

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 172728

letzte Aktualisierung: 30. April 2020

InsO § 35; BGB § 516

Schenkungsangebot bei Insolvenz des Angebotsempfängers

I. Sachverhalt

Der vorgesehene künftige Erwerber einer Schenkungsimmobilie ist in Insolvenz. Daher soll statt eines „normalen“ Schenkungsvertrages ein Angebot auf Schenkung beurkundet werden, welches der Erwerber erst nach Ende der Insolvenz annehmen kann.

II. Fragen

1. Verzögert das Vorhandensein eines während seiner Insolvenz nicht annehmbaren Schenkungsangebots zugunsten des Gemeinschuldners die Beendigung des Insolvenzverfahrens?
2. Wirkt sich ein solches Angebot insolvenzrechtlich irgendwie nachteilig für den Angebotsempfänger aus?
3. Macht es einen Unterschied, ob die Annahme erst erfolgen kann
 - „nach Abschluss des Insolvenzverfahrens“ oder
 - ab einem bestimmten Datum, welches voraussichtlich nach Abschluss des Insolvenzverfahrens liegt?

III. Zur Rechtslage

1. Es bietet sich an, hinsichtlich der Annahme des Schenkungsangebotes vier Zeiträume zu unterscheiden: Denjenigen vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Buchst. a), während des laufenden Insolvenzverfahrens (Buchst. b), nach Abschluss des Insolvenzverfahrens innerhalb der Wohlverhaltensperiode (§ 287 Abs. 2 InsO), falls eine Restschuldbefreiung beantragt wurde (§ 300 InsO; Buchst. c), sowie den Zeitraum nach einer etwa erteilten Restschuldbefreiung (Buchst. d).
 - a) Nimmt der spätere Insolvenzschuldner **vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens** ein ihm unterbreitetes Schenkungsangebot nicht an, so stellt sich die Frage einer **Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO**, wenn das Insolvenzverfahren später eröffnet wird. Voraussetzung einer erfolgreichen Insolvenzanfechtung ist in jedem Falle aber das Vorliegen einer objektiven Gläubigerbenachteiligung. Diese ist gegeben, wenn die Befriedigung der Insolvenzgläubiger verkürzt, vermindert, vereitelt, erschwert,

gefährdet oder verzögert wird. Es muss also festgestellt werden, dass sich die Befriedigung der Gläubiger im Falle des Unterbleibens der angefochtenen Handlung günstiger gestaltet hätte (s. nur BGH NZI 2016, 262; BGH ZIP 2016, 279; Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2019, § 129 Rn. 160 m. w. N.). In der Nichtannahme des Angebots müsste eine anfechtbare Gläubigerbenachteiligung in Form des Unterlassens (§ 129 Abs. 2 InsO) gesehen werden können. Die einhellige Meinung nimmt aber an, dass ein anfechtbares Unterlassen ausscheidet, wenn bloße, bis dahin nicht rechtlich gesicherte Erwerbsmöglichkeiten nicht wahrgenommen werden (vgl. hierzu sogleich lit. b)), da diese nicht zu einer Minderung des Schuldnervermögens führen, sondern lediglich dessen Mehrung verhindern (BGH ZIP 2016, 630; BGH NZI 2009, 429; Überblick: Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 129 InsO Rn. 119 ff.). Daraus folgt auch die Unanfechtbarkeit der Nichtannahme des Angebots zu einer Schenkung, selbst wenn sie in der Absicht erfolgt, die Gläubiger zu benachteiligen. Begründend wird weiterhin § 517 BGB herangezogen, wonach eine Schenkung nicht vorliegt, wenn jemand auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet (hierzu Uhlenbruck/Borries/Hirte, § 129 InsO Rn. 197).

- b) Gilt ein dem Schuldner unterbreitetes bindendes Vertragsangebot (§ 145 BGB) auch **während der Dauer des Insolvenzverfahrens**, so stellt sich die Frage, ob die Annahmemöglichkeit als Neuerwerb gem. § 35 Abs. 1 Var. 2 InsO zur Insolvenzmasse gehört und deswegen eine Annahme lediglich durch den Insolvenzverwalter erfolgen kann oder ob die Annahme des Schenkungsangebots weiterhin ausschließlich dem Schuldner zusteht, da es sich insoweit um insolvenzfreies Vermögen handelt. Der BGH hat in seinem instruktiven Urteil vom 26.2.2015 (IX ZR 174/13 = NZI 2015, 376 Rn. 17 ff.) hierzu Folgendes ausgeführt:

„Ob der Schuldner nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen ein ihm persönlich unterbreitetes Vertragsangebot annehmen kann oder ob die Annahme des Angebots dem Insolvenzverwalter vorbehalten ist, hängt davon ab, ob die durch das Angebot vermittelte Rechtsposition zur Masse gehört und damit Neuerwerb i. S. v. § 35 Abs. 1 InsO ... darstellt.

Ein Vertragsangebot verschafft dem Empfänger eine rechtlich geschützte Position. Gem. § 145 BGB ist der Antragende an den Antrag gebunden, wenn er die Bindung nicht ausgeschlossen hat. Gem. § 146 BGB erlischt der Antrag erst, wenn er abgelehnt oder nicht nach den §§ 147-149 BGB rechtzeitig angenommen wird.

Zur Masse gehört die Rechtsposition des Angebotsempfängers nach den allgemeinen Regeln (§§ 35, 36 InsO) dann, wenn sie abtretbar (§ 398 ff. BGB) und damit pfändbar (§ 851, 857 ZPO) ist. Ob dies der Fall ist, lässt sich nicht generell, sondern nur für den jeweiligen Einzelfall durch **Auslegung der Parteierklärungen** (*Hervorhebung durch DNotI*) entscheiden ... Sehr oft wird ein Vertragsangebot, das sich an einen bestimmten Angebotsempfänger richtet, ausschließlich für diesen bestimmt sein. Eine Abtretung kommt dann nicht in Betracht. ... Es gibt jedoch Ausnahmen. Nach der Rechtsprechung des RG kann das aus der Gebundenheit des Antragenden folgende Recht des

Angebotsempfängers jedenfalls dann abgetreten werden, wenn Letzterem die entsprechende Befugnis vertraglich eingeräumt worden ist (RGZ 111, 46, 47; RG NJ 1914, 350). Hat der Antragende sich ausdrücklich oder den Umständen nach damit einverstanden erklärt, dass der Angebotsempfänger an einen beliebigen Dritten weiterleiten kann, wird ihm diese Dritte nicht ohne oder gegen seinen Willen aufgedrängt. ...“

Diese Linie der Rechtsprechung des BGH ist in der Literatur zumeist zustimmend rezipiert worden (s. etwa Staudinger/Bork, BGB, 2015, § 153 Rn. 16; Uhlenbruck/Hirte/Praß, § 35 InsO Rn. 21 ff.). Dabei wird zusätzlich darauf hingewiesen, dass als Vorfrage der Auslegung zu klären ist, ob der unterbreitete Antrag auch für den Insolvenzfall gelten soll (z. B. Staudinger/Bork, § 153 BGB Rn. 16).

Jedenfalls durch eine entsprechende ausdrückliche Bestimmung im zu beurkundenden Angebot **kann** auf der Linie der herrschenden Rechtsprechung und Literatur klar gestellt werden, dass die Annahme des Angebots durch einen anderen oder **die Abtretung des Angebots ausdrücklich ausgeschlossen werden**. Dann gehört die Rechtsposition des Erwerbers nicht zu Insolvenzmasse. Kann das Angebot entsprechend ausgestaltet werden, **so bewirkt aber auch die weitere Bestimmung, das Angebot sei während der Insolvenz des Erwerbers nicht annehmbar**, nach unserer Einschätzung **keine Verzögerung der Beendigung des Insolvenzverfahrens**. Denn es geht dann um eine Vermögensposition, die ohnehin nicht der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nach § 80 InsO untersteht. Weitere insolvenzrechtliche Nachteile aufgrund des Ausgestaltungsangebotes oder dessen Nichtannahme während des Insolvenzverfahrens vermögen wir nicht zu erkennen.

- c) Weiter ist der **Zeitraum nach Abschluss des Insolvenzverfahrens während der Wohlverhaltensperiode (§ 287 Abs. 2 InsO)** zu betrachten, falls der Schuldner Restschuldbefreiung beantragt hat (§ 287 InsO).

Würde der Erwerber nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, aber während der Dauer der Wohlverhaltensperiode das Schenkungsangebot annehmen, so wäre zu beachten: Anlass für eine Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO wäre eine derartige Annahme des Schenkungsangebots sowie der darauf folgende Erwerb des Grundstückes nicht. Denn „Gegenstände der Masse“ i. S. v. § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO sind nur solche Gegenstände, die während des Insolvenzverfahrens zum Vermögen des Schuldners gehörten, also entweder schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung im Eigentum des Schuldners standen oder bis zur Aufhebung des Verfahrens (vgl. § 200 InsO) in sein Vermögen gelangt sind (BGH ZIP 2008, 322). Damit können Gegenstände, die erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens in das Vermögen des Schuldners gelangt sind, nicht Gegenstände einer Nachtragsverteilung sein; denn diese haben nie zur Insolvenzmasse gehört (Uhlenbruck/Wegener, § 203 InsO Rn. 11 m. w. N.).

Allerdings erlegt **§ 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO** während des Laufs der Wohlverhaltensperiode dem Schuldner die Obliegenheit auf, solches Vermögen, das er von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht erwirbt, zur Hälfte des Wertes an den bestellten Treuhänder (vgl. § 288 InsO) herauszugeben. Hier kommt ein **Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht** in Betracht. Ob ein im Rahmen des § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO relevanter Erwerb insoweit vorliegt, richtet sich danach, ob die Vertragsschließenden einen künftigen Erbgang vorwegnehmen wollten. Da die

Formulierung an § 1374 Abs. 2 BGB angelehnt ist, kann die Auslegung letzterer Vorschrift auch für § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO fruchtbar gemacht werden (MünchKommInsO/Ehricke, 3. Aufl. 2014, § 295 Rn. 58; Uhlenbruck/Sternal, § 295 InsO Rn. 23 m. w. N.). Erfasst ist etwa eine Hofübergabe, die Übernahme eines Unternehmens durch einen Abkömmling und auch die vorzeitige Übertragung von Grundstücken (MünchKommInsO/Ehricke, § 295 Rn. 59; s. auch Palandt/Brudermüller, BGB, 78. Aufl. 2019, §§ 1374-1376 Rn. 14). Dass ein derartiger Erwerb mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht hier vorliegt und auch kautelarjuristisch kaum auszuschließen ist, dürfte naheliegend sein. Letztlich ist dies aber eine von uns nicht abschließend zu beurteilende Frage der Umstände des Einzelfalles. Würde also der Erwerber das Schenkungsangebot während des Laufs der Wohlverhaltensperiode annehmen, dann würde die Herausgabepflicht hinsichtlich des hälftigen Wertes nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO eingreifen, wenn die genannte tatbestandliche Voraussetzung im konkreten Fall erfüllt ist.

Wenn sich der Erwerber umgekehrt im Hinblick auf § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO dazu entschließt, das unterbreitete Schenkungsangebot auch während des Laufs der Wohlverhaltensperiode noch nicht anzunehmen, käme es darauf an, ob dieses Unterlassen eines Vermögenserwerbs ebenfalls eine Obliegenheitsverletzung des Schuldners darstellen und durch die Versagung der Restschuldbefreiung (§ 296 InsO) sanktioniert werden könnte. In diesem Zusammenhang ist § 83 InsO von Bedeutung, wonach die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder auch während des laufenden Verfahrens angefallen ist, alleine dem Schuldner zusteht. Die Regelung will insoweit die alleinige persönliche Entscheidungsfreiheit des Schuldners schützen. Hieraus hat der BGH gefolgert, dass die Ausschlagung einer Erbschaft – ebenso eines Vermächtnisses oder die Nichtgeltendmachung eines Pflichtteilsanspruches - keine Obliegenheitsverletzung i. S. v. § 295 InsO darstellt (BGH NZI 2009, 563; BGH NZI 2011, 329; zustimmend etwa Uhlenbruck/Sternal, § 295 InsO Rn. 25; HK-Insolvenzrecht/Streck, 7. Aufl. 2019, § 295 InsO Rn 10 m. w. N.). Gegen die h. M. und für die Annahme einer Obliegenheitsverletzung durch Ausschlagung einer Erbschaft hat sich mit ausführlicher, insbesondere auf eine Interessenabwägung rekurrierenden Argumentation insbesondere *Thora* (ZinsO 2002, 176 ff.) gewendet. Er macht u. a. geltend, man könne nicht die unbeschränkte bürgerlich rechtliche Vermögenshaftung zum zivilrechtlichen Grundsatz erheben und sie dann im Insolvenzrecht „ohne Not“ übergehen. § 83 Abs. 1 InsO gelte nur während des noch laufenden Insolvenzverfahrens. In der Rechtsprechung haben diese Einwände bislang keinen Widerhall gefunden. Es leuchtet übrigens auch wenig ein, dem Schuldner während des laufenden Insolvenzverfahrens geringere Einschränkungen aufzuerlegen als während der nachgelagerten Wohlverhaltensperiode. Die Rücksichtnahme auf den Schuldner beruht auf dessen verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen (vgl. Foerste, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2018, Rn 527). Für die Praxis wird man nach dem Gesagten mit gut vertretbaren Gründen die Linie der std. Rspr. zugrunde legen dürfen.

Hieraus ist nach unserer Einschätzung **abzuleiten, dass auch die Nichtannahme eines Angebots zu einer lebzeitigen Schenkung während des Laufs der Wohlverhaltensperiode keine Obliegenheitsverletzung darstellt.** Die uns zugängliche Rechtsprechung und Literatur hat diese weitere Schlussfolgerung allerdings nicht ausdrücklich bestätigt. Sie erscheint angesichts der zitierten Rechtsprechung des BGH zum Erwerb von Todes wegen aber konsequent. Für eine abweichende Behandlung einer Schenkung unter Lebenden ist keine wertungsmäßige Rechtfertigung zu erkennen.

Anzumerken bleibt noch, dass die Herausgabeobligiertheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO nicht greift, falls der Gegenstand des Erwerbs nicht pfändbares Vermögen ist. Nicht pfändbares Vermögen fällt nicht in die Insolvenzmasse nach §§ 35, 36 InsO. Daher unterliegt solches Vermögen auch nicht der Herausgabeobligiertheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO (LG Stuttgart BeckRS 2010, 22454; Reul, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 5 Rn. 260; Hartmann, ZNotP 2005, 82, 83 f.).

- d) Nimmt der Erwerber schließlich das Schenkungsangebot **nach Ablauf der Wohlverhaltensperiode** an, so würden hieraus, soweit wir sehen, keine insolvenzrechtlichen Nachteile erwachsen. Eine Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO käme nicht in Betracht (s. o.). Allerdings bliebe im Grundsatz das freie Nachforderungsrecht der Insolvenzgläubiger (§ 201 InsO) unberührt, sodass diese in dem nach Abschluss der Wohlverhaltensperiode erworbenen Gegenstand vollstrecken könnten. Wurde eine Restschuldbefreiung erteilt (§ 301 InsO), so würde dieses Nachforderungsrecht nur zugunsten der nach § 302 InsO von den Wirkungen der Restschuldbefreiung ausgenommenen Forderungen gelten. Ferner könnten Neugläubiger in den erworbenen Gegenstand vollstrecken.
2. **Im Ergebnis** verzögert also das Vorhandensein eines Schenkungsangebots die Beendigung des Insolvenzverfahrens nach unserer Einschätzung nicht – unabhängig davon, ob es ausdrücklich als während der Insolvenz nicht annehmbar ausgestaltet ist oder nicht. **Wesentlich** ist jedenfalls, dass die **Abtretbarkeit des Angebots ausdrücklich ausgeschlossen wird** und das Angebot nur höchstpersönlich durch den Angebotsempfänger angenommen werden kann. Inwieweit eine Vererblichkeit der Rechtsposition der Angebotsempfänger gegeben sein soll, sollte ebenfalls mit dem Anbietenden geklärt und im Angebot geregelt werden. Nimmt der Erwerber das Schenkungsangebot zwar nach Abschluss des Insolvenzverfahrens, aber während des Laufs der Wohlverhaltensperiode an, so hat er mit der Herausgabeobligiertheit nach § 295 Abs. 1 Nr. 2 InsO zu rechnen. Weitere insolvenzrechtliche Nachteile vermögen wir nicht zu erkennen. Ist die Abtretbarkeit des Angebotes ausgeschlossen, so ist für die Beantwortung der vorgenannten Fragen auch unerheblich, ob die Annahme des Angebotes nach den Angebotsbedingungen erst nach Abschluss des Insolvenzverfahrens erfolgen kann oder ab einem bestimmten Datum, das voraussichtlich nach Abschluss des Insolvenzverfahrens liegt. Sieht man vom Nachforderungsrecht der Gläubiger nach Maßgabe von § 201 InsO oder alternativ (bei erteilter Restschuldbefreiung) in den Grenzen des § 302 InsO ab, so wäre im Falle der Erteilung einer Restschuldbefreiung **insolvenz sicher jedenfalls erst eine Annahme des Schenkungsangebots, wenn nicht nur der Abschluss des Insolvenzverfahrens, sondern auch der Ablauf der Wohlverhaltensperiode nach § 287 Abs. 2 InsO zuvor abgewartet werden würde.**