

DIEDERICH ECKARDT

## Surrogationsfragen bei der Verwertung von Sicherungsgut im Insolvenzverfahren

### *I. Zur Problemstellung*

Wird eine Immobilie in der Zwangsversteigerung verwertet, so entspricht es einmütiger Auffassung, dass sich die Grundpfandrechte, soweit sie infolge des Zuschlags nicht am Grundstück selbst fortbestehen können, im Wege dinglicher Surrogation an dem Versteigerungserlös fortsetzen;<sup>1</sup> zweifelhaft ist allein, ob sie dies mit unveränderter Rechtsnatur tun oder ob damit eine Umwandlung zu einem spezifischen „Recht auf Befriedigung aus dem Versteigerungserlös“ verbunden ist.<sup>2</sup> Dem entspricht das allgemeine Verständnis von den Rechtsfolgen der Verwertung in der Mobiliarzwangsvollstreckung.<sup>3</sup>

Was passiert aber, wenn sich die Verwirklichung der Vermögenshaftung nicht in den Formen der Einzelzwangsvollstreckung vollzieht, sondern im Wege der insolvenzmäßigen Gesamtvollstreckung durch den Insolvenzverwalter, der im Rahmen der ihm obliegenden Masseverwertung (§§ 159, 166 InsO) freihändig einen massezugehörigen Vermögensgegenstand veräußert, an dem einem Dritten ein zur abgesonderten Befriedigung berechtigendes dingliches Sicherungsrecht zusteht? Bleibt dem Absonderungsberechtigten in diesem Fall stets eine dingliche Sicherung erhalten, d.h. nach wirksamer und lastenfreier Veräußerung ersatzweise immerhin am Anspruch auf die Gegenleistung und nach dessen Einziehung an der Gegenleistung bzw. am – separiert und unterscheidbar vorhandenen – Gelderlös selbst? Die Kommission für Insolvenzrecht hatte seinerzeit hierfür eine Regelung vorgeschlagen, nach der sich das Absonderungsrecht an dem Surrogat des Sicherungsguts fortsetzen solle, begrenzt durch die Höhe der gesicherten Forderung.<sup>4</sup> Da dieser Vorschlag jedoch nicht Gesetz geworden ist, muss versucht werden, die Lösung aus allgemeinen Grundsätzen abzuleiten.

Die Frage wird nicht oft unmittelbare praktische Bedeutung erlangen; immerhin ist der Anspruch des absonderungsberechtigten Gläubigers auf Auskehr des Erlöses (genaugenommen: des nach Abzug der Kosten und der ggf. anfallenden

---

<sup>1</sup> *Schilken*, in: Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl. 2010, § 66 Rn. 18 f.; aus der Rspr. s. etwa BGHZ 193, 144 Rn. 11 m. w. N.; zum Ganzen ausführlich *Bartels*, Dogmatik und Effizienz im Recht der Zwangsversteigerung, 2010, S. 414 ff. m. Nachw.

<sup>2</sup> Vgl. *Bartels* (Fn. 1); offen insoweit meist die höchstrichterliche Rspr., vgl. zuletzt BGHZ 193, 144 Rn. 11 m. w. N.: am Erlös „setzen sich die erloschenen Rechte und früheren Rechtsbeziehungen fort, soweit dies nicht durch den veränderten Gegenstand (Erlös statt Grundstück) ausgeschlossen ist“.

<sup>3</sup> *Schilken* (Fn. 1), § 50 Rn. 32, § 53 Rn. 28; s. dazu aus der Rspr. zuletzt BGH ZIP 2013, 2125 Rn. 16 m. w. N.

<sup>4</sup> Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht (1985), Leitsatz 2.4.4.2 Abs. 1 S. 2 und 3 (betr. besitzlose Mobiliarsicherheiten), dazu Begr. S. 252 f.

Umsatzsteuer verbleibenden Erlösüberschusses) jedenfalls Masseschuld und überdies durch haftungsbewehrte Verwalterpflichten wie insbesondere die des § 170 I 2 InsO in der Regel hinreichend abgesichert. Dies muss jedoch nicht stets ausreichen, können doch auch einmal mangelnde Solvenz der Masse (mit der Konsequenz des § 209 I Nr. 3 InsO) und des persönlichen Verwaltervermögens zusammentreffen, so dass der ehemals Absonderungsberechtigte weder in dem einen noch in dem anderen Vermögen hinreichende Kompensation für sein Befriedigungsrecht an dem Absonderungsgut findet. Es kann daher durchaus darauf ankommen, ob dem Gläubiger an der Gegenleistung wiederum ein „masseinsolvenzfestes“ Absonderungsrecht zustand, das sich zudem – wenn die Gegenleistung nicht mehr vorhanden ist – in einem erneuten Surrogat bzw. einem analog § 48 InsO mit Absonderungskraft ausgestatteten Anspruch fortgesetzt haben könnte.

Diese Frage soll daher für die beiden wichtigsten Anwendungsfälle, die Verwertung von (besitzlosen) Mobiliarsicherheiten einerseits, die freihändige Veräußerung grundpfandrechtlich belasteter Immobilien andererseits, jeweils gesondert untersucht werden.

## II. Verwertung von Mobiliarsicherheiten durch den Insolvenzverwalter

Verwertet der Insolvenzverwalter nach § 166 I InsO eine bei Verfahrenseröffnung in der Masse befindliche bewegliche Sache, an der ein Absonderungsrecht besteht – zu denken ist etwa an eine Sache, die dem Gläubiger zur Sicherheit übereignet war oder einem gesetzlichen Einbringungspfandrecht unterfiel –, oder zieht er gemäß § 166 II InsO eine zur Sicherheit abgetretene Forderung ein, so ist er nach § 170 I 2 InsO zur Auskehr des Erlöses an den Gläubiger verpflichtet. Ohne dass dies im Gesetz ausdrücklich geregelt wäre,<sup>5</sup> wird allgemein angenommen, dass der Insolvenzverwalter verpflichtet sei, den Erlös bis zur Auskehr an den Gläubiger von der übrigen Insolvenzmasse zu separieren;<sup>6</sup> geschieht dies und ist folglich der Erlös unterscheidbar vorhanden, so sind mithin die Voraussetzungen gegeben, hieran auch weiterhin besondere (dingliche) Rechte der Absonderungsberechtigten anzuerkennen.

### 1. Diskussionsstand

Ob und mit welchem Inhalt und Umfang solche Rechte bestehen, wird freilich nicht derart eindeutig beantwortet. Dass das Vorzugsrecht des Sicherungseigners

<sup>5</sup> Die Kommission für Insolvenzrecht hatte dies vorgeschlagen, um zu verhindern, dass der Erlös bei der Fortführung des Unternehmens „verwirschaftet“ wird, s. Erster Bericht (Fn. 4), Leitsatz 2.4.4.2 Abs. 2 und S. 252 f.

<sup>6</sup> BGHZ 184, 101 = ZIP 2010, 739 Rn. 28, 33 (zum vorläufigen Verwalter); LG Berlin ZInsO 2008, 1027, 1031; Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Homann, Fachanwalts-Kommentar Insolvenzrecht, 2. Aufl. 2014 (zit. A/G/R), § 170 Rn. 8; FKInsO/Wimmer, 6. Aufl. 2013, §§ 170, 171 Rn. 6e; HKInsO/Landfermann, 7. Aufl. 2014, § 170 Rn. 9; HambKInsO/Büchler, 4. Aufl. 2012, § 170 Rn. 6; Jaeger/Henckel, InsO, 2004, Vor §§ 49–52 Rn. 55; MüKoInsO/Brandes/Schoppmeyer, 3. Aufl. 2013/14, § 60 Rn. 62; MüKoInsO/Tetzlaff, ebd. § 170 Rn. 38, 40; K.Schmidt/Sinz, InsO, 18. Aufl. 2013, § 170 Rn. 22; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 13. Aufl. 2010, §§ 170, 171 Rn. 9; ähnlich (aus dem Erlös zu bildende „Sondermasse“) Andres/Leithaus/Leithaus, InsO, 3. Aufl. 2014, §§ 170, 171 Rn. 2; Braun/Dithmar, InsO, 6. Aufl. 2014, §§ 170, 171 Rn. 5; a. A. explizit Kübler/Prütting/Bork/Flöther, InsO, Stand 59. Lfg. 2014, § 170 Rn. 4; Smid/Leonhardt/Zeuner/Smid, InsO, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 7.

als Folge der Verwertung durch den Insolvenzverwalter ersatzlos erlösche und dieser auf die Geltendmachung einer Masseforderung aus §§ 170 I 2, 55 I Nr. 1 InsO beschränkt sei, wird allerdings nur vereinzelt vertreten.<sup>7</sup> Vorherrschend wird demgegenüber eine dingliche Surrogation zugunsten des Absonderungsberechtigten angenommen<sup>8</sup> bzw. – wohl in übereinstimmendem Sinn, teils auch kumulativ – davon gesprochen, dass sich das Absonderungsrecht nunmehr „am Erlös fortsetze“.<sup>9</sup> Vielfach postuliert man für diesen Fall aber auch das Entstehen eines Ersatzabsonderungsrechts, gewissermaßen als Spezialfall des in einer Analogie zu § 48 InsO verorteten allgemeinen Ersatzabsonderungsrechts.<sup>10</sup> Wieder andere verfechten ein übereinstimmendes Ergebnis unter der abweichenden Bezeichnung einer „haftungsrechtlichen Surrogation“<sup>11</sup> oder sprechen sich zwar gegen die Annahme eines Ersatzabsonderungsrechts aus, billigen dem Anspruch des Sicherungsnehmers auf Erlösauskehr im massearmen Insolvenzverfahren aber gleichwohl einen Rang vor den Masseschulden zu.<sup>12</sup>

Der Bundesgerichtshof hat hierzu die Ansicht vertreten, das Gesetz begründe in § 170 I 2 InsO nicht lediglich eine Masseverbindlichkeit nach § 55 I Nr. 1 InsO; vielmehr setze sich das Absonderungsrecht am Erlös fort, soweit sich dieser noch unterscheidbar in der Masse befinde.<sup>13</sup> Auch bei Massearmut könne der Sicherungsnehmer folglich „Herausgabe des Erlöses“ bis zur Höhe der gesicherten Forderung verlangen.<sup>14</sup> Eine Begründung hierfür lässt sich am ehesten noch einer

<sup>7</sup> Smid/Leonhardt/Zeuner/Smid (Fn. 6), § 170 Rn. 7; Gundlach/Frenzel/Schmidt, ZInsO 2001, 537, 538; Scherer, KTS 2002, 197, 201; explizit von rein „schuldrechtlicher Surrogation“ spricht auch Kübler/Prütting/Bork/Flöther (Fn. 6), § 170 Rn. 4 (wohl im Widerspruch zu Rn. 8 [Absonderungsrecht „setzt sich am Erlös fort“]).

<sup>8</sup> BerlKInsO/Breutigam, InsO, Stand 2014, § 170 Rn. 8; HKInsO/Landfermann (Fn. 6), § 170 Rn. 9; HambKInsO/Büchler (Fn. 6), § 170 Rn. 6; Jaeger/Henckel (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 55; MüKoInsO/Tetzlaff (Fn. 6), § 170 Rn. 38; K.Schmidt/Sinz (Fn. 6), § 170 Rn. 22; Uhlenbruck/Brinkmann (Fn. 6), §§ 170, 171 Rn. 9; Bork, Insolvenzrecht, 7. Aufl. 2014, Rn. 303 Fn. 37; Foerste, Insolvenzrecht, 5. Aufl. 2010, Rn. 392; Berger, KTS 2007, 433, 443 f.; ausf. Harder, Insolvenzzurrogation, 2002, Rn. 220 ff., 239 ff., 273 ff., 343, 363 ff., 408 ff., 422; ders., KTS 2001, 97, 108 ff., 113 f.

<sup>9</sup> LG Darmstadt ZIP 2005, 456, 457; FKInsO/Wimmer (Fn. 6), §§ 170, 171 Rn. 6e; Gottwald/Gottwald/Adolphsen, Insolvenzzurrogation, 4. Aufl. 2010, § 42 Rn. 56; Jaeger/Henckel (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 48, 55, § 50 Rn. 7, 50; Uhlenbruck/Brinkmann (Fn. 6), § 50 Rn. 23, §§ 170, 171 Rn. 9; HambKInsO/Büchler (Fn. 6), § 170 Rn. 6; HKInsO/Lohmann (Fn. 6), § 51 Rn. 12; HKInsO/Landfermann (Fn. 6), § 170 Rn. 9; MüKoInsO/Tetzlaff (Fn. 6), § 170 Rn. 38; K.Schmidt/Sinz (Fn. 6), § 170 Rn. 22; Berger, KTS 2007, 433, 443 f.; S. Schmidt, ZInsO 2005, 422; D. G. Weber, Vermögensrechtlich und haftungsrechtlich veranlasste Surrogation im Insolvenzverfahren, 2003, S. 118; Foerste (Fn. 8), Rn. 392.

<sup>10</sup> So insbes. MüKoInsO/Ganter (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 67a, § 50 Rn. 100; ders., NZI 2005, 1, 2 f., 8 u. NZI 2008, 583, 587 f.; Ganter/Bitter, ZIP 2005, 93, 98; s. ferner Nerlich/Römermann/Becker, InsO, Stand 25. Lfg. 2013, § 166 Rn. 25, § 170 Rn. 15; Ries, ZInsO 2007, 62, 64 Fn. 22; Schlegel, NZI 2003, 17, 19; vgl. auch Häsemeyer, Insolvenzrecht, 4. Aufl. 2007, Rn. 18.69 (im Gegensatz zu Rn. 18.70b).

<sup>11</sup> Häsemeyer (Fn. 10), Rn. 18.10, 18.69, 18.70b (allerdings in einem Atemzug mit der Ersatzabsonderung bzw. § 48 InsO); s. auch Weber (Fn. 9), S. 118.

<sup>12</sup> Mitlehner, Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, 3. Aufl. 2011, Rn. 602 f.

<sup>13</sup> BGHZ 170, 196 = ZIP 2007, 191 Rn. 19; BGH ZIP 2009, 228 Rn. 18; BGHZ 184, 101 = ZIP 2010, 739 Rn. 38; BGH ZIP 2010, 791 Rn. 8; BGHZ 189, 1 = ZIP 2011, 773 Rn. 15; vgl. zur KO bereits BGH WM 1995, 1368, 1374 (insoweit nicht in BGHZ 130, 38 abgedruckt); BGH ZIP 1998, 247, 248; BGH NZI 2001, 548, 549.

<sup>14</sup> BGHZ 184, 101 = ZIP 2010, 739 Rn. 38, unter Hinweis auf Ganter/Bitter, ZIP 2005, 93, 98; Ganter, NZI 2008, 583, 587; HKInsO/Landfermann (Fn. 6), § 170 Rn. 9.

jüngeren Entscheidung<sup>15</sup> zu den Rechtsfolgen der Einziehung einer sicherungsabgetretenen Forderung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter entnehmen<sup>16</sup>; dort heißt es, der Erlös werde „nicht Teil der Masse“, woraus der Senat das Entstehen eines „Ersatzabsonderungsrechts“ entsprechend § 170 I 2 InsO<sup>17</sup> ableitet<sup>17</sup>. Eine weitere aktuelle Entscheidung spricht dagegen explizit wieder von „dinglicher Surrogation analog § 1247 S. 2 BGB“, <sup>18</sup> eine dritte lässt die Entscheidung offen, da die Rechtsstellung des Ersatzabsonderungsberechtigten „einer dinglichen Surrogation gleichkomme“.<sup>19</sup>

## 2. Surrogatsrechte der Absonderungsberechtigten aufgrund Verwaltungssurrogation

Die Beantwortung der gestellten Frage könnte sich unter einem naheliegenden Aspekt als einfach erweisen – sie wäre es dann, wenn als Folge der Veräußerung der mit Sicherungsrechten belasteten Massegegenstände ohnehin eine dingliche Surrogation zugunsten der Insolvenzmasse eintreten und diese dann aus konstruktiven Gründen gleichsam automatisch und denknotwendig zugleich für eine Surrogation zugunsten der Absonderungsberechtigten sorgen würde.

### a) Verwaltungssurrogation

Das Rechtsinstitut der dinglichen Surrogation<sup>20</sup> ist im geltenden Zivilrecht nicht in Gestalt einer allgemeinen Regelung ausgeformt, sondern nur für einzelne Anwendungsfälle rudimentär geregelt; ursprünglich hatte man von dinglichen Surrogationsvorschriften im BGB sogar ganz absehen wollen, da solche Vorschriften „mit wichtigen für den Verkehr mit Sachen aufgestellten Grundsätzen im Widerspruch stehen“ würden.<sup>21</sup> Dementsprechend lassen sich auch die im weiteren Gesetzgebungsverfahren anerkannten Surrogationsvorschriften des BGB<sup>22</sup> nicht eigentlich als Ausdruck eines allgemeinen Surrogationsprinzips verstehen, sondern lediglich als lose wertungsmäßig verbundene, fragmentarische Sonderregelungen.<sup>23</sup> Einer vorsichtigen Analogiebildung sind aber anerkanntermaßen auch diese zugänglich,<sup>24</sup> und so darf

<sup>15</sup> BGHZ 184, 101 = ZIP 2010, 739 Rn. 38 ff.

<sup>16</sup> Die Gleichstellung ergibt sich aus der Aussage des IX. Senats (Rn.15) in Rn. 40, der Erlös, den bereits der vorläufige Insolvenzverwalter eingenommen und verwahrt und den der Insolvenzverwalter mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens übernommen habe, sei ebenso zu behandeln wie der Erlös, den der Verwalter selbst aus der Verwertung von sicherungsabgetretenen Forderungen erzielt habe; krit. hierzu *Mitlehner*, ZIP 2010, 1934, 1935 ff.

<sup>17</sup> BGH (Rn.15), Rn. 41, unter Hinweis auf *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 98.

<sup>18</sup> BGHZ 189, 1 = ZIP 2011, 773 Rn. 15; s. auch BGH ZIP 2010, 791 Rn. 8.

<sup>19</sup> BGH ZIP 2008, 1638 Rn. 10 (unter Hinweis auf *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 99 li. Sp. unten, die allerdings nur davon gesprochen hatten, die Rechtsfolgen seien „weitgehend“ identisch).

<sup>20</sup> Vgl. dazu *Harder* (Fn. 8), S. 1 ff.; *Neuhaus*, Das Surrogationsprinzip im Bürgerlichen Gesetzbuch, 1934, S. 3 f., 6 ff.; *Strauch*, Mehrheitlicher Rechtsersatz, 1972, S. 17 ff., 149 ff.; *Weber* (Fn. 9), S. 6 ff.; *Coester-Waltjen*, Jura 1996, 24 ff.; *Wolf*, JuS 1975, 643 ff.

<sup>21</sup> Motive V, 584, zu § 281 E I.

<sup>22</sup> Eine umfassende Auflistung von Surrogationsvorschriften findet sich bei *Strauch*, Mehrheitlicher Rechtsersatz, Ein Beitrag zur „dinglichen Surrogation“ im Privatrecht, 1974, S. 25 ff.

<sup>23</sup> Vgl. etwa BGHZ 30, 149, 152; *Coester-Waltjen*, Jura 1996, 24, 25; *Harder* (Fn. 8), Rn. 7; *Neuhaus* (Fn. 20), S. 75 f.; *Wolf*, JuS 1975, 643, 645 f.; a. A. *Strauch* (Fn. 20), S. 96 ff., 90 ff., 180 ff., 189 ff., 209, 217 f.

<sup>24</sup> Vgl. RGZ 94, 305, 308; RGZ 138, 132, 134; *Harder* (Fn. 8), Rn. 8; *Weber* (Fn. 9), S. 28 f.; *Coester-Waltjen*, Jura 1996, 24, 26 ff.; *Wolf*, JuS 1975, 643, 646.

heute, was das massebezogene Handeln des Insolvenzverwalters angeht, eine „Verwaltungssurrogation“ analog zu den gleichfalls ein Liquidationsvermögen betreffenden §§ 1473 I, 2041 S. 1 BGB wohl als unstreitig gelten;<sup>25</sup> hierfür wird lediglich der objektive Bezug zur Masse vorausgesetzt sowie der Wille des Verwalters, für die Masse zu erwerben, nicht aber dessen Erkennbarkeit nach außen (die auf der Grundlage der Amtstheorie für massebezogenes Verwalterhandeln ja auch nicht erforderlich ist).<sup>26</sup> Diese Verwaltungssurrogation hat die Aufgabe zu gewährleisten, dass die Gegenleistung auch dann in die Insolvenzmasse fällt, wenn der Verwalter sich bei der Masseverwertung nicht als solcher zu erkennen gibt oder wenn ein mehrere Verfahren betreuender Verwalter versehentlich für die falsche Masse auftritt.<sup>27</sup>

b) Pfandrechtssurrogation als notwendiges Korrelat der Verwaltungssurrogation?

Nimmt man also eine dingliche Verwaltungssurrogation an, so fragt sich, ob damit nicht bereits die Antwort auf die einleitend gestellte Frage gefunden ist. Dies hängt davon ab, wie die Rechtsfolgen der Verwaltungssurrogation im Einzelnen ausgestaltet sind: Findet sie gerade insoweit statt, wie dies erforderlich ist, um den Rechtserwerb „der Insolvenzmasse“ (hier und im Folgenden immer verstanden als Rechtserwerb des Schuldners in Verbindung mit den aus dem Insolvenzbeschluss folgenden Befugnissen des Verwalters) zu gewährleisten, oder bedeutet ihr Stattfinden, dass sich auch alle anderen dinglichen oder möglicherweise sogar schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen an dem Ersatzgegenstand fortsetzen? Äußerungen hierzu sind, soweit ersichtlich, in der Rechtsprechung und im insolvenzrechtlichen Schrifttum kaum zu finden,<sup>28</sup> aber auch in den einschlägigen allgemein-zivilrechtlichen Stellungnahmen ist diese Frage – angesichts der mangelnden gesetzlichen Ausformung der dinglichen Surrogation nicht überraschend, aber doch bemerkenswert – unklar: Man findet genauso oft eine Definition des Begriffs der dinglichen Surrogation, die alleine auf den ipso iure sich vollziehenden Eintritt eines Gegenstandes in ein Vermögen durch das Ausscheiden eines anderen Gegenstandes aus diesem Vermögen abstellt,<sup>29</sup> wie andererseits Erklärungen im Umlauf

<sup>25</sup> BGHZ 27, 360, 366; zur InsO vgl. (im Anschluss an die Gesetzesbegründung zu § 42 RegE-InsO = § 35 InsO, BT-Dr. 12/2443, S. 122) etwa Kübler/Prütting/Bork/Lüke (Fn. 6), § 80 Rn. 86; Jaeger/Henckel (Fn. 6), § 35 Rn. 105; Jaeger/Windel (Fn. 6), § 80 Rn. 48; MüKoInsO/Peters (Fn. 6), § 35 Rn. 55; Nerlich/Römermann/Andres (Fn. 10), § 35 Rn. 2; Smid/Leonhardt/Zeuner/Smid (Fn. 6), § 80 Rn. 40; Uhlenbruck/Hirte (Fn. 6), § 35 Rn. 123; Bork (Fn. 8), Rn. 144, Fn. 10; Foerste (Fn. 8), Rn. 150; Häsemeyer (Fn. 10), Rn. 9.28; Ganter, NZI 2008, 583, 584; ausführlich zum Ganzen Harder (Fn. 8), Rn. 15 ff., 47 ff., 53, 92 ff., 173 ff., 216 ff.; Weber (Fn. 9), S. 41 ff.; krit. Jacoby, Das private Amt, 2007, S. 64 ff., 296.

<sup>26</sup> Kübler/Prütting/Bork/Lüke (Fn. 6), § 80 Rn. 86; Smid/Leonhardt/Zeuner/Smid (Fn. 6), § 80 Rn. 46; Häsemeyer (Fn. 10), Rn. 9.28.

<sup>27</sup> Vgl. Weber (Fn. 9), S. 30.

<sup>28</sup> S. zum Folgenden aber die (auf eine andere Fallkonstellation gemünzte) Argumentation bei Harder (Fn. 8), Rn. 314 ff.

<sup>29</sup> BGHZ 109, 214, 217; Lange/Kuchinke, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 41 I 1; Wolf/Neuner, BGB Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2012, § 21 Rn. 47; Wolf, JuS 1975, 643, 645; so im Ausgangspunkt auch Harder (Fn. 8), Rn. 220 ff., 275 ff. (hier nicht explizit, sondern indem er die Rechtsgrundlagen einer Surrogation zugunsten der Absonderungsberechtigten selbständig untersucht), 314 ff. (explizit für die rechtswidrigen Veräußerungen).

sind, die ohne weiteres von einem Eintritt in *alle* Rechtsbeziehungen des ersetzten Gegenstandes sprechen.<sup>30</sup>

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass der im Insolvenzverfahren eintretenden Verwaltungssurrogation eine gewisse „Mehrpoligkeit“ geradezu immanent ist:<sup>31</sup> Vermögensrechtlich bedeutet die Surrogation den Eigentumserwerb des Schuldners, also des Rechtsträgers der Insolvenzmasse, an dem Ersatzgegenstand; insofern dient die bestandserhaltende Verwaltungssurrogation also dem Rechtsträger der betreffenden Vermögensmasse. Zugleich wird auch für den Ersatzgegenstand – wie schon bei den originären Bestandteilen der Insolvenzmasse – diese Vermögenszuordnung überlagert von den haftungsrechtlichen Befugnissen des Insolvenzverwalters, dem „Insolvenzbeschlagn“; insofern kommt die Surrogation also den Gläubigern zugute, denen sie das Haftungssubstrat erhalten soll. Die Verwaltungssurrogation vereint also zumindest eine vermögensrechtliche mit einer „haftungsrechtlichen“ Komponente; dies ist gerade sinnfälliger Ausdruck des besonderen Zwecks der Verwaltungssurrogation, den Bestand der Insolvenzmasse im Gläubigerinteresse auch ohne ein stets eindeutig der Masse zuzuordnendes Handeln des Insolvenzverwalters zu erhalten.

Festzuhalten ist aber auch, dass sich diese „haftungsrechtliche“ Komponente der Verwaltungssurrogation natürlich auf diejenigen Gläubiger bezieht, denen eben nur das allgemeine Haftungsrecht am Schuldnervermögen zusteht, während eine Surrogation zugunsten der mit privilegierten Haftungsrechten an einzelnen Vermögensgegenständen ausgestatteten Absonderungsberechtigten die verbleibende Haftungsmasse schmälern und die Gläubigergesamtheit gerade schädigen würde. Die Frage ist deshalb dahin zu formulieren, ob eine Surrogationsregel, die ihre Legitimation aus der genannten Bestandserhaltungsaufgabe zugunsten der Gläubigergesamtheit zieht, aus Gründen der Konstruktion stets zugleich allen anderen dingliche Surrogatsrechte beschere muss, die an der Ursprungssache berechtigt waren, ob also m.a.W. der „Verwaltungssurrogation“ als notwendiges Korrelat stets eine „Pfandrechtssurrogation“<sup>32</sup> zugunsten der Inhaber dinglicher Belastungen einhergeht.

Letztlich wird damit die Frage gestellt, ob die Rechtsfolgen der „dinglichen Surrogation“, des „Rechtsersatzes“ (*Strauch*) rein begrifflich-konstruktiv oder eher teleologisch zu handhaben sind: Begrifflich scheint die Ersetzung einer Sache durch eine andere nur „ganz oder gar nicht“ von statten gehen zu können, d.h. der Surrogatserwerb der Masse bedingt so gesehen notwendigerweise einen gleichzeitigen Surrogatserwerb der Inhaber dinglicher Belastungen. Teleologisch wird man einen derartigen, für sich genommen nicht bzw. noch nicht legitimierten „windfall profit“ der Inhaber dinglicher Belastungen dagegen kaum billigen

<sup>30</sup> RGZ 75, 313, 316; RGZ 88, 300, 303 f.; RGZ 101, 117, 120; RGZ 123, 338, 339; RGZ 127, 350, 354 f.; BGH WM 1957, 979 f.; BGHZ 25, 382, 384; BGHZ 60, 226, 228; BGHZ 193, 144 Rn. 11 (am Versteigerungserlös „setzen sich die erloschenen Rechte und früheren Rechtsbeziehungen fort“); ähnlich BGH NJW 1981, 1505, 1506 (am Erlös „setzt sich die an der Sache bestehende Rechtslage fort“).

<sup>31</sup> Vgl. *Weber* (Fn. 9), S. 11 f., die insofern von „haftungsrechtlich veranlasster Surrogation“ spricht.

<sup>32</sup> Begriff nach *Harder* (Fn. 8), Rn. 273, 323 u. öfter.

können: Teleologischer Rechtsanwendung entspricht es allein, die dingliche Surrogation einer solchen überschießenden Tendenz zu entkleiden und nur denjenigen Berechtigten zugute kommen zu lassen, denen dieser Effekt auch gebührt.

Die Frage aufzuwerfen, kann also nur bedeuten, sie zu verneinen: Eine rein begriffliche Herleitung von Surrogationswirkungen kann es heute nicht mehr geben. Dies bedeutet aber, dass eine zugunsten der Absonderungsberechtigten wirkende dingliche „Pfandrechtssurrogation“ nicht schon aus dem Stattfinden von Verwaltungssurrogation abgeleitet werden darf, sondern eigenständiger Begründung bedarf.

### 3. Haftungsrechtliche Surrogation zugunsten der Absonderungsberechtigten

Zu erwägen ist freilich weiter, ob die Konstruktion einer dinglichen Surrogation deswegen entbehrlich ist, weil schon die Feststellung des Stattfindens einer „haftungsrechtlichen Surrogation“ das Erforderliche leistet. Dieser Begriff wird, wie gesehen, teilweise zur Kennzeichnung der Rechtslage am Erlös in den Fällen des § 170 I 2 InsO verwendet,<sup>33</sup> sehr häufig darüber hinaus zur systematischen Einordnung der Ersatzaus- und -absonderung<sup>34</sup> oder auch als Chiffre für eine dingliche Rechtswirkung eigener Art, die zwischen schuldrechtlichem Anspruch und echter dinglicher Zuordnung angesiedelt ist.<sup>35</sup>

Mit dieser Überlegung betritt man freilich ein „weites Feld“, ist doch die dogmatische Kategorie der haftungsrechtlichen Surrogation als relativ junge Neuschöpfung weder in ihrer Leistungsfähigkeit hinreichend erprobt noch in Gestalt eines allgemeinen Konsenses über die damit zu verbindenden Rechtswirkungen hinreichend ausgeformt. Im vorliegenden Zusammenhang ist dazu indessen nur insoweit Position zu beziehen, als festzustellen ist, dass die Kategorisierung als „haftungsrechtliche Surrogation“ richtigerweise jedenfalls nicht herangezogen werden kann, um eine weitere Begründung für die Haftungsriorität der Absonderungsberechtigten hinsichtlich des Erlöses entbehrlich zu machen.

Eine „haftungsrechtliche“ Betrachtungsweise dient speziell im insolvenzrechtlichen Kontext zunächst dazu, die durch die Belange der Haftungsverwirklichung determinierten Sinnbezüge zu identifizieren; ist dies geschehen, kann die so gewonnene Erkenntnis dann als weiteres Auslegungshilfsmittel und Wertungstopos bei der Lösung von Konfliktlagen herangezogen werden, je nach Fragestellung einmal mit limitierender oder auch mit extensivierender oder verstärkender Tendenz. Dagegen stellt die haftungsrechtliche Betrachtungsweise (wie sie außer in der „haftungsrechtlichen Surrogation“ auch noch in den Erscheinungsformen „haftungsrechtliche Zuordnung“ und „haftungsrechtliche Unwirksamkeit“ existiert) keine methodische Wunderwaffe dar, mit der sich nach Belieben Ergebnisse

<sup>33</sup> S. oben sub II. 1.

<sup>34</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (Fn. 6), § 48 Rn. 7; Kübler/Prütting/Bork/Prütting (Fn. 6), § 48 Rn. 4 f., 17; MüKollnsO/Ganter (Fn. 6), § 48 Rn. 5, 10, 11, 11a; Uhlenbruck/Brinkmann (Fn. 6), § 48 Rn. 1, 6, 21; K. Schmidt/Thole (Fn. 6), § 48 Rn. 1 f.; Ganter, NZI 2005, 1, 2 ff., u. NZI 2008, 583, 584 ff.; Ganter/Bitter, ZIP 2005, 93, 96.

<sup>35</sup> Vgl. Brinkmann, Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen, 2011, S. 247, 260 ff.; Ganter, NZI 2008, 583, 584.

jenseits der herkömmlichen Dogmatik begründen ließen.<sup>36</sup> Dass sich etwa in der Ersatzaus- und -absonderung eine haftungsrechtliche Surrogation verwirkliche,<sup>37</sup> ist zwar zutreffend, aber nicht der ausschlaggebende Gesichtspunkt, um die Frage zu beantworten, ob den durch § 48 InsO erfassten Ansprüchen gegen den Insolvenzverwalter überhaupt unbedingte Haftungsriorität zukommt; dies ergibt sich vielmehr aus einer herkömmlichen Interpretation des § 48 InsO.

Insofern kann man zunächst zwar feststellen, dass es sich bei dem in § 170 I 2 InsO angesprochenen Recht des Absonderungsberechtigten auf Befriedigung aus dem Verwertungserlös selbstverständlich um das „haftungsrechtliche Surrogat“ des ursprünglichen Sicherungsguts handelt; es tritt in der Haftungsabwicklung funktionell an die Stelle des untergegangenen Sicherungsrechts, wie auch der Erlös funktionell die Position des Sicherungsguts einnimmt. Diese Feststellung ist nicht banal und auch nicht unnütz: Sie hilft zu begründen, dass der Insolvenzverwalter überhaupt berechtigt ist, den Absonderungsberechtigten mit Vorrang vor den gewöhnlichen Insolvenzgläubigern aus dem Erlös zu bedienen. Es hieße aber, diese vorwiegend systematische Erkenntnis zu überfrachten, wollte man darin zugleich die Feststellung enthalten sehen, die Rechtsposition aus § 170 I 2 InsO müsse per se die gleiche unbedingte Haftungsriorität genießen wie das untergegangene Sicherungsrecht. Dies ist vielmehr nur dann der Fall, wenn sich eine solche quasi-dingliche Haftungsriorität aus einer entsprechenden Anwendung des § 48 InsO (sogleich sub 4.) oder aus einer dinglichen Surrogation (sogleich sub 5.) herleiten lässt; dann mag man das Ergebnis auch mit Fug als „haftungsrechtlich-dingliche Surrogation“ beschreiben.

#### 4. Entsprechende Anwendung von § 48 InsO

Zu untersuchen ist sodann, ob hier eine entsprechende Anwendung von § 48 InsO weiterhelfen kann.<sup>38</sup> Dazu ist zunächst wiederum festzustellen, dass es nicht ausreichen kann, die Rechtsfolge des § 170 I 2 InsO als „Anwendungsfall“ oder „Spezialfall“ einer Ersatzabsonderung zu identifizieren: Wenn feststünde, dass diesem Anspruch eine ähnlich weitgehende Haftungsriorität zukommt wie man dies für die Fälle der eigentlichen Ersatzaus- und -absonderung annimmt, läge es in der Tat nahe, diese Fallgestaltung der gleichen systematischen Kategorie zuzuordnen. Dazu, diese „quasi-dingliche“ Haftungsriorität überhaupt erst zu begründen, taugt eine solche Beschreibung aber nicht.

Der Ansatz, den Absonderungsberechtigten durch eine entsprechende Anwendung der Regeln über die Ersatzabsonderung – die ihrerseits herkömmlich in einer entsprechenden Anwendung von § 48 InsO gesehen werden, so dass man genaugenommen am Ende zu einer doppelt analogen Anwendung von § 48 InsO gelangt – zu schützen, wird häufig als weitgehend gleichwertige und austauschbare

<sup>36</sup> Dies ist ein Missverständnis, das der „haftungsrechtlich“ argumentierenden h.M. für meine Begriffe auch bei der Zuerkennung von Haftungsriorität für den anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch (= Aussonderungskraft in der Insolvenz des Anfechtungsgegners) unterläuft, vgl. BGHZ 156, 350, 358 ff. m. krit. Bespr. Eckardt, KTS 2005, 15, 25 ff. Wie hier speziell zum Surrogationsbegriff auch Ganter, NZI 2008, 583.

<sup>37</sup> S.o. Fn. 34.

<sup>38</sup> Nachw. zu diesem Vorschlag s.o. sub II. 1.

Alternative zur Annahme einer dinglichen Surrogation gesehen.<sup>39</sup> Darin ist in der Tat richtig, dass beide Lösungsalternativen leisten würden, worauf es in der gegebenen Situation primär ankommt, nämlich die unbedingte Haftungsriorität, also die Nichteinbeziehung in die *par condicio creditorum* und den Vorrang sogar vor den Masseverbindlichkeiten (mit der weiteren Folge, dass auch der Eintritt der Massearmut das Befriedigungsrecht aus dem unterscheidbar vorhandenen Erlös nicht beeinträchtigen könnte).

Schaut man genauer hin, wird aber deutlich, dass sich beides keineswegs über einen Kamm scheren lässt (was zugleich Konsequenzen für die zu treffende Auswahlentscheidung zwischen beiden Optionen mit sich bringt). Erschwert wird dieser genaue Blick freilich dadurch, dass die Rechtsfolgen der Ersatzabsonderung „analog § 48 InsO“ ihrerseits bis heute in bemerkenswertem Maße ungeklärt sind: Während zumeist pauschal erklärt wird, die Rechtsfolgen des § 48 InsO seien eben entsprechend anwendbar,<sup>40</sup> findet sich z.T. die an den Wortlaut des (nicht Gesetz gewordenen) § 60 RegE-InsO angelehnte Aussage, der Berechtigte könne nunmehr aus dem Gegenleistungsanspruch bzw. aus dem unterscheidbar vorhandenen Erlös „abgesonderte Befriedigung verlangen“,<sup>41</sup> aber auch die – von anderen wieder heftig abgelehnte<sup>42</sup> – Aussage, es handele sich um eine haftungsrechtliche Surrogation (mit dinglicher Wirkung)<sup>43</sup> oder gleich um dingliche Surrogation im eigentlichen Sinne;<sup>44</sup> wieder andere versuchen eine Modifikation der Rechtsfolgen des § 48 InsO und eine Anpassung an die Besonderheiten des jeweiligen Absonderungsrechts.<sup>45</sup>

Die Frage kann und muss hier wiederum nicht abschließend geklärt werden. Wenn die Anerkennung der Ersatzabsonderung methodisch noch etwas mit einer analogen Anwendung von § 48 InsO zu tun haben soll – wofür sich im Anschluss an den Rechtsausschuss des Bundestags im Ansatz ja die ganz h.M. ausspricht<sup>46</sup> –, so kann das richtigerweise nur bedeuten, die nach allgemeinem bürgerlichen Recht wegen der Verfügung über das Absonderungsgut gegebenen Ansprüche auf Abtretung des Anspruchs auf die Gegenleistung bzw. auf Übertragung der Gegenleistung

<sup>39</sup> Vgl. nur BGH ZIP 2008, 1638 Rn. 10 mit der Aussage, dass die Rechtsstellung des (Ersatz-) Absonderungsberechtigten „einer dinglichen Surrogation gleichkommt“ (unter Hinweis auf *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 99 li. Sp. unten, die allerdings nur davon gesprochen hatten, die Rechtsfolgen seien „weitgehend“ identisch).

<sup>40</sup> Vgl. – in Anlehnung an die Formulierung des BT-Rechtsausschusses zur Streichung von § 60 RegE-InsO (BT-Dr. 12/7302, S. 160) – z. B. BGH ZIP 2006, 959 Rn. 21; BGH ZIP 2006, 1641 Rn. 12; BGHZ 184, 101 = ZIP 2010, 739 Rn. 8; *Gottwald/Gottwald/Adolphsen* (Fn. 9), § 42 Rn. 213 f.; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, DZWIR 2001, 140, 143; *dies.*, DZWIR 2001, 441, 445; *dies.*, ZInsO 2001, 537, 538; so unausgesprochen wohl auch *A/G/R/Hohmann* (Fn. 6), § 48 Rn. 20 ff.; *FKInsO/Imberger* (Fn. 6), § 48 Rn. 26 ff.; *HambKInsO/Büchler* (Fn. 6), § 48 Rn. 30 ff.; *Jaeger/Henckel* (Fn. 6), § 48 Rn. 61 ff.; *Kübler/Prütting/Bork/Prütting* (Fn. 6), § 48 Rn. 26 f.; *K.Schmidt/Thole* (Fn. 6), § 48 Rn. 25; *Uhlenbruck/Brinkmann* (Fn. 6), § 48 Rn. 30 ff.

<sup>41</sup> Z. B. *Braun/Bäuerle* (Fn. 6), § 48 Rn. 39; wohl auch *Ganter*, NZI 2005, 1, 8.

<sup>42</sup> *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, DZWIR 2001, 441, 445.

<sup>43</sup> So z. B. *Häsemeyer* (Fn. 10), Rn. 18.70b; s. ferner *Brinkmann* (Fn. 35), S. 261 f.

<sup>44</sup> Hierfür insbes. *Harder*, KTS 2001, 97, 113 f.

<sup>45</sup> Vgl. *MüKoInsO/Ganter* (Fn. 6), Vor §§ 49 – 52 Rn. 175; s. auch *HKInsO/Lohmann* (Fn. 6), § 48 Rn. 20.

<sup>46</sup> S. oben Fn. 40.

ebenso wie bei der Ersatzabsonderung im Sinne einer quasi-dinglichen Haftungs-priorität zu verstärken, sie aber zugleich als gleichsam absonderungsrechtliches Element auf den zur Befriedigung des Sicherungsinteresses des Gläubigers erforderlichen Umfang zu beschneiden. So verstanden, stellt die Ersatzabsonderung im Verhältnis zu dem in § 170 I 2 InsO angesprochenen Recht auf Befriedigung aus dem Verwertungserlös aber ein Aliud dar und keine tragfähige systematische Parallele: Die Rechtsfolgen des § 48 InsO sind, ob mit oder ohne Integration des „absonderungsrechtlichen Elements“, darauf gerichtet, die betroffenen Gegenstände in die Herrschaft des Berechtigten zu überführen –, weil Ersatzaus- und -absonderung eine Verwertung voraussetzen, die durch den unberechtigten Eingriff in das Aus- bzw. Absonderungsrecht insgesamt den Stempel der Rechtswidrigkeit trägt,<sup>47</sup> ist § 48 InsO so ausgestaltet, dass die rechtswidrige Verwertung sofort abgebrochen werden muss; hat der Verwalter die Sache zwar verkauft, den Erlös aber noch nicht eingezogen, ist die Einziehung nicht mehr seine Sache, sondern er muss den Gegenleistungsanspruch an den Berechtigten abtreten und diesem die Verwertung überlassen. Hinzu kommt, dass die analoge Anwendung von § 48 InsO wohl darauf hinauslaufen muss, den Erlös (ebenso wie einen Schritt vorher den Anspruch auf die Gegenleistung) ohne die im Fall des § 170 I 2 InsO abzuziehenden Kostenbeiträge verlangen zu können.<sup>48</sup> Beides hat in den Fällen, in denen die „Vereitelungshandlung“ (des Schuldners oder des vorläufigen bzw. endgültigen Verwalters) einen materiell rechtswidrigen Übergriff in eine fremde Rechtszuständigkeit darstellte, auch durchaus seinen guten Sinn, passt aber nicht zur Situation bei der rechtmäßigen Verwertung.<sup>49</sup>

Zur Rechtfertigung oder auch nur zur Erklärung und systematischen Einordnung der Regelung des § 170 I 2 InsO, durch die dem Absonderungsberechtigten gerade keinerlei Eingriffe in den Abwicklungsvorgang ermöglicht werden sollen, trägt die Ersatzabsonderung in ihrem herkömmlichen Verständnis daher nichts bei.<sup>50</sup> Insofern zeigt sich aber zugleich, dass auch die Beschränkung des Anwendungsbereichs der Ersatzaus- und -absonderung auf die rechtswidrigen Vereitelungshandlungen keine der Schließung durch Analogie zugängliche Lücke hinterlassen hat. Daher erscheint es überzeugender, unter den genannten alternativen Lösungsmöglichkeiten der Annahme einer dinglichen Surrogation den Vorzug zu geben (s. sogleich sub 5.). Ein Wertungswiderspruch liegt darin letztlich nicht: Prima facie ist die dingliche Surrogation zwar die „weitergehende“ Rechtsfolge im Vergleich zu § 48 InsO, der die Surrogate dinglich an sich der Insolvenzmasse

<sup>47</sup> Dazu, dass Ersatzaus- und -absonderung durch die Rechtswidrigkeit der Vereitelungshandlung gekennzeichnet sind, vgl. nur BGHZ 144, 192, 198; BGH ZIP 2004, 326, 328; BGH ZIP 2006, 959 Rn. 23; BGH ZIP 2006, 1009 Rn. 18.

<sup>48</sup> Dies erscheint zwingend, wird aber nur selten explizit angesprochen, vgl. etwa *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, DZWIR 2001, 140, 143 u. ZInsO 2001, 537, 538; unklar insoweit *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 98.

<sup>49</sup> A.A. insoweit *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 98 (re. Sp. unten), unter Hinweis darauf, auch die in Übereinstimmung mit § 166 InsO durchgeführte Verwertung des Insolvenzverwalters sei „materiell nicht gerechtfertigt“ – das ist an sich richtig, hat aber mit den im Text genannten spezifischen Rechtsfolgen des § 48 InsO nichts zu tun.

<sup>50</sup> Dies wäre anders, wenn man die Ersatzabsonderung – wie teilweise vorgeschlagen wird (vgl. Fn. 43 f.) – vom Modell des § 48 InsO lösen und unmittelbar als dingliche oder (dinglich-)haftungsrechtliche Surrogation erklären würde.

zuordnet und dem Berechtigten eben „nur“ insolvenzfeste Ansprüche auf Abtretung und Herausgabe gewährt; dies könnte die Frage aufwerfen, ob es angemessen ist, die dingliche Surrogation zwar bei berechtigter Verwertung zu gewähren, im Fall der unberechtigten Veräußerung als dem gravierenderen Eingriff dagegen zu verweigern.<sup>51</sup> Abgesehen davon, dass diese Verschiedenbehandlung nun einmal im Gesetz (d.h. den unterschiedlichen Rechtsfolgen von § 1247 S. 2 BGB einerseits, § 48 InsO andererseits) angelegt ist, ist die Einordnung von § 48 InsO als „minderer“ Rechtsfolge aber eben unberechtigt, da nach dieser Vorschrift eine gleichwertige dingliche Wirkung kombiniert wird mit der Möglichkeit, die Verwertung zu stoppen und die Surrogate sogleich herauszuverlangen.

Sprechen danach die besseren Gründe gegen die Analogie zur Ersatzabsonderung, so sollte dies – entgegen der Entwurfsbegründung zur nicht Gesetz gewordenen Ersatzabsonderungsvorschrift des § 60 RegE-InsO<sup>52</sup> – richtigerweise auch dann gelten, wenn die Verwertung durch den Verwalter zwar von einem Verwertungsrecht nach § 166 InsO gedeckt war, in der Durchführung aber verfahrensfehlerhaft erfolgte (z. B. aufgrund eines Verstoßes gegen § 168 InsO): Da die Verwertung durch den Verwalter hier „an sich“ rechtmäßig ist, sollte die Masse unbeschadet ihrer etwaigen Verpflichtung zum Schadensersatz (sofern ein Schaden entstanden ist) nicht durch den Übergang zur Ersatzabsonderung insbesondere die Kostenbeiträge einbüßen müssen;<sup>53</sup> auch die darin angelegte Störung der weiteren Abwicklung erscheint nicht sachgerecht, wenn die Verwertung einmal geschehen ist.

### 5. Dingliche Surrogation

Wie im vorhergehenden Abschnitt bereits angedeutet, bleibt daher zur Rechtfertigung einer dinglichen Vorzugsstellung des Absonderungsberechtigten am Verwertungserlös nur die Begründung über eine dingliche Surrogation.

Für den Fall der Verwertung besitzloser Mobiliarsicherheiten lässt sich die dingliche Surrogation aber auch überzeugend mit einer Analogie zur Rechtslage bei der Einzelzwangsvollstreckung<sup>54</sup> und mittelbar damit zu § 1247 S. 2 BGB rechtfertigen.<sup>55</sup> Der entscheidende Aspekt besteht insoweit darin, dass der Absonderungsberechtigte *gezwungen* ist, sich auf die Verwertung durch den Insolvenzverwalter einzulassen: Die Verwertung durch den Verwalter ist auch in den Fällen des § 166 InsO zwar nicht in dem Sinne zwingend vorgeschrieben, dass eine im

<sup>51</sup> Abl. aus diesem Grund MüKoInsO/*Ganter* (Fn. 6), Vor §§ 49 – 52 Rn. 169; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, DZWIR 2001, 441, 445.

<sup>52</sup> Sie hatte auch für diejenigen Fälle eine „unberechtigte“ (und deshalb zur Ersatzabsonderung führende) Veräußerung annehmen wollen, „in denen die Voraussetzungen für die Ausübung eines bestehenden Verwertungsrechtes nicht beachtet werden“, s. BT-Dr. 12/2443, S. 126.

<sup>53</sup> So auch – gegen z. B. *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, DZWIR 2001, 18 ff. – die h.M., vgl. HKInsO/*Landfermann* (Fn. 6), § 168 Rn. 6; HambKInsO/*Büchler* (Fn. 6), § 168 Rn. 11; MüKoInsO/*Tetzlaff* (Fn. 6), § 168 Rn. 23; Uhlenbruck/*Brinkmann* (Fn. 6) § 168 Rn. 2a; *Gottwald/Gottwald/Adolphsen* (Fn. 9), § 42 Rn. 175; *Harder* (Fn. 8), Rn. 302 ff.; *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 101 f.; *Ganter*, NZI 2005, 1, 8.

<sup>54</sup> Zu dieser s. oben sub I. m. Nachw. in Fn. 1, 3.

<sup>55</sup> Vgl. zum Folgenden insbesondere *Harder* (Fn. 8), Rn. 245 ff., 314 ff. (sub specie „Pfandrechtssurrogation“, mit abweichender Argumentation Rn. 363 ff. für Sicherungsübertragungen); ferner *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 99 ff. (mit allerdings gegenteiligem Ergebnis).

Konsens der Beteiligten vorgenommene Verwertung durch den Gläubiger ausgeschlossen wäre; § 170 II InsO zeigt im Gegenteil, dass dem nicht so ist. Im Grundsatz ist der Gläubiger der Verwertung durch den Insolvenzverwalter seit der Insolvenzrechtsreform aber ausgeliefert; ein Selbstverwertungsrecht besteht bei den besitzlosen Mobiliarsicherheiten in Abweichung von der Rechtslage nach der Konkursordnung heute nicht mehr. Dieser Aspekt sollte als *tertium comparationis* sowohl im Verhältnis zur Mobiliar- und Immobilierzwangsversteigerung als auch im Verhältnis zum Pfandverkauf nach dem BGB angesehen werden; denn auch dort steht die Selbstverwertung dem Gläubiger im Grundsatz eben nicht zur Wahl.<sup>56</sup> Aus dieser aufgezwungenen Verwertung durch Dritte wiederum resultiert ein besonderes Schutzbedürfnis – der Gläubiger hat zunächst keinen unmittelbaren Zugriff auf den Erlös –, dem mit der Anordnung der dinglichen Surrogation zumindest teilweise Rechnung getragen werden sollte. Denn die Übertragung der Verwertungsbefugnis auf Dritte (hier: auf den Insolvenzverwalter) dient der Optimierung der Haftungsabwicklung (hier: durch Erhalt des Unternehmensverbands) im Interesse aller Beteiligten; nicht aber soll die Sicherungskraft des Sicherungsguts beeinträchtigt und damit der an anderer Stelle getroffenen materiellen Grundentscheidung zugunsten der Insolvenzfestigkeit bestimmter Sicherheiten Abbruch getan werden. Diesem Zweck ist es daher angemessen, wenn man den mit der Übertragung der Verwertungsbefugnis verbundenen Eingriff in die Sicherungskraft so gering zu halten versucht wie eben möglich.

Die Schutzlücke, die durch die Einführung des Selbstverwertungsrechts in der InsO entstanden ist – nach früherem Recht beruhte die Verwertung durch den Verwalter ja entweder auf dem Konsens mit dem Schuldner (so dieser es selbst in der Hand hatte, für eine Sicherstellung seiner berechtigten Interessen zu sorgen) oder sie war rechtswidrig mit der Folge eines Ersatzabsonderungsrechts –, sollte folglich entsprechend der in Rechtsprechung und Literatur schon bisher überwiegenden Auffassung durch die Annahme dinglicher Surrogation geschlossen werden, die damit bei der Mobiliaverwertung durch den Insolvenzverwalter in einem doppelten Sinne stattfindet: zunächst als „Verwaltungssurrogation“ mit der Folge, dass sich die Rechtspositionen der Masse an dem Surrogat fortsetzen, und sodann als „Pfandrechtsurrogation“ zugunsten der Inhaber dinglicher Sicherungsrechte.<sup>57</sup> In einem weiteren Schritt kommt dann die spezifisch haftungsrechtliche Zweckbestimmung der Ersatzrechte zur Geltung und ermöglicht die systematische Einordnung des Vorgangs in den größeren Zusammenhang der „haftungsrechtlichen Surrogation“; (erst) hier trifft sich die dingliche Surrogation im Fall des § 170 I 2 InsO dann auch wieder mit der Ersatzabsonderung analog § 48 InsO.

<sup>56</sup> Vgl. zum Pfandverkauf nach BGB die Regelungen der §§ 1221, 1228 f., 1235, 383 III, 1246 BGB und dazu z. B. *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten, 8. Aufl. 2012, Rn. 573 ff.

<sup>57</sup> Welche Gestalt die „dingliche Surrogation“ annimmt, wenn das Sicherungsrecht nicht in einer Belastung wie etwa einem Pfandrecht bestand, sondern z. B. einem zu Sicherungszwecken übertragenen Vollrecht (insbesondere Sicherungsübereignung und –zession), kann hier nicht näher behandelt werden, vgl. dazu *Harder* (Fn. 8), Rn. 344 ff.; s. zur gleichfalls problematischen Ausgestaltung der „dinglichen Surrogation“ in der Immobiliervollstreckung *Bartels* (Fn. 1), S. 414 ff.

### III. Surrogation bei freihändiger Verwertung grundpfandrechtlich belasteter Immobilien

Veräußert der Insolvenzverwalter eine massezugehörige Immobilie, so stellt sich die angesprochene Frage nur dann, wenn die Veräußerung mit Zustimmung der Grundpfandgläubiger lastenfrei erfolgt, da anderenfalls die Belastung natürlich bestehen bleibt und gegen den Erwerber durchgesetzt werden kann.<sup>58</sup> Die Erteilung dieser Zustimmung kann zum einen gewissermaßen isoliert erfolgen, entsprechend der üblichen Vorgehensweise bei der Veräußerung einer belasteten Immobilie durch einen privaten Kreditnehmer. Im Insolvenzverfahren ist die Zustimmung allerdings heute meist eingebettet in eine „Verwertungsvereinbarung“ des Insolvenzverwalters mit dem oder den Grundpfandgläubigern;<sup>59</sup> sie kann sich hier ihrerseits auf die Veräußerung beschränken, aber auch verbunden sein mit Abreden über die Verwaltung der Immobilie in der bis zur Veräußerung verbleibenden Zeitspanne und die Verteilung der hierbei anfallenden Erträge und Kosten („kalte Zwangsverwaltung“).<sup>60</sup>

#### 1. Diskussionsstand

Zur einer solchen mit Zustimmung des Grundpfandgläubigers erfolgenden freihändigen Veräußerung heißt es nun verbreitet, hierin sei ebenfalls eine abgesonderte Befriedigung des Gläubigers zu sehen<sup>61</sup> mit der Folge, dass sich dessen Recht am Grundstück im Wege dinglicher Surrogation in einem Recht auf Befriedigung aus dem Erlös fortsetze;<sup>62</sup> die Befriedigung aus dem Erlös habe

<sup>58</sup> Dazu, dass in einem solchen Fall eine Surrogation natürlich ausscheidet, vgl. nur BGH ZIP 2010, 994 Rn. 11; BGH ZIP 2010, 791 Rn. 8, 13.

<sup>59</sup> Zu diesen vgl. etwa BGH ZIP 2011, 387 Rn. 15; MüKoInsO/*Ganter* (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 99a ff.; Nerlich/Römermann/*Becker* (Fn. 10), § 165 Rn. 18; Uhlenbruck/*Brinkmann* (Fn. 6), § 49 Rn. 30; *Hild/Paries*, in: Molitor/Hild, Immobilien in der Insolvenzrechtspraxis, 2014, Rn. 772 ff., 801 ff.; *Hawelka*, ZfIR 2010, 665, 669; *Mitlehner*, ZIP 2012, 649, 651 ff.

<sup>60</sup> Zu dieser vgl. etwa Jaeger/*Henckel* (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 48; MüKoInsO/*Ganter* (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 100 ff., § 49 Rn. 84; *Bork*, ZIP 2013, 2129, 2134; *Keller*, NZI 2013, 265, 267; *Molitor*, ZInsO 2011, 1486 ff. u. ZfIR 2013, 192 ff.; *ders.*, in: Molitor/Hild (Fn. 59), Rn. 599 ff.; s. auch BGH ZIP 2007, 35 Rn. 17; BGH ZIP 2008, 514 Rn. 13; BGH ZIP 2010, 145 Rn. 26; BFHE 235, 22 = ZIP 2011, 1923 Rn. 13, 35 f.

<sup>61</sup> Vgl. etwa RG JW 1938, 892 f.; BGHZ 47, 181, 183; BGH NJW 1977, 247, 248; BGH KTS 1981, 193, 195; zuletzt BGH ZIP 2008, 2276 Rn. 6; BGH ZIP 2010, 791 Rn. 8; Jaeger/*Henckel* (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 27, § 49 Rn. 33; Uhlenbruck/*Brinkmann* (Fn. 6), § 165 Rn. 4; *Eickmann*, ZfIR 2006, 273, 277; *Hawelka*, ZfIR 2010, 665, 666; a. A. MüKoInsO/*Ganter* (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 99b; *Mitlehner*, ZIP 2012, 649, 650, 651 f.

<sup>62</sup> BGH NJW 1977, 247, 248; BGH ZIP 2010, 791 Rn. 8 (etwas in Widerspruch zu Rn. 15, wo es heißt, soweit im Streitfall Grundpfandrechtsgläubiger auf den Kaufpreis zurückgreifen könnten, beruhe dies darauf, dass sie im Rahmen einer Verwertungsvereinbarung eine Löschungsbewilligung erteilt hätten und sich im Gegenzug eine Beteiligung an dem Verwertungserlös hätten versprechen lassen); ebenso in der Literatur etwa Graf-Schlicker/*Fuchs*, InsO, 3. Aufl. 2012, § 165 Rn. 23; Kübler/Prütting/*Bork/Flöther* (Fn. 6), § 165 Rn. 8 Fn. 26; Uhlenbruck/*Brinkmann* (Fn. 6), § 165 Rn. 4; *Bork*, Rn. 300; *Hawelka*, ZfIR 2010, 665, 666; *Smid*, DZWIR 2008, 501, 502; *Tetzlaff*, ZInsO 2004, 521, 522; a. A. *Mitlehner*, ZIP 2012, 649, 650, 651 f.; *Hild/Paries*, in: Molitor/Hild (Fn. 59), Rn. 780; für das Absonderungsrecht aus §§ 10 I Nr. 3 ZVG, 12 GrStG offen lassend BGH ZIP 2010, 994 Rn. 10, sowie BGHZ 198, 216 = ZIP 2013, 2122 Rn. 26 zum Absonderungsrecht aus § 10 I Nr. 2 ZVG, dem aber ohnehin gerade kein dingliches Recht zugrunde liegen soll.

deshalb nach den zwangsversteigerungsrechtlichen Regeln (§ 10 ZVG) zu erfolgen.<sup>63</sup> Ohne dass dies ausdrücklich ausgesprochen würde, dürfte hiermit die Vorstellung verbunden sein, dass sich in diesem Befriedigungsrecht zugleich die unbedingte Haftungspriorität des untergegangenen Absonderungsrechts fortsetzt.

Andere wollen den Veräußerungserlös demgegenüber im Fall einer einverständlichen lastenfreien Veräußerung uneingeschränkt der Insolvenzmasse zuordnen und sehen deshalb allein in der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarung eine Grundlage des Anspruchs des Grundpfandgläubiger auf Befriedigung aus dem Veräußerungserlös.<sup>64</sup> Damit geht – teils auch explizit – die Vorstellung einher, dass mit diesem Anspruch auf Teilhabe am Veräußerungserlös keinerlei besondere Haftungspriorität verbunden ist.<sup>65</sup>

## 2. Dingliche Surrogation?

Auf dieser Basis soll hier sogleich nach dem Stattfinden einer dinglichen „Pfandrechtsurrogation“<sup>66</sup> in Analogie zu dem für die Mobilienverwertung entwickelten gefragt werden. Wie gezeigt, sprechen bei den Mobiliarsicherheiten die besseren Gründe dafür, die Frage in Übereinstimmung mit der h.M. zu bejahen. Für die Grundstücksverwertung liegt es dagegen in der Konsequenz der obigen Überlegungen, die freihändige Verwertung von Immobilien – insofern entgegen der in Rechtsprechung und Literatur ganz überwiegenden Auffassung – gerade nicht zu einer dinglichen Surrogation führen zu lassen.

Gegen dingliche Surrogation spricht hier schon, dass man eine mit sachenrechtlichen Vorstellungen kaum vereinbare „Gesamtbetrachtung“ anstellen muss, um das Erlöschen des Grundpfandrechts überhaupt mit der Veräußerung in Verbindung zu bringen: Die Grundstücksveräußerung an den dritten Erwerber kann als solche bei einem eingetragenen Recht ja nie zu einem Untergang der Belastung führen. Es ist deshalb der rechtlich völlig separate, allenfalls durch entsprechende Handlungsanweisungen an den treuhänderisch agierenden Urkundsnotar mit der Veräußerung verknüpfte Vorgang der Löschung oder Rückübertragung des Grundpfandrechts, der den Gläubiger sein Recht verlieren lässt.<sup>67</sup>

Vor allem aber macht dieser nähere Blick auf den Vorgang der „lastenfreien Veräußerung“ des Grundstücks deutlich, dass der Rechtsverlust des Gläubigers hier gerade nicht auf den dem Insolvenzverwalter übertragenen spezifischen

<sup>63</sup> BGH NJW 1977, 247, 248; Braun/Bäuerle (Fn. 6), § 49 Rn. 22; Jaeger/Henckel (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 48, § 49 Rn. 33; Uhlenbruck/Brinkmann (Fn. 6), § 49 Rn. 30; Hild/Paries, in: Molitor/Hild (Fn. 59), Rn. 784 ff.; wohl auch Beck/Depré/Ringstmeier, Praxis der Insolvenz, 2. Aufl. 2010, § 15 Rn. 93; Frege/Keller, NZI 2009, 11, 13; einschränkend (vorbehaltlich abweichender vertraglicher Vereinbarung) HambKInsO/Büchler (Fn. 6), § 165 Rn. 12; MüKoInsO/Ganter (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 99b; MüKoInsO/Tetzlaff (Fn. 6), § 165 Rn. 180; Lwowski/Tetzlaff, WM 1999, 2336, 2337; v. Danckelmann, Aus- und Absonderung im deutschen Konkursrecht (2008), S. 281.

<sup>64</sup> Vgl. insbes. Mitlehner, ZIP 2012, 649, 652 f.; ferner MüKoInsO/Ganter (Fn. 6), Vor §§ 49 – 52 Rn. 99b; Nerlich/Römermann/Becker (Fn. 10), § 165 Rn. 18; Hild/Paries, in: Molitor/Hild (Fn. 59), Rn. 778 ff., 784 ff.

<sup>65</sup> So ausdrücklich MüKoInsO/Ganter (Fn. 6), Vor §§ 49 – 52 Rn. 99b a. E.; Hild/Paries, in: Molitor/Hild (Fn. 59), Rn. 778 ff.; Mitlehner, ZIP 2012, 649, 652 f.

<sup>66</sup> Zum Begriff oben II. 2. b).

<sup>67</sup> Vgl. oben vor 1.

Handlungskompetenzen (d.h. seiner Verfügungsbefugnis über die Gegenstände der Insolvenzmasse, § 80 I InsO, oder einer besonderen Verwertungsbefugnis analog zu § 166 InsO) beruht, sondern auf einer „gewöhnlichen“ rechtsgeschäftlichen Ermächtigung durch den Grundpfandgläubiger; umgekehrt beruht auch der Anspruch des Gläubigers auf den zur Befriedigung seines Grundpfandrechts erforderlichen Kaufpreisanteil allein auf dieser Vereinbarung und nicht auf gesetzlichen Maßgaben zur Durchführung der Immobilienverwertung. Dieser Anspruch kann und muss deshalb genauso wie außerhalb der Insolvenz durch entsprechende Abwicklungsaufträge an den Notar gesichert werden; ein legitimer Grund, den Grundpfandgläubiger hier stärker zu sichern als außerhalb des Insolvenzverfahrens bei einer Veräußerung durch den Eigentümer, ist nicht ersichtlich.<sup>68</sup>

Hier muss daher ebenso entschieden werden wie bei der Mobilienverwertung, bei der anerkanntermaßen das Entstehen eines dinglichen Ersatzrechts am Erlös verneint wird, wenn der Gläubiger sein Absonderungsrecht durch Vereinbarung mit dem Insolvenzverwalter aufgegeben hat.<sup>69</sup> Eine der Verwaltungssurrogation einher gehende „Pfandrechtssurrogation“ findet also hier nicht statt; vielmehr wird der Verwertungserlös – ggf. vermittelt durch den Urkundsnotar als Treuhänder – dinglich uneingeschränkt der Insolvenzmasse zugeordnet und vom Notar nach Maßgabe der ihm von den Beteiligten erteilten Anweisungen verteilt.<sup>70</sup>

Auch ohne die Annahme einer dinglichen „Pfandrechtssurrogation“ am Erlös muss es sich bei der Auskehr von Erlösanteilen an den Gläubiger aber noch um „haftungsrechtliche Surrogation“ und insofern nach wie vor um abgesonderte Befriedigung handeln;<sup>71</sup> denn nur unter dieser Prämisse hat der Gläubiger ein insolvenzfestes Befriedigungsrecht behalten, das den Insolvenzverwalter überhaupt erst in die Lage versetzt, eine Verwertungsvereinbarung mit dem Grundpfandgläubiger zu schließen und auf deren Grundlage Zahlungen an den Gläubiger zu leisten. Hieraus folgt zugleich, dass sich die Teilhabe am Befriedigungserlös

<sup>68</sup> Vgl. insbes. *Mitlehner*, ZIP 2012, 649, 652 f. m. Fn. 37.

<sup>69</sup> OLG Köln ZIP 1989, 523, 524; MüKoInsO/*Ganter* (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 173; *Gottwald/Gottwald/Adolphsen* (Fn. 9), § 42 Rn. 217; *Uhlenbruck/Brinkmann* (Fn. 6), § 48 Rn. 32; *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 100; grds. ebenso *Mitlehner*, ZIP 2012, 649, 656 f.

<sup>70</sup> Der Leser mag sich vielleicht noch fragen, ob aus dem hier erarbeiteten Ergebnis eigentlich etwas für oder gegen die in der Literatur heftig kritisierte Auffassung des BFH (BFHE 235, 22 = ZIP 2011, 1923 Rn. 14 ff. [dazu z. B. *d'Avoine*, ZIP 2012, 58; *Depré/Lambert*, ZfIR 2012, 1; *Mitlehner*, EWiR 2011, 673 u. ZIP 2012, 649, 651 ff., 653]) folgt, der Insolvenzverwalter führe mit der konsensualen Immobilienverwertung – sei es die freihändige Veräußerung, sei es die „kalte Zwangsverwaltung“ – auf vertraglicher Grundlage ein Geschäft des Grundpfandgläubigers und müsse deshalb auf die von diesem aus dem Erlös erbrachte Gegenleistung (d.h. den der Insolvenzmasse zustehenden „Verwertungskostenbeitrag“) Umsatzsteuer entrichten. Auch wenn man letztlich wohl das größere Gewicht auf das Argument legen muss, dass der Verwalter die Immobilie hier unzweifelhaft aus „eigenem“ Recht (§§ 80 I, 159 InsO) verwertet und nicht eigentlich im Auftrag und für Rechnung des Grundpfandgläubigers, dürfte die Frage zu bejahen sein: Der Umstand, dass der Verwertungserlös nach der hier vertretenen Auffassung zunächst unbelastet durch ein „Erlöspfandrecht“ in die Masse fließt, macht deutlich, dass der Verwalter den vereinbarungsgemäß der Masse zustehenden Kostenbeitrag aus dem der Masse zugeordneten Vermögen entnimmt und nicht etwa aus dem Vermögen des Grundpfandgläubigers erhält; dies bestätigt folglich erneut die Unrichtigkeit der Prämisse des BFH (dem BFH folgend jetzt allerdings Abschnitt 1.2 Abs. 4 (neu) des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses i.d.F. des BMF-Schreibens vom 30.4. 2014, ZIP 2014, 995).

<sup>71</sup> Insofern gegen *Mitlehner*, ZIP 2012, 649, 652 f.

auch ohne die Annahme einer dinglichen Berechtigung der Grundpfandgläubiger nach der immobilienvollstreckungsrechtlichen Befriedigungsrangfolge des § 10 ZVG richten muss:<sup>72</sup> Würde der Insolvenzverwalter einem Gläubiger Befriedigung verschaffen, die ihm über § 49 InsO i. V. m. § 10 ZVG nicht oder nicht in diesem Umfang als Inhalt seines insolvenzfesten Befriedigungsrechts gebührte, so läge darin – wie der Bundesgerichtshof dies für die sog. Lästigkeitsprämien im Ansatz jüngst bekräftigt hat<sup>73</sup> – eine dem Gleichbehandlungsgebot widersprechende Bevorzugung eines einzelnen Gläubigers und damit eine evidente Verletzung des Verbots insolvenzzweckwidriger Handlungen.<sup>74</sup> Ein echtes dingliches Befriedigungsrecht am Erlös erwirbt er insofern aber nicht, weshalb er in der Situation der Masseinsuffizienz richtigerweise nicht mehr wie ein Absonderungsberechtigter vorweg zu befriedigen ist, sondern nur nach Maßgabe des § 209 I Nr. 3 InsO anteilig mit den anderen Massegläubigern;<sup>75</sup> es ist auch rechtlich nicht möglich, vertraglich einen die zwingenden gesetzlichen Befriedigungsmodalitäten in der Masseinsolvenz überlagernden Vorrang der Grundpfandgläubiger zu vereinbaren.<sup>76</sup> Die Möglichkeit, sich rechtsgeschäftlich – d.h. im Rahmen der festgelegten Konditionen für die Ermöglichung der lastenfreien Veräußerung – angemessen zu sichern, muss der Absonderungsberechtigte folglich auch nutzen, will er nicht riskieren, im Bedarfsfall ohne dingliche Sicherung dazustehen; insofern steht der Absonderungsberechtigte in sachangemessener Weise weder besser noch schlechter da als bei einer freihändigen Veräußerung außerhalb des Insolvenzverfahrens.

Erst recht besteht auf der Grundlage der hier vertretenen Auffassung keine Möglichkeit, diejenigen Absonderungsberechtigten durch Anerkennung eines dinglichen Ersatzrechts am Erlös zu schützen, die – wie nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs insbesondere die Wohnungseigentümergeinschaft mit ihrem (zum 1.7.2007 neu eingeführten) „Hausgeldvorrecht“ nach § 10 I Nr. 2 ZVG – zwar für den Fall der Zwangsversteigerung ein insolvenzfestes Absonderungsrecht inne haben, gleichwohl aber keine eigentlich dingliche Rechtsposition,<sup>77</sup> so dass sie nach der freihändigen Veräußerung der Grundstücks weder an

<sup>72</sup> Insofern also wieder der h.M. entsprechend, vgl. oben Fn. 63.

<sup>73</sup> BGH ZIP 2008, 884 Rn. 4 ff.; BGH ZIP 2014, 978 Rn. 15 f., 20; ebenso OLG Nürnberg ZIP 2013, 2471, 2473; LG Regensburg ZIP 2009, 2165; krit. etwa *Hild/Paries*, in: *Molitor/Hild* (Fn. 59), Rn. 751 ff.; *Frege/Keller*, NZI 2009, 11 ff.; *Oster/Steinwachs*, ZInsO 2011, 1638 ff.; *Rein*, NZI 2008, 365 f.; *Smid*, DZWIR 2008, 501 ff.; *Tetzlaff*, ZInsO 2012, 726 ff.

<sup>74</sup> Unzutreffend für freie Dispositivität der Erlösteilhabe deshalb *HambKInsO/Büchler* (Fn. 6), § 165 Rn. 12; *MüKoInsO/Ganter* (Fn. 6), Vor §§ 49–52 Rn. 99b; *MüKoInsO/Tetzlaff* (Fn. 6), § 165 Rn. 180; *Lwowski/Tetzlaff*, WM 1999, 2336, 2337; v. *Danckelmann* (Fn. 63), S. 281; im Ansatz wie hier (zur Parallelfrage bei der „kalten Zwangsverwaltung“) *Bork*, ZIP 2013, 2129, 2131 f.

<sup>75</sup> Zutr. *Mittlehner*, ZIP 2012, 649, 654 u. NZI 2013, 1047 f.; a. A. *Bork*, ZIP 2013, 2129, 2132 f. (jeweils zur „kalten Zwangsverwaltung“).

<sup>76</sup> So aber *Bork*, ZIP 2013, 2129, 2132 f. (zur „kalten Zwangsverwaltung“).

<sup>77</sup> So BGHZ 198, 216 = NJW 2013, 3515 Rn. 8 ff.; LG Landau ZInsO 2012, 2258, 2260; *Bales*, ZInsO 2014, 182, 184 f.; *Jennißen/Kemm*, NZM 2012, 630, 632 ff.; *Kesseler*, NJW 2009, 121, 122; *Laukemann*, LMK 2014, 355864; *Fabis*, ZfR 2010, 354, 357 f.; offen noch BGHZ 193, 219 = NJW 2012, 2650 Rn. 17; a. A. z. B. OLG Frankfurt ZWE 2011, 89, 90; *Alff*, Rpfleger 2013, 15 ff.; *Becker*, ZMR 2012, 930, 932 u. ZfR 2013, 809 f.; *Mayer*, ZWE 2013, 51; *Schneider*, ZMR 2012, 749, 754 ff. u. ZWE 2014, 61 ff.; *Sinz/Hiebert*, ZInsO 2012, 205, 207 f.

diesem noch am Erlös dingliche Rechte haben und leer auszugehen drohen.<sup>78</sup> Immerhin waren auch diese Gläubiger im Insolvenzverfahren zu abgesonderter Befriedigung aus dem Grundstück berechtigt; die o.a. „haftungsrechtliche“ Surrogation gewährleistet deshalb, dass sie mit ihrer schuldrechtlichen Forderung aus dem Erlös befriedigt werden dürfen. Auf dieser Grundlage sicherzustellen, dass sie im Fall einer freihändigen Veräußerung auch tatsächlich befriedigt werden, obliegt dann aber wieder ihnen; hierzu müssen sie notfalls mit der Drohung, im Weigerungsfall die Zwangsversteigerung des Grundstücks einzuleiten, ihre Aufnahme und Berücksichtigung in die zwischen Verwalter und Grundpfandgläubigern getroffene Verwertungsvereinbarung durchsetzen – das ist zugegebenermaßen keine gleich komfortable Position, wie sie die Grundpfandgläubiger genießen (die nur ihre Zustimmung zur lastenfreien Veräußerung zurückhalten müssen), aber im Hinblick auf den Zwang zur ranggerechten Berücksichtigung aller nach dem ZVG Befriedigungsberechtigten wird das in der Praxis wohl nur selten Probleme mit sich bringen und stellt jedenfalls wohl das Beste dar, was noch für sie herauszuholen ist.<sup>79</sup>

#### IV. Zusammenfassung in Thesen

1. Veräußert der Insolvenzverwalter aufgrund seines Verwertungsrechts gemäß § 166 InsO einen mit einem Absonderungsrecht belasteten Gegenstand, so findet zugunsten des Sicherungsberechtigten weder eine Ersatzabsonderung noch eine spezifische haftungsrechtliche Surrogation statt. Vielmehr setzt sich das Absonderungsrecht im Wege dinglicher Surrogation am Anspruch auf die Gegenleistung und nach dessen Einziehung an der (unterscheidbar in der Masse vorhandenen) Gegenleistung fort.
2. Veräußert der Insolvenzverwalter freihändig ein mit Grundpfandrechten belastetes Grundstück, so findet zugunsten des Grundpfandgläubigers eine dingliche Surrogation am Anspruch auf die Gegenleistung bzw. am Erlös auch dann nicht statt, wenn der Grundpfandgläubiger durch seine Zustimmung die lastenfreie Veräußerung ermöglicht hat.

---

<sup>78</sup> A.A. z. B. *Laukemann*, LMK 2014, 355864 sub 3.a.bb., der hier ungeachtet der mangelnden Dinglichkeit der verlorengegangenen Rechtsposition für eine haftungsrechtliche (i.S. von „haftungsrechtlich-dingliche“) Surrogation am Erlös postuliert; explizit für dingliche Surrogation hier LG Landau ZInsO 2012, 2258, 2260; *Bales*, ZInsO 2014, 182, 185, sowie die Vertreter der in der vorigen Fn. genannten abweichenden Ansicht; offen insoweit BGHZ 198, 216 = ZIP 2013, 2122 Rn. 26.

<sup>79</sup> Ähnlich ist die Rechtslage dann im Hinblick auf den Gläubiger des schuldrechtlichen Anspruchs auf Rückgewähr einer nicht mehr valutierenden Sicherungsgrundschuld, der auf der Grundlage der h.M. analog zur Rechtslage in der Zwangsversteigerung ebenfalls an der dinglichen Surrogation partizipieren soll (BGH NJW 1977, 247, 248): Da seine Zustimmung zur lastenfreien Veräußerung jedenfalls nicht erforderlich ist (sondern nur die des eingetragenen Grundschuldgläubigers) und er auch keinen Zwangsversteigerungsantrag stellen kann, kann er sich zwar nicht selbst schützen, profitiert aber von der objektiv-rechtlichen Notwendigkeit, die Erlösverteilung analog zu den Zwangsversteigerungsregeln vorzunehmen.