

Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz

www.NZI.Beck.de

In Zusammenarbeit mit der
Neuen Juristischen Wochenschrift
herausgegeben von

Prof. Dr. M. Ahrens
VorsRiLAG Dr. W. Berkowsky
RA/WP Dr. E. Braun
Prof. Dr. G. Crezelius
RA M. Drasdo
VorsRiBGH a. D. Dr. G. Fischer
VorsRiBGH Dr. H. G. Ganter
RiBGH Prof. Dr. M. Gehrlein
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

V. Römermann	Aktuelles zur Insolvenzantragspflicht nach § 15a InsO	241
M. Konu/Y. Topoglu/S. Calcagno	§ 15a III InsO – „Positive Kenntnis“ oder „Kennenmüssen“?	244
P. W. Tettinger	Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz – Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt für das Kleinbeteiligtenprivileg	248
J. U. Stiller	Das Ende von § 28e I 2 SGB IV bei der Insolvenzanfechtung	255
H.-R. Bruckhoff	Keine verdeckte Sacheinlage durch Beratungsleistung bei AG – Eurobike	255
BGH	Maßgeblichkeit der Gläubigeranzahl für Höhe der Mindestvergütung des vorläufigen Verwalters	256
LG Hannover	Lastschriftwiderruf durch den Treuhänder	268
BGH	Keine verdeckte Sacheinlage durch Beratungsleistungen bei AG – Eurobike	269
BFH	Umsatzsteuer bei Erfüllung uneinbringlicher Forderungen durch den Insolvenzverwalter – Rechtsprechungsänderung (mit Anmerkung de Weerth)	272
OLG Stuttgart	Sicherung des Rückgewähranspruchs nach dem AnfG durch einstweilige Verfügung – wertausschöpfende Belastung (mit Anmerkung Wazlawik)	277

Im Aktuellteil:

Editorial von Leithaus zum siebten Deutschen Insolvenzrechtstag

Verlag C. H. Beck

München · Frankfurt am Main

7/2010

Seiten 241 bis 280 · 29. März 2010



stellunternehmen Kenntnis von ihrem Postfach, welches sie in diesem Verfahren gleichfalls nicht mitgeteilt hatte, besaß und eine Zustellung dort bewirken würde.

[11] Die Schuldnerin hat außerdem die Wiedereinsetzungsfrist des § 234 ZPO versäumt. Ihr Geschäftsführer hatte nach seinem am 25. 1. 2006 beim Insolvenzgericht eingegangenen Akteneinsichtsgesuch damals bereits Kenntnis davon, dass ein Antrag auf Festsetzung der Verwaltervergütung gestellt worden war. Schon mit diesem Wissensstand war das Hindernis gegen die Wahrung der Beschwerdefrist gem. § 234 II ZPO behoben. Denn es bestand jedenfalls danach für die Schuldnerin hinreichender Anlass, nach der öffentlichen Bekanntmachung eines möglicherweise bereits ergangenen Festsetzungsbeschlusses zu forschen. Diese Nachforschung hätte der Schuldnerin die Kenntnis von der Veröffentlichung vom 12. 12. 2005 verschafft, mit welcher der angefochtene Festsetzungsbeschluss vom 9. 12. 2005 öffentlich bekannt gemacht worden war. Ergänzend hätte die Schuldnerin dann innerhalb der Nachholungsfrist Akteneinsicht nehmen und die sofortige Beschwerde, wie geschehen notfalls gem. § 569 III ZPO zu Protokoll der Geschäftsstelle, für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rechtzeitig erheben können.

Anm. d. Schriftltg.: Vgl. zur Rspr. des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand *Born*, NJW 2009, 2179; zur Zustellung eines Bußgeldbescheids durch Einwurf in nicht abschließbaren Briefkasten s. *OLG Nürnberg*, NJW 2009, 2229.

16 Sicherung des Rückgewähranspruchs nach dem AnfG durch einstweilige Verfügung – wertausschöpfende Belastung

AnfG §§ 3, 11; ZPO § 935

1. Der Rückgewähranspruch nach § 11 AnfG kann durch einstweilige Verfügung gesichert werden.

2. Der anfechtende Gläubiger ist beweisbelastet für eine nicht wertschöpfende Belastung. Da der Anfechtungsgegner infolge der ihn treffenden sekundären Darlegungs- und Beweislast sich äußern muss, in welcher Höhe die Belastung im maßgeblichen Zeitpunkt valutierte, genügt im einstweiligen Verfügungsverfahren, dass der Gläubiger eine reale Belastung trotz der ersichtlichen nominellen Belastung mit Grundpfandrechten bestreitet.

3. Einer Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrunds für das den Rückgewähranspruch sichernde Verfügungsverbot bedarf es nicht (§§ 885 I 2, 899 II BGB analog).

OLG Stuttgart, Beschl. v. 18. 11. 2009 – 3 W 63/09

Zum Sachverhalt: Der Ast. hat gegen die Schuldnerin L (sowie gegen S) einen titulierten Zahlungsanspruch in Höhe von 245 420,10 Euro nebst Zinsen, der nicht beigetrieben werden konnte. Nach dem von ihm vorgelegten notariellen Kaufvertrag vom 5. 12. 2007 verkaufte die Schuldnerin als Alleineigentümerin eine Teilfläche des im Grundbuch von M. eingetragenen Grundstücks Flurstück-Nr. ..., Gebäude und Freifläche, zum Kaufpreis von 42 000 Euro an die Ag., ihre Enkel. Dieses Grundstück trägt inzwischen die Flurstück-Nr. ... (vgl. Grundbuchauszug vom 5. 8. 2009). Laut Grundbuchauszug ist das an die Ag. verkaufte Grundstück mit folgenden Grundpfandrechten belastet:

- Grundschuld über 409 033,50 Euro für die Volksbank S-eG
- Grundschuld in Höhe von 76 693,78 Euro für die Volksbank S-eG
- Grundschuld in Höhe von 460 162,69 Euro für die Volksbank S-eG
- Grundschuld in Höhe von 124 000 Euro zu Gunsten der Eheleute T.

Der Ast. will gegen die Ag. einen Rückgewähranspruch nach dem AnfG geltend machen. Zur Sicherung dieses Anspruchs beabsichtigt er, den

Ag. durch einstweilige Verfügung zu verbieten, über den von der Schuldnerin erworbenen Grundbesitz zu verfügen. Von einer Gläubigerbenachteiligung sei auszugehen, die Valutierung der im Grundbuch eingetragenen Grundschulden werde bestritten. Für das Verfahren auf Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragte der Ast. die Bewilligung von Prozesskostenhilfe.

Mit dem angefochtenen Beschluss vom 23. 10. 2009 wurde dem Ast. Prozesskostenhilfe versagt. Die sofortige Beschwerde des Ast. führte zur Bewilligung der beantragten Prozesskostenhilfe.

Aus den Gründen: II. Die nach § 114 ZPO erforderliche hinreichende Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung lässt sich nicht von vorneherein verneinen.

1. Der Rückgewähranspruch nach § 11 AnfG, den der Ast. im Hauptsacheverfahren durchsetzen will, kann durch einstweilige Verfügung gesichert werden. Die Anfechtung nach dem AnfG begründet ein unmittelbar auf dem Gesetz beruhendes Schuldverhältnis zwischen Gläubiger und Anfechtungsgegner auf Rückgewähr des anfechtbar erworbenen Vermögens. Diese Rückgewähr erfordert keine Rückübertragung des anfechtbar erworbenen Gegenstands in das Schuldnervermögen. Vielmehr hat der Gläubiger einen obligatorischen Anspruch auf Befriedigung aus der anfechtbar veräußerten Sache, so als ob diese noch dem Schuldner gehörte. In derselben Weise wie der Gläubiger, wenn die Sache im Vermögen des Schuldners verblieben wäre, sich diesem gegenüber Befriedigung durch Zwangsvollstreckung hätte verschaffen können, hat der Anfechtungsgegner die Zwangsvollstreckung in die Sache zum Zweck der Befriedigung des Gläubigers über sich ergehen zu lassen (*BGH*, NJW-RR 1992, 733). Dies ist nicht eine Geld-, sondern eine der Sicherung durch einstweilige Verfügung zugängliche Individualleistung (*BGH*, NJW-RR 1992, 733; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1993, 1343; *Huber*, AnfG, 10. Aufl. [2006], § 2 Rdnr. 41; a. A. *Drescher*, in: MünchKomm-ZPO, 3. Aufl. [2007], § 916 Rdnr. 5). So liegt der Fall hier. Ein Arrest käme zur Sicherung des Anfechtungsrechts nur dann in Betracht, wenn der anfechtbar erlangte Gegenstand nicht mehr zurückgewährt werden könnte und an die Stelle des Rückgewähranspruchs eine Forderung auf Wertersatz getreten wäre (*OLG Düsseldorf*, NJW 1977, 1828). Hierfür sind jedoch keinerlei Anhaltspunkte ersichtlich.

2. Die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Anfechtungsanspruchs nach § 2 AnfG sind erfüllt. Einen vollstreckbaren Schuldtitel im Sinne dieser Vorschrift stellt das Urteil der *LG H.* vom 28. 10. 2004 (1 O 105/03 Ri) dar. Die titulierte Forderung des Ast. ist fällig. Die bisher vom Ast. durchgeführten Vollstreckungsmaßnahmen sind erfolglos geblieben.

3. Nach dem Vortrag des Ast. besteht auch ein Verfügungsanspruch. Zwar dürfte ein Recht zur Anfechtung aus § 4 I AnfG nicht in Betracht kommen, weil die Ag. das streitgegenständliche Grundstück zu einem Kaufpreis von 42 000 Euro erworben haben mit der Folge, dass es an einer unentgeltlichen Leistung im Sinne dieser Vorschrift fehlt. Jedoch ist es auf Grund einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage durchaus möglich, dass der Ast. dennoch mit seinem Begehren durchdringen wird, was für eine hinreichende Aussicht auf Erfolg i. S. von § 114 ZPO ausreicht (*Zöller/Philippi*, ZPO, 27. Aufl. [2009], § 114 Rdnr. 19 m. w. Nachw.). In der Veräußerung des streitgegenständlichen Grundstücks liegt eine Rechtshandlung i. S. von § 1 I AnfG, die Auflassung ist am 27. 1. 2009, die Eintragung der Ag. im Grundbuch am 26. 2. 2009 erfolgt. Eine Befugnis des Ast. zur Anfechtung der Grundstücksübertragung kann sich hier aus § 3 II AnfG, eventuell auch aus § 3 I

AnfG ergeben. Die dafür erforderliche objektive Gläubigerbenachteiligung (*Huber*, § 3 Rdnr. 19) kann nicht von vorneherein verneint werden.

aa) Die Annahme einer objektiven Gläubigerbenachteiligung verlangt die Feststellung einer besseren oder schnelleren Befriedigungsmöglichkeit des Gläubigers ohne die angefochtene Rechtshandlung des Schuldners. Genügend ist der (ganz oder teilweise) Wegfall oder die Erschwerung/Verzögerung der Zugriffsmöglichkeiten für den anfechtenden Gläubiger (*Huber*, § 1 Rdnr. 33). Eine objektive Gläubigerbenachteiligung scheidet bei wertausschöpfender Belastung des Vermögensgegenstands aus, weil dann die Zwangsvollstreckung für den anfechtenden Gläubiger keinen Erfolg gehabt hätte (*BGHZ* 90, 207 = *NJW* 1984, 1968; *BGH*, *NJW* 1996, 3341). Insoweit ist bei grundpfandrechtlich gesicherten Forderungen maßgeblich darauf abzustellen, in welcher Höhe die Belastung zum maßgeblichen Zeitpunkt valutierte und nicht auf den nominalen Buchwert der Grundpfandrechte (*Huber*, § 1 Rdnr. 40). Die Frage einer objektiven Benachteiligung wegen wertschöpfender Belastung beurteilt sich nicht nach dem Verkehrswert des Grundstücks, sondern vielmehr danach, ob bei einer Zwangsversteigerung des Grundstücks ein an den Gläubiger auszukehrender Erlös hätte erzielt werden können (*BGH*, *NJW-RR* 2006, 552 = *ZInsO* 2006, 151). Die Beweislast für den Eintritt einer objektiven Gläubigerbenachteiligung trägt grundsätzlich der anfechtende Gläubiger, denn sie gehört zu den anspruchsbegründenden Umständen. Daher obliegt es auch dem anfechtenden Gläubiger, den Nachweis zu führen, dass die Belastung nicht wertschöpfend ist (*BGH*, *NJW-RR* 2006, 552 = *ZInsO* 2006, 151). Jedoch ist der Anfechtungsgegner darlegungs- und beweispflichtig, in welcher Höhe die Belastung im maßgeblichen Zeitpunkt valutierte, insoweit trifft ihn eine sekundäre Darlegungs- und Beweislast, die schlichte Behauptung einer wertausschöpfenden Belastung genügt nicht (*BGH*, *NJW-RR* 2006, 552 = *ZInsO* 2006, 151; *Huber*, § 1 Rdnr. 41).

b) Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist es dem Ast. erlaubt, trotz der aus dem Grundbuch ersichtlichen nominellen Belastung mit Grundpfandrechten eine reale Belastung zu bestreiten, weil deren Vorliegen nicht zu seinem Wahrnehmungsbereich gehört (*Huber*, § 1 Rdnr. 41). Dies hat der Ast. hier in zulässiger Weise getan. Mehr an Vortrag ist von ihm in Bezug auf eine objektive Gläubigerbenachteiligung nicht zu verlangen. Es wird Aufgabe der Ag. sein, im Hauptsacheverfahren zur Valutierung nähere Ausführungen zu machen. Im Übrigen fällt in Bezug auf die für die Volksbank S-eG eingetragenen Grundpfandrechte auf, dass diese bereits vor geraumer Zeit (nämlich zwischen Juni 1985 und März 1992) eingetragen wurden, weshalb die Annahme nicht fernliegt, dass die ihnen zu Grunde liegenden Forderungen zwischenzeitlich bereits ganz oder zumindest teilweise getilgt wurden.

Was die weitere Grundschuld über 124 000 Euro anbelangt, die zu Gunsten der Eheleute *T* bestellt worden ist, liegt zwar ein notarielles Schuldanerkenntnis der Schuldnerin vom 30. 9. 2008 vor, wonach dieser von den Eheleuten *T* zwischen 2005 und 2008 verschiedene Darlehen in Höhe des nominalen Buchwerts der eingetragenen Grundschuld gewährt worden ist. Ob der Schuldnerin aber tatsächlich Darlehen in der genannten Höhe gewährt wurden, steht bislang nicht sicher fest und bedarf einer Nachprüfung im Hauptsacheverfahren. Sämtliche Darlehensverträge sollen nach dem rechtskräftigen Urteil des *LG H.* vom 28. 10. 2004 (1 O 105/03 Ri) geschlossen worden sein.

Dass der Ast. einer einstweiligen Einstellung des Zwangsversteigerungsverfahrens zugestimmt hat, ändert an der Darlegungslast der Ag. zur Valutierung nichts. Für die Zustimmung können auch Kostengesichtspunkte eine Rolle gespielt haben.

c) Bei den Ag. handelt es sich um die Enkel der Schuldnerin, mithin um ihr nahestehende Personen i. S. von § 138 InsO. Da § 3 II 1 AnfG lediglich einen entgeltlichen Vertrag verlangt, den der Schuldner mit einer ihm nahestehenden Person geschlossen hat, ist der Ast. seiner Darlegungslast nachgekommen. Nach § 3 II 2 AnfG werden der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz des Schuldners sowie die Kenntnis des Anfechtungsgegners hiervon gesetzlich vermutet (*BGH*, *NJW-RR* 2006, 552). Daher obliegt es den Anfechtungsgegnern, die Ausnahmetatbestände des § 3 II 2 AnfG darzulegen und zu beweisen.

d) Der Ast. geht von einem Verkehrswert von 104 552 Euro aus (56 Euro je m² bei 1867 m²). Es erscheint somit nicht ausgeschlossen, dass im Zwangsversteigerungsfall ein Erlös für den Ast. hätte erzielt werden können.

e) Die tatsächlichen Voraussetzungen eines Verfügungsanspruchs hat der Ast. bei dieser Sach- und Rechtslage in ausreichender Weise glaubhaft gemacht (§§ 936, 920 II, 294 ZPO). Zwar verlangen die vorgenannten Vorschriften eine Glaubhaftmachung unabhängig von der Beweisbedürftigkeit der vorgetragenen Tatsachen (*Prütting*, in: *MünchKommZPO*, 3. Aufl. [2007], § 294 Rdnr. 12). Jedoch ist, wie bereits dargelegt worden ist, der Ast. hinsichtlich der Valutierung der Grundpfandrechte nicht darlegungsbelastet, vielmehr obliegt es den Ag., im Hauptsacheverfahren die Valutierung zu belegen. Unter diesen Umständen ist der notwendigen Glaubhaftmachung Genüge getan.

Würde der hiervon abweichenden Ansicht des *LG* gefolgt, wäre eine Sicherung des Rückgewähranspruchs aus § 11 AnfG von vorneherein immer schon dann verwehrt, wenn sich aus dem Grundbuch Grundpfandrechte im nominellen Umfang eines bei einer Zwangsversteigerung zu erzielenden Erlöses ergeben. Damit wäre der Manipulation durch den Schuldner Tür und Tor geöffnet.

4. Der Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrunds bedarf es im vorliegenden Fall nicht. Dies folgt aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 885 I 2, 899 II 2 BGB. Das den Rückgewähranspruch sichernde Verfügungsverbot entfaltet meist – vom Fall der Insolvenz abgesehen – dieselben Wirkungen wie eine Vormerkung. Es liegt deswegen nahe, das durch einstweilige Verfügung anzuordnende Verfügungsverbot nach § 938 II ZPO wie die Eintragung einer Vormerkung zu behandeln (*OLG Koblenz*, *NJW-RR* 1993, 1343; *OLG Frankfurt a. M.*, *OLGZ* 1979, 75; *OLG Köln*, *NJW* 1955, 717).

Anmerkung:

Das *OLG Stuttgart* befasst sich in der vorstehenden Entscheidung im Rahmen eines Prozesskostenhilfverfahrens mit den Voraussetzungen der Sicherung eines Gläubigeranfechtungsanspruchs im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes. Darüber hinaus behandelt es ein Standardproblem: die Gläubigerbenachteiligung bei wertausschöpfend belastetem Grundbesitz.

I. Die Sicherung des Gläubigeranfechtungsanspruches durch vorläufigen Rechtsschutz ist – im Gegensatz zur Sicherung des Insolvenzanfechtungsanspruches – ein bis heute nicht

durch höchstrichterliche Rechtsprechung endgültig geklärtes Terrain.

1. a) Im Ausgangspunkt geht es um die Frage, ob diese Sicherung durch Arrest oder durch einstweilige Verfügung erfolgen kann, was wiederum maßgeblich mit der speziellen Natur des (primären) Gläubigeranfechtungsanspruchs zusammenhängt, der – im Gegensatz zum primären Insolvenz-anfechtungsanspruch – eben nicht auf Rückübertragung anfechtbar weggegebener Vermögensgegenstände gerichtet ist. Das *OLG Stuttgart* geht (unter II 1 der Gründe) mit der herrschenden Rechtsprechung davon aus, dass der Primäranspruch – Duldung der Zwangsvollstreckung – eine Individualleistung ist und daher im Wege der einstweiligen Verfügung (§§ 935 ff. ZPO) vorläufig gesichert werden kann (vgl. *BGH*, NJW 1992, 1959 = NJW-RR 1992, 733 [736] unter B 2a; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1993, 1343; *OLG Köln*, InVo 1996, 296; *OLG Karlsruhe*, InVo 2004, 387). Dagegen vertritt das *OLG Jena* unter Berufung maßgeblich auf ZPO-Kommentierungen die Auffassung, der auf Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtete Primäranspruch stehe einem Anspruch auf Geldforderung gleich, weshalb dessen Sicherung nur durch Arrest, nicht aber durch einstweilige Verfügung erfolgen könne (*OLGR* 1997, 52). Einigkeit besteht aber dahingehend, dass der lediglich auf Wertersatz und damit auf eine Geldleistung gerichtete Sekundäranspruch des Anfechtungsgläubigers stets nur mittels Arrests vorläufig gesichert werden kann (vgl. *OLG Düsseldorf*, NJW 1977, 1828 L 3; *OLG Koblenz*, NJW-RR 1993, 1343 [1344] unter 1; *OLG Köln*, InVo 1996, 296 unter 1). Unklar ist, was gilt, wenn streitig oder unsicher ist, ob der Primäranspruch oder der Sekundäranspruch besteht – kann der Anfechtungsgläubiger einen Verfügungsantrag und hilfsweise einen Arrestantrag stellen (zu Haupt- und Hilfsantrag sowie Primär- und Sekundäranspruch im Hauptsacheverfahren vgl. *BGH*, NJW-RR 2008, 1629 = NZI 2008, 633 m. Anm. *Wazlawik*)? –, oder wenn der Anfechtungsgläubiger den falschen Anspruch annimmt und damit den falschen Antrag – Verfügungs- statt Arrestantrag bzw. umgekehrt – stellt (hier soll eine Umdeutung möglich sein, vgl. *OLG Jena*, *OLGR* 1997, 52).

Im vorliegenden Fall sollte dem Anfechtungsgegner verboten werden, über das anfechtbar erworbene Grundstück zu verfügen. Bereits das *Reichsgericht* hatte entschieden, dass der (primäre) Anfechtungsanspruch bei anfechtbaren Grundstückübertragungen nicht durch eine Vormerkung zu Gunsten des Anfechtungsgläubigers vorläufig gesichert werden kann, weil dieser Anspruch nicht auf die Einräumung eines Grundstücksrechts gerichtet ist (*RGZ* 60, 423 [425 f.]), sondern dass diese Sicherung allein durch die Anordnung einer einstweiligen Verfügung erreicht werden kann (*RGZ* 67, 39 [41 f.]). Dies wurde vom *BGH* bestätigt (NJW-RR 1992, 733 [736] unter B 2a) und ist gesicherte Rechtsprechung, der auch das *OLG Stuttgart* folgt (unter II 1 der Gründe).

b) Der Anfechtungsgläubiger muss alle anspruchsbegründenden Tatsachen glaubhaft machen. Dazu gehören nicht nur die Voraussetzungen der einzelnen Tatbestände (§§ 3, 4 und 6 AnfG), sondern auch die von § 2 AnfG geforderte Unzulänglichkeit des Schuldnervermögens (vgl. *OLG Hamm*, Urt. v. 3. 4. 2008 – I-27 U 4/08, BeckRS 2008, 11648).

Besonderheiten gelten bei anfechtbaren Grundstücksgeschäften. Im Hauptsacheverfahren wird die zunächst grundsätzlich den Anfechtungsgläubiger treffende Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der seinen Anfechtungsanspruch begründenden Tatsachen, wozu bei Grundstücksgeschäften ge-

hört, dass der Grundbesitz, auf den sich die angefochtene Rechtshandlung bezog, zum maßgeblichen Zeitpunkt *nicht* wertausschöpfend belastet war (vgl. *BGH* NJW-RR 1988, 827 [828] unter II 2b; NJW 1991, 1061 [1063] unter II 1b), zu seinen Gunsten gemindert, wenn der Anfechtungsgegner eine wertausschöpfende Belastung des betreffenden Grundstücks behauptet. Diese Behauptung kann der Anfechtungsgläubiger mit Nichtwissen bestreiten, da er die Höhe der Valutierung eventuell eingetragener Grundpfandrechte regelmäßig nicht kennt. Diese kennt nur der Anfechtungsgegner, der sich dazu dann entsprechend äußern muss (vgl. *BGH*, NJW-RR 2006, 552 [553] Rdnr. 12). In diesem Zusammenhang wird immer wieder und so auch in dem hier besprochenen Beschluss (unter II 3a der Gründe) von der „sekundären Darlegungs- und Beweislast“ des Anfechtungsgegners gesprochen. Eine sekundäre Beweislast gibt es aber nicht (vgl. *BGH*, NJW-RR 2009, 1567 = NZI 2009, 512 m. Anm. *Wazlawik*, Rdnr. 34). Soweit sich diesbezüglich auf *Huber* (in: AnfG, 10. Aufl. [2006], § 1 Rdnr. 41) berufen wird, handelt es sich bei der Passage in seinem Kommentar nach Aussage *Hubers* gegenüber dem *Verfasser* um ein redaktionelles Versehen; an anderer Stelle spricht *Huber* richtigerweise auch nur von der sekundären Darlegungslast (*ZfR* 2008, 313 [315 f.] unter III 3). Auch in der vom *OLG Stuttgart* genannten *BGH*-Entscheidung (*ZInsO* 2006, 151) ist an keiner Stelle von einer sekundären Beweislast die Rede. Die Konsequenz ist, dass hinsichtlich der nicht vorhandenen wertausschöpfenden Belastung (objektive Gläubigerbenachteiligung) immer nur der Anfechtungsgläubiger beweispflichtig (und damit kostenvorschusspflichtig) sein und gegebenenfalls beweisfällig bleiben kann, nie der Anfechtungsgegner.

Im vorläufigen Rechtsschutzverfahren kann es auf das Vorgenannte aber nicht ankommen. Schon allein die Ermittlung des (unterstellten) Zwangsversteigerungserlöses, für die dem Gericht die erforderliche Sachkunde fehlt (vgl. *BGH*, NJW-RR 2006, 552 [553] Rdnr. 9), kann hier nicht erfolgen (vgl. *KG*, *ZInsO* 2005, 656). Demzufolge genügt es, wenn der Anfechtungsgläubiger die Valutierung vorhandener Grundpfandrechte bestreitet. So hat es auch das *OLG Stuttgart* (unter II 3b der Gründe) festgehalten; seine einleitenden Ausführungen dazu (II 3a der Gründe) betreffen allein das Hauptsacheverfahren und sind daher überflüssig.

c) § 2 AnfG verlangt unter anderem, dass der Anfechtungsgläubiger über einen vollstreckbaren Schuldtitel gegen den Schuldner verfügt. Da dies im vorliegenden Fall so war (Urt. v. 28. 10. 2004 – 1 O 105/03 Ri), musste sich das *OLG Stuttgart* nicht mit der Frage befassen, ob eine vorläufige Sicherung des Gläubigeranfechtungsanspruches auch bei fehlendem Titel möglich ist. Zählte man das Vorhandensein eines vollstreckbaren Schuldtitels zu den den Anfechtungsanspruch begründenden Tatsachen, müsste der Anfechtungsgläubiger dessen Existenz glaubhaft machen (können). Dies erscheint nicht denkbar, da der Anfechtungsgläubiger entweder einen solchen Titel hat – dann kann er ihn vorlegen – oder eben nicht. Hat er keinen, stellt sich die Frage, ob er seine Forderung gegenüber dem Schuldner, für die der Schuldtitel verlangt wird, glaubhaft machen kann.

Die herrschende *OLG*-Rechtsprechung verneint die Möglichkeit, den Anfechtungsanspruch ohne Schuldtitel vorläufig sichern zu lassen (vgl. *OLG Hamm*, NZI 2002, 575 [576] unter II 2; *OLG Köln*, NZI 2009, 784), ohne dabei jedoch explizit auf die Frage einzugehen, ob der Schuldtitel anspruchsbegründend ist oder nicht. Vielmehr beschränkt man sich auf das Argument, dass ohne Schuldtitel der Anspruch des Anfechtungsgläubigers gegenüber dem Schuldner im vor-

läufigen Rechtsschutzverfahren geprüft werden müsste, was im Hauptsacheverfahren auf Grund des Schuldtitlefordernisses gerade vermieden werden soll. Dies ist inkonsequent. Erachtet man den Schuldtitel für nicht anspruchsbegründend – so immerhin die *Vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts* (RGZ 41, 87 [89 f.]) –, wird man ihn im vorläufigen Rechtsschutzverfahren auch nicht fordern können (so denn auch RGZ 41, 87 [89 f.]; *Gaul*, KTS 2007, 133 [161 f.] unter VI 3a für den Arrest; *Huber*, AnfG, § 2 Rdnr. 40; *OLG München*, ZInsO 2008, 1213 [1214] unter II 1b mit zust. Anm. *Huber*), und dem Anfechtungsgläubiger muss dann die Glaubhaftmachung seiner Forderung gegenüber dem Schuldner erlaubt sein. Es ist nicht recht einzusehen, weshalb der Anfechtungsgläubiger alle übrigen Anspruchsvoraussetzungen glaubhaft machen kann, diese eine aber nicht. Wer das nicht will, muss den Schuldtitel ausdrücklich als anspruchsbegründend bezeichnen.

2. In dem hier vorliegenden Fall, in welchem dem Anfechtungsgegner verboten werden soll, über anfechtbar erworbenen Grundbesitz zu verfügen, bedarf es gem. §§ 885 I 2, 899 II 2 BGB analog keiner Glaubhaftmachung eines Verfügungsgrunds (3. Leitsatz). Dies entspricht der herrschenden *OLG-Rechtsprechung* (s. Nachw. unter II 4 der Gründe; *OLG Köln*, InVo 1996, 296 L 2). Betrifft der Anfechtungsanspruch kein Grundstücksrecht, bleibt es aber beim Erfordernis der Glaubhaftmachung (vgl. *OLG Karlsruhe*, InVo 2004, 387).

II. Die Entscheidung des *OLG Stuttgart* entspricht der herrschenden *OLG-Rechtsprechung*; ihr ist vollumfänglich zuzustimmen. Auf die Ausführungen zur sekundären Beweislast kam es im Ergebnis nicht an, und mit dem Titelerfordernis musste sich das Gericht nicht auseinandersetzen. Hinsichtlich des letztgenannten Punktes wäre eine höchstrichterliche Klärung wünschenswert.

*Rechtsanwalt und Fachanwalt für Insolvenzrecht
Dr. Thomas Wazlawik, LL. M. (St. Louis University), Passau*

17 Durchsuchung und Beschlagnahme bei Insolvenzverwalterin

StPO § 103

Nach § 103 StPO kann bei einem Unverdächtigen die Durchsuchung angeordnet werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen zu vermuten ist, dass bestimmte, als Beweismittel dienende Gegenstände sich in dessen Räumen befinden. Jedoch ist bei der Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme bei einem unverdächtigen Insolvenzverwalter äußerste Zurückhaltung geboten.

LG Neubrandenburg, Beschl. v. 9. 11. 2009 – 8 Qs 190/09

Zum Sachverhalt: Gegen die Besch. wird wegen diverser Steuerdelikte (Einkommens-, Umsatz- und Gewerbesteuerhinterziehung sowie Verdacht auf Eigenheimzulagebetrug) ermittelt. Auf Antrag des Finanzamts N. erließ das AG eine Reihe von Durchsuchungsbeschlüssen, von denen einer die Bf. betraf. Am 21. 7. 2009 ordnete das AG im angefochtenen Beschluss an, dass gem. §§ 103, 105 StPO die Durchsuchung der Geschäfts-, Büro- und sonstigen Betriebsräume einschließlich sonstiger, außerhalb dieser Räume genutzten Räumlichkeiten und Nebengelassen wie Keller und Dachboden, die Außenanlagen und Garagen, der Datenträger und der Kraftfahrzeuge der Betr. als Insolvenzverwalterin über das Vermögen der Besch. durchzuführen sei, weil Tatsachen vorlägen, aus denen auf die Auffindung von diversen, im Einzelnen aufgeführten Unterlagen geschlossen werden konnte. Der Beschluss enthielt keine Abwendungsbefugnis. Am 14. 9. 2009 wurden

die Geschäftsräume der Bf. aufgesucht. Nach Mitteilung des Durchsuchungsbeschlusses wurden die von der Steuerfahndung benötigten Unterlagen von der Betr. herausgesucht und an die Einsatzkräfte übergeben. Von einer Durchsuchung der Räumlichkeiten wurde daraufhin abgesehen.

Auf die Beschwerde der Betr. wurde der Durchsuchungsbeschluss aufgehoben.

Aus den Gründen: II. Die statthafte und zulässige Beschwerde ist begründet. Die Durchsuchung der Kanzlei- und Geschäftsräume des Bf. war rechtswidrig. Die Durchsuchung dauert an, weil eine Beschlagnahme der Unterlagen wegen deren Beweisbedeutung noch nicht erfolgt ist.

Zwar ist die Anordnung der Durchsuchung im vorliegenden Fall nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil die Geschäftsräume einer Insolvenzverwalterin zu durchsuchen waren. Dies ist vielmehr schon deswegen generell zulässig, weil nach § 103 StPO auch bei einem Unverdächtigen die Durchsuchung angeordnet werden kann, wenn – wie hier durch das AG zutreffend angenommen – auf Grund bestimmter Tatsachen zu vermuten ist, dass bestimmte, als Beweismittel dienende Gegenstände sich in dessen Räumen befinden (so auch *LG Ulm*, NJW 2007, 2056 = NStZ 2007, 543).

Jedoch ist bei der Anordnung der Durchsuchung und Beschlagnahme bei einer unverdächtigen Insolvenzverwalterin äußerste Zurückhaltung geboten (vgl. *LG Berlin*, ZInsO 2008, 865 = BeckRS 2009, 06178; *LG Potsdam*, ZIP 2008, 287 = BeckRS 2007, 16068). Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, in jedem Verfahrensstadium das jeweils schonendste Mittel anzuwenden. Die Ermittlungsbehörden hätten hier die Möglichkeit gehabt, von der Insolvenzverwalterin Einblick in die Geschäftsunterlagen zu verlangen und entsprechende Kopien anzufordern. Der Insolvenzverwalter als unabhängige Rechtsperson, die Amtspflichten trifft, ist ohnehin verpflichtet, mit den Ermittlungsbehörden zu kooperieren. Zudem ist zu bedenken, dass der Insolvenzverwalter sein für den ungestörten Rechts- und Geschäftsverkehr wichtiges Amt ohne die beschlagnahmten Unterlagen nicht weiter durchführen kann, was der ordnungsgemäßen Abwicklung des insolventen Gewerbebetriebs widerspricht und zudem den Interessen der Gläubiger Schaden zufügen kann. Eine Durchsuchung beim Insolvenzverwalter ist erst dann möglich, wenn gewichtige Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass Beweismittel ohne Durchsuchung verloren gehen könnten und dadurch die Ermittlungen beeinträchtigt werden. Das ist im hier vorliegenden Einzelfall nicht ersichtlich und auch von den Ermittlungsbehörden nicht vorgebracht worden.

Hinzu kommt, dass der beanstandete Durchsuchungsbeschluss nicht mit einer Abwendungsbefugnis erlassen worden ist, so dass durch eine freiwillige Herausgabe der gesuchten Beweismittel an die Ermittlungsbehörden – wenngleich auch unter dem Druck der Durchsuchungsandrohung – eine Durchsuchung der Räumlichkeiten nicht hätte abgewendet werden können.

Da die Durchsuchungsanordnung unverhältnismäßig und deshalb rechtswidrig war, werden die sichergestellten Unterlagen der Bf. zeitnah wieder auszuhändigen sein.

Anm. d. Schriftlgt.: Zu *LG Ulm*, NJW 2007, 2056 = NStZ 2007, 543, s. die Anm. *Schork*, NJW 2007, 2057. – Vgl. weiterhin *OLG Nürnberg*, NJW 2010, 690 = NZI 2009, 817 (Zeugnisverweigerungsrecht des Wirtschaftsprüfers – Schweigepflichtentbindung durch Insolvenzverwalter), m. Anm. *Wegner*, GWR 2009, 294642; *LG Dresden*, NJW 2007, 2709 (Beschlagnahmeverbot für an Steuerberater übergebene Buchhaltung), m. Anm. *Geuenich*, DStR 2007, 1931. ■