

# Prozessrecht und materielles Recht

Liber Amicorum für Wolfram Henckel  
aus Anlass seines 90. Geburtstages

herausgegeben von

Joachim Münch

in Zusammenarbeit mit der  
Göttinger Rechtswissenschaftlichen Gesellschaft e.V.

Mohr Siebeck

# Das »Erwerbsverbot« des § 91 InsO

*Diederich Eckardt*

## I. Ein neuer Begriff

Nach § 91 Abs. 1 InsO können »Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse (...) nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners und keine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrunde liegt«. Es liegt womöglich, schon im Hinblick auf den Wortlaut (»können ... nicht wirksam erworben werden«), nahe, diese Bestimmung als »Erwerbsverbot« zu bezeichnen und damit einem bereits seit langem etablierten Rechtsbegriff – man denke nur an die §§ 71 ff. AktG oder an das durch einstweilige Verfügung ausgesprochene gerichtliche Verbot – eine zusätzliche fachspezifische Bedeutung zu verleihen. Auf diese Idee scheint freilich, ebensowenig wie zur im Wesentlichen inhaltsgleichen Vorgängerbestimmung des § 15 S. 1 KO, lange Zeit niemand gekommen zu sein: Soweit ersichtlich, findet sich eine konsequente Verwendung dieses Begriffs im Regelungszusammenhang des § 15 KO zuerst und für längere Zeit auch allein im (1992 erstmals erschienenen<sup>1</sup>) Insolvenzrechtslehrbuch *Ludwig Häsemeyers*<sup>2</sup>.

Karriere hat der Begriff freilich gemacht, seitdem der für das Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ihn adoptiert hat und regelmäßig im Sinne einer schon fast lehrbuchhaften Kennzeichnung des § 91 InsO verwendet. Erstmals geschah dies in der Senatsentscheidung vom 9. November 2006<sup>3</sup>; seitdem verwendet der Senat diese Formulierung immer wieder<sup>4</sup>. Wie nicht anders zu erwarten, wird die neue Begrifflichkeit seitdem mit zunehmender Häufigkeit, wenngleich durchweg ohne Begründung oder Problematisie-

---

<sup>1</sup> *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 1. Aufl. (1992), S. 200 f., 203 ff., 207.

<sup>2</sup> Ebenso zuletzt *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 4. Aufl. (2007), Rn. 10.12a Fn. 40, 10.20–10.23, 10.27–10.30, 10.33.

<sup>3</sup> BGH Urt. v. 09.11.2006 – IX ZR 285/03, ZIP 2006, 2391 [Rn. 12].

<sup>4</sup> BGH Urt. v. 25.06.2009 – IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 = ZIP 2009, 1529 [Rn. 11]; BGH Urt. v. 14.01.2010 – IX ZR 78/09, ZIP 2010, 335 [Rn. 20]; BGH Beschl. v. 24.03.2011 – IX ZB 217/08, ZIP 2011, 871 [Rn. 11]; BGH Urt. v. 11.10.2012 – IX ZR 30/10, ZIP 2012, 2214 [Rn. 17]; BGH Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 = ZIP 2011, 2364 [Rn. 9 ff.].

rung, in einschlägigen Urteilen anderer Gerichte<sup>5</sup>, in Aufsätzen<sup>6</sup> und Monographien<sup>7</sup> sowie in Kommentaren und Handbüchern<sup>8</sup> rezipiert.

## II. Teleologie und Anwendungsbereich des »Erwerbsverbots«

Welchen Anwendungsbereich hat nun dieses »Erwerbsverbot«? Verbreitet findet sich hierzu die Aussage, die Vorschrift des § 91 InsO solle als »Auffangtatbestand« jeglichen Rechtserwerb erfassen, der nicht auf einer (nach Verfahrenseröffnung vorgenommenen) Verfügung des Schuldners bzw. einer gegen diesen gerichteten Vollstreckungsmaßnahme beruhe<sup>9</sup>. Mustert man indessen die gleichen Quellen auf die praktischen Beispiele für Anwendbarkeit und Nichtanwendbarkeit der Vorschrift durch, so erscheint das nur wenig befriedigend: Offenbar gibt es eine Vielzahl von Konstellationen, in denen man § 91 InsO einhellig für unanwendbar erachtet, ohne dass der betreffende Rechtserwerb unter die beiden im Text der Vorschrift genannten Ausnahmen zu subsumieren wäre<sup>10</sup>. Man wird daher *Wolfram Henckel* nur zustimmen können, der die Gesetzesfassung als »unklar« und die Heranziehung des Gesetzeszwecks für die Auslegung als besonders bedeutungsvoll bezeichnet hat<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> BAG Urt. v. 21.02.2013 – 6 AZR 553/11, ZInsO 2013, 1214 [Rn. 51].

<sup>6</sup> Vgl. – teils allerdings in Besprechungen der genannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs – etwa *Becker*, ZIP 2013, 1554, 1555; *Freckmann*, BKR 2012, 133, 138f.; *Gehrlein*, ZIP 2013, 5, 8f. u. ZInsO 2013, 1169, 1172; *Huber*, ZInsO 2012, 1343, 1348; *Kayser*, ZIP 2013, 1353, 1356f.; *Obermüller*, LMK 2012, 327126, ZInsO 2012, 1141, 1148 u. ZIP 2013, 299, 302; *Pape/Pape*, ZInsO 2010, 1345, 1349, 1360; *Reul*, DNotZ 2012, 883, 884ff.; s. ferner *Muthorst*, ZIP 2009, 1794, 1796f. (dort allerdings in einem Atemzug mit § 81 InsO); v. *Hall*, KTS 2011, 343, 349 (bezogen auf § 15 KO).

<sup>7</sup> So etwa bei *Voß*, Die Vorausabtretung in der Insolvenz: Zum Werthaltigmachen von Forderungen (2010), S. 55 ff., 78, 87, 115 (allerdings S. 51 ff. auch schon zu § 81 InsO); vgl. zuvor bereits *Berner*, Sicherheitenpools der Lieferanten und Banken im Insolvenzverfahren (2006), S. 87 ff.; *Furche*, Das Gesamtgrundpfandrecht in der Insolvenz (2005, zugl. Diss. Dresden 2004), S. 252 ff.

<sup>8</sup> Z.B. HK-InsO/*Kayser* 7. Aufl. (2014), § 91 Rn. 1, 21; Kübler/Prütting/*Bork/Lüke* (Stand: 60. Lfg. 2014), § 91 InsO Rn. 2; Musielak/*Becker* 11. Aufl. (2014), § 804 ZPO Rn. 18; Uhlenbruck/*Uhlenbruck* 13. Aufl. (2010), § 91 InsO Rn. 2, 45.

<sup>9</sup> Vgl. etwa Ahrens/*Gehrlein/Ringstmeier/Piekenbrock* 2. Aufl. (2014), § 91 InsO Rn. 2; BK-InsO/*Blersch/v. Olsbansen* (Stand: 50. Lfg. 2014), § 91 Rn. 1; HK-InsO/*Kayser* (Fn. 8), § 91 Rn. 1; Kübler/Prütting/*Bork/Lüke* (Fn. 8), § 91 Rn. 2; MünchKommInsO/*Breuer* 3. Aufl. (2013), § 91 Rn. 2; K. Schmidt/*Sternal* 18. Aufl. (2013), § 91 InsO Rn. 1; Uhlenbruck/*Uhlenbruck* (Fn. 8), § 91 Rn. 2; *Bork*, Einführung in das Insolvenzrecht, 7. Aufl. (2014), Rn. 174; *Reischl*, Insolvenzrecht, 3. Aufl. (2014), Rn. 319.

<sup>10</sup> Vgl. zunächst nur Jaeger/*Windel* (2007), § 91 InsO Rn. 17 – 113 m.w.N.; s. dazu ausf. sub III. 2. a.

<sup>11</sup> Jaeger/*Henckel* 9. Aufl. (1997), § 15 KO Rn. 4; ähnlich Jaeger/*Windel* (Fn. 10), § 91 Rn. 2, 6f.: angesichts der missglückten Fassung des § 91 InsO komme der systematischen Auslegung besondere Bedeutung zu.

Im Jaegerschen Kommentar ist dieser Gesetzeszweck schon von *Ernst Jaeger* aus dem Konkurszweck abgeleitet worden: Bestehe der Konkurszweck darin, die gleichmäßige Befriedigung der Konkursgläubiger aus der Konkursmasse zu gewährleisten, so dürfe die Konkursmasse weder zum Vorteil einzelner Gläubiger noch zum Vorteil eines Dritten vermindert werden<sup>12</sup>. Dem hat sich auch *Henckel* angeschlossen und ergänzt, hieraus folge zugleich, dass Rechtsänderungen, die auf nicht spezifisch konkurszweckwidrige Weise einträten, von § 15 KO nicht betroffen seien<sup>13</sup>. Hieran anknüpfend wird heute verbreitet formuliert, der Zweck der Bestimmung bestehe darin sicherzustellen, dass den Insolvenzgläubigern der im Moment der Verfahrenseröffnung existierenden Bestand der Insolvenzmasse ungeschmälert als Haftungssubstrat zur Verfügung stehe<sup>14</sup>; veranschaulichend hat *Paulus* von einer »Käseglocke« gesprochen, die hierdurch zum Schutz der Masse errichtet werde<sup>15</sup>. Ähnlich beschreibt es auch der Bundesgerichtshof: § 15 KO wolle im Interesse einer gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger eine Minderung der Konkursmasse nach Eröffnung des Verfahrens verhindern<sup>16</sup> bzw. solle den Bestand der Masse vor dem Zugriff Dritter schützen, damit die Masse ungeschmälert zur Befriedigung der Konkursgläubiger zur Verfügung stehe<sup>17</sup>; zuletzt hieß es, die Norm schütze die nunmehr den Insolvenzgläubigern haftungsrechtlich zugewiesene Insolvenzmasse vor dem Verlust von Vermögensgegenständen, indem sie jeden Rechtserwerb für unwirksam erkläre, gleich auf welcher Rechtsgrundlage er beruhe<sup>18</sup>. In Abgrenzung zu dem sogleich darzustellenden Ansatz betont der Bundesgerichtshof dabei die Eigenständigkeit des »gesetzlichen Erwerbsverbots« gegenüber dem Übergang der Verfügungsbefugnis: Das Erwerbsverbot fuße gerade nicht auf einer Verfügungsbeschränkung; deshalb könne das Erwerbsverbot auch in solchen Fällen noch eingreifen, in denen der Verfügungstatbestand bereits abgeschlossen sei<sup>19</sup>.

<sup>12</sup> Zuletzt in *Jaeger* 6./7. Aufl. (1931), § 15 KO Anm. 1.

<sup>13</sup> *Jaeger/Henckel* (Fn. 11), § 15 KO Rn. 4; im Ergebnis ähnlich *Jaeger/Windel* (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 6, der aber begrifflich die Abstimmung der Vorschrift mit anderen Regelungskomplexen der InsO in den Vordergrund rückt.

<sup>14</sup> *K. Schmidt/Sternal* (Fn. 9), § 91 InsO Rn. 1; *HK-InsO/Kayser* (Fn. 8), § 91 Rn. 1; *Münch-KommInsO/Breuer* (Fn. 9), § 91 Rn. 2; *Jauernig/Berger*, *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 23. Auflage (2010), § 40 Rn. 34; *Uhlenbruck/Uhlenbruck* (Fn. 8), § 91 Rn. 1 f.; *Paulus*, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl. (2012), Rn. 129.

<sup>15</sup> *Paulus* (Fn. 14), Rn. 129.

<sup>16</sup> BGH Urt. v. 30.10.1974 – VIII ZR 81/73, NJW 1975, 122.

<sup>17</sup> BGH Urt. v. 20.12.1988 – IX ZR 50/88, BGHZ 106, 236 = ZIP 1989, 171, 174.

<sup>18</sup> BGH Beschl. v. 15.01.2009 – IX ZR 237/07, ZIP 2009, 485 [Rn. 12 f.].

<sup>19</sup> BGH Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 = ZIP 2011, 2364 [Rn. 9]. In deutlichem Widerspruch hierzu formuliert der Senat allerdings in der Entscheidung BGH Urt. v. 18.4.2013 – IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 [Rn. 26], der Konvaleszenz eines nach § 91 InsO unwirksamen Rechtserwerbs durch spätere Freigabe (§ 35 Abs. 2 InsO) liege ebenso wie im Fall des § 81 InsO der Gedanke zugrunde, »dass Verfügungsbeschränkungen [!] nicht gerechtfertigt sind, sofern das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners betroffen ist«.

Ein alternativer Erklärungsansatz stellt die Wirkung des § 91 InsO demgegenüber in den Zusammenhang der Entziehung der Verfügungsbefugnis des Schuldners (§ 80 InsO): Von dem Moment an, zu dem die Befugnis des Schuldners zu privatautonomer Disposition über sein haftendes Vermögen suspendiert ist, kann hiernach auch kein auf den Schuldner zurückgehender haftungsvermittelnder Rechtserwerb auf Kosten dieses Vermögens mehr Wirksamkeit erlangen. Expliziter Widerspruch gegen die eben dargestellte h.M. wird auf der Grundlage dieses Ansatzes zur Erklärung des § 91 InsO zwar bislang nicht erhoben; immerhin findet er sich verschiedentlich angedeutet. So wird der Begriff des »Erwerbsverbots« bei *Häsemeyer* unter der Überschrift »Sicherung gegen die Privatautonomie des Gemeinschuldners« in einem Atemzug mit §§ 7, 8, 14 KO bzw. §§ 81, 82, 89 InsO teleologisch in den Zusammenhang des Übergangs der Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter eingeordnet<sup>20</sup>. Ebenso hieß es bereits in *Henckels* Bearbeitung des Jaeger, zur Verwirklichung des Haftungszwecks der Masse werde durch § 6 Abs. 1 KO jede Einflussnahme des Gemeinschuldners auf die Masse ausgeschaltet, insoweit werde § 6 KO ergänzt durch die §§ 7, 14 und 15 KO, die zweckwidrigen Eingriffen in die Masse die Wirksamkeit absprechen<sup>21</sup>. Diese Aussage findet sich sodann bei *Windel* in der aktuellen Auflage des Jaeger<sup>22</sup>, ergänzt um die Feststellung, auch § 91 InsO »konkretisiere« die Bestimmung des § 80 InsO<sup>23</sup>. Auch *Foerste* ordnet § 91 InsO zusammen mit § 81 InsO unter den Konsequenzen der »Nichtberechtigung« des Schuldners ein und verweist auf die Grundsätze des Sachenrechts, wonach alle Voraussetzungen für den Erwerb eines Rechts bis zum Abschluss des Erwerbs fort dauern müssten, so dass jeder reguläre Erwerb vom Schuldner scheitern müsse, wenn über dessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet werde, bevor der Erwerb gelungen war<sup>24</sup>.

Diese beiden Erklärungsansätze führen zu weitestgehend übereinstimmenden Ergebnissen (s. ausführlich sogleich sub III. 2.). Sie unterscheiden sich aber insofern deutlich, als es nach dem erstgenannten Ansatz schon die haftungsvermittelnde Wirkung als solche ist, die man als grundsätzlich »verboten« ansieht; hier wird also zunächst impliziert, dass die Gläubigerinteressen nach Verfahrenseröffnung grundsätzlich allen Erwerberinteressen vorgehen, um sodann nach Fallkonstellationen zu suchen, in denen der Erwerb ausnahmsweise als insolvenzweckkonform anzusehen ist und deshalb wirksam bleibt. So gesehen

<sup>20</sup> *Häsemeyer* (Fn. 2), Rn. 10.01, 10.02 (s. bereits in der 1. Aufl. [Fn. 1] S. 189f.).

<sup>21</sup> *Jaeger/Henckel* (Fn. 11), § 6 KO Rn. 1 (allerdings in Kombination mit dem Ansatz der h.M., zunächst jeglichen Erwerb als der haftungsrechtlichen Zuweisung der Masse widersprechend für unwirksam zu erklären, und auf dieser Grundlage dann nach konkurszweckkonformen Ausnahmen zu suchen).

<sup>22</sup> *Jaeger/Windel* (Fn. 10), § 80 InsO Rn. 6.

<sup>23</sup> *Jaeger/Windel* (Fn. 10), § 80 InsO Rn. 6, § 81 Rn. 3, § 91 Rn. 5 (allerdings ebenfalls in Kombination mit dem dargestellten Ansatz der h.M.).

<sup>24</sup> *Foerste*, Insolvenzrecht, 6. Aufl. (2014), Rn. 181 ff.

scheint der Begriff des »Erwerbsverbots« in der Tat in besonderem Maße geeignet, um die Wirkungsweise des § 91 InsO zu beschreiben; ich möchte diesen Ansatz deshalb aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung kurz »Erwerbsverbotstheorie« nennen.

Etwas anders sieht die Sache aus, wenn man mit dem zuletzt dargestellten Ansatz den Rechtserwerb deshalb für unwirksam hält, weil er auf eine Vermögensdisposition des Schuldners zurückzuführen ist und er im Hinblick auf § 80 InsO zum Zeitpunkt des Eintritts der haftungsverittelnden Wirkung nicht mehr von einer entsprechenden Befugnis des Schuldners getragen war. So gesehen geht es bei § 91 InsO nicht eigentlich um ein Erwerbsverbot, sondern ebenso wie in § 81 InsO um eine unmittelbare Folge des Verlusts der schuldnerischen Verfügungsbefugnis; dieser Ansatz soll in diesem Beitrag deshalb kurz »Verfügungstheorie« genannt werden<sup>25</sup>.

### III. Stellungnahme

Damit sind also die beiden hauptsächlich in Betracht kommenden Deutungsansätze umrissen. Bei der Frage, welcher von beiden vorzuziehen ist, geht es nicht eigentlich um die Ableitung konkreter Einzelergebnisse; diese sind vielmehr, wie noch zu zeigen sein wird (s. sogleich sub 2.), weitestgehend identisch. Indessen: Auch wenn es sich folglich um primär theoretische Überlegungen handelt – zu wissen, *warum* wir mit § 91 InsO in die Rechtsposition Dritter eingreifen (dürfen), ist schon als heuristisches Hilfsmittel für die Lösung zukünftiger Problemfälle ganz unerlässlich. Da die Beschränktheit des zur Verfügung stehenden Raums keine lange Vorrede gestattet, will ich gewissermaßen im Urteilsstil vorgehen und zunächst vorausschicken, dass ich mit diesem Beitrag ein Plädoyer für die »Verfügungstheorie« beabsichtige. Die wesentlichen Gründe dafür sind die Folgenden:

#### 1. Teleologische Aspekte

##### a) »Erwerbsverbot« und Insolvenzbeschlagn

Ein gemeinsamer Nenner der beiden unterschiedlichen Ansätze dürfte in der Vorstellung liegen, damit dem »Insolvenzbeschlagn – verstanden als die haftungsrechtliche Separierung der Insolvenzmasse vom sonstigen Schuldnerver-

<sup>25</sup> Ein »Verfügungsverbot« sollte man das jedenfalls dann nicht nennen, wenn man hierunter – einem verbreiteten Sprachgebrauch entsprechend – nur die Einschränkung des rechtlichen »Dürfens« fasst, während man den Verlust der Verfügungsbefugnis als Einschränkung des rechtlichen »Könnens« begreift, vgl. zur Begrifflichkeit m.w.N. Simokat, Die Verfügungsmacht (2014), S. 180ff., 187ff., 205f.

mögen und ihre damit einhergehende haftungsrechtliche Zuweisung an die Insolvenzgläubiger<sup>26</sup> – Rechnung zu tragen; wie gesehen, verweisen auch die Vertreter der herrschenden Erwerbsverbotstheorie auf die Notwendigkeit, die haftungsrechtliche Zuweisung an die Insolvenzgläubiger gegen Bestandverluste abzusichern. Es spricht deshalb mit Gewicht gegen diese Auffassung, dass der Insolvenzbeschlagnahme und damit die haftungsrechtliche Zuweisung an die Insolvenzgläubiger keineswegs adäquat als »Erwerbsverbot«, als »Käseglocke«, als »Einfrieren« der Masse mit dem Ziel der unbedingten Erhaltung des bei Verfahrenseröffnung gegebenen Bestands erklärt wird.

Der haftungsrechtlichen Zuweisung der Insolvenzmasse an die Gläubiger bedarf es deshalb, weil die vermögensrechtliche Zuordnung der Masse zum Insolvenzschuldner durch die Verfahrenseröffnung nicht berührt wird; in den Begriffen »Insolvenzbeschlagnahme« und »haftungsrechtliche Zuweisung« zusammengefasst werden deshalb diejenigen gesetzlichen Vorkehrungen, mit denen sichergestellt wird, dass der Schuldner ungeachtet seiner fortbestehenden Eigenschaft als Rechtsinhaber nicht mehr in der Lage ist, die Haftungsverwirklichung zugunsten der Gläubiger zu beeinträchtigen. Der Insolvenzbeschlagnahme und damit die haftungsrechtliche Zuweisung an die Insolvenzgläubiger äußert sich vor allem darin, dass nur noch der kraft seines Amtes für die Insolvenzmasse handlungsbefugte Insolvenzverwalter über die massezugehörigen Gegenstände verfügen darf; zugleich ist die bis dahin – als eine der selbstverständlich prinzipiell dem Eigentümer zugewiesenen Funktionen des subjektiven Rechts<sup>27</sup> – bestehende Befugnis des Schuldners aufgehoben worden, kraft seiner Privatautonomie haftungsbefreiend über die zu seinem Vermögen gehörenden Gegenstände zu verfügen. Dem Insolvenzbeschlagnahme hält ein Rechtserwerb nur dann stand, wenn er zu dem Zeitpunkt, zu dem die Rechtsmacht des Schuldners aufgehoben wurde, entweder bereits abgeschlossen oder doch derart verfestigt war, dass der betreffende Gegenstand haftungsrechtlich bereits als aus dem Schuldnervermögen ausgeschieden betrachtet werden kann<sup>28</sup>.

Seiner »Wirkungsrichtung« nach bedeutet also der Insolvenzbeschlagnahme und bedeutet die haftungsrechtliche Zuweisung der Masse an die Gläubiger einen Eingriff allein in die Rechtsmacht des Schuldners, dessen Eigentümerbefugnisse verdrängt werden zugunsten der auf Haftungsverwirklichung gerichteten

<sup>26</sup> Grundlegend hierzu und zum Folgenden *Henckel*, FS Weber (1975), S. 237ff.; *ders.* in Jaeger (Fn. 11), § 1 KO Rn. 3f., § 3 KO Rn. 3; *ders.*, in Jaeger (2004), § 35 InsO Rn. 5; s. ferner etwa *Häsemeyer* (Fn. 2), Rn. 9.01ff.

<sup>27</sup> Zum Begriff der »Funktionen« des subjektiven Rechts vgl. grundlegend *Henckel*, FS Coing (1982), S. 137, 147; *ders.*, JuS 1985, 835, 836ff.

<sup>28</sup> Der Bundesgerichtshof formuliert, der Erwerber müsse eine »gesicherte Rechtsposition« erlangt haben (vgl. z. B. BGH Urt. v. 08.01.2009 – IX ZR 217/07, ZIP 2009, 380 [Rn. 28f.] (m.w.N. zur älteren Rspr.); zuletzt BGH Urt. v. 25.04.2013 – IX ZR 62/12, ZIP 2013, 1082 [Rn. 27]; BGH Urt. v. 18.04.2013 – IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 [Rn. 17]); daran ist nichts auszusetzen.

Befugnisse des Verwalters. Eingriffe in die Befugnisse oder die Rechtsstellung Dritter sind – von den systematisch anders gelagerten Beschränkungen abgesehen, mit denen die gleichmäßige Befriedigung der Insolvenzgläubiger gesichert werden soll (s. sogleich sub b.) – mit dem Insolvenzbeschlagnahme für sich genommen nicht verbunden; diese sind von der haftungsrechtlichen Zuweisung an die Insolvenzgläubiger vielmehr nur mittelbar betroffen, nämlich wenn ihr Rechtserwerb gerade die dem Schuldner nicht mehr zugewiesenen Eigentumsfunktionen voraussetzt. Auch ein »Einfrieren« der Insolvenzmasse auf dem zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehenden Stand ist danach nicht Inhalt des Insolvenzbeschlagnahmes.

Um zu erklären, dass die Rechtsfolgen des Insolvenzbeschlagnahmes nicht weiter reichen als sich dies mit dem Eingriff in die Rechtsmacht des Schuldners begründen lässt, bedarf es deshalb keiner Ausnahmen im Sinne einer Identifizierung von Zwecksetzungen, die dem Insolvenzzweck gegenüber vorrangig sind – es ist schon der Insolvenzbeschlagnahme selbst, aus dem sich ergibt, dass es keineswegs darum gehen kann, jeder haftungsvereitelnden Rechtswirkung per se die Wirksamkeit zu versagen. Es ist kein rechtfertigender Grund dafür ersichtlich, die haftungsrechtliche Zuweisung an die Insolvenzgläubiger nach Verfahrenseröffnung auch im Verhältnis zu Dritten stärker zu schützen als zuvor.

*b) »Erwerbsverbot« und par condicio creditorum*

Das Vorstehende könnte freilich insofern zu kurz greifen, als es einer Ergänzung bedarf, um die Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger als unzweifelhaftes Kernelement des Insolvenzzwecks zu gewährleisten. Denn für Insolvenzgläubiger kann gewiss nicht gelten, dass mit der Verfahrenseröffnung kein Eingriff in ihre Möglichkeiten bezweckt ist, nach allgemeinen Grundsätzen insolvenzfeste Rechtspositionen – insbesondere Absonderungsrechte nach § 51 InsO – aus der Insolvenzmasse zu erwerben; vielmehr ist evident das Gegenteil der Fall. Die Frage kann deshalb nur sein, ob dieser Zweck ebenfalls bereits durch die Erklärung des § 91 InsO aus dem Verlust der Verfügungsbefugnis abgedeckt ist. Dies ist gleichermaßen zweifellos der Fall, soweit sich die Rechtsbegründung zugunsten des Insolvenzgläubigers auf eine vor Verfahrenseröffnung liegende Verfügung des Schuldners zurückführen lässt; dies betrifft sogar die weitaus meisten unproblematischen Anwendungsfälle des § 91 InsO, in denen es um die Vollendung eines der Sicherung oder Befriedigung einer Insolvenzforderung dienenden Rechtserwerbs geht (s. noch sogleich sub 3., 4.).

Erklärungsbedürftig sind danach also allein die vollstreckungsrechtlichen Erwerbstatbestände. Diese wiederum werden primär durch § 89 Abs. 1 InsO abgedeckt, dem gegenüber die Bestimmung des § 91 InsO explizit subsidiär ist. Eine Konstellation, die von § 89 Abs. 1 InsO nicht erfasst wird<sup>29</sup>, könnte aber

<sup>29</sup> Nicht von § 89 Abs. 1 InsO erfasst ist natürlich auch die Vollstreckung der »Neugläubi-

die der Pfändung und Überweisung einer »künftigen« Forderung darstellen; jedenfalls ist man sich weitgehend einig, diese Fallkonstellation nicht dem Vollstreckungsverbot des § 89 Abs. 1 InsO zuzuordnen<sup>30</sup>, sondern über § 91 InsO zu erfassen<sup>31</sup>. Ebenso soll nach manchen Autoren die nach Verfahrenseröffnung erfolgende Heilung einer »verfrühten« (d. h. nach §§ 750, 751, 798 ZPO noch nicht zulässigen) Pfändung zugunsten eines Insolvenzgläubigers nicht unter § 89 Abs. 1 InsO fallen, sondern unter § 91 InsO<sup>32</sup>. Auch unter dieser Prämisse sollte sich die Unwirksamkeit des Rechtserwerbs durch Zwangsvollstreckung allerdings hinreichend durch den Verlust der Verfügungsbefugnis erklären lassen<sup>33</sup>: Ihr Vorliegen ist zugleich Voraussetzung für eine Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners; fehlt die Verfügungsbefugnis, kann durch die Vollstreckung ebensowenig ein Verwertungsrecht begründet werden wie im Fall der Vollstreckung in schuldnerfremde Vermögenswerte<sup>34</sup>.

Das Gebot der Gläubigergleichbehandlung, das der auf »Pfand- und Hypothekenrechte, Vorzugsrechte sowie Zurückbehaltungsrechte« beschränkten Ursprungsfassung in § 12 KO 1877 noch ganz unzweifelhaft zugrunde lag<sup>35</sup>, tritt also seit der Erweiterung auf jeglichen Rechtserwerb mit der Novelle des Jahres 1898 zumindest in den Hintergrund: Es wird jedenfalls nicht benötigt, um die Schutzrichtung des § 91 InsO zu erklären (dafür, dass es sich hierbei geradezu um ein *aliud* handelt, könnte sprechen, dass auch und gerade der In-

---

ger«, deren Anspruch erst nach Verfahrenseröffnung entstanden ist (s. dazu sogleich sub 2. b. (2)); bei diesen ist aber das Gebot der Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger nicht involviert.

<sup>30</sup> Zur Rückschlagsperre des § 88 InsO entspricht es demgegenüber der h.M., dass hierunter auch die vor Beginn der Sperrfrist erfolgte Pfändung und Überweisung von solchen Forderungen fallen soll, die während des Sperrzeitraums entstanden sind, vgl. BFH Urt. v. 12.04.2005 – VII R 7/03, BFHE 209, 34 = NZI 2005, 569, 570 f.; OLG Nürnberg Beschl. v. 17.09.2013 – 4 U 1719/13, NZI 2014, 162 f.; Jaeger/Eckardt (Fn. 10), § 88 InsO Rn. 43 m.w.N.

<sup>31</sup> So implizit (indem sie § 91 InsO statt des § 89 Abs. 1 InsO anwenden) BGH Urt. v. 20.03.2003 – IX ZR 166/02, ZIP 2003, 808, 809; BGH Urt. v. 12.10.2006 – IX ZR 109/05, ZIP 2006, 2276 [Rn. 7 ff.]; BGH Urt. v. 26.06.2008 – IX ZR 87/07, ZIP 2008, 1488 [Rn. 16]; BGH Beschl. v. 24.03.2011 – IX ZB 217/08, ZIP 2011, 871 [Rn. 11]; BAG Urt. v. 21.02.2013 – 6 AZR 553/11, ZInsO 2013, 1214 [Rn. 46 ff., 50] (jew. für Dienstbezüge bzw. Arbeitsentgelt); BGH Urt. v. 17.09.2009 – IX ZR 106/08, BGHZ 182, 264 = ZIP 2010, 38 [Rn. 10] (für Immobilienmiete); Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 54, 67; Jaeger/Jacoby (2013), § 110 InsO Rn. 54.

<sup>32</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 25; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 103; a.A. Jaeger/Eckardt (Fn. 10), § 89 InsO Rn. 54 m.w.N.

<sup>33</sup> Vgl. demgegenüber Schumacher, Die Sicherung der Konkursmasse gegen Rechtsverluste, die nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruhen (Diss. Göttingen 1975), S. 238, der hier nur nach einem »Zutun« des Schuldners fragt.

<sup>34</sup> Vgl. zur insoweit gleichgelagerten Frage bei den Verfügungsverboten insbesondere §§ 136, 135 Abs. 1 S. 2 BGB, 772 ZPO (sowie § 161 Abs. 1 S. 2, 883 Abs. 2 S. 2 BGB).

<sup>35</sup> Vgl. Motive II (= o.V., Begründung des Entwurfs einer Konkursordnung, 1875), S. 53; dazu Schumacher (Fn. 33), S. 4.

solvenzverwalter zur Gleichbehandlung verpflichtet ist<sup>36</sup>, der Rechtserwerb aufgrund Verwalterhandelns aber zweifellos nicht unter § 91 InsO fällt).

Als *Zwischenergebnis* ist danach festzuhalten, dass die Annahme eines im Ansatz allumfassenden »Erwerbsverbots« in der maßgeblichen Teleologie der Eröffnungswirkungen keine überzeugende Grundlage findet.

## 2. Das Erwerbsverbot als Regel mit (zu) vielen Ausnahmen

Nicht nur die Probe aufs Exempel, sondern zentraler Maßstab für die »Richtigkeit« einer »Theorie« ist ihre Eignung zu dem Zweck, überzeugende Ergebnisse auch überzeugend zu *erklären*<sup>37</sup>. Zu fragen ist mithin, ob die bisher allgemein oder ganz überwiegend dem § 91 InsO zugeordneten Anwendungsfälle (und genauso umgekehrt die Fälle einer Nichtanwendung des § 91 InsO) besser durch die eine oder die andere Theorie erklärt werden können – die Überzeugungskraft dieser vorgefundenen Ergebnisse sei dabei für die Zwecke dieses Beitrags einmal unterstellt.

### a) Die gegenüber dem Insolvenzbeschlagn durchdringenden Erwerbstatbestände

Die Erwerbsverbotstheorie definiert ihren Anwendungsbereich gewissermaßen über ihre Ausnahmen – sie hält prinzipiell jeden Erwerb massezugehöriger Vermögenswerte für unwirksam und fragt sodann, welchen Erwerbskonstellationen womöglich eine gegenüber der Haftungszuweisung an die Insolvenzgläubiger durchdringende Teleologie innewohnt mit der Folge, dass eine Ausnahme von der Anwendbarkeit der Vorschrift anzunehmen ist (was man methodisch wohl als teleologische Reduktion des Anwendungsbereich einordnen muss). Eine weitestgehend noch immer gültige Ausarbeitung dieser gegenüber § 15 KO bzw. § 91 InsO durchdringenden »Ausnahmen« hat schon im Jahr 1975 *Henckels* Göttinger Doktorand *Max Dieter Schumacher* vorgelegt<sup>38</sup>. Neben Selbstverständlichkeiten wie der Nichterfassung von Verfügungen des Insolvenzverwalters oder von masseunschädlichen Transaktionen (wie der bloßen Weiterübertragung wirksam erworbener Rechte, der Sicherung oder Befriedigung von Massegläubigern oder der Realisierung von bei Verfahrenseröffnung bestehenden insolvenzfesten Positionen)<sup>39</sup> ist danach eine Vielzahl von Tatbeständen an-

<sup>36</sup> Vgl. zur Unwirksamkeit gleichbehandlungs- und damit insolvenzzweckwidriger Handlungen des Insolvenzverwalters m.w.N. Jaeger/*Windel* (Fn. 10), § 80 InsO Rn. 252 ff.

<sup>37</sup> Vgl. etwa, Maßstäbe setzend, Jaeger/*Henckel* (Fn. 11), § 6 KO Rn. 4, 5 ff. zur Rechtsstellung des Insolvenzverwalters.

<sup>38</sup> *Schumacher* (Fn. 33), S. 45 ff., 131 ff., 234 ff.

<sup>39</sup> Die ausdrückliche Nennung dieser Tatbestände in § 102 Abs. 2 RegE-InsO 1992 (s. BT-Drucks. 12/2443, S. 138 f.), wurde später durch den Rechtsausschuss als nicht regelungsbedürftig gestrichen (BT-Drucks. 12/7302, S. 36, 165).

zuerkennen, in denen überwiegenden Rechtsgütern der Allgemeinheit oder unmittelbar öffentlichen Interessen der Vorrang gegenüber der haftungsrechtlichen Zuweisung des vorhandenen Massebestands an die Insolvenzgläubiger gegeben wird. Zu diesem umfangreichen Katalog von Ausnahmetatbeständen gehören etwa die Tatbestände des gutgläubigen Erwerbs aufgrund von Verfügungen nichtberechtigter Dritter (§§ 892 ff., 932 ff. BGB), der Erwerb des Ersteigerers in der Mobilien- oder Immobilienzwangsvollstreckung, die gesetzlichen Erwerbstatbestände der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung (§§ 946 ff. BGB), der Einzug eines Bienenschwarms (§ 964 BGB), der Funderwerb (§ 973 BGB), der Fruchterwerb (§§ 955, 957 BGB), die Ersitzung<sup>40</sup> (§ 937 BGB), der Erwerb aufgrund von Überhang, Überwuchs und Überfall (§§ 910 f. BGB), die Buchersitzung (§§ 900 f. BGB), die Enteignung, die strafrechtliche Einziehung sowie die zoll- und steuerrechtliche Inhaftnahme<sup>41</sup>.

Gegen die Erwerbsverbotstheorie sprechen deshalb zunächst die im Umgang mit § 91 InsO zumeist recht einmütig anerkannten Ausnahmen: Diese sind dermaßen zahlreich, dass von einem als Grundsatz anzusehenden Erwerbsverbot wenig übrig bleibt – wenn die Beschreibung zuträfe, dass § 91 InsO wirke wie eine Käseglocke, dann hätte diese Käseglocke selbst Löcher wie ein Schweizer Käse. Bereits dies wirft nachdrücklich die Frage auf, ob der umfassende Ansatz der Erwerbsverbotstheorie wirklich sachgerecht ist, führt er doch ersichtlich zu einem viel zu weit gefassten Ausgangspunkt und der Notwendigkeit zur Implementierung einer Vielzahl von im Gesetzeswortlaut kaum festzumachenden Ausnahmetatbeständen. Zudem zeigt bereits dieser Überblick, dass sich die gegenüber § 15 KO bzw. § 91 InsO durchdringenden echten Ausnahmen gerade nicht auf einen vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen Dispositionsakt des (späteren) Insolvenzschuldners zurückführen lassen<sup>42</sup>. Bereits dies legt den hier untersuchten Zusammenhang mit der entzogenen Verfügungsbefugnis des Schuldners zumindest nahe.

#### *b) Die durch den Insolvenzbeschluss verhinderten Erwerbstatbestände*

Die zuletzt geäußerte, aus der Untersuchung der gegenüber § 91 InsO durchdringenden Ausnahmetatbestände abgeleitete Vermutung ist nun durch eine positive Feststellung des Anwendungsbereichs der Vorschrift zu untermauern. Geht man dergestalt umgekehrt an die Sache heran, so zeigt sich, dass für die Anwendung des § 91 InsO in der Tat nur solche Erwerbsvorgänge genannt wer-

<sup>40</sup> Jedenfalls soweit sie nicht auf eine Besitzübertragung durch den Schuldner zurückgeht, s. sogleich sub b. (2).

<sup>41</sup> *Schumacher* (Fn. 33), S. 228 f. mit Rückverweisungen; zu den weitestgehend übereinstimmenden Ergebnissen der heute h.M. vgl. m.w.N. *Jaeger/Windel* (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 17 – 113.

<sup>42</sup> *Schumacher* (Fn. 33), S. 228 f. mit Rückverweisungen.

den, die ihre Grundlage in einem – zeitlich vor Verfahrenseröffnung liegenden<sup>43</sup> – Dispositionsakt des Schuldners haben<sup>44</sup>.

(1) Für die einen »gestreckten Rechtserwerb« bewirkenden Verfügungstatbestände ist die Zurückführung auf einen Dispositionsakt des Schuldners evident (s. dazu noch sogleich sub 4.); hierzu gehören nicht zuletzt die viel diskutierten *Vorausabtretungsfälle*<sup>45</sup>. In einem weiteren Sinne von einem »gestreckten Rechtserwerb« kann man aber auch dann sprechen, wenn die aus dem haftenden Vermögen erworbene Rechtsposition – ohne vor Verfahrenseröffnung bereits »gesichert« gewesen zu sein – erst nach Verfahrenseröffnung durchsetzbar und »werthaltig« geworden ist. Wenn man deshalb die *Valutierung* eines Pfandrechts<sup>46</sup> oder eines nichtakzessorischen Sicherungsrechts<sup>47</sup> unter § 91 InsO subsumiert, auch wenn das dingliche Recht als solches bereits vor Verfahrenseröffnung wirksam erworben war, so kommt darin zum Ausdruck, dass die ja immer noch auf die Verfügung des Schuldners zurückgehende haftungsvereitelnde Wirkung erst mit der Valutierung endgültig eingetreten ist; denn zuvor konnte dieser Nachteil mit der Nichtvalutierungseinrede abgewehrt werden. In diesem Sinne um einen gestreckten Rechtserwerb handelt es sich auch dann, wenn z. B. im Rahmen der Bildung eines *Sicherungspools* oder durch Einzelrechtsübertragung von freien Sicherungsrechten ein Sicherungsrecht mit bislang ungesicherten Insolvenzforderungen »aufgeladen« wird<sup>48</sup>: Hier sind es – sofern ein solches Vorgehen mit der Sicherungsvereinbarung überhaupt in Einklang steht – wiederum eben die der Begründung des Absonderungsrechts zugrundeliegenden rechtsgeschäftlichen Akte des späteren Schuldners, die auf diese Weise nach Verfahrenseröffnung ihre volle haftungsvereitelnde Wirkung

<sup>43</sup> Liegt er nach diesem Zeitpunkt, so wird man im Hinblick darauf, dass auch der Bundesgerichtshof nunmehr die entsprechende Anwendung des § 81 InsO auf »verfügungähnliche« Rechtshandlungen anerkennt (BGH Urt. v. 21.11.2013 – IX ZR 52/13, NZI 2014, 156 [Rn. 21]; BGH, Urt. v. 13.03.2014 – IX ZR 147/11, ZIP 2014, 1037 [Rn. 20f.]), in der Regel § 81 InsO anzuwenden haben.

<sup>44</sup> Vgl. im Ansatz erneut *Schumacher* (Fn. 33), S. 228 f., 238 f. mit Rückverweisungen (der aber etwas enger auf ein »Zutun« des Schuldners abstellt und deshalb meint, vor allem die Zwangsvollstreckungskonstellationen nicht erfassen zu können).

<sup>45</sup> Eine Stellungnahme zur Frage des »Werthaltigmachens« einer vorausabgetretenen Forderung (vgl. dazu *Vofß* (Fn. 7), S. 55 ff., m. Bespr. *Piepenbrock*, KTS 2013, 91 ff.) ist damit nicht verbunden, da das hier zusätzlich eingeforderte Kriterium der Veranlassung durch den nicht mehr verfügungsbefugten Schuldner ja unzweifelhaft gegeben ist.

<sup>46</sup> Vgl. *Jaeger/Henckel* (Fn. 11), § 15 KO Rn. 21; *Jaeger/Windel* (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 31; *Häsemeyer* (Fn. 2), Rn. 10.28; a.A. insoweit noch *Schumacher* (Fn. 33), S. 140 ff.; sachlich auch BGH Urt. v. 26.01.1983 – VIII ZR 257/81, BGHZ 86, 340, 346 ff.

<sup>47</sup> Vgl. BGH Urt. v. 30.10.1974 – VIII ZR 81/73, NJW 1975, 122; BGH Urt. v. 20.12.2001 – IX ZR 419/98, ZIP 2002, 407, 408; BGH Urt. v. 21.2.2008 – IX ZR 255/06, ZIP 2008, 703 [Rn. 13 f.]; *Jaeger/Windel* (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 41; *Muthorst*, ZIP 2009, 1794, 1798; a.A. wohl nur *Obermüller/Kuder*, FS Fischer (2008), S. 385, 390 ff.

<sup>48</sup> Vgl. m.w.N. BGH Urt. v. 21.02.2008 – IX ZR 255/06, ZIP 2008, 703 [Rn. 10]; *Jaeger/Henckel* (Fn. 11), § 15 KO Rn. 33, 70, 79; *Jaeger/Windel* (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 58, 81, 87; *Häsemeyer* (Fn. 2), Rn. 10.20, 18.67.

entfalten. Dass sich eine durch den Schuldner eingeleitete und hierdurch legitimierte haftungsnachteilige Vermögensumsetzung vollendet, kann nach Verfahrenseröffnung aber nicht mehr wirksam sein.

In ähnlicher Weise um einen zeitlich gestreckten Rechtserwerb geht es etwa beim vormerkungsgesicherten gesetzlichen *Löschungsanspruch*<sup>49</sup>: Mit dem Erwerb des Löschungsanspruchs vollendet sich letztlich eine durch den Schuldner rechtsgeschäftlich begründete Rechtsposition, nämlich die des nachrangigen Grundpfandgläubigers, zu deren (abdingbaren) gesetzlichen Inhalt der Löschungsanspruch gehört. Bei der *Abtretung des sicherungsvertraglichen Rückgewähranspruchs* an den nachrangigen Grundpfandgläubiger<sup>50</sup> ist wiederum eine rechtsgeschäftlich begründete Rechtsposition involviert, nämlich eben der sicherungsvertragliche Rückgewähranspruch. Aus einem ähnlichen Grund fällt die *Einbeziehung weiterer Zubehörsachen* in den Haftungsverband eines bestehenden Grundpfandrechts stets unter § 91 InsO<sup>51</sup>; denn mit ihr vollendet sich diesbezüglich – unabhängig davon, wer der Sache die Zweckbestimmung als Zubehör verleiht – der Begründungstatbestand des Grundpfandrechts, der seinerseits die Verfügungsbefugnis des Schuldners voraussetzt. Auch den *Rangtausch* von Realgläubigern in den Fällen des § 880 Abs. 2 BGB<sup>52</sup> muss man sich als letztes Element eines Erwerbstatbestands vorstellen, der mit der Begründung des begünstigten Rechts seinen Anfang genommen hat; deshalb kann hier selbst dann, wenn man der h.M. entsprechend eine Zustimmung des insolventen Eigentümers für entbehrlich hält, das Scheitern des Erwerbs auf die fehlende Verfügungsbefugnis zurückgeführt werden. Ähnlich ist wiederum zu erklären, dass § 91 InsO die *Konvaleszenz einer unwirksamen Zweitabtretung* ausschließt, wenn die Forderung nach Verfahrenseröffnung in das Schuldnervermögen zurückfällt<sup>53</sup>; denn es ist ja gerade die (zweite) Verfügung des Schuldners, die eben erst durch den Rückerwerb Wirksamkeit erlangt. Auch die Annahme einer zugunsten des Erwerbers unter Verzicht auf die Rücknahme

<sup>49</sup> Nach BGH Urt. v. 27.04.2012 – V ZR 270/10, BGHZ 193, 144 = ZIP 2012, 1140 [Rn. 12 ff.] (dazu s. Windel, KTS 2012, 457, 464 ff.) ist der Rechtserwerb hier allerdings ohnehin insolvenzfest; überzeugend anders insofern noch BGH Urt. v. 09.03.2006 – IX ZR 11/05, BGHZ 166, 319 = ZIP 2006, 1141 [Rn. 14 ff.]; s. auch BGH Urt. v. 22.07.2004 – IX ZR 131/03, BGHZ 160, 168, 171 f. = ZIP 2004, 1724.

<sup>50</sup> Vgl. BGH Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 = ZIP 2011, 2364 [Rn. 9 ff.]; s. auch BGH Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 191/10, ZIP 2012, 638 [Rn. 29 ff.]; BGH Urt. v. 11.10.2012 – IX ZR 30/10, ZIP 2012, 2214 [Rn. 17]; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 58; teilw. anders Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 98.

<sup>51</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 24; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 43; gegen die Zurückführung auf ein »Zutun« des Schuldners hier Schumacher (Fn. 33), S. 91 f., 238.

<sup>52</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 37; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 47; Schumacher (Fn. 33), S. 81.

<sup>53</sup> BGH Beschl. v. 25.09.2003 – IX ZR 213/03, NZI 2004, 29, 30 f.; BGH Urt. v. 11.10.2012 – IX ZR 30/10, ZIP 2012, 2214 [Rn. 8]; Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 15; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 104.

*hinterlegten Sache* würde danach an sich als Anwendungsfall des § 91 InsO in Betracht kommen; jedoch ergibt sich hier die Existenz einer insolvenzfesten Rechtsstellung aus § 377 Abs. 2 BGB<sup>54</sup>. Der Rechtserwerb aufgrund *Aneignungsgestattung* fällt nach h.M. immer unter § 91 InsO, es sei denn, der Anspruch auf Fruchtziehung hätte die Qualität einer Masseschuld<sup>55</sup>; auch dies bestätigt die Zurückführung auf die Schuldnerdisposition. Immer noch auf den Dispositionsakt des Schuldners zurückzuführen sind schließlich auch Erwerbstatbestände, die sich durch Eintritt einer rechtsgeschäftlichen *Bedingung* oder Erteilung der *Genehmigung* eines Dritten nach Verfahrenseröffnung vollenden; ob der Rechtserwerb durch § 91 InsO verhindert wird, liegt dann an der gesetzlichen Ausgestaltung als »gesicherte« und insolvenzfeste Rechtsposition (deren Vorliegen im ersten Fall nicht zweifelhaft ist<sup>56</sup>, im zweiten Fall aber sehr wohl<sup>57</sup>).

(2) Von Bedeutung ist des Weiteren, dass auch Erwerbstatbestände, die nicht im engeren Sinne auf einer Verfügung des Schuldners beruhen, zu ihrer Legitimität die Verfügungsbefugnis des Schuldners voraussetzen. Relevant ist dies bei den (von § 89 Abs. 1 InsO nicht erfassten<sup>58</sup>) *Vollstreckungsmaßnahmen zugunsten von Neugläubigern*; hier greift der schon erwähnte<sup>59</sup> Gedanke ein, dass sich die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung auch durch die fehlende Verfügungsbefugnis begründen lässt. Zudem und vor allem lässt sich die Unwirksamkeit des Rechtserwerbs hier damit erklären, dass der Schuldner nach Verfahrenseröffnung mangels Verfügungsbefugnis schon keine wirksamen Haftungsrechte an der Masse mehr begründen konnte<sup>60</sup>, so dass der Neugläubiger unzulässigerweise in nicht haftendes Vermögen vollstrecken würde. Eine *Legalzession*, etwa im Fall des § 33 Abs. 2 SGB II (Übergang von Unterhaltsansprüchen auf den Sozialleistungsträger), setzt ebenfalls die Verfügungsbefugnis des bisherigen Gläubigers voraus und fällt deshalb im Ansatz unter § 91 InsO<sup>61</sup>. Dass die *strafrechtliche Einziehung*, wenn sie Straf- und nicht Sicherungscharakter haben soll (§§ 74 Abs. 2 Nr. 1, 74e Abs. 2 S. 1 StGB), und ebenso

<sup>54</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (2004), § 36 InsO Rn. 28 ff.; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 15.

<sup>55</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 18 f.; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 22 f.; Schumacher (Fn. 33), S. 166 ff.

<sup>56</sup> Vgl. m.w.N. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 60 ff.; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 71 ff.; Schumacher (Fn. 33), S. 60 ff.; aus der Rspr. zuletzt BGH Urt. v. 17.11.2005 – IX ZR 162/04, ZIP 2006, 87 [Rn. 13].

<sup>57</sup> Vgl. m.w.N. Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 106 ff.; Häsemeyer, KTS 1982, 1, 16 ff.; aus der Rspr. siehe einerseits BGH Beschl. v. 15.01.2009 – IX ZR 237/07, ZIP 2009, 485 [Rn. 13] (krit. Laukemann, KTS 2010, 69, 71 ff.), andererseits BGH Urt. v. 01.02.1978 – VIII ZR 232/75, BGHZ 70, 299, 302 f.

<sup>58</sup> Vgl. nur Jaeger/Eckardt (Fn. 10), § 89 InsO Rn. 25 m.w.N.

<sup>59</sup> S. oben sub III.1.b.

<sup>60</sup> Vgl. Jaeger/Eckardt (Fn. 10), § 89 InsO Rn. 25; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 81 InsO Rn. 23, § 91 InsO Rn. 6, 115; Häsemeyer (Fn. 2), Rn. 10.17.

<sup>61</sup> Vgl. OLG Saarbrücken Urt. v. 21.11.2013 – 4 U 377/12, NZI 2013, 1073, 1075.

die Einziehung des Wertersatzes (§ 74c StGB) und die Anordnung des Verfalls eines Gegenstandes (§§ 73 – 73d StGB) an § 91 InsO scheitern<sup>62</sup>, ist ebenfalls damit zu rechtfertigen, dass diese Eingriffe die fortbestehende Verfügungsbefugnis des Schuldners voraussetzen<sup>63</sup>.

(3) Auf den gerade angesprochenen Gedanken lassen sich auch diejenigen Fallkonstellationen zurückführen, in denen sich die Haftungszuweisung an die Insolvenzgläubiger auch nach h.M. den gesetzlichen Erwerbstatbeständen gegenüber durchsetzt. So soll etwa die *Ersitzung* dann unter § 91 InsO zu subsidiieren sein, wenn sie auf einem auf den Schuldner zurückzuführenden Besitzerwerb beruht<sup>64</sup>. Entsprechendes gilt für den *Fruchterwerb* nach §§ 955, 957 BGB<sup>65</sup>. Veranlasst der Schuldner nach Verfahrenseröffnung durch Besitzverschaffung oder »Einbringen«, dass eine Sache von einem gesetzlichen Besitzer oder Einbringungspfandrecht erfasst wird, so greift jedenfalls § 91 KO ein; der im Vergleich zu § 7 KO problematischeren Anwendung des § 81 InsO<sup>66</sup> bedarf es insofern nicht. Auch das *Zurückbehaltungsrecht* nach § 369 HGB kann genau dann nach Verfahrenseröffnung nicht mehr mit Wirksamkeit gegen die Insolvenzmasse erworben werden, wenn die Besitzerlangung auf eine willentliche Handlung des Schuldners vor Verfahrenseröffnung zurückzuführen ist<sup>67</sup>. Beim Eigentumserwerb des Vorbehaltslieferanten aufgrund einer »*Herstellerklausel*« wird diskutiert, ob die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 91 InsO davon abhängt, ob man den Erwerbsvorgang rechtsgeschäftlich erklärt oder, wie der Bundesgerichtshof, rein objektiv anhand der durch die Klausel beeinflussten Verkehrsanschauung<sup>68</sup>. Das richtige Ergebnis mag hier dahinstehen<sup>69</sup>; dies zeigt jedenfalls, dass auch hier für entscheidend gehalten wird, ob sich in dem Erwerb noch der Dispositionsakt des Schuldners auswirkt.

<sup>62</sup> Vgl. m.w.N. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 26 ff.; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 98 ff.; Schumacher (Fn. 33), S. 120 ff., 238.

<sup>63</sup> Im Ergebnis abweichend Schumacher (Fn. zuvor), der hier wiederum nur nach einem »Zutun« des Schuldners fragt.

<sup>64</sup> So insbes. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 16; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 17; HK-InsO/Kayser (Fn. 8), § 91 Rn. 41; Häsemeyer (Fn. 2), Rn. 10.19; Schumacher (Fn. 33), S. 187 ff.; a.A. etwa Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Piekenbrock (Fn. 9), § 91 InsO Rn. 4; Kübler/Prütting/Bork/Lüke (Fn. 8), § 91 InsO Rn. 48.

<sup>65</sup> Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 17; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 21; MünchKommInsO/Breuer (Fn. 9), § 91 Rn. 60, 62; a.A. wiederum Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier/Piekenbrock (Fn. 9), § 91 InsO Rn. 8.

<sup>66</sup> Hierfür m.w.N. Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 37; vgl. zur KO Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 7 Rn. 3, § 15 Rn. 22.

<sup>67</sup> Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 23; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 37.

<sup>68</sup> Vgl. m.w.N. Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 28 f.; Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 51 InsO Rn. 43; s. auch Serick, ZIP 1982, 507, 516 f.

<sup>69</sup> Ebenso die weitere Frage, wie sich der Umstand auswirkt, dass der Lieferant immerhin das untergegangene Vorbehalts Eigentum beige-steuert hatte, vgl. dazu Jaeger/Henckel (Fn. 26), § 51 InsO Rn. 43 ff.

(4) Umgekehrt kann auf diese Weise erklärt werden, dass ein Schuldner seine fehlerhafte *Tilgungsbestimmung* auch in der Insolvenz des Scheingläubigers nachträglich ändern – seine Zuwendung gewissermaßen umwidmen – kann mit der Folge, dass der Masse die Differenz zwischen der Insolvenzquote und dem Nennwert der Forderung verloren geht<sup>70</sup>; dies liegt richtigerweise eben daran, dass der Schuldner hier nicht involviert und seine entzogene Verfügungsbefugnis daher ohne Bedeutung ist (dass es gleichwohl Gründe geben mag, der Umwidmung die Wirksamkeit zu versagen, soll damit nicht abgestritten werden, nur haben sie nichts mit dem Insolvenzbeschlagn zu tun). Auch dass jedenfalls § 91 InsO nicht verhindert, dass ein Dritter eine von dem Schuldner als Nichtberechtigten vorgenommene Verfügung *genehmigt*<sup>71</sup> und dass ein Drittschuldner in der Insolvenz des Zessionars kraft guten Glaubens *befreiend* nach §§ 407 BGB, 354a HGB an den Zedenten *leisten* kann<sup>72</sup>, ist bereits aus diesem Grund richtig. Konsequenterweise erscheint zudem, dass § 91 InsO nicht eingreift, wenn ein Dritter einen massegünstigen Erwerbstatbestand durch *Anfechtung wegen eines Willensmangels* rückgängig macht<sup>73</sup>.

Als *Zwischenergebnis* ist danach festzuhalten, dass die Annahme eines im Ansatz allumfassenden »Erwerbsverbots« mindestens unzweckmäßig ist, was die Erklärung des Anwendungsbereichs des § 91 InsO angeht. Denn die Aussage, bestimmte Erwerbstatbestände hätten »die Kraft, haftungsrechtliche Zuweisungen schlechthin zu zerstören«<sup>74</sup>, gelangt insofern erst auf einem Umweg zum zweifellos richtigen Ergebnis: Indem die haftungsrechtliche Zuweisung (oder: der Insolvenzbeschlagn) schon gar nicht anders zu wirken bezweckt als durch Eingriff in die Verfügungsbefugnis des Schuldners, sind solche Erwerbstatbestände, soweit sie sich ohne Rücksicht auf eine Mitwirkung des Schuldners vollziehen, schon im Ansatz von § 91 InsO nicht erfasst.

### 3. Wortlaut und Entstehungsgeschichte des § 91 InsO

Einzuräumen ist, dass der Wortlaut des § 91 InsO eine Interpretation im Sinne der Erwerbsverbotstheorie nahezu legen scheint – eben darum, weil im Ansatz

<sup>70</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 104; Schumacher (Fn. 33), S. 199 ff.; a.A. insoweit Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 90 m.w.N.

<sup>71</sup> So im Ergebnis BGH Beschl. v. 15.01.2009 – IX ZR 237/07, ZIP 2009, 485 [Rn. 13] (krit. Laukemann, KTS 2010, 69, 71 ff.); abw. Begr. bei Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 110.

<sup>72</sup> Vgl. Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 Rn. 94, 112 f.; von Olshausen, ZIP 1995, 1950, 1954, 1962 f.; Häsemeyer (Fn. 2), Rn. 10.20.

<sup>73</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 95; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 111; Schumacher (Fn. 33), S. 136 ff., 222; a.A. Becker, Insolvenzrecht, 3. Aufl. (2010), Rn. 919.

<sup>74</sup> Vgl. Jaeger/Henckel (Fn. 11), § 15 KO Rn. 5, 16, 81, 84, 89, 90, 126; Jaeger/Windel (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 7, 17, 19, 26, 96, 97, 101; ähnlich bereits Schumacher (Fn. 33), S. 229: Kennzeichen der gegenüber dem Erwerbsverbot durchdringenden Tatbestände sei es, auch jedem anderen Eigentümer oder Sicherungsberechtigten gegenüber wirksam zu sein.

offenbar jeglicher Rechtserwerb gesperrt werden soll –, so dass eine restriktive Herangehensweise, wie sie der »Verfügungstheorie« entspräche, sich weiter vom Wortlaut der Bestimmung zu entfernen scheint. Indessen wäre ein solches Argument schon deshalb kurzschlüssig, weil die Endergebnisse beider Herangehensweisen ja gar keine prinzipiell verschiedenen sind: Im gleichen Maße, wie die Erwerbsverbotstheorie näher am Wortlaut liegt, muss sie sich später durch Statuierung umfangreicher teleologisch motivierter Ausnahmen (von denen der Wortlaut der Vorschrift ja auch nichts erkennen lässt) hiervon entfernen.

Vor allem aber würde ein solches Argument an der Tatsache vorbeigehen, dass den historischen Gesetzesredakteuren keineswegs ein derart wortlautnahes Verständnis der Norm vorschwebte, wie es diesem Argument zugrunde liegt. Im Rahmen der Beratungen über die KO-Novelle 1898<sup>75</sup> wurde der Antrag gestellt, den Anwendungsbereich des späteren § 15 KO durch eine klarstellende Ergänzung zu verdeutlichen: Es solle sich um einen Erwerb aufgrund eines Rechtsverhältnisses zum Gemeinschuldner handeln müssen; die seinerzeit vorliegende Entwurfsfassung sei zu weit, da sie auch einen Erwerb erfasse, mit dem der Gemeinschuldner nicht im Zusammenhang stehe, wie Verfügungen des Konkursverwalters, Vollendung der vor Konkursbeginn angefangenen Ersetzung und gutgläubiger Erwerb durch Rechtsgeschäft mit einem Dritten. Dieser Antrag wurde zwar abgelehnt, aber nicht deshalb, weil über seine Berechtigung ein sachlicher Dissens bestanden hätte, sondern weil sich die Kommissionsmitglieder darüber einig waren, dass diese Klarstellung bei der später gewordenen Fassung des § 15 KO entbehrlich sei. Die hier vorgeschlagene Zurückführung des § 91 InsO auf den Schuldner bzw. die diesem entzogene Verfügungsbefugnis darf sich insoweit also durchaus in Übereinstimmung mit dem »Gesetzgeber« fühlen.

#### 4. Systematische Argumente

##### a) Zur Abgrenzung von § 81 InsO und § 91 InsO

Ein Argument von einem gewissen Gewicht zugunsten der Erwerbsverbotstheorie würde es schließlich darstellen, wenn die Folgen des Verlusts der Verfügungsbefugnis für die Wirksamkeit von Verfügungen des Schuldners ausschließlich in § 81 InsO geregelt wären, so dass es bei § 91 InsO nur um alle sonstigen Rechtsänderungen gehen könnte. Hierauf scheint der Wortlaut von § 91 InsO hinzudeuten, indem gerade Erwerbsvorgänge angesprochen werden, denen »keine Verfügung des Schuldners ... zugrunde liegt«, und so klingt es zuweilen auch in der Rechtsprechung an<sup>76</sup>.

<sup>75</sup> Vgl. zum Folgenden Prot. VI (= Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 6, 1899), S. 756 ff.

<sup>76</sup> Vgl. BGH Urt. v. 10.11.2011 – IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 = ZIP 2011, 2364 [Rn. 9],

Indessen steht außer Zweifel, dass § 91 InsO jedenfalls auch den sich nach Verfahrenseröffnung vollendenden Rechtserwerb aufgrund einer vor Verfahrenseröffnung vorgenommenen Verfügungshandlung des Schuldners erfasst: Dies zeigt schon Abs. 2 der Bestimmung, dem sonst jeglicher Anknüpfungspunkt fehlen würde, und dies wird auch durch die Gesetzesmaterialien zu § 15 KO<sup>77</sup> wie zu § 91 InsO<sup>78</sup> bestätigt; der – gleichwohl schon von *Ernst Jaeger* als verunglückt bezeichnete<sup>79</sup> – Wortlaut des § 15 KO hatte dabei noch etwas deutlicher gemacht als die jetzige Formulierung, dass man hier nur im Hinblick auf den vorrangigen § 7 KO die Rechtshandlungen des Gemeinschuldners als solchen gemeint hatte (d. h. des »Schuldners« in seiner durch die Verfahrenseröffnung erlangten Eigenschaft als »Gemeinschuldner«)<sup>80</sup>.

Der Bundesgerichtshof hat in den vergangenen Jahren bekanntlich sogar ein Übriges getan und den auf Verfügungen bezogenen Anwendungsbereich des § 91 InsO auf Kosten des (möglichen) Anwendungsbereichs des § 81 InsO deutlich gestärkt. Zu erinnern ist nur an die zahlreichen Entscheidungen zur Konstellation der Vorausverfügungen über nach Verfahrenseröffnung entstandene Forderungen; die Existenz des Verfügungssubstrats, so der Bundesgerichtshof hierzu, gehöre nicht zu den Tatbestandselementen der Verfügung, für deren Wirksamkeit das Fortbestehen der Verfügungsbefugnis vorauszusetzen sei, so dass hierauf § 91 InsO anzuwenden sei und nicht § 81 InsO<sup>81</sup>. In einer aktuellen Entscheidung zum gestreckten Erwerb von Grundstücksrechten hat der Bundesgerichtshof selbst die Fälle, in denen ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal der Verfügung noch fehlte (in diesem Fall die Grundbucheintragung), der Bestimmung des § 91 InsO zugeordnet.<sup>82</sup> Zumindest Letzteres mag im Hinblick auf § 91 Abs. 2 InsO i.V.m. § 878 BGB in der Tat viel für sich haben; da aber der Bundesgerichtshof zugleich annimmt, die Verfügungsbefugnis müsse beim Abschluss des Verfügungstatbestands (wenngleich nicht notwendig bis zum Ein-

---

wo der Senat meint, schon aus dem Gesetzeswort ergebe sich [»mithin«], dass dem Erwerbsverbot keine Verfügungsbeschränkung zugrunde liege.

<sup>77</sup> Vgl. insbes. Motive II (Fn. 35), S. 54

<sup>78</sup> BT-Drucks. 12/2443, S. 135 f (zu § 92 RegE-InsO = § 81 InsO): »Sonstige Rechtshandlungen des Schuldners haben nach der ergänzenden Vorschrift des § 102 des Entwurfs [§ 91 InsO], die dem bisherigen § 15 KO entspricht, keine Wirkungen für die Insolvenzmasse.«

<sup>79</sup> *Jaeger* (Fn. 12), § 15 KO Anm. 3.

<sup>80</sup> Vgl. *Jaeger/Henckel* (Fn. 11), § 15 KO Rn. 2, 10; *Jaeger/Windel* (Fn. 10), § 91 InsO Rn. 3, 13.

<sup>81</sup> Z.B. BGH Urt. v. 08.01.2009 – IX ZR 217/07, ZIP 2009, 380 [Rn. 27 ff.] (m.w.N. zur älteren Rspr.); BGH Urt. v. 25.06.2009 – IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 = ZIP 2009, 1529 [Rn. 10 f.]; BGH Urt. v. 17.09.2009 – IX ZR 106/08, BGHZ 182, 264 = ZIP 2010, 38 [Rn. 10]; BGH Urt. v. 14.01.2010 – IX ZR 78/09, ZIP 2010, 335 [Rn. 18]; BGH Urt. v. 22.04.2010 – IX ZR 8/07, NZI 2010, 682 [Rn. 9]; BGH Urt. v. 26.01.2012 – IX ZR 191/10, ZIP 2012, 638 [Rn. 29]; BGH Urt. v. 20.09.2012 – IX ZR 208/11, ZIP 2012, 2358 [Rn. 13]; BGH Urt. v. 25.04.2013 – IX ZR 62/12, ZIP 2013, 1082 [Rn. 27]; BGH Urt. v. 18.04.2013 – IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 [Rn. 17].

<sup>82</sup> BGH Urt. v. 26.04.2012 – IX ZR 136/11, ZIP 2012, 1256 [Rn. 10 ff.].

tritt des Verfügungserfolgs) vorliegen<sup>83</sup>, ist zumindest in dieser zuletzt genannten Konstellation eindeutig ein Fall dem § 91 InsO zugeordnet worden, in dem sich die Entziehung der Verfügungsbefugnis ausgewirkt hat und gerade kein »Erwerbsverbot«. Für die systematische Einordnung des § 91 InsO als Folge der gegen den Schuldner verhängten Verfügungsbeschränkung hat der Bundesgerichtshof jüngst auch dadurch ein Argument geliefert, dass er die Konvaleszenz einer nach dieser Bestimmung unwirksamen Vorausabtretung durch die Freigabe des Unternehmens (§ 35 Abs. 2 InsO) bejahte und hierfür explizit mit der Parallele zu § 81 InsO argumentiert hat, für dessen Rechtsfolgen die Möglichkeit der Konvaleszenz bereits anerkannt war<sup>84</sup>. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist mithin umso weniger einsichtig, dass dem § 91 InsO eine grundsätzlich andere Teleologie zukommen soll als dies bei § 81 InsO der Fall ist.

*b) Zur Behandlung der Anwendungsfälle des § 91 InsO im Eröffnungsverfahren*

Für den Fall, dass im Eröffnungsverfahren gegen »eine der in § 21 Abs. 2 (S. 1) Nr. 2 InsO vorgesehenen Verfügungsbeschränkungen« verstoßen wird, ordnet § 24 Abs. 1 InsO die entsprechende Anwendung des § 81 InsO, nicht aber des § 91 InsO an. Es fragt sich deshalb, ob diese gesetzliche Rechtsfolgenanordnung mit der hier vertretenen Auffassung vereinbar ist; denn soweit § 91 InsO auf dem Verlust der Verfügungsbefugnis aufbaut, wäre eine Differenzierung zwischen eröffnetem und Eröffnungsverfahren immer dann problematisch, wenn im Eröffnungsverfahren ebenfalls die Verfügungsbefugnis entzogen wird.

Dies ist regelmäßig allerdings nicht der Fall: In der Praxis überwiegt deutlich die Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts nach § 21 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO (in Verbindung mit der Bestellung eines dann sog. schwachen vorläufigen Insolvenzverwalters sowie ggf. einzelnen Handlungsermächtigungen für den vorläufigen Verwalter); dies bedeutet, dass die Verfügungsbefugnis des Schuldners gerade nicht gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 InsO entzogen wird, sondern ihm grundsätzlich erhalten bleibt und lediglich durch eine Verfügungsbeschränkung eingeschränkt wird. Wenn der Bundesgerichtshof für diese Konstellation bereits wiederholt entschieden hat, dass § 91 InsO hierauf nicht – auch nicht entsprechend – anwendbar ist<sup>85</sup>, so steht das jedenfalls nicht in Widerspruch zu

<sup>83</sup> BGH Urt. v. 22.10.2009 – IX ZR 90/08, ZIP 2009, 2347 [Rn. 9 ff.]; vgl. bereits BGH Urt. v. 20.03.1997 – IX ZR 71/96, BGHZ 135, 140, 144 ff. = ZIP 1997, 737.

<sup>84</sup> BGH Urt. v. 18.04.2013 – IX ZR 165/12, ZIP 2013, 1181 [Rn. 26].

<sup>85</sup> BGH Urt. v. 14.12.2006 – IX ZR 102/03, BGHZ 170, 196 = ZIP 2007, 191 [Rn. 8]; BGH Urt. v. 22.10.2009 – IX ZR 90/08, ZIP 2009, 234 [Rn. 9 ff.]; BGH Urt. v. 10.12.2009 – IX ZR 1/09, ZIP 2010, 138 [Rn. 25, 27]; BGH Urt. v. 26.04.2012 – IX ZR 136/11, ZIP 2012, 1256 [Rn. 6].

der hier vertretenen Auffassung; ob dem Bundesgerichtshof insoweit zu folgen ist, mag daher an dieser Stelle dahinstehen<sup>86</sup>.

Anders verhält es sich, wenn das Gericht die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit der Verhängung eines absoluten Verfügungsverbots verbindet, da der Schuldner in diesem Fall gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 InsO seine Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis einbüßt. In diesem Fall stellt sich in der Tat die Frage, ob es ein sinnvolles Ergebnis wäre, die Rechtsfolgen anders zu bestimmen als im eröffneten Verfahren, nämlich unter Ausschluss der bei § 91 InsO angesiedelten Konstellationen. Der Bundesgerichtshof hatte sich hiermit noch nicht mit tragenden Erwägungen zu befassen<sup>87</sup>. Aus meiner Sicht heißt die Frage stellen sie zu verneinen<sup>88</sup>: Dass sich etwa der Erwerb von Grundstücksrechten völlig unabhängig von den Voraussetzungen des § 878 BGB – also auch dann, wenn außer der Eintragung noch andere Erwerbsvoraussetzungen fehlen – vollenden können, nachdem der Schuldner die Verfügungsbefugnis eingebüßt hat, wäre schlechthin nicht mehr nachvollziehbar<sup>89</sup>. Auch wenn der Gesetzgeber nicht an eine widerspruchsfreie Rechtsdogmatik »gebunden« sein mag, sollte man ein derart jeglicher konsistenten Dogmatik widersprechendes

<sup>86</sup> Zur Kritik an der Senatsrechtsprechung (insbesondere zur Konstellation der Vorausverfügungen) vgl. etwa Jaeger/*Gerhardt* (Fn. 26), § 24 InsO Rn. 6; MünchKommInsO/*Ott/Vuia* (Fn. 9), § 81 Rn. 9f.; *Häsemeyer* (Fn. 2), Rn. 10.29 ff; *ders.*, ZZZP 111 (1998), 83 ff.; *Brinkmann*, *Kreditsicherheiten an beweglichen Sachen und Forderungen* (2011), S. 167 ff.; *Bork*, in: *Zimmermann et al* (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik* (1999), S. 289, 301 ff.; *Eickmann*, FS Uhlenbruck (2000), S. 149, 151 f.; *Simokat*, NZI 2012, 57 ff.; s. dazu bereits *Eckardt*, ZIP 1997, 957, 962 f., 964 (die seinerzeit hilfswiese angeregte Subsumtion aller auf eine Rechtshandlung des Schuldners zurückzuführenden Erwerbsvorgänge unter § 81 InsO gebe ich aus den hier entwickelten Gründen auf).

<sup>87</sup> Die in Fn. 85 zitierten Entscheidungen befassen sich mit Fällen eines »schwachen« vorläufigen Verwalters, und in der zum »starken« vorläufigen Verwalter ergangenen Entscheidung BGH Urt. v. 25.06.2009 – IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 = ZIP 2009, 1529 [Rn. 10], kam es hierauf aus anderen Gründen nicht an. Dass der Bundesgerichtshof bislang eine abweichende Behandlung der Fälle des § 22 Abs. 1 InsO nicht in Betracht zieht, dürfte gleichwohl wenig zweifelhaft sein; so spricht er verschiedentlich pauschal von einer Unanwendbarkeit des § 91 InsO »im Eröffnungsverfahren«.

<sup>88</sup> Vgl. wiederum die in Fn. 86 genannten Autoren.

<sup>89</sup> Auch der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass die Verfügungsbefugnis nach allgemeinen Grundsätzen (vorbehaltlich der §§ 161 Abs. 1 Satz 2, 878 BGB) zumindest bis zur Vollendung des zivilrechtlichen Erwerbstatbestands vorliegen muss (BGH Urt. v. 22.10.2009 – IX ZR 90/08, ZIP 2009, 2347 [Rn. 9 ff.]). Mit dieser Aussage wäre es aber völlig unvereinbar, wenn ein solcher Rechtserwerb, weil allein unter § 91 InsO subsumierbar, im Eröffnungsverfahren auch dann Wirksamkeit erlangen könnte, wenn es sich – anders als im zu entscheidenden Fall – um eine »starke« Insolvenzverwaltung handeln würde. Genau hierauf würde die Rspr. des Bundesgerichtshofs aber hinauslaufen (vgl. BGH Urt. v. 25.06.2009 – IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 = ZIP 2009, 1529 [Rn. 10 ff.]). Soweit der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung auf die Notwendigkeit verweist, den durch § 878 BGB bewirkten Schutz der Erwerbsanwartschaft zu gewährleisten (BGH Urt. v. 25.06.2009 a.a.O. Rn. 13), ist dem zu entgegen, dass sich die Anwendbarkeit dieser Vorschrift von selbst versteht, mag man die Fallgestaltung nun § 24 Abs. 1 i.V.m. § 81 InsO zuordnen oder einem insgesamt entsprechend anzuwendenden § 91 InsO.

Ergebnis jedenfalls nicht ohne eine dahingehende zweifelsfrei im Gesetz objektivierte Entscheidung des Gesetzgebers annehmen. Daran fehlt es hier aber: § 24 Abs. 1 InsO nennt die Bestimmung des § 22 Abs. 1 InsO gerade nicht; im Hinblick darauf, dass der zweite Absatz des § 24 InsO die Fälle des Verlusts der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis explizit anspricht, soweit es um die Konsequenzen für die Prozessführung geht, wird man kaum ohne weiteres sagen können, in Absatz 1 seien diese ohne weiteres »mitgemeint«.

Sofern aus Sicht des Bundesgerichtshofs der »Charme« der Erwerbsverbots- theorie nicht zuletzt in der Hoffnung begründet gelegen haben sollte, damit ein stimmiges System in seine umstrittene Rechtsprechung zur Wirkung der Verfügungsbeschränkungen im Eröffnungsverfahren (und das zugegebenermaßen nur mit Schwierigkeiten stimmig zu machende System der §§ 24, 81, 91 InsO) zu bringen, muss diese Hoffnung deshalb wohl trügerisch bleiben: Eher trägt umgekehrt die Zurückführung des § 91 InsO auf die fehlende Verfügungsbefugnis dazu bei, die Aussage, die von dieser Vorschrift erfassten Erwerbsfälle würden im Eröffnungsverfahren unter keinen Umständen erfasst und unterfielen allein der Insolvenzanfechtung, weiter zu falsifizieren. Für die Zwecke dieses Beitrags wiederum ist hieraus zu folgern, dass man jedenfalls nicht umgekehrt aus der Nichtanwendung des § 91 InsO im Eröffnungsverfahren ein Argument für dessen Interpretation als von dem Verlust der Verfügungsbefugnis unabhängiges Erwerbsverbot ableiten kann.

#### IV. Conclusio

Zielsetzung dieses Beitrags war es nicht, substantiell andere Ergebnisse zu begründen als die, zu denen bislang die h.M. gelangt. Beabsichtigt war auch nicht, der in letzter Zeit üblich gewordenen Apostrophierung des § 91 InsO als »Erwerbsverbot« oder der bildlichen Vorstellung von dessen Wirkung als einer auf Erhaltung des Massebestands gerichteten »Käseglocke« entgegenzutreten, soweit sie lediglich der im juristischen Alltagssprachgebrauch oder auch im akademischen Unterricht zuweilen notwendigen schlagwortartigen Verkürzung dienen. Das ändert nach Ansicht des Verf. aber nichts daran, dass diese Begriffe im Hinblick auf den heuristischen Zweck solcher Begriffsbildungen und Veranschaulichungen geeignet sind, die Teleologie der Bestimmung zu verunklaren und einer unangemessen verkürzenden Argumentation bei ihrer Auslegung Vorschub zu leisten. Vorzuziehen ist deshalb die im Grundsatz einheitliche Ableitung von § 81 und § 91 InsO aus dem Verlust der schuldnerischen Verfügungsbefugnis (§ 80 InsO), die nach Verfahrenseröffnung jedem jetzt noch auf den Schuldner zurückzuführenden Rechtserwerb die haftungsrechtliche Legitimation entzieht, mag die Mitwirkung des Schuldners nun ausschließlich vor (§ 91 InsO) oder auch noch nach Verfahrenseröffnung (§ 81 InsO) stattgefunden

haben. Die teleologische Korrektur des § 91 InsO, die auch nach der herrschenden »Erwerbsverbotstheorie« zwingend erforderlich ist, um den im Ansatz viel zu weit geratenen Anwendungsbereich der Vorschrift auf das haftungsrechtlich Gebotene zurückzuschneiden, findet hiernach also in Übereinstimmung mit der Regelungsabsicht des Gesetzgebers schon bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs der Bestimmung statt und nicht erst im Nachhinein durch Statuierung von Ausnahmetatbeständen.