

## § 7 Erfüllung bestehender Verträge

Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens wirkt auf bestehende Rechtsverhältnisse ein, die der Schuldner durch Rechtsgeschäft vor Eröffnung des Verfahrens begründet hat, die aber im Zeitpunkt der Eröffnung noch nicht vollständig erfüllt sind. Hier stellt sich die Frage, ob der Insolvenzverwalter diese Rechtsgeschäfte nunmehr anstelle des Schuldners zu erfüllen hat. Die Erfüllung der bestehenden Vertragsverhältnisse regeln die §§ 103 ff. InsO. 1

### I. Wahlrecht des Insolvenzverwalters

Ist ein gegenseitiger Vertrag, etwa ein Kauf- oder Werkvertrag, zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom Vertragspartner nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und vom Vertragspartner seinerseits die Erfüllung des Vertrages zur Insolvenzmasse verlangen (§ 103 Abs. 1 InsO). Wie sich aus § 103 Abs. 2 S. 1 InsO ergibt, kann der Insolvenzverwalter aber auch die Erfüllung des beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages ablehnen; der Vertragspartner kann dann eine Forderung wegen Nichterfüllung des Vertrages (Schadensersatz) nur als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) geltend machen. 2

► Lesen Sie bitte § 103 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 InsO!

Dem Insolvenzverwalter steht also nach § 103 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 InsO grundsätzlich ein Wahlrecht zu, ob er die Erfüllung des beiderseits noch nicht vollständig erfüllten Vertrages verlangt oder ob er sie ablehnt. 3

#### 1. Voraussetzungen

Das Wahlrecht hat nach § 103 Abs. 1 InsO folgende Voraussetzungen: 4

- gegenseitiger Vertrag
- zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiderseits – dh weder vom Schuldner noch vom Vertragspartner – vollständig erfüllt.

Der **Begriff des gegenseitigen Vertrages** knüpft an § 320 BGB an. Es handelt sich um einen Vertrag, nach dessen Inhalt die Vertragspartner einander Hauptleistungen schulden, die in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis (sog. Synallagma) stehen. Soweit keine Vorleistungspflicht vereinbart ist, kann ein Vertragspartner seine Leistung solange verweigern, bis der andere Vertragspartner die Gegenleistung bewirkt (§ 320 Abs. 1 S. 1 BGB). 5

► Lesen Sie bitte § 320 Abs. 1 S. 1 BGB!

Typische gegenseitige Verträge sind etwa Kauf- und Werkverträge, bei denen die Verpflichtung zur Übergabe und Übereignung der Kaufsache (§ 433 Abs. 1 BGB) bzw. die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes (§ 631 Abs. 1 BGB) einer Entgeltspflicht nach § 433 Abs. 2 BGB bzw. § 631 Abs. 1 BGB gegenübersteht. 6

## § 7 Erfüllung bestehender Verträge

- 7 Der gegenseitige Vertrag muss vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geschlossen worden sein. Er darf **zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beiderseits noch nicht vollständig erfüllt** sein; dh weder der Schuldner noch sein Vertragspartner darf seine vertragliche Leistungspflicht im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB vollständig bewirkt haben. Nur in diesem Fall steht dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht nach § 103 InsO zu.
- 8 Kein Wahlrecht besteht hingegen, wenn der gegenseitige Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bereits **beiderseits vollständig erfüllt** war. In diesem Fall bestehen keine gegenseitigen Ansprüche mehr. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat darauf keinen Einfluss.
- 9 Das Wahlrecht besteht auch nicht, wenn der Vertragspartner des Schuldners seine Leistungspflicht vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits **einseitig vollständig erfüllt** hat (Vorleistung). Der vorleistende Vertragspartner kann seinen Anspruch auf die Gegenleistung in diesem Fall nur noch als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) im Insolvenzverfahren geltend machen (§ 87 InsO). Die Vorleistung bleibt der Insolvenzmasse erhalten. Hat er als Verkäufer dem Schuldner vor der Eröffnung bereits Eigentum und Besitz an der verkauften Sache verschafft, kann er seinen Anspruch auf den Kaufpreis als Insolvenzforderung nur im Insolvenzverfahren anmelden; er bekommt nur die Quote auf den Kaufpreis. Hat der Vertragspartner als Käufer vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits den gesamten Kaufpreis an den Schuldner gezahlt, bekommt er als Insolvenzgläubiger nach Anmeldung seiner Forderung nur die Quote auf den Wert der verkauften, aber noch nicht übereigneten Sache (§ 45 InsO). Wer vorleistet, leistet also auf eigenes Risiko! Zu Teilleistungen siehe später unter → Rn. 20 ff.  
► Lesen Sie bitte § 45 InsO und § 87 InsO!

## 2. Wirkungen der Insolvenzeröffnung

- 10 Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens bleiben die gegenseitigen, noch nicht erfüllten Ansprüche der Vertragspartner bestehen.<sup>1</sup> Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bewirkt lediglich, dass die noch bestehenden beiderseitigen **Ansprüche vorläufig nicht durchsetzbar** sind, solange der Insolvenzverwalter sein Wahlrecht noch nicht ausgeübt hat.<sup>2</sup>

## 3. Erfüllungswahl des Insolvenzverwalters

### a) Ausübung des Wahlrechts

- 11 Die Wahl der Erfüllung des Vertrages nach § 103 Abs. 1 InsO erfolgt durch einseitige, **empfangsbedürftige Willenserklärung** des Insolvenzverwalters gegen-

---

<sup>1</sup> BGH 25.4.2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353 (359) = NZI 2002, 375.

<sup>2</sup> BGH 7.2.2013 – IX ZR 218/11, NZI 2013, 296 = ZInsO 2013, 494: „Theorie vom Verlust der Durchsetzbarkeit“; aA noch BGH 11.2.1988 – IX ZR 36/87, BGHZ 103, 250 = NJW 1988, 1790: „Erlöschens- und Neubegründungstheorie“; zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe Uhlenbruck/Wegener InsO § 103 Rn. 4 ff.

über dem Vertragspartner des Schuldners. Die Ausübung des Wahlrechts ist nur wirksam, wenn sie dem Vertragspartner zugeht (§ 130 Abs. 1 BGB).<sup>3</sup>

Der Vertragspartner hat ein Interesse daran, dass der Insolvenzverwalter das Wahlrecht alsbald ausübt, um den Schwebezustand zu beenden. Deshalb kann er den Insolvenzverwalter auffordern, das Wahlrecht auszuüben. In diesem Fall hat der Insolvenzverwalter unverzüglich (ohne schuldhaftes Zögern) zu erklären, ob er die Erfüllung des Vertrages verlangen will (§ 103 Abs. 2 S. 2 InsO). Unterlässt er die Erklärung, so kann er auf Erfüllung nicht bestehen (§ 103 Abs. 2 S. 3 InsO); das Unterlassen der Erklärung gilt als Ablehnung der Erfüllung.  
► Lesen Sie bitte § 103 Abs. 2 S. 2 und 3 InsO!

## b) Rechtsfolgen der Erfüllungswahl

Das Erfüllungsverlangen des Insolvenzverwalters hat **rechtsgestaltende Wirkung**. Die Erfüllungswahl wandelt die bisher nicht durchsetzbaren gegenseitigen Ansprüche in **originäre Masseverbindlichkeiten und -forderungen** um.<sup>4</sup> Der Vertragspartner muss seine vertraglich geschuldete Leistung zur Insolvenzmasse erbringen. Umgekehrt muss auch der Insolvenzverwalter die geschuldete Gegenleistung aus der Insolvenzmasse erfüllen. Aus dem gegenseitigen Vertrag entsteht eine entsprechende originäre Masseverbindlichkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO).<sup>5</sup> Wegen des Anspruchs auf die Gegenleistung ist der Vertragspartner also Massegläubiger.

► Lesen Sie bitte § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

### Fall 24: Rechtsfolgen der Erfüllungswahl

Schuldner S ist Eigentümer eines Grundstücks. Vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen verkauft S das Grundstück durch notariellen Kaufvertrag an den Erwerber G zum Kaufpreis von 300.000 EUR. Vertragsgemäß leistet G bereits vor Eröffnung des Verfahrens eine Anzahlung in Höhe von 150.000 EUR auf den Kaufpreis. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlangt der Insolvenzverwalter von G die Zahlung des fälligen Restkaufpreises zur Insolvenzmasse, verweigert aber seinerseits die Auflassung des Grundstücks an G. Wie ist die Rechtslage?

#### Lösungshinweise zu Fall 24:

Der Insolvenzverwalter könnte gem. § 80 Abs. 1 InsO einen Anspruch des S auf Bezahlung des Restkaufpreises gegen G gem. § 433 Abs. 2 BGB zur Insolvenzmasse geltend machen. Mit Abschluss des notariell beurkundeten Kaufvertrages ist zunächst ein Anspruch des S auf Bezahlung des Kaufpreises in Höhe von 300.000 EUR gegen G entstanden (§ 311b Abs. 1 BGB). Dadurch, dass G bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Anzahlung in Höhe von 150.000 EUR an S geleistet hat, ist dieser in dieser Höhe erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB); er besteht nur noch in Höhe der restlichen 150.000 EUR.

<sup>3</sup> BGH 13.2.2014 – IX ZR 313/12, NZI 2014, 400 = ZInsO 2014, 710; Uhlenbruck/Wegener InsO § 103 Rn. 113.

<sup>4</sup> Uhlenbruck/Wegener InsO § 103 Rn. 132 ff.

<sup>5</sup> BGH 25.4.2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353 (359) = NZI 2002, 375; BGH 10.8.2006 – IX ZR 28/05 = ZInsO 2006, 933 = NZI 2006, 575; vgl. auch Uhlenbruck/Wegener InsO § 103 Rn. 133; Foerste Insolvenzrecht Rn. 239: „Qualitätssprungtheorie“.

- 16 Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des S hat keine Auswirkungen auf den Bestand der gegenseitigen Ansprüche aus dem Kaufvertrag. Sie sind während der Dauer des Verfahrens lediglich nicht durchsetzbar. Da auch der S zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens seine Leistungspflicht aus dem gegenseitigen Vertrag (§ 433 Abs. 1 BGB) noch nicht erfüllt hatte, stand dem Insolvenzverwalter das Wahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO zu. Hier hat er die Erfüllung des Vertrages gewählt, indem er von G die Zahlung des Restkaufpreises zur Insolvenzmasse verlangt. Im Gegenzug wandelt sich die Pflicht zur Übereignung des verkauften Grundstücks mit der Wahl der Erfüllung in eine Masseverbindlichkeit um (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Der Insolvenzverwalter kann also von G Zahlung der restlichen 150.000 EUR Kaufpreis nur Zug um Zug gegen Auflassung des Grundstücks an G verlangen (§§ 320, 322 BGB).

#### 4. Ablehnung der Erfüllung

- 17 Hat der Insolvenzverwalter an der Erfüllung des Vertrages kein Interesse, etwa weil er die ihm obliegende Leistungspflicht aus den Mitteln der Insolvenzmasse nicht erfüllen kann, wird er die Erfüllung des Vertrages ablehnen. Nach der Rechtsprechung des BGH hat die Ablehnung der Erfüllung **keine rechtsgestaltende Wirkung** im Hinblick auf die gegenseitigen Ansprüche; dh die gegenseitigen vertraglichen Ansprüche erlöschen nicht. Sie bleiben bestehen und sind lediglich für die Dauer des Insolvenzverfahrens **nicht mehr durchsetzbar**.<sup>6</sup> Nach dem Ende des Insolvenzverfahrens könnte der Vertragspartner seinen vertraglichen Anspruch wieder gegen den Schuldner durchsetzen, wenn er gegenüber dem Schuldner die Gegenleistung erbringt (§§ 320, 322 BGB).
- 18 Während der Dauer des Insolvenzverfahrens kann der **Vertragspartner** allerdings wegen Nichtleistung vom Vertrag **zurücktreten** (§ 323 Abs. 1 BGB). Entsteht ihm infolge der Nichtleistung des Insolvenzverwalters ein Schaden, steht ihm unter den Voraussetzungen der §§ 280, 281 BGB ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung zu. Diesen Anspruch kann er aber nur als **Insolvenzgläubiger** im Insolvenzverfahren geltend machen (§ 103 Abs. 2 S. 1 InsO); er wird insoweit also nur mit der Quote befriedigt.
- Lesen Sie bitte noch einmal § 103 Abs. 2 S. 1 InsO!
- 19 Da die gegenseitigen Ansprüche mit Ablehnung nicht erlöschen, sondern nur nicht durchsetzbar sind, bleibt auch der **Rechtsgrund** für Leistungen bestehen, die der Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an seinen Vertragspartner erbracht hat. Der Insolvenzverwalter kann diese Leistungen also nicht nach § 812 Abs. 1 S. 2 Fall 1 BGB von dem Vertragspartner zurückfordern.<sup>7</sup> Die Rückforderung von Leistungen des Schuldners behandelt Fall 28 → Rn. 60.

<sup>6</sup> BGH 27.5.2003 – IX ZR 51/02, NZI 2003, 491 = ZInsO 2003, 607; BGH 7.2.2013 – IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160 = NZI 2013, 296; aA noch BGH 5.5.1977 – VII ZR 85/76, BGHZ 68, 379 = NJW 1977, 1345: „Erlöschenstheorie“.

<sup>7</sup> BGH 7.2.2013 – IX ZR 218/11, BGHZ 196, 160 = NZI 2013, 296: „Weder die Eröffnung des Verfahrens noch die Erfüllungsablehnung lösen danach in aller Regel einen Anspruch auf Rückzahlung der vom Schuldner vor der Eröffnung erbrachten Teilleistungen aus. Ein Rückgewähranspruch unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil der Vertrag mit der Ablehnung der Erfüllung in der Lage vom Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehen bleibt.“

## 5. Teilleistungen

### Fall 25: Teilleistungen

Schuldner S ist Eigentümer eines unbebauten Grundstücks. Er schließt mit dem Bauunternehmer G einen Bauvertrag über die Errichtung eines Einfamilienhauses auf seinem Grundstück. Als Vergütung für die Bauleistungen wird ein Festpreis von 100.000 EUR vereinbart. Der Festpreis setzt sich zusammen aus der Summe von Einzelpreisen für einzelne Bauleistungen; sie sind betragsmäßig im Bauvertrag ausgewiesen. 20

Nachdem G das Kellergeschoss samt Bodenplatte errichtet hat, wird über das Vermögen des S das Insolvenzverfahren eröffnet. Die bis dahin durch G erbrachten Bauleistungen umfassen  $\frac{1}{4}$  des gesamten vertraglich geschuldeten Bauvolumens. Vor Eröffnung des Verfahrens hat G für diese Teilleistungen noch keine Vergütung erlangt. Der Insolvenzverwalter verlangt nunmehr von G die vollständige Erfüllung des Bauvertrages. Er ist aber nicht bereit, die vertraglich vereinbarte Vergütung aus der Insolvenzmasse an G zu bezahlen. Wie ist die Rechtslage?

Im Fall 25 wählt der Insolvenzverwalter die Erfüllung des Bauvertrages (§ 650a Abs. 1 BGB). Nach den unter → Rn. 13 dargestellten Grundsätzen müsste die Vergütungspflicht nunmehr eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO sein, die der Insolvenzverwalter aus der Insolvenzmasse zu erfüllen hat. Dies gilt aber nicht für die Vergütung der bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten Teilleistungen. Sind **beide gegenseitig geschuldeten Leistungen teilbar** (wie hier die Werkleistungen zur Errichtung des Gebäudes und die geschuldeten Zahlungen als Gegenleistung) und hat der Vertragspartner die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **bereits teilweise erbracht**, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO), auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt (§ 105 S. 1 InsO). 21

► Bitte lesen Sie § 105 S. 1 InsO!

Bei teilbaren Leistungen kommt es also zu einer „**Vertragsspaltung**“, wenn der Vertragspartner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits Teilleistungen an den Schuldner erbracht hat.<sup>8</sup> 22

(1) Soweit der Vertragspartner **vor Eröffnung des Verfahrens** bereits (werthaltige) **Teilleistungen** an den Schuldner erbracht hat, ist er wegen des Anspruchs auf die Gegenleistung nur **Insolvenzgläubiger** (§ 38 InsO). Im Fall 25 kann G den Anspruch auf Vergütung seiner Vorleistung im Umfang von  $\frac{1}{4}$  des Gesamtbauvolumens (25.000 EUR) nur als Insolvenzgläubiger im Insolvenzverfahren geltend machen (§§ 38, 87 InsO); dh wegen dieses Teils seiner Vergütung muss er sich mit der Quote zufriedengeben. Auch in diesem Fall trägt der Vorleistende das Risiko, seine Vorleistung nicht umfassend vergütet zu bekommen. 23

(2) Wählt der Insolvenzverwalter die vollständige Erfüllung des Vertrages, muss der Vertragspartner die noch ausstehenden Teilleistungen zur Masse erfüllen. Wegen der **nach Eröffnung des Verfahrens** erbrachten **Teilleistungen** kann er seinen Anspruch auf Vergütung vollumfänglich gegen den Insolvenzverwalter zur Masse geltend machen. Insoweit ist er **Massegläubiger**, denn es besteht eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 InsO (→ Rn. 13).<sup>9</sup> Erbringt G im 24

<sup>8</sup> Vgl. Uhlenbruck/Wegener InsO § 103 Rn. 16.

<sup>9</sup> Uhlenbruck/Wegener InsO § 103 Rn. 146.

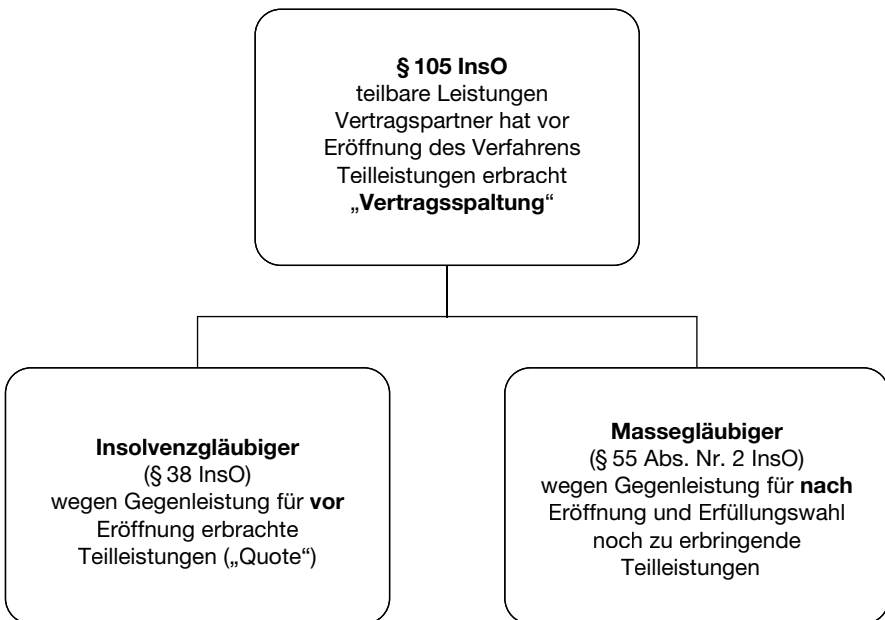
## § 7 Erfüllung bestehender Verträge

Fall 25 also die restlichen Bauleistungen, kann er nach Herstellung des Gebäudes von dem Insolvenzverwalter eine Vergütung dieser Teilleistungen (75.000 EUR) aus der Insolvenzmasse verlangen.

- 25 Die beschriebene „Spaltung“ des Vertrages setzt voraus, dass die geschuldeten **Leistungen teilbar** sind. Dies ist häufig der Fall, denn es genügt, dass sich eine erbrachte Teilleistung feststellen und berechnen lässt, wie etwa im Fall 25 bei Bauleistungen oder bei der Lieferung mehrerer Waren.<sup>10</sup>
- 26 **Lehnt** der Insolvenzverwalter die **Erfüllung des Vertrages ab**, bleibt dem Vertragspartner sein Vergütungsanspruch für die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens erbrachten (werthaltigen) Teilleistungen erhalten. Allerdings kann er den Vergütungsanspruch nur als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) im Insolvenzverfahren geltend machen (vgl. § 105 S. 1 InsO). Insoweit muss sich der Vertragspartner mit der Quote begnügen. Seine schon erbrachten Teilleistungen kann er aus der Insolvenzmasse nicht erstattet verlangen (§ 105 S. 2 InsO). Auch hier gilt wiederum der Grundsatz, dass der Vertragspartner das Risiko einer Vorleistung trägt.

► Lesen Sie bitte § 105 S. 2 InsO!

### Übersicht 14: Teilleistungen



<sup>10</sup> BGH 25.4.2002 – IX ZR 313/99, BGHZ 150, 353 (359) = NZI 2002, 375.

## 6. Vormerkung

### Fall 26: Vormerkung (Abwandlung zu Fall 24)

Der Schuldner S verkauft durch notariell beurkundeten Vertrag sein Grundstück an den Erwerber G. Anders als in Fall 24 enthält der Vertrag bereits die Bewilligung des S zur Eintragung einer Erwerbsvormerkung, die den Anspruch des G auf Übereignung des Grundstücks sichert. Die Vormerkung wird noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des S im Grundbuch eingetragen. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens verlangt G vom Insolvenzverwalter die Auflassung des Grundstücks; dieser lehnt ab. Wie ist die Rechtslage? 27

In diesem Fall ist der Anspruch des G auf Übereignung des Grundstücks aus dem Grundstückskaufvertrag (§ 433 Abs. 1 S. 1 BGB) durch eine vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Grundbuch eingetragene Vormerkung gesichert (§ 883 BGB). Der **durch Vormerkung gesicherte Anspruch** ist **insolvenzfest**; dh der Vormerkungsberechtigte kann für seinen Anspruch Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen (§ 106 Abs. 1 InsO). Im Fall 26 kann also G den Insolvenzverwalter auf Übereignung des Grundstücks aus der Insolvenzmasse in Anspruch nehmen. Insoweit ist er aussonderungsberechtigt (§ 47 InsO).<sup>11</sup> Der Insolvenzverwalter muss den Vertrag erfüllen; das Wahlrecht nach § 103 InsO ist ausgeschlossen.<sup>12</sup> 28

► Lesen Sie bitte § 106 Abs. 1 InsO!

Die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Grundbuch eingetragene Vormerkung schützt den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks auch vor beeinträchtigenden **Verfügungen des Insolvenzverwalters**. Eine Übereignung oder Belastung des Grundstücks durch den Insolvenzverwalter ist dem Vormerkungsberechtigten gegenüber (relativ) unwirksam (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB). Der Insolvenzverwalter kann insoweit von seiner Verfügungsbefugnis nach § 80 Abs. 1 InsO keinen Gebrauch machen. 28a

► Bitte lesen Sie § 883 Abs. 2 S. 2 BGB!

In Fall 26 wurde die Vormerkung aufgrund einer **Bewilligung** des Schuldners im Grundbuch eingetragen (§ 885 Abs. 1 S. 1 Fall 2 BGB). Wurde die Vormerkung hingegen aufgrund einer **einstweiligen Verfügung** im Grundbuch eingetragen (§ 885 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB), ist § 88 InsO zu beachten. Die Eintragung der Vormerkung zur Vollziehung einer einstweiligen Verfügung ist als Akt der Zwangsvollstreckung anzusehen (§§ 936, 928 ZPO). Die dadurch erlangte Sicherung ist unwirksam, wenn der Zeitpunkt der Eintragung in die Rückschlagsperre fällt (→ § 3 Rn. 90).<sup>13</sup> Die unwirksame, aber gleichwohl im Grundbuch eingetragene Vormerkung entfaltet dann keine Wirkungen nach § 106 Abs. 1 InsO. 28b

► Lesen Sie bitte § 885 Abs. 1 S. 1 BGB, § 88 Abs. 1 InsO, §§ 936, 928 ZPO!

Eine Vormerkung kann auch zur Sicherung eines **künftigen** oder eines **bedingten Anspruchs** im Grundbuch eingetragen werden (§ 883 Abs. 1 S. 2 BGB). Die Eintragung setzt allerdings voraus, dass bereits eine feste Rechtsgrundlage („sicherer Rechtsboden“) für den Anspruch vorhanden ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn das Entstehen des Anspruchs allein vom Willen des Vormerkungsberechtigten abhängt.<sup>14</sup> 28c

<sup>11</sup> OLG Hamm 22.6.2006 – 27 U 183/00, ZInsO 2006, 1276.

<sup>12</sup> BGH 9.3.2006 – IX ZR 55/04, NZI 2006, 350 = ZInsO 2006, 429.

<sup>13</sup> BGH 15.7.1999 – IX ZR 239/98, BGHZ 142, 208 = NZI 1999, 407.

<sup>14</sup> BGH 9.3.2006 – IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319 = NZI 2006, 395.

**28d Fall 27: Rückerwerbsvormerkung<sup>15</sup>**

Gläubiger G hat sein Grundstück durch notariellen Vertrag vom 1.3. zum Preis von 200.000,- EUR an den Schuldner S verkauft und aufgelassen. Im Vertrag ist vereinbart, dass die Eigentumsumschreibung auf S bereits nach Zahlung von 100.000,- EUR beim Grundbuchamt beantragt werden soll. Der Restkaufpreis soll erst am 1.11. fällig werden. Für den Fall, dass bis dahin das Insolvenzverfahren über das Vermögen des S eröffnet wird, behält sich G den Rücktritt vom Kaufvertrag vor. Der Vertrag enthält eine Bewilligung des S zur Eintragung einer Vormerkung, die im Fall des Rücktritts den Anspruch des G auf Rückübereignung des Grundstücks sichert. Nachdem S 100.000,- EUR gezahlt hat, wird am 15.3. S mitsamt der Vormerkung als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Am 17.6. wird das Insolvenzverfahren über das Vermögen des S eröffnet. G erklärt gegenüber dem Insolvenzverwalter den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag und verlangt von ihm die Rückübereignung des Grundstücks aus der Insolvenzmasse. Zu Recht?

**Lösungshinweise zu Fall 27:**

**28e** Nach Ausübung des vereinbarten Rücktrittsrechts hat G gegen den Insolvenzverwalter einen Anspruch auf Rückübereignung des Grundstücks nach § 346 Abs. 1 BGB. Aufgrund der im Grundbuch eingetragenen Vormerkung ist der Anspruch nach § 106 Abs. 1 S. 1 InsO insolvenzfest; er berechtigt den G zur Aussonderung (§ 47 InsO).<sup>16</sup> Es schadet nicht, dass zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens der durch Vormerkung gesicherte Anspruch auf Rückübereignung durch die Ausübung des Rücktrittsrechts aufschiebend bedingt war. Mit der Vereinbarung im Grundstückskaufvertrag war bereits eine feste Rechtsgrundlage für den Anspruch vorhanden, dessen Entstehen allein von der Rücktrittserklärung des vormerkungsberechtigten G abhing.

**28f** Die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts im Fall der Insolvenz des Käufers stellt für sich genommen keine nach § 119 InsO unzulässige **Lösungsklausel** dar. Diese Vorschrift soll dem Insolvenzverwalter sein Wahlrecht nach § 103 InsO sichern.<sup>17</sup> Da G im Fall 27 seine Leistungspflicht bereits mit der Übereignung des Grundstücks an S vollständig erfüllt hatte, liegen die Voraussetzungen für ein Wahlrecht nach § 103 Abs. 1 InsO gar nicht vor (→ Rn. 9). Der Normzweck des § 119 InsO ist hier also nicht betroffen.

► Lesen Sie bitte § 119 InsO!

**28g** Sofern im Kaufvertrag keine Verpflichtung zur unentgeltlichen Rückübertragung vereinbart ist, hat die Vereinbarung auch keine die anderen Gläubiger benachteiligende Wirkung, die nach §§ 129 Abs. 1, 133 InsO den Insolvenzverwalter zur Anfechtung der Vereinbarung berechtigen würde (zur Insolvenzanfechtung später → § 8 Rn. 36 ff.).<sup>18</sup> Der Insolvenzverwalter kann nach § 346 Abs. 1 BGB seinerseits den an G gezahlten Kaufpreis und die gezogenen Nutzungen zur Masse herausverlangen. Insoweit besteht eine Zug-um-Zug-Leistungspflicht (§ 348 BGB).

---

<sup>15</sup> BGH 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 = NZI 2018, 22.

<sup>16</sup> BGH 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 Rn. 13.

<sup>17</sup> BGH 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 Rn. 15; BGH 27.10.2022 – IX ZR 213/21, NZI 2023, 165 Rn. 34.

<sup>18</sup> BGH 12.10.2017 – IX ZR 288/14, BGHZ 216, 136 Rn. 32.