DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

InsO §§ 80, 106, 315; BGB §§ 883, 888, 1936 – Rückabwicklung eines Überlassungsvertrags aufgrund vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts bei Insolvenz und nachfolgendem Vorversterben des Übernehmers

GBO §§ 13, 15 Abs. 2 – Antragsrecht des Käufers bzgl. Löschung einer Belastung, die der Verkäufer zu löschen hat

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 912, 985 – Zu dulddender Überbau: Eigentumszuordnung bzgl. Gebäudeteil auf Nachbargrundstück, wenn Gebäude auf Stammgrundstück vollständig abgebrochen wird

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

InsO §§ 80, 106, 315; BGB §§ 883, 888, 1936 Rückabwicklung eines Überlassungsvertrags aufgrund vormerkungsgesicherten Rückforderungsrechts bei Insolvenz und nachfolgendem Vorversterben des Übernehmers

I. Sachverhalt

2012 übertrugen die Eheleute M und F ihrem Sohn (S) ein Einfamilienhaus im Wege der vorweggenommenen Erbfolge. Im Gegenzug behielten sich M und F einen Nießbrauch als Gesamtgläubiger i. S. d. § 428 BGB vor, des Weiteren ein Rückübertragungsrecht in den üblichen Fällen. Als Rücktrittsgründe wurden u. a. vereinbart: Verstoß des Sohnes gegen die übernommene Verpflichtung, über den erworbenen Grundbesitz nicht zu verfügen, Verfügung im Zwangswege inbegriffen; Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Ver-

mögen des Sohnes; Vorversterben des Sohnes vor den Eltern.

Der Nießbrauch wurde 2012 im Grundbuch erstrangig eingetragen, zweitrangig wurde noch im selben Jahr das Rückübertragungsrecht der Eltern durch eine Rückübertragungsvormerkung im Grundbuch abgesichert. Im März 2018 wurde im Grundbuch hinter den beiden vorgenannten Rechten eine Zwangssicherungshypothek für das Bundesland Nordrhein-Westfalen wegen rückständiger Steuerschulden des Sohnes in Abt. III des Grundbuchs eingetragen, im November 2019 in Abt. II des Grundbuchs nach den vorgenannten Rechten ein Insolvenzvermerk („Über das Vermögen des S wurde das Insolvenzverfahren eröffnet.“). Im Juni 2020 verstarb S unerwartet.

M und F möchten das Rücktrittsrecht aus dem vorgenannten Übertragungsvertrag geltend machen und die Rückübertragung der Immobilie sowie die Löschung der Rechte (Zwangshypothek und Insolvenzvermerk) im Grundbuch erreichen. Der Wert der Immobilie beträgt heute ca. 250.000 €.

Der Nachlass des S ist mit weit über 300.000 € verschuldet, sodass alle Erben des S die Erbschaft ausschlagen werden. Da S keine Verfügung von Todes wegen errichtet hat, tritt gesetzliche Erbfolge ein. Gesetzliche Erben sind die Ehefrau und die beiden Kinder des S aus einer vorangegangenen, inzwischen geschiedenen Ehe.

II. Fragen

1. Wem gegenüber müssen M und F den Rücktritt erklären und wer muss mit M und F nach Ausübung des Rücktrittsrechts an der Rückauflassung der Immobilie mitwirken? Der Insolvenzverwalter oder die Erben?
2. Ist der Insolvenzverwalter als Adressat der Rücktrittserklärung zur Mitwirkung an der Rückauflassung verpflichtet oder könnte er die Mitwirkung berechtigterweise kraft Insolvenzrechts verweigern?
3. Was wäre, wenn alle Erben die Erbschaft ausschlugen und letztlich der Staat zum Erben würde?
4. Könnte das Land Nordrhein-Westfalen aus irgendeinem Grund die Löschung der Zwangssicherungshypothek auf Antrag der Eltern gem. § 888 BGB verweigern?

III. Zur Rechtslage

1. Übergang des Regelinsolvenzverfahrens ins Nachlassinsolvenzverfahren

Infolge des Versterbens des Insolvenzschuldners (S) ging das zuvor bereits eröffnete Regelinsolvenzverfahren in ein Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO über (allg. Ansicht; s. BGH NJW 2017, 3521 Rn. 42; NJW 2014, 389 Rn. 12; MünchKommInsO/Siegmann/Scheuing, 4. Aufl. 2020, Vor §§ 315 ff. Rn. 3 m. w. N.). Soweit nicht die §§ 315 ff. InsO abweichende Vorschriften enthalten, gelten im Nachlassinsolvenzverfahren die **allgemeinen Vorschriften** über das Regelinsolvenzverfahren (Uhlenbruck/Lüer/Weidmüller, InsO, 15. Aufl. 2019, § 315 Rn. 1), insbesondere die §§ 80 ff. InsO. Der im konkreten Fall zurückzuübertragende Grundbesitz ist im Nachlassinsolvenzverfahren also weiterhin gem. § 35 Abs. 1 Var. 1 InsO Bestandteil der Insolvenzmasse. Über diese Insolvenzmasse **kann gem. § 80 Abs. 1 InsO nur der Nachlassinsolvenzverwalter verfügen**. Die Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners bzw. seiner Erben ist hinsichtlich dieser Insolvenzmasse ausgeschlossen.

Daraus folgt u. E., dass die Eltern M und F den **Rücktritt gegenüber dem Nachlassinsolvenzverwalter** zu erklären haben. Denn nur der Nachlassinsolvenzverwalter kann die durch die Rücktrittserklärung aktualisierte Rückübertragungsverpflichtung aus der Insolvenzmasse erfüllen. Den Erben des S wäre dies hingegen nicht möglich, da ihnen bzgl. der Insolvenzmasse des

Nachlassinsolvenzverfahrens die Verfügungsbefugnis entzogen ist (s. nur Uhlenbruck/Mock, § 80 Rn. 14 f.). Begrifflich ist von der Insolvenzmasse des Nachlassinsolvenzverfahrens das Eigenvermögen der Erben zu unterscheiden, das an sich – also ohne gesonderte Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Eigenvermögen des Erben – selbstverständlich nicht dem Insolvenzbeschlagn unterliegt (vgl. § 331 InsO). Der zurückzuübertragende Grundbesitz fällt jedoch in die Insolvenzmasse des Nachlassinsolvenzverfahrens.

Dementsprechend muss der **Insolvenzverwalter** des Nachlassinsolvenzverfahrens auch auf Veräußererseite an der **Rückauflassung** der Immobilie mitwirken. Die Mitwirkung der Erben des S wäre dagegen unbehelflich, da ihnen gem. §§ 315 ff., 80 Abs. 1, 35 Abs. 1 Var. 1 InsO die Verfügungsbefugnis entzogen ist.

2. Verpflichtung des Nachlassinsolvenzverwalters zur Rückübereignung

Durch Ausübung des Rücktrittsrechts wegen Insolvenz oder Vorversterbens des S entsteht für die Übergeber ein Anspruch auf Änderung der dinglichen Rechtslage in Form der Rückübereignung des Grundbesitzes. Wäre dieser Anspruch nicht durch Eintragung einer **Vormerkung gem. § 883 BGB** gesichert worden, so könnte dessen Erfüllung in der Tat kraft Insolvenzrechts verweigert werden: Die Übergeber wären in diesem Fall gewöhnliche, ungesicherte Insolvenzgläubiger i. S. v. § 38 InsO. Sie könnten ihre Forderung nur nach den Vorschriften über das Insolvenzverfahren verfolgen (§ 87 InsO). Dies würde bedeuten, dass ihre vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandene Rückübertragungsforderung nicht mehr in voller Höhe, sondern nur aus der Insolvenzmasse gemeinschaftlich mit den anderen Insolvenzforderungen in Höhe der Insolvenzquote befriedigt werden könnte. Zu diesem Zweck wäre die Rückübertragungsforderung zur Insolvenztabelle anzumelden (vgl. §§ 1, 38 f., 174 ff. InsO). Der Rückübereignungsanspruch müsste bei Anmeldung zur Insolvenztabelle in Geld umgerechnet und mit dem Schätzwert geltend gemacht werden (§ 45 S. 1 InsO; s. Assmann, Die Vormerkung, 1998, S. 238; Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 27).

Im konkreten Fall stellt sich die Rechtslage für die Übergeber aber grundsätzlich anders und günstiger dar, da ihr Rückforderungsanspruch bereits längere Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch eine Rückübertragungsvormerkung gem. § 883 BGB im Grundbuch gesichert worden ist. Deswegen können die Übergeber (Eltern) vom Nachlassinsolvenzverwalter für ihren Rückforderungsanspruch **Befriedigung aus der Insolvenzmasse** verlangen (§ 106 Abs. 1 S. 1 InsO). Im Umfang der Sicherungswirkung der Vormerkung

gem. § 883 BGB schließt § 106 Abs. 1 S. 1 InsO auch die Ausübung des Insolvenzverwalterwahlrechts nach § 103 InsO mit dem dort normierten Recht zur Erfüllungsablehnung (§ 103 Abs. 2 InsO) aus (s. etwa BGH NJW 1998, 2134, 2136; NZI 2006, 350 Rn. 14; Uhlenbruck/Wegener, § 106 Rn. 33).

Dementsprechend ist der Insolvenzverwalter im vorliegenden Fall gem. § 106 Abs. 1 S. 1 InsO verpflichtet, den vorgemerkten Anspruch gegenüber dem Vormerkungsberechtigten so zu erfüllen, wie es außerhalb des Insolvenzverfahrens der Schuldner tun müsste. Folglich hat er den Übergebern das Eigentum am Grundstück zu verschaffen, indem er die **Auflassung** erklärt (§§ 873 Abs. 1, 925 BGB) und die erforderliche Eigentumsumschreibung bewilligt (§ 19 GBO; s. etwa OLG Frankfurt BeckRS 2006, 00146).

3. Insolvenzanfechtung?

Schließlich scheidet u. E. im vorliegenden Fall auch eine Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO aus, die dem Erfüllungsverlangen der Übergeber etwa einredeweise entgegengehalten werden könnte (vgl. § 146 Abs. 2 InsO). Zwar ist im Grundsatz anerkannt, dass eine zugunsten des Gläubigers eingetragene Vormerkung nicht aufgrund des § 106 InsO zur Verstärkung des schuldrechtlichen Anspruchs selbst führt. Ist der vormerkungsgesicherte Anspruch in insolvenzrechtlich anfechtbarer Weise erlangt worden, so kann also der Insolvenzverwalter gleichzeitig auch die zum gesicherten Anspruch akzessorische Vormerkung durch eine Anfechtung beseitigen (BGH DNotZ 1989, 86, 87; NJW 1978, 1437, 1438; RGZ 68, 150 – jew. noch zum inhaltsgleichen § 24 KO a. F.; umfassend BeckOGK-BGB/Assmann, Std.: 1.8.2020, § 883 Rn. 282 ff. mit weiteren Einzelheiten). Für eine durchgreifende Insolvenzanfechtung nach §§ 129 ff. InsO **fehlt** es jedoch an der allgemeinen **Voraussetzung der objektiven Gläubigerbenachteiligung**. Diese ist gegeben, wenn entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird. Die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger müssen also ohne die angefochtene Rechtshandlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger sein (s. etwa BGH NZI 2019, 392 Rn. 9 ff.; NJW 2008, 655 Rn. 18; MünchKommInsO/Kayser/Freudenberg, 4. Aufl. 2019, § 129 Rn. 77 m. w. N.). Eine objektive Gläubigerbenachteiligung kann jedoch nicht damit begründet werden, dass dem Schuldner (S) mehr hätte geschenkt oder ein Geschenk ohne Belastung (vormerkungsgesichertes Rückforderungsrecht) hätte überlassen werden müssen (BGH DNotZ 2008, 518 Rn. 18 m. Anm. Amann; s. bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 57, 59 f.).

Im Ergebnis muss deswegen der Insolvenzverwalter u. E. ohne Verweigerungsmöglichkeit an der Rückkauflassung des Grundstücks auf die Übergeber mitwirken.

4. Rechtslage im Fall des Fiskuserbrechts (§ 1936 BGB)

Ist zur Zeit des Erbfalls kein Verwandter, Ehegatte oder Lebenspartner des Erblassers vorhanden, so erbt gem. § 1936 S. 1 BGB das Land, in dem der Erblasser zur Zeit des Erbfalls seinen letzten Wohnsitz oder, wenn ein solcher nicht feststellbar ist, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Im Übrigen erbt der Bund (§ 1936 S. 2 BGB). Das Fiskuserbrecht findet insbesondere in dem Fall Anwendung, dass sämtliche vorhandenen, zum Zeitpunkt des Erbfalls lebenden Verwandten oder Ehegatten ausschlagen und damit als vorverstorben gelten (vgl. § 1953 Abs. 1, 2 BGB; MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl. 2020, § 1936 Rn. 6). Es bleibt allerdings zu beachten, dass das im unterbreiteten Sachverhalt als Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO fortzuführende Regelinsolvenzverfahren unabhängig von der Tatsache abzuwickeln ist, wer der konkrete Erbe des S wird. Sollte dies letztlich der Fiskus sein, dann gilt insoweit keine Sonderregelung. Auch der Fiskus als letzter gesetzlicher Zwangserbe könnte übrigens – falls hier noch kein Insolvenzverfahren eröffnet worden wäre – die Eröffnung eines Nachlassinsolvenzverfahrens gem. §§ 315 ff. InsO unter den gesetzlichen Voraussetzungen beantragen (vgl. die Sachverhaltsgestaltung bei AG Freiburg NZI 2019, 566).

Mithin wären u. E. auch dann, wenn infolge der Ausschlagung aller vorrangigen Erben der Fiskus erbte, **das bereits laufende Nachlassinsolvenzverfahren gem. §§ 315 ff. InsO fortzuführen** und die Stellung des Nachlassinsolvenzverwalters durch eine Erbenstellung des Landes nicht beeinträchtigt. Es bliebe also in diesem Fall dabei, dass der **Nachlassinsolvenzverwalter** wegen seiner erbenverdrängenden Verfügungsbefugnis richtiger **Adressat der Rücktrittserklärung** wäre und seinerseits an der **Rückkauflassung** mitzuwirken hätte.

Eine etwa einschlägige vertragliche Ausschlussfrist für die Ausübung des Rückforderungsrechts ist jedenfalls zu beachten. Unter Umständen dürfte es sich schon deswegen nicht empfehlen, die Ausübung des Rückforderungsrechts bis zur endgültigen Klärung der Erbfolge nach S zu verzögern.

5. Löschung der vormerkungswidrigen Zwangssicherungshypothek; denkbare Einwendungen und Einreden

Im Grundsatz setzt sich eine bereits eingetragene Rückkauflassungsvormerkung gegenüber einer nachrangigen (§ 883 Abs. 3 BGB) und als Maßnahme der Zwangs-

vollstreckung vormerkungswidrigen (§ 883 Abs. 2 S. 2 BGB) Zwangssicherungshypothek i. S. v. § 867 ZPO durch (OLG Koblenz NotBZ 2011, 56 = BeckRS 2010, 24276; Staudinger/Kessler, BGB, 2020, § 883 Rn. 250 m. w. N.). Der Vormerkungsgläubiger kann also gem. **§ 888 Abs. 1 BGB** vom nachrangigen Grundpfandrechtsgläubiger die Löschung der Zwangssicherungshypothek verlangen.

Dem Zustimmungsanspruch gem. § 888 Abs. 1 BGB können in unterschiedlicher Weise **Einwendungen und Einreden des Anspruchsgegners** entgegengesetzt werden (Überblick bei Staudinger/Kessler, § 888 Rn. 60 ff.):

- Das Land Nordrhein-Westfalen als Grundpfandrechtsgläubiger könnte selbstverständlich alle Einwendungen gegen die Wirksamkeit der Vormerkung als solche geltend machen. Es könnte sich also bspw. damit verteidigen, dass der Vormerkung kein sicherungsfähiger Anspruch zugrunde liege.

- Weiter stünden dem Land die Einreden zu, die ggf. aus einem persönlichen Rechtsverhältnis zwischen ihm und den vormerkungsberechtigten Übergebern resultieren.

- Ferner könnte das Land in Analogie zu §§ 768, 1137, 1211 BGB dem Anspruch aus § 888 Abs. 1 BGB grundsätzlich alle Einreden entgegensetzen, die dem Schuldner (S) gegenüber dem gesicherten Anspruch zugestanden hätten (BGH DNotZ 2016, 285 Rn. 12; NJW 2000, 3496).

- Schließlich stünde dem Land in Analogie zu §§ 770 Abs. 1, 1137, 1211 BGB eine dilatorische Einrede zu, wenn und solange der persönliche Schuldner (S bzw. dessen Erben) berechtigt wäre, das dem vorgemerkten Anspruch zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten oder davon zurückzutreten.

Aus dem Sachverhalt ist für uns **nicht ersichtlich**, dass eine dieser denkbaren Einreden durchgreifen würde. Freilich müsste eine entsprechende Prüfung sämtliche Umstände des Einzelfalls einbeziehen.

Ungünstiger würde sich die Rechtslage für die Übergeber lediglich dann darstellen, wenn es sich bei der durch Zwangssicherungshypothek gesicherten Steuerschuld um eine **Grundsteuerschuld** handelte: Der durch Vormerkung gesicherte Rückübertragungsanspruch fällt nämlich über § 48 ZVG in die Rangklasse des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG (Böttcher, in: Böttcher, ZVG, 6. Aufl. 2016, § 10 Rn. 49). Demgegenüber handelt es sich bei der Grundsteuer gem. § 12 GrStG, § 54 GBO um eine öffentliche Last, die in dem durch § 10 Abs. 1 Nr. 3

ZVG festgelegten Umfang ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück mit Vorrang vor der Vormerkung verschaffen würde. Da allerdings nach dem Sachverhalt der Steuergläubiger das Bundesland ist, das Aufkommen der Grundsteuer jedoch den Gemeinden zusteht (§ 1 GrStG), gehen wir von einer andersartigen Steuerschuld aus. Ist diese keine öffentliche Last i. S. v. § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG, so greift die vorgenannte Beeinträchtigung des Vormerkungsschutzes nicht. Dann könnte auch aus diesem Grund – etwa wegen eines geltend gemachten Zurückbehaltungsrechts – die Löschung der Zwangssicherungshypothek gem. § 888 BGB nicht verweigert werden.