

# Bundesgerichtshof

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§§ 129, 133 InsO

- 1. Ein in einem Grundstückskaufvertrag zugunsten des Verkäufers vereinbartes Rücktrittsrecht für den Insolvenzfall ist nicht gläubigerbenachteiligend, wenn das Rücktrittsrecht von vornherein Bestandteil des gegenseitigen Vertrags ist, der Schuldner Rechte an der Sache ausschließlich aufgrund dieses Vertrags erworben hat, die Rücktrittsklausel den Berechtigten in den Stand setzt, einen Zugriff der Gläubiger auf die Sache jederzeit abwehren zu können, und die Rücktrittsklausel freie Verfügungen des Schuldners zugunsten einzelner Gläubiger ausschließt.**
- 2. Eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung liegt vor, wenn ein Rücktrittsrecht und seine Absicherung für den Insolvenzfall erst nachträglich vereinbart werden. Eine solche nachträgliche Vereinbarung verkürzt die bestehenden Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger.**
- 3. Die Verpflichtung des Schuldners in einem Grundstückskaufvertrag zur unentgeltlichen Rückübertragung im Fall des Rücktritts ist gläubigerbenachteiligend. Der Verwalter kann in diesem Fall verlangen, dass die Masse so gestellt wird, wie wenn dem Schuldner die gesetzlichen Ansprüche aus dem Rückgewährschuldverhältnis zustünden.**
- 4. Räumt der Schuldner dem Vertragspartner ein Rücktrittsrecht ein, entsteht ein Rückgewährschuldverhältnis gemäß §§ 346 ff BGB mit beiderseitigen Rechten und Pflichten, sobald der Vertragspartner von dem Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Im Fall eines Kaufs kann der Schuldner nicht nur den bezahlten Kaufpreis und die hieraus vom Verkäufer gezogenen Nutzungen verlangen (§ 346 Abs. 1 BGB), sondern auch den Ersatz notwendiger Verwendungen und anderer Aufwendungen, die er als Käufer gemacht hat (§ 347 Abs. 2 BGB). Diese Ansprüche sind bereits kraft Gesetzes mit Abschluss eines gegenseitigen Vertrags angelegt. Verpflichtet sich der Schuldner zu einer unentgeltlichen Rückgewähr, so verzichtet er auf diese Ansprüche.**
- 5. Die Anfechtung des Vertrags als Ganzes kann aber die Wirkung einer Teilanfechtung haben, wenn die anfechtbare Handlung das Schuldnervermögen nur in begrenztem Umfang geschmälert hat und das Rechtsgeschäft insoweit teilbar ist. Daher unterliegen die Einräumung eines Rücktrittsrechts und der die Ausübung dieses Rechts zustehende Rückübertragungsanspruch nicht der Anfechtung. Die Anfechtbarkeit bezieht sich nur auf den unentgeltlichen Teil des Rückübertragungsanspruchs.**

BGH, Urteil vom 12.10.2017; Az.: IX ZR 288/14

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Oktober 2017 durch den Richter Grupp als Vorsitzenden, die Richterinnen Lohmann, Möhring, die Richter Dr. Schoppmeyer und Meyberg für Recht erkannt:

**Tenor:**

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 21. November 2014 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

**Tatbestand:**

Die Klägerin verkaufte ihrer Tochter W. (fortan: Schuldnerin) mit notariellem Vertrag vom 3. Dezember 2002 ihre Eigentumswohnung zum Preis von 140.000 €. Die Schuldnerin hatte 80.000 € binnen zwei Monaten und weitere 60.000 € über 25 Jahre in monatlichen Raten à 200 € zu zahlen. § 12 Abs. 3 des notariellen Vertrags lautet:

"Der Verkäufer ist berechtigt, von dem schuldrechtlichen Teil dieses Vertrags zurückzutreten und die Rückauflassung des Vertragsgegenstandes zu verlangen, wenn

a) der Erwerber den Vertragsgegenstand ohne schriftliche Zustimmung des Verkäufers veräußert oder belastet, b) der Erwerber vor dem Verkäufer verstirbt, ohne dass das Eigentum an dem Vertragsgegenstand ausschließlich auf leibliche Abkömmlinge des Erwerbers übergeht, c) über das Vermögen des Erwerbers das Insolvenz- oder Vergleichsverfahren eröffnet oder die Eröffnung mangels kostendeckender Masse abgelehnt wird, d) die Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Vertragsgegenstandes angeordnet wird oder Zwangssicherungshypotheken zur Eintragung gelangen, e) der Erwerber oder dessen Ehegatte Scheidungsantrag einreichen.

Das Rücktrittsrecht kann nur durch schriftliche Erklärung gegenüber dem Erwerber bzw. seinen Erben ausgeübt werden. Das Rücktrittsrecht ist weder vererblich noch übertragbar.

Die Rückübertragung hat unentgeltlich zu erfolgen.

Zur Sicherung des aufschiebend bedingten Rückerwerbsanspruchs bestellt der Erwerber zugunsten des Verkäufers eine Rückauflassungsvormerkung gemäß § 883 BGB an dem Vertragsgegenstand und bewilligt und beantragt die Eintragung im Grundbuch im Rang nach der vorstehenden Kaufpreissicherungshypothek."

Die Schuldnerin wurde als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen; der Besitz war bereits zum 1. Dezember 2002 auf sie übergegangen. Zu diesem Zeitpunkt bewohnte die Schuldnerin die Wohnung. Am 10. Januar 2003 wurde die Rückauflassungsvormerkung zugunsten der Klägerin im Grundbuch eingetragen. Die Wohnung ist inzwischen vermietet; der monatliche Mietzins beträgt 480 €.

Am 1. November 2012 eröffnete das Insolvenzgericht das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin und bestellte den Beklagten zum Insolvenzverwalter.

Die Klägerin forderte den Beklagten mit Schreiben vom 26. Januar 2013 auf, ihr das Eigentum an der Wohnung zu übertragen. Der Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach. Die von der Mieterin bezahlten Mieten vereinnahmte er.

Die Klägerin hat auf Rückübereignung der Eigentumswohnung und Herausgabe der vereinnahmten Mieten geklagt. Der Beklagte hat sich damit verteidigt, dass das unentgeltliche Rückübertragungsrecht nach § 133 Abs. 1 InsO anfechtbar sei und er deshalb die Leistung verweigern könne. Das Landgericht hat der Klage überwiegend stattgegeben, die Berufung des Beklagten hat keinen Erfolg gehabt. Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Beklagte sein Klageabweisungsbegehren weiter.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht hat gemeint, dem Beklagten stehe kein Leistungsverweigerungsrecht nach § 146 Abs. 2 InsO zu. Die Regelung des Rücktrittsrechts im notariellen Kaufvertrag sei nicht anfechtbar. Es fehle an einer objektiven Gläubigerbenachteiligung, weil bereits jegliche Zwangsvollstreckung den Rückübertragungsanspruch auslöse. Damit habe der Grundbesitz nie dem unbeschränkten Gläubigerzugriff zur Verfügung gestanden.

Die Rücktrittsklausel sei auch unter Berücksichtigung der Umstände und von Sinn und Zweck der Übertragung der Eigentumswohnung nicht unangemessen. Aus der Gesamtschau der durch die Auflassungsvormerkung gesicherten Lösungsklauseln ergebe sich, dass sie den vorrangigen Zweck verfolgten, die Eigentumswohnung in Familienbesitz zu erhalten. Dieses Interesse sei jedenfalls nicht unangemessen und unausgewogen. Damit benachteilige der Kaufvertrag als Ganzes nicht die Gläubiger im Sinne des § 129 Abs. 1 InsO. Allein die durch den entschädigungslosen Rückfall eintretende Vermögensminderung führe bei insolvenzbedingten Lösungsklauseln nicht bereits zur Annahme einer gläubigernachteiligen Rechtshandlung. Sie sei nicht nur isoliert für den Insolvenzfall vorgesehen.

Der Beklagte könne sich auch nicht auf § 119 InsO berufen. Die insolvenzbedingte Lösungsklausel stehe dem Regelungszweck der §§ 103 ff InsO nicht entgegen. Sie beeinträchtige insbesondere nicht das Wahlrecht des Insolvenzverwalters aus § 103 InsO. Bei jedenfalls von einer Vertragsseite vollständig erfüllten Verträgen bewirke eine Lösungsklausel, dass die zugrunde liegenden vertraglichen Ansprüche aus dem Schuldnervermögen ausschieden.

II.

Dies hält rechtlicher Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Der Klägerin steht zwar aufgrund des mit einer Vormerkung gesicherten Rückgewähranspruchs ein Aussonderungsrecht an dem Grundstück zu (§§ 47, 106

InsO). Jedoch scheidet eine Anfechtung nicht an einer fehlenden Gläubigerbenachteiligung.

1. Die vertragliche Vereinbarung über das Rücktrittsrecht der Klägerin und die Verpflichtung der Schuldnerin zur unentgeltlichen Rückübertragung sind allerdings wirksam.

a) § 119 InsO erfasst die Klausel nicht. Dem Beklagten steht auch kein Wahlrecht gemäß § 103 InsO hinsichtlich des Rückgewährschuldverhältnisses zu.

aa) Das vertraglich vereinbarte Rücktrittsrecht für den Fall der Insolvenzeröffnung verstößt jedenfalls deshalb nicht gegen § 119 InsO, weil die Voraussetzungen des § 103 InsO nicht gegeben sind. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin ihre aus dem Grundstückskaufvertrag folgenden Pflichten vollständig erfüllt. § 103 InsO setzt jedoch voraus, dass sowohl der Schuldner als auch der andere Teil den gegenseitigen Vertrag noch nicht vollständig erfüllt haben. Die Vorschrift erfasst nur beiderseits nicht vollständig erfüllte Verträge (vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2006 - IX ZR 28/05, BGHZ 169, 43 Rn. 13; MünchKomm-InsO/Huber, 3. Aufl., § 103 Rn. 57 ff). Daran fehlt es im Streitfall (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2007 - IX ZR 59/06, WM 2007, 1218 Rn. 10 zur Vereinbarung eines unentgeltlichen Heimfallanspruchs bei einem Erbbaurecht).

bb) Ebenso kann dahinstehen, unter welchen Voraussetzungen ein durch einen Rücktritt ausgelöstes Rückabwicklungsschuldverhältnis von §§ 103 ff InsO erfasst wird. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, stünde dem Beklagten schon deshalb kein Wahlrecht hinsichtlich des allein betroffenen Rückgewähranspruchs der Klägerin zu, weil dieser durch eine Vormerkung gesichert ist. § 106 Abs. 1 Satz 1 InsO bestimmt, dass der Gläubiger für seinen Anspruch Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen kann, wenn zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück des Schuldners eine Vormerkung eingetragen ist. In diesem Fall steht dem Insolvenzverwalter kein Wahlrecht nach § 103 InsO mehr zu (vgl. BGH, Urteil vom 19. März 1998 - IX ZR 242/97, BGHZ 138, 179, 186 f zu § 9 Abs. 1 Satz 3 GesO, §§ 17, 24 KO); er muss diesen Anspruch vielmehr erfüllen (vgl. MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, 3. Aufl., § 106 Rn. 20 f, 23; HK-InsO/ Marotzke, 8. Aufl., § 106 Rn. 1, 10).

b) Für die von der Revision geltend gemachte Nichtigkeit der (unentgeltlichen) Rückübertragungsverpflichtung nach § 138 BGB besteht keine Grundlage. Die Revision zeigt keinen entscheidungserheblichen Sachvortrag zu Umständen auf, die über die Tatsachen hinausgehen, welche Anfechtungstatbestände nach §§ 129 ff InsO rechtfertigen können. Allein die (mögliche) Anfechtbarkeit rechtfertigt nicht den Schluss auf eine Sittenwidrigkeit (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2007, aaO Rn. 11).

2. Die Entscheidung des Berufungsgerichts hält jedoch rechtlicher Überprüfung nicht stand, soweit das Berufungsgericht ein Leistungsverweigerungsrecht des Beklagten aufgrund einer Anfechtung der Rückübertragungsverpflichtung verneint. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts benachteiligt die Vereinbarung eines unentgeltlichen Rücktrittsrechts in § 12 Abs. 3 des Kaufvertrags die Gläubiger.

a) Dies folgt allerdings nicht bereits daraus, dass die Klägerin nach Ausübung des Rücktritts berechtigt ist, das Eigentum an der Eigentumswohnung

zurückzuverlangen. Dies rechtfertigt im Streitfall noch keine als Teilanfechtung hinsichtlich des Rücktrittsrechts wirkende Insolvenzanfechtung des Vertrags.

aa) Zwar begründet § 12 Abs. 3 des Vertrags zugunsten der Klägerin ein Rücktrittsrecht ausdrücklich für den Fall der Insolvenz. Gleichwohl fehlt es hinsichtlich der dadurch der Klägerin eröffneten Möglichkeit, die Rückübertragung der Wohnung zu verlangen, im Streitfall an einer Gläubigerbenachteiligung.

(1) Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn entweder die Schuldenmasse vermehrt oder die Aktivmasse verkürzt und dadurch der Gläubigerzugriff auf das Schuldnervermögen vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wird (BGH, Urteil vom 22. Dezember 2005 - IX ZR 190/02, BGHZ 165, 343, 350; vom 29. November 2007 - IX ZR 121/06, BGHZ 174, 314 Rn. 27). Dies setzt voraus, dass die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger ohne die angefochtene Rechtshandlung bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise günstiger gewesen wären (BGH, Urteil vom 28. Januar 2016 - IX ZR 185/13, WM 2016, 427 Rn. 24 mwN). Für die Beeinträchtigung des Gläubigerzugriffs sind die Befriedigungsmöglichkeiten der (nicht voll gesicherten) Insolvenzgläubiger maßgeblich (BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - IX ZR 124/03, ZIP 2004, 1509, 1510). Insoweit fehlt es an einer Gläubigerbenachteiligung, wenn durch die entsprechende Klausel der Vermögensgegenstand nicht zum Vermögen des Schuldners gehört (vgl. BGH, Urteil vom 6. April 2006 - IX ZR 185/04, ZIP 2006, 1009 Rn. 22).

Ermöglicht eine in einem gegenseitigen Vertrag enthaltene Bestimmung dem Vertragspartner des Schuldners im Insolvenzfall, vom Vertrag zurückzutreten, kann dies nur dann eine Anfechtbarkeit begründen, wenn gerade diese Bestimmung zumindest mittelbar gläubigerbenachteiligende Wirkungen auslöst. Führt die Bestimmung dazu, dass der Vertragspartner seine erbrachten Leistungen vom Schuldner zurückfordern kann, kommt es darauf an, ob dies die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger verkürzt. Dabei ist der Eintritt der Gläubigerbenachteiligung isoliert in Bezug auf die konkret bewirkte Minderung des Aktivvermögens oder der Vermehrung der Passiva des Schuldners zu beurteilen (BGH, Urteil vom 7. Mai 2013 - IX ZR 191/12, ZIP 2013, 1180 Rn. 7 mwN). Vor diesem Hintergrund führt die durch eine Rücktrittsklausel ausgelöste Verpflichtung des Schuldners, die erworbene Sache zurückgewähren zu müssen, zu keinen gläubigerbenachteiligenden Wirkungen, wenn das Rücktrittsrecht von vornherein Bestandteil des gegenseitigen Vertrags ist, der Schuldner Rechte an der Sache ausschließlich aufgrund dieses Vertrags erworben hat, die Rücktrittsklausel den Berechtigten in den Stand setzt, einen Zugriff der Gläubiger auf die Sache jederzeit abwehren zu können, und die Rücktrittsklausel freie Verfügungen des Schuldners zugunsten einzelner Gläubiger ausschließt (vgl. auch OLG Hamm, OLGR 2001, 187, 188, das eine eingeschränkte Heimfallklausel entsprechend auslegt).

(2) Unter diesen Voraussetzungen steht der Gläubiger aufgrund der Rücktrittsklausel für seine Ansprüche auf Rückgewähr der Sache so wie ein Aussonderungsberechtigter. Eine Sache, für die von vornherein ein Aussonderungsanspruch bestand, bleibt schuldnerfremd (vgl. MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 129 Rn. 78b). Die Herausgabe ist mangels Gläubigerbenachteiligung nicht anfechtbar (HK-InsO/Thole, 8. Aufl., § 129 Rn. 74; MünchKomm-InsO/ Kayser, aaO Rn. 110). War der Anfechtungsgegner auf Grund eines früheren insolvenzfesten Erwerbs ohnehin Inhaber des Gegenstands, der herausgegeben werden soll, fehlt es an einer Gläubigerbenachteiligung; denn er hat in diesem Fall durch die Rechtshandlung nichts aus dem Vermögen des Schuldners erhalten (BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 - IX ZR 262/98, ZIP 2000, 1061, 1063

mwN). Ein für jeden Fall eines möglichen Gläubigerzugriffs vereinbartes und entsprechend gesichertes Recht eines Veräußerers, der Einzelzwangsvollstreckung in die veräußerte Sache im Wege der Drittwiderspruchsklage oder der Verwertung in der Insolvenz durch Aussonderung zu begegnen, führt dazu, dass die Sache nicht dem Gläubigerzugriff zur Verfügung steht.

So liegt der Fall, wenn der Schuldner ein Grundstück erwirbt, das vom Zeitpunkt des Erwerbs an für jeden Fall des Gläubigerzugriffs mit einem durch eine Vormerkung gesicherten Rückübertragungsanspruch zugunsten des Verkäufers belastet ist. Die Sicherung eines Anspruchs durch eine Vormerkung hat zumindest ähnliche Wirkungen wie die Aussonderungskraft (MünchKommInsO/Ganter, 3. Aufl., § 47 Rn. 333). Eine von einem durch eine Vormerkung gesicherten Anspruch betroffene Vermögensposition gehört von vornherein nicht zu den Bestandteilen der Masse (BGH, Urteil vom 14. September 2001 - V ZR 231/00 , BGHZ 149, 1, 5 ff). Der Schuldner erwirbt nur einen mit einem insolvenzfesten Rückforderungsrecht behafteten Vermögensgegenstand (Uhlenbruck in Festschrift des Rheinischen Notariats, S. 125, 131 f; Reul, DNotZ 2007, 649, 660; Kohte, KTS 2008, 514, 516; vgl. auch Kessler, ZNotP 2007, 303, 304; Amann, DNotZ 2008, 520, 521 f; Mayer/Geck, Der Übergabevertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis, 3. Aufl., § 13 Rn. 59 f; kritisch Zimmer, ZfIR 2008, 91, 93 [BGH 07.12.2007 - V ZR 21/07] ). Dieser ist daher für die Gläubiger nicht verwertbar. Dies hat der Bundesgerichtshof bereits für einen Fall einer Grundstücksschenkung entschieden (BGH, Beschluss vom 13. März 2008 - IX ZB 39/05 , ZIP 2008, 1028 Rn. 18).

(3)

Daher ist die Vereinbarung eines Heimfallanspruchs gläubigerbenachteiligend, wenn dem Schuldner bereits vor der Bestellung des Erbbaurechts ein unentziehbares Nutzungsrecht an dem Grundstück zustand ( BGH, Urteil vom 19. April 2007 - IX ZR 59/06 , ZIP 2007, 1120 Rn. 16, 18 ff). In jenem Fall stand der Schuldnerin bereits vor der Bestellung des Erbbaurechts ein Nutzungsrecht am Grundstück nach dem Recht der DDR zu, hinsichtlich dessen sie nach § 3 Abs. 1 , § 32 SachenRBERG die Bestellung eines in seinem Inhalt gesetzlich festgelegten Erbbaurechts (vgl. § 42 SachenRBERG ) verlangen konnte (BGH, aaO Rn. 19; OLG Naumburg, ZIP 2006, 716, 718 [OLG Naumburg 14.02.2006 - 3 U 35/05] ; Mayer/Geck, Der Übergabevertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis, 3. Aufl., § 13 Rn. 59). Das Erbbaurechtsgesetz sieht einen Heimfallanspruch im Insolvenzfall kraft Gesetzes nicht vor, sondern ermöglicht nur eine entsprechende Vereinbarung (BGH, aaO Rn. 21). Daraus folgt jedoch nicht, dass in Fällen, in denen dem Schuldner vor Abschluss des Erbbaurechtsvertrags kein Recht am Grundstück zustand, ein bei Bestellung des Erbbaurechts zugunsten des Gläubigers vereinbarter Heimfallanspruch im Insolvenzfall für sich genommen die Gläubiger benachteiligt und eine Teilanfechtung des Vertrags ermöglicht. Aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. Juni 2008 (IX ZB 220/07 , WM 2008, 1414 Rn. 8) ergibt sich nichts anderes. Sie betrifft die grundsätzliche Anfechtbarkeit eines unentgeltlichen Heimfallanspruchs, ohne sich zu näheren Umständen und insbesondere zur Reichweite des Anfechtungsanspruchs zu äußern.

Aus den gleichen Gründen liegt eine gläubigerbenachteiligende Rechtshandlung vor, wenn ein Rücktrittsrecht und seine Absicherung für den Insolvenzfall erst nachträglich vereinbart werden. Eine solche nachträgliche Vereinbarung verkürzt die zuvor aufgrund des bereits geschlossenen Vertrags bestehenden Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger. Hierin liegt eine anfechtbare

Gläubigerbenachteiligung (vgl. BGH, Urteil vom 7. Dezember 2007 - V ZR 21/07 , WM 2008, 847 Rn. 10, 20).

(4) Im Streitfall steht der Klägerin ein durch Vormerkung gesicherter Anspruch auf Rückkauflassung der Wohnung zu, der nicht nur für den Fall der Insolvenz der Schuldnerin vereinbart ist, sondern auch für jeden Fall der Einzelzwangsvollstreckung. Darüber hinaus erfasst diese Klausel auch jede Belastung und Verfügung über das Grundstück.

bb) Es kann dahinstehen, ob insolvenzbedingte Lösungsklauseln isoliert anfechtbar sind (vgl. hierzu MünchKomm-InsO/Huber, 3. Aufl., § 119 Rn. 53 ff; von Wilmowsky, ZIP 2007, 553, 555 ff; ders., JZ 2013, 998, 999 f [BGH 15.11.2012 - IX ZR 169/11] ; Jacoby, ZIP 2014, 649, 654 f). Dies gilt jedenfalls nicht für ein vertraglich vereinbartes Rücktrittsrecht, sofern der Rückgewähranspruch - wie im Streitfall - aufgrund der Sicherung durch eine Vormerkung Aussonderungswirkungen hat.

b) Hingegen kann die Verpflichtung zur unentgeltlichen Rückübertragung zur Anfechtbarkeit des Vertrags führen. Eine solche Verpflichtung benachteiligt die Gläubiger (§ 129 Abs. 1 InsO).

aa) Räumt der Schuldner dem Vertragspartner ein Rücktrittsrecht ein, entsteht ein Rückgewährschuldverhältnis gemäß §§ 346 ff BGB mit beiderseitigen Rechten und Pflichten, sobald der Vertragspartner von dem Rücktrittsrecht Gebrauch macht. Im Fall eines Kaufs kann der Schuldner nicht nur den bezahlten Kaufpreis und die hieraus vom Verkäufer gezogenen Nutzungen verlangen (§ 346 Abs. 1 BGB), sondern auch den Ersatz notwendiger Verwendungen und anderer Aufwendungen, die er als Käufer gemacht hat (§ 347 Abs. 2 BGB). Diese Ansprüche sind bereits kraft Gesetzes mit Abschluss eines gegenseitigen Vertrags angelegt (vgl. BGH, Urteil vom 27. Mai 2003 - IX ZR 51/02 , BGHZ 155, 87, 93 f unter B.II.2.b.). Verpflichtet sich der Schuldner - wie im Streitfall - zu einer unentgeltlichen Rückgewähr, so verzichtet er auf diese Ansprüche.

Dieser Verzicht benachteiligt die Gläubiger. Denn damit verlieren die Gläubiger für den Fall des Rücktritts die Zugriffsmöglichkeiten auf die im Vertrag bereits angelegten Rückgewähransprüche des Schuldners. Ohne den Abschluss des Vertrags hätte der Schuldner weder den Kaufpreis aufwenden müssen noch Verwendungen oder Aufwendungen auf die Kaufsache getätigt. Mit dem Verzicht auf den im Rückgewähranspruch liegenden Vermögenswert liegt eine benachteiligende Vertragsklausel vor (vgl. BGH, Urteil vom 11. November 1993 - IX ZR 257/92 , BGHZ 124, 76, 78 f ; in der Sache ebenso BGH, Urteil vom 19. April 2007, aaO Rn. 17; Beschluss vom 12. Juni 2008, aaO; so auch Reul, DNotZ 2007, 649, 661 [BGH 19.04.2007 - IX ZR 59/06] ; ders., DNotZ 2008, 824, 829 [OLG München 19.05.2008 - 34 Wx 023/08] ). Der durch den Vertrag veranlasste Leistungsaustausch wird im Insolvenzfall angesichts dieser Klausel nicht vollständig rückgängig gemacht, sondern - zum Nachteil der Gläubiger des Schuldners - nur teilweise.

bb) Dem lässt sich - anders als das Berufungsgericht meint (ähnlich Reul, DNotZ 2007, 649, 662 [BGH 19.04.2007 - IX ZR 59/06] ; zurückhaltender ders., DNotZ 2008, 824, 829 f [OLG München 19.05.2008 - 34 Wx 023/08] ; kritisch aber Zimmer, ZfIR 2008, 91, 92; Kessler, NZI 2008, 327, 328 [BGH 07.12.2007 - V ZR 21/07] ) - nicht entgegenhalten, dass die Klausel angesichts ihrer Erstreckung auf unterschiedliche Rücktrittsgründe den vorrangigen Zweck verfolge, die

Eigentumswohnung im Familienbesitz zu behalten. Hierauf kommt es für die benachteiligende Wirkung der Klausel nicht an.

Weder der Zweck, einen Vermögensgegenstand im Familienbesitz zu erhalten, noch die Erstreckung einer Verpflichtung zur unentgeltlichen Rückgewähr auf Fälle ohne Insolvenzbezug sind geeignete Gesichtspunkte, eine im Fall der Einzelgläubigeranfechtung oder der Insolvenzeröffnung eintretende Gläubigerbenachteiligung entfallen zu lassen. Maßgeblich sind die Auswirkungen der Klausel auf die Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger. Entscheidend ist, ob die Klausel in ihren Auswirkungen das dem Zugriff der Gläubiger zur Verfügung stehende Vermögen verkürzt. Daher ist die Verpflichtung zur unentgeltlichen Rückgewähr nicht deshalb ohne gläubigerbenachteiligende Wirkungen, weil die Pflicht zur unentgeltlichen Rückgewähr auch für Fallgestaltungen vorgesehen ist, in denen keine Gläubiger zu befriedigen wären.

Da der Schuldner mit einer Verpflichtung zur unentgeltlichen Rückgewähr entgeltlich erworbener Gegenstände auf die ihm auch im Falle eines vertraglichen Rücktrittsrechts zustehenden gesetzlichen Rechte verzichtet, enthält eine solche Klausel regelmäßig eine zumindest mittelbare Gläubigerbenachteiligung. Damit ist diese Klausel auch dann gläubigerbenachteiligend, wenn als Rücktrittsgrund insolvenzunabhängige Fallgestaltungen vorgesehen werden. Denn auch in diesem Fall verliert der Schuldner seine Rückgewähransprüche.

### III.

Die Entscheidung erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig ( § 561 ZPO ).

1. Allerdings führt die Anfechtung hier nicht dazu, dass der Anspruch der Klägerin auf Rückübereignung der Wohnung entfällt. Die vom Beklagten allein im Hinblick auf die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen des § 12 Abs. 3 des notariellen Kaufvertrags geltend gemachte Anfechtung erfasst nicht die Rückübertragungsverpflichtung.

a) Dabei kann dahinstehen, ob im Streitfall eine das schuldrechtliche Rechtsgeschäft insgesamt erfassende Anfechtung des notariellen Kaufvertrags möglich ist. Offen bleiben kann auch, welche Auswirkungen die Anfechtbarkeit des gesamten dem Leistungsaustausch zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts auf das Rücktrittsrecht und den vereinbarten Anspruch auf Rückkauflassung der Wohnung hat. Der Beklagte hat weder zu einer Gläubigerbenachteiligung durch den notariellen Vertrag insgesamt noch zu den Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes im Hinblick auf den gesamten Vertrag vorgetragen, sondern allein den Inhalt des § 12 Abs. 3 des notariellen Kaufvertrags angegriffen. Dies genügt nicht, um eine Anfechtbarkeit des gesamten schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts bejahen zu können.

b) Da es an Sachvortrag zu einer Gesamtanfechtung des notariellen Vertrags fehlt, kann die Anfechtung des notariellen Vertrags allenfalls die Wirkung einer Teilanfechtung haben (unter aa). Diese beschränkt sich auf die gläubigerbenachteiligenden Wirkungen (unter bb). Hierzu zählt im Streitfall nur die Verpflichtung zur unentgeltlichen Rückgewähr, nicht der Anspruch der Klägerin auf Rückübertragung der Eigentumswohnung (unter cc).



aa) Der notarielle Kaufvertrag kann nur insgesamt angefochten werden. Die Anfechtung einzelner Bestimmungen eines Vertrags ist ausgeschlossen ( BGH, Urteil vom 11. November 1993 - IX ZR 257/92 , BGHZ 124, 76, 83 f unter B.IV.; vom 19. April 2007 - IX ZR 59/06 , ZIP 2007, 1120 Rn. 32; Beschluss vom 13. März 2008 - IX ZB 39/05 , ZIP 2008, 1028 Rn. 16). Die Anfechtung des Vertrags als Ganzes kann aber die Wirkung einer Teilanfechtung haben, wenn die anfechtbare Handlung das Schuldnervermögen nur in begrenztem Umfang geschmälert hat und das Rechtsgeschäft insoweit teilbar ist (RGZ 114, 206, 210; BGH, Urteil vom 11. November 1993, aaO S. 84 unter C.; vom 19. April 2007, aaO; Beschluss vom 13. März 2008, aaO; MünchKomm-InsO/Kirchhof, 3. Aufl. § 143 Rn. 18). Teilbar in diesem Sinn ist auch ein allgemein ausgewogener Vertrag, der lediglich und gezielt für den Fall der Insolvenz den späteren Schuldner bzw. dessen Gläubiger benachteiligt. In diesem Fall entfällt für die Rückabwicklung alleine die benachteiligende Klausel (BGH je aaO). Eine Benachteiligung kommt in einem solchen Fall etwa in Betracht, wenn dem späteren Insolvenzschuldner gezielt für den Fall der Insolvenz Vermögensnachteile auferlegt werden, welche über die gesetzlichen Folgen hinausgehen (vgl. MünchKommInsO/Kirchhof, aaO) und nicht zur Erreichung des Vertragszwecks geboten sind (BGH, Urteil vom 11. November 1993, aaO S. 81 unter B.I.3.). In diesem Fall ist es gerechtfertigt, nur einer einzelnen Klausel, welche die Ausgewogenheit des gegenseitigen Vertrags speziell für den Fall der Insolvenz verletzt, die Wirkung zu versagen (BGH, Beschluss vom 13. März 2008, aaO Rn. 17). Denn das Ausmaß der Benachteiligung begrenzt den Umfang der Anfechtungswirkung (BGH, Urteil vom 11. November 1993, aaO S. 85 unter C.).

bb) Durch die Anfechtung wird die gläubigerbenachteiligende Wirkung beseitigt, die durch eine Rechtshandlung verursacht wird ( BGH, Urteil vom 5. April 2001 - IX ZR 216/98 , BGHZ 147, 233, 236 unter III. 1.; vom 11. März 2010 - IX ZR 104/09 , WM 2010, 772 Rn. 10 mwN). Die der Anfechtung unterliegende Handlung bestimmt zwar den Urheber und die Verantwortlichkeit, welche die Anfechtungsvorschriften voraussetzen. Zurückzugewähren ist aber nur der beim Gläubiger eingetretene Erfolg (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO).

Damit können auch einzelne, abtrennbare Wirkungen sogar einer einheitlichen Rechtshandlung erfasst werden; deren Rückgewähr darf nicht mit der Begründung ausgeschlossen werden, dass die Handlung auch sonstige, für sich nicht anfechtbare Rechtsfolgen ausgelöst habe, mögen diese auch - ohne Zutun des Anfechtungsgegners - die Masse erhöht haben. Einen Rechtsgrundsatz, dass mehrere von einer Rechtshandlung verursachte Wirkungen nur insgesamt oder gar nicht anfechtbar seien, gibt es auch für solche Folgen nicht, die im Kausalverlauf ferner liegen als nähere, unanfechtbare Folgen ( BGH, Urteil vom 5. April 2001 - IX ZR 216/98 , BGHZ 147, 233, 236 unter III.1.; vom 9. Juli 2009 - IX ZR 86/08 , ZIP 2009, 1674 Rn. 32; vom 7. Mai 2013 - IX ZR 191/12 , ZIP 2013, 1180 Rn. 8). Handelt es sich um teilbare Leistungen einer einheitlichen Rechtshandlung, ist die Anfechtung nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Rechtshandlung des Gläubigers auch nicht anfechtbare Rechtsfolgen ausgelöst hat ( BGH, Urteil vom 4. Oktober 2001 - IX ZR 207/00 , ZIP 2001, 2055, 2057 unter III.1.).

cc) Daher unterliegen im Streitfall die Einräumung eines Rücktrittsrechts und der der Klägerin bei Ausübung dieses Rechts zustehende Rückübertragungsanspruch nicht der Anfechtung. Sie sind unter den Umständen des Streitfalles nicht gläubigerbenachteiligend (oben II.2.a.). Die Anfechtbarkeit bezieht sich nur auf den unentgeltlichen Teil des Rückübertragungsanspruchs.

2. Der Beklagte ist jedoch zur Auflassung und Herausgabe der Wohnung nur Zug-um-Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises und Ersatz der Verwendungen verpflichtet (§ 348 Satz 1 BGB). Zur Höhe dieser dem Beklagten zustehenden, nur auf Einrede zu berücksichtigenden Gegenansprüche hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen.

a) Der Beklagte kann diese Gegenansprüche geltend machen, weil die Verpflichtung zur unentgeltlichen Rückgewähr anfechtbar ist. Der in der Vereinbarung eines unentgeltlichen Rücktritts liegende Verzicht auf die Rückgewähransprüche der Schuldnerin ist gläubigerbenachteiligend (vgl. oben II.2.b.). Insoweit sind die Rechtsfolgen teilbar und die im Verzicht auf die Rückgewähransprüche liegende Unentgeltlichkeit abtrennbar. Es handelt sich um dem späteren Insolvenzschuldner gezielt für den Fall der Insolvenz auferlegte Vermögensnachteile, welche über die gesetzlichen Folgen hinausgehen (vgl. MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO) und nicht zur Erreichung des Vertragszwecks geboten sind (BGH, Urteil vom 11. November 1993, aaO S. 81 unter B.I.3.).

b) Dieser Einwand wird nach § 348 Satz 2 BGB in Verbindung mit §§ 320, 322 BGB nur auf Einrede des Rückgewährschuldners berücksichtigt (BGH, Urteil vom 16. Oktober 2009 - V ZR 203/08, NJW 2010, 146 Rn. 20 mwN). Zur Erhebung der Einrede muss kein förmlicher Antrag gestellt werden; es genügt, wenn der Wille, die eigene Leistung im Hinblick auf das Ausbleiben der Gegenleistung zurückzubehalten, eindeutig erkennbar ist (BGH, aaO mwN).

Diese Voraussetzungen sind im Streitfall erfüllt. Der Beklagte hat zwar in erster Linie eine Verpflichtung zur Herausgabe der Wohnung insgesamt bestritten. Er hat aber wiederholt zugleich darauf hingewiesen, dass jedenfalls der Verlust der Rückabwicklungsansprüche der Schuldnerin durch die Verpflichtung zur unentgeltlichen Rückgewähr anfechtbar sei. Darin kommt auch der eindeutige Wille des Beklagten zum Ausdruck, bei der Rückabwicklung des Kaufvertrags die Rückgewähr der Eigentumswohnung deshalb zurückzubehalten, weil die Leistungen ausbleiben, welche die Klägerin ihrerseits schuldet.

#### IV.

Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Insoweit weist der Senat auf folgende Gesichtspunkte hin:

1. Das Berufungsgericht wird die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen einer Anfechtung nach § 133 Abs. 1 InsO zu prüfen haben.

a) Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anfechtbarkeit nach § 133 Abs. 1 InsO ist der Abschluss des notariellen Vertrags. Wann eine Rechtshandlung vorgenommen ist, bestimmt sich nach § 140 InsO. Sie gilt gemäß § 140 Abs. 1 InsO in dem Zeitpunkt als vorgenommen, in dem ihre rechtlichen Wirkungen eintreten. Maßgeblich ist der Zeitpunkt, in dem die gesamten Erfordernisse vorliegen, an welche die Rechtsordnung die Entstehung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses knüpft (BGH, Urteil vom 27. September 2012 - IX ZR 15/12, ZIP 2012, 2409 Rn. 8). Erforderlich ist, dass eine Rechtsposition begründet worden ist, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens beachtet werden müsste (BT-Drucks. 12/2443 S. 166). Die schuldrechtliche Vereinbarung über den Inhalt des Rückgewährschuldverhältnisses ist mit wirksamem Abschluss der

Vereinbarung vorgenommen. Wird nur der Abschluss eines Kausalgeschäfts angefochten, ist der Zeitpunkt des Abschlusses maßgeblich (MünchKomm-InsO/Kayser, 3. Aufl., § 134 Rn. 20). Auf § 140 Abs. 2 Satz 2 InsO kommt es im Streitfall daher nicht an.

b) Das Berufungsgericht wird zu klären haben, ob die Vereinbarung eines unentgeltlichen Rückgewähranspruchs (auch) für den Insolvenzfall mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz erfolgte und die Klägerin den Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin kannte. Hierbei hat das Berufungsgericht sämtliche Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Hierzu zählen nicht nur die finanziellen Verhältnisse zum Zeitpunkt der Rechtshandlung, sondern auch die übrigen Vorstellungen der Parteien zu Zweck und Abwicklung des notariellen Kaufvertrags.

Dabei ist eine ausdrücklich für den Fall der Insolvenz getroffene Vereinbarung, die dem Vertragspartner zum Nachteil der übrigen Gläubiger einen Sondervorteil einräumt, ein deutliches Indiz für einen Benachteiligungsvorsatz des Schuldners (vgl. BGH, Urteil vom 19. April 2007 - IX ZR 59/06 , ZIP 2007, 1120 Rn. 27). Welches Gewicht dieses Indiz im konkreten Fall hat, darf jedoch nicht isoliert mit Blick auf die gläubigerbenachteiligende Klausel beurteilt werden. Vielmehr ist der Gesamtzusammenhang der Klausel einzubeziehen. Entscheidend sind die Vorstellungen der Parteien des notariellen Kaufvertrags über den weiteren Verlauf und den Zweck der Klausel, insbesondere die Gründe und Ziele, die zur unentgeltlichen Rückgabepflicht geführt haben. Weiter kommt es darauf an, wie die Vertragsparteien die Aussichten einschätzten, dass ein Rücktrittsgrund für die Klägerin entstehen würde (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2009 - IX ZR 85/07 , BGHZ 180, 98 Rn. 11 ff zur Bestellung umfassender Sicherheiten bei einer Unternehmensgründung) und ob im Falle des Rücktritts die Vereinbarung der Unentgeltlichkeit gegenüber den gesetzlichen Rechtsfolgen zu einer Benachteiligung der Gläubiger führen würde.

c) Hinsichtlich des Umfangs des Anfechtungsanspruchs wird auf § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO hingewiesen. Die gläubigerbenachteiligende Wirkung der Rechtshandlung ist zu beseitigen. Da die Einräumung des Rücktrittsrechts für sich genommen nicht gläubigerbenachteiligend ist, führt die Anfechtung lediglich dazu, dass der Beklagte die gesetzlichen Ansprüche der Schuldnerin aus dem Rückgewährschuldverhältnis geltend machen kann.

2. Schließlich gibt die Zurückverweisung den Parteien Gelegenheit, zum Umfang der im Rahmen des Rückgewährschuldverhältnisses nach den gesetzlichen Vorschriften auszugleichende Leistungen, Nutzungen und Verwendungen vorzutragen.