, die für die Beurteilung des in die Berufungsinstanz gelangten prozessualen Anspruchs wesentlich waren. Das machte ein Eingehen auf das schon geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht erforderlich, obgleich die Beklagte sich in ihrer Berufungsbegründung

nicht ausdrücklich gegen die Versagung des Zurückbehaltungsrechts gewandt hatte (vgl. auch BGH, Urt. v. 5. Oktober 1983 - VIII ZR 224/82, LM ZPO § 519 Nr. 79 = NJW 1984, 177).

3. Eine unbedingte Verurteilung der Beklagten ist nicht aus anderen Gründen richtig (§ 563 ZPO).

a) Ein Anspruch des Anfechtungsgegners aus § 38 KO kann dem Anspruch aus § 37 KO grundsätzlich im Wege des Zurückbehaltungsrechts entgegengehalten werden.

Nach § 38 Satz 1 KO ist die Gegenleistung aus der Konkursmasse zu erstatten, soweit sie sich in derselben befindet, oder soweit die Masse um ihren Wert bereichert ist. Dieser Erstattungsanspruch beruht auf dem Rechtsgrund der ungerechtfertigten Bereicherung. Die Anfechtung soll nicht dazu führen, daß die Konkursmasse größer wird, als sie sein würde, wenn der anfechtbare Vorgang unterblieben wäre. Die Forderung aus § 38 Satz 1 KO stellt damit einen Masseschuldanspruch im Sinne des § 59 Nr. 4 KO dar (Jaeger aaO § 38 Rdnr. 2; Kuhn/Uhlenbruck, KO 10. Aufl. § 38 Rdnr. 2; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO 14. Aufl. § 38 Bem. 2). Dieser entsteht nach allgemeiner Meinung zwar erst, sobald die gemäß § 37 KO geschuldete Rückgewähr erfolgt (Jaeger aaO § 38 Rdnr. 2; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 38 Rdnr. 3; Böhle-Stamschräder/Kilger aaO § 38 Anm. 3). Dennoch ist die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts des § 273 BGB mit diesem gegen die Masse gerichteten Anspruch gegenüber dem Anspruch der Masse aus § 37 KO grundsätzlich möglich. Die Anwendung des § 273 BGB setzt nicht voraus, daß der Gegenanspruch schon vor Leistung des Schuldners besteht und fällig ist; es

genügt, daß er mit der Leistung entsteht und sofort fällig wird (BGHZ 73, 317, 319 m.Nachw.). Die Verpflichtungen aus den §§ 37, 38 KO beruhen auch im Sinne des § 273 BGB auf demselben rechtlichen Verhältnis, dem durch die Verwirklichung eines Anfechtungstatbestandes begründeten gesetzlichen Schuldverhältnis.

Ein Zurückbehaltungsrecht kann nicht entsprechend § 393 BGB versagt werden. Der Anspruch des Klägers aus § 37 KO ist kein Schadensersatzanspruch und nicht deliktischer Natur (BGH, Urt. v. 24. Oktober 1962 - VIII ZR 126/61, LM KO § 37 Nr. 6 Bl. 2 R; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 37 Rdnr. 1 b). Die Voraussetzungen eines neben dem Anspruch aus § 37 KO denkbaren Schadensersatzanspruchs aus §§ 826, 249 BGB stellt der Berufungsrichter nicht fest.

Konkursrechtliche Gesichtspunkte schließen die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts für den Anspruch aus § 38 Satz 1 KO nicht grundsätzlich aus. Dieser Masseschuldanspruch ist eine Forderung, die gemäß § 57 KO aus der Konkursmasse vorweg zu befriedigen ist und gegen den Konkursverwalter außerhalb des Konkursverfahrens selbständig verfolgt werden kann. Wenn der Anfechtungsgegner seinen Anspruch aus § 38 Satz 1 KO gegen die Masse unabhängig von anderen Gläubigern durchsetzen kann, so ist es auch gerechtfertigt, daß er diesen Anspruch dem gegen ihn gerichteten, von dem Konkursverwalter geltend gemachten Anspruch aus § 37 KO einredeweise entgegenhalten darf (so auch Jaeger aaO § 38 Rdnr. 4; Böhle-Stamschräder/Kilger aaO Anm. 3; Kuhn/Uhlenbruck aaO Rdnr. 3). Dies erfordert der Zweck des § 273 BGB, bei gegenseitigen Ansprüchen, die auf einem ein-

heitlichen Lebenssachverhalt beruhen, zu verhindern, daß ein Gläubiger wider Treu und Glauben seine Forderungen durchsetzt, ohne die ihm obliegende Gegenleistung erbringen zu müssen (BGHZ 47, 157, 167; 92, 194, 196). Ob das Zurückbehaltungsrecht auch dann anzunehmen ist, wenn die Konkursmasse zur vollständigen Befriedigung aller Massegläubiger nicht ausreicht und daher Massegläubiger gemäß § 60 KO nicht voll befriedigt werden könnten, kann dahingestellt bleiben (vgl. BGHZ 30, 248, 250, 251 zur Aufrechnungsbefugnis eines Massegläubigers). Der Kläger hat hierzu nichts vorgetragen; es kann daher davon ausgegangen werden, daß der Fall des § 60 KO nicht gegeben ist.

b) Der Berufungsrichter hat - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - das Vorliegen der Voraussetzungen und den Inhalt eines Erstattungsanspruchs der Beklagten aus § 38 KO nicht festgestellt.

aa) Es bedarf der Klärung, ob und wieweit sich die Gegenleistung der Beklagten noch in der Konkursmasse befindet.

Die Beklagte erbrachte die von ihr aufgrund des anfechtbaren Rechtsgeschäfts geschuldete Leistung in der Weise, daß sie der BW-Bank den Auftrag erteilte, dem Sparkonto des Gemeinschuldners und seiner Ehefrau den Betrag von 310.000 DM gutzuschreiben. Diese Gutschrift ist die Gegenleistung der Beklagten im Sinne des § 38 KO.

Die Forderung aus dieser Gutschrift haben der Gemeinschuldner und seine Ehefrau erworben, weil sie das Sparkonto

als Gemeinschaftskonto in Form eines sogenannten Oder-Kontos errichtet haben. Die Inhaber eines solchen Kontos sind als Gesamtgläubiger gemäß § 428 BGB berechtigt, jeder für sich die gesamte Leistung von der Bank zu fordern, während diese die Leistung nur einmal bewirken muß. Hieraus ergibt sich, daß jeder einzelne Kontoinhaber hinsichtlich der ganzen Leistung selbständig forderungsberechtigt und sein Forderungsrecht von dem Recht des anderen Gläubigers unabhängig ist (BGHZ 95, 185). Zur Zwangsvollstreckung in eine solche Einlagenforderung ist der Gläubiger eines jeden der Kontoinhaber befugt. Die gesamte Einlagenforderung gehörte damit gemäß § 1 KO bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen jedes der beiden in Konkurs gefallenen Kontoinhaber zu jeder der beiden Konkursmassen (vgl. auch Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Bearb. Rdnr. 228, 229; Obermüller in Bankrecht und Bankpraxis 15/98).

Beide Kontoinhaber hatten die Einlagenforderung vor der Eröffnung des Konkurses über ihr Vermögen der BW-Bank wirksam verpfändet (BGH, Urt. v. 20. Dezember 1955 - I ZR 171/53, LM BGB § 610 Nr. 1). Die mit dem Pfandrecht belastete Forderung aus dem Sparkonto oder ein Surrogat kann sich noch in der Konkursmasse des Gemeinschuldners befinden. Dazu hat der Berufungsrichter noch Feststellungen zu treffen.

Wegen ihrer durch das Pfandrecht an der Einlagenforderung gesicherten Darlehensforderung gegen die Beklagte kann die BW-Bank gemäß § 48 KO abgesonderte Befriedigung aus der Einlagenforderung begehren. Soweit dies bisher nicht geschehen ist, kann sich die Einlagenforderung aus dem

Oder-Konto noch in der Konkursmasse des Gemeinschuldners befinden.

Wenn und soweit die BW-Bank sich aus ihrem Pfandrecht an der Einlagenforderung befriedigt hat, haben die Verpfänder der Forderung aus dem Oder-Konto gemäß §§ 1273, 1225 BGB die persönliche Forderung, zu deren Sicherung das Pfandrecht bestellt war, also den Darlehensanspruch der BW-Bank gegen die Beklagte, als Gesamtgläubiger erworben. Dieses zu ihren Konkursmassen gelangte Surrogat steht für den Bereich des § 38 KO der Gegenleistung selber gleich (vgl. Jaeger aaO § 38 Rdnr. 3). Eine Abtretung dieser als Ersatz für die Gegenleistung erlangten Darlehensforderung an die Beklagte würde dazu führen, daß diese Forderung durch Vereinigung von Gläubiger- und Schuldnerstellung erlischt. In diesem Fall würde auch der Sicherungszweck der die Darlehensforderung ebenfalls sichernden Grundsuld entfallen. Die BW-Bank könnte dann aus dem Sicherungsvertrag zur Rückgewähr der Grundsuld an die Konkursmasse verpflichtet sein, wenn diese die Grundsuld nicht schon gemäß §§ 1273, 1225, 412 BGB entsprechend § 401 BGB erworben hat (vgl. dazu BGHZ 80, 228, 233).

IV.

Für das weitere Verfahren wird auf folgendes hingewiesen:

1. Der Anfechtungsgegner hat gemäß § 37 KO alles zur Konkursmasse zurückzugewähren, was infolge der anfechtbaren Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners herausgekom-

men ist. Ein schon vor der Veräußerung belastetes Grundstück muß nur mit dieser Belastung zurückgewährt werden. Belastungen, die erst nach dem anfechtbaren Erwerb von ihm oder seinen Gläubigern auf das Grundstück gelegt worden sind, hat er zu beseitigen (RGZ 57, 27, 28; Jaeger aaO § 37 Rdnr. 10; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 37 Rdnr. 5 b). In Fällen, in denen gleichzeitig mit dem anfechtbaren Erwerb des Eigentums an dem belasteten Grundstück eine in dem Veräußerungsvertrag bereits vereinbarte dingliche Belastung begründet wird, wird die Verpflichtung des Anfechtungsgegners zur Beseitigung dieser Belastung verneint (vgl. dazu RGZ 57, 27, 29, 30; BFH BB 1981, 1941; Jaeger aaO § 37 Rdnr. 10). Ob dem zu folgen ist, wird hier offen bleiben können. Entgegen der Auffassung der Beklagten liegt ein solcher Fall jedenfalls darum nicht vor, weil der Gemeinschuldner und die Beklagte die Bestellung eines dinglichen Wohnrechts nicht schon bei dem Abschluß des Grundstückskaufvertrages vereinbart haben.

2. Die Rückgewähr wird in Natur geschuldet. Nur wenn und soweit sie unmöglich ist, ist Wertersatz zu leisten (BGH, Urt. v. 15. Oktober 1969 - VIII ZR 136/67, NJW 1970, 44, 45; Senatsurteil v. 27. März 1984 - IX ZR 49/83, ZIP 1984, 753). Die Aufhebung des Wohnungsrechts ist nicht objektiv unmöglich; sie könnte von dem Gemeinschuldner und seiner Ehefrau bewilligt werden. Die Beklagte schuldet daher grundsätzlich die Beseitigung dieser Belastung. Sie kann dazu allerdings dann nicht verurteilt werden, wenn unstreitig ist, daß der Gemeinschuldner und seine Ehefrau ihre Mitwirkung bei der Aufhebung des Wohnungsrechts versagen. Eine Verurteilung, von der feststeht, daß sie keinesfalls verwirklicht werden kann, ist sinnlos (RGZ 107,

15, 17; 160, 257, 263; BGH, Urteile v. 4. November 1971 - VII ZR 175/69, NJW 1972, 152). Steht die Unmöglichkeit der Aufhebung des Wohnungsrechts nicht fest, so kann der Kläger ein Urteil, das die Beklagte zur Beseitigung der Belastung verpflichtet, zwar nicht gemäß § 888 ZPO vollstrecken, weil die Handlung nicht allein von ihrem Willen abhängt. Der Kläger kann aber mit diesem Urteil nach § 283 BGB vorgehen und sodann Wertersatz beanspruchen (vgl. auch Jaeger aaO § 37 Rdnr. 12; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 37 Rdnr. 18). Die Beklagte meint zwar, gemäß § 242 BGB könne der Kläger im vorliegenden Fall von § 283 BGB und dem Recht, Wertersatz zu verlangen, keinen Gebrauch machen, weil er es unterlassen habe, gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 2 KO die Bestellung des Wohnungsrechts zugunsten des Gemeinschuldners und seiner Ehefrau als Erwerbern eines dinglichen Rechts an dem von der Beklagten anfechtbar erworbenen Grundstück rechtzeitig anzufechten. Der Konkursverwalter habe es damit selbst in der Hand gehabt, die Folgen der Belastung des Grundstücks zu beseitigen und verstoße daher gegen Treu und Glauben, wenn er von der Beklagten Wertersatz verlange, weil ihr die Befreiung des Grundstücks von dem Wohnungsrecht unmöglich sei.

Dem ist nicht zuzustimmen. Die Verpflichtung des Anfechtungsgegners aus § 37 Abs. 1 KO entfällt - wie schon dargelegt - nicht dadurch, daß er über den anfechtbar erworbenen Gegenstand zugunsten eines Dritten verfügt hat. Eine etwaige Rückgewährpflicht dieses Rechtsnachfolgers träte daher nicht an die Stelle, sondern neben die des Rechtsvorgängers. Soweit beide Verpflichtete denselben Gegenstand zurückzugewähren hätten, bestände ein Gesamtschuldverhältnis

(Jaeger aaO § 40 Rdnr. 23; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 40 Rdnr. 21; Böhle/Stamschräder/Kilger aaO § 40 Bem. 9). Dem Kläger stände es daher gemäß § 421 BGB frei, welchen der beiden Verpflichteten er in Anspruch nimmt.

3. Der Kläger wird gemäß § 139 ZPO auf die Notwendigkeit eines eindeutigen Gegenantrags hinzuweisen sein. Nachdem das Landgericht die Beklagte entgegen seinem Antrag zur Auflassung an den Konkursverwalter verurteilt hat, dürfte der Antrag, die Berufung zurückzuweisen, nicht ausreichen.

RiBGH Zorn ist
Fuchs im Urlaub und kann Henkel
 deshalb nicht unterschreiben
 Fuchs

Winter Graßhof