



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

XI ZR 468/17

vom

10. April 2018

in dem Rechtsstreit

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. April 2018 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Joeres und Dr. Matthias sowie die Richterinnen Dr. Menges und Dr. Dauber

beschlossen:

Der die Zwangsvollstreckung wegen des dinglichen Anspruchs betreffende Rechtsstreit ist wirksam aufgenommen.

Der Antrag der Klägerin, die Zwangsvollstreckung wegen des dinglichen Anspruchs aus folgenden Urkunden

Ur.-Nr. 7/2004 vom 7. April 2004 des Notars  
W. , W. , und

Ur.-Nr. 8/2005 vom 8. März 2005 des Notars  
W. , W.

einstweilen einzustellen, wird zurückgewiesen.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Klägerin hat den Rechtsstreit, der die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld zum Gegenstand hat, nach § 86 Abs. 1 Nr. 2 InsO wirksam aufgenommen. Dazu war sie ausnahmsweise berechtigt, weil der Insolvenzverwalter das Grundstück durch empfangsbedürftige Erklärung gegenüber der Klägerin als Insolvenzschuldnerin

freigegeben hat (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1994 - XII ZR 53/93, BGHZ 127, 156, 163; RGZ 94, 55, 56; Uhlenbruck/Hirte, InsO, 14. Aufl., § 35 Rn. 73; KK-InsO/Hess, 2016, §§ 35, 36 Rn. 113).

2 Grundsätzlich sind zur Aufnahme eines unterbrochenen Rechtsstreits, der wie hier eine Vollstreckungsabwehrklage des Insolvenzschuldners zum Gegenstand hat, nach § 86 Abs. 1 InsO allein der Insolvenzverwalter und der Gegner befugt. Der Insolvenzschuldner ist nur dann aufnahmebefugt, wenn der Insolvenzverwalter den streitbefangenen Gegenstand aus der Masse freigibt mit der Folge, dass dieser wieder in die Verwaltungs- und Verfügungsgewalt des Insolvenzschuldners fällt. Liegt ein Rechtsstreit um eine Grundsuld vor, ist eine Aufnahme durch den Insolvenzschuldner nur dann möglich, wenn der Insolvenzverwalter das betroffene Grundstück freigibt; allein die Freigabe des Prozesses oder der Grundsuld reicht nicht (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Mai 2016 - XI ZR 46/14, WM 2016, 1070 Rn. 12 f. mwN).

3 Eine solche Freigabeerklärung, die keiner besonderen Form bedarf (K. Schmidt/Büteröwe, InsO, 19. Aufl., § 35 Rn. 38), hat der Insolvenzverwalter hier abgegeben. Die Klägerin hat daraufhin mit Schriftsatz vom 5. April 2018 die Aufnahme des Rechtsstreits erklärt. Der Schriftsatz, mit dem die Klägerin die Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters vorgelegt und die Aufnahme des Rechtsstreits erklärt hat, ist der Beklagten am 6. April 2018 zugestellt worden (§ 250 ZPO). Damit hat die Unterbrechung des Rechtsstreits geendet.

## II.

4 Der Antrag der Klägerin ist zurückzuweisen, weil die Voraussetzungen für den Erlass einer Anordnung nach § 769 Abs. 1 ZPO nicht vorliegen.

5           Es bedarf keiner Entscheidung, ob das Revisionsgericht eine solche Anordnung im Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde, in dem nicht die Hauptsache anhängig ist, erlassen kann (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Juli 2017 - XI ZR 295/17, juris Rn. 2; BGH, Beschluss vom 13. Dezember 2007 - V ZA 12/07, juris Rn. 2). Denn die Voraussetzungen für eine einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung in entsprechender Anwendung von § 544 Abs. 5 Satz 2, § 719 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor, weil die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin keine Aussicht auf Erfolg hat (vgl. Senatsbeschluss vom 26. Juli 2017, aaO; BGH, Beschlüsse vom 6. Mai 2004 - V ZA 4/04, WM 2004, 2370, 2371 und vom 11. April 2002 - V ZR 308/01, NJW-RR 2002, 1090).

6           Von einer näheren Begründung wird in entsprechender Anwendung des § 544 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 ZPO abgesehen.

Ellenberger

Joeres

Matthias

Menges

Dauber

Vorinstanzen:

LG Oldenburg, Entscheidung vom 20.01.2017 - 13 O 1923/15 -

OLG Oldenburg, Entscheidung vom 13.06.2017 - 8 U 12/17 -