

Fachtagung Aktuelles Bankrecht - Sparkassenakademie
Vortrag am 11.11.2005

**Rechtsfolgen berechtigter und unberechtigter
Verwertung von Gegenständen mit Absonderungsrechten
durch den Insolvenzverwalter**

Prof. Dr. Georg Bitter, Universität Mannheim

Gliederung

1. Einführung
 - Grundlagen nach KO und InsO
 - Relevante Fallgruppen
2. Verwertung bei fehlendem Verwertungsrecht (§ 48 InsO)
3. Ordnungsgemäße Verwertung durch den kraft Gesetzes zur Verwertung befugten Verwalter (§§ 165, 166 InsO)
4. Verwertung kraft Ermächtigung (§ 185 BGB)
5. Fehlerhafte Verwertung durch den kraft Gesetzes zur Verwertung befugten Verwalter

Grundlagen nach KO und InsO

1. Rechtslage nach der KO
 - Ausnahme: Verwertungsrecht des Verwalters (§ 127 I KO)
 - Regelfall: Verwertungsrecht des Gläubigers (§ 127 II KO)
 - ⇒ Verwertung durch Insolvenzverwalter ist unberechtigt
 - ⇒ Ersatzabsonderung analog § 46 KO (jetzt § 48 InsO)
2. Rechtslage nach der InsO
 - Ausnahme: Verwertungsrecht des Gläubigers (§ 173 InsO)
 - Regelfall: Verwertungsrecht des Verwalters (§§ 165 f. InsO)
 - ⇒ Erlösauskehr abzüglich der Kostenbeiträge (§ 170 InsO)
3. Frage: Verhältnis von § 48 InsO (analog) zu § 170 InsO

Fallgruppen I

Differenzierung nach dem Verwertungsrecht

1. Verwertungsrecht gemäß §§ 165 f. InsO
 - Gegenstände mit Absonderungsrechten (⇔ Aussonderung)
 - bewegliche Sache im Besitz des Verwalters (§ 166 I InsO)
 - Sicherungsübereignung
 - erweiterter EV nach Eintritt des Erweiterungsfalls
 - sicherungsbedingte Forderung (§ 166 II InsO)
2. Verfügungsermächtigung (§ 185 BGB)
3. Fehlendes Verwertungsrecht (§ 48 InsO analog)
4. Verwertung mit Verfahrensfehlern

Fallgruppen II

Differenzierung nach dem Stadium der Verwertung

1. Fall: Der Gegenstand ist veräußert, die Gegenleistung aber noch nicht eingezogen.
2. Fall: Der Erlös ist auf ein Sonderkonto eingezogen.
3. Fall: Der Erlös ist auf ein allgemeines Geschäftskonto eingezogen.
4. Fall: Der Erlös ist untrennbar zur Masse eingezogen.
5. Fall: Der Erlös ist an einen nur scheinbar berechtigten Gläubiger herausgegeben.

Fallgruppen III

Differenzierung nach der Kenntnis des Verwalters

1. Rechte des Gläubigers gegenüber der Masse
 - unabhängig von der Kenntnis oder dem Kennenmüssen des Verwalters
2. Rechte des Gläubigers gegenüber dem Verwalter
 - abhängig von der Kenntnis oder dem Kennenmüssen des Verwalters (§ 60 InsO)
 - Differenzhypothese (§ 249 BGB): Haftung des Verwalters bei Verschlechterung der Gläubigerposition

Fehlendes Verwertungsrecht (§ 48 InsO) – Gesetzestext –

- (1) Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung hätte verlangt werden können, vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner oder nach der Eröffnung vom Insolvenzverwalter unberechtigt veräußert worden, so kann der Aussonderungsberechtigte die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen, soweit diese noch aussteht.
- (2) Er kann die Gegenleistung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit sie in der Masse unterscheidbar vorhanden ist.

Fehlendes Verwertungsrecht (§ 48 InsO) – Grundlagen –

1. Idee des § 48 InsO
 - Haftungsrechtliche Surrogation i.V.m. Billigkeitsgesichtspunkten (⇔ dingliche Surrogation)
 - Ersatzanspruch des Gläubigers (insbes. § 816 I BGB) wird Aus-/Absonderungskraft beigemessen ⇒ Vorrang vor allen anderen Gläubigern auch bei Masseunzulänglichkeit (§ 208 InsO)
 - Wirkung nur im Insolvenzverfahren
2. Erste und zweite Ersatzaus-/absonderung
 - § 48 Satz 2 InsO als gesetzlicher Fall der zweiten Ersatzaussonderung

Fehlendes Verwertungsrecht (§ 48 InsO) – Fallgruppen –

1. Fall: Gegenleistung steht noch aus
 - § 48 Satz 1 InsO analog
2. Fall: Erlös auf ein Sonderkonto eingezogen
 - § 48 Satz 2 InsO analog
3. Fall: Erlös auf ein allgemeines Geschäftskonto eingezogen

BGHZ 141, 116 = NJW 1999, 784 = WuB VI B. § 46 KO *Bitter*

 - Unterscheidbarkeit aufgrund der Buchungen + Belege
 - Bodensatztheorie
 - ggf. quotale Bedienung (OLG Köln ZIP 2002, 947, 950 f.)

Fehlendes Verwertungsrecht (§ 48 InsO) – Fallgruppen –

4. Fall: Erlös untrennbar zur Masse eingezogen
 - Keine Ersatzabsonderung analog § 48 InsO
 - Massebereicherungsanspruch aus § 55 I Nr. 1, 3 InsO
 - ⇒ Bei Masseunzulänglichkeit (§ 208 InsO) nur Klage auf Feststellung
 - ggf. Haftung des Verwalters (§ 60 InsO)
5. Fall: Erlös an scheinbar Berechtigten herausgegeben
 - Zweite Ersatzabsonderung bezüglich des Bereicherungsanspruchs der Masse gegen den scheinbar Berechtigten

Ordnungsgemäße Verwertung (§§ 165 f. InsO) – Grundlagen –

1. Rechtsnatur des Anspruchs aus § 170 I 2 InsO

- h.M.: Surrogation (dinglich ?)
- *Ganter/Bitter*: Spezialfall der Ersatzabsonderung
 - §§ 165 f. InsO = insolvenzverfahrensspezifisches Verwertungsrecht
 - Insolvenzverwalter ist materiell Nichtberechtigter trotz des Verwertungsrechts; aber Wirksamkeit der Verfügung
 - Verstärkung des Anspruchs nur im Insolvenzverfahren

2. Ergebnis:

- weitgehende Angleichung der Rechtsfolgen an § 48 InsO

Ordnungsgemäße Verwertung (§§ 165 f. InsO) – Fallgruppen –

1. Fall: Gegenleistung steht noch aus

- Keine Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung (⇔ § 48 Satz 1 InsO analog)
- Aber: Absonderungsrecht setzt sich am Anspruch auf die Gegenleistung fort

2. Fall: Erlös auf ein Sonderkonto eingezogen

- Ersatzabsonderungsrecht am eingezogenen Erlös
- Anspruch auf Auskehr (§ 170 I 2 InsO ≈ § 48 Satz 2 InsO) abzüglich der Kostenbeiträge

⇒ Fälle 3 – 5 entfallen: keine ordnungsgemäße Verwertung

Verwertung kraft Ermächtigung (§ 185 BGB)

1. Gestattung in den Fällen des § 173 InsO
 - Geschäftsbesorgung ⇒ freie Vereinbarung der Verwertungsfolgen
 - Herausgabeanspruch des Gläubigers aus §§ 675, 667 BGB
 - Vorrecht des Gläubigers, wenn Treuhand anerkannt wird
 - Vergütung ggf. nach § 612 BGB (⇒ Orientierung an §§ 170 f. InsO möglich)
2. Gestattung in den Fällen der §§ 165 f. InsO
 - Kostenbeiträge sind zwingend ⇒ höhere Beträge sind möglich
 - Im Zweifel nur Einigung über Verwertungskosten, die von der Pauschale abweichen (§ 171 II 2 InsO)

Fehlerhafte Verwertung bei §§ 165 ff. InsO

1. Unterlassene Mitteilung an den Gläubiger i.S.v. § 168 InsO
 - Verwalter hat keine Kenntnis vom Absonderungsrecht des (richtigen) Gläubigers
 - Frage: § 170 I 2 InsO oder § 48 InsO analog ?
 - Kostenbeitrag ?
 - Lösung des 1. Falles ?
 - *Ganter/Bitter*: Verfahrensverstoß führt nicht zur „unberechtigten Veräußerung“ (str.) → kein „Glücksfall“ für den Gläubiger
 - Vorrang des Gläubigers durch ein Ersatzabsonderungsrecht in den Fällen 1 bis 3 (unstr.)

Fehlerhafte Verwertung bei §§ 165 ff. InsO

2. Vermischung des Erlöses mit der Masse (Fall 4)

- Verwalter hat keine Kenntnis vom Absonderungsrecht oder Versehen beim Einzug der Forderung
- Wortlaut des § 170 I 2 InsO: Gläubiger ist „aus dem verbleibenden Betrag“ zu befriedigen
- Aber: § 170 I 2 InsO als Spezialfall des § 48 InsO
 - Unterscheidbarkeit auch bei § 170 I 2 InsO erforderlich
 - bei fehlender Unterscheidbarkeit: § 55 I Nr. 1, 3 InsO
- ggf. Anspruch gegen den Verwalter aus § 60 InsO

Fehlerhafte Verwertung bei §§ 165 ff. InsO

3. Herausgabe des Erlöses an den vermeintlich Absonderungsberechtigten (Fall 5)

- Lösung über die zweite Ersatzabsonderung
- Frage: § 170 I 2 InsO oder § 48 InsO analog ?
 - Herausgabe an den falschen Gläubiger als berechtigte Verwertungshandlung ?
 - *Ganter/Bitter*: Entscheidend ist die im Ausgangspunkt bestehende Verwertungsberechtigung des Verwalters
⇒ § 170 I 2 InsO bleibt anwendbar

Zusammenfassung

1. Rechtsfolgenangleichung bei § 48 InsO und § 170 I 2 InsO
 - entscheidend ist jeweils die Separierung des Erlöses
 - Separierung (+): Ersatzabsonderungsrecht = Vorrang
 - Separierung (-): Massebereicherungsanspruch (§ 55 I Nr. 1, 3 InsO) + ggf. Anspruch gegen den Verwalter (§ 60 InsO)
2. Verbleibende Unterschiede
 - Kein Anspruch auf Abtretung bei § 170 InsO (⇔ § 48 S. 1 InsO)
 - Kostenbeitrag bei §§ 165 ff. InsO
3. Wirkung von Verfahrensverstößen
 - keine „unberechtigte“ Veräußerung i.S.v. § 48 InsO
 - Verwalter kann Verwertung fortsetzen + Kostenbeitrag verlangen

Ende