



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 51/02

Verkündet am:
27. Mai 2003
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

GesO §§ 5, 7; KO § 6

Auch mit der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens erlischt eine vom Schuldner erteilte Vollmacht.

KO § 15 Satz 1, § 17 Abs. 1; GesO § 9 Abs. 1 Satz 1

- a) Erbringt die Partei eines gegenseitigen Vertrages eine Vorleistung, so handelt es sich bei dem Anspruch auf Rückzahlung für den Fall der Nichtdurchführung des Vertrages um eine bedingte, nicht um eine künftige Forderung.
- b) Die Abtretung eines solchen Anspruchs ist regelmäßig insolvenzfest; in ihr liegt weder eine insolvenzabhängige Lösungsklausel, noch stellt der Rückzahlungsanspruch eine originäre Massforderung dar, noch beeinflusst die Abtretung des Anspruchs das Wahlrecht des Verwalters in unzulässiger Weise.

BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 - IX ZR 51/02 - KG Berlin
LG Berlin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Februar 2003 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Dr. Fischer, Dr. Ganter und Kayser

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Kammergerichts vom 31. Januar 2002 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der Zivilkammer 9 des Landgerichts Berlin vom 20. Juli 2000 wird zurückgewiesen.

Der Beklagte trägt die Kosten der Rechtsmittelzüge.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 20. Dezember 1995 verkaufte die B.
(B. vermögen, fortan: Verkäuferin) an
M. (fortan: Käufer oder Schuldner) eine noch nicht vermessene Teilfläche eines im Grundbuch von Prenzlauer Berg verzeichneten Grundstücks. Der Kaufpreis betrug vorläufig 1.731.000 DM. Er war mit der Beurkundung fällig

und wurde von der L. (fortan: Klägerin) finanziert. Diese hatte von der Zentralbank bestätigte Schecks über die Kaufpreissumme bei dem amtierenden Notar hinterlegt.

Im Anschluß an die Regelung der Kaufpreiszahlung heißt es in § 2 Nr. 3 des Vertrages:

"b) Für den Fall, daß der Vertrag nicht vollzogen wird, oder für den Fall der Vertragsrückabwicklung hat der Käufer schon jetzt seinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises gegen den Verkäufer an die L.

- G. - abgetreten. Die entsprechende Abtretungsanzeige liegt diesem Vertrag als Anlage 3 bei. Die Anlage wurde verlesen.

Der Verkäufer verpflichtet sich, für diesen Fall Zahlungen ausschließlich auf das von der L. in der Abtretungsanzeige benannte Konto zu leisten.

b) Über die Voraussetzungen der Wirksamkeit der Abtretung hat der Notar belehrt. Der Verkäufer nimmt die Abtretung zur Kenntnis. Gleichzeitig erklärt der Verkäufer, für diesen Fall ausschließlich Zahlungen an ein von der L. insoweit zu benennendes Konto zu leisten."

Die Abtretungsanzeige vom 4. Dezember 1995 lautet auszugsweise:

"Ich/wir habe(n) die Forderung gegen Sie aus dem noch abzuschließenden Kaufvertrag betreffend das Kaufobjekt ... 1.731.000,00 DM ... fällig bei Rückabwicklung des o.g. Grundstückskaufvertrages bzw. bei nicht zustande kommen des Kaufvertrages an das obengenannte Kreditinstitut abgetreten."

Weiterhin bestimmt der Vertrag in § 3 Nr. 2:

"Dem Käufer ist bekannt, daß er zur Erreichung seines Grundstücks ein Wegerecht mit der B. AG vereinbaren muß. Der Verkäufer räumt dem Käufer ein vertragliches Rücktrittsrecht für den Fall ein, daß es dem Käufer nicht gelingt, mit der B. AG ein dinglich gesichertes Wegerecht zur Erreichung des vertragsgegenständlichen Grundstücks zu vereinbaren. Das Rücktrittsrecht erlischt am 31.12.1996. ... Dem Verkäufer ist bekannt, daß der Käufer die L. ermächtigt hat, den Rücktritt in seinem Namen zu erklären. Der Verkäufer akzeptiert dies und wird eine Rücktrittserklärung auch dann anerkennen, wenn diese von der L. - G. - im Namen des Käufers abgegeben wird."

Der Kaufpreis wurde im Beurkundungstermin bezahlt. Die Auflassung des Grundstücks erfolgte nicht. Eine Vereinbarung über das Wegerecht kam nicht zustande.

Am 1. September 1996 wurde das Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen des Käufers eröffnet und der Beklagte zum Verwalter bestellt. Unter dem 20. Dezember 1996 erklärte die Klägerin im Namen des Käufers gegenüber der Verkäuferin den Rücktritt vom Kaufvertrag, weil das Wegerecht bisher nicht dinglich gesichert sei.

Der Beklagte lehnte mit Schreiben vom 8. Januar 1997 die Erfüllung des Kaufvertrages ab und begehrte die Rückzahlung des Kaufpreises an sich. Im August 1999 vereinbarten die Verkäuferin und die Parteien dieses Rechtsstreits, den Kaufvertrag rückabzuwickeln, den Kaufpreis nach Rückgabe des

Grundstücks an die Verkäuferin auf ein Konto der Klägerin zurückzuzahlen und zwischen den Parteien notfalls einen Feststellungsrechtsstreit darüber zu führen, wem der Betrag im Verhältnis zur Verkäuferin zustehe. Entsprechend dieser Vereinbarung sind die Beteiligten verfahren.

Das Landgericht hat der Feststellungsklage der Klägerin stattgegeben, das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision der Klägerin.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

A.

Das Berufungsgericht meint, die Rücktrittserklärung der Klägerin sei gegenstandslos, weil die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens zum Erlöschen der beiderseitigen Erfüllungsansprüche geführt habe. Zudem könne der Klägerin aufgrund der Vollmacht keine weitergehende Befugnis zustehen als dem Schuldner; dessen Verfügungsbefugnis sei jedoch nach §§ 5, 7 GesO entfallen.

Die Abtretungserklärung erfasse zwar auch den nach der Erfüllungsablehnung entstandenen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises. Die Abtretung dieses Anspruchs sei jedoch unwirksam. Der bedingte Rückzahlungsanspruch sei wie ein künftiger Anspruch zu behandeln; daher scheitere die Abtre-

tung an § 15 KO. Bei einem bedingten Anspruch dürfe die Entstehung des Vollrechts weder vom Willen des Zedenten abhängen noch der künftige Schuldner in der Lage sein, dies zu verhindern. Hier hänge die Frage, ob der Kaufvertrag vollzogen werde, jedoch vom Verhalten des Zedenten und der Verkäuferin ab. Im übrigen sei die Abtretung des Rückzahlungsanspruchs jedenfalls deshalb unwirksam, weil der Zweck des § 15 KO es verbiete, die Entstehung eines Anspruchs an die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens zu knüpfen, und weil die Konkursfestigkeit einer solchen Abtretung das Wahlrecht des Gesamtvollstreckungsverwalters nach § 9 GesO beeinflusse.

B.

Dies hält revisionsrechtlicher Prüfung nicht stand.

I.

Der von der Klägerin erklärte Rücktritt ist - wie auch das Berufungsgericht im Ergebnis zu Recht ausführt - unwirksam.

1. Die Rücktrittserklärung der Klägerin ist nicht deshalb gegenstandslos, weil die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens das Schuldverhältnis umgestaltet und die beiderseitigen Ansprüche aus dem Vertrag erlöschen läßt. Die vom Berufungsgericht herangezogene Rechtsprechung hat der Senat - nach Erlaß des Berufungsurteils - aufgegeben.

Nach der neuen Rechtsprechung des Senats verlieren die gegenseitigen Ansprüche auf weitere Leistungen nur ihre Durchsetzbarkeit; der Vertrag bleibt

ungeachtet der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens und der Erfüllungsablehnung durch den Beklagten bestehen (BGHZ 150, 353, 359). Er ist rein insolvenzmäßig abzuwickeln (vgl. MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 13). Mithin beeinflusst grundsätzlich weder die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens noch die Erfüllungsablehnung das vertraglich eingeräumte Rücktrittsrecht.

2. Richtig ist aber die Hilfserwägung des Berufungsgerichts. Die der Klägerin vom Schuldner erteilte, als Vollmacht zu wertende "Ermächtigung", den Rücktritt in seinem Namen zu erklären, ist mit Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens wirkungslos geworden (§§ 5, 7 GesO).

Mit dem Eröffnungsbeschuß des Gesamtvollstreckungsverfahrens verliert der Schuldner vollständig seine Verfügungsbefugnis (§ 5 Satz 2 Nr. 1 GesO). Dementsprechend erlöschen Vollmachten, die sich auf insolvenzbefangenes Vermögen beziehen. Dies ist in § 117 Abs. 1 InsO nunmehr ausdrücklich ausgesprochen, war aber auch bisher geltendes Recht (Häsemeyer, Insolvenzrecht 3. Aufl. Rn. 20.69; Marotzke, Festschrift für Henckel S. 579, 584 f.; Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 23 Rn. 48; vgl. zur GesO Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO 4. Aufl. § 5 Rn. 14; Smid, GesO 3. Aufl. § 5 Rn. 74).

Die Gesamtvollstreckungsordnung regelt ihrem fragmentarischen Charakter entsprechend das Erlöschen von Vollmachten nicht. Aus dem mit § 6 KO übereinstimmenden Verlust der Verfügungsbefugnis des Schuldners nach § 5 Satz 2 Nr. 1 GesO folgt jedoch, daß die Regelungen der Konkursordnung über vom Schuldner erteilte Vollmachten auch für die Gesamtvollstreckungsordnung gelten. Bei Inkrafttreten der Konkursordnung von 1877 hatte man die Frage, ob Vollmachten nach Konkurseröffnung fortbestehen, dem allgemeinen Recht

überlassen (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 4, 1881, S. 62 f, 102, 656). Danach erloschen Vollmachten mit Konkursöffnung (Marotzke, aaO S. 581 f). Die Novelle zur Konkursordnung von 1898 wollte daran nichts ändern. Soweit § 23 KO nach den Vorstellungen der Gesetzesverfasser auch das Erlöschen von Vollmachten regeln sollte (Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 7, 1898, S. 239), handelt es sich wegen der Wirkungen des § 6 KO um eine überflüssige Bestimmung (Marotzke, aaO S. 583 f m.w.N.). Der Bevollmächtigte kann nur diejenigen Rechte geltend machen, die dem Vollmachtgeber gegenwärtig zustehen. Verliert dieser mit Insolvenzeröffnung seine Verfügungsbefugnis (§ 6 KO, § 5 Satz 2 Nr. 1 GesO, § 80 Abs. 1 InsO), kann auch der Bevollmächtigte nicht wirksam verfügen. So war es hier, als die Klägerin den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärte.

II.

Die Klage hat jedoch Erfolg, weil die Klägerin entweder den durch die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in Verbindung mit der Erfüllungsablehnung oder den aufgrund der Vereinbarung vom August 1999 entstandenen Rückzahlungsanspruch geltend machen kann. Die Abtretung dieser Ansprüche ist im vorliegenden Fall insolvenzfest.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß die in dem notariellen Kaufvertrag vom 20. Dezember 1995 enthaltene Abtretungserklärung alle denkbaren Rückzahlungsansprüche erfaßt. Sie betrifft ganz allgemein solche Ansprüche, falls es, aus welchen Gründen auch immer, nicht zum Vollzug des Kaufvertrages kommt. Daher sind nicht nur diejenigen Ansprüche abgetreten,

die dem Schuldner aufgrund eines Rücktritts nach § 3 Nr. 2 des Kaufvertrages zustehen, sondern auch solche, die erst mit oder nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens entstehen. Hierzu zählt auch der Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises, der im vorliegenden Fall entweder durch die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in Verbindung mit der Erfüllungsablehnung des Beklagten oder durch die Vereinbarung der Parteien mit der Verkäuferin vom August 1999 ausgelöst wurde.

2. Rechtsfehlerhaft meint das Berufungsgericht, die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung des Kaufpreises scheitere an § 15 KO. Im Ausgangspunkt richtig hält das Berufungsgericht allerdings § 15 KO für im Gesamtvollstreckungsverfahren entsprechend anwendbar (BGHZ 137, 267, 285 f für § 15 Satz 1 KO; BGHZ 138, 179, 186 für § 15 Satz 2 KO).

a) Anders als künftige Rechte werden bedingt begründete Rechte im Insolvenzfall als bereits bestehend behandelt. Wenn sie vor Konkurseröffnung erworben worden sind, fallen sie nicht in die Masse (§ 15 KO; § 91 InsO). Dies gilt selbst dann, wenn die Bedingung erst nach Konkurseröffnung eintritt (BGHZ 70, 75, 77). Im Falle einer Zession ist nicht nur die unter einer Bedingung erfolgende Abtretung eines Anspruchs, sondern auch die uneingeschränkte Abtretung eines bedingten Anspruchs insolvenzfest (Uhlenbruck, InsO § 91 Rn. 18; MünchKomm-InsO/Breuer, § 91 Rn. 23; Kübler/Prütting/Lüke, § 91 InsO Rn. 23).

Für die Abgrenzung zwischen künftigen und bedingten Ansprüchen kommt es darauf an, ob die Forderung aus dem Vermögen des Schuldners bereits ausgeschieden war (vgl. BGH, Urt. v. 5. Januar 1955 - IV ZR 154/54, NJW 1955, 544; Jaeger/Henckel, aaO § 1 Rn. 123, § 15 Rn. 46, 60). § 15 KO

soll den Bestand der Masse, auch die vom Konkursverwalter nach Konkursöffnung erlangten Rechte, vor dem Zugriff Dritter schützen, damit die Masse ungeschmälert zur Befriedigung der Konkursgläubiger zur Verfügung steht (BGHZ 106, 236, 243). Entscheidend ist daher, ob der Schuldner den Vermögensgegenstand unter der aufschiebenden Bedingung bereits aus seinem Vermögen gegeben hat, ohne daß für ihn die Möglichkeit besteht, diesen aufgrund alleiniger Entscheidung wieder zurückzuerlangen (Kübler/Prütting/ Lücke, InsO § 91 Rn. 18; vgl. auch Jaeger/Henckel, aaO § 15 Rn. 46).

b) Wie auch das Berufungsgericht erkennt, handelt es sich bei dem Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises um einen bedingten Anspruch. Der vorleistende Vertragspartner hat einen durch die Rückabwicklung des Vertrages bedingten Anspruch, seine Vorleistung zurückzuerhalten (vgl. BGHZ 15, 333, 337; 124, 76, 80 im Fall eines Rücktrittsrechts; MünchKomm-InsO/Brandes, § 95 Rn. 14; vgl. auch Staudinger/Kaiser, BGB (2001), Vorbem. §§ 346 ff Rn. 51, § 346 Rn. 36). Dieser Anspruch wurzelt im Vertrag selbst. Der anspruchsbegründende Tatbestand ist daher schon im Zeitpunkt der Abtretung gelegt (vgl. Staudinger/Busche, BGB (1999) § 398 Rn. 64). Bereits bei Abtretung war es möglich, die Forderung entsprechend ihrer Art und nach der Person des Schuldners zu bestimmen. Anders als bei künftigen Forderungen bezog sich der Anspruch nicht auf eine in Zukunft noch vorzunehmende Investition, sondern knüpfte an eine schon vor Insolvenzeröffnung bindend vorgenommene Investition des Schuldners an. Wirtschaftlich hatte der Schuldner den Vermögensgegenstand bereits dadurch aus seinem Vermögen gegeben, daß er die Kaufpreisforderung bezahlte.

Zu Unrecht meint das Berufungsgericht, dem stünde entgegen, daß die Entstehung der Forderung (auch) vom Verhalten des Schuldners und der Ver-

käuferin abhängig sein konnte. Soweit der Bundesgerichtshof im Urteil vom 5. Januar 1955, aaO davon spricht, daß es nicht beim Schuldner liegen darf, ob der Zessionar wirklich in den Genuß der abgetretenen Forderung kommen würde, bezieht sich das auf eine Fallgestaltung, bei der das abgetretene Recht noch nicht angelegt war. Im damals entschiedenen Fall fehlte es an einer (vertraglichen) Grundlage für die Forderung, die ausschließlich mit Willen des Zedenten entstehen konnte. Hier hingegen konnte es zwar sein, daß der Vertrag durchgeführt und daher der Rückzahlungsanspruch nie zur Entstehung kommen würde. Der Rückzahlungsanspruch war jedoch unabhängig vom Willen des Zedenten mit Abschluß des Kaufvertrages und Zahlung des Kaufpreises angelegt. Dies genügt für einen entsprechend festen Rechtsboden (vgl. in der Sache ebenso BGH, Urt. v. 7. Juni 1991 - V ZR 17/90, NJW 1991, 2897, 2898; v. 5. November 1976 - V ZR 5/75, NJW 1977, 247).

c) Die Bedingung widerspricht nicht den Wertungen des Insolvenzrechts. Es kann dahingestellt bleiben, ob für den Insolvenzfall vereinbarte Bedingungen, die im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners haftungsvereitelnd wirken sollen, unwirksam sind (vgl. BGHZ 124, 76, 79; MünchKommInsO/Breuer, § 91 Rn. 21 m.w.N.). Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine Bedingung für den Insolvenzfall. Zwar konnte die Bedingung auch anlässlich oder während der Insolvenz eintreten. Jedoch hatten die Parteien gerade nicht vereinbart, daß ein Rückzahlungsanspruch wegen der Insolvenz entstehen solle. Vielmehr bezog sich die Bedingung - abgesehen von der hier nicht erheblichen Ausübung des vertraglichen Rücktrittsrechts - darauf, daß auf Gesetz beruhende Gläubiger- oder Schuldnerrechte entstanden und ausgeübt wurden; die Bedingung schuf keine gegenüber den gesetzlichen Regeln erweiterten Gründe oder Möglichkeiten, den Vertrag rückabzuwickeln. Damit kann

die vorliegende Bedingung einer haftungsvereitelnden Bedingung nicht gleichgestellt werden.

3. Schließlich verstößt die in § 2 Nr. 3 des Kaufvertrages vereinbarte Abtretung des Anspruchs im vorliegenden Fall nicht gegen § 9 GesO (§ 17 KO, § 103 InsO). Es handelt sich bei der Vereinbarung weder um eine Lösungsklausel, noch stellt der im Zusammenhang mit der Insolvenz entstehende Anspruch auf Rückzahlung einer Vorleistung des Schuldners eine originäre Masseforderung dar, noch beeinträchtigt eine Abtretung dieses Anspruchs das Wahlrecht des Verwalters aus § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO.

a) Tritt der Schuldner in einem Kaufvertrag den bedingten Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung vor Insolvenzeröffnung ab, handelt es sich weder um eine Lösungsklausel, noch ist die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung einer Anzahlung nach Erfüllungsablehnung einer Lösungsklausel gleich zu stellen. Auf die umstrittene Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Lösungsklausel wirksam bzw. anfechtbar ist (vgl. hierzu BGHZ 96, 34, 36; 124, 76, 79 ff zur Rechtslage nach der KO sowie MünchKomm-InsO/Huber, § 119 Rn. 28 ff, 53 ff zur Rechtslage nach der InsO), kommt es daher nicht an.

Eine insolvenzabhängige Lösungsklausel liegt vor, wenn einer der Parteien für den Fall der Zahlungseinstellung, des Insolvenzantrages oder der Insolvenzeröffnung das Recht eingeräumt wird, sich vom Vertrag zu lösen (vgl. MünchKomm-InsO/Huber, § 119 Rn. 18). Im vorliegenden Fall verknüpft die Bedingung den Fortbestand des Vertrages aber weder mit der Insolvenzeröffnung noch mit einem Eröffnungsgrund. Zwar war es möglich, daß die Bedingung im Zusammenhang mit der Insolvenz des Schuldners eintrat. Eine Lösungsklausel wäre darin jedoch erst dann zu sehen, wenn der Anspruch auf

Rückzahlung durch die Insolvenzeröffnung herbeigeführt würde oder die Abrede der Klägerin oder der Verkäuferin das Recht einräumte, den Bedingungseintritt wegen der Insolvenzeröffnung selbst herbeizuführen. Beides ist nicht der Fall. Ein gegenseitiger Vertrag bleibt - auch wenn der Verwalter die Erfüllung ablehnt - ungeachtet der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in der Lage bestehen, in der er sich bei Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens befand (BGHZ 150, 353, 359; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 13). Im Streitfall hatten Klägerin und Verkäuferin keine Möglichkeit, den Bedingungseintritt allein wegen der Insolvenz des Schuldners herbeizuführen.

Die Vereinbarung ist auch nicht in ihren Wirkungen einer Lösungsklausel gleichzustellen. Weder die Abtretung des - bedingten - Anspruchs auf Kaufpreisrückzahlung noch die Bedingung als solche führen dazu, daß damit der gegenseitige Vertrag aufgelöst ist oder den Parteien ein Recht zur Auflösung des Vertrages zusteht. Vielmehr setzt die erfolgreiche Geltendmachung des Anspruchs gerade voraus, daß der Vertrag nicht durchgeführt wird; Abtretung und Bedingung beeinflussen den Fortbestand des Vertrages somit nicht.

b) Der Anspruch auf Rückzahlung einer vom Gemeinschuldner vor Insolvenzeröffnung erbrachten Vorleistung ist nicht als originäre Masseforderung anzusehen. § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO ist in gleicher Weise auszulegen wie § 17 Abs. 1 KO (BGHZ 135, 25, 29; 150, 353, 358). Bereits bisher ging die Rechtsprechung davon aus, daß gegen den Anspruch auf Rückzahlung der Vorleistung des Schuldners wirksam mit vor Insolvenzeröffnung erworbenen Forderungen aufgerechnet (BGHZ 15, 333, 335 f) und der aufgrund einer Vorleistung des Schuldners bereits vor Insolvenzeröffnung entstandene Anspruch auf die Gegenleistung wirksam abgetreten werden kann (BGHZ 129, 336, 340). Die neue Rechtsprechung des Senats zu § 17 Abs. 1 KO (§ 103 InsO, § 9 GesO),

wonach die gegenseitigen Ansprüche nur ihre Durchsetzbarkeit verlieren, führt erst recht dazu, daß solche Rechtshandlungen wirksam sind. Dies gilt auch für die Abtretung des Anspruchs auf Rückzahlung der Vorleistung an den finanzierenden Gläubiger, weil diese wirtschaftlich mit der Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung und der Aufrechnung gegen einen Anspruch auf Rückzahlung vergleichbar ist.

aa) In aller Regel löst die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens in Verbindung mit der Erfüllungsablehnung des Verwalters keinen Anspruch der Masse auf Rückzahlung der Vorleistung des Schuldners aus. Nach der neuen Rechtsprechung des Senats zum Wahlrecht des Verwalters (BGHZ 150, 353 ff) lassen Verfahrenseröffnung und Erfüllungsablehnung die Ansprüche aus beiderseits noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen grundsätzlich unberührt. Ein solcher Rückzahlungsanspruch kann allenfalls entstehen, wenn das Interesse des Verwalters an der noch ausstehenden Leistung des Vertragspartners entfällt (vgl. BGH, Urt. v. 26. Oktober 2000 - IX ZR 227/99, WM 2001, 96; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 34, § 105 Rn. 26; Jaeger/Henckel, aaO § 17 Rn. 80 ff; Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht 3. Aufl. Rn. 9.14 f, 9.85 ff m.w.N.).

Ob ein Rückzahlungsanspruch im Streitfall entstanden ist, bedarf keiner endgültigen Entscheidung. Sofern die Erfüllungsablehnung zu einem Rückforderungsanspruch führen sollte, hätte die Vereinbarung vom August 1999 insofern nur deklaratorische Bedeutung. Verneint man hingegen einen Rückzahlungsanspruch aufgrund der Erfüllungsablehnung, so ist die Bedingung spätestens mit der - dann konstitutiven - Vereinbarung vom August 1999 eingetreten. Diese Vereinbarung mag vor dem Hintergrund der Rücktrittserklärung der Klä-

gerin und der Erfüllungsablehnung des Beklagten zustande gekommen sein; mit ihr hat die Verkäuferin jedenfalls zu erkennen gegeben, daß sie nicht gewillt ist, länger am Vertrag festzuhalten.

bb) Die vor Insolvenzeröffnung erfolgte Abtretung des Rückzahlungsanspruchs ist insolvenzfest. Dies gilt zumindest dann, wenn der Zessionar - wie hier - die Vorleistung des Schuldners vollständig finanziert hat (vgl. BGH, Urt. v. 7. Juni 1991 - V ZR 17/90, NJW 1991, 2898 unter Hinweis auf BGHZ 106, 236, 242).

(1) Der Anspruch auf Rückzahlung einer vor Insolvenzeröffnung erbrachten Vorleistung des Schuldners ist keine originäre Masseforderung. § 9 Abs. 1 GesO (§ 17 KO, § 103 InsO) hat keinen Einfluß auf den rechtlichen Bestand eines gegenseitigen Vertrages. Weder die Insolvenzeröffnung noch der Umstand, daß das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, alle seine Gläubiger zu befriedigen, noch der Umstand, daß der Schuldner das Verfügungsrecht über sein Vermögen verloren hat, ist geeignet, die Ungültigkeit oder die Aufhebung eines gültig entstandenen Rechtsverhältnisses zu bewirken (Hahn, Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 4 Materialien zur Konkursordnung, 1881, S. 82 f, 106; vgl. auch BGHZ 150, 353, 359). Der Verwalter muß den Vertrag in der Lage übernehmen, in der er ihn bei Eröffnung des Verfahrens vorfindet (BGHZ 96, 34, 37 m.w.N.). Tritt der Schuldner einen aufgrund von Vorleistungen für den Fall der Nichtdurchführung aufschiebend bedingten Rückzahlungsanspruch an einen Dritten ab, ist der gesamte Vertrag einschließlich der aus ihm fließenden Rückzahlungspflicht bereits mit einer entsprechenden Abtretung belastet (arg. § 15 Satz 1 KO; vgl. auch BGHZ 68, 379, 383).

(2) Aus dem Wahlrecht des Verwalters nach § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO ergibt sich nichts anderes. Der Verwalter hat dieses Wahlrecht zugunsten der Masse auszuüben. Welche Ansprüche dabei als originäre Masseforderungen anzusehen sind, richtet sich maßgeblich nach dem Grundsatz, daß der Masse für die von ihr aufgrund der Erfüllungswahl erbrachte Leistung auch die Gegenleistung zustehen soll (BGHZ 106, 236, 243 f; 129, 336, 339 m.w.N.).

(3) Wählt der Verwalter - wie hier - Nichterfüllung, erbringt die Masse keinerlei Leistungen, derentwegen sie nach Sinn und Zweck des Wahlrechts aus § 9 GesO schutzwürdig wäre. Zweck des Wahlrechts ist es nicht, bereits vor Insolvenzeröffnung verwirklichte wirtschaftliche Dispositionen des Schuldners zugunsten der Masse ungeschehen zu machen. Das Wahlrecht dient nicht dazu, aus bereits erbrachten Leistungen des Schuldners originäre Masseforderungen entstehen zu lassen. Vielmehr sind Leistungen, die der Schuldner vor Insolvenzeröffnung bereits erbracht hatte, der Disposition des Verwalters grundsätzlich entzogen (Jaeger/Henckel, aaO § 17 Rn. 80; Marotzke, Gegenseitige Verträge aaO Rn. 9.45, 9.85). Sie stehen den Insolvenzgläubigern nicht mehr als Bestandteil der Masse zur Verfügung, gleichgültig ob der Verwalter Erfüllung verlangt oder nicht (BGHZ 129, 336, 340).

c) Die Abtretung des Anspruchs auf Rückgewähr des Kaufpreisanspruchs beeinflußt das Wahlrecht des Verwalters aus § 9 GesO nicht in unzulässiger Weise. Dies gilt zumindest dann, wenn der Zessionar - wie hier - zugleich den Kaufpreis finanziert hat.

Der Verwalter kann sein Wahlrecht ungehindert durch eine solche Abtretung ausüben. Verlangt er Erfüllung, geht die Abtretung ins Leere, weil aufgrund der Erfüllungswahl in keinem Fall ein Rückzahlungsanspruch für bereits

erbrachte Vorleistungen des Schuldners entsteht. Vielmehr kann der Verwalter in solchen Fällen die der Vorleistung entsprechende Gegenleistung verlangen (allg. Meinung, vgl. nur MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 32 m.w.N., 51; Jaeger/Henckel, aaO § 17 Rn. 131; BGHZ 129, 336, 340). Lehnt der Verwalter die Erfüllung ab, entstehen der Masse dadurch keine weiteren Nachteile als sie ohnehin zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens bestanden. Der Rückzahlungsanspruch entsteht nicht aufgrund einer Leistung der Masse, sondern allenfalls deshalb, weil der Vertrag nicht durchgeführt wird und der Schuldner bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgeleistet hatte. Solche Rückgewähransprüche gelangen nur mit den bereits vor Insolvenzeröffnung bestehenden Aufrechnungs- und Verrechnungsmöglichkeiten belastet zur Masse (BGHZ 68, 379, 383); für eine vor Insolvenzeröffnung erfolgte Abtretung gilt nichts anderes. Die Masse hat die Wahl des Verwalters nach § 9 Abs. 1 GesO (§ 17 KO, § 103 InsO) mit allen Vor- und Nachteilen gegen sich gelten zu lassen. Der Grundsatz der Meistbegünstigung der Masse, unabhängig von einem Erfüllungsverlangen des Verwalters, findet im Gesetz keinen Rückhalt (BGHZ 147, 28, 32 f).

Selbst wenn man unterstellt, daß die Erfüllungsablehnung hier einen Rückforderungsanspruch für vom Schuldner vor Insolvenzeröffnung erbrachte Vorleistungen entstehen läßt, folgt daraus nicht, daß deswegen durch die Erfüllungsablehnung originäre Masseforderungen entstehen. Die Erfüllungsablehnung führt nur dazu, daß der Vertrag in dem Zustand bestehen bleibt, den er zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hatte (BGHZ 150, 353, 358; MünchKomm-InsO/Kreft, § 103 Rn. 13, 15 ff); die gegenseitigen Forderungen verlieren ihre Durchsetzbarkeit. Ist dies die Folge der Erfüllungsablehnung, spielt es bei der vom Verwalter vorzunehmenden Abwägung, in welcher Weise er sein Wahlrecht ausübt, keine Rolle, ob ein nach Erfüllungsablehnung entstehender Rückzahlungsanspruch an einen Gläubiger abgetreten worden ist oder nicht.

III.

Das angefochtene Urteil ist somit aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden und das erstinstanzliche Urteil wiederherstellen, weil der entscheidungserhebliche Sachverhalt geklärt ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Kreft

Kirchhof

Fischer

Ganter

Kayser