

Kapitel 1: Einleitung

§ 1 Bedeutung der Sicherheiten-Gläubiger für das Insolvenzverfahren

I. Faktischer Einfluss der gesicherten Gläubiger auf das über das Vermögen des Sicherungsgebers eröffnete Insolvenzverfahren

Kreditsicherheiten bestimmen das Bild des Insolvenzverfahrens. Die Finanzierung des Umlaufvermögens von Unternehmen durch die Aufnahme von Betriebsmittelkrediten und das Factoring, die Inanspruchnahme von Sachkrediten durch Lieferanten und die Beschaffung von Anlagevermögen durch Inanspruchnahme der Finanzdienstleistungen von Leasingunternehmen, um vier augenfällige Bereiche zu nennen, geben den Sicherheitengläubigern erheblichen Einfluss auf die Gestaltung der Rechtsverhältnisse des Sicherungsgebers und Schuldners im Falle seiner Insolvenz. Dieser Einfluss ist unabhängig von den rechtlichen Befugnissen der gesicherten Gläubiger im Insolvenzverfahren schlechthin bereits tatsächlicher Natur. Er entfaltet sich weithin unabhängig davon, in welchem Umfang die Sicherheitengläubiger außerhalb eines über das Vermögen des Sicherungsgebers eröffneten Insolvenzverfahrens aus der Verwertung des Sicherungsgutes Befriedigung erlangen können oder gar, wie im geltenden Recht, in das Insolvenzverfahren „eingebunden“ sind. Der Einfluss der gesicherten Gläubiger auf den Gang des Insolvenzverfahrens, das über das Vermögen des Sicherungsgebers eröffnet ist, folgt schon allein daraus, dass kaum ein Schritt der Insolvenzverwaltung unternommen werden kann, ohne dass dabei die gesicherten Gläubiger in dieser oder jener Form beteiligt werden, sei es, dass ein mit Grundpfandrechten belastetes Grundstück verwertet oder der Betrieb mit sicherungsübereigneten Maschinen fortgeführt werden soll, um nur zwei typische Szenarien anzudeuten. Von zentraler Bedeutung in der Phase der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist insbesondere die Abstimmung der vorläufigen Insolvenzverwaltung mit den Sicherungszessionären. Denn ohne deren Mitwirkung kann für das schuldnerische Unternehmen die erforderliche Liquidität nicht sichergestellt werden.¹

Die Reichweite des Einschnitts, den das Inkrafttreten der InsO für die Behandlung der Sicherungsrechte bedeutet, hat sich durch die bloße Lektüre des Gesetzespektes im Jahr 1999 kaum absehen lassen. Die Judikatur des BGH ist auch in dieser Hinsicht außerordentlich folgenreich geworden. Auf die vom BGH entschiedenen Fälle, deren Sachverhalte und die Argumentation des BGH ist im Folgenden besonderes Augenmerk zu legen, zumal die Rechtsprechung nicht frei von Widersprüchen geblieben ist. Auch wenn man manche Brüche vorerst außer Betracht lässt, begegnet es doch keinem Zweifel, dass sich in der Rechtsprechung des BGH die Reichweite des gesetzgeberischen Eingriffs in die Behandlung der Sicherheiten in der Insolvenz abgezeichnet hat.

II. Insolvenz des Sicherungsgebers als Prüfstein der Sicherungsrechte

1. Insolvenz als Sicherungsfall

Kreditsicherheiten sind erst für den Fall der Insolvenz des Sicherungsgebers und Darlehensnehmers für die Bank oder den Lieferanten wirklich interessant.²

1 Smid, WM 2004, 2373 ff.; zur Reform ders., Anmerkungen zum Insolvenzverfahrensvereinfachungsgesetz, in: Smid (Hrsg.), Große Insolvenzrechtsreform 2006, 2006, S. 193, 201 ff.

2 Vgl. Paulus, ZIP 2000, 2189.

Wenn dessen Vermögen nicht mehr ausreicht, seine Gläubiger zu befriedigen, tritt der Fall der „Nagelprobe“ der Kreditsicherheiten ein. Sieht man vorerst von dem einfachen Eigentumsvorbehalt³ ab, der nach h. L. ein Aussonderungsrecht des Eigentumsvorbehalt verkäufers in dem über das Vermögen des Käufers eröffneten Insolvenzverfahren begründen soll⁴, berechtigen die verschiedenen Formen der Kreditsicherung den Kreditgeber zur baldigen abgesonderten Befriedigung (§§ 49 ff. InsO).

- 4 Von „abgesonderter Befriedigung“ spricht man, da der gesicherte Gläubiger berechtigt ist, sich zunächst aus dem bei der Verwertung der Pfandsache erzielten Erlös zu befriedigen; soweit dieser Erlös nicht ausreicht, um seine Forderung zu befriedigen, steht es ihm frei, insofern als Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) seinen so genannten Ausfall zur Tabelle anzumelden (§ 52 InsO⁵). Dies alles ist gegenüber dem Rechtszustand unter der Geltung der Konkursordnung durchaus nicht neu.
- 5 Im Folgenden sollen die §§ 49 bis 52, 166 bis 172 InsO daraufhin ausgelotet werden, wie sich ihre Regelungen über die abgesonderte Befriedigung auf die Rechtsstellung der dinglich gesicherten Gläubiger und auf die Durchführung des Verfahrens auswirken. Im Mittelpunkt der neuen Vorschriften über die abgesonderte Befriedigung stehen die §§ 165 ff. InsO. Diese Vorschriften ziehen das Absonderungsgut in einer Reihe von Fällen zur Soll-Masse, insbesondere indem sie ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters am beweglichen Sicherungsgut statuieren und anordnen, dass die gesicherten Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen einen so genannten Verfahrenskostenbeitrag zu leisten haben.
- 6 In den Jahren seit Inkrafttreten der InsO haben sich viele Unklarheiten des Gesetzes ausräumen lassen. Die Rechtsprechung des IX. Zivilsenats des BGH⁶ – auf die im Folgenden an gebotener Stelle einzugehen sein wird – hat viele Streitfragen erledigt und, wo dies nicht oder nicht überzeugend hat geschehen können, doch jedenfalls weitere Fragen in das Licht ihres systematischen Zusammenhangs deutlicher treten lassen, als dies zuvor möglich war.⁷

2. Gang der Darstellung

- 7 Hier wird zunächst die gesetzliche Regelung der Stellung der gesicherten Gläubiger in dem über das Vermögen des Sicherungsgebers eröffneten Insolvenzverfahren dargestellt. Dabei werden sowohl dingliche Sicherheiten betrachtet als auch auf persönliche Sicherheiten – im Wesentlichen die Bürgschaft – eingegangen. Die Form der wirksamen Begründung von Kreditsicherungen ist in Insolvenzverfahren vielfach von entscheidender Bedeutung – man denke insbesondere an die Frage, ob der Sicherungsnehmer hinreichend bestimmen kann, an welchen Sachen sein Recht besteht. Daher soll wenigstens in Grundzügen auf diese Probleme der materiellrechtlichen Begründung von Sicherheiten eingegangen werden. Im Anschluss daran soll schwerpunktmäßig eine Reihe von Fragen erörtert werden, deren Beantwortung der Literatur vielfach als unproblematisch erscheint. Die verfahrensrechtliche Stellung dinglich gesicherter Gläubiger nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses scheint keine Schwierigkeiten aufzuwerfen.

3 Krit. gegen die Ungleichbehandlung mit Kreditsicherungsformen des erweiterten und verlängerten Eigentumsvorbehalts und des Sicherungseigentums *Adolphsen*, in: Kölner Schrift zur InsO, 3. Aufl. 2009, S. 1326, 1338 (Rn. 39 ff.).

4 *Adolphsen*, in: Kölner Schrift zur InsO, 3. Aufl. 2009, S. 1326, 1331 (Rn. 17).

5 *Smid*, in: Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl. 2019, § 52 Rn. 5; *Ganter*, in: MünchKomm-InsO, 4. Aufl. 2019, § 52 Rn. 2; *Brinkmann*, in: Uhlenbrück, InsO, 15. Aufl. 2019, § 52 Rn. 1; *Leithaus*, in: Andres/Leithaus, InsO, 4. Aufl. 2018, § 52 Rn. 2.

6 *Bähr/Smid*, Die Rechtsprechung des BGH zur neuen Insolvenzordnung 1999-2006, 2006, S. 90 ff. und *Rechel/Smid*, Die Struktur des Insolvenzrechts in der BGH-Rechtsprechung, 2012 (behandelt die Judikatur 2006 bis Anfang 2012); *ders.*, Die Struktur des Insolvenzrechts in der BGH-Rechtsprechung der Jahre 2012/2013, 2014 (in Vorbereitung).

7 Zu den Veränderungen gegenüber dem Rechtszustand unter Geltung der Konkursordnung vgl. Vorauf, § 1 Rn. 7 ff.

Dennoch haben sich durch die Veränderungen der Befugnisse des Insolvenzverwalters mit dem neuen Insolvenzrecht Probleme aufgetan, die der Aufmerksamkeit der insolvenzrechtlichen Praxis weitgehend entgangen zu sein scheinen.

Besonders deutlich ist die Reichweite der absonderungsrechtlichen Regelungen der Insolvenzordnung, wenn man die Gläubiger und ihre Stellung im Insolvenzverfahren betrachtet, zugunsten derer Mobiliarsicherheiten bestellt worden sind. Die Literatur lässt dies indes nicht immer im vollen Ausmaß erkennbar werden: Die Lehrbücher des Kreditsicherheitenrechts⁸ und die vielfältigen Handbücher des Insolvenzrechts⁹ beschränken nicht anders als die Spezialliteratur zu den Rechten der dinglich gesicherten Gläubiger¹⁰ die Darstellung der Veränderungen, die das neue Recht nach sich gezogen hat, auf die Behandlung der Verwertungskostenregelungen der §§ 170 f. InsO und die Nutzungsschädigungs- und Verzinsungsregelungen der §§ 169, 172 InsO¹¹. Das lässt aber bei einer Reihe von Fragen außer Acht, wie sich diese Regelungen zu der materiellen Rechtsstellung des Sicherungseigentümers und ihrer Durchsetzung im allgemeinen Leistungsprozess sowie zu der Vollstreckung von Herausgabetteln verhalten. So bleibt z. B. die Beschreibung der Rechtsdurchsetzung gesicherter Gläubiger oft unerörtert.¹² Um den systematischen Stellenwert des Sicherungseigentums im neuen Insolvenzrecht und sein Verhältnis zum allgemeinen Recht erörtern zu können, bedarf es einer *Gesamtschau* der Rechtsstellung des Sicherungseigentümers nach der InsO.

Hier geht es nun um die rechtlichen Folgen für die Rechtsdurchsetzung dinglich gesicherter Gläubiger. Diese röhren daher, dass in der Reform des Insolvenzrechts die durch besitzlose Mobiliarsicherheiten dinglich gesicherten Gläubiger, aber unter bestimmten Voraussetzungen auch die Grundpfandgläubiger, in das Verfahren „einbezogen“ worden sind. Insbesondere die Erörterung der Stellung der Grundpfandgläubiger beleuchtet das neue Recht auch der Mobiliarpfandgläubiger, denn, wie im Folgenden (§§ 2, 3) übersichtsartig gezeigt wird, ergeben sich aus dem Verhältnis beider Gläubigergruppen intrikate materiellrechtliche Abgrenzungsprobleme mit verfahrensrechtlicher Relevanz.

In den nachfolgenden Überlegungen wird erörtert, ob diese „Einbeziehung“¹³ der dinglich gesicherten Gläubiger in das Insolvenzverfahren materielle Auswirkungen für deren Rechtsausübung zeitigt, namentlich ihre rechtliche Fähigkeit, über die Gegenstände zu verfügen, an denen Sicherheiten bestellt sind. Dies gilt besonders für die durch Mobiliarsicherheiten gesicherten Gläubiger, aber auch für die Eigentumsvorbehaltsgläubiger¹⁴, die von der h. L.¹⁵ zwar nicht als Mobili-

8

9

10

⁸ Reinicke/Tiedtke, Kreditsicherung, 5. Aufl. 2006, Rn. 766.

⁹ Uhlenbrück, in: Braun/Uhlenbrück, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 339 ff., 344 ff.; Spieker/Nistens, in: Weisemann/Smid, Handbuch Unternehmensinsolvenz, 1999, § 13 Rn. 87 ff.; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch der Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2001, 433 ff.

¹⁰ Hilger, Besitzlose Mobiliarsicherheiten im Absonderungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verwertungsprobleme, 1994, S. 116 ff. (zum RegE); informativ Funk, Die Sicherungsüberzeugung in Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz, 1996, S. 85 ff.

¹¹ Die Kritik von Grub, DZWIR 2002, 441, ist aus der Sicht des Insolvenzverwalters verständlich, systematisch aber nicht zu halten.

¹² Krit. Smid, ZInsO 2001, 433, 441 ff. (445).

¹³ Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier, in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 1083, 1084 Rn. 3.

¹⁴ Adolphsen, in: Kölner Schrift zur InsO, 3. Aufl. 2009, S. 1326, 1329 ff. (Rn. 11 ff.).

¹⁵ RG v. 16.1.1908 – Rep. IV 436/07 – RGZ 67, 345, 347; RG v. 4.4.1933 – Rep. VII 21/33 – RGZ 140, 223, 226; BGH, Urt. v. 21.5.1953 – IV ZR 192/52 – BGHZ 10, 69, 72; BGH, Urt. v. 1.7.1970 – VIII ZR 24/69 – BGHZ 54, 214, 218; Brinkmann, in Uhlenbrück, 14. Aufl. 2015, § 51 Rn. 5; Adolphsen, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2014, § 43 Rn. 11 ff.; Müller/Gruber, Sachenrecht, 2016, Rn. 1627 f.; Beckmann, in: Staudinger, BGB, 2014, § 449 Rn. 109 ff.; Stracke, KTS 1973, 102; Zeuner, in: Smid, GesO, 3. Aufl. 1997, § 12 Rn. 20. Krit. weist dagegen Henckel, in: Zeuner-Festschr., 1994, S. 193, darauf hin, dass der Eigentumsvorbehalt eine Erscheinung ist, die auf der schuldrechtlichen Ebene eine Rolle spielt; m. w. N. der Gegenmeinung Smid, InsO, Kommentar, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 21.

arpfandgläubiger¹⁶ behandelt werden, aber die deren Schicksal wirtschaftlich und rechtlich¹⁷ (wenigstens bis zum Berichtstermin: § 107 Abs. 2 InsO!) teilen.¹⁸

- 11** Im Folgenden wird (§ 2 Rn. 7 ff.) die Frage des *Ranges* erörtert, den die dinglich gesicherten Gläubiger im neuen Insolvenzverfahren einnehmen – was grundsätzlich auf ihre Stellung im Insolvenzverfahren verweist. Diese Frage legt § 245 Abs. 2 Nr. 2 InsO nahe, der nach dem Vorbild der amerikanischen absolute priority rule die Berücksichtigung der Rechte „bevorrechtigter“ Gläubiger im Rahmen der Verfahrensabwicklung durch einen Insolvenzplan sicherstellen soll. Die Bestimmung der Struktur des Rechts der Mobiliarsicherheitengläubiger im Insolvenzverfahren führt dazu, die Regeln ihrer Verfahrensteilnahme – der Befugnis, einen -antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu stellen (§ 12 Rn. 5, 9 ff.) und der Art der Geltendmachung ihrer Berechtigung im eröffneten Verfahren (§§ 12, 13) – näher zu bestimmen. Das leitet zu prozessualen Fragen über (§ 13 Rn. 4, 24 ff.), die auftreten, wenn es wegen des die Berechtigung zur abgesonderten Befriedigung begründenden Rechts zum Streit kommt bzw. wenn der Absonderungsberechtigte vorkonkurslich die Zwangsvollstreckung eingeleitet hat. Schließlich ist auf die Rechtsstellung der absonderungsberechtigten Mobiliarsicherheitengläubiger im Insolvenzplanverfahren zurückzukommen (§ 38 ff.).

§ 2 Überblick über die Stellung der Inhaber Absonderungsrechte begründender dinglicher Sicherheiten nach der gesetzlichen Regelung¹

I. Notwendigkeit einer differenzierenden Betrachtung der dinglich berechtigten Gläubiger

- 1** Obwohl die Praxis seit zwei Jahrzehnten mit den absonderungsrechtlichen Regelungen der InsO umgeht, ist es doch zu deren Verständnis hilfreich, sich den Rechtszustand vor Augen zu führen, der dem nach den §§ 165, 166 ff. InsO voranging. Das gesetzliche Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bricht weitgehend mit der grundsätzlichen Verwertungsbefugnis des gesicherten Gläubigers am Absonderungsgut nach § 127 Abs. 2 KO². Wie eingangs gezeigt, war nach *früherem Konkursrecht* der Absonderungsberechtigte im Allgemeinen zur Verwertung des Sicherungsgutes berechtigt.³ Für den Bereich des *nicht* in den Haftungsverband der Immobilie fallenden beweglichen besitzlosen Sicherungsgutes griff daher das Verwertungsrecht des Absonderungsberechtigten nach § 127 Abs. 2 KO ein; für den Grundpfandgläubiger ergab sich seine Verwertungsbefugnis im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens aus § 1147 BGB. Dem Absonderungsrecht nach Konkursrecht war die Regelung des § 12 GesO nachgebildet.⁴

¹⁶ So die Qualifikation durch Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 18.30 ff.; Hess, in: Hadding/Hopt, Die neue InsO, 2000, S. 101, 130 ff.

¹⁷ An anderer Stelle (Smid, WM 1999, 1141 ff.) habe ich darauf aufmerksam gemacht, welche Komplizierung die unterschiedliche Behandlung der verschiedenen Formen von dinglichen Rechten im neuen Insolvenzverfahren nach sich zieht. Hier kann dieser Gesichtspunkt allerdings vernachlässigt werden.

¹⁸ Vgl. allein Adolfsen, in: Kölner Schrift zur InsO, 3. Aufl. 2009, S. 1326, 1359 (Rn. 109 ff.)

¹ Vgl. auch Kuder/Unverdorben, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 7.551 ff.

² Kuhn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl. 1994, § 127 Rn. 13 ff.; Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 25, Rn. 1 ff.; Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier, in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 1083, 1086 (Rn. 14); Mönning, Betriebsfortführung in der Insolvenz, 1997, Rn. 963.

Zum Verwertungsrecht des gesetzlichen besitzlosen Pfandgläubigers vgl. Joblen, KTS 1964, 142 ff.

³ Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier, in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl. 2000, S. 1083, 1086 Rn. 14.

⁴ Smid, GesO, 3. Aufl. 1996/1997, § 12 Rn.

Gegenüber diesem klaren Bild des überkommenen Konkurs- und Gesamtvollstreckungsrechts ist es alles andere als einfach, sich einen Überblick über die Rechtsstellung gesicherter, absonderungsberechtigter Gläubiger nach neuem Recht zu verschaffen. Denn es fehlt an einer einheitlichen Grundstruktur, die den verschiedenen Falldarstellungen von Sicherheitenrechten zugrunde läge.

II. Teilnahme der absonderungsberechtigten Gläubiger am Verfahren mit dem vollen Wert der gesicherten Forderung

1. Gesetzliche Regelung

Für den Ablauf des Verfahrens ist von nachhaltiger Bedeutung, dass die absonderungsberechtigten Gläubiger mit dem vollen Wert der gesicherten Forderungen teilnehmen.⁵ Denn § 52 S. 1 InsO sieht vor, dass **Gläubiger, die abgesonderte Befriedigung beanspruchen können, Insolvenzgläubiger i. S. v. § 38 InsO sind, soweit ihnen der Schuldner auch persönlich haftet.** § 52 S. 1 InsO stellt damit klar, dass die **Absonderungsberechtigten**, denen der Schuldner auch **persönlich haftet**, im Grundsatz mit der vollen Höhe ihrer Forderung als **Insolvenzgläubiger** zu betrachten sind⁶. Daraus folgt im Gegensatz zur KO also nicht, dass die Absonderungsberechtigten nur im Umfang der Ausfallforderungen am Verfahren teilnehmen und bei der Gläubigerselbstverwaltung auf den Gang des Verfahrens einwirken. Die InsO unterscheidet zwischen der Verfahrtsteilnahme im Umfang der gesicherten Forderung einerseits und der quotalen Beteiligung an der Teilungsmasse im Umfang der Ausfallforderung. Daher gilt: Auch der gesicherte Teil der Forderung wird, wenn er angemeldet worden ist, im Prüfungstermin erörtert und gegebenenfalls festgestellt.⁷ Im Schrifttum wird zum Teil ausgeführt, § 52 InsO entspräche § 64 KO.⁸ Für den Regelungsgehalt des § 52 S. 1 InsO trifft dies nicht zu, da im früheren Konkurs- oder Gesamtvollstreckungsverfahren die absonderungsberechtigten Gläubiger **nicht** mit dem vollen Betrag ihrer Forderung, sondern allein mit dem sog. Ausfall teilzunehmen berechtigt waren.

Da § 52 S. 1 InsO die Teilnahme der Absonderungsberechtigten am Verfahren mit dem vollen Betrag ihrer Forderung vorsieht, bedarf es einer Regelung, die für die anteilmäßige Befriedigung die Beschränkung auf den Ausfall vorsieht, um eine ungerechte Mehrfachberücksichtigung zu vermeiden. Die Beschränkung auf den Ausfall bei der quotalen Berücksichtigung der persönlichen Forderung der Absonderungsberechtigten folgt daher nicht aus § 52 S. 1 InsO, sondern ist als Durchbrechung des dort enthaltenen Grundsatzes von § 52 S. 2 InsO vorgesehen. Hat der absonderungsberechtigte Gläubiger keinen Verzicht auf sein Absonderungsrecht geleistet, nimmt er nach § 52 S. 2 InsO nur insoweit an der anteilmäßigen Befriedigung aus der Insolvenzmasse teil, wie er mit dem Absonderungsrecht einen Ausfall erlitten hat. Der Ausfall ist abweichend von § 367 Abs. 1 BGB⁹ wie folgt zu errechnen: Der Erlös aus der Verwertung des Sicherungsgutes ist nicht von den seit Verfahrenseröffnung aufgelaufenen Nebenforderungen, sondern von der Hauptforderung in Abzug zu bringen. Dabei ist das Ergebnis tatsächlicher Verwertungsmaßnahmen anzusetzen, wobei auch deren Verhinderung durch den Untergang des Gegenstandes den Ausfall begründen

⁵ Riedel, in: MünchKomm-InsO, 4. Aufl. 2019, § 174 Rn. 8; Sinz, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 174 Rn. 2; Depré, in: Kayser/Thole, InsO, 9. Aufl. 2018, § 174 Rn. 4.

⁶ Brinkmann, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 52 Rn. 4 f.; Klasmeyer/Elsner, in: Merz-Festschr., 1992, S. 303 ff.; Smid, in: Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl. 2019, § 52 Rn. 2; Bremen, in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, § 52 Rn. 5.

⁷ Amtl. Begr. RegE InsO Zu 61 RegE BT-Drucks. 1/92 S. 126.

⁸ Ganter, in: MünchKomm-InsO, 4. Aufl. 2019, § 52 Rn. 1.

⁹ Grub, KTS 1982, 391 ff.; a. A. Walter, KTS 1983, 179 ff.

kann.¹⁰ Im Übrigen nimmt der Absonderungsberechtigte nur dann als Insolvenzgläubiger im vollen betragsmäßigen Umfang seiner Forderung an der anteilmäßigen Befriedigung aus der Insolvenzmasse teil, sofern er auf sein Absonderungsrecht verzichtet hat.¹¹

2. Anforderungen an den Verzicht gem. § 52 S. 2 InsO

- 5 Der BGH¹² hat zu der Frage der Voraussetzungen und der Reichweite einer Erklärung des absonderungsberechtigten Gläubigers nach § 52 S. 2 InsO in einem Fall zu entscheiden gehabt, in dem der spätere Beklagte dem Schuldner ein Darlehen zur Finanzierung der Anschaffung einer Maschine gewährt hatte, die der Schuldner dem Beklagten zur Sicherung des Darlehensrückzahlungsanspruchs übereignete. In dem über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren meldete der Beklagte seine Forderung unbedingt, also ohne den Zusatz „auf den Ausfall“, an. Der Beklagte war nach § 28 Abs. 2 InsO zur Mitteilung seines Absonderungsrechts beim Sachwalter. Mit Zustimmung des Schuldners erklärte der Sachwalter, die Maschine könne abgeholt werden, da vom Verwertungsrecht kein Gebrauch gemacht werde. Etwa drei Monate später erklärte der Beklagte gegenüber dem Sachwalter schriftlich, sein Absonderungsrecht aufzugeben; hiervon erhielt der Schuldner keine Kenntnis. Im Auftrag und für Rechnung des Beklagten verkaufte V die Maschine später an einen Dritten. Danach erfolgte die Aufhebung der Eigenverwaltung und der Sachwalter wurde zum Insolvenzverwalter bestellt, der Zahlung des Verwertungserlöses nebst Zinsen verlangt.
- 6 Hier ist die besondere Lage bei Anordnung der Eigenverwaltung zu berücksichtigen gewesen. Die Mitteilung bzw. untechnische Anmeldung von Eigentums- und Pfandrechten beruht darauf, dass die Verwertung von Absonderungsgegenständen beim Verwalter liegt, soweit er diese im Besitz hat (vgl. § 166 Abs. 1 InsO)¹³, bzw. es sich um eine sicherungsedierte Forderung des Schuldners (§ 166 Abs. 2 InsO) handelt.¹⁴ Dem Absonderungsberechtigten steht jedoch unter den Voraussetzungen des § 168 Abs. 1, 3 InsO ein Übernahmerecht zu. Da die absonderungsberechtigten Gläubiger ihr Absonderungsrecht nicht durch Anmeldung i. S. v. § 174 InsO verfolgen, sondern ihr Absonderungsrecht dem Verwalter „mitteilen“, veranlasst dies eine beinahe völlig hL¹⁵ zu der Behauptung, § 174 InsO betreffe die Absonderungsberechtigten im Unterschied zu den Insolvenzgläubigern nicht.
- 7 Der IX. Civilsenat hat sich zunächst damit auseinandergesetzt, ob hier eine „Freigabe“ der Maschine vorgelegen haben könnte – durch die der Schuldner im Regelinsolvenzverfahren die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis zurückgelangt und die deshalb bei Anordnung der Eigenverwaltung nicht in Betracht kommt, da dem Schuldner bei Anordnung der Eigenverwaltung nach § 282 InsO die Befugnis zur Verwertung von Gegenständen zusteht, die mit Absonderungsrechten belastet sind. Daher geht der BGH überzeugend davon aus, dass das Schreiben des Klägers das Verwertungsrecht des Schuldners betraf.

10 Andres, in: Nerlich/Römermann, InsO, 39. EL Juli 2019, § 52 Rn. 11; Brinkmann, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 52 Rn., 17; Ganter, in: MünchKomm-InsO, 4. Aufl. 2019, § 52 Rn. 32; Bremer, in: GrafSchlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, § 52 Rn. 9.

11 Smid, in: Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl. 2019, § 52 Rn. 3; Bäuerle, in: Braun, InsO, 8. Aufl. 2020, § 52 Rn. 12; Brinkmann, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 52 Rn. 21; Ganter, in: MünchKomm-InsO, 4. Aufl. 2019, § 52 Rn. 38.

12 BGH, Urt. v. 9.3.2017 – IX ZR 177/15, ZIP 2017, 686.

13 Vgl. noch zum sog. „offenen Arrest“ Zipperer, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 28 Rn. 4 ff.; Herzog, in: Braun, InsO, 8. Aufl. 2020, § 28 Rn. 4.

14 Zum Ganzen Rn. 55 ff.

15 Vgl. Riedel, in: MünchKomm-InsO, 4. Aufl. 2019, § 174 Rn. 8 u. Gerhardt, in: Jaeger-Henckel, InsO, § 174 Rn. 9 – sofern der Schuldner dem Absonderungsberechtigten nicht zugleich persönlich haftet.

Der IX. Zivilsenat hat sich zunächst damit auseinandersetzt, ob hier eine „Freigabe“ der Maschine vorgelegen haben könne – durch die der Schuldner im Regelinssolvenzverfahren die Verwaltungs- und Verfügungsbeifugnis zurückgerlangt und die deshalb bei Anordnung der Eigenverwaltung nicht in Betracht kommt, da dem Schuldner bei Anordnung der Eigenverwaltung nach § 282 InsO die Beifugnis zur Verwertung von Gegenständen zusteht, die mit Absonderungsrechten belastet sind. Daher geht der BGH überzeugend davon aus, dass das Schreiben des Klägers das Verwertungsrecht des Schuldners betraf.

Da der Schuldner rechtlich zuständig war, nicht aber der Sachwalter, hätte der Beklagte gegenüber dem Schuldner das Sicherungseigentum aufgeben können. Das hätte durch „Rückübereignung“ nach §§ 929, 930 BGB erfolgen können. Entsprechende oder dahin auslegbare Erklärungen hat der Beklagte gegenüber dem Schuldner aber nicht abgegeben. Und von einer Aufgabe des Eigentums nach § 959 BGB ist der IX. Zivilsenat schon wegen der den Beklagten aus dem Sicherungsvertrag folgenden Pflichten nicht ausgegangen.

Da der Schuldner rechtlich zuständig war, nicht aber der Sachwalter, hätte der Beklagte gegenüber dem Schuldner das Sicherungseigentum aufgeben können. Das hätte durch „Rückübereignung“ nach §§ 929, 930 BGB erfolgen können. Entsprechende oder dahin auslegbare Erklärungen hat der Beklagte gegenüber dem Schuldner aber nicht abgegeben. Und von einer Aufgabe des Eigentums nach § 959 BGB ist der IX. Zivilsenat schon wegen der den Beklagten aus dem Sicherungsvertrag folgenden Pflichten nicht ausgegangen.

Allerdings kann ein Verzicht auf das schuldrechtliche Recht aus einer Sicherungszweckerklärung dafür ausreichen, auf das Absonderungsrecht zu verzichten. Bürgerlich-rechtlich setzt dies aber einen Abschluss eines Erlassvertrages voraus.

Meldet der Absonderungsberechtigte seine Forderung uneingeschränkt an, liegt kein Verzicht auf sein Absonderungsrecht vor. Denn § 52 InsO betrifft nur die Berücksichtigung des Ausfalls bei der Schlussverteilung, schließt aber die Anmeldung der gesicherten Forderung nicht aus.¹⁶ Daher werden persönliche Forderungen des Absonderungsberechtigten nicht als Insolvenzforderung für den Ausfall festgestellt¹⁷, sondern es wirkt mit Rücksicht auf § 52 InsO die Feststellung (§ 190 Abs. 2 S. 1 InsO) für die ganze Forderung¹⁸; die Beschränkung der Feststellung auf den Ausfall hat allein Auswirkungen auf die insolvenzmäßige Befriedigung des Gläubigers¹⁹.

III. Grundpfandgläubiger

1. § 49 InsO

Eine **Sonderstellung** nehmen die **Grundpfandgläubiger** ein: Sie können im Wege der Zwangsvollstreckung in das Grundstück ihr Recht verfolgen, soweit der Insolvenzverwalter nicht im Zwangsvollstreckungsverfahren geltend macht, das Grundstück zur Masseverwaltung und -verwertung zu benötigen. Dabei hängt die dem Grundpfandgläubiger zustehende Verwertungsbeifugnis von der Fälligkeit des Grundpfandrechts ab. Diese bestimmt sich in dem über das Vermögen des Schuldners eröffneten Insolvenzverfahren entsprechend § 41 InsO, je-

¹⁶ *Graf-Schlicker*, in: *Graf-Schlicker*, 4. Aufl. 2014, InsO, § 174 Rn. 3; *Riedel*, in: *MünchKomm-InsO*, 4. Aufl. 2019, § 174 Rn. 8; *Specovius*, in: *Braun*, InsO, 8. Aufl. 2020, § 174 Rn. 5.

¹⁷ RG, Urt. v. 5.12.1932 – IV 317/32, RGZ 139, 83, 86.

¹⁸ *Smid*, Forderungen in der Insolvenz, 2017, Rn. 1.153.

¹⁹ *KS/Eckardt*, Teil 3 Kap. 17, Rn. 47; *Gottwald/Eickmann*, Insolvenzrechtshandbuch, 5. Aufl. 2015, § 63 Rn. 26.

denfalls wenn die gesicherte Forderung gegen den Insolvenzschuldner gerichtet ist.²⁰ Ob der Grundpfandgläubiger dann aus dem Grundpfandrecht vorgeht, liegt in seinem Ermessen. Allerdings ist auch der Insolvenzverwalter zur Einleitung eines Zwangsversteigerungsverfahrens berechtigt. Aus dem bei der Verwertung von Zubehör anfallenden Erlös haben die Grundpfandgläubiger einen so genannten Verfahrenskostenbeitrag zu leisten, der die bei der Feststellung der Sicherheit anfallenden Kosten pauschal abdecken soll.²¹ Die Verfügungsbefugnis für das Grundstück liegt allein beim Insolvenzverwalter. Das Grundpfandrecht gibt dem Grundpfandgläubiger allein die Befugnis, das Grundstück unter Zwangsverwaltung zu stellen oder das Grundpfandrecht zu verwerten. Grundpfandgläubiger und Insolvenzverwalter sind daher darauf angewiesen, miteinander zu kooperieren. Der Insolvenzverwalter kann in sehr vielen Fällen das Grundstück nur dann verkaufen, wenn die Bank entsprechende Löschungsbewilligungen erteilt, da nicht selten die grundpfandrechtlichen Belastungen den zu erzielenden Verkaufserlös übersteigen. Betreibt die Bank die Zwangsvollstreckung, bedarf der Verwalter der Mitwirkung des Zwangsverwalters, wenn er das Grundstück nutzen will. Allerdings stehen dem Verwalter die noch im Einzelnen zu erläuternden Möglichkeiten des § 30d ZVG zur Seite. So lässt sich etwa ein Industriegrundstück selten anders als durch den Inhaber des Betriebs nutzen. Solange ein solches Grundstück industriell genutzt wird, kommt seine Verwertung in aller Regel nur im Rahmen einer Verwertung des Unternehmens als Ganzes in Betracht. Zur Veräußerung des Unternehmens ist allein der Insolvenzverwalter befugt, auf den die Grundpfandgläubiger angewiesen sind. Sachzwänge, die eine Kooperation zwischen Grundpfandgläubiger und Insolvenzverwalter erfordern, können auch daran liegen, dass die Bank eine Verwertung der Immobilie oftmals nur dann verwirklichen kann, wenn sie nicht mehr genutzt und die Bebauung abgerissen ist. Hat der Insolvenzverwalter aber das Grundstück an eine Zwischengesellschaft verpachtet, die es der Erwerbergesellschaft des insolventen Unternehmens vermietet hat, bestehen nur geringe Aussichten für das von der Bank bevorzugte Verwertungskonzept.

2. Vorrecht der Wohnungseigentümergemeinschaft in der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums eines Wohnungseigentümers nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

- 14** Eine besonderes Vorrecht immobilienrechtlicher Natur steht Wohnungseigentümergemeinschaft ein. Sie hat in der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums eines Wohnungseigentümers nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ein „begrenztes Vorrecht“. Streitig ist, welcher Charakter diesem Vorrecht beizulegen ist und welchem Umfang in dem über das Vermögen des Wohnungseigentümers eröffneten Insolvenzverfahren hat. Nach einer verbreiteten Meinung soll auch ohne Eintragung der von § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG erfasste Anspruch wegen Hausgeldrückständen des Voreigentümers eine dingliche Haftung des Wohnungseigentums begründet sein.²² Gegen diese Meinung ist vertreten worden, § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG schaffe keine Rechtsgrundlage für ein dingliches Recht, sondern begründe ein Absonderungsrecht in dem über das Vermögen des Voreigentümers eröffneten Insolvenzverfahren nur gem. § 49 InsO, da es ein begrenztes Vorrecht in der Zwangsversteigerung gewährleiste.
- 15** Der V. Zivilsenat des BGH²³ hat ausdrücklich die dingliche Wirkung des Vorrechts gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG verneint. Weder der freihändige Erwerb vom

20 Eckardt (Fn. 51) Rn. 19.

21 Kuder/Unverdorben, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in der Krise, Sanierung und Insolvenz, 5. Aufl. 2016, Rn. 7.577.

22 LG Berlin, Urt. v. 28.9.2010 – 55 S 87/10 WEG, ZWE 2011, 97 ff.; LG Heilbronn, Beschl. v. 21.12.2012 – 1 T 231/12, ZWE 2013, 230 ff.

23 BGH, Urt. v. 11.5.2012 – V ZR 196/11, BGHZ 193, 219 = NZM 2012, 643.

Insolvenzverwalter im über das Vermögen des Wohnungseigentümers eröffneten Insolvenzverfahren noch der Erwerb außerhalb von Insolvenz und Zwangsversteigerung begründet eine dingliche Haftung aus dem Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG. Dabei stützt sich der V. Zivilsenat zum einen auf ein „historisches“ Argument, wenn er ausführt, ein neues dingliches Recht habe mit § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG nicht eingeführt werden sollen. Dies untermauert der V. Zivilsenat mit systematischen Erwägungen. Danach hat § 10 ZVG nicht die Funktion, dingliche Rechte zu begründen, sondern zu regeln, welche Ansprüche in der Zwangsversteigerung ein Recht auf Befriedigung aus dem Grundstück gewähren und welche Reihenfolge sie in den mit der Vorschrift eingeführten Rangklassen einnehmen. Dabei regelt das Gesetz schuldrechtliche und dingliche Rechte.

Der Gesetzgeber wollte bei der Einführung der Neufassung des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG allein eine Änderung des Zwangsversteigerungsverfahrens herbeiführen. Dabei ist eine Ausgestaltung der Wohnungseigentümergemeinschaft als dinglich berechtigte Gläubigerin nicht erwogen worden. Der Senat rundet diese Überlegungen durch eine teleologische Auslegung der Norm ab, die eine dingliche Haftung nicht begründen könne. Nun wollte der Gesetzgeber in der Tat, wie der V. Zivilsenat überzeugend ausführt, die übrigen Wohnungseigentümer gegenüber den Grundpfandgläubigern wegen ihrer Forderungen auf rückständiges Hausgeld privilegieren, um den Werterhalt der Anlage insgesamt sicherzustellen.²⁴ Hierzu wäre die dingliche Haftung bei Hausgeldrückständen das gewiss sinnvolle Instrument, das vom Gesetzgeber aber nicht gewählt worden ist, da er allein die Bevorrechtigung der Hausgeldansprüche im Rahmen des Zwangsversteigerungsverfahrens geregelt hat.

Eine richterliche Rechtsfortbildung zur Umgestaltung der verfahrensrechtlichen Norm des § 10 Abs. 1 Nr. 1 ZVG zur dinglichen Haftungsnorm scheitert nach zutreffender Ansicht des V. Zivilsenats an dem numerus clausus der Sachenrechte.

IV. Inhaber besitzloser Mobiliarsicherheiten

1. Ausschließliches Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters

Dem Insolvenzverwalter steht im eröffneten Insolvenzverfahren das ausschließliche Recht zu, bewegliche Gegenstände, an denen besitzlose bzw. publizitätslose Sicherheiten bestellt sind, zu verwerten, § 166 Abs. 1, Abs. 2 InsO.²⁵ Gläubiger, die sich *besitzlose Mobiliarsicherheiten* haben einräumen lassen – also der Sicherungseigentümer und im Falle von erweitertem und verlängertem Eigentumsvorbehalt der Vorbehältsverkäufer (unten § 3) – sind dagegen nicht zur Verwertung des Absonderungsgutes befugt.²⁶

Diese Befugnis ist nicht disponibel. So war in einem vom BGH entschiedenen Fall zwischen dem Zessionar und dem Schuldner nach Offenlegung der Sicherungszession vereinbart worden, dass der Schuldner trotz des über das Vermögen des Zedenten eröffneten Insolvenzverfahrens befreien allein an den Zessionar sollte leisten können. Mit seinem Hinweisbeschluss²⁷ hat der IX. Zivilsenat darauf erkannt, dass das in Frage stehende Einziehungsrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 166 Abs. 2 InsO nicht zur Disposition von Sicherungsgläubiger und Schuldner steht. Es kann durch entsprechende Vereinbarungen zwischen ihnen daher nicht abgedungen werden.

²⁴ BT-Drucks. 16, 887 S. 43 f.

²⁵ Lwowiski/Tetzlaff, in: Ganter-Festschr., 2010, 281 ff.

²⁶ Pape/Uhlenbrück/Voigt-Salus, Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 25, Rn. 13 ff.; Brinkmann, in: Uhlenbrück, InsO, 13. Aufl. 2010, § 166 Rn. 1 ff.; Kerni, in: MünchKomm-InsO, 4. Aufl. 2019, § 166 Rn. 40 ff.

²⁷ BGH, Beschl. v. 24.3.2009 – IX ZR 112/08, ZIP 2009, 768.

16

17

18

19

2. Anspruch des Absonderungsberechtigten auf Erlösausschüttung nach den §§ 170, 171 InsO

- 20** Die Verwertung beweglicher, einem Absonderungsrecht unterfallenden Sachen durch den Insolvenzverwalter führt dazu, dass der erzielte Erlös an den Sicherheitengläubiger auszuschütten ist. Die Verwertung durch den Insolvenzverwalter führt zunächst dazu, dass er es ist, der den Erlös vereinnahmt.
- 21** Nun sind, wie § 222 InsO²⁸ zeigt, „die Gläubiger“ nicht die Träger einheitlicher Interessen, sondern können durchaus heterogene Ziele verfolgen. Soweit sich vor dem Hintergrund der Funktion des Insolvenzverfahrens und seiner positiv-rechtlichen Fixierung in § 1 S. 1 InsO²⁹ *normativ* von *gemeinsamen* Interessen der Insolvenzgläubiger sprechen lässt (wovon § 78 Abs. 1 InsO ausgeht!³⁰), richtet sich dieses gemeinsame Interesse auf die optimale Verwertung der Masse. Nicht selten wird diesem Interesse dadurch Rechnung zu tragen sein, dass eine Betriebsfortführung zur Verwertung des Unternehmens als Ganzem ermöglicht wird. In diesen Fällen bedarf es der Bindung des Sicherungsgutes an das Unternehmen, um dessen Zerschlagung „von außen“ durch einzelne Sicherheitengläubiger zu verhindern.
- 22** Erfolgt die Verwertung des beweglichen Sicherungsgutes im Wege seiner Veräußerung durch den Insolvenzverwalter, hat der Insolvenzverwalter den unter Berücksichtigung des vom Sicherheitengläubiger zu leistenden Verfahrenskostenbeitrag „bereinigten“ Erlös an den Gläubiger auszukehren. Der Verfahrenskostenbeitrag der gesicherten Gläubiger wurde auf nunmehr 9 % im geltenden Recht gesenkt: Der gesetzlich vorgesehene Beitrag setzt sich aus einem Pauschalbetrag für die Feststellungskosten in Höhe von 4 % und einem Pauschalbetrag in Höhe von 5 % des erzielten Erlöses für die Verwertungskosten zusammen. (Der Insolvenzverwalter wird das fotochemische Großlabor, eine Jahresproduktion von Campingstühlen oder die Schlachthofausstattung regelmäßig nicht selber sinnvoll verwerten können, sondern hierzu professionelle Verwerter einschalten müssen, um überhaupt einen angemessenen Erlös erzielen zu können und damit Verwertungskosten auslösen.) Der Verwertungskostenbeitrag kann bei erheblichen Abweichungen vom Pauschalbetrag den tatsächlich angefallenen Kosten angepasst werden. Als *erheblich* werden Abweichungen in Höhe einer Verdoppelung bzw. einer Halbierung der Verwertungskosten angesehen.

3. Pflichten des Insolvenzverwalters

- 23** Der Insolvenzverwalter hat – soweit ihm ein ausschließliches Verwertungsrecht am Sicherungsgut zusteht – den Gläubigern Informationen über den Zustand des Sicherungsgutes zu verschaffen und im Falle seiner Nutzung³¹ Zins- und Wertausgleich³² vorab aus der Masse zu zahlen.
- 24** Eine Nutzung des Anlagekapitals (Maschinen usw.) durch den Insolvenzverwalter, insbesondere im Rahmen einer Betriebsfortführung, wird regelmäßig an den Sicherungsgegenständen Wertverluste herbeiführen. Daneben hat der Aufschub der Veräußerung und damit der Erlöserzielung zulasten der gesicherten Gläubiger regelmäßig Zinsverluste zur Folge.³³ Den Absonderungsberechtigten entstehende Zinsverluste können nur in Ausnahmefällen nach Abschluss des Insolvenzverfah-

28 Rattunde, in: Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl. 2019, § 222 Rn. 1; Eidenmüller, in: MünchKomm-InsO, § 222 Rn. 1; Rüble, in: Nerlich/Römermann, InsO, 39. EL Juli 2019, § 222 Rn. 1.

29 Smid, DZWiR 1997, 309 ff.; Smid, in: Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl. 2019, § 1 Rn. 3 ff., 8 ff.; Ludwig, in: Braun, InsO, 8. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1 f.

30 Smid, in: Rattunde/Smid/Zeuner, InsO, 4. Aufl. 2019, § 78 Rn. 6, 7; Ehrcke/Ahrens, in: Münch-Komm-InsO, 4. Aufl. 2019, § 78 Rn. 4; Knof, in: Uhlenbrück, InsO, 15. Aufl. 2019, § 78 Rn. 1.

31 Mönnig, in: Uhlenbrück-Festschr., 2000, S. 239, 259.

32 Mönnig, in: Uhlenbrück-Festschr., 2000, S. 239, 261 f.

33 Zur Reichweite BGH, Urt. v. 16.2.2006 – IX ZR 26/05, ZIP 2006, 814 ff. = BGHZ 166, 215 ff. = DZWIR 2006, 422 ff.