

Vorlesung Kreditsicherungsrecht

Insolvenzrechtliche Grundlagen des Kreditsicherungsrechts (Folien 16 – 30)

I. Das Ziel des Insolvenzverfahrens

Wenn der Schuldner nicht mehr in der Lage ist, sämtliche Verbindlichkeiten all seiner Gläubiger zu erfüllen (materielle Insolvenz¹), wird gegen ihn auf Antrag eines Gläubigers oder auch des Schuldners selbst (§§ 13 ff. InsO) das Insolvenzverfahren eröffnet.² Ziel des Insolvenzverfahrens ist die gemeinschaftliche Befriedigung aller Gläubiger des Schuldners (§ 1 InsO). Innerhalb des Insolvenzverfahrens wird das Schuldnervermögen verwertet und gleichmäßig auf alle Gläubiger verteilt (Grundsatz der *par conditio creditorum*³). Es findet im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung gemäß §§ 704 ff. ZPO nicht mehr der *Prioritätsgrundsatz*⁴ Anwendung, der besagt, dass derjenige, der sich zuerst Zugriff auf das Schuldnervermögen verschafft, dieses auch allein zu seinen Gunsten vollständig – etwa durch Versteigerung der gepfändeten Sache oder deren Zwangsverwaltung – verwerten darf. Da das Schuldnervermögen nicht mehr zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht, findet vielmehr im Interesse der Gerechtigkeit die gemeinschaftliche und quotale Befriedigung aller Gläubiger aus der Insolvenzmasse statt. Ein Wettlauf der Gläubiger auf das in seiner Gesamtheit nicht mehr für alle ausreichende Vermögen des Schuldners wird dadurch verhindert.⁵

II. Die Insolvenzmasse

Das zur Zeit der Verfahrenseröffnung vorhandene Schuldnervermögen bildet die Insolvenzmasse i.S.d. § 35 InsO, welche im Rahmen des Insolvenzverfahrens zur gleichmäßigen und gemeinschaftlichen Befriedigung der Insolvenzgläubiger verwertet werden soll. Darüber hin-

¹ Ausführlich zu den Insolvenzgründen Scholz/Bitter, GmbHG, Band 3, 11. Aufl. 2015, Vor § 64 Rn. 6 ff. (Zahlungsunfähigkeit i.S.v. § 17 InsO) und Rn. 20 ff. (Überschuldung i.S.v. § 19 InsO).

² Zum Ablauf des mit dem Insolvenzantrag beginnenden Insolvenzeröffnungsverfahrens siehe den Überblick bei Scholz/Bitter (Fn. 1), Vor § 64 Rn. 80 ff.

³ Lateinisch für „gleiche Lage/Situation der Gläubiger“.

⁴ Vgl. dazu auch Becker, Insolvenzrecht, 3. Auflage 2010, Rn. 26 ff.; Lippross, Zwangsvollstreckung, 11. Auflage 2014, Rn. 223.

⁵ Ausführlicher zum Begriff und Zweck des Insolvenzverfahrens Bork, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Auflage 2014, Rn. 1 ff.

aus zählt auch das während des Verfahrens hinzuerworbene Vermögen des Schuldners zur Insolvenzmasse.⁶

III. Die Insolvenzgläubiger

Nach § 38 InsO sind die sogenannten Insolvenzgläubiger des Schuldners diejenigen Gläubiger, die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung *schuldrechtliche* Ansprüche (z.B. aus § 433 Abs. 2 BGB oder § 488 Abs. 1 S. 2 BGB) gegen den Schuldners haben. Diese Insolvenzgläubiger sind aus dem im Rahmen des Insolvenzverfahrens verwerteten Schuldnervermögen (Insolvenzmasse) gleichmäßig entsprechend ihrer Insolvenzquote zu befriedigen. Die Forderungen dieser Gläubiger nennt man Insolvenzforderungen.⁷

Innerhalb der Gruppe der Insolvenzgläubiger gibt es solche, die nur nachrangig an der Verteilung der Insolvenzmasse teilnehmen (§ 39 InsO). Auf ihre Forderungen wird nur in den – in der Praxis ganz seltenen – Fällen etwas ausgeschüttet, in denen alle Forderungen der regulären Insolvenzgläubiger zu 100 % befriedigt werden können (sog. „Luxusinsolvenz“). Zu diesen nachrangigen Forderungen gehören insbesondere die im Lern- und Fallbuch zum Gesellschaftsrecht behandelten Ansprüche von Gesellschaftern auf Rückgewähr der von ihnen an die Gesellschaft gewährten Kredite.⁸

IV. Anmeldung und Feststellung der Insolvenzforderungen

Jeder Gläubiger, der seine Forderung(en) im Rahmen des Insolvenzverfahrens (anteilig) befriedigt bekommen möchte, muss sie zur Insolvenztabelle nach §§ 174 ff. InsO schriftlich beim Insolvenzverwalter anmelden und sie durch das Insolvenzgericht im Prüfungstermin feststellen lassen. Dabei erfolgt gegebenenfalls für Forderungen, die noch nicht fällig sind, eine Abzinsung (§ 41 InsO)⁹, bzw. für Forderungen, die entweder nicht auf Geld gerichtet sind (z.B. der Lieferanspruch aus § 433 Abs. 1 BGB oder Gewährleistungsansprüche auf Nachlieferung oder Nachbesserung¹⁰) oder deren Geldbetrag unbestimmt ist (z.B. der Anspruch auf laufende Rentenzahlung bis zum – unsicheren – Tod einer Person¹¹) eine Umrechnung bzw. Schätzung nach § 45 InsO. Für jede Insolvenzforderung muss nämlich am Ende ein fixer Geldbetrag feststehen, um die Vergleichbarkeit aller Forderungen bei der quotalen Befriedigung zu ermöglichen.

⁶ Zur Vertiefung vgl. *Becker* (Fn. 4), Rn. 337 ff. und *Foerste*, Insolvenzrecht, 6. Auflage 2014, Rn. 141 ff.

⁷ Zur Vertiefung *Bork* (Fn. 5), Rn. 81 ff.

⁸ Dazu *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 4 Rn. 262 ff.; ausführlich *Scholz/Bitter* (Fn. 1), Anh. § 64.

⁹ Dazu ausführlich *MünchKommInsO/Bitter*, Band 1, 3. Aufl. 2013, § 41.

¹⁰ Dazu *MünchKommInsO/Bitter* (Fn. 9), § 45 Rn. 6 ff.

¹¹ Dazu *MünchKommInsO/Bitter* (Fn. 9), § 45 Rn. 10 ff.

V. Quotale Verteilung der Insolvenzmasse

Nach der Verwertung der Insolvenzmasse wird der Erlös an die Insolvenzgläubiger, deren Forderungen ordnungsgemäß angemeldet und festgestellt worden sind, quotale nach §§ 187 ff. InsO verteilt. Die Quote berechnet sich dabei aus dem Verhältnis des vorhandenen Erlöses zu der Höhe der Forderungen der Insolvenzgläubiger. In der Praxis wird oft nur eine Insolvenzquote von 2 bis 3 % erzielt, in guten Fällen vielleicht auch einmal 10 %. Deutlich darüber liegende Quoten gibt es allenfalls in Bankeninsolvenzen, weil dort der Insolvenzantrag aufgrund der behördlichen Aufsicht viel früher gestellt wird und außerdem nach dem Kreditwesengesetz (KWG) ein dem Geschäftsumfang angemessenes Kapital vorgehalten werden muss.¹² Vor der Verteilung der Insolvenzmasse an die Insolvenzgläubiger sind allerdings aus dem Erlös vorrangig die Absonderungsrechte (unten VII. 2.), ferner die Kosten des Insolvenzverfahrens und die sonstigen Massegläubiger (§§ 53 ff. InsO) zu bedienen.

Beispiel: Es besteht eine an die Insolvenzgläubiger verteilbare Insolvenzmasse von 10.000 €. Der Schuldner hat drei Gläubiger: Gläubiger Müller mit einer Forderung von 10.000 €, Gläubiger Meier mit einer Forderung von 15.000 € und Gläubiger Schulze mit 25.000 €. Da es insgesamt Insolvenzforderungen in Höhe von 50.000 € und eine Insolvenzmasse von lediglich 10.000 € gibt, beträgt die Insolvenzquote für jeden Insolvenzgläubiger ein Fünftel (= 20 %). Folglich bekommt Gläubiger Müller 2.000 €, Gläubiger Meier 3.000 € und Gläubiger Schulze 5.000 €.

VI. Die Stellung eines Gläubigers mit Personalsicherheit

Infolge der in der Praxis geringen Insolvenzquoten lassen sich Gläubiger häufig Personalsicherheiten von Dritten (Bürgschaft, Schuldbeitritt etc.) geben. Dadurch wollen sie sich bei Ausfall des Schuldners eine Zugriffsmöglichkeit auf das Vermögen des sicherungsgebenden Dritten verschaffen. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen des (Haupt-) Schuldners wird ein Insolvenzgläubiger, der hinsichtlich seiner Insolvenzforderung durch eine Personalsicherheit gesichert ist, nach § 43 InsO mit seiner gesicherten Insolvenzforderung voll berücksichtigt und bezieht bei der Verteilung die (volle) Insolvenzquote. Der Zugriff auf die Personalsicherheit wird nicht durch die Forderungsanmeldung im Insolvenzverfahren des (Haupt-) Schuldners gehindert und umgekehrt. Dies nennt man *Doppelberücksichtigungsprinzip*.¹³ Macht der Gläubiger seine Forderung gegen den (Haupt-) Schuldner in dessen Insolvenzverfahren geltend und befriedigt der aus seiner Personalsicherheit in Anspruch genommene Dritte den Gläubiger während des laufenden Insolvenzverfahrens nur teilweise, so kann dieser Dritte mit seinem Regressanspruch gegen den (Haupt-) Schuldner (z.B. aus § 426 Abs. 1, 2 BGB oder § 774 BGB) gemäß § 44 InsO nicht neben dem Gläubiger an der quotalen Verteilung

¹² Siehe dazu die Vorlesung Bankrecht.

¹³ Umfassend zu § 43 InsO und zum Doppelberücksichtigungsprinzip MünchKommInsO/Bitter (Fn. 9), § 43 Rn. 1 ff.

lung im Insolvenzverfahren teilnehmen. Anderenfalls würde nämlich eine wirtschaftlich identische Forderung doppelt berücksichtigt.¹⁴

Beispiel: Beträgt die Hauptforderung 100.000 € und der in Anspruch genommene Bürge kann den Gläubiger während des laufenden Verfahrens lediglich in Höhe von 90.000 € befriedigen, so kann der Gläubiger seine Forderung gegen den (Haupt-) Schuldner trotz der partiellen Teilbefriedigung weiter in voller Höhe (100.000 €) zur Tabelle verfolgen und erhält bei einer Insolvenzquote von 10 % weitere 10.000 € (= 10 % auf 100.000 €), sodass er im Ergebnis voll befriedigt wird. Der Bürge hingegen erhält aufgrund der Regelung des § 44 InsO auf seine Regressforderung in Höhe von 90.000 € keine Insolvenzquote (Verbot der Doppelanmeldung).

VII. Die Stellung eines Gläubigers mit einer Sachsicherheit

Die Stellung eines Gläubiger mit einer Sachsicherheit (z.B. Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Sicherungsgrundschuld) richtet sich danach, ob die Sachsicherheit dem Gläubiger ein Aus- oder Absonderungsrecht im Insolvenzverfahren des Schuldners gewährt.

1. Aussonderungsrechte

Nach § 47 InsO kann ein Gläubiger, dem ein Aussonderungsrecht an einem beim Schuldner befindlichen Gegenstand zusteht, dessen Herausgabe aus der Insolvenzmasse verlangen.¹⁵ Dieser Gegenstand wird dann nicht durch den Insolvenzverwalter zugunsten der Insolvenzgläubiger verwertet und folglich dessen Erlös auch nicht an alle Insolvenzgläubiger quotale verteilt.

Ein Aussonderungsrecht geben insbesondere dingliche Rechte an dem Gegenstand wie das „echte“ Eigentum – in Abgrenzung zum Sicherungseigentum¹⁶ – und der damit korrespondierende Herausgabeanspruch aus § 985 BGB. Als „echtes“ Eigentum in diesem Sinne verschafft auch das Vorbehaltseigentum bei einem *einfachen* Eigentumsvorbehalt dem Vorbehaltseigentümer ein Aussonderungsrecht.

Beispiel: Lieferant L liefert dem Bauunternehmer B Baumaterial unter *einfachem* Eigentumsvorbehalt (= Übereignung der Kaufsache nach §§ 929, 158 BGB unter der aufschiebenden Bedingung der vollständigen Kaufpreiszahlung). In einer Insolvenz des B hat L aufgrund seines niemals verlorenen (echten) Eigentums an dem noch bei B vorhandenen Baumaterial ein Aussonderungsrecht nach § 47 InsO. Er kann also verlangen, dass ihm das unter Eigentumsvorbehalt gelieferte Baumaterial als solches herausgegeben wird.

Persönliche Rechte, d.h. schuldrechtliche Ansprüche, gewähren nur dann ein Aussonderungsrecht, wenn sie auf die *Herausgabe* des Gegenstandes gerichtet sind (z.B. aus § 546 BGB). Demgegenüber gewähren schuldrechtliche *Verschaffungsansprüche* (z.B. aus § 433 Abs. 1 BGB) kein Aussonderungsrecht, sondern sind – wie bereits dargelegt – nur Insolvenzforderungen i.S.d. § 38 InsO und führen zu einer wertmäßigen quotalen Befriedigung des Gläubi-

¹⁴ MünchKommInsO/Bitter (Fn. 9), § 44 Rn. 1.

¹⁵ Ausführliche Darstellung zur Massebereinigung durch Aussonderung massefremden Guts Becker (Fn. 4), Rn. 962 ff.

¹⁶ Das Sicherungseigentum berechtigt nur zur Absonderung (vgl. sogleich unten VII. 2. und näher unten IX. 3.).

gers im Rahmen der Verteilung der Insolvenzmasse. Die Abgrenzung zwischen einem zur Aussonderung führenden *Herausgabe*- und einem nur zur quotalen Befriedigung führenden *Verschaffungsanspruch* ist im Einzelfall – insbesondere bei Auftrags- und Kommissionverhältnissen (§ 667 BGB) – sehr schwierig zu beurteilen¹⁷, für die Position des Anspruchsinhabers freilich extrem wichtig, weil er im ersten Fall den Gegenstand (Sache oder Forderung) herausverlangen kann, im zweiten Fall hingegen nur die übliche Quote von wenigen Prozent auf seinen Anspruch erhält.¹⁸

Beispiel 1: In der Insolvenz des Mieters hat der Vermieter an der Mietsache ein Aussonderungsrecht i.S.d. § 47 InsO aufgrund seines schuldrechtlichen *Herausgabeanspruchs* aus § 546 BGB. Ist der Vermieter zugleich der Eigentümer der Sache, kann das Aussonderungsrecht zusätzlich auf den dinglichen *Herausgabeanspruch* aus § 985 BGB gestützt werden.

Beispiel 2: In der Insolvenz des Verkäufers hat der Käufer einer Sache lediglich eine Insolvenzforderung i.S.d. § 38 InsO aufgrund seines schuldrechtlichen *Verschaffungsanspruchs* aus § 433 Abs. 1 BGB. Dieser wird dann nach § 45 InsO in Höhe des Wertes der Kaufsache in einen Geldbetrag umgerechnet.

Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung vom Gläubiger nach § 47 InsO hätte verlangt werden können, vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner oder nach der Eröffnung vom Insolvenzverwalter unberechtigt veräußert¹⁹ worden, so kann der aussonderungsrechtlich berechtigte Gläubiger die Ersatzaussonderung nach § 48 InsO verlangen. Das Aussonderungsrecht setzt sich in diesem Fall an der Gegenleistung fort.

Beispiel: Eine vom späteren Insolvenzschuldner gemietete Maschine, die eigentlich gemäß § 47 InsO vom Vermieter hätte ausgesondert werden können, ist vom Insolvenzverwalter – etwa in Unkenntnis des Mietvertrags – an einen Dritten D verkauft und übereignet worden. Der Vermieter kann dann, soweit die Gegenleistung des Käufers noch aussteht, die Abtretung der Kaufpreisforderung verlangen (§ 48 S. 1 InsO). Ist der Kaufpreis vom Insolvenzverwalter bereits eingezogen worden, kann der Vermieter diesen aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit er in der Masse noch unterscheidbar vorhanden ist (§ 48 S. 2 InsO).²⁰

2. Absonderung

Nach §§ 49 ff. InsO kann ein Gläubiger mit einem Absonderungsrecht an einem Gegenstand des Schuldners die vorrangige Befriedigung aus dem Sicherungsgut verlangen. Der Gegen-

¹⁷ Siehe zur Treuhand noch unten X. 4.

¹⁸ Die Abgrenzung zwischen schuldrechtlichen Herausgabe- und Verschaffungsansprüchen ist Gegenstand der Habilitationsschrift von *Bitter*, Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung, 2006, insbes. S. 282, 311 f., 319 f., 521 f.; Herausgabeansprüche zeichnen sich danach durch zwei Elemente aus: Sie sind (1) auf einen konkreten Gegenstand gerichtet, für den (2) der Gläubiger des Anspruchs die Gefahr des zufälligen Untergangs trägt (bei Forderungen das Bonitätsrisiko). Zu der dann vorliegenden Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung siehe noch unten X. 1.

¹⁹ Nach h.M. kommt es für das Entstehen des Ersatzaussonderungsanspruchs nicht auf die Wirksamkeit der Veräußerung des Aussonderungsgegenstands an, vgl. BGHZ 68, 199 ff.; m.w.N. *Prütting* in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 1. Aufl. 2016, 66. Lieferung 11/2015, § 48 Rn. 12.

²⁰ Zur Unterscheidbarkeit bei Einzug auf ein allgemeines Geschäftskonto aufgrund der Kontobuchungen siehe BGHZ 141, 116 = NJW 1999, 1709 = ZIP 1999, 626 m. Anm. *Bitter*, WuB VI B § 46 KO 1.00.

stand wird dann vom Insolvenzverwalter gesondert verwertet²¹ und der Erlös – abzüglich der Kostenbeiträge (unten VIII. 4.) – an diesen Gläubiger bis zur Befriedigung der gesicherten Forderung ausgekehrt. Übersteigt der Erlös der gesonderten Verwertung der Sache die Forderung des Gläubigers, so gehört der überschießende Betrag zur Insolvenzmasse.

Inhaber von Hypotheken oder Grundschulden können aufgrund ihres Anspruchs aus § 1147 BGB (ggf. i.V.m. § 1192 Abs. 1 BGB) die abgesonderte Befriedigung aus dem belasteten Grundstück verlangen. Die abgesonderte Befriedigung erfolgt dann gemäß § 49 InsO durch die Zwangsversteigerung des Grundstück nach §§ 15 ff. ZVG oder durch Zwangsverwaltung des Grundstück nach §§ 146 ff. ZVG.²²

Inhaber von Pfandrechten an beweglichen Gegenständen des Schuldners können gemäß § 50 InsO abgesonderte Befriedigung nach Maßgabe der §§ 166 ff. InsO verlangen. Den Pfandrechten wird vom Gesetz auch die Sicherungsübereignung gleichgestellt; dem Sicherungsnehmer steht folglich – anders als dem „echten“ Eigentümer (oben 1.) – nach §§ 51 Nr. 1, 50 InsO nur ein Absonderungsrecht an dem zur Sicherheit übereigneten Gegenstand des Schuldners zu.²³ Gleiches gilt bei der Sicherungsabtretung und dem *verlängerten* sowie *erweiterten* Eigentumsvorbehalt.²⁴

Beispiel 1: Übereignet der Kreditnehmer seiner kreditgebende Bank einen Gegenstand zur Sicherheit gemäß §§ 929, 930 BGB, so hat die Bank in der Insolvenz des Kreditnehmers nur ein Absonderungsrecht an dem Gegenstand gemäß § 51 Nr. 1 i.V.m. § 50 InsO. Die Bank kann folglich nicht den Gegenstand als solchen vom Insolvenzverwalter herausverlangen. Vielmehr wird der Gegenstand vom Verwalter verwertet und aus dem Erlös wird die Bank – nach Abzug der Kostenbeiträge (unten VIII. 4.) – vorab befriedigt. Gleiches gilt, wenn der Bank zur Sicherung des Kredits eine Forderung abgetreten wird.

Beispiel 2: Hat der Verkäufer dem Käufer die Sache unter Eigentumsvorbehalt geliefert (§§ 433, 449 BGB für das schuldrechtliche Geschäft; §§ 929, 158 BGB für das sachenrechtliche Geschäft), dabei dem Käufer die Weiterveräußerung jener Sache im Rahmen seines Geschäftsbetriebs gestattet und sich den (zukünftigen) Zahlungsanspruch des Käufers gegen seinen Abnehmer aus jenem Weiterverkauf (§ 433 Abs. 2 BGB) vorab nach § 398 BGB abtreten lassen (*verlängerter* Eigentumsvorbehalt), so hat der Verkäufer in der Insolvenz des Käufers nur ein Absonderungsrecht an der Forderung aus dem Weiterverkauf. Die Forderung wird also durch den Insolvenzverwalter eingezogen und der Eigentumsvorbehaltsverkäufer wird aus dem Erlös – nach Abzug der Kostenbeiträge (unten VIII. 4.) – vorab befriedigt. Die Abtretung im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts wird also nicht anders als jede andere Sicherungsabtretung (Beispiel 1 a.E.) behandelt.

²¹ Erfolgt die Verwertung durch Veräußerung im Paket mit anderen Gegenständen, muss ein auf den absonderungsberechtigten Gegenstand entfallender Teilbetrag festgelegt werden.

²² Ausführlicher zur Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung *Lippross* (Fn. 4), Rn. 556 ff.

²³ Näher dazu unten IX. 3.

²⁴ Instrukтив zu den Absonderungsrechten *Bork* (Fn. 5), Rn. 294 ff.

3. Stellung des Absonderungsgläubigers in Bezug auf seine (Rest-)Forderung

Die weitere Stellung der absonderungsberechtigten Gläubiger im Insolvenzverfahren ihres Schuldners richtet sich im Hinblick auf die gesicherte Forderung danach, ob die zur Absonderung berechtigende Sicherheit vom Schuldner stammte oder von einem Dritten.²⁵

a) Schuldner als Sicherungsgeber

Ist der insolvente Schuldner zugleich der Sicherungsgeber, bezieht der absonderungsberechtigte Gläubiger, der seine Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet hat, die Insolvenzquote nach dem sog. **Ausfallprinzip** des § 52 InsO nur noch auf den sog. Ausfallbetrag, also jenen Betrag, der von der persönlichen Forderung gegen den Schuldner nach Abzug des Erlöses aus der abgesonderten Befriedigung noch übrig geblieben ist.

Beispiel: Der Schuldner hatte von seiner Bank einen Kredit über 20.000 € erhalten. Zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs der Bank aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB übereignete der Schuldner seinen PKW gemäß §§ 929, 930 BGB an die Bank. In der Insolvenz des Schuldners wird der PKW zugunsten der Bank als dessen absonderungsberechtigte Sicherungseigentümerin gesondert verwertet und der Erlös nach Abzug der Kostenbeiträge (unten VIII. 4.) an die Bank ausgekehrt, z.B. in Höhe von 15.000 €. Die Insolvenzquote auf ihren Darlehensrückzahlungsanspruch aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB erhält die Bank sodann nur auf den Restbetrag von 5.000 € (Ausfallbetrag), nicht hingegen auf ihren vollen ursprünglichen Anspruch i.H.v. 20.000 €. Beträgt die Insolvenzquote z.B. 25 %, erhält sie folglich nur 1.250 € (= 25 % von 5.000 €) und nicht 5.000 € (= 25 % von 20.000 €) und fällt damit partiell aus.

b) Dritter als Sicherungsgeber

Ist nicht der insolvente Schuldner, sondern ein Dritter der (dingliche) Sicherungsgeber, so muss der Gläubiger hingegen seinen Anspruch nicht als Ausfallforderung zur Insolvenztabelle anmelden. Vielmehr erfolgt eine reguläre Anmeldung und der absonderungsberechtigte Gläubiger erhält trotz einer während des laufenden Insolvenzverfahrens eintretenden Teilbefriedigung aus der dinglichen Sicherheit die Insolvenzquote in analoger Anwendung des § 43 InsO auf den vollen bei Insolvenzeröffnung offenstehenden Betrag. Es gilt also – nicht anders als bei einer Personalsicherheit (oben VI.) – der Grundsatz der Doppelberücksichtigung bzw. besser: der Vollberücksichtigung der ganzen bei Insolvenzeröffnung bestehenden Forderung des absonderungsberechtigten Gläubigers.²⁶ Der Anspruch des regressberechtigten Sicherungsgebers wird daneben analog § 44 InsO nicht berücksichtigt (Verbot der Doppelanmeldung der wirtschaftlich identischen Forderung).²⁷

Beispiel: In dem obigen Beispielfall wird zur Sicherung des Kredits der Bank i.H.v. 20.000 € der PKW nicht vom Schuldner, sondern von dessen Vater zur Sicherheit übereignet. Aus der Verwertung der Sicherheit erlöst die Bank während des laufenden Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners/Sohns 15.000 €. In

²⁵ Details bei *Karsten Schmidt/Bitter*, ZIP 2000, 1077 ff.

²⁶ Zur sogenannten Sachmithaftung des Dritten und der für diesen Fall analogen Anwendung des § 43 InsO vgl. *MünchKommInsO/Bitter* (Fn. 9), § 43 Rn. 18 ff.

²⁷ *MünchKommInsO/Bitter* (Fn. 9), § 44 Rn. 9 ff.

diesem Fall kann die Bank trotz jener Teilbefriedigung im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners/Sohns die Insolvenzquote weiter auf den vollen Betrag der 20.000 € beziehen. Sie wird damit voll befriedigt, da sie eine Insolvenzquote in Höhe von 5.000 € (= 25 % von 20.000 €) und zusätzlich die 15.000 € aus der Verwertung des PKW erhält. Der Vater kann hingegen seinen aus der Verwertung des PKW resultierenden Regressanspruch analog § 44 InsO nicht ebenfalls zur Insolvenztabelle anmelden, um darauf eine Quote zu beziehen. Insgesamt wird nämlich nur eine (volle) Quote auf die 20.000 € aus dem Darlehen ausgezahlt.

VIII. Verwertung von Gegenständen mit Absonderungsrechten im Insolvenzverfahren

Ein wesentliches Ziel der Insolvenzordnung war es, der unter der früheren Konkursordnung zu beobachtenden Tendenz entgegenzuwirken, dass die Absonderungsberechtigten die Vermögensmasse des Schuldners auseinanderreißen, indem sie jeweils nur den ihnen als Sicherheit dienenden Gegenstand gesondert und im eigenen Interesse verwerten. Dadurch war nämlich eine im Interesse *aller* Gläubiger liegende einheitliche Verwertung der Insolvenzmasse „aus einer Hand“ sowie auch die Sanierung von Unternehmen erschwert, wenn nicht sogar gehindert. Um dies zu ändern, hat der Gesetzgeber der InsO das Verwertungs- und Benutzungsrecht des Insolvenzverwalters in §§ 165 ff. InsO im Grundsatz auch auf Gegenstände erstreckt, an denen Absonderungsrechte der Gläubiger bestehen; nur für alle dort nicht ausdrücklich aufgeführten Fälle hat er über die Auffangnorm des § 173 InsO ausnahmsweise ein eigenes Verwertungsrecht des absonderungsberechtigten Gläubigers statuiert.²⁸

1. Verwertung beweglicher Sachen

Gemäß § 166 Abs. 1 InsO darf der Insolvenzverwalter zunächst einmal alle beweglichen Sachen, an denen ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwerten, wenn er die Sache in seinem Besitz hat. Dies ist typischerweise bei sicherungsübereigneten Sachen der Fall, weil der Weg der (Sicherungs-)Übereignung gemäß §§ 929, 930 BGB gerade deshalb in der Praxis anstelle des im BGB eigentlich vorgesehenen Pfandrechts der §§ 1204 ff. BGB gewählt wird, damit der Schuldner im Besitz der Sachen bleiben kann. So könnten etwa ein Auto oder eine Maschine vom Schuldner nicht (privat oder geschäftlich) genutzt werden, wenn sie nach dem Faustpfandprinzip des § 1205 BGB an den Gläubiger – etwa die finanzierende Bank – übergeben werden müssten und auch die Bank hätte wenig Interesse daran, jene als Sicherheit dienenden Gegenstände nutzlos in ihrem Besitz zu verwahren. Der in Fällen der Sicherungsübereignung beim Schuldner verbleibende Besitz geht sodann mit Insolvenzeröffnung auf den Insolvenzverwalter über und daran knüpft das Verwertungsrecht des § 166 Abs. 1 InsO an.

2. Verwertung sicherungsabgetretener Forderungen

Gemäß § 166 Abs. 2 InsO darf der Verwalter ferner Forderungen, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, einziehen oder in anderer Weise verwerten. Derarti-

²⁸ Vgl. zum Ganzen *Bitter*, ZIP 2015, 2249 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ausführlich zur Erlöserzielung durch Verwertung der Insolvenzmasse *Becker* (Fn. 4), Rn. 1321 ff..

ge Sicherungsabtretungen sind in der Praxis sehr häufig bei Unternehmen, wobei die Abtretung der Forderungen des Unternehmens gegen seine Kunden entweder im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts an einen Lieferanten des Unternehmens erfolgt²⁹ oder per (Global-)Zession an die finanzierende Bank.

3. Verwertung „besitzloser“ Rechte

Keine Erwähnung finden in § 166 InsO sonstige, nicht in Forderungen bestehende Rechte wie Unternehmensbeteiligungen oder Immaterialgüterrechte, obwohl auch insoweit das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters für die vom Gesetzgeber bezweckte einheitliche (Unternehmens-)Verwertung essentiell sein kann. Man denke etwa an den Fall, dass die IT-Technik, die Einkaufs- oder Vertriebstätigkeit oder sonstige abgrenzbare Unternehmensfunktionen in eine selbstständige Tochtergesellschaft ausgelagert sind. Dürfte der Gläubiger, dem die Anteile an jener Tochtergesellschaft zur Sicherheit verpfändet sind, die Anteile gesondert verwerten, würde dem Insolvenzverwalter ein Teilstück des Gesamtunternehmens entzogen und damit die Verwertung der Masse deutlich erschwert. Ebenso ist ohne die Benutzungsbefugnis für wichtige Patente oder Marken eine Betriebsfortführung meist ausgeschlossen und ohne die Verwertungsbefugnis für Geschmacks- und Gebrauchsmuster oder Nutzungsrechte an Urheberrechten eine Verwertung zum Verbundwert nicht denkbar.

Für derartige Fälle „besitzloser“ Rechte wird in der Literatur eine analoge Anwendung des § 166 InsO (zumeist und richtigerweise des Absatzes 1 jener Vorschrift) erwogen.³⁰ Darauf soll jedoch im Rahmen dieses Skriptes nicht näher eingegangen werden. Unternehmensbeteiligungen und Immaterialgüterrechte haben zwar in Praxis eine große Bedeutung als Objekte der Kreditsicherung. In Klausurfällen an der Universität und im Staatsexamen dürften sie hingegen aufgrund der besonderen rechtlichen Komplexität nicht relevant sein.

4. Abzug der Kostenbeiträge nach der Verwertung

Nach der Verwertung der in § 166 InsO erwähnten beweglichen Sachen und Forderungen (oben 1. und 2.) entnimmt der Verwalter aus dem Erlös gemäß § 170 Abs. 1 InsO die Kosten, die ihm durch die Feststellung und durch die Verwertung der Sache bzw. Forderung entstanden sind. Die **Feststellungskosten** betragen nach § 171 Abs. 1 InsO pauschal 4 % des Verwertungserlöses. Die **Verwertungskosten** werden nach § 171 Abs. 2 S. 1 InsO pauschal mit 5 % des Erlöses in Ansatz gebracht, wobei jedoch eine Korrektur erfolgt, wenn die tatsächlich erforderlichen Kosten erheblich niedriger oder höher ausgefallen sind (§ 171 Abs. 2 S. 2 InsO). Führt die Verwertung der Masse zu einer Belastung der Masse mit Umsatzsteuer, so ist der Umsatzsteuerbetrag zusätzlich bei den Verwertungskosten anzusetzen (§ 171 Abs. 2 S. 3 InsO).

²⁹ Siehe dazu das Beispiel oben unter VII. 2.

³⁰ Dazu umfassend *Bitter*, ZIP 2015, 2249 ff. m.w.N.

Beispiel: Der Schuldner erhält von seiner Bank einen Kredit und übereignet zur Sicherheit an diese einen LKW nach §§ 929, 930 BGB. Im Insolvenzverfahren des Schuldners verwertet der Insolvenzverwalter den LKW zugunsten der Bank gesondert und erlässt 50.000 € (incl. Umsatzsteuer). Die Feststellungskosten betragen dabei 2.000 € (= 4 % von 50.000 €) und die Verwertungskostenpauschale 2.500 € (= 5 % von 50.000 €). Abzüglich dieser Beträge und der Umsatzsteuer in Höhe von 7.983,19 € (19 % von 42.016,81 €) verbleibt ein an die Bank als absonderungsberechtigte Gläubigerin auszukehrender Resteslös von 37.516,81 €. Dieser wird auf die Kreditsforderung angerechnet und anschließend kann die Bank mit dem verbleibenden Ausfallbetrag an der quotalen Befriedigung aus der Insolvenzmasse teilnehmen.

IX. Sicherungseigentum in Insolvenz und Zwangsvollstreckung

Das Eigentum und das Pfandrecht an einer Sache, die sich beim Schuldner befindet, werden sowohl in dessen Insolvenz als auch bei einer gegen den Schuldner stattfindenden Einzelzwangsvollstreckung unterschiedlich behandelt. Das Sicherungseigentum steht nach h.M. „in der Mitte“ zwischen „echtem“ Eigentum und Pfandrecht und wird in der Insolvenz wie ein Pfandrecht, in der Einzelzwangsvollstreckung hingegen wie „echtes“ Eigentum behandelt. Im Detail:

1. „Echtes“ Eigentum

Wird durch den Gläubiger des Schuldners in eine Sache vollstreckt, die im Eigentum eines Dritten steht, so kann dieser Dritte die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben und die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand durch das Gericht für unzulässig erklären lassen.

Beispiel: Eigentümer E hat seinem Freund F sein Rennrad geliehen. Ein Gläubiger des F schickt zur Vollstreckung einer Forderung den Gerichtsvollzieher bei F vorbei, der dort das Rennrad vorfindet und pfändet (vgl. § 808 ZPO). Dieser Zwangsvollstreckung kann E gemäß § 771 ZPO widersprechen, weil ihm als Eigentümer ein „die Veräußerung hinderndes Recht“ im Sinne jener Vorschrift zusteht.³¹ Es kommt dann nicht zur Verwertung des Rennrades durch Zwangsversteigerung zugunsten des pfändenden Gläubigers.

In der Insolvenz des Schuldners kann der Eigentümer einer Sache, die sich im Besitz des Schuldners befindet, die Aussonderung nach § 47 InsO verlangen (oben VII. 1.). Das Aussonderungsrecht in der Insolvenz entspricht also der Drittwiderspruchsklage in der Einzelzwangsvollstreckung. Durch beide Instrumente kann der Eigentümer komplett verhindern, dass sein Eigentumsrecht zugunsten der Gläubiger eines anderen – des Schuldners – verwertet wird. Sein Eigentum bleibt folglich unangetastet.

Beispiel: In o.g. Beispiel wird F insolvent. E kann dann gemäß §§ 47 InsO, 985 BGB vom Insolvenzverwalter die Herausgabe des Rennrades verlangen. Es kommt damit nicht zu dessen Verwertung zugunsten der Insolvenzgläubiger des F.

³¹ Zum Eigentum als „die Veräußerung hinderndes Recht“ siehe die rechtshistorische Erklärung bei *Wetzel*, JuS 1990, 469, 472: Bei Einführung der ZPO, die vor dem BGB in Kraft trat, gab es auf der Basis des gemeinen (= rezipierten römischen) Rechts noch keinen gutgläubigen Erwerb, weshalb das Eigentum tatsächlich im Sinne des § 771 ZPO die Veräußerung durch einen Dritten hinderte. Seit dem BGB kann der Terminus des „die Veräußerung hindernden Rechts“ nur so verstanden werden, dass eine Veräußerung des Vollstreckungsgegenstands durch den Schuldner rechtswidrig wäre, sie also ein besseres Recht des Dritten beeinträchtigen würde.

2. Pfandrecht

Hat der Gläubiger hingegen nur ein Pfandrecht an einer Sache des Schuldners, kann er, wenn diese Sache durch einen anderen Gläubiger des Schuldners gepfändet wird, der Verwertung nicht gemäß § 771 ZPO komplett widersprechen, sondern er kann nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung nach § 805 ZPO erheben. Ist das Pfandrecht des klagenden Gläubigers vorrangig gegenüber dem Pfandrecht des pfändenden Gläubigers (vgl. §§ 804 Abs. 3 ZPO, 1209 BGB zur zeitlichen Priorität der Pfandrechtsbegründung und § 1208 BGB zum gutgläubigen Erwerb eines Vorrangs), so wird er aus dem bei der Versteigerung der Sache erzielten Erlös vorrangig befriedigt.

Beispiel: E ist Eigentümer eines antiken Sekretärs, den er in seiner von V gemieteten Wohnung stehen hat. Bei V ist er mit mehreren Mietzahlungen im Rückstand. Ein Gläubiger des E schickt zur Vollstreckung einer Forderung den Gerichtsvollzieher bei E vorbei, der dort den Sekretär vorfindet und pfändet (vgl. § 808 ZPO). V kann als Inhaber eines Vermieterpfandrechts (vgl. §§ 562 ff. BGB) dieser Pfändung durch den Gläubiger des E nicht gemäß § 771 ZPO widersprechen, sondern er kann nur gemäß § 805 ZPO auf vorzugsweise Befriedigung klagen. Der Erlös aus der Verwertung des Sekretärs wird dann vorrangig zur Befriedigung der ausstehenden Mieten (vgl. zum Umfang § 562d BGB) verwendet und erst nachrangig zur Befriedigung des pfändenden Gläubigers.

In der Insolvenz des Schuldners kann der Gläubiger, dem ein Pfandrecht an der Sache zusteht, die Absonderung nach § 50 InsO verlangen (oben VII. 2.). Wirtschaftlich steht er damit ebenso wie mit der Klage aus § 805 ZPO im Falle der Einzelzwangsvollstreckung: Die Sache wird verwertet, aber der Erlös dient vorrangig seiner Befriedigung.

Beispiel: Im o.g. Beispiel wird E insolvent. V kann dann nicht den Sekretär herausverlangen, sondern hat nur Anspruch auf abgesonderte Befriedigung (§ 50 Abs. 1 InsO). Der Sekretär wird also vom Insolvenzverwalter verwertet und der Erlös aus der Verwertung wird sodann – nach Abzug der Kostenbeiträge (oben VIII. 4.) – vorrangig zur Befriedigung der ausstehenden Mieten (vgl. zum Umfang § 50 Abs. 2 InsO) verwendet und erst nachrangig zur Befriedigung aller anderen Insolvenzgläubiger.

Die unterschiedliche Behandlung des Pfandrechts im Vergleich zum Eigentum in Insolvenz und Zwangsvollstreckung rechtfertigt sich daraus, dass der Eigentümer ein Interesse (und das umfassende Herrschaftsrecht!) an der Sache selbst hat, während es dem Pfandrechtsinhaber nicht um die Sache, sondern um die Befriedigung seiner gesicherten Forderung geht. Deshalb kommt es nur beim Pfandrecht zur Verwertung der Sache, während der Eigentümer diese Verwertung gerade verhindern will und kann.

3. Sicherungseigentum

In der Insolvenz des Schuldners wird der Sicherungseigentümer einer Sache, die sich im Besitz des Schuldners befindet, gemäß §§ 51 Nr. 1, 50 InsO wie ein Pfandgläubiger behandelt; er kann also nicht die Aussonderung der Sache nach § 47 InsO, d.h. deren Herausgabe, verlangen, sondern nur die abgesonderte Befriedigung (oben VII. 2.). Dies war bereits zu Zeiten der Konkursordnung – damals ohne gesetzliche – Regelung anerkannt und wurde sodann in der Insolvenzordnung ausdrücklich geregelt. Hintergrund jener Gleichbehandlung des Sicherungseigentums (wie auch der Sicherungsabtretung) mit dem Pfandrecht in der Insolvenz ist

die Überlegung, dass der Sicherungseigentümer – wie der Pfandrechtsinhaber – kein Interesse an der Sache als solcher hat, sondern nur an der Befriedigung seiner Forderung, zu deren Sicherung das Eigentum an der Sache (oder die Inhaberschaft an einer Forderung) übertragen wurde.

Beispiel: E ist Eigentümer eines antiken Sekretärs, den er seiner Bank zur Sicherung eines Kredits übereignet hat. Noch vor Rückzahlung des Kredits wird E insolvent. Für die Bank gilt dann die gleiche Rechtslage wie für den o.g. Vermieter in der Insolvenz des E. Sie kann also nicht aufgrund ihres Sicherungseigentums den Sekretär vom Insolvenzverwalter herausverlangen, sondern hat nur Anspruch auf abgesonderte Befriedigung (§ 51 Nr. 1 i.V.m. § 50 Abs. 1 InsO). Der Sekretär wird also vom Insolvenzverwalter verwertet und der Erlös aus der Verwertung wird sodann – nach Abzug der Kostenbeiträge (oben VIII. 4.) – vorrangig zur Befriedigung der Bank verwendet und erst nachrangig zur Befriedigung aller anderen Insolvenzgläubiger.

Vor dem geschilderten Hintergrund, dass der Sicherungseigentümer nicht an der Sache selbst, sondern nur an der Befriedigung seiner Forderung interessiert ist, würde man auf den ersten Blick erwarten, dass er auch in der Einzelzwangsvollstreckung dem Pfandrechtsinhaber gleichgestellt wird. Gleichwohl behandelt die herrschende Meinung³² den Sicherungseigentümer, wenn ein Gläubiger des Schuldners in die Sache vollstreckt, wie einen gewöhnlichen Eigentümer; er ist also nicht auf die Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO) beschränkt, sondern kann die Drittwiderspruchsklage nach § 771 ZPO erheben und so die Zwangsvollstreckung in diesen Gegenstand durch das Gericht komplett für unzulässig erklären lassen. Hierdurch soll erreicht werden, dass das der Sicherungsübereignung zugrunde liegende Rechtsverhältnis (meist ein Kredit) fortgeführt werden kann. Dies wäre bei einer sofortigen Verwertung des Gegenstandes wegen der dann notwendig frühzeitigen Befriedigung des Gläubigers nicht der Fall. Ein solches Interesse an der Fortführung der Kreditbeziehung unter Fortbestand der Sicherheit kann bei der Gesamtvollstreckung (Insolvenz) im Gegensatz zur Einzelzwangsvollstreckung von vornherein nicht bestehen, da nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Fortsetzung des Kreditverhältnisses nicht sinnvoll ist.³³

Beispiel: In dem o.g. Fall des von E an die Bank sicherungsübereigneten antiken Sekretärs schickt ein Gläubiger des E zur Vollstreckung einer Forderung den Gerichtsvollzieher bei E vorbei, der dort den Sekretär vorfindet und pfändet (vgl. § 808 ZPO). Die Bank kann hier als Sicherungseigentümerin – anders als der Vermieter V aufgrund seines Vermieterpfandrechts (vgl. §§ 562 ff. BGB) – nicht nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung aus § 805 ZPO erheben, sondern der Pfändung durch den Gläubiger des E gemäß § 771 ZPO widersprechen. Es kommt dann nicht zur Verwertung des Sekretärs durch Zwangsversteigerung zugunsten des pfändenden Gläubigers, sondern die Bank kann das bestehende Kreditverhältnis mit E unter Fortbestand ihres Sicherungseigentums fortsetzen.

Selbst wenn aber das Kreditverhältnis nicht fortgeführt wird, ist der Sicherungsnehmer aufgrund der üblichen Abreden im Sicherungsvertrag berechtigt, sich durch freihändigen Verkauf

³² So u.a. RGZ 124, 73 ff.; BGHZ 12, 234 ff.; Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckung, 13. Auflage 2006, Rn. 46.8; Zöller/Herget, ZPO, 31. Auflage 2016, § 771 Rn. 14; Prütting/Gehrlein/Scheuch, ZPO, 7. Auflage 2015, § 771 Rn. 19.

³³ Vgl. Wetzel, JuS 1990, 469, 472 zu Fall 39/2 m.w.N.

aus der Sache zu befriedigen. Auch diese Möglichkeit würde ihm bei einer Beschränkung auf die Klage aus § 805 ZPO genommen.³⁴

Allerdings kann der zur Drittwiderspruchsklage berechtigte Inhaber des die Veräußerung hindernden Rechts nach bestrittener Ansicht stattdessen freiwillig nur die Klage aus § 805 ZPO erheben, weil diese – wie dargelegt – in ihrer wirtschaftlichen Wirkung ein Minus im Vergleich zu § 771 ZPO darstellt.³⁵ Die Zwangsvollstreckung wird nicht komplett untersagt, sondern nur der Klagende vorab aus dem Erlös befriedigt.

X. Sicherungs- und Verwaltungstreuhand in der Insolvenz

Das im vorangegangenen Abschnitt behandelte Sicherungseigentum ist – ebenso wie die Sicherungsabtretung und die Sicherungsgrundschuld – ein Fall der sog. Sicherungstreuhand, die von der sog. Verwaltungstreuhand abzugrenzen ist.

1. Grundsätzliches zur Treuhand

Juristen/innen sind es gewohnt, Dinge klar zu unterscheiden. In diesem Bestreben sind die trennscharfen Klassen des Schuldrechts und des Sachenrechts entstanden. Im Sachenrecht werden Gegenstände einer Person zugeordnet. Das Schuldrecht hingegen regelt, ob eine Person die sachenrechtliche Zuordnung zu ändern, ob sie einen bestimmten Gegenstand einem anderen zu verschaffen hat.

Die Treuhand fügt sich in dieses trennklare System nicht recht ein: Sie zeigt, dass es zwischen dem „für sich Haben“ des Eigenrechts und dem „verlangen Können“ des schuldrechtlichen Verschaffungsanspruchs eine Zwischensphäre des „Habens für einen Dritten“ gibt – die Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung.³⁶ Der Treugeber überträgt einen Gegenstand zu vollem Recht auf einen Treuhänder, welcher diesen Gegenstand jedoch nicht oder nicht im vollen Umfang in seinem eigenen Interesse nutzen soll, sondern ganz oder zumindest teilweise im Interesse des Treugebers. So bleibt der Treugeber „wirtschaftlicher Eigentümer“ und das zwingt uns, ihn bisweilen zu behandeln, als wäre er auch rechtlich Eigentümer. Wer sich mit der Treuhand befasst, muss folglich im Insolvenz- und Vollstreckungsrecht, aber auch im Deliktsrecht oder im Recht der Verfügungen sein schulmäßiges, in den Kategorien von Schuld- und Sachenrecht verhaftetes Denken verlassen: Der Treugeber wird, obwohl er nur Inhaber eines schuldrechtlichen Anspruchs auf (Rück-)Übertragung des Treugutes ist, in mancher Hinsicht dem Inhaber eines dinglichen Rechts gleichgestellt.

³⁴ Zutreffend Prütting/Gehrlein/Scheuch (Fn. 32), § 771 Rn. 19.

³⁵ Zöller/Stöber (Fn. 32), § 805 Rn. 5; a.A. Prütting/Gehrlein/Scheuch (Fn. 32), § 771 Rn. 4 m.w.N.

³⁶ Dazu eingehend die in Fn. 18 angeführte Habilitationsschrift von Bitter.

2. Trennung zwischen Sicherungs- und Verwaltungstreuhand

In dem (juristischen) Streben, Ordnung in das faszinierende, aber auch rätselhafte Gebiet der Treuhand³⁷ zu bringen, wird gewöhnlich zwischen zwei grundsätzlich verschiedenen Arten der Treuhand unterschieden: Sicherungstreuhand einerseits und Verwaltungstreuhand andererseits. Beiden Arten der Treuhand ist zwar die Übertragung eines dinglichen Rechts unter schuldrechtlicher Bindung des Empfängers gemein. Der Unterschied liegt aber darin, ob der Empfänger (Treuhänder) den Gegenstand bzw. das Recht daran auch eigennützig oder ausschließlich fremdnützig im Interesse des Treugebers hält.

Eine eigennützige Komponente hat die **Sicherungstreuhand**, also die Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung und Sicherungsgrundschuld. Bei ihr wird dem Sicherungsnehmer ein Recht übertragen (namentlich das Eigentum an einer Sache oder die Inhaberschaft an einer Forderung bzw. Grundschuld), mit dem er zwar nicht nach Belieben verfahren darf – und insoweit im Verhältnis zum Sicherungsgeber schuldrechtlich gebunden bleibt –, welches aber seinen eigenen, nämlich Sicherungszwecken dient: Für den Fall, dass die gesicherte Forderung vom Schuldner nicht befriedigt wird, kann der Sicherungstreuhänder auf das ihm übertragene Recht zum Zwecke seiner Befriedigung zugreifen.

Hiervon zu unterscheiden ist die **Verwaltungstreuhand**, bei welcher die Rechtsposition vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen wird und letzterer bei der Ausübung des Rechts ausschließlich das Interesse des Treuhänders verfolgen soll (= fremdnützige Treuhand). Beispiel für eine solche Verwaltungstreuhand ist die sog. Inkassozeession, bei welcher eine Forderung auf einen Inkassozeessionar mit der Bestimmung übertragen wird, diese Forderung (allein) im Interesse und für Rechnung des Zedenten einzuziehen. Zugrunde liegt in solchen Fällen ein (unentgeltliches) Auftrags- oder (entgeltliches) Geschäftsbesorgungsverhältnis, nach welchem der Treuhänder – im Beispiel der Inkassozeessionar – alles, was er aus der Auftragsausführung erlangt – im Beispiel die Erlöse aus der Einziehung der Forderungen – an den Treugeber herauszugeben hat (§ 667 BGB, bei der Geschäftsbesorgung i.V.m. § 675 BGB). Denkbar ist aber auch, dass das Eigentum an einer beweglichen Sache, einem Grundstück oder etwa auch die Inhaberschaft an einem Gesellschaftsanteil auf einen Treuhänder übertragen wird mit der Bestimmung, mit dem übertragenen Gegenstand allein nach Weisung des Treugebers und nur für dessen Rechnung zu verfahren. Bei einer solchen Verwaltungstreuhand entsteht eine Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung; diese ist dadurch gekennzeichnet, dass der Treuhänder – obwohl Vollrechtsinhaber – abweichend von der Grundregel *casum sentit dominus* (der Zufall trifft den Herrn) nicht die Gefahr des zufälligen Untergangs jenes Gegenstandes trägt, sondern der Treugeber.³⁸ Gerade deshalb ist dieser noch viel stärker als bei der Sicherungstreuhand als „wirtschaftlicher Eigentümer“ anzusehen.

³⁷ So *Bitter* (Fn. 18), S. 2: „Die Treuhand: Faszination und Rätselhaftigkeit“.

³⁸ Diese Gefahrtragungsthese ist die zentrale Aussage der in Fn. 18 angeführte Habilitationsschrift von *Bitter* (siehe insbesondere S. 264 ff.).

3. Sicherungstreuhand in der Insolvenz

In der Insolvenzsituation stellen sich bei der Sicherungstreuhand, die zentraler Gegenstand des Kreditsicherungsrechts ist, völlig andere Fragen als bei der Verwaltungstreuhand.

a) Insolvenz des Sicherungsgebers

Bei der eigennützigen Sicherungstreuhand stellt sich – wie oben unter IX. näher dargelegt – die Frage, ob der Sicherungsnehmer/Treuhänder in der Insolvenz des Sicherungs-/Treugebers wie ein gewöhnlicher Vollrechtsinhaber behandelt wird oder nicht. Die für die Praxis maßgebliche Konstellation liegt also darin, dass der Treu- oder Sicherungsgeber, der gerade nicht mehr das Vollrecht innehat, insolvent wird, während dem Sicherungsnehmer/Treuhänder jenes Vollrecht zusteht. Wie wir gesehen haben, wird jenem Vollrechtsinhaber gerade wegen seiner nur treuhänderischen Stellung als Sicherungstreuhand in der Insolvenz nicht die Position eines „echten“ Eigentümers, also kein Aussonderungsrecht, sondern nur ein Absonderungsrecht gewährt (oben IX. 3.). Diese Gewährung des Absonderungsrechts stellt sich als gewissermaßen als *Minus* zu dem eigentlich einem Vollrechtsinhaber zukommenden Aussonderungsrecht dar.

b) Insolvenz des Sicherungsnehmers

Die umgekehrte Situation einer Insolvenz des Sicherungsnehmers (Treuhänders) kommt hingegen in der Praxis (und in Klausuren) deutlich seltener vor, weil insbesondere finanzierende Banken als Sicherungsnehmer deutlich seltener insolvent zu werden pflegen als die Kredit-schuldner. In einer eventuellen Insolvenz des Sicherungsnehmers – typischerweise eine Bank – würde sich die nachfolgend auch für die Verwaltungstreuhand zu diskutierende Frage stellen, ob der Treu-/Sicherungsgeber, der gerade nicht (mehr) Inhaber des Vollrechts ist, aufgrund der nur treuhänderischen Übertragung des Sicherungsguts auf die Bank in deren Insolvenz ein Vorrecht an dem Sicherungsgut geltend machen kann, soweit es als Sicherheit nicht benötigt wird. Wenn und soweit nämlich bei der Sicherungstreuhand der Sicherungszweck – und damit die eigennützige Komponente – entfällt (insbesondere bei teilweiser oder vollständiger Befriedigung der gesicherten Forderung), wird sie zur fremdnützigen Verwaltungstreuhand.

4. Verwaltungstreuhand in der Insolvenz

Bei der Verwaltungstreuhand ist das insolvenzrechtliche Hauptproblem ein mögliches Aussonderungsrecht des Treugebers in der Insolvenz des Treuhänders, die Fragestellung also exakt umgekehrt als in der Standardsituation bei der Sicherungstreuhand, in der es um die Insolvenz des Treugebers (= Kreditnehmers) geht. Da der Treugeber sein Vollrecht auf den Treuhänder übertragen hat, stellt sich in der Insolvenz jenes Treuhänders, der Inhaber der dinglichen Rechtsposition ist, die Frage, ob ausnahmsweise auch der nur schuldrechtliche Anspruch des Treugebers auf (Rück-)Übertragung des Treuguts zur Aussonderung berechnen kann. Dies hängt von der bereits oben unter VII. 1. angesprochenen Frage ab, ob jener

Anspruch des Treugebers gegen den Treuhänder ein *Herausgabeanspruch* (wie bei § 546 BGB) oder nur ein schuldrechtlicher *Verschaffungsanspruch* (wie bei § 433 Abs. 1 BGB) ist. Von einem zur Aussonderung berechtigenden Herausgabeanspruch ist die Rechtsprechung lange Zeit nur in solchen Fällen ausgegangen, in denen das Treugut unmittelbar vom Treugeber auf den Treuhänder übertragen worden ist (sog. **Unmittelbarkeitsprinzip**).³⁹ Jene Fälle der sog. Übertragungstreuhand wurden von anderen Konstellationen unterschieden, in denen der Treuhänder das Gut im Auftrag des Treugebers von Dritten erworben hat (sog. Erwerbstreuhand) oder in denen der spätere Treuhänder das Gut zunächst für eigene Rechnung hielt und dann später mit einem anderen – dem späteren Treugeber – vereinbart hat, dass er das Gut ab sofort für ihn halten werde (sog. Vereinbarungstreuhand). Während die Übertragungstreuhand als **Treuhand im engeren Sinne** bezeichnet und insoweit ein Aussonderungsrecht des Treugebers in der Insolvenz des Treuhänders anerkannt wurde, bezeichnete man die beiden anderen Fälle der Erwerb- und Vereinbarungstreuhand als **Treuhand im weiteren Sinne**, in denen § 47 InsO nach besagtem Unmittelbarkeitsprinzip – mit Ausnahme von Kommissionfällen (vgl. § 392 Abs. 2 HGB⁴⁰) – nicht zugunsten des Treu- bzw. Auftraggebers eingreifen sollte.

Beispiel 1: Kunstliebhaber K übereignet einen Picasso zu treuen Händen auf seinen Freund F mit der Bestimmung, den Picasso sorgfältig für K zu verwahren und ihn auf Anforderung des K an diesen zurückzuübereignen. Da der Picasso – das Treugut – unmittelbar von K auf F übertragen wurde (**Übertragungstreuhand**), kann K es als zwar nicht rechtlicher, wohl aber „wirtschaftlicher“ Eigentümer in einer eventuellen Insolvenz des F gemäß § 47 InsO aussondern.

Beispiel 2: K weist seinen Freund F an, den von K erhaltenen Picasso beim Galeristen G gegen einen Monet einzutauschen. Übereignet G den Monet an F, kann K ihn in einer eventuellen Insolvenz des F auf der Basis des Unmittelbarkeitsprinzips nicht aussondern. Denn der Monet wurde – anders als der Picasso – nicht unmittelbar von K auf F übertragen, sondern von F bei einem Dritten für K erworben (**Erwerbstreuhand**).

Beispiel 3: Der Freund F war zunächst vollberechtigter Eigentümer des Picassos. K schließt mit F einen Kaufvertrag über den Picasso, zahlt dem F den Kaufpreis und vereinbart außerdem, dass F das Eigentum am Picasso vorläufig behalten, aber treuhänderisch für F ausüben und auf Aufforderung des K jederzeit auf diesen übereignen solle. In diesem Fall einer **Vereinbarungstreuhand** hat K in einer eventuellen Insolvenz des F nach dem Unmittelbarkeitsprinzip ebenfalls kein Aussonderungsrecht.

Beginnend mit dem Urteil BGHZ 155, 227 hat der BGH vorsichtig, aber nicht wirklich konsequent die Tendenz erkennen lassen, zumindest in einigen Fällen der Erwerbstreuhand ebenfalls ein Aussonderungsrecht des Treugebers anerkennen zu wollen.⁴¹

Im Schrifttum wird das Unmittelbarkeitsprinzip zwar noch partiell in den Standardkommentaren vertreten, während es jedenfalls von solchen Autoren fast ausnahmslos abgelehnt wird, die sich eingehender mit Treuhandfragen beschäftigt haben.⁴² Und in der Tat kann es nicht

³⁹ Eingehend zum Unmittelbarkeitsprinzip *Bitter* (Fn. 18), S. 51 ff., 120 ff., 141 ff., 189 ff.

⁴⁰ Dazu *Bitter/Schumacher*, Handelsrecht, 2. Aufl. 2015, § 9 Rn. 114; ausführlich *Bitter* (Fn. 18), S. 49, 189 ff.

⁴¹ Siehe die Rechtsprechungsanalyse bei *Bitter* (Fn. 18), S. 61 ff.

⁴² Vgl. die umfassenden Nachweise bei *Bitter* (Fn. 18), S. 68 ff.

überzeugen, die Abgrenzung zwischen dem zur Aussonderung berechtigenden Herausgabeanspruch und dem nur zu einer Insolvenzforderung führenden Verschaffungsanspruch von dem Weg abhängig zu machen, auf dem das Treugut zum Treuhänder gelangt ist.⁴³ So überzeugt es in dem oben angeführten Beispiel 2 etwa nicht, warum in Bezug auf den Picasso ein Aussonderungsrecht bestehen soll, nicht aber in Bezug auf den tauschbedingt an die Stelle tretenden Monet. Das schuldrechtliche Treuhandverhältnis zwischen Treugeber (K) und Treuhänder (F) unterscheidet sich in Bezug auf beide Bilder in keiner Weise: Der Treuhänder (F) ist Vollrechtsinhaber und der Treugeber (K) hat nur einen auf (Rück-)Übertragung des Treuguts gerichteten schuldrechtlichen Anspruch.

Im Übrigen hat schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts das von ihm nach Inkrafttreten des BGB entwickelte Unmittelbarkeitsprinzip⁴⁴ kurze Zeit später durch **Anerkennung des sog. Geschäfts für den, den es angeht**⁴⁵, in Fällen des auftragsgemäßen Erwerbs bei Dritten konterkariert: Dem Hintermann (Auftraggeber) hat man zwar – mit dem Unmittelbarkeitsprinzip – zunächst einen Schutz beim Eigentumserwerbs des Mittlers (Beauftragten) im Wege einer Aussonderungsberechtigung für den Herausgabeanspruch aus § 667 BGB versagt, ihm dann aber wenig später über das Geschäft für den, den es angeht, sogleich das Eigentum zugesprochen, sodass der Hintermann (Auftraggeber) nunmehr aufgrund des Vollrechts doch aussondern kann.⁴⁶ So würde etwa in dem o.g. Beispiel 2 der Kunstliebhaber K unmittelbar mit der Übergabe des Monet von G an F das Eigentum daran erwerben, wenn F als sog. mittelbarer Stellvertreter den Willen hat, das Eigentum für K zu erwerben; dem Veräußerer G ist es nämlich im Sinne des Geschäfts für den, den es angeht, gleichgültig, ob mit der Übergabe F oder K Eigentum an dem Bild erwirbt.⁴⁷

5. Zusammenfassender Hinweis

Diese Problematik eines Aussonderungsrechts des Treugebers in der Insolvenz des Treuhänders und übrigens auch die parallel dazu sich stellende Frage nach einer Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) des Treugebers bei Vollstreckungen durch Gläubigern des Treuhänders in das Treugut⁴⁸ ist als durchaus anspruchsvoll zu bezeichnen. Da sie im Wesentlichen auf die Verwaltungstreuhand bezogen ist und sich – wie dargelegt – bei der Sicherungstreuhand nur in den seltenen Fällen einer Insolvenz des Sicherungsnehmers (= Kreditgebers) stellt, soll im

⁴³ Dazu *Bitter* (Fn. 18), S. 75 ff. m.w.N.

⁴⁴ Siehe insbesondere das Grundlagenurteil RGZ 84, 214; zu früheren Tendenzen in diese Richtung *Bitter* (Fn. 18), S. 55 f.

⁴⁵ Siehe insbesondere das Grundlagenurteil RGZ 99, 208; zu früheren Tendenzen in diese Richtung *Bitter* (Fn. 18), S. 224 ff.; siehe zum Geschäft für den, den es angeht, auch – deutlich kürzer – *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 10 Rn. 39 ff.

⁴⁶ Zur Widersprüchlichkeit dieser Rechtsprechung eingehend *Bitter* (Fn. 18), S. 86 f., 221 ff.

⁴⁷ Siehe dazu *Bitter/Röder* (Fn. 45), § 10 Rn. 45 f.

⁴⁸ Zur Parallele zwischen beiden Rechtsfragen siehe *Bitter* (Fn. 18), S. 54, 171 f., 189, 321 m.w.N.

Rahmen dieses Skriptes zur Vorlesung Kreditsicherungsrecht auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung und dem Unmittelbarkeitsprinzip verzichtet werden.

Es sei allerdings noch darauf hingewiesen, dass die in Fällen der Verwaltungstreuhand entstehende Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung uns – wie bereits unter X. 1. angedeutet und im Lern- und Fallbuch zum Handelsrecht für die Kommission näher ausgeführt⁴⁹ – auch in vielen anderen Rechtsbereichen Probleme bereitet: So stellt sich die Frage, ob Verfügungen des Treuhänders über das zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich ihm gehörende Treugut generell wirksam sind oder nur bei Gutgläubigkeit des Erwerbers.⁵⁰ Im Sonderfall einer Verfügung durch Aufrechnung stellt sich die Frage, ob *mit* einer und *gegen* eine nur treuhänderisch gehaltene Forderung aufgerechnet werden kann, wenn sich die Gegenforderung (1) gegen den Treuhänder persönlich richtet (= „formale“ Gegenseitigkeit bei fehlender „wirtschaftlicher“ Gegenseitigkeit) bzw. (2) gegen den Treugeber (= „wirtschaftliche“ Gegenseitigkeit bei „formal“ fehlender Gegenseitigkeit).⁵¹ Schließlich stellt sich im Schadensrecht die Frage, ob bei einer Beschädigung des Treuguts durch Dritte der Treuhänder den Schaden liquidieren kann, der dem Treugeber als dem „wirtschaftlichen“ Eigentümer entstanden ist (Stichwort: Drittschadensliquidation).⁵² Alle diese Probleme gehören inhaltlich zusammen⁵³ und sind Folge der bereits geschilderten Schwierigkeit, die Treuhand in unser stets so sauber zwischen Schuldrecht und Sachenrecht trennendes System einzuordnen (oben X. 1.). Auffällig ist dabei, dass die Rechtsprechung das sog. Unmittelbarkeitsprinzip nur für die Vollstreckungsfragen (§§ 47 InsO, 771 ZPO) herangezogen hat, während sie alle anderen mit der Rechtsträgerschaft für fremde Rechnung (Verwaltungstreuhand) verbundenen Rechtsprobleme niemals von jener Abgrenzung abhängig gemacht hat. Auch dies spricht dagegen, den Schutz des Treugebers in der Insolvenz des Treuhänders oder bei Zwangsvollstreckungen durch Gläubiger des Treuhänders von dem Weg abhängig zu machen, auf dem das Treugut zum Treuhänder gelangt ist.

⁴⁹ *Bitter/Schumacher* (Fn. 40), § 9 Rn. 114 ff.

⁵⁰ Dazu für die Kommission *Bitter/Schumacher* (Fn. 40), § 9 Rn. 123 ff.; allgemein *Bitter* (Fn. 18), S. 452 ff.

⁵¹ Dazu für die Kommission *Bitter/Schumacher* (Fn. 40), § 9 Rn. 115 ff.; allgemein *Bitter* (Fn. 18), S. 412 ff.

⁵² Dazu für die Kommission *Bitter/Schumacher* (Fn. 40), § 9 Rn. 134 ff.; allgemein *Bitter* (Fn. 18), S. 369 ff.

⁵³ Dies aufzuzeigen war Ziel der in Fn. 18 genannten Habilitationsschrift von *Bitter*.