

1. Teil

§ 1 Einleitung: 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 unter Geltung der InsO. Die Finanzierung des Umlaufvermögens von Unternehmen durch die Aufnahme von Betriebsmittelkrediten, die Inanspruchnahme von Sachkrediten durch Lieferanten und die Beschaffung von Anlagevermögen durch Inanspruchnahme der Finanzdienstleistungen von Leasingunternehmen, um drei 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 Sicherungszessionaren. Denn ohne deren Mitwirkung kann für das schuldnerische Unternehmen die erforderliche Liquidität nicht sichergestellt werden.¹

Unter der Geltung der Konkursordnung hatte sich eine Handhabung der Konkursabwicklung entwickelt, bei der in sehr vielen Fällen in den Verfahren, die überhaupt zur Eröffnung gelangten, neben der Liquidation des Schuldnervermögens eine außerhalb des Konkursverfahrens ablaufende Abwicklung der Sicherheiten parallel unter der Regie der Sicherheitengläubiger vollzogen wurde. Diese Abwicklung des Schuldnervermögens durch die gesicherten Gläubiger hatte Parallelen etwa in dem englischen Rechtsinstitut des receivership; im deutschen Recht freilich wurde die damit verbundene Aushöhlung der Bedeutung des gerichtlich kontrollierten Insolvenzverfahrens und der in ihm ausgeübten Herrschaft der Insolvenzgläubiger als nicht angemessen angesehen.

Die Regeln der InsO stellen demgegenüber eine Zäsur dar, deren Reichweite im Folgenden erörtert werden soll. Die Reichweite des Einschnitts, den das Inkrafttreten der InsO für die Behandlung der Sicherungsrechte bedeutet, hat sich durch die bloße Lektüre des Gesetzestextes 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

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

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

- 4 Kreditsicherheiten sind erst für den Fall der Insolvenz des Sicherungsgebers und Darlehensnehmers für die Bank oder den Lieferanten wirklich interessant.² 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 hL ein Aussonderungsrecht des Eigentumsvorbehaltsverkäufers 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).
- 5 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.
- 6 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 Gläubigern unter bestimmten Voraussetzungen einen so genannten Verfahrenskostenbeitrag zu leisten haben. Bereits die Anfangsgründe dieser neuen Regelungen sind alles andere als klar.
- 7 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 Zusammenhanges deutlicher treten lassen, als dies zuvor möglich war.

2. Veränderungen durch die Insolvenzordnung

- 8 Sowohl die Stellung der Grundpfandgläubiger als auch die der Gläubiger mit Mobiliarsicherheiten hat sich durch die Anordnung einer eigenen Verwertungskompetenz des Insolvenzverwalters gegenüber ihrer Stellung unter Geltung der

² Vgl. *Paulus*, ZIP 2000, 2189.

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/Leonhardt*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner*, InsO, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 4.

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); *dies.*, Die Struktur des Insolvenzrechts in der BGH-Rechtsprechung der Jahre 2012/2013, 2014 (in Vorbereitung).

Konkursordnung mit Inkrafttreten der Insolvenzordnung geändert.⁷ Darüber besteht Einigkeit.

Von einer Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters an den Sicherungsgegenständen konnte in sehr eingeschränktem Maße freilich bereits nach altem Recht gesprochen werden. Denn der Konkursverwalter war grundsätzlich dazu berechtigt, im Besitz des Schuldners befindliche Gegenstände an Dritte zu veräußern und den Erlös zur (Teilungs-)Masse zu ziehen. Diese Verwertungsbefugnis konnte aber naturgemäß nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung erlangen. Denn der Konkursverwalter war (und der Insolvenzverwalter ist auch nach heute geltendem Recht) dazu verpflichtet, die an den verpfändeten oder sicherungsübereigneten Gegenstände bestehenden Mobiliarsicherheiten nicht nur zu respektieren, sondern zu erhalten. Im Einzelnen zu der Rechtslage vor 1999 Vorauf. § 1 Rn. 10.

Wieweit die Änderungen, die die Insolvenzordnung gegenüber der Konkursordnung herbeigeführt hat, reichen, ist höchst streitig. Dieser Streit hat sich besonders an der Frage entzündet, ob der vorläufige Insolvenzverwalter gem. § 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO Gegenstände zu verwerten berechtigt ist, an denen Absonderungsrechte bestehen.⁸ Die Reform der Reform des Jahres 2007 mit der Einführung des § 21 Abs. 2 Satz 2 Nr. 5 InsO hat die Probleme nicht gelöst, sondern neue geschaffen, wie noch zu zeigen sein wird. Hinter dieser in welchem Umfang die Gegenstände, an denen Gläubigern Absonderungsrechte zustehen, zu deren Verwertung aber der Insolvenzverwalter nach § 166 InsO berechtigt ist, als Teil der Soll-Masse der Verfügungsbefugnis der gesicherten Gläubiger durch § 91 Abs. 1 InsO weithin entzogen sind – was nicht allein die Rechtsdurchsetzung durch die Absonderungsberechtigten, sondern auch die Abwicklung von Insolvenzverfahren erschweren kann.

Es erscheint wenig hilfreich, wenn die Auseinandersetzung um diese Fragen vom Standpunkt einer *petitio principii* geführt wird. Hier sollen daher Sachargumente aufgegriffen und erörtert werden, die zur näheren Bestimmung der Stellung dinglich gesicherter Gläubiger im Insolvenzverfahren nach der InsO ins Feld geführt worden sind.⁹

3. Gang der Darstellung

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 Kreditsicherheiten 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 werden, deren Beantwortung der Literatur vielfach als unproblematisch erscheint. Die verfahrensrechtliche Stellung dinglich gesicherter Gläubiger nach Erlass des Eröffnungsbeschlusses scheint keine Schwierigkeiten aufzuwerfen. Dennoch haben sich durch die Veränderungen der Befugnisse des Insolvenzverwalters mit dem neuen Insolvenzrecht Probleme aufgetan, die der Aufmerksamkeit in der insolvenzrechtlichen Praxis weitgehend entgangen zu sein scheinen.

⁷ Eingehend hierzu *L. Riggert*, Die Rechtsverfolgung der Gläubiger dinglicher Kreditsicherheiten in der Unternehmensinsolvenz des Schuldners, 2006.

⁸ So insbesondere in der Diskussion um die Verwaltervergütung zur Sprache gekommen: BGH, Beschl. v. 13.7.2006 – IX ZB 104/05 – DZWIR 2006, 432.

⁹ Vgl. *Riggert*, NZI 2000, 525 ff. *Riggerts* Darstellung mag in vielen Punkten Anlass zu Fragen bieten; ihr ist aber das Verdienst nicht abzusprechen, die Notwendigkeit einer rechtsdogmatischen Rekonstruktion deutlich hervortreten zu lassen.

- 13 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 Kreditsicherheitsrechts¹⁰ und die vielfältigen Handbücher des Insolvenzrechts¹¹ beschränken nicht anders als die Spezialliteratur zu den Rechten der dinglich gesicherten Gläubiger¹² die Darstellung der Veränderungen, die das neue Recht nach sich gezogen hat, auf die Behandlung der Verwertungskostenregelungen der §§ 170 f. InsO und die Nutzungsentschädigungs- und Verzinsungsregelungen der §§ 169, 172 InsO¹³.
- 14 Das ist durchaus verdienstvoll, 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 Herausgabetiteln verhalten. So bleibt z. B. die Beschreibung der Rechtsdurchsetzung gesicherter Gläubiger oft unerörtert.¹⁴ 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.
- 15 Hier geht es nun um die rechtlichen Folgen für die Rechtsdurchsetzung dinglich gesicherter Gläubiger. Diese rühren 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.
- 16 In den nachfolgenden Überlegungen wird erörtert, ob diese „Einbeziehung“¹⁵ 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. Unterschiedslos haben die dinglich berechtigten Gläubiger nach altem Konkursrecht ihre Rechte außerhalb des Konkursverfahrens geltend machen können; dies galt gleichermaßen für die aussonderungsberechtigten Gläubiger gem. § 43 KO, die masse- bzw. schuldnere fremde Rechte beanspruchen konnten, als auch für die Inhaber solcher Ansprüche, die zur abgesonderten Befriedigung berechtigen, vgl. § 4 Abs. 2 KO.¹⁶ Wegen Einzelheiten sei auf die Vorauf. § 1 Rn. 16 verwiesen. – Dass die Gläubiger schon nach altem Recht von sicherungsübereigneten Produktionsgütern durch eine Verwertung mit Verlusten zu rechnen haben, liegt im Übrigen auf der Hand. Schon aus wirtschaftlichen Gründen hat es sich für diese Gläubiger empfohlen, an Stelle einer jeweils indi-

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

11 Uhlenbruck, in: Braun/Uhlenbruck, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 339 ff., 344 ff.; Spieker/Nis-tens, in: Weismann/Smid, Handbuch Unternehmensinsolvenz, 1999, § 13 Rn. 87 ff.; Haarmeyer/Wutzke/Förster, Handbuch der Insolvenzordnung, 3. Aufl. 2001, 433 ff.

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

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

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

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

16 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.

viduellen Verwertung des Sicherungsguts bzw. der Geltendmachung ihrer Herausgabeansprüche die Verwertung der Masse als Gesamtheit zu setzen.

Dies gilt besonders für die durch Mobiliarsicherheiten gesicherten Gläubiger, aber auch für die Eigentumsvorbehaltsgläubiger¹⁷, die von der hL¹⁸ zwar nicht als Mobiliarpfandgläubiger¹⁹ behandelt werden, aber die deren Schicksal wirtschaftlich und rechtlich (wenigstens bis zum Berichtstermin: § 107 Abs. 2 InsO!) teilen.²⁰ 17

Im Folgenden wird (§ 14) 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 zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens (§ 15) und der Art der Geltendmachung ihrer Berechtigung im eröffneten Verfahren (§§ 16, 17) – näher zu bestimmen. Das leitet zu prozessualen Fragen über (§ 18), die auftreten, wenn es wegen des der 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 (§ 27). 18

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

18 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 v. 21.5.1953 – IV ZR 192/52 – BGHZ 10, 69, 72; BGH v. 1.7.1970 – VIII ZR 24/69 – BGHZ 54, 214, 218; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl. 1994, § 43 Rn. 28; *Gottwald/Adolphsen*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2010, § 43 Rn. 11 ff.; *Müller*, Sachenrecht, 4. Aufl. 1997, Rn. 2445; *Beckmann*, in: Staudinger, BGB, 2014, § 449 Rn. 109; *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/Leonhard*, in: Leonhardt/Smid/Zeuner, InsO, Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 47 Rn. 21.

19 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.

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

2. Teil

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

I. Bruch mit § 127 Abs. 2 KO: Zwang zur differenzierenden Betrachtung der dinglich berechtigten Gläubiger

Obwohl die Praxis seit einem knappen Jahrzehnt 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

Gegenüber diesem klaren Bild des überkommenen Konkurs- und Gesamtvollstreckungsrecht 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

Für den Ablauf des Verfahrens ist von nachhaltiger Bedeutung, dass die absonderungsberechtigten Gläubiger mit dem vollen Wert der gesicherten Forderungen teilnehmen.⁵ Denn § 52 Satz 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 Satz 1 InsO stellt 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 aber nicht, dass die Absonderungsberechtigten nur im Umfang der Ausfallforderungen am Verfahren teilnehmen und bei der Gläubigerselbstverwaltung auf den Gang des Ver-

1 Vgl. auch Wittig, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rn. 7.355 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); Mönnig, Betriebsfortführung in der Insolvenz, 1997, Rn. 963. Zum Verwertungsrecht des gesetzlichen besitzlosen Pfandgläubigers vgl. Johlen, 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. 2.

5 Riedel, in: MünchKomm-InsO, 3. Aufl. 2013, § 174 Rn. 8.

6 Brinkmann, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 52 Rn. 2; Klasmeyer/Elsner, in: Merz-Festschr., 1992, S. 303 ff.

fahrens einwirken. Die InsO unterscheidet zwischen der Verfahrensteilnahme im Umfang der gesamten 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 festgestellt⁷. Im Schrifttum wird zum Teil ausgeführt, § 52 InsO entspräche § 64 KO.⁸ Für den Regelungsgehalt des § 52 Satz 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.

- 4 § 64 KO sah vor, dass die absonderungsberechtigten Gläubiger nur diejenige Forderung als Konkursforderung zur Tabelle anmelden, die dem zu schätzenden Betrag entsprach, die nach Verwertung des Absonderungsgutes und der teilweisen Tilgung der gesicherten Forderung mit dem erzielten Erlös „offen“ blieb – dem Ausfall. Als Konkursgläubiger zur Teilnahme am Verfahren berechtigt waren die gesicherten Gläubiger mithin nur mit diesem Betrag, so dass sich von selbst ergab, dass sie anteilmäßig aus der erzielten Teilungsmasse nur auf der Grundlage des Ausfalls teilzunehmen befugt waren.⁹ Da § 52 Satz 1 InsO im Gegensatz zu § 64 KO 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 Satz 1 InsO, sondern ist als Durchbrechung des dort enthaltenen Grundsatzes von § 52 Satz 2 InsO vorgesehen. Hat der absonderungsberechtigte Gläubiger keinen Verzicht auf sein Absonderungsrecht geleistet, nimmt er nach § 52 Satz 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 BGB¹⁰ 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 kann¹¹. 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.¹²

III. Grundpfandgläubiger

1. § 49 InsO

- 5 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. Allerdings ist auch der Insolvenzverwalter zur Einleitung eines Zwangsversteigerungsverfahrens berechtigt. Aus dem bei der Verwertung von Zubehör anfal-

7 Amtl. Begr. RegE InsO zu 61 RegE BT-Drucks. 1/92, 126.

8 *Ganter*, in: MünchKomm-InsO, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 1.

9 *Hess*, KO, 6. Aufl. 1998, § 64 Rn. 3, 6.

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

11 *Andres*, in: *Nerlich/Römermann*, InsO, § 52 Rn. 11.

12 *Smid/Leonhardt*, in: *Leonhardt/Smid/Zeuner*, InsO, 3. Aufl. 2010, § 52 Rn. 3.

lenden Erlös haben die Grundpfandgläubiger einen so genannten Verfahrens-kostenbeitrag zu leisten, der die bei der Feststellung der Sicherheit anfallenden Kosten pauschal abdecken soll.¹³ 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 Ganzem 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 Wohnungseigentümergeinschaft in der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums eines Wohnungseigentümers nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG

Die Wohnungseigentümergeinschaft hat in der Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums eines Wohnungseigentümers nach § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG ein „begrenztes Vorrecht“. Streitig ist, welchen Charakter und welchen Umfang in dem über das Vermögen des Wohnungseigentümers eröffneten Insolvenzverfahren dieses Vorrecht 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.¹⁴ 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.

Der V. Zivilsenat des BGH hat nunmehr über die Frage im Zusammenhang der Klage einer Wohnungseigentümergeinschaft gegen den Eigentümer der Wohnung des Insolvenzschuldners, der diese von dessen Insolvenzverwalter erworben hatte, zu entscheiden. Der Voreigentümer, der Insolvenzschuldner, hatte Hausgeldrückstände in Höhe von ca. 1.700 € nicht bezahlt. Die klagende Wohnungseigentümergeinschaft hatte sich die Rechtsansicht zu Eigen gemacht, das Wohnungseigentum hafte uneingedenk des Erwerbs des neuen Eigentümers dinglich für die offenen Forderungen. Das LG Landau (LG Landau, ZWE 2012, 439 f.) hatte als Vorinstanz die Ansicht geäußert, dass Absonderungsrecht, wegen der vom Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG erfassten

13 Wittig, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 4. Aufl. 2009, Rn. 7.381.

14 LG Berlin, ZWE 2011, 97 ff.; LG Heilbronn, ZWE 2013, 230 f.

Hausgeldforderungen, gehe mit dem Erwerb des Wohnungseigentums vom Insolvenzverwalter unter. Es setze sich im Wege dinglicher Surrogation am Veräußerungserlös fort. Der V. Zivilsenat des BGH, der die Frage nach dem dinglichen Charakter des Vorrechts des § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG bis dahin offengelassen hatte,¹⁵ hat nunmehr ausdrücklich die dingliche Wirkung des Vorrechts gem. § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG verneint. Weder der freihändige Erwerb vom 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 den mit der Vorschrift eingeführten Rangklassen einnehmen. Dabei regelt das Gesetz schuldrechtliche und dingliche Rechte.

- 8 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 Wohnungseigentümergeinschaft 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.¹⁶ Hierzu wäre die dinglich 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.
- 9 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

- 10 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.¹⁷ Gläubiger, die sich besitzlose Mobiliarsicherheiten haben einräumen lassen – also der Sicherungseigentümer und im Falle von erweitertem und verlängertem Eigentumsvorbehalt der Vorbehaltsverkäufer (unten § 3) – sind dagegen nicht zur Verwertung des Absonderungsgutes befugt.¹⁸

¹⁵ BGH, Urt. v. 11.5.2012 – V ZR 136/11 – BGHZ 193, 219.

¹⁶ BT-Drucks. 16/887, 43 f.

¹⁷ Lwowski/Tetzlaff, in: Ganter-Festschr., 2010, 281 ff.

¹⁸ Pape/Uhlenbruck/Voigt-Salus, Insolvenzzrecht, 2. Aufl. 2010, Kap. 25, Rn. 13 ff.; Brinkmann, in: Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 166 Rn. 1 ff.; Tetzlaff, in: MünchKomm-InsO, 3. Aufl. 2013, § 166 Rn. 38 ff.