

## **Insolvenzvertragsrecht, Kaufvertrag**

### **Käufer in Insolvenz**

#### **-- Verschiedene Erfüllungsstadien; Eigentumsvorbehalt --**

Einführung	3
I. Vor Übergabe der Kaufsache	4
1. Verwertung: Rechte des insolventen Käufers	4
2. Verteilung: Rechte des Verkäufers	5
a) Geltendmachungsentscheidung	5
b) Nichtgeltendmachungsentscheidung	5
aa) Erfüllungsinteresse	6
bb) Rücktrittsinteresse	7
cc) Ergebnis	7
II. Nach Übereignung der Kaufsache	8
1. Verwertung: Rechte des insolventen Käufers	8
2. Verteilung: Rechte des Verkäufers	9
a) Erfüllungsinteresse	9
b) Rücktrittsinteresse	10
c) Ergebnis	11
III. Nach Übergabe der Kaufsache (ohne Übereignung)	11
1. Verwertung: Rechte des insolventen Käufers	12
2. Verteilung: Rechte des Verkäufers	13
a) Geltendmachungsentscheidung	13
b) Nichtgeltendmachungsentscheidung	13
aa) Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB)	13
bb) Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der Kaufsache	14
cc) Rücktrittsrecht des Verkäufers	16

IV.	Nach bedingter Übereignung der Kaufsache (Eigentumsvorbehalt) (Käufer- Insolvenz)	17
1.	Verwertung: Rechte des insolventen EV-Käufers	18
a)	Überwiegende Meinung: Anspruch des EV-Käufers auf Übereignung	18
b)	Mindermeinung: Recht des Käufers auf Bewirken des Eigentumsübergangs <sup>19</sup>	19
c)	Sonderfall: Nebenleistungspflichten des EV-Verkäufers	21
d)	Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung:	21
2.	Verteilung: Rechte des EV-Verkäufers	22
a)	Verwertungsentscheidung: Geltendmachung Käuferanspruch bzw. Ausbau zu Eigentum	22
aa)	Kaufpreisanspruch des EV-Verkäufers: vollständige Befriedigung	23
bb)	Anspruch des EV-Verkäufers auf Herausgabe der Kaufsache: Keine Entstehung	23
b)	Verwertungsentscheidung: Nichtgeltendmachung des Käuferanspruchs bzw. Nichtausbau zu Eigentum	24
aa)	Kaufpreisanspruch des EV-Verkäufers: Verrechnungsstatus nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO	24
(i)	Herrschendes Verständnis: Noch bestehender Übereignungsanspruch des EV-Käufers	25
(ii)	Mindermeinung: Recht des EV-Käufers, das Anwartschaftsrecht zum Eigentum auszubauen	25
(iii)	Zwischenergebnis	31
bb)	Anspruch des EV-Verkäufers auf Herausgabe der Kaufsache	31
cc)	Anzahlungen des EV-Käufers	33
(i)	h.M.: Rückgewährverpflichtung des EV-Verkäufers	33
(ii)	Teil des Schrifttums: Orientierung an § 326 BGB	36
(iii)	Zutreffende Auffassung: Keine Rückgewährverpflichtung des EV- Verkäufers	37
dd)	Ergebnis: Verteilung bei Nichausbauentscheidung	37

## Einführung

Besteht ein Kaufvertrag und fällt der Käufer in Insolvenz, hängt die insolvenzrechtliche Beurteilung von dem Erfüllungsstadium ab, in dem sich der Kaufvertrag bei der Eröffnung des Insolvenzverfahrens befand. Zu betrachten sind vier Stadien, in denen sich die Erfüllung der Verkäuferpflichten bei Verfahrenseröffnung befand.

Der Verkäufer hatte noch keine Leistungen erbracht. Die Kaufsache befindet sich weiterhin beim Verkäufer.

Der Verkäufer hatte vollständig geleistet. Vor dem Insolvenzverfahren hatte er die Kaufsache dem Käufer übereignet.

Der Verkäufer hatte einen Teil seiner Leistungen, nämlich die Verschaffung des Besitzes, erbracht. Er hatte die Kaufsache dem Käufer übergeben, jedoch noch nicht übereignet und zwar auch nicht aufschiebend bedingt übereignet.

Handelt es sich um einen Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehalt, verdient folgendes Erfüllungsstadium Aufmerksamkeit: Der Verkäufer hatte (vor der Verfahrenseröffnung) die Kaufsache dem Käufer übergeben und aufschiebend bedingt übereignet.

Fragen des Insolvenzrechts stellen sich, wenn der Anspruch des Verkäufers (AVP) auf den Kaufpreis bei Verfahrenseröffnung noch ganz oder teilweise offensteht.

Fragen der Verwertung stellen sich für die Ansprüche und sonstigen Rechte, die der nunmehr insolvente Käufer aus dem Kaufvertrag erlangt hat. Auf der Verteilungsseite interessiert vor allem der Fall einer negativen Verwertungsentscheidung: Die Insolvenzverwaltung des Käufers hat entschieden hat, die noch ausstehenden Ansprüche des Käufers nicht geltend zu machen bzw., wo solche nicht mehr bestehen, die Rechte, die der Käufer

aufgrund des Kaufvertrags erlangt hat, nicht zu erhalten. Wie in diesem Fall die Verteilungsfrage (nach der insolvenzmäßigen Befriedigung des noch offenen Kaufpreisanspruchs des Verkäufers) zu beantworten ist, hängt u.a. davon ab, ob der Verkäufer vertragsrechtliche Einwände preisgegeben hat, indem er vor dem Insolvenzverfahren Leistungen an den Käufer erbrachte.

## **I. Vor Übergabe der Kaufsache**

Erfüllungsstadium des Kaufvertrags im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung:

Der Verkäufer hat die Kaufsache dem (nunmehr insolventen) Käufer weder übergeben noch übereignet; der Käufer hat den Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt.

Beispiel (aus „Insolvenzrecht I: Grundzüge“): Fall „Zement“

### **1. Verwertung: Rechte des insolventen Käufers**

Im Insolvenzverfahren sind die Rechte zu verwerten, die dem insolventen Käufer aus dem Kaufvertrag zustehen. Recht des Käufers aus dem Kaufvertrag: Erfüllungsanspruch = Anspruch auf Übereignung der Kaufsache

Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung:

Inhalt der Entscheidung: Geltendmachung des Übereignungsanspruchs oder keine Geltendmachung

Entscheidungskriterium: Vergleich von Kosten und Nutzen

Kosten der Geltendmachung des Übereignungsanspruchs: Zahlung des (Restkauf-) Preises (erforderlich, um die Einrede des Verkäufers aus § 320 zu überwinden)

Nutzen: Erwerb des Eigentums an der Kaufsache

Abwägung: Geltendmachung, wenn (Markt-) Wert der Kaufsache größer als (Rest-) Kaufpreis

Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung:

allgemeiner Zeitpunkt für die Verwertung des Insolvenzvermögens: (erst) unverzüglich nach Berichtstermin (§ 159 InsO);

Sonderregelung für Verträge, die von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt sind: unverzüglich auf Aufforderung der AVP (§ 103 Abs. 2 Satz 2 InsO)

## 2. Verteilung: Rechte des Verkäufers

Welche Rechte dem Verkäufer zustehen und zu welcher Verteilung sie im Insolvenzverfahren führen, hängt von der Entscheidung ab, die die Insolvenzverwaltung über die Rechte des Käufers aus dem Kaufvertrag getroffen hat.

### a) *Geltendmachungsentscheidung*

Aus dem Kaufvertrag besitzt der Verkäufer den Anspruch auf Kaufpreiszahlung (oder ggf. auf Zahlung des Restkaufpreises) aus § 433 Abs. 2 BGB. Entscheidet die Insolvenzverwaltung, den Übereignungsanspruch des Käufers geltend zu machen, erhält der Verkäufer den noch ausstehenden Kaufpreis in voller Höhe. (Anderenfalls könnte der Übereignungsanspruch nicht durchgesetzt werden; dem Verkäufer stünde das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB zu.)

flankierend: Kaufpreisanspruch des Verkäufers erhält den Rang einer Masseforderung (§ 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO).

### b) *Nichtgeltendmachungsentscheidung*

Entscheidet die Insolvenzverwaltung, den Übereignungsanspruch des Käufers nicht geltend zu machen, liegt es am Verkäufer zu entscheiden, ob er sein Erfüllungsinteresse oder sein Rücktrittsinteresse verfolgt.

*aa) Erfüllungsinteresse*

Der Verkäufer kann seinen Kaufpreisanspruch verfolgen. Die insolvenzmäßige Befriedigung nach Maßgabe des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO besteht aus zwei Komponenten:

- Verrechnung der Anspruchswerte: Der Kaufpreisanspruch des Verkäufers wird dadurch befriedigt, dass er gegen den Wert des Erfüllungsanspruchs des Käufers verrechnet wird. In Höhe dieser Verrechnung wird der Kaufpreisanspruch des Verkäufers *wertmäßig* vollständig befriedigt. (Der Kaufpreisanspruch wird insoweit wertmäßig befriedigt, als der Verkäufer von der Verpflichtung frei wird, die Kaufsache, die einen bestimmten Marktwert hat, zu übereignen.)
- Wertdifferenz als Insolvenzforderung: Die Wertdifferenz, die zugunsten des Verkäufers nach der Verrechnung verbleibt (Kaufpreisanspruch minus Marktwert der Kaufsache = Vertragsgewinn für den Verkäufer), wird (lediglich) als Insolvenzforderung befriedigt.

Damit behält der Verkäufer die Kaufsache und erhält seinen Vertragsgewinn in Höhe der Insolvenzquote befriedigt.

- Erklärung: Da der Verkäufer in dieser Konstellation („vor Übergabe“) noch keine Leistungen an den Käufer erbracht hat, hat er keine Einwände preisgegeben, die ihm aus dem Kaufvertrag zustehen. Der Verkäufer hat also weiterhin die Einrede des nichterfüllten Vertrags, § 320 BGB. Diese Einrede beinhaltet: Der Wert, den die Kaufsache hat, steht in erster Linie zur Befriedigung des Kaufpreisanspruchs zur Verfügung.
- Herleitung:  
Geltendmachungsentscheidung: Macht die Insolvenzverwaltung des Käufers dessen Anspruch auf Übereignung geltend, sorgt § 320 BGB dafür, dass der Kaufpreisanspruch des Verkäufers vollständig erfüllt wird. Die vollständige Erfüllung wird dadurch erreicht, dass der Ertrag, den die Geltendmachung des Übereignungsanspruchs erbringt (= der Wert der Kaufsache), zur Bezahlung des Kaufpreises verwendet wird.

Nichtgeltendmachungsentscheidung: Diese Verteilung (des Werts der Kaufsache) gilt natürlich auch dann, wenn die Insolvenzverwaltung des Käufers entscheidet, dessen Übereignungsanspruch nicht geltend zu machen. In diesem Fall sorgt die Verrechnung zur Differenzforderung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO dafür, dass der Wert des Übereignungsanspruchs des Käufers (= der Wert der Kaufsache) zur Befriedigung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers verwendet wird.

*bb) Rücktrittsinteresse*

Alternativ kann der Verkäufer zurücktreten. Hat die Insolvenzverwaltung des Käufers entschieden, den Übereignungsanspruch des Käufers nicht geltend zu machen, ist der Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises gefährdet. Diese Gefährdung berechtigt den Verkäufer zum Rücktritt (sei es, dass dieses Rücktrittsrecht im Fall der Nichtgeltendmachungsentscheidung ausdrücklich vertraglich vereinbart wurde, sei es, dass ergänzende Vertragsauslegung zu diesem Rücktrittsrecht führt).

In dem hier behandelten Erfüllungsstadium („vor Übergabe der Kaufsache“) wird der Verkäufer unter keinen Umständen den Rücktritt wählen. Der Rücktritt wäre für ihn immer nachteilig: Er verliert seinen Kaufpreisanspruch. Sein Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB auf Rückgewähr geht ins Leere, weil er noch keine (Teil-) Leistung an den Käufer erbracht hat, deren Rückgewähr er fordern könnte. (Überdies müsste der Verkäufer Anzahlungen, die er vor dem Insolvenzverfahren von dem Käufer erhielt, zurückerstatten, wenn er den Rücktritt wählte.)

*cc) Ergebnis*

Befindet sich der Kaufvertrag bei Verfahrenseröffnung im Erfüllungsstadium „noch keine Übergabe der Kaufsache“ und entscheidet die Insolvenzverwaltung des Käufers, den Anspruch auf Übereignung nicht geltend zu machen, wird auf der Verteilungsseite der Verkäufer das Erfüllungsinteresse verfolgen. Seine Kaufpreisforderung wird nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO befriedigt werden.

## II. Nach Übereignung der Kaufsache

Erfüllungsstadium des Kaufvertrags im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung:

Der Verkäufer hat die Kaufsache dem (nunmehr insolventen) Käufer übereignet; der Käufer hat den Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt.

Dieses Erfüllungsstadium bildet den Gegenpol zu Erfüllungsstadium I (keine Übergabe und auch keine Übereignung vor Verfahrenseröffnung). Während dort der Verkäufer noch keine Leistungen auf den Kaufvertrag erbracht hat, hat er hier alles geleistet, was er schuldet.

Auch in diesem Erfüllungsstadium soll der Fall mitbedacht werden, dass der Käufer vor dem Insolvenzverfahren Anzahlungen auf den Kaufpreis geleistet hatte.

### 1. Verwertung: Rechte des insolventen Käufers

Verwertungsentscheidungen sind über die Rechte (Vermögensgegenstände) zu treffen, die der Käufer aufgrund des Kaufvertrags besitzt.

-- Anspruch auf Übereignung der Kaufsache:

Dieser Anspruch besteht nicht mehr. Er war vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfüllt worden. Eine Verwertungsentscheidung, die ihn betreffe, ist nicht zu fällen.

-- Eigentum an der Kaufsache:

Zu überlegen steht, ob über die Erhaltung des Eigentums an der Kaufsache zu entscheiden ist. Führt die Insolvenz des Käufers dazu, dass die Befriedigung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers gefährdet ist, ist der Verkäufer zum Rücktritt vom Kaufvertrag berechtigt (entweder aufgrund ausdrücklicher dahingehender Vereinbarung oder aufgrund dahingehender ergänzender Vertragsauslegung). In dem betrachteten Erfüllungsstadium (Übereignung; noch keine Kaufpreiszahlung) liegt diese

Gefährdung vor. Übt der Verkäufer dieses Rücktrittsrecht aus, hat der Käufer die Kaufsache zurück an den Verkäufer zu übereignen (§ 346 Abs. 1 BGB). Damit steht die Frage im Raum, ob die Insolvenzverwaltung des Käufers das Entstehen des Rücktrittsrechts des Verkäufers abwenden soll, indem der Kaufpreis aus dem Insolvenzvermögen gezahlt wird.

Die Antwort lautet nein: Selbst wenn das Rücktrittsrecht des Verkäufers entsteht, bleibt dem Käufer das Eigentum erhalten. Der rücktrittsrechtliche Anspruch auf Rückübereignung der Kaufsache (§ 346 Abs. 1 BGB) wird nicht durch Aussonderung der Kaufsache befriedigt, sondern bekleidet lediglich Insolvenzstatus (§ 38 InsO). Da der Kaufvertrag bei Verfahrenseröffnung bestand, waren auch die Ansprüche aus Rücktrittsrecht zu diesem Zeitpunkt bereits begründet. Ein Rücktritt des Verkäufers ließe das Eigentum des Käufers an der Kaufsache unberührt.

-- Ergebnis

Es ist keine Verwertungsentscheidung zu treffen. Insbesondere stellt sich nicht die Frage, ob durch Bezahlen des Kaufpreises verhindert werden soll, dass der Verkäufer das Recht erlangt, vom Kaufvertrag zurückzutreten.

## 2. Verteilung: Rechte des Verkäufers

Der Verkäufer hat die Wahl. Er kann sein Erfüllungsinteresse oder das Rücktrittsinteresse verfolgen.

### a) *Erfüllungsinteresse*

Um das Erfüllungsinteresse zu verfolgen, meldet der Verkäufer seinen Kaufpreisanspruch als Insolvenzforderung an. Hierauf erhält er die Insolvenzquote.

In diesem Erfüllungsstadium (II: Insolvenzverfahren nach Übereignung der Kaufsache an den Käufer) steht dem Verkäufer der Wert der Kaufsache nicht zur

Verfügung (anders als in dem Erfüllungsstadium I, in dem der Verkäufer noch keine Leistung an den Käufer erbracht hatte).

Erklärung:

Indem der Verkäufer vor dem Insolvenzverfahren an den Käufer übereignet hatte, gab er seine Einrede aus § 320 BGB preis. Wegen der bereits erfolgten Übereignung gibt es nichts, was der Käufer noch verlangen könnte. Folglich kann der Anspruch des Verkäufers auf den noch ausstehenden Kaufpreis keine Einrede aus § 320 BGB stützen. Diese Sicherung, die der Verkäufer bis zur Übereignung hatte und dem Verkäufer somit ein Befriedigungsvorrecht am Wert des gegen ihn gerichteten Übereignungsanspruch des Käufers, besteht nicht mehr. Aufgrund der Preisgabe dieser Sicherung steht der Wert der Kaufsache dem Verkäufer nicht mehr zur Befriedigung seines Kaufpreisanspruchs zur Verfügung.

*b) Rücktrittsinteresse*

Alternativ kann der Verkäufer zurücktreten. In dem betrachteten Erfüllungsstadium (Übereignung; noch keine Kaufpreiszahlung) bewirkt bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens, dass die Befriedigung des Kaufpreisanspruchs gefährdet ist. Das begründet das Rücktrittsrecht des Verkäufers. Übt er dieses Recht aus, entfällt der Kaufpreisanspruch; stattdessen kann der Verkäufer die Rückübereignung der Kaufsache verlangen. Auf diesen Anspruch (d.h. auf den Wert der Kaufsache) erhält er die Insolvenzquote.

Wann der Verkäufer den Rücktritt wählen wird und wann er den Restkaufpreisanspruch verfolgen wird, hängt von zwei Faktoren ab: den Anzahlungen, die der Verkäufer vom Käufer vor dem Insolvenzverfahren erhielt, und der Höhe des Restkaufpreises im Vergleich zum Wert der Kaufsache. Beim Rücktritt ist der Verkäufer verpflichtet, die empfangenen Anzahlungen an den Käufer zurückzuzahlen. Somit lohnt sich für den Verkäufer der Rücktritt (im Vergleich zur Verfolgung des Erfüllungsinteresses) nur unter folgender Bedingung: Die Differenz „Insolvenzquote auf den Wert der Kaufsache minus

erhaltener Anzahlungen“ ist größer als die „Insolvenzquote auf den Restkaufpreis“. (Hatte der Käufer keine Anzahlung geleistet, wird der Verkäufer den Rücktritt wählen, wenn der Wert der Kaufsache den noch ausstehenden vereinbarten Kaufpreis übersteigt. Und umgekehrt: Sobald Anzahlungen geleistet wurden, verschieben diese die Waagschale zugunsten des Erfüllungsinteresses.)

*c) Ergebnis*

In diesem Erfüllungsstadium (Übereignung der Kaufsache an den Käufer vor dem Insolvenzverfahren) erhält der Verkäufer entweder die Insolvenzquote auf seinen Kaufpreisanspruch oder -- nach erfolgtem Rücktritt -- die Insolvenzquote auf den Wert seines Rückübereignungsanspruchs (= Wert der Kaufsache). Tritt der Verkäufer zurück, hat er erhaltene Anzahlungen an den Käufer zurückzuzahlen.

### **III. Nach Übergabe der Kaufsache (ohne Übereignung)**

Erfüllungsstadium des Kaufvertrags im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung:

Der Verkäufer hatte die Kaufsache dem (nunmehr insolventen) Käufer übergeben, aber noch nicht übereignet (auch nicht aufschiebend bedingt); der Käufer hat den Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt.

In der Praxis wird dieses Erfüllungsstadium bei Kaufverträgen über Grundstücke anzutreffen sein.<sup>1</sup> (Bei Kaufverträgen über bewegliche Gegenstände wird eine Übergabe ohne Übereignung kaum auftreten; vielmehr wird die Übergabe regelmäßig mit einer (aufschiebend) bedingten Übereignung einhergehen, sog. Eigentumsvorbehalt.)

---

1 Vgl. etwa BGH, 7.2.2013, IX ZR 218/11.

## 1. Verwertung: Rechte des insolventen Käufers

Im Insolvenzverfahren sind die Rechte zu verwerten, die dem insolventen Käufer aus dem Kaufvertrag zustehen.

Recht des Käufers aus dem Kaufvertrag: Anspruch auf Übereignung der Kaufsache

Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung:

Inhalt der Entscheidung: Geltendmachung des Übereignungsanspruchs oder keine Geltendmachung

Entscheidungskriterium: Vergleich von Kosten und Nutzen

Kosten der Geltendmachung des Übereignungsanspruchs: Zahlung des (Rest-) Kaufpreises (erforderlich, um die Einrede des Verkäufers aus § 320 zu überwinden)

Nutzen: Erwerb des Eigentums an der Kaufsache = Wert der Kaufsache  
Geltendmachung, wenn (Markt-) Wert der Kaufsache größer als Restkaufpreis

Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung:

allgemeiner Zeitpunkt für die Verwertung des Insolvenzvermögens: (erst) unverzüglich nach Berichtstermin (§ 159 InsO);

Sonderregelung für Verträge, die von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt sind: unverzüglich auf Aufforderung der AVP (§ 103 Abs. 2 Satz 2 InsO);

Frage: Rückausnahme für Kaufverträge, wenn dem insolventen Käufer die Kaufsache vor Verfahrenseröffnung bereits übergeben worden war?

Antwort: § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO setzt einen Kaufvertrag mit EV voraus (der in der hier betrachteten Konstellation nicht vorliegt); aber vertretbar: analoge Anwendung des § 107 Abs. 2 Satz 1 InsO (jedoch nur bei beweglichen Sachen).

## 2. Verteilung: Rechte des Verkäufers

abhängig von der Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des Käufers

### a) *Geltendmachungsentscheidung*

vollständige Befriedigung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers: Entscheidet die Insolvenzverwaltung, den Übereignungsanspruch des Käufers geltend zu machen, erhält der Verkäufer den noch ausstehenden Kaufpreis in voller Höhe. (Anderenfalls könnte der Übereignungsanspruch nicht durchgesetzt werden; dem Verkäufer stünde das Leistungsverweigerungsrecht aus § 320 BGB zu.)

flankierend: Kaufpreisanspruch erhält den Rang einer Masseforderung (§ 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO).

### b) *Nichtgeltendmachungsentscheidung*

2 Ansprüche des Verkäufers, die im Insolvenzverfahren wie folgt befriedigt werden:

#### aa) *Anspruch des Verkäufers auf Zahlung des noch ausstehenden Kaufpreises (§ 433 Abs. 2 BGB)*

Befriedigung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers durch Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO: Entscheidet die Insolvenzverwaltung, den Übereignungsanspruch des Käufers nicht geltend zu machen, wird der Kaufpreisanspruch des Verkäufers dadurch befriedigt, dass er gegen den Wert des Erfüllungsanspruchs des Käufers verrechnet wird. Der Erfüllungsanspruch des Käufers richtet sich (in dem hier betrachteten Erfüllungsstadium) auf Übereignung der Kaufsache. (Zwar hat der Käufer bereits Besitz, jedoch kein Eigentum.) In Höhe dieser Verrechnung (Kaufpreisanspruch des Verkäufers gegen den Wert des Übereignungsanspruch des insolventen Käufers) wird der Kaufpreisanspruch des Verkäufers *wertmäßig* vollständig befriedigt. (Der Kaufpreisanspruch wird insoweit wertmäßig befriedigt, als der Verkäufer von

der Verpflichtung frei wird, die Kaufsache, die einen bestimmten Marktwert hat, zu übereignen.) Die zugunsten des Verkäufers nach der Verrechnung verbleibende Wertdifferenz (Kaufpreisanspruch minus Marktwert der Kaufsache) wird lediglich als Insolvenzforderung befriedigt (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO).

*bb) Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe der Kaufsache*

Herausgabeanspruch des Verkäufers: § 985 BGB

Besitzrecht des Käufers: Das Besitzrecht des Käufers ergibt sich aus dem (schuldrechtlichen) Übereignungsanspruch, den der Käufer aufgrund des Kaufvertrags hat. Dieses Besitzrecht erlischt mit der Verrechnung.

Begründung: Die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Anspruch des Käufers auf Übereignung nicht geltend zu machen, hat – auf der Verteilungsseite -- zur Folge, dass dieser Anspruch seinem Wert nach zur Befriedigung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers verwendet wird. Das rechtliche Mittel hierzu ist die Verrechnung des Kaufpreisanspruchs gegen den Wert des Übereignungsanspruchs (= Wert der Kaufsache). Aufgrund der Nichtgeltendmachungsentscheidung der Insolvenzverwaltung werden die beiderseits noch offenen Ansprüche nicht mehr gegenständlich befriedigt. Eine gegenständliche Befriedigung ist also ausgeschlossen. Für den Übereignungsanspruch des insolventen Käufers bedeutet dies, dass er nicht durch Übereignung der Kaufsache befriedigt wird. Vielmehr erlischt er dadurch, dass sein Wert zur Befriedigung des Kaufpreisanspruchs des Verkäufers verwendet wird. Ist seine gegenständliche Befriedigung ausgeschlossen, entfällt der Übereignungsanspruch als Grundlage für das Besitzrecht des Käufers.

Kurz: Das Recht des Käufers zum Besitz der Kaufsache erlischt, weil der dieses Recht tragende Anspruch (auf Übereignung) nicht mehr gegenständlich erfüllt wird, sondern durch die Verrechnung seines Werts erlischt.

(Zeitpunkt des Erlöschens = Zeitpunkt der Entscheidung der Insolvenzverwaltung, den Übereignungsanspruch des insolventen Käufers nicht geltend zu machen)

Kontrollüberlegung: Vergleich mit Fallkonstellation I („Vor Übergabe der Kaufsache“): Dass der Verkäufer sowohl das Erfüllungsinteresse verfolgen kann (welches nach den Regeln des Insolvenzverteilungsrechts, genau: nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO, befriedigt wird) als auch den Besitz an der Kaufsache zurückerhält, verletzt keine Gerechtigkeitskriterien. Das ergibt ein Vergleich mit der Fallkonstellation I („Vor Übergabe der Kaufsache“). Dort stellt sich dasselbe Ergebnis ein: Der Verkäufer erhält (im Fall der Nichtgeltendmachungsentscheidung) sein Erfüllungsinteresse insolvenzmäßig befriedigt, und er behält die Kaufsache. Dass beide Fallkonstellationen zu demselben Ergebnis führen, erklärt sich aus der rechtlichen Bedeutungslosigkeit der Übergabe an den Käufer. Diese Übergabe verschaffte dem Käufer noch kein Recht an der Sache. Ob die Kaufsache sich beim Käufer oder beim Verkäufer befindet, hat rechtlich keine Bedeutung (solange der Käufer kein dingliches Recht an der Sache erlangt hat.)

Aussonderung: Die Kaufsache ist aus dem Insolvenzvermögen auszusondern; ab der Nichtgeltendmachungsentscheidung der Insolvenzverwaltung gehört sie (wegen Erlöschens des Besitzrechts) nicht mehr zum Insolvenzvermögen.

Zahlenbeispiel:

Der vereinbarte Kaufpreis betrage 100 EUR; der Wert der Kaufsache betrage 80 EUR; die Kaufsache ist dem Käufer bereits übergeben worden. Die Insolvenzverwaltung des Käufers entscheidet, den Übereignungsanspruch nicht geltend zu machen. Unter der Verteilungsregel des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO wird der Kaufpreisanspruch des Verkäufers dadurch und insoweit befriedigt, dass er gegen den Wert des Übereignungsanspruchs verrechnet wird. (Der Wert des Übereignungsanspruchs entspricht dem Wert der Kaufsache.) Gemäß dem § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO wird der Kaufpreisanspruch somit in Höhe von 100 EUR gegen den Wert des Übereignungsanspruchs (= Wert der Kaufsache) verrechnet; insofern (d.h. in Höhe von 80 EUR) gilt er als

wertmäßig befriedigt. Die Differenz (hier 20 EUR) wird in Höhe der Insolvenzquote befriedigt. Angenommen, diese betrage 10%, erhält der Verkäufer noch 2 EUR.

Ergebnis: Dieser Weg bedeutet, dass das Interesse des Verkäufers an der Erfüllung des Vertrags befriedigt wird (und zwar mit derjenigen Verteilung, die das Insolvenzrecht, nämlich § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO, für den Fall der Nichtgeltendmachungsentscheidung vorsieht). Nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO erhält der Verkäufer: Aussonderung der Kaufsache plus die Insolvenzquote auf die Differenz zwischen dem noch offenen Kaufpreisanspruch und dem Wert des Übereignungsanspruchs (= Marktwert der Kaufsache).

Der Verkäufer erhält nicht nur die Kaufsache zurück, sondern er erhält auch den Betrag, um den der vereinbarte Kaufpreis den Marktwert der Kaufsache übersteigt, befriedigt, wenn auch nur insolvenzmäßig, d.h. in Höhe der Insolvenzquote.

Hinweis: Die Begründung des Herausgabeanspruchs des Verkäufers (insbesondere des Erlöschens des Besitzrechts des Käufers) ist umstritten. Mitunter wird mit Konstruktionen des Bereicherungsrechts gearbeitet, die zu dem betrachteten Sachverhalt (Insolvenz des Käufers, Übergabe der Kaufsache) jedoch nicht passen.

#### *cc) Rücktrittsrecht des Verkäufers*

Anstelle der Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO kann der Verkäufer auch vom Kaufvertrag zurücktreten und auf diesem Weg das Besitzrecht des Käufers beenden. Das Recht zum Rücktritt ergibt sich aus dem Vertrag: Entweder hatten die Parteien für den Fall, dass der Leistungsaustausch aus irgendwelchen Gründen scheitern sollte, ein Rücktrittsrecht ausdrücklich vereinbart. Wo eine solche Vereinbarung fehlt, kommt die ergänzende Vertragsauslegung zum Zug: Die Nichtgeltendmachungsentscheidung bedeutet, dass die Leistungen nicht mehr (gegenständlich) ausgetauscht werden. Da damit das Ziel des Vertrags – der Leistungsaustausch – nicht mehr erreicht werden kann, spricht viel für die

Annahme, die Parteien hätten für diesen Fall die Lösung des Vertrags (ggf. durch Rücktritt einer der Vertragsparteien) vereinbart.

Der Rücktritt ist für den Verkäufer jedoch insofern nachteilig, als er dann nicht mehr das Erfüllungsinteresse verfolgen kann. Das verdeutlicht folgendes Zahlenbeispiel.

Fortführung des Zahlenbeispiels für den Fall des Rücktritts: Würde der Verkäufer zurücktreten (wozu er berechtigt ist), würde er seinen Erfüllungsanspruch verlieren. Er erhielte lediglich die Kaufsache zurück; auf die Differenz, um die sein Kaufpreisanspruch den Wert der Kaufsache übersteigt, hätte er keinen Anspruch mehr. Im Fall des Rücktritts würde der Verkäufer mithin wie folgt befriedigt: Der Anspruch auf Rückgabe der Kaufsache (aus § 346 Abs. 1 sowie § 985 BGB) würde durch Aussonderung der Kaufsache befriedigt; weitere Verteilung an den Verkäufer ist ausgeschlossen; insbes. keine (insolvenzmäßige) Befriedigung des Erfüllungsinteresses (d.h. des Kaufpreisanspruchs), weil dieses durch den Rücktritt entfallen ist.

Fazit: Das Rücktrittsrecht des Verkäufers spielt in dem betrachteten Erfüllungsstadium (Übergabe der Kaufsache ohne Übereignung) somit praktisch keine Rolle.

#### **IV. Nach bedingter Übereignung der Kaufsache (Eigentumsvorbehalt) (Käufer-Insolvenz)**

Die Parteien haben in ihrem Kaufvertrag vereinbart, dass der Käufer die Kaufsache bereits vor Kaufpreiszahlung erhalten soll und dass „das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen“ werden soll (Eigentumsvorbehalt, § 449 BGB).

Erfüllungsstadium des EV-Kaufvertrags im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung:

Der EV-Verkäufer hatte die Kaufsache dem (nunmehr insolventen) EV-Käufer übergeben und aufschiebend bedingt übereignet (vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens); der EV-Käufer hat den Kaufpreis noch nicht vollständig gezahlt, sondern nur Teilzahlungen geleistet.

Erneut sind Fragen der Verwertung (des Schuldnervermögens) von denen der Verteilung (auf die Verbindlichkeiten des Schuldners) zu unterscheiden.

### **1. Verwertung: Rechte des insolventen EV-Käufers**

Im Insolvenzverfahren ist das Recht zu verwerten, welches dem insolventen Käufer aus dem Kaufvertrag zusteht. Um welches Recht es geht (nach erfolgter aufschiebender Übereignung), ist beim EV-Kauf umstritten. Auf die insolvenzrechtliche Beurteilung (hier zunächst der Verwertungsfrage, aber auch später der Verteilungsfrage) wirkt sich dieser Meinungsstreit nicht aus.

#### *a) Überwiegende Meinung: Anspruch des EV-Käufers auf Übereignung*

Überwiegende Auffassung: Auch nach aufschiebend bedingter Übereignung habe der EV-Verkäufer seine Pflichten noch nicht vollständig erfüllt. Es stehe noch die Übereignung aus. Daher besitze der EV-Käufer in dem hier betrachteten Erfüllungsstadium noch einen Anspruch, nämlich den auf Übereignung.

Argumente: Es sei zwischen Leistungshandlung und Leistungserfolg zu unterscheiden. Während der EV-Verkäufer die geschuldete Leistungshandlung (die aufschiebend bedingte Übereignung) erbracht habe, stehe der Leistungserfolg, der Eigentumserwerb durch den EV-Käufer, noch aus. Daher bewirke die aufschiebend bedingte Übereignung noch nicht die Erfüllung der Hauptleistungspflicht, die den EV-Verkäufer aus dem Vertrag treffe.

Nach dieser Auffassung ist die Verwertungsentscheidung über den Anspruch auf Eintritt des Leistungserfolgs (also des Übergangs des Eigentums) zu fällen.

Für die Geltendmachung wird sich die Insolvenzverwaltung entscheiden, wenn der Wert der Kaufsache höher ist als der noch ausstehende (Rest-) Kaufpreis. Andernfalls wird die Insolvenzverwaltung den Anspruch auf Übereignung nicht geltend machen.

Anzahlungen, die der EV-Käufer vor seiner Insolvenz an den EV-Verkäufer leistete, werfen auf der Verwertungsseite keine Fragen auf: Sie verbilligen die Geltendmachung des der IVP noch zustehenden Vertragsanspruchs; aus dem Insolvenzvermögen ist hierzu nur noch die Differenz zum vereinbarten Kaufpreis aufzubringen.

*b) Mindermeinung: Recht des Käufers auf Bewirken des Eigentumsübergangs*

Nach aufschiebend bedingter Übereignung hat der EV-Käufer keinen Anspruch mehr gegen den EV-Verkäufer.

Kritik an der vorherrschenden Auffassung:

In dem betrachteten Erfüllungsstadium gibt es nichts -- weder ein Tun noch ein Unterlassen --, was der Käufer vom Verkäufer (hinsichtlich der Hauptleistungspflichten des Verkäufers) noch verlangen könnte. Eigentum erlangt der EV-Käufer, indem er den noch ausstehenden Kaufpreis zahlt und dadurch die Bedingung für den Eigentumsübergang eintreten lässt. Die Zahlung des Kaufpreises liegt allein in der Hand des EV-Käufers. Der EV-Verkäufer kann zum Eigentumsübergang nichts beitragen. Kann der EV-Käufer keine Leistung mehr vom EV-Verkäufer verlangen, so kann auch die Insolvenzverwaltung vom EV-Verkäufer nichts verlangen. Damit stellt sich für die Insolvenzverwaltung nicht die Frage, ob sie einen Anspruch gegen den EV-Verkäufer geltend macht oder nicht.

-- Die Mindermeinung geht dahin, dass der EV-Verkäufer mit der aufschiebend bedingten Übereignung vollständig erfüllt habe. Für diese Mindermeinung spricht: Bei einem Kaufvertrag mit Eigentumsvorbehaltsabrede kann der Käufer bereits vor der eigenen Kaufpreiszahlung die Übergabe und Übereignung der Kaufsache

verlangen, allerdings nur als aufschiebend bedingte Übereignung. Sobald der Verkäufer diesem Anspruch entspricht und aufschiebend bedingt an den Käufer übereignet, schuldet er keine Leistung mehr; dementsprechend besteht dann auch kein Anspruch des Käufers mehr;<sup>2</sup> der Verkäufer hat (vollständig) erfüllt.

Hält man die Mindermeinung für richtig, geht es um einen anderen Gegenstand des Vermögens des EV-Käufers, über den die insolvenzrechtliche Verwertungsentscheidung zu treffen ist: das Recht des EV-Käufers, die Bedingung eintreten zu lassen (indem er den (Rest-) Kaufpreis zahlt) und dadurch sein Anwartschaftsrecht zum Eigentum auszubauen.

Möglichkeiten der Verwertung des Anwartschaftsrechts:

- 1. Möglichkeit: Ausbau des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht
- 2. Möglichkeit: Nicht-Ausbau des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht

Sprachgebrauch: Wenn viele Insolvenzrechtler im Zusammenhang mit dem Kauf unter Eigentumsvorbehalt von der „Wahl der Nichterfüllung“ (oder der „Ablehnung des Kaufvertrags“) sprechen, meinen sie mithin, dass die Verwaltung des insolventen Käufers entschieden hat, das Anwartschaftsrecht des Käufers nicht zum (Voll-) Eigentum auszubauen. Sprechen sie dagegen davon, dass die Insolvenzverwaltung die „Erfüllung des Vertrags verlange“ (so auch das Gesetz in § 107 Abs. 1 Satz 1 InsO), meinen sie damit die Entscheidung der Insolvenzverwaltung, das Anwartschaftsrecht des Käufers zum Vollrecht auszubauen (indem der Restkaufpreis wie vereinbart gezahlt wird).

Entscheidungskriterium: Vergleich von Kosten und Nutzen

Kosten des Ausbaus: Zahlung des noch ausstehenden (Rest-) Kaufpreises

Nutzen der Ausbaus: Erwerb des Eigentums an der Kaufsache, damit:  
(Markt-) Wert der Kaufsache

---

<sup>2</sup> Siehe die Definition von „Anspruch“ in § 194 BGB.

Ausbauentscheidung, wenn:

Wert Kaufsache > (Rest-) Kaufpreis

(Anm.: Wo der Käufer vor dem Insolvenzverfahren bereits auf den Kaufpreis gezahlt hatte, wird es sich häufig lohnen, das Anwartschaftsrecht auszubauen.)

Nichtausbauentscheidung, wenn:

Wert Kaufsache < noch ausstehender (Rest-) Kaufpreis

Man sieht: Gleichgültig, welchem schuldrechtlichen Verständnis zum EV-Kaufvertrag man sich anschließt, sind die Kriterien, nach denen die insolvenzrechtliche Verwertungsentscheidung gefällt wird, dieselben.

Wenn im Folgenden von der „Ausbauentscheidung“ gesprochen wird, handelt es sich in der Sichtweise, die zum Schuldrecht vorherrscht, um die Geltendmachungsentscheidung. Entsprechend ist „Nichtausbauentscheidung“ dasselbe wie Nichtgeltendmachungsentscheidung.

c) *Sonderfall: Nebenleistungspflichten des EV-Verkäufers*

- Sonderfall: Sekundär-, Neben- oder Zusatzansprüche des Eigentumsvorbehalts-Käufers: Der Käufer hat noch Nebenleistungen zu beanspruchen, etwa die Beseitigung von Mängeln an der Kaufsache.
- In diesem Fall hat die Insolvenzverwaltung abzuwägen, ob die Geltendmachung dieser Nebenansprüche lohnt oder ob ihr Nutzen hinter den Kosten (Zahlung des ausstehenden Kaufpreises) zurückbleibt.

d) *Zeitpunkt der Verwertungsentscheidung:*

- allgemeiner Zeitpunkt für die Verwertung des Insolvenzvermögens: (erst) unverzüglich nach Berichtstermin (§ 159 InsO)
- Sonderregelung für Verträge, die von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt sind: unverzüglich auf Aufforderung der AVP (§ 103 Abs. 2 Satz 2 InsO).

Ob diese Regelung hier Anwendung findet, ist zweifelhaft. Dagegen spricht, dass der EV-Verkäufer vollständig erfüllt hat und mithin weder die Voraussetzungen des § 103 Abs. 2 Satz 2 InsO vorliegen noch der EV-Verkäufer den Schutz dieser Regelung bräuchte. -- Anders jedoch die überwiegende Meinung (die den EV-Kaufvertrag durch die aufschiebend bedingte Übereignung noch nicht als vollständig erfüllt ansieht).

Der Disput kann auf sich beruhen, weil diese Regelung ohnehin durch eine andere gesetzliche Regelung verdrängt wird. Nämlich:

- Rückausnahme für Kaufverträge, wenn dem insolventen Käufer die Kaufsache vor Verfahrenseröffnung bereits übergeben worden war: Verwertungsentscheidung erforderlich erst unverzüglich nach Berichtstermin (§ 107 Abs. 2 Satz 1 InsO).

## 2. Verteilung: Rechte des EV-Verkäufers

- Zwei Ansprüche des EV-Verkäufers, die im Insolvenzverfahren Bedeutung erlangen können:
  - (1) Anspruch auf Zahlung des (restlichen) Kaufpreises
  - (2) Anspruch auf Herausgabe der Kaufsache
- Ob diese Ansprüche bestehen und, wenn ja, wie sie im Insolvenzverfahren gegen den EV-Käufer befriedigt werden, hängt in erster Linie von der Verwertungsentscheidung ab, die die Insolvenzverwaltung über das Anwartschaftsrecht des EV-Käufers (Ausbau vs. Nichtausbau) getroffen hat.
  - a) *Verwertungsentscheidung: Geltendmachung Käuferanspruch bzw. Ausbau zu Eigentum*

Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des EV-Käufers:

Ausbau des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht (indem die Pflichten zu Zahlungen auf den Kaufpreis vollständig erfüllt werden)

Wer mit der h.M. nach bedingter Übereignung noch einen Anspruch des EV-Käufers „auf Übereignung“ bestehen sieht, hat die Verwertungsentscheidung über diesen Anspruch zu fällen. In der Sache ergeben sich hieraus keine Änderungen.

*aa) Kaufpreisanspruch des EV-Verkäufers: vollständige Befriedigung*

Frage: Befriedigungsstatus des (Rest-) Kaufpreisanspruchs des Verkäufers?

Antwort: Massestatus

- Wer annimmt, dem EV-Käufer stehe nach erfolgter aufschiebend bedingter Übereignung noch ein Anspruch gegen den EV-Verkäufer zu (so die Auffassung, die zum schuldrechtlichen Verständnis des EV vorherrscht), kann sich direkt auf § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO stützen. Denn dann ist die Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung darauf gerichtet, dass der Anspruch auf (vollständige) Übereignung geltend gemacht wird.
- Wer annimmt, dem EV-Käufer stehe nach aufschiebend bedingter Übereignung kein Anspruch mehr zu (so die Mindermeinung), stützt sich auf den Rechtsgedanken des § 55 Abs. 1 Ziff. 2 Alt. 1 InsO. Zwar passt diese Regelung ihrem Wortlaut nicht. Da aber der (Rest-) Kaufpreisanspruch vollständig befriedigt werden wird (zur Umsetzung der Entscheidung, das Anwartschaftsrecht des EV-Käufers zum Vollrecht auszubauen), erscheint es angebracht, diesem Anspruch des Verkäufers den Status einer Masseforderung einzuräumen.

*bb) Anspruch des EV-Verkäufers auf Herausgabe der Kaufsache: Keine Entstehung*

Ein Herausgabeanspruch des EV-Verkäufers aus §§ 985, 986 BGB kommt nicht zum Entstehen. Zwar ist der EV-Verkäufer Eigentümer bis zum Eintritt der Bedingung, d.h. der vollständigen Kaufpreiszahlung. Solange aber das Anwartschaftsrecht des EV-Käufers besteht -- und nach der Verwertungsentscheidung „Ausbau zum Vollrecht“ kann es vom EV-Verkäufer

nicht zum Erlöschen gebracht werden -- , hat der EV-Käufer ein Recht zum Besitz.

b) *Verwertungsentscheidung: Nichtgeltendmachung des Käuferanspruchs bzw. Nichtausbau zu Eigentum*

Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des EV-Käufers:

Welchen Inhalt die Verwertungsentscheidung hat, hängt vom schuldrechtlichen Verständnis des EV ab:

- keine Geltendmachung des Anspruchs des EV-Käufers auf Übereignung der Kaufsache (so das herrschende Verständnis)
- kein Ausbau des Anwartschaftsrechts zum Eigentum (so die Mindermeinung)

Bei dieser Verwertungsentscheidung ist zweifelhaft, ob der Verkäufer sein Erfüllungsinteresse (d.h. seinen (Rest-) Kaufpreisanspruch) kumulativ mit seinem Rückgewährinteresse (d.h. sein Interesse an Rückgabe der Kaufsache) verfolgen kann oder ob dies nur alternativ möglich ist. Die Antwort auf diese Frage hängt davon ab, ob die Rückgewähr der Kaufsache den Rücktritt vom Kaufvertrag erfordert (dann würde der Anspruch des EV-Verkäufers auf den (Rest-) Kaufpreis entfallen, also keine Kumulation) oder ob die Kaufsache auch bei Verfolgung des (Rest-) Kaufpreisanspruchs (d.h. ohne Rücktritt) vom Käufer an den Verkäufer zurückzugeben ist (dann Kumulation). Entscheidend ist, wie weit die Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO reicht, die bei der Verfolgung des (Rest-) Kaufpreises (d.h. bei Verfolgung des Erfüllungsinteresses) erfolgt.

aa) *Kaufpreisanspruch des EV-Verkäufers: Verrechnungsstatus nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO*

Geht die Verwertungsentscheidung dahin, den noch offenen Anspruch auf vollständigen Eigentumsübergang geltend zu machen (so h.M.) bzw. das Anwartschaftsrecht des EV-Käufers nicht zum Vollrecht auszubauen (so Mindermeinung), ist in Betracht zu ziehen, dass die insolvenzmäßige

Befriedigung des (Rest-) Kaufpreisanspruchs des EV-Verkäufers nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO erfolgt. Der Verrechnungsstatus knüpft daran an, dass die IVP aus dem Vertrag einen Vermögensgegenstand hat, an dem der AVP (ggf. aufgrund ergänzender Vertragsauslegung) ein Befriedigungsvorrecht für ihren noch offenen Vertragsanspruch zusteht. Typischerweise ist das der Vertragsanspruch der IVP; in der hier behandelten Konstellation wird sich aber auch die Frage stellen, ob die Verrechnung auch das Recht des Käufers erfasst, das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht auszubauen. Für die betrachtete Fallkonstellation (EV-Käufer in Insolvenz) bedeutet das:

(i) *Herrschendes Verständnis: Noch bestehender Übereignungsanspruch des EV-Käufers*

Folgt man der im Schuldrecht vorherrschenden Auffassung, dass beim EV-Kaufvertrag auch nach erfolgter aufschiebend bedingter Übereignung noch ein Anspruch des EV-Käufers offen sei (nämlich der Anspruch auf Übereignung), dann ist es dieser Anspruch des EV-Käufers, an dem ein Befriedigungsvorrecht des EV-Verkäufers besteht und der in die Verrechnung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO eingestellt wird. Der Wert dieses Anspruchs (auf Übereignung) ist der Wert der Kaufsache. Für die insolvenzmäßige Befriedigung des (Rest-) Kaufpreisanspruchs des EV-Verkäufers ergibt sich dann:

$((\text{Rest-}) \text{ Kaufpreisanspruch minus Wert Kaufsache}) \times \text{Insolvenzquote.}$

Mit dieser Verrechnung erlischt der (von der h.M. postulierte) Anspruch auf Übereignung und damit das Recht des EV-Käufers zum Besitz. Zusätzlich zur (insolvenzmäßigen) Befriedigung seines (Rest-) Kaufpreisanspruchs erhält der EV-Verkäufer den Besitz an der Kaufsache zurück (nach §§ 985, 986 BGB) (= Kumulation von Erfüllungsinteresse und Rückgewährinteresse).

(ii) *Mindermeinung: Recht des EV-Käufers, das Anwartschaftsrecht zum Eigentum auszubauen*

Lehnt man die h.M. ab und hält stattdessen für richtig, dass der EV-Verkäufer mit der aufschiebend bedingten Übereignung vollständig erfüllt habe (sodass kein Anspruch des EV-Käufers mehr offensteht), entfällt die Frage nach einer

Verrechnung (im Rahmen des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) nicht etwa. Sie stellt sich lediglich in anderer Weise: Besitzt der EV-Käufer aus dem Vertrag (nach aufschiebend bedingter Übereignung) zwar keinen Anspruch mehr, aber ein anderes vermögenswertes Recht, an welchem dem EV-Verkäufer ein Befriedigungsvorrecht zusteht? In Betracht zu ziehen ist das Recht des Bedingungsbegünstigten (also des EV-Käufers), die Bedingung eintreten zu lassen und damit das Vollrecht zu erwerben („Ausbaurecht“). Der Wert dieses Rechts liegt im Wert der Kaufsache.

Würde dem EV-Verkäufer ein Befriedigungsvorrecht an dem Wert dieses Rechts des EV-Käufers zustehen, ergäbe sich dieselbe (insolvenzmäßige) Befriedigung wie bei der Annahme eines Anspruchs des EV-Käufers auf Übereignung, nämlich:

$$((\text{Rest-}) \text{ Kaufpreisanspruch minus Wert Kaufsache) \times \text{Insolvenzquote.}$$

Ob der EV-Verkäufer für seinen (Rest-) Kaufpreisanspruch ein Verteilungsvorrecht an dem Recht des EV-Käufers, sein Anwartschaftsrecht zum Vollrecht auszubauen, hat (sodass der Wert dieses Rechts in die Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO einbezogen wird), ist im Folgenden zu prüfen.

Vor allem zwei Argumente sprechen dafür, die Frage zu bejahen:

- Vergleich mit der Entscheidung, zu Eigentum auszubauen;
  - Fortwirken der Einrede des § 320 BGB.
- Vergleich mit der Entscheidung, zu Eigentum auszubauen;  
Unabhängigkeit von Verwertung und Verteilung:

Das stärkste Argument für eine Einbeziehung des Rechts des EV-Käufers auf Ausbau seines Anwartschaftsrechts zum Eigentum in die Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO ergibt sich aus dem Grundsatz des Insolvenzrechts, dass Verwertungsfragen und Verteilungsfragen unabhängig voneinander stehen und sich nicht wechselseitig beeinflussen: Wie das Vermögen des Insolvenzschuldners verwertet wird, hat keinen Einfluss auf die

Verteilungsverhältnisse zwischen den Geldgebern.<sup>3</sup> Für das Insolvenzvertragsrecht bedeutet das: Wie der im Vertrag gegründete Vermögensgegenstand der IVP verwertet wird, darf sich auf die Verteilungsverhältnisse, die zwischen den Gläubigern bestehen (also zwischen der AVP und den übrigen Gläubigern), nicht auswirken. Der im Vertrag wurzelnde Vermögensgegenstand ist (je nach schuldrechtlicher Sichtweise) der Anspruch des EV-Käufers auf vollständige Übereignung oder das Recht des EV-Käufers, sein Anwartschaftsrecht zu Eigentum auszubauen. Da die Reichweite der Verrechnung (§ 103 Abs. 1 InsO) keine Probleme aufwirft, wenn man einen Anspruch auf vollständige Eigentumsübertragung zugrunde legt, wird im Folgenden nur auf die Sichtweise abgestellt, dass der EV-Käufer (nach erfolgter aufschiebender Übereignung) keinen *Anspruch* mehr habe, sondern das Recht zum Ausbau zu Eigentum.

Betrachten wir zunächst die Verwertungsentscheidung, das Anwartschaftsrecht zu Eigentum auszubauen („Ausbauentscheidung“). Bei dieser Entscheidung fließt der Wert, den das Käuferrecht auf Ausbau zu Eigentum besitzt (= der Wert der Kaufsache) an den EV-Verkäufer. Denn diese Verwertungsentscheidung wird nur dann gefällt werden, wenn der Wert der Kaufsache größer ist als der noch ausstehende (Rest-) Kaufpreis. Nur dann lohnt es, den (Rest-) Kaufpreis aus dem Insolvenzvermögen aufzubringen. Diese Voraussetzung für die Entscheidung „Ausbau“ beinhaltet, dass der (Rest-) Kaufpreis aus dem Ertrag finanziert wird, den der Ausbau zu Eigentum erbringt, sprich: aus dem Wert der Kaufsache. (Wäre der Wert der Kaufsache niedriger als der (Rest-) Kaufpreis, würde nicht auf „Ausbau“ entschieden werden; denn dann reicht der Wert der Kaufsache nicht aus, die noch ausstehende Zahlung an den Verkäufer zu decken.)

---

3 *Jackson*, The Logic and Limits of Bankruptcy Law, 1986 / 2001, 22-27. Übersicht bei *von Wilimowsky*, Europäisches Kreditsicherungsrecht, 1996, 219-222. Zum Zusammenhang mit der Irrelevanzhypothese von Modigliani und Miller (dass für den Wert eines Unternehmens dessen Finanzierungsstruktur (Schulden versus Eigenkapital) irrelevant ist) siehe *Baird*, Bankruptcy's Uncontested Axioms, 108 The Yale Law Journal 573 (582 Fn. 31) (1998).

Fließt der Wert der Kaufsache bei der Entscheidung „Ausbau“ an den EV-Verkäufer, muss dasselbe gelten, wenn die Insolvenzverwaltung die Entscheidung „Nichtausbau“ trifft. Andernfalls wäre die Unabhängigkeit von Verwertung und Verteilung verletzt. Diese Verteilung (Wert der Kaufsache an den EV-Verkäufer) wird bei der Entscheidung „Nichtausbau“ dadurch erreicht, dass der Wert, den das Recht des EV-Käufers auf Ausbau zu Eigentum besitzt (= Wert der Kaufsache), in die Verrechnung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO einbezogen wird. Auf diesem Weg wird der Wert des „Ausbaurechts“ dazu verwendet, den (Rest-) Kaufpreisanspruch des EV-Verkäufers zu befriedigen. (Dadurch erlischt das Ausbaurecht und mit ihm das Anwartschaftsrecht des EV-Käufers = Kumulation von Erfüllungsinteresse und Rückgewährinteresse.)

-- Gegenstand des Verteilungsvorrechts; Abgrenzung zu einem Kaufpreissicherungsrecht

Die Einbeziehung in die Verrechnung zur Differenzforderung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO spiegelt wider, dass der EV-Verkäufer (nach erfolgter aufschiebender Übereignung) ein Befriedigungsvorrecht an dem Recht des EV-Käufers auf Ausbau zu Eigentum hat.

Aber passt dieses Verteilungsvorrecht zum Inhalt des Eigentumsvorbehalts? Der Eigentumsvorbehalt sichert ja gerade nicht die Kaufpreisforderung, sondern den Anspruch auf Rückgabe der Kaufsache aus § 346 BGB, sobald der EV-Verkäufer vom Vertrag zurückgetreten ist. Formt die Einbeziehung in die Verrechnung den Eigentumsvorbehalt nicht in ein Kaufpreissicherungsrecht um (was nicht zulässig wäre)?

Nein, das ist nicht der Fall. Ein Sicherungsrecht würde erst nach einer Übereignung eingreifen, etwa dergestalt, dass der Käufer die ihm übereignete Kaufsache zur Sicherung einer noch ausstehenden Kaufpreisverpflichtung an den Verkäufer zurückübereignet. In der betrachteten Konstellation befinden wir uns aber vor dem Übergang des Eigentums auf den Käufer. Indem der Eigentumsvorbehalt die Übereignung so lange aufschiebt, bis der Kaufpreis vollständig gezahlt wurde, benötigt der Verkäufer kein Sicherungsrecht. Sein zurückbehaltenes Eigentum geht über ein Sicherungsrecht hinaus (auch über Sicherungseigentum!), weil er einen eventuellen Überschuss, um den der Wert

der Kaufsache die Kaufpreisforderung übersteigt, behalten darf und nicht an den Käufer, der bei einem Sicherungsrecht (nämlich bei der Sicherungsübereignung) der Sicherungsgeber wäre, abzuführen hat.

Dass der Wert, den das Recht des EV-Käufers zum Ausbau zu Eigentum hat, zur Befriedigung des Kaufpreisanspruchs des EV-Verkäufers eingesetzt wird (im Weg der Verrechnung), bedeutet mithin nicht, dass der EV-Verkäufer ein Sicherungsrecht an der Kaufsache besäße. Das Verteilungsvorrecht besteht vielmehr an dem Anspruch auf Übereignung (so die vorherrschende schuldrechtliche Deutung) bzw. an dem Recht zum Ausbau zu Eigentum (so die Deutung der Mindermeinung). Dieses Verteilungsvorrecht spiegelt die Verknüpfung der beiderseitigen Vertragspositionen wider. Der Anspruch bzw. das Recht, den bzw. das der Insolvenzschuldner aus dem Vertrag noch ausüben kann, ist -- was seinen Wert anbelangt -- zur Befriedigung der Verpflichtungen reserviert, die die IVP gegenüber der AVP aus dem Vertrag noch treffen. Die beschriebene, für den Verrechnungsstatus des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO relevante Lage besteht überall dort, wo beide Seiten noch Ansprüche haben oder Rechte aus dem Vertrag ausüben können. Das sind die Konstellationen „vor Übergabe“, „nur Übergabe“ und eben auch „aufschiebend bedingte Übereignung“.

-- Keine Risikoerhöhung durch die aufschiebend bedingte Übereignung:  
Fortwirken des § 320 BGB

Ein zweites, unterstützendes Argument ergibt sich daraus, dass die aufschiebend bedingte Übereignung (des EV-Verkäufers an den EV-Käufer) zwar eine (vor dem Insolvenzverfahren erbrachte) Leistung an den EV-Käufer darstellt. Da sie das Risiko des EV-Verkäufers aber nicht erhöht, löst sie nicht die Rechtsfolge aus, dass (vorinsolvenzlich erbrachte) Leistungen grundsätzlich dort bleiben, wo sie sind, und nur bei einem Rücktritt (der AVP) zurückzugewähren sind.

Im Einzelnen:

Generell gilt: Leistungen, die die AVP vor dem Insolvenzverfahren erbrachte, fließen (im Insolvenzverfahren) nicht zurück -- es sei denn, die AVP tritt vom

Vertrag zurück und der Rückgewähranspruch (der AVP) ist per Aussonderung zu befriedigen.<sup>4</sup> In dieser Regel findet die Risikoerhöhung Ausdruck, die die AVP mit ihrer Vorleistung bewirkt: Indem die AVP an die IVP Leistungen erbringt (ohne ihrerseits Leistungen der späteren IVP zu erhalten), gibt sie ihre Einrede des § 320 BGB ganz oder teilweise preis und erhöht sie dadurch ihr Risiko. Würde die aufschiebend bedingte Übereignung, die der EV-Verkäufer vor dem Insolvenzverfahren vornahm, unter diese Regel fallen, dürfte das Recht des EV-Käufers, das erhaltene Anwartschaftsrecht zu Eigentum auszubauen, nicht in die Verrechnung der Werte der beiderseits noch offenen Vertragspositionen (§ 103 Abs. 2 Satz 1 InsO) einbezogen werden. Denn durch die Verrechnung würde das Besitzrecht des EV-Käufers erlöschen; die AVP erhielte die Kaufsache zurück, ohne dass sie vom Vertrag zurücktreten müsste, und das stände in Widerspruch zu der erwähnten Regel über Teilleistungen der AVP.

Die aufschiebend bedingte Übereignung fällt nicht unter diese Regel. Zwar ist sie eine Leistung, die die AVP vor dem Eintritt in das Insolvenzverfahren erbrachte. Aber sie geht nicht mit einer Risikoerhöhung einher. Obwohl es sich um eine Vorleistung der AVP handelt und obwohl der EV-Verkäufer durch sie seine Einrede aus § 320 BGB verliert, erhöht sich sein Risiko nicht. Dafür sorgt der Eigentumsvorbehalt: Sollte der EV-Käufer seine Leistung schuldig bleiben (d.h. nicht zahlen), behält der EV-Verkäufer sein Eigentum an der Kaufsache. Wie Marotzke treffend formuliert, bewirkt der EV eine „Automatisierung“ der Einrede aus § 320 BGB, also „des Rechts, dem Käufer das Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung zu verweigern“.<sup>5</sup> Also auch dann, wenn man (zum Schuldrecht, dort die Mindermeinung) annimmt, mit der aufschiebend bedingten Übereignung habe der EV-Verkäufer vollständig geleistet (sodass kein Anspruch des EV-Käufers mehr offen ist), ist „der Sicherungsmechanismus des

---

4 Zu Teilleistungen der AVP siehe die entsprechende Übersicht zur Vorlesung „Insolvenzrecht II: Vertiefung“.

5 *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 4.107. Auf diese Einschätzung Marotzkes weist *Diehl*, Eigentumsvorbehaltskäufer in Insolvenz, Seminararbeit 2023, S. 8 f., hin.

vertraglichen Synallagmas“ noch aktiv:<sup>6</sup> Um das Eigentum an der Kaufsache zu erlangen, muss noch eine Leistung aus dem Insolvenzvermögen (nämlich die Zahlung des (Rest-) Kaufpreises) erbracht werden.<sup>7</sup>

Bewirkt die aufschiebend bedingte Übereignung keine Risikoerhöhung für den EV-Verkäufer, greift die Regel, dass (Teil-) Leistungen, die die AVP vor dem Insolvenzverfahren erbrachte, (vorbehaltlich eines Rücktritts) dort zu verbleiben haben, wo sie sind (also im Vermögen der IVP), nicht ein.

*(iii) Zwischenergebnis*

Unabhängig davon, wie man die Position des EV-Käufers nach aufschiebend bedingter Übereignung schuldrechtlich deutet -- noch offener Anspruch auf vollständigen Eigentumsübergang oder Recht, das Anwartschaftsrecht zu Eigentum auszubauen -- , wird der Wert, den diese Position besitzt, in die Verrechnung nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO einbezogen.

*bb) Anspruch des EV-Verkäufers auf Herausgabe der Kaufsache*

Durch die Verrechnung im Rahmen des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO erlischt die Position des EV-Käufers (Anspruch auf vollständigen Eigentumsübergang oder Recht, zum Vollrecht auszubauen); das Recht des EV-Käufers zum Besitz endet; er hat die Kaufsache an den EV-Verkäufer zurückzugeben (§§ 985, 986 BGB). Ein Rücktritt ist nicht erforderlich. Dieses Ergebnis bestätigt mithin die h.M. zum Eigentumsvorbehalt in der Insolvenz des EV-Käufers.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Diehl, Eigentumsvorbehaltskäufer in Insolvenz, Seminararbeit 2023, S. 8.

<sup>7</sup> Diehl, Eigentumsvorbehaltskäufer in Insolvenz, Seminararbeit 2023, S. 8.

<sup>8</sup> Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 3. Aufl. 2001, Rn. 7.46 – 7.48; Heidelberger Kommentar zur InsO (Marotzke), 11. Aufl. 2023, § 107 Rn. 21; Jaeger (Jacoby), InsO, 2. Aufl., Band 4, 2022, § 107 Rn. 77 und § 103 Rn. 291-293; Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (Tintelnot), InsO, § 107 Rn. 59-62; Uhlenbruck (D. Wegener), InsO, 15. Aufl. 2019, § 103 Rn. 184 und § 107 Rn. 16 (Erlöschen des Rechts zum Besitz mit der Geltendmachung der „Forderung wegen der Nichterfüllung“ durch den Verkäufer); Münchener Kommentar zur InsO (Vuia), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 107 Rn. 23; Rattunde / Smid / Zeuner (Zeuner), InsO, 4. Aufl. 2019, § 107 Rn. 13. Ähnlich Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (Ahrendt), 9. Aufl. 2022, § 107 Rn. 18

Die Gegenansicht verlangt, dass der EV-Verkäufer vom Vertrag zurücktritt, um die Rückgabe der (aufschiebend bedingt übereigneten) Kaufsache zu erreichen.<sup>9</sup> Dadurch schließt sie eine Kumulation von Erfüllungsinteresse (Verfolgung des Anspruchs auf den (Rest-) Kaufpreis) und Rückgewährinteresse (Rückgabe der Kaufsache) aus. Auf dem ersten Blick scheint diese Auffassung belastbar begründet zu sein. Sie stützt sich zum einen auf § 449 Abs. 2 BGB, wonach außerhalb der Insolvenz der EV-Verkäufer die Sache nur zurückverlangen kann, wenn er zurücktritt. Da diese Regelung aber auf das (zweiseitige) Verhältnis zwischen EV-Käufer und EV-Verkäufer zugeschnitten ist, lässt sich aus ihr für das (Verteilungs-) Verhältnis, das zwischen den Gläubigern des EV-Käufers besteht, keine Erkenntnis gewinnen.<sup>10</sup>

Zum anderen ließe sich für diese Auffassung anführen, dass der Besitz nicht zur Erfüllung des Übereignungsanspruchs, sondern zur Erfüllung des Besitzverschaffungsanspruchs (§ 433 Abs. 1 Satz 1 Var. 1 BGB) an den EV-Käufer übertragen wurde. Damit -- so ließe sich argumentieren -- sei der Besitzverschaffungsanspruch des EV-Käufers erloschen; mithin könne er nicht an der Verrechnung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO teilnehmen; verfolge der EV-Verkäufer im Insolvenzverfahren seinen (Rest-) Kaufpreisanspruch, bleibe das Recht des Käufers zum Besitz erhalten; nur mit dem Rücktritt könne der EV-Verkäufer diese Folge vermeiden.<sup>11</sup> Aber auch diese Erwägung trägt nur wenig Gewicht. Der Besitzverschaffungsanspruch des Kaufvertragsrechts steht nicht selbstständig neben dem Anspruch auf Übereignung (auch wenn der Wortlaut des § 433 Abs. 1 BGB diesen Eindruck zu erwecken vermag); beide Ansprüche gehören untrennbar zusammen. Erfüllt der Verkäufer eine der beiden

---

(Erlöschen des Rechts zum Besitz mit der Geltendmachung der „Forderung wegen der Nichterfüllung“ durch den Verkäufer) und, etwas abweichend, Rn. 21 (Erlöschen des Rechts zum Besitz mit der Ablehnung der weiteren Vertragsdurchführung durch die Insolvenzverwaltung des Käufers).

9 Siehe etwa Münchener Kommentar zur InsO (*Huber*), 4. Aufl., Band 2, 2019, § 103 Rn. 177; *Huber*, Rücktrittsrecht des Vorbehaltsverkäufers in der Insolvenz des Vorbehaltskäufers, NZI 2004, 57 (62).

10 Heidelberger Kommentar zur InsO (*Marotzke*), 11. Aufl. 2023, § 107 Rn. 21.

11 Karsten Schmidt, InsO (*Ringstmeier*), 20. Aufl. 2023, InsO § 107 Rn. 31.

Verpflichtungen (also Übereignung oder Besitzverschaffung), die andere aber nicht, so liegt nicht Teilerfüllung, sondern vollständige Nichterfüllung vor.<sup>12</sup> Von der (Verwertungs-) Entscheidung (der Insolvenzverwaltung des Käufers), das Eigentum an der Kaufsache nicht zu erlangen, wird daher auch die Komponente „Besitzverschaffung“ erfasst. Damit ist ausgeschlossen, dass die Käuferrechte im Insolvenzverfahren vollständig und gegenständlich erfüllt werden. Da dies auch für die Komponente „Besitzverschaffung“ gilt, ist das Recht des Käufers zum Besitz erloschen.

*cc) Anzahlungen des EV-Käufers*

In vielen Fällen wird der EV-Käufer Zahlungen auf den Kaufpreis geleistet haben (vor dem Insolvenzverfahren). Hat der EV-Verkäufer diese Anzahlungen an den EV-Käufer zurückzuzahlen? Drei Antworten, die auf diese Frage gegeben werden, verdienen näher betrachtet zu werden.

*(i) h.M.: Rückgewährverpflichtung des EV-Verkäufers*

Rechtsprechung und überwiegendes Schrifttum sehen den EV-Verkäufer in der Pflicht, die Anzahlungen an den EV-Käufer zurückzuzahlen; ein Rücktritt des EV-Verkäufers vom Vertrag sei hierzu nicht erforderlich. Voraussetzung sei lediglich, dass der EV-Käufer die Kaufsache an den EV-Verkäufer zurückzugeben habe (was aufgrund der Verrechnung der beiderseitigen Vertragspositionen der Fall ist, soeben unter bb).<sup>13</sup> Worauf sich der

---

12 BGH, 21.1.2000, V ZR 387/98: „Nach der gesetzlichen Konzeption ... kann die Leistung des Verkäufers nicht ... zwischen Eigentumsübertragung und Besitzverschaffung“ aufgeteilt werden. „Erfüllt er eine dieser Pflichten nicht, liegt ein Fall der (vollständigen) Nichterfüllung vor, kein Fall der Teilerfüllung.“ -- Ähnlich Staudinger (*Thole*), BGB, § 986 Rn. 23 (Bearbeitung 2019), jedoch ohne hieraus Konsequenzen zu ziehen.

13 BGH, 7.2.2013, IX ZR 218/11, Rn. 10 und 11. -- Aus dem Schrifttum: BeckOK InsO (*Berberich*), 20. Edition 2020, § 103 Rn. 81; *Tintelnot*, Kurzkommentar zu BGH, 7.2.2013, IX ZR 218/11, EWiR 2013, 351 (352). -- Zur Gegenansicht (kein Anspruch des EV-Käufers auf Rückzahlung der Anzahlungen): unten Text unter (iii). -- Vgl. auch Heidelberger Kommentar zur InsO (*Marotzke*), 11. Aufl. 2023, § 103 Rn. 104. Marotzke lehnt zwar eine Verpflichtung der AVP, Teilleistungen der IVP zurückzugewähren, grundsätzlich ab; Rn. 106. Wenn „besondere Umstände“ hinzutreten, bestehe aber eine

Rückzahlungsanspruch des EV-Käufers gründen soll, wird nicht dargelegt. Statt auf eine Anspruchsgrundlage wird darauf verwiesen, dass er den Rückgabeanspruch ausgleiche, den der EV-Verkäufer auf die Kaufsache habe.<sup>14</sup>

Dass es keine Anspruchsgrundlage gibt, auf die dieser Rückzahlungsanspruch gestützt werden könnte, ist der erste Kritikpunkt. Der zweite geht dahin, dass mit der Rückgewährverpflichtung des EV-Verkäufers eine Wirkung angeordnet wird, die nur das Anfechtungsrecht anordnen kann. Da die Voraussetzungen für eine Anfechtbarkeit in keiner Weise gegeben sind, schafft die h.M. ein Super-Anfechtungsrecht, für das es keine Rechtfertigung gibt.<sup>15</sup> Die Insolvenzverwaltung erhält eine Macht über den Vertrag, die es außerhalb der Insolvenz nicht gibt. Man stelle sich z.B. vor, auf den Kaufpreis von 100 EUR habe der EV-Käufer vor dem Insolvenzverfahren 99 EUR angezahlt. Die Insolvenzverwaltung kann diese Anzahlung einfach dadurch zurückholen, dass sie entscheidet, das Anwartschaftsrecht nicht zu Eigentum auszubauen.

Die h.M. schränkt die Rückgewährverpflichtung des EV-Verkäufers ein: Die Rückgewährverpflichtung vermindere sich um die Differenzforderung, die dem

---

Rückgewährpflicht. Zu den besonderen Umständen zählt Marotzke die Verpflichtung des Käufers, den erhaltenen Besitz an der Kaufsache zurück zu übertragen; Rn. 104.

- 14 BGH, 7.2.2013, IX ZR 218/11, Rn. 10: „Der Kläger kann jedoch deshalb dem Grunde nach die Rückzahlung des angezahlten Kaufpreises verlangen, weil die Beklagte ihrerseits den Kaufgegenstand nach § 47 InsO ausgesondert hat.“ Rn. 11: „Sondert der Verkäufer in der Insolvenz des Käufers die Kaufsache aufgrund des bei ihm verbliebenen Eigentums aus, kann der Verwalter seinerseits die Rückgewähr der bereits erbrachten Teilleistungen des Schuldners verlangen.“ Siehe auch Heidelberger Kommentar zur InsO (Marotzke), 11. Aufl. 2023, § 103 Rn. 104; Tintelnot, Kurzkomentar zu BGH, 7.2.2013, IX ZR 218/11, EWiR 2013, 351 (352): Der Rückzahlungsanspruch finde seine Grundlage darin, dass der Verkäufer mit dem Verlangen nach Aussonderung der Kaufsache den Status quo verändere, der bei Eröffnung bestanden habe. Anderer Vorschlag zur Anspruchsgrundlage bei Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht (Ahrendt), 9. Aufl. 2022, § 107 Rn. 21 (Bereicherungsrecht).
- 15 Zur Kritik der h.M., dass Teilleistungen der IVP bei Unteilbarkeit des Vertrags an die IVP zurückzugewähren sind: Heidelberger Kommentar zur InsO (Marotzke), 11. Aufl. 2023, § 103 Rn. 106 (jedoch mit Rn. 104: Rückgewährpflicht „bei Hinzutreten besonderer Umstände“); von Wilmosky, Insolvenzvertragsrecht: Teilleistung des Schuldners vor dem Insolvenzverfahren, KTS 2012, 285 (301-313), m.w.N.

EV-Verkäufer aus § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO zusteht. (In der Rechtsprechung ist dabei statt von Differenzforderung durchweg von Schadensersatzforderung die Rede.) Da der EV-Verkäufer die Anzahlung ja zurückzugewähren hat, wird die Differenzforderung von der vollen Kaufpreisforderung berechnet (und nicht nur von der Restkaufpreisforderung). Der Abzug der Differenzforderung von der zurückzuzahlenden Anzahlung bedeutet, dass der EV-Verkäufer ein Befriedigungsvorrecht an dem Anspruch erhält, den der (insolvente) EV-Käufer auf Rückzahlung der (vor dem Insolvenzverfahren geleisteten) Anzahlungen gegen den EV-Verkäufer hat. Nur soweit die Anzahlung die beschriebene Differenzforderung übersteigt, muss der EV-Verkäufer eine Rückzahlung an den EV-Käufer leisten.<sup>16</sup> Im umgekehrten Fall (die Differenzforderung ist höher als die Anzahlung) ist nichts an den EV-Käufer zurückzuzahlen; vielmehr erhält der EV-Verkäufer auf den Unterschiedsbetrag zwischen Differenzforderung und Anzahlung die Insolvenzquote.

Beispiel: EV-Kaufvertrag; vereinbarter Kaufpreis 100 EUR; Wert der Kaufsache 80 EUR; Anzahlungen des EV-Käufers 15 EUR. Verwertungsentscheidung der Insolvenzverwaltung des Käufers: kein Ausbau des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht. -- Erfüllungsinteresse des EV-Verkäufers: wegen der Rückzahlung der Anzahlung nicht nur die Restkaufpreisforderung (85 EUR), sondern die volle Kaufpreisforderung (100 EUR). Befriedigung zunächst durch Verrechnung gegen den noch nicht erfüllten Übereignungsanspruch (Wert 80). Das ergibt die Differenzforderung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO in Höhe von 20 EUR. --

---

16 BGH, 7.2.2013, IX ZR 218/11, Rn. 12: „Der Kläger [Käufer] kann den Kaufpreis daher nur insoweit zurückverlangen, als dieser den Nichterfüllungsschaden der Beklagten [Verkäuferin] übersteigt.“ (Der BGH-Fall betraf keinen EV-Kaufvertrag, sondern einen Kaufvertrag über ein Grundstück. Das Grundstück war übergeben worden; der Käufer hatte eine Anzahlung geleistet. Die Insolvenzverwaltung des Käufers hatte entschieden, den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks nicht geltend zu machen.) -- Schrifttum: Kübler / Prütting / Bork / Jacoby (*Tintelnot*), InsO, § 107 Rn. 62; Frankfurter Kommentar zur InsO (*B. Wegener*), 9. Aufl. 2018, § 107 Rn. 32 (Aufrechnung des EV-Verkäufers mit seiner Differenzforderung gegen die Rückzahlungsforderung des EV-Käufers); Münchener Kommentar zur InsO (*Ganter*), 4. Aufl., Band 1, 2019, § 47 Rn. 72; BeckOK InsO (*Berberich*), 20. Edition 2020, § 103 Rn. 80.

Verrechnung dieser Differenzforderung mit dem Anspruch des EV-Käufers auf Rückzahlung der Anzahlungen: 20 EUR minus 15 EUR = 5 EUR. Ergebnis: Der EV-Verkäufer kann die Anzahlung (15 EUR) behalten; auf die 5 EUR, die zu seinem Erfüllungsinteresse (20 EUR) verbleiben, erhält er die Insolvenzquote.

Ebenso wenig wie die Verpflichtung des EV-Verkäufers zur Rückgewähr der Anzahlung auf eine Rechtsgrundlage gestützt ist, lässt sich die beschriebene Verringerung der Rückzahlungspflicht rechtlich begründen. Woher ein Verteilungsvorrecht des EV-Verkäufers an dem (mehr erfundenen als hergeleiteten) Rückzahlungsanspruch des EV-Käufers kommen soll, liegt im Dunkeln. Der Abzug von der Differenzforderung des EV-Verkäufers würde auch nur begrenzten Nutzen stiften. In dem oben erwähnten Extrembeispiel (Anzahlung von 99 EUR auf den Kaufpreis von 100 EUR) schränkt sie die Macht der Insolvenzverwaltung des Käufers über den Vertrag nur wenig ein.

Das Konzept, das die Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum zu Anzahlungen des EV-Käufers geschaffen haben, ist nicht zu verteidigen und sollte aufgegeben werden.

*(ii) Teil des Schrifttums: Orientierung an § 326 BGB*

Eine zweite, innerhalb des Schrifttums vertretene Auffassung geht dahin, sich für die Frage, ob der Verkäufer Anzahlungen des Käufers zurückzuzahlen habe, an § 326 Abs. 2 BGB zu orientieren. Die Situation, die durch die Unteilbarkeit der Leistungspflicht des Verkäufers (Übereignung der Kaufsache) entlang der Anzahlung des Käufers und durch die Nichtgeltendmachungs- bzw. Nichtausbauentscheidung der Insolvenzverwaltung des Käufers entstanden sei, lasse sich als Teilunmöglichkeit verstehen. Da diese Teilunmöglichkeit vom Insolvenzschuldners (wegen seiner Insolvenz) sowie von der Insolvenzverwaltung (wegen deren Verwertungsentscheidung) zu verantworten sei, biete innerhalb des Unmöglichkeitrechts § 326 Abs. 2 BGB Orientierung. Im Grundsatz sei der EV-Verkäufer daher nicht zur Rückzahlung der Anzahlung verpflichtet (Satz 1 des § 326 Abs. 2 BGB). Nur wenn er Aufwendungen erspart

habe oder die Kaufsache zu gleichen Konditionen anderweitig absetzen könne, erwachse die Pflicht zur Rückzahlung (Satz 2 des § 326 Abs. 2 BGB).<sup>17</sup>

Kritik: Dass sich ein Vertrag nicht entlang von Teilleistungen, die eine Vertragspartei bereits erbracht haben mag, aufteilen lässt, hat mit Unmöglichkeit nichts zu tun. Dadurch wird weder die Leistung der einen noch die der anderen Seite unmöglich, auch nicht teilweise. -- Die Unteilbarkeit des Vertrags dann überdies als vom Insolvenzschuldner oder dessen Verwalter zu verantwortende Unmöglichkeit zu werten, lässt sich kaum vertreten. Den unteilbaren Vertrag haben beide Seiten geschlossen. Entscheidungen, die im Insolvenzverfahren getroffen werden (wie die Entscheidung, den Vertragsanspruch der IVP trotz der bereits erbrachten Teilleistungen, nicht geltend zu machen), werden im Interesse der Gläubiger und nicht im Interesse des Insolvenzschuldners getroffen.

*(iii) Zutreffende Auffassung: Keine Rückgewährverpflichtung des EV-Verkäufers*

Den Vorzug verdient die dritte Auffassung, die sich zur Rückgewährpflicht der Anzahlung des EV-Käufers vertreten lässt: Warum die Entscheidung der Insolvenzverwaltung des insolventen EV-Käufers, das Anwartschaftsrecht nicht zu Eigentum auszubauen, den EV-Verkäufer zur Rückzahlung erhaltener Anzahlungen verpflichten soll, lässt sich nicht begründen. Eine Rückzahlungsverpflichtung besteht nicht; die Anzahlung bleibt dort, wo sie ist.<sup>18</sup>

*dd) Ergebnis: Verteilung bei Nichausbauentscheidung*

Entscheidet die Insolvenzverwaltung des EV-Käufers, das Anwartschaftsrecht an der Kaufsache nicht zu Eigentum auszubauen, endet das Recht zum Besitz. Die Kaufsache ist an den EV-Verkäufer auszusondern (§§ 985, 986 BGB).

---

17 Zum Ansatz, Teilleistungen des Insolvenzschuldners in unteilbaren Verträgen als „Unmöglichkeit“ zu interpretieren und folglich die Regeln des Unmöglichkeitrechts heranzuziehen: Jaeger (*Jacoby*), InsO, 2. Aufl., Band 4, 2022, § 103 Rn. 60 f. und 231.

18 von *Wilmowsky* (oben Fn. 15).

Der zum Schuldrecht ausgetragene Meinungsstreit, ob dem EV-Käufer nach erfolgter aufschiebend bedingter Übereignung noch ein Anspruch gegen den EV-Verkäufer zustehe oder ob kein solcher Anspruch mehr bestehe, ist für das Insolvenzrecht ohne Bedeutung. Entscheidend ist, dass das Recht des EV-Käufers, das Anwartschaftsrecht zu Eigentum auszubauen, in die Verrechnung der Vertragspositionen nach § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO einbezogen wird.

Die Befriedigung des (Rest-) Kaufpreisanspruchs des EV-Verkäufers erfolgt in zwei Schritten: An dem Wert, den das Recht des EV-Käufers, das Anwartschaftsrecht zu Eigentum auszubauen, besitzt (= Wert der Kaufsache), besteht ein Verteilungsvorrecht des EV-Verkäufers. Die Differenzforderung des § 103 Abs. 2 Satz 1 InsO wird folglich gebildet, indem der Wert des Ausbaurechts vom (Rest-) Kaufpreisanspruch abgezogen wird. Was hiernach als Differenz zugunsten des EV-Verkäufers verbleibt, wird mit der Insolvenzquote befriedigt.

Hatte der EV-Käufer vor dem Insolvenzverfahren eine Anzahlung auf den Kaufpreis geleistet, ist der EV-Verkäufer (entgegen der h.M.) nicht verpflichtet, die Anzahlung zurückzuzahlen.