

lichen Währungsordnung ins Spiel kommen. Schließlich würde sich der Staat, der sich zu einem Alleingang in der Währungsfrage entschließt, den Gefahren eines Vertragsverletzungsverfahrens und einer Staatshaftung aussetzen. Der Druck, sich den Folgen des eigenen, fortgesetzt europarechtswidrigen Verhaltens zu entziehen, würde dem Staat den EU-Austritt nahelegen. Ein derart riskanter Alleingang dürfte sich für eine verantwortliche Politik verbieten.

Soll eine Währungsreform in rechtlich belastbarer Weise erfolgen, ist ein Austritt aus der EU oder eine Änderung des europäischen Primärrechts erforderlich, die einen isolierten Austritt nur aus der Gemeinschaftswährung ermöglicht. In diesem Fall dürfte eine Erfassung von bestehenden Euro-Forderungen nicht nur im Inland, sondern auch im Ausland anzuerkennen sein, soweit man eine kollisionsrechtliche Bedeutung der *lex monetae* anerkennt. Der *ordre-public*-Vorbehalt könnte insoweit allenfalls bei einer völlig unangemessenen Festsetzung des rekurrenten Anschlusses bemüht werden. In der Folge können sich allerdings vielgestaltige sachrechtliche Folgeprobleme ergeben, etwa aufgrund des mit der Währungsreform einhergehenden Abwertungseffekts (Geschäftsgrundlagenfortfall u. a.); die Lösungen könnten je nach Vertragsstatut recht unterschiedlich ausfallen. Im Grundsatz zweifelhafter muss die Einwirkung auf bestehende Geldforderungen sein, wenn man die Währungsumstellung von ihrer Eignung abhängig

macht, dass damit dem Vertragsverhältnis besser entsprochen wird als durch Belassung der Euro-Schuldwährung. Es könnte daher sein, dass in den Ländern angelsächsischer Rechtstradition, in denen diese Sichtweise zu überwiegen scheint, in einem weiten Umfang selbst einer europarechtskonformen Währungsreform die Wirkung auf bestehende Euro-Forderungen abgesprochen würde. Insofern könnten es sich auszahlen, wenn ein *common law*-Vertragsstatut und ein Gerichtsstand z. B. in London vereinbart sind. In jedem Fall wird auch eine europarechtskonforme Währungsreform auf der ganzen Welt eine Unzahl von Prozessen auslösen; verschiedenste Rechtsfragen würden im Instanzenzug Antworten finden, und es wäre dabei nicht zu erwarten, dass die Entscheidungspraxis der Höchstgerichte und der Schiedsgerichte übereinstimmen oder auch nur konvergieren.

Die Durchführung einer nationalen Währungsreform, bei der die Verletzung von Europarecht vermieden wird, ist nach der jetzigen Rechtslage nur in umständlichen Verfahren möglich. Eine Währungsreform, die einen monatelangen Vorlauf erfordert, dürfte sich wegen der unausweichlichen Panikreaktionen verbieten. Nicht ausschließen kann man aber, dass die Möglichkeit einer nationalen Währungsreform z. B. durch einen nicht öffentlichen Gipfelbeschluss eröffnet wird, in dem eine nachträgliche Legalisierung mittels der erforderlichen Änderungen von Primär- und Sekundärrecht zugesagt wird.

Marc d'Avoine^{*)}

Feststellung, Verwertung und Abrechnung von Sicherheitsgut als „einheitliches Geschäft“ des Insolvenzverwalters

Änderung der Rechtsprechung zur Umsatzsteuer bei Mobilienverwertung durch BFH-Urteil v. 28. 7. 2011 – V R 28/09, ZIP 2011, 1923

Gem. §§ 80, 148 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Ihn trifft auch die Pflicht zur Feststellung etwaiger Rechte Dritter an den Gegenständen, die seiner Verwaltung unterliegen und die er verwerten soll und muss. Wenn er verwertet, muss er über die Sicherheitserlöse abrechnen. Nach der jüngst geänderten Rechtsprechung des BFH (Urt. v. 28. 7. 2011- V R 28/09, ZIP 2011, 1923) muss der Verwalter die Verwertungskosten bzw. die Pauschale nach § 171 Abs. 2 InsO mit Umsatzsteuer, die Feststellungspauschale nach § 170 Abs. 1, § 171 Abs. 1 InsO aber ohne Umsatzsteuer abrechnen. Denn es handelt sich nach Ansicht des BFH um zwei Vorgänge, jedenfalls so lange, wie Feststellung und Verwertung durch den Insolvenzverwalter nicht ein „einheitliches Geschäft“ darstellen. Dies wird nachfolgend beleuchtet.

I. Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters

Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und darüber zu verfügen, auf den Insolvenzver-

walter über, § 80 InsO. Gem. § 148 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter nach Insolvenzeröffnung das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen.

Den Insolvenzverwalter trifft auch die Pflicht zur Feststellung etwaiger Rechte Dritte an den im Verzeichnis nach § 151 Abs. 1 InsO aufgelisteten Gegenständen, die er (spätestens) nach dem Berichtstermin verwerten soll und muss, § 159 InsO.

Der Insolvenzverwalter darf gem. § 166 Abs. 1 InsO nicht nur einen Massegegenstand ohne Drittrechtsbelastung, sondern auch eine bewegliche Sache, an der ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwerten, wenn er die Sache in seinem Besitz hat. Er darf auch eine Forderung, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, einziehen oder in anderer Weise verwerten, § 166 Abs. 2 InsO. Gem. § 168 Abs. 3 i. V. m. § 170 Abs. 2 InsO kann eine Verwertungsmög-

^{*)} Dr. iur., Rechtsanwalt, Partner der Kanzlei ATN d'Avoine Teubler Neu, Wuppertal/Leverkusen

lichkeit darin bestehen, dass der Gläubiger den Gegenstand selbst übernimmt.

Der Insolvenzverwalter hat im Ergebnis folgende Wahlrechte (mit entsprechenden umsatzsteuerlichen Auswirkungen):

- (1) Er kann selbst verwerten (§ 166 Abs. 1 InsO), und zwar im eigenen Namen (Einfachumsatz).
- (2) Er kann im Namen des Sicherungsnehmers (i. d. R. Darlehensgeber/Bank) verwerten (Doppelumsatz).
- (3) Er kann das Sicherungsgut dem Sicherungsnehmer überlassen, § 168 Abs. 3 InsO = Selbsteintritt = Veräußerung an den Sicherungsnehmer (Einfachumsatz).
- (4) Er kann das Sicherungsgut dem Sicherungsnehmer zur Verwertung überlassen, § 170 Abs. 2 InsO (Doppelumsatz).

Bei eigener Verwertung im eröffneten Verfahren wird der Insolvenzverwalter immer für eigene Rechnung tätig, da er kraft gesetzlicher Befugnis die Masse verwertet und damit die Verbindlichkeiten des von ihm vertretenen Schuldners tilgt. Anders als bei einem Verwertungsfall im Insolvenzeröffnungsverfahren kommt es hier zu keinem Dreifachumsatz nach den Regeln des Kommissionsgeschäfts, bei welchem dem Sicherungsgeber erst die Verwertungsbefugnis eingeräumt werden muss.

II. Der vom BFH entschiedene Fall

Eine Gesellschaft mit Immobilienvermögen geriet in die Insolvenz. Der Kläger als Insolvenzverwalter veräußerte in Absprache mit den grundpfandberechtigten Gläubigerbanken und mit Zustimmung der Gläubigerversammlung Massegrundstücke. Nach Abzug des vereinbarten Massekostenbeitrags von 4 bis 5 % des Veräußerungserlöses zahlte er den Verkaufserlös an die grundpfandberechtigte Bank aus. Die Massekostenbeiträge vereinnahmte er für die Masse, ohne sie bei der Umsatzsteuererklärung für die Masse als Entgelt für eine steuerpflichtige Leistung zu erfassen. In Einzelfällen schaltete der Kläger bei Grundstückverkäufen Immobilienmakler ein. Er behielt dann zusätzlich zum Massekostenbeitrag auch die Ausgaben für die Maklerprovision ein.

Weiter erhielt der Kläger für die Masse im Rahmen „kalter Zwangsverwaltung“ aufgrund gleichfalls mit Gläubigerbanken getroffener Vereinbarungen als Massekostenbeitrag einen Anteil von 9 bis 15 % aus eingezogenen Kaltmieten. Auch insoweit ging er von einem nicht steuerbaren Vorgang aus.

Das beklagte Finanzamt war der Auffassung, dass die Massekostenbeiträge als Entgelt für steuerbare und steuerpflichtige Leistungen der Umsatzsteuer unterlägen, weil die Steuerschuldnerin, vertreten durch den Insolvenzverwalter, im Rahmen entgeltlicher Geschäftsbesorgungsverträge gem. § 675 BGB gehandelt habe.

Der BFH bestätigt diese Auffassung ebenso wie die Vorinstanz und stellt in Leitsatz 1 fest: „Kostenbeiträge bei ‚kalter Zwangsvollstreckung‘ (= freihändiger Grundstücksveräußerung) und ‚kalter Zwangsverwaltung‘ stellen steuerbare und steuerpflichtige Umsätze des Insolvenzverwalters an den Grundpfandgläubiger dar.“

Bezüglich der „kalten Zwangsvollstreckung“ hatte der BFH mit Urteil v. 18. 8. 2005 die umsatzsteuerliche Behandlung von Verwertungshandlungen des Insolvenzverwalters, die Gegenstände mit Absonderungsrechten betreffen, neu – und entgegen der damaligen Praxis – beurteilt:¹⁾ Vereinbaren der absonderungsberechtigte Grundpfandgläubiger (i. d. R. also die Bank) und der Insolvenzverwalter, dass der Insolvenzverwalter ein Grundstück für Rechnung des Grundpfandgläubigers veräußert und vom Veräußerungserlös einen bestimmten Betrag für die Masse einbehalten darf, führt der Insolvenzverwalter neben der Grundstückslieferung an den Erwerber eine „sonstige entgeltliche Leistung“ an den Grundpfandgläubiger aus. Der für die Masse einbehaltene Betrag ist – so der BFH – ein „Entgelt für eine Leistung“ i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG.

Neu ist die Entscheidung bezüglich der zweiten Alternative der „kalten Zwangsverwaltung“. Wie bei der „kalten Zwangsvollstreckung“ (= freihändige Grundstücksveräußerung) liegt auch bei der „kalten Zwangsverwaltung“ nur ein Einfachumsatz vor; die Regeln über das Kommissionsgeschäft nach § 3 Abs. 3 UStG gelten nicht (also kein Dreifachumsatz). Vor dem Hintergrund des neuen Urteils vom 28. 7. 2011 dürfte es unerlässlich sein, in Fällen der „kalten“ Zwangsverwaltung mit der Bank eine Regelung wegen der Umsatzsteuer zu treffen. Das behagt den Banken wegen der Überwälzung der Umsatzsteuer allerdings nicht, weil sie nicht zum Vorsteuerabzug berechtigt sind.

Die Auffassung des BFH ist konsequent und eigentlich auch nicht überraschend. Das Problem für die Praxis ist vielmehr der 2. Leitsatz, mit dem die bisherige Rechtsprechung ausdrücklich aufgehoben wird und der inhaltlich bestimmt: „Eine umsatzsteuerbare und umsatzsteuerpflichtige Leistung des Insolvenzverwalters an den Absonderungsberechtigten liegt auch bei der Verwertung *beweglicher* Wirtschaftsgüter vor.“ (Hervorhebung des Verf.) Das soll nach dem BFH selbst dann gelten, wenn der Insolvenzverwalter nach erfolgter Wertfeststellung keine gesonderte Vereinbarung mit dem Sicherungsnehmer (i. d. R. Bank) getroffen hat und (nur) sein gesetzliches Verwertungsrecht nutzt, wofür er die 9%ige Kostenbeteiligung aus §§ 166, 171 Abs. 1 und 2 InsO erhält. Der BFH begründet dies mit den Handlungsalternativen des Verwalters: Er kann nach § 166 Abs. 1 InsO verwerten, er muss es aber nicht; er kann auch dem Sicherungsnehmer die Verwertung überlassen, § 168 Abs. 3, § 170 Abs. 2 InsO.

Das heißt im Fall von Mobilienverkäufen: Außerhalb des innergemeinschaftlichen Erwerbs nach § 1 Abs. 1a UStG fällt nunmehr zweimal Umsatzsteuer an (ggf. sogar dreimal; hier vom BFH offengelassen):

- (1) bei Lieferung des Verwalters an den Käufer, Bemessungsgrundlage ist der Nettokaufpreis, und
- (2) bei der sonstigen Leistung des Verwalters an den zur Absonderung berechtigten Gläubiger, Bemessungsgrundlage ist der Massebeitrag netto.

1) BFH v. 18. 8. 2005 – V R 31/04, ZIP 2005, 2119, dazu EWiR 2005, 841 (Spieß/Schacht).

Gesetzlich geregelt ist in § 171 Abs. 2 Satz 3 InsO (Umsatzsteuerbetrag ist zusätzlich zu der Pauschale nach Satz 1 oder den Kosten nach Satz 2 anzusetzen) nur die erste Leistung, also die Umsatzsteuer, die der Insolvenzverwalter gegenüber dem Käufer berechnet. Nach dem BFH-Urteil von 28. 7. 2011 ist nunmehr auch ohne gesonderte, die Umsatzsteuerfrage regelnde Verwertungsvereinbarung (einer solchen bedurfte es wegen des Verwertungsrechts nach § 166 InsO ja bisher nicht) die Umsatzsteuer für die zweite Leistung gegenüber dem Gläubiger zu berechnen. Denn hier wendet der BFH die Theorie des Doppel-/Dreifachumsatzes jetzt auch auf den kraft seines originären Verwertungsrechts verwertenden Insolvenzverwalter an; bei Verwertungen durch den Schuldner selbst war dies schon seit 2003 Konsens.

Bei gesetzlicher Verwertung nach § 166 Abs. 1 InsO vertrat der BFH noch im Urteil vom 18. 8. 2005²⁾ die Auffassung, dass der Insolvenzverwalter bei der Veräußerung von beweglichen Gegenständen, an denen ein Absonderungsrecht besteht, trotz Vereinnahmung der Verwertungspauschale nach § 171 Abs. 2 InsO keine entgeltliche Leistung an den Grundpfandrechtsgläubiger erbringe. An dieser Auffassung hält er im Urteil vom 28. 7. 2011 ausdrücklich nicht fest und bekennt sich damit zu einer „Änderung der Rechtsprechung“.

Die Entscheidung gilt ab Verkündung und wirkt sich grundsätzlich bei allen Abrechnungen von Sicherheitsgut aus. Die 9 %-Marge der Masse wird durch die neue Rechtslage indes nicht geschmälert. Entweder haben die Insolvenzgläubiger vom Insolvenzverwalter ohnehin nur die Nettobeträge erhalten; dann wurde die Umsatzsteuer an das FA abgeführt. In den Fällen, in denen der Insolvenzverwalter brutto an die Sicherungsgläubiger (i. d. R. die Bank) abführt, muss der Insolvenzverwalter den Insolvenzgläubigern nunmehr die Verwertungspauschale zuzüglich Umsatzsteuer in Rechnung stellen und dem Sicherungsgläubiger/Bank eine Rechnung ausstellen, die ihn – vorausgesetzt, er ist Unternehmer – zum Vorsteuerabzug berechtigt.

III. Wann wird die Feststellung mit der Verwertung zum „einheitlichen Geschäft“ des Insolvenzverwalters?

Nach der neuen Rechtsprechung des BFH unterscheidet sich die Abrechnung der Feststellungspauschale, die auf Grund gesetzlicher Verpflichtung (*ohne* Umsatzsteuer) erfolgt, von der Abrechnung der Verwertungspauschale als Dienstleistung (*mit* Umsatzsteuer). Es bleibt allerdings die Frage, ob unter bestimmten Voraussetzungen Wertfeststellung, Verwertung und ggf. auch Abrechnung als „einheitliche Dienstleistung“ zu werten sein können, so dass beide Beitragspauschalen gem. § 171 Abs. 1 (4 %) und 2 (5 %) InsO mit Umsatzsteuer belegt werden.

Aus Sicht der Finanzverwaltung ließe sich argumentieren, dass der Auftrag des absonderungsberechtigten Gläubigers zur sachgerechten Verwertung zwingend den Auftrag beinhaltet, zuvor den Wert des Sicherheitsguts festzustellen. Denn ohne belastbare Bewertung des Sicherheitsguts kann in der Regel keine objektive und treuhandgerechte Verwertung erfolgen und auch nicht verbindlich für alle Gläubiger abgerechnet werden.

Anhaltspunkt für die Beurteilung der Dienstleistungen als einheitliches Rechtsgeschäft kann § 139 BGB sein: Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Nach dem Konzept des § 139 BGB wird der Gedanke der Privatautonomie ausdrücklich anerkannt. Folgerichtig steht die von § 139 BGB angeordnete Rechtsfolge zur Parteidisposition.³⁾ Die Vorschrift gilt somit, wenn die Beteiligten mehrere Rechtsgeschäfte, die jeweils auch für sich allein existieren könnten, zu einem einheitlichen Geschäft zusammensetzen. Eine nur äußerliche Verbindung oder ein nur wirtschaftlicher Zusammenhang genügen allerdings für sich allein noch nicht, bilden aber ein Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Geschäfts im Sinne der Vorschrift. Erforderlich ist vielmehr ein Einheitlichkeitswille der Parteien bei Vornahme des zusammengesetzten Geschäfts. Er ist gegeben, wenn sich unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten und der Verkehrssitte im konkreten Einzelfall ergibt, dass die – möglicherweise sogar äußerlich getrennten – Geschäfte miteinander stehen und fallen sollen.⁴⁾

Bei der Betrachtung der „Einheitlichkeit“ kommt es somit auf den rechtlichen Zusammenhang und nicht auf eine wirtschaftliche Verknüpfung an.⁵⁾ Der rechtliche Zusammenhang zwischen der Feststellung und der Verwertung von Sicherheitsgut ist aber nicht gegeben. Wie ausgeführt, hat der Insolvenzverwalter zunächst die Pflicht, die Gegenstände festzustellen, die er gem. § 148 Abs. 1 InsO nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Besitz und Verwaltung genommen hat. Ihn trifft auch die Pflicht zur Feststellung etwaiger Rechte Dritte an den Gegenständen, die er verwerten soll und muss. Sodann ist er aber frei bei seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Verwertung. Er kann, muss aber nicht selbst verwerten, er kann es auch dem Sicherungsgeber oder Dritten überlassen und damit unterschiedliche umsatzsteuerliche Folgen auslösen.

Zwar mag es Fälle geben, in denen direkt nach Wertfeststellung die Verwertung erfolgen muss, etwa bei leicht verderblicher Ware wie Obst oder Fisch oder anderen Lebensmitteln mit kurzen Haltbarkeitsdaten. Jedoch folgt auch hier die Entscheidung über die Verwertung der Wertfeststellung nach, und sei es auch nur nach Ablauf der berühmten juristischen Sekunde. Und selbst wenn dem Insolvenzverwalter nur ein einzelner Erwerbsinteressent gegenübertritt, entscheidet der Insolvenzverwalter zunächst über den Wert des Sicherheitsguts und sodann über die Art der Verwertung.

Die Finanzverwaltung wird – fiskalisch motiviert – u. U. die Ansicht vertreten, aus Sicht des Rechtsverkehrs sei objektiv von einem einheitlichen Geschäft auszugehen. Dem Rechtsverkehr trete ausschließlich der Verwalter als Person, dessen Anzeige der Veräußerungsabsicht und nach Abwicklung dessen Abrechnung entgegen. Es ist unstrittig, dass eine solche

2) BFHE 211, 551 = BStBl II 2007, 183 = ZIP 2005, 2119.

3) MünchKomm-Busche, BGB, 5. Aufl., 2006, § 139 Rz. 7 – 9.

4) St. Rspr., vgl. nur BGH ZIP 2011, 2112, Rz. 24 m. w. N., dazu EWiR 2011, 697 (Moseschus); Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl., 2011, § 139 Rz. 5; Wendtland, in: Beck'scher OK BGB, Stand: 1. 3. 2011, Edition 20, § 139 Rz. 8 ff.

5) BGH ZIP 2011, 2112, Rz. 24; BGH ZIP 2007, 16, dazu EWiR 2007, 451 (Weber).

Geschäftseinheit grundsätzlich selbst dann in Betracht kommen kann, wenn an den verbundenen Geschäften zum Teil verschiedene Personen beteiligt sind,⁶⁾ so z. B. beim Vertrag zwischen dem Patienten und dem Krankenträger und dem behandelnden Arzt über Wahlleistungen.⁷⁾ Der Einheitlichkeitswille nur eines Beteiligten genügt, wenn er für den anderen Teil erkennbar war und von ihm gebilligt oder zumindest hingenommen wurde.⁸⁾

Damit ist das entscheidende Kriterium aber bereits genannt: der Einheitlichkeitswille der Beteiligten, der jedoch bei den hier besprochenen Sachverhalten nicht vorliegen wird. Der dem Insolvenzverwalter gegenüberstehende Erwerber macht sich keine Gedanken über die Frage, ob Wertfeststellung und Verwertung auf einem einheitlichen Willen von Insolvenzverwalter und gesichertem Gläubiger beruhen. Auch der gesicherte Gläubiger (i. d. R. die Bank) hat kein Einheitlichkeitsinteresse. Für ihn gehört die Wertfeststellung zu den ureigensten Aufgaben des Insolvenzverwalters; sie muss vom Gläubiger nicht gesondert beauftragt werden. Der Insolvenzverwalter seinerseits hat zwischen dem gesetzlichen Auftrag zur Feststellung und seinen Wahlmöglichkeiten bei der Verwertung zu differenzieren. Ohne Rechtsbindungswillen kann ihm keine Willenserklärung zugerechnet werden. Bei der Feststellung von Vermögensgegenständen wie bei der Feststellung von Sicherungsrechten hat er aber nicht notwendigerweise eine Erklärungsabsicht; er befolgt schlicht die gesetzliche Aufgabe, nimmt Gegenstände auf und stellt die Masse fest. Wenn überhaupt, ist er nach Vorlage der belastbaren Ergebnisse der Feststellung in der Lage, sich eine Meinung zu bilden und auf dieser Grundlage über eventuelle Verwertungsmaßnahmen zu entscheiden. Selbst im Fall verderblicher Ware kann ihm eine einheitliche Feststellungs- und Verwertungsentscheidung nicht unterstellt werden.

Diese Wertung steht auch im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung zu der Frage, wann Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft ein einheitliches Rechtsgeschäft i. S. d. § 139 BGB darstellen, wovon nur im Ausnahmefall ausgegangen werden kann. Erforderlich ist auch hier ein entsprechender Einheitlichkeitswille der Beteiligten.⁹⁾ Es müssen konkrete Anhaltspunkte vorhanden sein: Ein praktisch immer vorliegender wirtschaftlicher Zusammenhang oder die Zusammenfassung von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft in einer Urkunde genügen nicht.¹⁰⁾ Fehlt es an darüber hinausgehenden besonderen Umständen, die ausnahmsweise die Annahme eines einheitlichen Rechtsgeschäfts im Einzelfall rechtfertigen können, bleibt es bei der grundsätzlichen Selbstständigkeit von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft.¹¹⁾ Dem Insolvenzverwalter als Partei, hier Steuersubjekt kraft Amtes, kann erst recht nicht ein einheitlicher Handlungswille unterstellt werden. Er ist kraft Amtes verpflichtet zur Feststellung und ebenso kraft Amtes frei in der Entscheidung des „Ob“ und „Wie“ der Verwertung. Daran ändern auch eventuell eng beieinander liegende Rechtsakte nichts.

Letztlich ist auf den Grunderwerbsteuerrechtlichen Begriff des „einheitlichen Leistungsgegenstands“ einzugehen. Die beim Grundstückserwerb anfallende Grunderwerbsteuer bestimmt sich – vereinfacht dargestellt – nach dem Kaufpreis für den

Gesamtgegenstand. Ergibt sich jedoch aus weiteren Vereinbarungen, die mit diesem Rechtsgeschäft in einem rechtlichen oder zumindest objektiv sachlichen Zusammenhang stehen, dass der Erwerber das Grundstück in bebautem Zustand, somit mit weiteren Sachleistungen erhalten soll, bezieht sich der Grunderwerbsteuerrechtliche Erwerbsvorgang auf diesen einheitlichen Leistungsgegenstand.¹²⁾ Ein solcher sachlicher Zusammenhang zwischen den Verträgen ist gegeben, wenn der Erwerber im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrags in seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Baumaßnahme gegenüber dem Veräußerer nicht mehr frei ist und deshalb feststeht, dass er das Grundstück nur in einem bestimmten (bebauten) Zustand erhalten wird. Von einer entsprechenden Bindung des Insolvenzverwalters kann jedoch nicht ausgegangen werden. Bei der ihm gesetzlich obliegenden Feststellung des Sicherheitsguts ist er hinsichtlich des späteren „Ob“ und des „Wie“ einer Verwertung völlig frei.

IV. Zusammenfassung

1. Gem. §§ 80, 148 Abs. 1 InsO hat der Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen. Er darf gem. § 166 Abs. 1 InsO nicht nur einen Massegegenstand ohne Drittrechtsbelastung, sondern auch eine bewegliche Sache, an der ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwerten, wenn er die Sache in seinem Besitz hat. Der Verwalter darf auch eine Forderung, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, einziehen oder in anderer Weise verwerten, § 166 Abs. 2 InsO. Nach der jüngst geänderten Rechtsprechung des BFH muss der Verwalter die Verwertungskosten bzw. die Pauschale nach § 171 Abs. 2 InsO *mit* Umsatzsteuer, die Feststellungspauschale nach § 170 Abs. 1, § 171 Abs. 1 InsO aber *ohne* Umsatzsteuer abrechnen. Denn es handelt sich um zwei Vorgänge.
2. Der Insolvenzverwalter hat im Ergebnis Wahlrechte (mit entsprechenden umsatzsteuerlichen Auswirkungen).
 - Er kann selbst verwerten (§ 166 Abs. 1 InsO), und zwar im eigenen Namen (Einfachumsatz).
 - Er kann im Namen des Sicherungsnehmers (i. d. R. Darlehensgeber/Bank) verwerten (Doppelumsatz).
 - Er kann das Sicherungsgut dem Sicherungsnehmer überlassen, § 168 Abs. 3 InsO = Selbsteintritt = Veräußerung an den Sicherungsnehmer (Einfachumsatz).
 - Er kann das Sicherungsgut dem Sicherungsnehmer zur Verwertung überlassen, § 170 Abs. 2 InsO (Doppelumsatz).

6) BGH ZIP 1988, 316.

7) BGH NJW 1998, 1778, 1780.

8) BGH ZIP 2011, 2112, Rz. 24; OLG München NJW-RR 1987, 1042; Palandt/Ellenberger (Fußn. 4), § 139 Rz. 5; Wendland (Fußn. 4), § 139 Rz. 8.

9) BGH NJW 1988, 2364, dazu EWiR 1988, 465 (Klaas); Wendland (Fußn. 4), § 139 Rz. 9, Palandt/Ellenberger (Fußn. 4), § 139 Rz. 8 für den Ausnahmecharakter der Verknüpfung von Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft.

10) BGH NJW-RR 1989, 519; BGH NJW 1967, 1128, 1130; BGH NJW 1952, 60, 61; Palandt/Ellenberger (Fußn. 4), § 139 Rz. 8; Wendland (Fußn. 4), § 139 Rz. 11.

11) BGH NJW-RR 1989, 519; BGH NJW 1988, 2364; Palandt/Ellenberger (Fußn. 4), § 139 Rz. 8; Wendland (Fußn. 4), § 139 Rz. 11.

12) St. Rspr., s. nur BFH v. 21. 9. 2005 – II R 49/04, BStBl 2006 II, 269.

3. Feststellung, Verwertung und ggf. auch Abrechnung sind regelmäßig *nicht* als „einheitliches Geschäft“ zu werten. Der Insolvenzverwalter hat zunächst die Pflicht zur Feststellung der Gegenstände, die er gem. § 148 Abs. 1 InsO nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens in Besitz und Verwaltung zu nehmen hat. Ihn trifft auch die Pflicht zur Feststellung etwai-

ger Rechte Dritte an den Gegenständen, die er verwerten soll und muss. Sodann aber ist er frei bei seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Verwertung. Er kann, muss aber nicht selbst verwerten, er kann es auch dem Sicherungsgeber oder Dritten überlassen und damit unterschiedliche umsatzsteuerliche Folge auslösen.