

Diederich Eckardt*

Die Ausübung von Mobiliarsicherheiten in der Unternehmenskrise

Die Einbeziehung der Mobiliarsicherheiten in das Insolvenzverfahren ist von Beginn an als Schicksalsfrage der Insolvenzrechtsreform bezeichnet worden; auch in der reduzierten Gestalt, in der sie tatsächlich verwirklicht worden ist, stellt sie noch ein Kernstück des neuen Insolvenzrechts dar. Die Verwirklichung dieses wichtigen Reformziels kann jedoch durch den Sicherungsgläubiger relativ leicht durch Ansichnahme des Sicherungsguts bereits kurz vor Verfahrenseröffnung vereitelt werden. Der Verfasser untersucht für die Sicherungsrechte an beweglichen Sachen, mit welchen Gegenmaßnahmen dieser an sich nicht illegitimen, aber zumindest potenziell für den Erfolg des Insolvenzverfahrens überaus schädlichen Vermeidungsstrategie begegnet werden kann.

I. Die Ausübung von Sicherungsrechten vor Verfahrenseröffnung als Schwachstelle der Insolvenzrechtsreform

1. Zur „Entwertung“ der Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren

Zu Beginn der Reformarbeiten an einem neuen Insolvenzrecht drohte den Mobiliarsicherheiten und ihren primären Nutznießern, der Kreditbranche, das Schlimmste. Man diagnostizierte ein „erschreckendes Ausmaß rechtlicher und wirtschaftlicher Entwertung“ und sah die Mobiliarsicherheiten „mit rostigem Messer amputiert“, gar „in ihrer materiellen Existenzberechtigung außerhalb der Insolvenz zerstört“ und dadurch „gemordet in der vollen Pracht ihrer Entfaltung“.¹ Gemeint war vor allem: Die besitzlosen Mobiliarsicherheiten sollten nach den Vorstellungen der Kommission für Insolvenzrecht zur Masse gezogen und durch den Verwalter verwertet werden; der an den insofern bevorrechtigten Gläubiger auszukehrende Erlös sollte im Liquidationsfall um einen Verfahrensbeitrag von 25% gekürzt werden.² Blickt man auf das nun endlich in Kraft getretene Gesetzeswerk, so haben sich diese Befürchtungen, mögen sie anfangs berechtigt gewesen sein oder nicht, jedenfalls nicht bewahrheitet.³ Zwar werden die Inhaber von Sicherungsrechten mit Ausnahme des einfachen Eigentumsvorbehalts „in das Verfahren einbezogen“; ihnen werden „bei der Durchsetzung ihrer Rechte gewisse Rücksichtnahmen abverlangt“.⁴ Dies äußert sich vor allem in der aus den Kommissionsvorschlägen gebliebenen Verlagerung der Verwertungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter und dem damit einhergehenden Zugriffsverbot der Sicherungsberechtigten (§ 166 Abs. 1 InsO). Das Zugriffsverbot wird begleitet und relativiert durch eine Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen und Nutzungsentschädigung aus der Masse (§ 169 Satz 1, § 172 Abs. 1 Satz 2 InsO) und ein weit reichendes Auskunfts-, Hinweis- und Selbsteintrittsrecht des Gläubigers (§ 167 Abs. 1, § 168 Abs. 2, Abs. 3 InsO), erscheint aber gleichwohl als der zumindest potenziell gravierendste Eingriff durch die Neuregelung: Der Liquiditätsentzug durch die Notwendigkeit, auf die Sicherheitenverwertung und damit auch den Erlös unter Umständen geraume Zeit warten zu müssen, kann trotz des Zinsanspruchs kleinere Gläubigerunternehmen im Einzelfall durchaus in ihrer Existenz bedrohen. In ihren Auswirkungen nicht selten überschätzt werden dagegen die bei der Verwertung einzubehaltenden Kostenbeiträge (§ 170 Abs. 1 Satz 1, § 171 Abs. 1 und 2 InsO, § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG): Diese erreichen derzeit einen Anteil von etwa 22,8% des Bruttoerlöses;⁵ sie halten sich damit im Rahmen desjenigen, was Konkursverwalter sich bisher schon für eine von ihnen durchgeführte Verwertung auf dem Verhandlungswege ausbedingen konnten⁶ und stellen, berücksichtigt man die seit der Neufassung von § 51 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 UStDV im Jahre 1993 ohnehin unvermeidbare Umsatzsteuerbelastung des Sicherungsnehmers und die gleichfalls kaum wesentlich unter 9% zu haltenden eigenen Feststellungs- und Verwertungskosten, den Gläubiger insgesamt allenfalls geringfügig schlechter als im Fall der Selbstverwertung. Vor allem aber wird der Umstand, dass die Siche-

rungsgläubiger nunmehr eine Belastung durch die Kostenbeiträge und die Umsatzsteuer durch eine entsprechende Übersicherung im wirtschaftlichen Ergebnis weit gehend vermeiden können,⁷ zu einer fast völligen Marginalisierung der ursprünglichen Idee eines Verfahrensbeitrags führen.⁸ Tendenziell kompensiert werden die genannten materiellen Einbußen der gesicherten Gläubiger zudem durch deren Einbeziehung in die Willensbildung der Insolvenzgläubigerschaft: Die Absonderungsberechtigten sind mit vollem Stimmrecht – also nach dem vollem Betrag ihrer gesicherten Forderung oder, wenn der Schuldner für diese nicht persönlich haftet, dem Wert ihres Absonderungsrechts (§ 76 Abs. 2 InsO) – in der Gläubigerversammlung sowie im Gläubigerausschuss vertreten (§ 67 Abs. 2 InsO), sie sind bei der Planaufstellung in verschiedener Hinsicht zu beteiligen (vgl. §§ 235, 237 Abs. 1, § 238 InsO) und bilden dort, soweit ihre Rechte betroffen sind, auch eine eigene Abstimmungsgruppe (§ 223 InsO). Damit partizipieren sie zugleich in vollem Umfang an der Stärkung der Gläubigerautonomie durch die Insolvenzordnung – ein Umstand, der den Insolvenzverwaltern in der Zukunft noch mancherlei Kummer im Hinblick auf die zu erwartende Dominanz der Banken in den Entscheidungsgremien der Gläubiger machen wird.⁹

2. Umgehung durch rechtzeitige „Ausübung“ des Sicherungsrechts

Die Rechtsstellung der Mobiliarsicherungsgläubiger, namentlich der Kreditinstitute, ist mithin insgesamt im neuen Insolvenzrecht wie seit eh und je durchaus komfortabel, mit allenfalls geringen Einbußen gegenüber dem Rechtszustand nach der Konkursordnung. Gleichwohl beurteilt die Kreditwirtschaft die Veränderungen immer noch überaus kritisch; namentlich der Kostenbeitrag wird weiterhin als „schwerwiegender Eingriff in die Mobiliarsicherungsrechte“ perhorresziert.¹⁰ Der einzelne Sicherungsgläubiger muss sich auf diese Weise geradezu aufgefordert fühlen, über Vermeidungsstrategien nachzudenken. Zu welchem Ergebnis solche Überlegungen führen werden, liegt auf der Hand: Der Gläubiger muss sich lediglich rechtzeitig vor Verfahrenseröffnung in den Besitz des Sicherungsguts setzen, das Sicherungsrecht also „ausüben“.¹¹ Damit hat der Gläubiger die beschriebenen Nachteile elegant umgangen. Denn die Verwertungsbefugnis des Verwalters und folgeweise der Kostenbeitrag knüpfen an dessen unmittelbaren¹² Besitz an der Sache zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an (§ 166 Abs. 1 InsO); in Ermangelung dessen bleibt es bei der Verwertungsbefugnis des Gläubigers (§ 173 Abs. 1 InsO). Vor allem die Hausbank des Schuldners, aber ebenso andere Kreditgeber mit einem aktiven Kreditrisikomanagement werden häufig die hierfür erforderlichen Kenntnisse und Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung des Schuldnerunternehmens haben, um ein solches Vorhaben auch praktisch zu verwirklichen; dass der Sicherungsvertrag die Ansichnahme des Sicherungsguts im konkreten Fall zulässt, sei dabei vorausgesetzt.

Dabei soll nicht übersehen werden, dass die hier angesprochene Vermeidungsstrategie nur einen Ausschnitt aus einem allgemeinen Problem darstellt: Natürlich bietet es sich für Sicherungszessionare (§ 166 Abs. 2 InsO), für Eigentumsvorbehaltsverkäufer, die nicht auf die Ausübung des Wahlrechts durch den Verwalter (§ 107 Abs. 2 Satz 2 InsO) warten wollen, oder für Vermieter und Verpächter, die sich durch die Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit (§ 112 InsO) beeinträchtigt sehen, ebenso an, ihre Rechte bereits vor der Verfahrenseröffnung geltend zu machen. Ebenso wie in diesen Parallelfällen ist die Ausübung von Mobiliarsicherheiten kurz vor Verfahrenseröffnung im Prinzip zwar nicht illegitim und erst recht nicht rechtswidrig. Jedoch wird sich damit der Gläubiger regelmäßig – vom angesprochenen Ausnahmefall eines existenzbedrohenden Liquiditätsengpasses abgesehen – allenfalls einen kleinen Vorteil gegenüber der Verwertung durch den Verwalter sichern. Der Preis hierfür wäre freilich nicht selten eine unverhältnismäßig größere Schädigung der Masse und damit der Gläubigergesamtheit. Zwar mag man es noch für eine hinnehmbare Beeinträchtigung halten, dass die Art und Weise der Verwertung nunmehr durch den Gläubiger bestimmt wird und deshalb im Einzelfall womöglich zu einem schlechteren Ergebnis führt als eine Verwertung nach Maßgabe der §§ 166 ff. InsO. Auch den dann fehlenden Kostenbeitrag von 9% des Erlöses wird die Masse noch verschmerzen können, zumal die entsprechenden Kosten tatsächlich nicht angefallen sind und der im Falle der Verwertung durch den Verwalter fließende Kostenbeitrag angesichts des dann anfallenden tatsächlichen Aufwands, nicht zuletzt in Gestalt einer

erhöhten Verwaltervergütung (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 InsVV), nur zum geringsten Teil zu einer echten Anreicherung der Masse geführt hätte. Wirklich fatal könnte sich indes auswirken, dass das abgezogene Sicherungsgut, bei dem es sich in der Regel funktionell um Betriebsinventar handeln wird, nicht mehr für eine Betriebsfortführung zur Verfügung stünde: Beraubt um die für eine ökonomisch sinnvolle Insolvenzabwicklung oder Sanierung notwendigen Anlagen und Betriebsmittel bliebe den Verantwortlichen womöglich schon in der Eröffnungsphase, in der Regel aber spätestens gleich nach Eröffnung nur die schleunige Liquidation des Restvermögens. Das Verwertungsrecht des Verwalters an Mobilien, genauer gesagt das korrespondierende Zugriffsverbot des Gläubigers ist deshalb mit Recht als eines der Kernstücke der Reform bezeichnet worden.¹³ Seine Achillesferse, der bis zur Verfahrenseröffnung fortbestehende Besitz des Gemeinschuldners am Sicherungsgut, bezeichnet damit zugleich eine Schwachstelle des neuen Insolvenzrechts insgesamt: Das Zugriffsverbot steht und fällt mit der Aufrechterhaltung der Besitzlage an den Mobiliarsicherheiten bis zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung. Eine wesentliche Intention der Insolvenzrechtsreform würde insofern konterkariert, ließen sich nicht gegen die Vermeidungsstrategie wirksame Gegenmaßnahmen finden.

3. Lösungsvorschläge während des Gesetzgebungsverfahrens: Besonderer Anfechtungstatbestand und besonderes Herausgabeverfahren

Dass hier eine regelungsbedürftige Schutzlücke besteht, ist bereits während des Gesetzgebungsverfahrens verschiedentlich thematisiert worden. Schon die Kommission für Insolvenzrecht hatte sich mit diesem Problem beschäftigt und zu seiner Beseitigung einen besonderen Anfechtungstatbestand für die Ausübung unanfechtbar bestellter Mobiliarsicherungsrechte vorgeschlagen: „Anfechtbar nach den Leitsätzen 5.2.1, 5.2.2 und 5.3 [*Anm. d. Verfassers: entspricht §§ 130, 131 und 133 InsO*] ist auch eine Rechtshandlung, durch die ein Mobiliarsicherungsrecht im Sinne des Leitsatzes 1.1.5 Abs. 2 ausgeübt wird. Das Gleiche gilt für die Ausübung eines Rechts auf Befriedigung aus dem Grundstück hinsichtlich des Zubehörs“.¹⁴ Damit sollte ausweislich der Begründung verhindert werden, dass ein Sicherungsnehmer die im Kommissionsbericht vorgesehenen Beschränkungen für Mobiliarsicherungsgläubiger – insbesondere den vorgesehenen Verfahrensbeitrag von 25%, aber ausdrücklich auch das Verwertungsrecht des Verwalters oder die Gefahr einer Kürzung ihres Rechts im Reorganisations- oder Zwangsvergleichsverfahren – umgehen könnte, indem er das Sicherungsgut noch vor Verfahrenseröffnung in Besitz nehmen und selbst verwerten könnte. Die Anfechtungsvoraussetzungen sollten sich nach den Tatbestandsmerkmalen der vorhandenen Bestimmungen über die Deckungs- und Absichtsanfechtung richten; es handelte sich mithin insoweit um eine Rechtsgrundverweisung, freilich wohl mit der beschränkenden Maßgabe, dass im Rahmen der Deckungsanfechtung das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals „Deckung eines Insolvenzgläubigers“ nicht mehr infrage gestellt werden sollte.

Aus welchen Gründen die Redakteure der in den Folgejahren entstandenen drei Entwürfe aus dem Bundesministerium der Justiz, in denen eine solche Vorschrift von Beginn an nicht mehr enthalten war, von der Übernahme dieses Vorschlags abgesehen haben, ist nirgendwo dokumentiert.

Es liegt indes nahe, dieses Vorgehen auf die Erwägung zurückzuführen, dass der an die Stelle des Verfahrensbeitrags getretene bloße Kostenbeitrag in diesem Fall ohnehin nicht gerechtfertigt wäre; denn die Kosten, die der Beitrag ersetzen soll, können in der Tat nicht mehr entstehen. Insofern unterscheidet sich die nunmehrige Rechtsstellung der Absonderungsberechtigten eben entscheidend von den Vorschlägen der Kommission, die die 25%-Pauschale als echten Verfahrensbeitrag ausgestaltet hatte, von dem sich der Gläubiger auch nicht durch Übersicherung hätte entlasten können; nachdem dieser schon im Diskussionsentwurf gestrichen worden war, bestand insoweit für den Anfechtungsanspruch kein Bedürfnis mehr.

Was blieb, war der häufig vergleichsweise gravierendere Nachteil, dass das Sicherungsgut nicht mehr für eine Betriebsfortführung zur Verfügung steht. Hierfür indes hatten die Gesetzesredakteure aus dem Bundesjustizministerium statt der Anfechtungslösung eine ganz andere, aber durchaus einfachere und wirksamere Gegenmaßnahme entwickelt. Sie hat-

ten nämlich in § 199 Abs. 1 Satz 1 RegE-InsO (übereinstimmend § 188 Abs. 1 Satz 1 DiskE/RefE) vorgesehen, dass bewegliches Sicherungsgut im Besitz des Gläubigers (oder eines sonstigen Dritten) auf Anordnung des Insolvenzgerichts an den Verwalter herauszugeben war, wenn die Sache für die Geschäftsführung des Verwalters benötigt wurde. Die Begründung des Entwurfs führte hierzu – neben dem Fall einer durch Inbesitznahme vollzogenen Vollstreckungspfändung – vor allem die hier diskutierte Konstellation an, dass der Schuldner vor der Verfahrenseröffnung einem gesicherten Gläubiger „auf dessen nachdrückliches Verlangen hin den Gegenstand herausgegeben“ habe. Diese Regelung der Entwürfe – soweit ersichtlich, eine eigenständige Kreation der Beamten des Bundesjustizministerium – wäre vorzüglich geeignet gewesen, das hier behandelte Problem nicht nur zu lösen, sondern weit gehend bereits zu vermeiden; denn im Hinblick auf die einfache und schnelle Rückerlangungsmöglichkeit würde ein verständiger Gläubiger in der Regel bereits von der Ausübung des Sicherungsrechts abgesehen haben, wenn er nicht davon ausgehen konnte, die Verwertung rechtzeitig abzuschließen. Ein Desiderat wäre – neben der Erweiterung um die Fälle des einfachen Eigentumsvorbehalts¹⁵ – nur die Anwendbarkeit dieser Vorschrift im Eröffnungsverfahren gewesen, die sich indes womöglich auch durch die sich bereits abzeichnende partielle Analogie zu geeigneten Vorschriften der §§ 166 ff. InsO auf einzelne Situationen der vorläufigen Insolvenzverwaltung hätte bewerkstelligen lassen. § 199 Abs. 1 Satz 1 RegE-InsO hätte damit eine

ZIP 1999, 1737

deutliche Diskrepanz zwischen Wortlaut und *telos* des § 166 Abs. 1 InsO beseitigt: So gewiss für den Regelfall die Beobachtung zutrifft, dass die Entäußerung des Sicherungsguts durch den Schuldner dessen Nichtzugehörigkeit zum „technisch-organisatorischen Verbund des Schuldnerunternehmens“ und damit zugleich dessen Entbehrlichkeit für die Fortführung des Betriebs indiziert,¹⁶ so gewiss trifft sie auf die hier zu behandelnde Konstellation, dass der Gläubiger in der Krise oder gar nach Antragstellung seinen Herausgabeanspruch durchsetzt, nicht zu. Mit Recht hatte deshalb die Begründung des Regierungsentwurfs hier von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis gesprochen und für die Ausnahmefälle eines gleichwohl überwiegenden Interesses der Masse an der Nutzung und Verwertung des Gegenstands auf den Herausgabeanspruch nach § 199 Abs. 1 RegE-InsO verwiesen.¹⁷

Dessen ungeachtet wurde die Bestimmung des § 199 RegE-InsO durch den Rechtsausschuss des Bundestages ersatzlos gestrichen, sicher auch, um dem vorrangigen rechtspolitischen Ziel der „Gesetzesverschlinkung“ einen weiteren Schritt näher zu kommen, ausweislich der Begründung aber vor allem, um das Insolvenzgericht zu entlasten. Das vorgesehene Verfahren, so hieß es weiter, sei nicht erforderlich; es genüge, dass der Verwalter die gesicherte Forderung begleichen und dann den Anspruch auf Rückgewähr des Sicherungsguts geltend machen könne.¹⁸ Diese Erwägung überrascht, um das Mindeste zu sagen. Die Möglichkeit, Sicherungsrechte durch Zahlung der gesicherten Forderung abzulösen, gewährleistet gerade nicht, dass mehr als bisher eine Ausplünderung der Masse durch Sicherungsnehmer unterbleibt. Sofern es nur darum geht, einen einzelnen absonderungsberechtigten Gläubiger mit einer verhältnismäßig geringen Forderung auszuzahlen, mag dies zwar in der Tat praktisch zu verwirklichen sein. Selbst dieser Fall ist aber rechtlich problematisch, soweit die gesicherte Forderung den mutmaßlichen Wert des Sicherungsguts übersteigt: Denn in Höhe seines Ausfalls ist der gesicherte Gläubiger einfacher Insolvenzgläubiger. Insoweit *darf* der Verwalter an ihn vor der Forderungsfeststellung überhaupt nicht leisten, und danach nur in Höhe der Quote. Zahlt der Verwalter deshalb nur in Höhe des mutmaßlichen Veräußerungserlöses, so entsteht aber – ganz abgesehen von dem vorauszusehenden Streit über dessen Bemessung – nach dem Sicherungsvertrag noch gar kein Rückgewähranspruch. Schon aus praktischen Gründen regelmäßig nicht zu verwirklichen ist der Vorschlag des Rechtsausschusses, wenn mehrere Gläubiger so verfahren oder etwa ein Großgläubiger, dem der gesamte Maschinen- oder Fuhrpark sicherungsübereignet ist: In diesem Fall wird es dem Verwalter in aller Regel schon mangels hinreichender barer Masse nicht möglich sein, alle gesicherten Forderungen zu tilgen und so das für die Betriebsfortführung dringend benötigte Inventar zurückzuerhalten. Die Erwägung des Rechtsausschusses ist also nicht geeignet, die Masse in der hier angesprochenen Konstellation weniger schutzbedürftig erscheinen zu lassen.

Es liegt deshalb das Petitum nahe, diese Regelung angesichts der Bedeutung des Nutzungs- und Verwertungsrechtstformat 7 15 des Verwalters für den Erfolg des Reformvorhabens insgesamt in den Kreis derjenigen einzubeziehen, die im Rahmen einer möglichen ersten Reparaturrunde an der Insolvenzordnung korrigiert werden. Vor dem Ruf nach dem Gesetzgeber muss freilich überlegt werden, ob dem Schutzzweck der im Gesetzgebungsverfahren diskutierten, aber später verworfenen Regelungsvorschläge nicht auch durch andere, schon auf der Grundlage des geltenden Rechts gegebene Behelfe Rechnung getragen werden kann.

II. Grenzen der Ausübung von Sicherungsrechten nach Anordnung von Sicherungsmaßnahmen im Eröffnungsverfahren

1. Bestellung eines „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalters

Vergleichsweise geringe Probleme macht die Lösung des vorliegenden Problems während des Eröffnungsverfahrens, sofern das Gericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt und zugleich ein allgemeines Verfügungsverbot anordnet. In diesem Fall („starker“ vorläufiger Insolvenzverwalter) geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Schuldnervermögens auf den vorläufigen Verwalter über; dieser kann auf Grund des Anordnungs- und Bestellungsbeschlusses (§ 794 Abs. 1 Nr. 3 ZPO i. V. m. § 148 InsO analog) das Vermögen des Schuldners notfalls im Vollstreckungswege in Besitz nehmen,¹⁹ und zwar einschließlich der mit Absonderungsrechten belasteten Gegenstände.²⁰ Hat der vorläufige Verwalter auf diese Weise den Betrieb übernommen, so scheidet eine Herausgabe durch den Schuldner aus. Auf die Frage, ob der Absonderungsberechtigte nunmehr nach Maßgabe des Sicherungsvertrags Herausgabe von dem vorläufigen Verwalter verlangen kann, werden in der Literatur unterschiedliche Antworten gegeben; überwiegend wird die Frage verneint.²¹ Diejenigen Autoren, die die Herausgabepflicht des vorläufigen Verwalters bejahen oder gar nicht explizit behandeln, erkennen immerhin die Möglichkeit an, die Absonderungsberechtigten mit Hilfe eines Vollstreckungsverbots nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO an der zwangsweisen Durchsetzung ihres Herausgabean-

ZIP 1999, 1738

spruchs zu hindern;²² unklar ist, ob diese Wirkung jedem pauschal ausgesprochenen Vollstreckungsverbot zukommen soll²³ oder ob die Vorschrift ein ausdrückliches Vollstreckungsverbot gegenüber Absonderungsberechtigten einerseits ermöglicht, andererseits aber zugleich voraussetzt.²⁴

Richtigerweise wird man in der Tat annehmen müssen, dass der Absonderungsberechtigte die Herausgabe des Sicherungsguts auch ohne explizites Vollstreckungsverbot weder verlangen noch im Vollstreckungswege durchsetzen kann. Bereits der Gesetzeswortlaut des § 169 Satz 2 InsO setzt dies, indem die Vorschrift eben nicht allein auf § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO, sondern auf den gesamten § 21 InsO verweist, implizit voraus. Maßgeblich ist indes vor allem der Zweck der vorläufigen Insolvenzverwaltung, die Insolvenzmasse bis zur Verfahrenseröffnung zusammenzuhalten und insbesondere möglichst durch vorläufige Fortführung des schuldnerischen Unternehmens zu gewährleisten, dass die Entscheidung der Gläubigerschaft über das Verfahrensziel – Liquidation oder Sanierung des Unternehmens und/oder des Unternehmensträgers – nicht faktisch präjudiziert wird (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO). Hierfür ist es nicht minder als im eröffneten Verfahren erforderlich, die in der Regel mit Sicherungsrechten belasteten Gegenstände des beweglichen Anlage- und Umlaufvermögens, soweit sie zur Betriebsfortführung benötigt werden, im Unternehmen zu halten. Der vorläufige Insolvenzverwalter muss deshalb in gleichem Umfang wie der Verwalter im eröffneten Verfahren zur Nutzung des Sicherungsguts im Rahmen eines fortgeführten Betriebs befugt sein;²⁵ methodisch wird man dies wohl durch eine partielle Analogie zu § 166 Abs. 1 InsO legitimieren können und müssen. Dem Absonderungsberechtigten droht insofern aber keine gravierende Verschlechterung seiner Rechtsstellung, da ihm analog § 172 ein Ausgleich für einen durch die Nutzung verursachten Wertverlust zusteht²⁶ sowie nach Ablauf von drei Monaten seit Anordnung der Sicherungsmaßnahmen ein Anspruch auf Fortzahlung der Zinsen gemäß der ausdrücklichen Vorschrift des § 169 Satz 2 InsO.

2. Einzelne Sicherungsmaßnahmen nach § 21 InsO

Wird dagegen, wie es sich zumindest für die Anfangszeit der Insolvenzordnung als Regelfall abzuzeichnen scheint, zur Vermeidung von Masseschulden nach § 55 Abs. 2 InsO und zur Minimierung des Haftungsrisikos des vorläufigen Verwalters „vorsichtshalber“ davon abgesehen, den vorläufigen Verwalter mit umfassender Verwaltungs- und Verfügungsbe fugnis auszustatten („schwacher“ vorläufiger Verwalter), so kommt es auf den Umfang der stattdessen erfolgten einzelnen Sicherungsanordnungen an; soweit sie nicht eingreifen, kann der Gläubiger die Herausgabe auch während des Eröffnungsverfahrens noch durchsetzen. Da das Gericht von dem möglichen umfassenden Masseschutz gerade abgesehen hat, sind die angeordneten Einzelmaßnahmen tendenziell eng auszulegen; dies spricht dafür, ein pauschal ausgesprochenes Zwangsvollstreckungsverbot nur auf Vollstreckungsmaßnahmen von Insolvenzgläubigern zu beziehen, umgekehrt gewendet, für die Erstreckung auf Absonderungsberechtigte deren ausdrückliche Erwähnung im Anordnungsbeschluss zu verlangen. Die freiwillige Herausgabe durch den Schuldner wird hiervon ohnehin nicht erfasst; sie kann gleichfalls durch eine Anordnung nach § 21 Abs. 1 InsO verboten werden. Beide Maßnahmen sollten zweckmäßigerweise routinemäßig angeordnet werden, sofern nicht besondere Gründe dafür sprechen, sie ausnahmsweise zu unterlassen.

III. Ausübung von Sicherungsrechten im Übrigen, insbesondere vor Stellung des Insolvenzantrags

1. Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO?

1.1 Zum Umkehrschluss aus dem Wegfall der von der Insolvenzrechtskommission vorgeschlagenen Sonderregelung

In der Zeit vor der Stellung des Insolvenzantrags, aber auch danach, solange und soweit die beschriebenen Sicherungsmaßnahmen nicht getroffen worden sind, bestehen keine insolvenzrechtlichen Hindernisse gegen die Durchsetzung des Herausgabeanspruchs durch den Gläubiger. Soweit in der bisher erschienenen Literatur zur InsO nach Remedur gesucht wird, wird primär auf die Anfechtbarkeit nach §§ 129 ff. InsO verwiesen.²⁷ Damit wird an den Gedanken angeknüpft, der schon der Kommission für Insolvenzrecht mit dem seinerzeit vorgeschlagenen Sondertatbestand zur Lösung der Umgehungsproblematik vorschwebte. Nach dessen Wegfall muss sich zunächst die Frage stellen, ob daraus nicht im Wege des Umkehrschlusses zu folgern ist, dass „der Gesetzgeber“ ausweislich der Nichtübernahme des Leitsatzes 5.5 des Ersten Berichts eine Anfechtbarkeit in diesem Fall gerade nicht gewollt habe. Einen solchen Umkehrschluss wird man indes wohl nicht ziehen können.²⁸ Es wurde bereits festgestellt, dass der Zweck der Rückführung des Sicherungsguts in die Masse nach den Regierungsentwürfen durchaus einfach und zweckmäßig durch das besondere Herausgabeverfahren nach § 181 Abs. 1

ZIP 1999, 1739

DiskE/RefE, § 191 Abs. 1 RegE-InsO erreicht worden wäre. Eine Schutzlücke, die das Nachdenken über die Anfechtbarkeit erneut notwendig macht, entstand erst durch die ersatzlose Streichung des Herausgabeverfahrens. Abgesehen davon, dass schon für die ersten Entwürfe keineswegs deutlich zutage tritt, ob eine kumulative Anwendbarkeit der Anfechtungsregeln wirklich ausgeschlossen werden sollte, spricht deshalb jedenfalls nach Streichung des Herausgabeverfahrens wenig dafür, dass das Gesetz damit auch etwaige Auswege verbauen wollte. Nur müssen jetzt, anders als dies der Vorschlag der Kommission für Insolvenzrecht zur Folge gehabt hatte, die Anfechtungsvoraussetzungen vollständig geprüft werden.

1.2 Allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen

1.2.1 Rechtshandlung

Keine weiteren Probleme macht das Merkmal der „Rechtshandlung“. Es ist, soweit es ein beschränkendes Kriterium aufzustellen scheint, wenig glücklich formuliert. Gemeint ist – entsprechend dem *telos* des Insolvenzanfechtungsrechts, für die Insolvenzmasse nachteilige Rechtswirkungen zugunsten der Gläubigergesamtheit zu neutralisieren – jede privatautonome intendierte *Rechtswirkung*.²⁹ Klar ist aber jedenfalls auch, dass der Begriff wie bereits in der Konkursordnung³⁰ und deshalb „möglichst weitreichend“³¹ auszulegen ist. An nichts anderes ist deshalb gedacht, wenn in Rechtsprechung und Literatur von „rechtserheblichen Handlungen mit Bezug auf das Schuldnervermögen“ gesprochen wird.³² Als „Rechtshandlungen“ sind deshalb die einverständliche ebenso wie die eigenmächtige Ansichnahme des Sicherungsguts durch den Gläubiger und schließlich die Erlangung im Wege der Herausgabevollstreckung anzusehen; denn alle diese Vorgänge haben jedenfalls die massebezogene Wirkung, der Masse den Besitz der Sache zu entziehen und das Verwertungsrecht des Verwalters nach Maßgabe der §§ 166 ff. InsO zum Erlöschen zu bringen.³³

1.2.2 Gläubigerbenachteiligung

Die Anfechtung in der Insolvenz setzt voraus, dass die als anfechtbar behauptete Rechtswirkung die Insolvenzgläubiger benachteiligt (§ 129 Abs. 1 InsO), also für die diesen haftungsrechtlich zugeordnete Insolvenzmasse rechtlich oder wirtschaftlich ungünstig ist. Festzuhalten ist hier zunächst, dass eine Gläubigerbenachteiligung im Hinblick auf die durch die Selbstverwertung entzogene Sachsubstanz und den entgangenen Verwertungserlös ebenso wenig in Betracht kommt wie nach bisherigem Recht.³⁴ Denn der Absonderungsberechtigte hat nach wie vor ein Recht auf Befriedigung aus dem Erlös, der deshalb nach durchgeführter Verwertung „unverzüglich“ an ihn auszukehren ist (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO). Der Absonderungsberechtigte, der sein Recht vor Verfahrenseröffnung ausübt, erhält deshalb nicht mehr als im eröffneten Verfahren, die Masse erleidet insofern keine Einbuße. Hiergegen kann zumindest allgemein auch nicht eingewendet werden, das Verwertungsrecht des Verwalters nach Maßgabe der §§ 166 ff. InsO beruhe auf der dem Gesetz zugrunde liegenden tatsächlichen Vermutung, dass die Verwertung durch den Gläubiger für die Masse ungünstiger sei.³⁵ Diese Feststellung der Materialien bezieht sich primär nicht auf den Verwertungsvorgang als solchen, sondern auf das mit der Verwertungsbefugnis des Verwalters verknüpfte Zugriffsverbot für die Sicherungsnehmer; die Verwertung durch den Verwalter als solche wird nur insofern als vorteilhafter bezeichnet, wie dem Verwalter eine Gesamtverwertung des Betriebs oder von Betriebsteilen möglich ist.³⁶ In diesem Fall wird eine Gläubigerbenachteiligung zu bejahen sein; freilich wird man dem darlegungs- und beweispflichtigen Verwalter hier keine allgemeine tatsächliche Vermutung zugute halten können, sondern verlangen müssen, dass er diese Voraussetzung seines Anspruchs konkret darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen vermag.

Ebenso wenig wird die Masse in relevanter Form dadurch geschmälert, dass ihr der Besitzverlust und folgeweise der Verlust der Verwertungsbefugnis die Kostenbeiträge entzieht.³⁷

Mit den Kostenbeiträgen wird gerade nicht die Anreicherung der Insolvenzmasse erstrebt, sondern nur der Ausgleich tatsächlich angefallener Kosten. Ein „Verfahrensbeitrag“ zur Aufbesserung der Masse wurde als Folge der politischen Diskussion im Anschluss an die Kommissionsvorschläge gerade abgelehnt; dies spiegelt sich nicht nur in der Gesetzesbegründung wider, die zur Rechtfertigung der Kostenbeiträge lediglich auf die Unbilligkeit der Belastung der Masse mit den Bearbeitungskosten abstellt,³⁸ sondern auch in § 170 Abs. 2 InsO, der für den Fall, dass der Verwalter dem Gläubiger die Verwertung überlässt, folgerichtig den Anspruch der Masse auf die Verwertungskosten entfallen lässt. Dass die Pauschalierung dieser Kosten auf feste Prozentbeträge im Einzelfall tatsächlich zu einer Bereicherung der Masse führen kann (ebenso wie zu einer Masseschmälerung), ist die naturgegebene Eigenheit von Pauschalen; bei den Verwertungskosten wird zudem selbst dies nur dann hingenommen, wenn die Abweichung „unwesentlich“ ist (§ 171 Abs. 2 Satz 2 InsO). Dieser Zweck der ge-

walter eine den Kostenbeiträgen entsprechende Summe im Wege der Anfechtung zufließen würde. Richtigerweise sollte deshalb insofern eine relevante Benachteiligung der Insolvenzgläubiger schon im Ansatz verneint werden; dies gilt auch im Hinblick auf die Kosten der Feststellung, die zwar in den Fällen, in denen der Gläubiger zur Verwertung berechtigt ist (§ 173 InsO), rein tatsächlich gleichfalls entstehen, nach dem Gesetz jedoch eindeutig keine Kostenbeitragspflicht des Gläubigers nach sich ziehen.

Eine Benachteiligung der Gläubiger tritt indes regelmäßig im Hinblick auf den mit der Herausgabe des Gegenstands an den Gläubiger verbundenen Verlust der Nutzungsmöglichkeit ein.³⁹ Wie bereits angesprochen, entgeht der Masse dadurch die Möglichkeit, das Sicherungsgut im Rahmen einer Betriebsfortführung weiterhin zu nutzen; hierdurch kann es im Einzelfall zur zwangsläufigen Betriebsstilllegung und damit zum Verlust des gesamten „Fortführungs-Mehrwerts“ kommen. Auch insoweit wird man nicht von einer durch die §§ 166 ff. InsO vermittelten gesetzlichen Vermutung ausgehen können, sondern von dem Verwalter verlangen müssen, dass er die Nutzungsmöglichkeit und die dadurch für die Insolvenzmasse gegebenenfalls erwirtschafteten Vorteile darlegt und notfalls beweist; hierbei werden sowohl die Möglichkeit der Ersatzbeschaffung als auch die an den Gläubiger fließenden Ausgleichszahlungen (§ 169 Satz 1, § 172 Abs. 1 InsO) in die Vergleichsrechnung einzubeziehen sein.

1.3 Anfechtungstatbestände

1.3.1 Deckungsanfechtung (§§ 130 f. InsO)

Problematisch ist weiter, welcher Anfechtungstatbestand eingreift. Soweit die Anfechtbarkeit in der vorliegenden Konstellation für möglich gehalten wird, wird teilweise zugleich ausdrücklich auf die Tatbestände der Deckungsanfechtung verwiesen.⁴⁰ Sie unterscheiden sich durch das im Falle des § 131 InsO hinzutretende Merkmal der Inkongruenz der erlangten Deckung; abzustellen wäre also hier darauf, ob der Gläubiger nach dem Inhalt der in anfechtungsfreier Zeit getroffenen Vereinbarungen zur Inbesitznahme und Verwertung berechtigt war oder nicht.⁴¹ Gemeinsam ist ihnen, dass die Deckung einem „Insolvenzgläubiger“ zufließen muss. Die entscheidende Frage ist also dahin zu formulieren, ob der Absonderungsberechtigte insoweit als Insolvenzgläubiger anzusehen ist. In der Kommentarliteratur zur Insolvenzordnung findet sich zwar gelegentlich die Formulierung, nach der Neuregelung seien auch Absonderungsberechtigte als „Insolvenzgläubiger“ i. S. v. § 130 f. InsO anzusehen.⁴² Ob sich dies auf die Absonderungsberechtigten in ihrer (regelmäßigen) Eigenschaft als persönliche Gläubiger i. S. v. §§ 38, 52 Satz 1 InsO bezieht oder auf ihre besondere Rechtsstellung als Absonderungsberechtigte, wird dabei jedoch nicht deutlich.⁴³

Nach dem Vorschlag der Kommission für Insolvenzrecht war dies eindeutig der Fall; die Rechtsstellung des Inhabers eines Mobiliarsicherheitsrechts gesicherten Gläubigers war die eines Insolvenzgläubigers mit der Besonderheit bevorrechtigter Befriedigung aus dem Verwertungserlös in Höhe von maximal 75% seines Forderungsbetrags. Insofern war mithin die Feststellung, der Inhaber eines Mobiliarsicherheitsrechts „gehöre zu den Insolvenzgläubigern“ (Erster Bericht Leitsatz 1.1.5 Abs. 2), ein als solches zu bezeichnendes „Absonderungsrecht“ gebe es nicht mehr (Erster Bericht Leitsatz 2.4.4.1), durchaus gerechtfertigt, auch wenn der Verwertungserlös weiterhin nicht in die Masse floss, sondern nach Abzug des Verfahrensbeitrags gesondert für den Sicherungsberechtigten zu verwahren war (Erster Bericht Leitsatz 2.4.4.2 Abs. 2).

Die neue Bestimmung des Leitsatzes 5.5 wäre daher zur Einbeziehung der Ausübung von Mobiliarsicherungsrechten in die Deckungsanfechtung gar nicht unbedingt nötig gewesen, sondern hätte lediglich klarstellende Bedeutung gehabt.

Ganz anders ist dies indes nach der Insolvenzordnung. Zwar spricht die Gesetzesbegründung nach wie vor von einer „Einbeziehung der gesicherten Gläubiger in das Insolvenzverfahren“.⁴⁴ Eine Herabstufung der Absonderungsberechtigten zu – wenn auch bevorrechtigten – Insolvenzgläubigern ist jedoch weder materiell noch formell vorgesehen. Eingriffe in die Substanz des Sicherungsrechts zum Zweck der Einbeziehung der Absonderungsberechtigten in den haftungsrechtlichen Ausgleich unter den Insolvenzbeteiligten, mit den Worten der Gesetzesbegründung: „eine Verlagerung von Vermögenswerten der gesicherten Gläubiger auf die ungesicherten Gläubiger“, sind nicht mehr vorgesehen.⁴⁵ Trotz des nun-

mehr praktisch die Regel bildenden Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters erscheint es deshalb auch folgerichtig, dass das Gesetz anders als der Kommissionsvorschlag zugleich an der Bezeichnung „Absonderungsberechtigter“ festgehalten hat (vgl. etwa §§ 49 – 52, 74 – 78, 165 – 173 InsO).

Entgegen einer gelegentlich erhobenen Behauptung ergibt sich auch aus § 52 Satz 1 InsO nicht, dass Absonderungsberechtigte nunmehr zugleich als „Insolvenzgläubiger“ angesehen werden könnten. Die Vorschrift sagt, wie schon aus dem „soweit“-Halbsatz hervorgeht, gerade nicht, dass die Absonderungsberechtigten auch als solche, also in Ansehung ihrer Befugnisse als Inhaber eines Sicherungsrechts, nunmehr Insol-

ZIP 1999, 1741

venzgläubiger seien. Sie stellt ausweislich der Begründung vielmehr nur „klar, dass die Absonderungsberechtigten, denen der Schuldner auch persönlich haftet, im Grundsatz mit der vollen Höhe ihrer Forderung als Insolvenzgläubiger zu betrachten sind“.⁴⁶ Damit wird indes keine sachliche Änderung zur bisherigen Rechtslage herbeigeführt: Nach wie vor haftet dem Absonderungsberechtigten, der zugleich persönlicher Gläubiger ist, insoweit zugleich die Insolvenzmasse, und zwar zum vollen Betrag seiner Forderung, die deshalb auch in voller Höhe anzumelden und zur Tabelle festzustellen ist; die Subsidiarität dieser Haftung, also die Beschränkung auf den Ausfall, ist erst im Verteilungsverfahren geltend zu machen.⁴⁷

Dass der absonderungsberechtigte Gläubiger als solcher und erst derjenige Inhaber eines Sicherungsrechts, dessen persönliche Forderung sich gegen einen Dritten richtet, „Insolvenzgläubiger“ sei, ergibt sich aus § 52 Satz 1 InsO also gerade nicht; vielmehr wird nur der Grundsatz des § 38 InsO bestätigt.

Was bleibt, sind eine Vielzahl von Vorschriften mit wenig stringenter Verwendung des Begriffs „Gläubiger“ oder auch „Insolvenzgläubiger“,⁴⁸ darunter vor allem die Bestimmungen über die Willensbildung der Gläubigerschaft. Kann man die Mitgliedschafts- und Stimmrechte der „absonderungsberechtigten Gläubiger“ in Gläubigerausschuss und Gläubigerversammlung (vgl. insbesondere § 67 Abs. 2, § 74 Abs. 1 Satz 2 InsO) an sich noch durch deren parallele Eigenschaft als persönliche Gläubiger erklären, so versagt dies doch bei denjenigen gesicherten Gläubigern, deren persönliche Forderung sich gegen einen Dritten richtet; gleichwohl sind diese zweifellos stimmberechtigte Mitglieder der Gläubigerversammlung (§ 76 Abs. 2 Halbs. 2 InsO). Hieraus kann aber jedenfalls nicht auf ihre Eigenschaft als „Insolvenzgläubiger“ im Sinne aller derjenigen Vorschriften geschlossen werden, die diesen Terminus verwenden; außer § 38 InsO („persönliche Gläubiger“) zeigen insbesondere die Bestimmungen etwa über die Aufrechnung (§§ 94 ff. InsO) oder das Feststellungs- und Verteilungsverfahren (§§ 174 ff., 187 ff. InsO), dass dies offensichtlich nicht gemeint sein kann. Allenfalls mag man es für zulässig halten, für jede Regelung gesondert zu prüfen, ob sie ihrem Zweck nach auch auf Absonderungsberechtigte anwendbar ist.

Diese Prüfung führt für die Deckungsanfechtung zu dem Ergebnis, dass die besseren Gründe gegen ihre Anwendbarkeit auf Absonderungsberechtigte sprechen. Anfechtungsgrund der Deckungsanfechtung ist die Sicherung oder Befriedigung im Widerspruch zur gesetzlichen Haftungsordnung, der *par condicio creditorum*. Indem die Deckungsanfechtung mithin den haftungsrechtlichen Ausgleich unter Insolvenzgläubigern verwirklicht, setzt sie voraus, dass der Begünstigte im Moment des Erhalts des zugewendeten Vermögensvorteils der gesetzlichen Haftungsordnung unterfiel. Dies trifft auf die Absonderungsberechtigten auch nach neuem Recht gerade nicht zu; sie sind – auch, soweit sie zugleich mit ihrer persönlichen Forderung Insolvenzgläubiger sind – von der Gleichbehandlungspflicht dispensiert.⁴⁹ Zwar finden die oben dargestellten Beeinträchtigungen, die die Rechtsstellung der Absonderungsberechtigten nach neuem Recht erfährt, gleichfalls ihre Rechtfertigung in der durch die Geschäftsbeziehung mit dem Schuldner begründeten „Finanzierungsmitverantwortung“; insofern ließe sich in der Tat davon sprechen, dass die Absonderungsberechtigten, wenn auch in geringem Maße, in den haftungsrechtlichen Ausgleich einbezogen seien.⁵⁰ Dies für die Anwendbarkeit der Deckungsanfechtung ausreichen zu lassen, würde indes die Konturen dieses Tatbestands bis zur Unkenntlichkeit verschwimmen lassen. Gewisse Beeinträchtigungen ihrer Rechtsstellung werden im Insolvenzverfahren praktisch allen Beteiligten auferlegt. Ins-

besondere sind auch Aussonderungsberechtigte im Insolvenzverfahren vielfach von Beschränkungen betroffen, etwa indem Verkäufer, Vermieter, Verpächter oder Leasinggeber bis zur Wahlrechtsausübung durch den Verwalter (§ 107 Abs. 2 Satz 1 InsO) und damit im Eröffnungsverfahren⁵¹ und bis zu drei Monate danach (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO) zum Stillhalten verpflichtet sind.⁵² Es wäre weder als gesetzgeberische Absicht plausibel, noch erschiene es sachgerecht, die Deckungsanfechtung so weit über das bisherige Recht hinaus auszudehnen. Eine Auslegung, die über den Tellerrand der gerade anstehenden Einzelfrage auf die Sinnbezüge der angewendeten Vorschriften und die durch eine extensive Auslegung ausgelösten Weiterungen blickt, sollte deshalb der Versuchung widerstehen, die Problematik der in der Krise ausgeübten Mobiliarsicherungsrechte möglichst einfach durch Erweiterung des Anwendungsbereichs der Deckungsanfechtung in den Griff zu bekommen.

1.3.2 Anfechtung unmittelbar nachteiliger Rechtshandlungen des Schuldners (§ 132 Abs. 2 InsO)

Angesichts dessen stellt sich die Frage, ob die Ausübung des Sicherungsrechts wenigstens nach § 132 Abs. 2 InsO angefochten werden kann.⁵³ Dieser neue und bislang in seiner potentiellen Leistungsfähigkeit noch wenig gewürdigte Auffangtatbestand erfasst Masseschmälerungen jeglicher Art, und zwar gerade zugunsten von Nicht-Insolvenzgläubigern, da für Handlungen gegenüber Insolvenzgläubigern die Tatbestände der Deckungsanfechtung vorgehen. Der Tatbestand setzt eine „Rechtshandlung“ des Schuldners voraus, worunter ausweislich der Gesetzesbegründung hauptsächlich Fälle des bewussten Unterlassens verstanden werden sollen. *Henckel*⁵⁴ ver-

ZIP 1999, 1742

neint aus diesem Grund für den Regelfall die Anwendbarkeit der Vorschrift. Dies erscheint indes auf den ersten Blick durch den Wortlaut der Vorschrift nicht gerechtfertigt zu sein: Wenn die Ansichnahme des Sicherungsguts durch den Gläubiger nicht gerade im Wege verbotener Eigenmacht oder im Vollstreckungswege geschieht, so wird man eine „Rechtshandlung“ zumindest im Sinne bewussten Unterlassens schlecht verneinen können; erst recht liegt in der „Herausgabe“ durch willentliche Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft, da sie die für die Masse relevanten Rechtswirkungen des § 166 InsO auslöst, eine solche „Rechtshandlung“.⁵⁵

Auch wenn man darüber hinaus – um den Tatbestand nicht jegliche Kontur verlieren zu lassen – richtigerweise für § 132 Abs. 2 InsO eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung verlangt,⁵⁶ wird man diese für die ohne Hinzutreten weiterer Umstände nachteilige Besitzverschaffung kaum verneinen können.

Als besonders befriedigend wird man dieses Ergebnis – abstrahiert man wiederum von dem hier zu lösenden Problem – freilich nicht bezeichnen können, da nicht recht ersichtlich ist, durch welche normativen Kriterien die Anfechtung hier legitimiert sein soll:⁵⁷ Den Tatbestandsvoraussetzungen nach wird der von der anfechtbaren Rechtshandlung Begünstigte behandelt wie ein Insolvenzgläubiger, der auf seine Forderung (kongruente) Deckung erhält. Anfechtungsgrund der Deckungsanfechtung ist indes die Sicherung oder Befriedigung im Widerspruch zur gesetzlichen Haftungsordnung, der *par condicio creditorum*; die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen haben hier entgegen dem ersten Anschein keine Legitimierungsfunktion, sondern beschreiben gerade umgekehrt das limitierende Prinzip der Redlichkeit.⁵⁸ In den Fällen des § 132 InsO, soweit dieser über das bisherige Recht hinausgeht, fehlt es an einem solchen Element. Der Anknüpfungspunkt ist vielmehr allein die Gläubigerbenachteiligung als solche, die indes als allgemeine Anfechtungsvoraussetzung zur Legitimation verschärfender Anfechtungstatbestände nicht taugt. Insofern erscheint es bezeichnend, dass die Gesetzesbegründung zu Absatz 2 nur solche Beispielfälle aufzählt, in denen es der Schuldner unterlassen hat, Gegenmaßnahmen zur Abwehr eines materiell-rechtlich nicht begründeten Rechtsverlusts zu ergreifen.⁵⁹ Abgeschöpft werden in diesen Fällen – ebenso wie in den zu Absatz 1 der Vorschrift genannten Beispielen, soweit es nicht um die klassischen Fälle inäquivalenter gegenseitiger Verträge geht – gleichsam „inkongruente“, nämlich im Widerspruch zur materiellen Rechtslage erlangte Vorteile, und darauf mag es beruhen, dass dem Betrachter die Anfechtbarkeit in den genannten Fällen nicht als offensichtlich unangemessen erscheint. Dem entspräche es, in der vorliegenden Konstellation die An-

fechtung nach § 132 Abs. 2 InsO zumindest auf den Fall zu beschränken, dass der Gläubiger auf die Verwertung der Sicherheit (noch) keinen Anspruch hatte. Der Wortlaut gibt für eine solche Einschränkung aber keinen Anhalt, und so lässt sich tatsächlich vertreten, die Herausgabe von Gegenständen mit Mobiliarsicherungsrechten generell nach § 132 Abs. 2 InsO anzufechten. Das eben zu §§ 130 f. InsO vermiedene Ergebnis einer allgemeinen Deckungsanfechtung für Nicht-Insolvenzgläubiger wäre danach durch die Hintertür des § 132 InsO doch wieder erreicht; dies sollte Anlass geben, über den Anwendungsbereich der Vorschrift noch einmal gründlicher nachzudenken, als das in diesem Rahmen geschehen konnte.

1.3.3 Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung (§ 133 InsO)

Im Übrigen bleibt nur die Anfechtung wegen vorsätzlicher Benachteiligung mit den bekannten Beweisschwierigkeiten.⁶⁰ War die Ausübung des Sicherungsrechts „inkongruent“, also nicht durch einen fälligen Anspruch auf Herausgabe zum Zwecke der Verwertung gedeckt, so ist nach dem zum bisherigen Recht bekannten Argumentationsmuster weiterhin eine indizielle Wirkung für die subjektiven Anfechtungsvoraussetzungen zu bejahen.⁶¹

1.4 Die Anfechtungsrechtsfolgen (§ 143 InsO)

Die Schwierigkeiten damit, die eingetretene Schutzlücke im Wege der Insolvenzanfechtung zu schließen, setzen sich bei den Anfechtungsrechtsfolgen fort. Zwar bestehen theoretisch insoweit keine Bedenken: Ist ein Anfechtungstatbestand erfüllt, so ist die eingetretene Rechtswirkung im Umfang der Gläubigerbenachteiligung „haftungsrechtlich unwirksam“;⁶² soweit dies dabei zur Haftungsverwirklichung erforderlich ist, ist der Anfechtungsgegner schuldrechtlich zur Rückgängigmachung der anfechtbaren Rechtswirkung verpflichtet (§ 143 Abs. 1 Satz 1 InsO). Außer Betracht bleibt deshalb für die Anwendung der §§ 166 ff. InsO, dass der Verwalter im Moment der Verfahrenseröffnung nicht mehr Besitzer der Sache war. Der Anfechtungsgegner ist darüber hinaus verpflichtet, den Besitz zur Masse zurückzugewähren.⁶³ Soweit die Herausgabe nicht mehr möglich ist, also insbesondere bei bereits erfolgter Verwertung, schuldet der Anfechtungsgegner Schadensersatz nach § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4, § 292 Abs. 1, § 989 BGB; zu ersetzen wäre in diesem Fall nicht der Substanzwert, sondern der Nutzungswert abzüglich der nach §§ 169, 172 InsO zu leistenden Kompensationen.⁶⁴

ZIP 1999, 1743

Einen Anspruch auf Rückgewähr des Sicherungsguts zur Insolvenzmasse für den Fall, dass sich dieses im Zeitpunkt der Anfechtung im Besitz des Sicherungsnehmers befinde, hatte bereits die Insolvenzkommision vorgesehen. Der veröffentlichte Kommissionsbericht schweigt freilich zu den Rechtsfolgen der Anfechtung, nicht nur in den Leitsätzen selbst, sondern auch in der Begründung. Dies ist insofern erstaunlich, als die Kommission hierüber ausdrückliche Beschlüsse gefasst und in die Leitsätze aufgenommen hatte. So hatte es zunächst auf Vorschlag der Arbeitsgruppe Mobiliarsicherheiten⁶⁵ geheißen, der Anfechtungsanspruch richte sich auf den Betrag, der in der Masse geblieben wäre, wenn das Sicherungsgut bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch in der Masse verblieben wäre. Auf Vorschlag der Arbeitsgruppe Anfechtungsrecht⁶⁶ erhielt der Leitsatz dann jedoch die Fassung: „Der Anfechtungsanspruch richtet sich auf Rückgewähr des Sicherungsguts. Ist eine Rückgewähr zur Masse nicht erforderlich oder nicht möglich, so hat der Gläubiger den Betrag zu leisten, der der Masse verblieben wäre, wenn das Sicherungsgut bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch in der Masse vorhanden gewesen wäre“.⁶⁷ Warum die kurz danach im Ministerium erstellte Schlussfassung des Ersten Berichts hierzu nichts mehr enthielt, ist heute nicht mehr nachzuvollziehen.

Praktische Relevanz kann der Rückgewähranspruch hier jedoch nur erlangen, wenn seine Durchsetzung gelingt, solange der Verwalter die betroffenen Gegenstände noch zur Betriebsfortführung einsetzen kann. Dies kann de facto nur im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geschehen. Immerhin handelt es sich bei dem Anspruch auf Rückgewähr des Besitzes um einen schuldrechtlichen Anspruch, der nach allgemeinen Grundsätzen der Sicherung im Wege des einst-

weiligen Rechtsschutzes zugänglich ist;⁶⁸ deshalb kann auch, wenn der Verwalter den Gegenstand dringend für die Betriebsfortführung benötigt, unter entsprechend strengen Voraussetzungen an die Glaubhaftmachung des Verfügungsanspruchs eine einstweilige Verfügung auf Herausgabe des Gegenstands als sog. Leistungsverfügung ergehen. In welchem Maße die Gerichte hierzu bereit sein werden und welche Anforderungen sie an den Sachvortrag des Verwalters stellen werden, ist kaum vorherzusagen. Der Verwalter, der das Sicherungsgut jedenfalls schnell zurückerlangen muss, aber gleichzeitig mit anderen mit der Betriebsfortführung zusammenhängenden Aufgaben mehr als ausgelastet ist, wird sich jedenfalls schwer tun, die Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände so kurzfristig zu ermitteln und gegebenenfalls glaubhaft machen zu können. Dass der Weg über die Anfechtung, sofern überhaupt gangbar, jedenfalls ein überaus dornenvoller ist, sollte nach alledem nicht zweifelhaft sein.

2. Eingreifen der Rückschlagsperre (§ 88 InsO)?

Vorgeschlagen worden ist weiterhin, die Inbesitznahme der Rückschlagsperre nach § 88 InsO zu unterwerfen.⁶⁹ Abgesehen davon, dass sich hiermit allenfalls der praktisch wohl eher seltene Fall erfassen ließe, dass der Gläubiger seinen Herausgabeanspruch titulieren und durch den Gerichtsvollzieher vollstrecken lässt, tritt dabei die entsprechende Frage auf wie bei der Deckungsanfechtung: Sind Absonderungsberechtigte „Insolvenzgläubiger“, nunmehr „Insolvenzgläubiger i. S. v. § 88 InsO“? Die überwiegende Auffassung verneint dies auch hier⁷⁰, meines Erachtens zu Recht: Hierfür streitet nicht nur der systematische Zusammenhang der Vorschrift mit § 87 InsO, der die Insolvenzgläubiger für die Realisierung ihrer Forderungen auf das Verfahren nach §§ 174 ff., 187 ff. InsO verweist und damit zweifelsfrei Absonderungsrechte als solche gerade nicht einbezieht. Auch die Rechtsfolge der Vorschrift, die Unwirksamkeit der erlangten Sicherheit, passt nur auf die für eine bislang ungesicherte Insolvenzforderung nunmehr erstmals erlangte Sicherheit und nicht auf die Festigung der durch eine bereits erlangte Sicherheit vermittelten Rechtsstellung. Vor allem aber verwirklicht die rechtspolitisch ohnehin nicht unbedenkliche⁷¹ Rückschlagsperre ebenso wie die Deckungsanfechtung das Prinzip haftungsrechtlicher Gleichbehandlung der Insolvenzgläubiger; von der Anfechtung unterscheidet sie allein eine durch Besonderheiten des Vollstreckungserwerbs gerechtfertigte vollständige Objektivierung auf der Voraussetzungsseite (vgl. aber jetzt § 131 Abs. 1 Nr. 1 InsO) und die vollständige Unwirksamkeit auf der Rechtsfolgenseite.⁷² Die Frage der Anwendbarkeit der Vorschrift auf Absonderungsberechtigte ist daher notwendigerweise ebenso zu beantworten wie bei der Deckungsanfechtung. Sie ist nach der hier vertretenen Auffassung wie dort zu verneinen.

3. Anspruch wegen verbotener Eigenmacht (§ 861 BGB)?

Eine Klage des Verwalters auf Wiedereinräumung des Besitzes hat deshalb nur dann Aussicht auf schnellen Erfolg, wenn die Ansichnahme des Sicherungsguts als Nacht- und Nebel-Aktion ohne oder gar gegen den Willen des Schuldners – rechtlich: im Wege verbotener Eigenmacht (§ 858 BGB) – geschehen ist. In diesem Fall ist der Besitzerwerb rechtswidrig und die Sache auf Grund des possessorischen Anspruchs nach § 861 BGB umgehend wieder an den Schuldner herauszugeben; dieser Anspruch fällt mit Verfahrenseröffnung in die Masse und kann durch den Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.⁷³ Darüber hinaus kann der Anspruch bereits im Eröffnungsverfahren durch den „starken“ vorläufigen Ver-

ZIP 1999, 1744

walter erhoben werden; nach Maßgabe der ihm im Einzelfall eingeräumten Befugnisse kann dasselbe für den vorläufigen Verwalter ohne Verfügungsbefugnis gelten. Zur Gewährleistung der gerade hier unerlässlichen Beschleunigung des Verfahrens, aber auch, um eine petitorische Widerklage des Sicherungsnehmers von vornherein auszuschließen,⁷⁴ wird es sich in aller Regel empfehlen, auch diesen Anspruch im Wege der einstweiligen Anordnung geltend zu machen.⁷⁵

Genau genommen ist damit zwar das Problem noch nicht ganz gelöst, denn zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hatte der Verwalter den nach § 166 Abs. 1 InsO vorausgesetzten Besitz gerade noch nicht. Es wäre indes sinnwidrig und

würde überdies in unangemessener Weise den rechtswidrigen Übergriff sanktionieren, wollte man den Verwalter gleichwohl für verpflichtet halten, dem Gläubiger das Sicherungsgut alsbald wieder zum Zwecke der Verwertung zurückzugeben.⁷⁶ Die Vorschrift des § 166 Abs. 1 InsO sollte daher im Wege teleologischer Extension dahin gehend angepasst werden, dass der Besitzerwerb nach Verfahrenseröffnung ausreicht, wenn der Verwalter einen Anspruch aus § 861 BGB gegen den Gläubiger auf Einräumung des Besitzes hatte.

4. Unbeachtlichkeit der Inbesitznahme als unzulässige Rechtsausübung (§ 242 BGB)?

Sofern keiner der bisher angesprochenen Tatbestände eingreift, ist die Besitzübertragung an den Sicherungsgläubiger aber durch den Verwalter hinzunehmen. Insbesondere dürfte es nicht in Betracht kommen, dem Gläubiger – einem Vorschlag von Verwalterseite folgend⁷⁷ – die Berufung auf den fehlenden Besitz des Verwalters generell durch Anwendung des § 242 BGB zu versagen, wenn der einzige Zweck der Inbesitznahme durch den Gläubiger gewesen sei, das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters zu verhindern. Der einzige Aspekt, unter dem die Ansichnahme des Sicherungsguts illegitim erscheinen könnte, ist der der Gläubigerbenachteiligung. Hierfür existiert indes bereits das Institut der Gläubigeranfechtung innerhalb und außerhalb des Insolvenzverfahrens; in den von ihr erfassten Fällen wird man die Berufung auf das anfechtbar erworbene Recht stets zugleich als unzulässige Rechtsausübung bezeichnen können. Es besteht mithin zwischen der Gläubigeranfechtung und der Berufung auf § 242 BGB, soweit es die Fallgruppe der unzulässigen Rechtsausübung betrifft, das normenlogische Verhältnis der Spezialität. Dies bedeutet zwar nicht stets, dass die speziellere Norm für ihren Anwendungsbereich die allgemeinere verdrängt; vielmehr ist dies eine Frage der Auslegung. Diese führt hier jedoch zu dem Ergebnis, dass die differenzierte Regelung, der die gläubigerbenachteiligenden Rechtshandlungen in den §§ 129 ff. InsO und im Anfechtungsgesetz im Interesse des Verkehrsschutzes und des Rechtsfriedens unterworfen worden sind, anderenfalls unterlaufen würde.

IV. Resümee

Die Eingebung des Rechtsausschusses des Bundestages, die in den Entwürfen – zuletzt § 191 Abs. 1 Satz 1 des RegE-InsO – vorgesehene Herausgabeanordnung für dringend benötigte Sicherungsgegenstände kurzerhand zu streichen, hat für die Fälle der „Ausübung“ von Sicherungsrechten vor Verfahrenseröffnung eine schmerzliche Lücke und einen Flickenteppich ganz unterschiedlicher, aber im Ergebnis durchweg nicht befriedigender Korrekturbefehle hinterlassen. Es ist vorherzusagen, dass die Versuche der Insolvenzverwalter, mit Hilfe dieser Befehle die entstandene Schutzlücke notdürftig zu schließen, die Gerichte mehr belasten werden, als es das Herausgabeverfahren getan hätte; dies gilt umso mehr, wenn man den Abschreckungseffekt berücksichtigt, der mit der Existenz dieses Verfahrens verbunden gewesen wäre. Soweit eine Rückholung des Sicherungsguts hiernach nicht mehr möglich ist, wird ein wesentliches Reformziel ernsthaft in Frage gestellt. Das Herausgabeverfahren sollte daher, wann immer eine kurzfristige Nachbesserung der InsO erwogen werden mag, an vorderer Stelle erneut auf die Agenda gesetzt werden.

* Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bonn. – Der Beitrag ist Herrn Professor Dr. Walter Gerhardt zum 65. Geburtstag am 18. Oktober 1999 gewidmet

1 So vor allem *Serick*, FLF 1983, 10; ders., Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. VI, 1986, S. 757, 767 und 815 ff., 889 f.; s. zur Kritik an den Kommissionsvorschlägen ferner etwa *Dorndorf/Frank*, ZIP 1985, 65; *Drukarzyk*, ZIP 1987, 205; *Seuffert*, ZIP 1986, 1157; *Stern*, in: Festschrift Helmrigh, 1994, S. 737.

2 Erster Bericht der Kommission für Insolvenzrecht, RWS-Verlag Köln, 1985, Leitsatz 3.3.2. Im Fall der Reorganisation oder eines Zwangsvergleichs sollte die Kürzung mit Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Absonderungsberechtigten bis zu 50% betragen können, vgl. Erster Bericht, Leitsatz 2. 2. 17, 2.4.4.6, 2.4.4.7, Zweiter Bericht, RWS-Verlag Köln, 1986, Leitsatz 5.6, 5.8, 9.8. Bei Grundpfandgläubigern sollte der Verfahrensbeitrag hinsichtlich des mithaftenden Zubehörs einen Anteil von 10% ausmachen, Erster Bericht, Leitsatz 3.5.1 Abs. 1.

S. dazu außer den Kommentaren zu §§ 166 ff. InsO etwa *Bilgery*, in: Festschrift Hermann-Wilfried Bayer, 1998, S. 9; *Burger/Schellberg*, ZBw 65 (1995), 411; dies., AG 1995, 57; *Funk*, Die Sicherungsübereignung in Einzelzwangsvollstreckung und Insolvenz, 1996, S. 74 ff.; *Frings*, Sparkasse 1996, 384; *Gottwald/Adolphsen*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 805; *Grub*, in: Henckel/Kreft, RWS-Forum Insolvenzrecht 1998, 1999, S. 131; *Haunschild*, DZWIR 1999, 60; *Hess/Weis*, InVo 1996, 57; *Hilgers*, Besitzlose Mobiliarsicherheiten im Absonderungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der Verwertungsprobleme, 1993, S. 105 ff.; *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 837; *Lwowski/Heym*, WM 1998, 473; *Marotzke*, ZJP 109 (1996), 429; *ders.*, Das neue Insolvenzrecht, dargestellt am Beispiel der Mobiliarsicherheiten, 1999; *Niesert*, in: Andersen/Freihalter, Aus- und Absonderungsrechte in der Insolvenz, 1999, S. 123 ff., 133 ff., *Obermüller*, WM 1994, 869; *ders.*, FLF 1994, 170; *Smid*, WM 1999, 1141; *Zimmermann*, NZI 1998, 57.

- 4 Allg. Begr. RegE InsO, sub 4 c aa, BT-Drucks. 12/2443, S. 86, abgedruckt in: *Kübler/Prütting*, Das neue Insolvenzrecht, RWS-Dok. 18, Bd. I: InsO, 1994, S. 108 f.
- 5 9% Kostenpauschale, bezogen auf den Bruttoerlös, zzgl. 16% USt. vom Nettoerlös = ca. 13,8% von Bruttoerlös (also nicht, wie häufig gerechnet wird, „mindestens 25%“). Von dem Wert des mithaftenden Zubehörs sind nach § 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG nur 4% für die Kosten der Feststellung einzubehalten.
- 6 Vgl. etwa *Bilgery* (Fußn. 3), S. 9, 14 f.; *Grub* (Fußn. 3), S. 137; *Zimmermann*, NZI 1999, 57, 61 Fußn. 46.
- 7 Vgl. dazu die Allg. Begr. zum RegE InsO, sub 4 c ee, BT-Drucks. 12/2443, S. 89, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 112 f., sowie die Begr. zu § 195 RegE (= § 170 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 180 f., abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 396 ff.; ferner die Entscheidung des Großen Zivilsenats des BGH ZIP 1998, 235, 241, dazu EWIR 1998, 155 (*Medicus*); zum Anspruch der Bank auf Verstärkung bestehender Sicherheiten nach Nr. 13 Abs. 2 AGB-Bk bei „Altverträgen“ s. etwa *Obermüller*, WM 1994, 1828, 1869, 1875; krit. etwa *Gottwald*, in: Leipold, Insolvenzrecht im Umbruch, 1991, S. 197, 205 f. Nach dem Vorschlag der Insolvenzrechtskommission hatte dagegen der Verfahrensbeitrag vom Betrag der gesicherten Forderung abgezogen werden sollen, Erster Bericht (Fußn. 2), Leitsatz 3.3.2 Satz 3 m. Begr., S. 314 f.
- 8 Selbst die frühen Kritiker der Kommissionspläne hatten im Übrigen pauschale Kostenbeiträge der gesicherten Gläubiger im Grundsatz stets ausdrücklich gebilligt, vgl. etwa *Dorndorf*, ZIP 1984, 523, 524; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, Bd. VI, 1986, S. 772 ff., 897 ff.; *ders.*, FLF 1983, 144; *Seuffert*, ZIP 1986, 1157, 1163 f. Zusätzlich eröffnen zwar die Vorschriften über den Insolvenzplan die Möglichkeit, in die Rechte der absonderungsberechtigten Gläubiger einzugreifen (§§ 217, 222 Abs. 1 Nr. 1, § 235 Abs. 3, §§ 238, 254 InsO); freilich ist durch die Regeln des Abstimmungsverfahrens gewährleistet, dass die Kürzung – abgesehen von der wohl selten praktisch werdenden „cram-down“-Befugnis des Gerichts im Fall der Obstruktion (§ 245 InsO) – innerhalb der Gruppe der Absonderungsberechtigten sowohl nach Köpfen als auch im Hinblick auf die Beträge der (um den mutmaßlichen Ausfall gekürzten) Forderungen eine Mehrheit gefunden hat (§ 244 Abs. 1 InsO). Von Restschuldbefreiung und Schuldenbereinigung werden die Rechte der gesicherten Gläubiger sogar nur mit ihrer individuellen Zustimmung berührt (§ 301 Abs. 2 InsO, § 305 Abs. 1 Nr. 4, § 308 Abs. 1 Satz 1, § 309 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 301 Abs. 2 InsO).
- 9 Dazu *Grub*, DZWIR 1999, 133.
- 10 Repräsentativ *Obermüller*, WM 1994, 1828, 1869, 1874; *Wittig*, in: K. Schmidt/Uhlenbruck, Die GmbH in Krise, Sanierung und Insolvenz, 2. Aufl., 1999, Rz. 955.
- 11 So der von der Kommission für Insolvenzrecht (Fußn. 2), Erster Bericht Leitsatz 5.5, geprägte Begriff, der hier in Ermangelung eines eigenen besseren Einfalls übernommen wird.
- 12 Wenn man, was hier dahinstehen soll, mittelbaren Besitz des Verwalters genügen lässt, so kann dies nach dem

Zweck der Vorschrift jedenfalls nur insoweit in Betracht kommen, als der unmittelbare Besitzer im „Lager“ des Schuldners steht, also insbesondere dann nicht, wenn der gesicherte Gläubiger selbst unmittelbarer Besitzer ist, vgl. *Bork*, in: Festschrift Gaul, 1997, S. 71, 72 ff.; *Marotzke*, ZFP 109 (1996), 429, 443; *ders.* (Fußn. 3), S. 11 f.; *Landfermann*, in: HK-InsO, 1999, § 166 Rz. 11; *Nerlich/Römermann/Becker*, InsO, 1999, § 166 Rz. 18 ff.

- 13 *Gottwald* (Fußn. 7), S. 197, 199.
- 14 Leitsatz 5.5 des Ersten Berichts aus dem Jahre 1985. S. dazu die Begründung (Fußn. 2), S. 420 f.
- 15 Der einfache Eigentumsvorbehalt war nach § 55 DiskE/RefE den übrigen besitzlosen Mobiliarsicherheiten gleichgestellt und wurde deshalb zwanglos von dem neuen Herausgabeverfahren erfasst. Indem der Regierungsentwurf dem einfachen Eigentumsvorbehalt die Aussonderungsbefugnis zurückgab, fiel dieser ohne Änderung des Wortlauts aus dem Regelungsbereich des § 199 Abs. 1 RegE heraus. Hier besteht jedoch ein vergleichbares Bedürfnis, die betroffene Sache bis zur Ausübung des Wahlrechts nach § 107 Abs. 2 InsO weiter zu nutzen; vgl. unten II 1.3.1 m. Fußn. 52.
- 16 Vgl. Allg. Begr. RegE InsO, sub 3a gg, 4 c cc, BT-Drucks. 12/2443, S. 79, 87 f., abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 99, 110 f., sowie Begr. zu § 191 RegE (= § 166 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 178, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 388 ff.
- 17 Vgl. Allg. Begr. RegE InsO, sub 4 c cc, BT-Drucks. 12/2443, S. 79, 87 f., abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 99, 110 f., sowie Begr. zu § 191 RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 183, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 612 f.
- 18 Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses zu § 199 RegE-InsO, BT-Drucks. 12/7302, S. 178; abgedr. in *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 613.
- 19 *Kirchhof*, in: HK-InsO, 1999, § 22 Rz. 4; *Pohlmann*, Befugnisse und Funktionen des vorläufigen Insolvenzverwalters, 1998, Rz. 110 ff., 120 ff.; *Smid*, InsO, 1999, § 22 Rz. 52 f.
- 20 *Pohlmann* (Fußn. 19), Rz. 114 f.; *Kirchhof* (Fußn. 19), § 22 Rz. 4.
- 21 *Braun/Uhlenbruck*, Unternehmensinsolvenz, 1997, S. 265; *Wimmer/Schmerbach*, InsO, 1999, § 22 Rz. 13; *Wimmer/Wegener*, ebd., § 166 Rz. 5; *Hess*, InsO, 1999, § 22 Rz. 126; *Kübler/Prütting/Pape*, InsO, Stand: 6/1999, § 22 Rz. 26; *Mönning*, Betriebsfortführung in der Insolvenz, 1997, Rz. 58; *ders.*, in: *Nerlich/Römermann* (Fußn. 12), § 22 Rz. 125 f., 133 ff.; *Pohlmann* (Fußn. 19), Rz. 464 ff.; *Uhlenbruck*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 239, 258 Rz. 33; wohl auch *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier* (Fußn. 3), S. 848 f. Rz. 52 ff.; differenzierend *Kirchhof* (Fußn. 19), § 21 Rz. 21, § 22 Rz. 8 (nur bei fortbestehendem Besitzrecht des Schuldners oder angeordnetem Vollstreckungsverbot); a. A. offenbar *Smid* (Fußn. 19), § 22 Rz. 16 (kann herausgeben); zur Sequestration nach der KO OLG Köln ZIP 1984, 89; *Koch*, Die Sequestration im Konkursverfahren, 1982, S. 130 ff. (aber Grenze im Verbot des Rechtsmissbrauchs, soweit der Sequester auf die Sache angewiesen ist); *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., 1994, § 106 Rz. 18; *Herbert*, Die Sequestration im Konkursverfahren, 1989, S. 149 f.
- 22 *Wimmer/Schmerbach* (Fußn. 21), § 21 Rz. 77 f.; *Kirchhof* (Fußn. 19), § 21 Rz. 21; *Gerhardt*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 167 Rz. 20; *ders.*, in: *Henckel/Kreft* (Fußn. 3), S. 217, 220 f.; *Hess* (Fußn. 21), § 21 Rz. 39; *Hintzen*, ZInsO 1998, 174, 177 f.; *Kübler/Prütting/Pape* (Fußn. 21), § 21 Rz. 17 f.; *Lohkemper*, ZIP 1995, 1641, 1649 f.; *Marotzke* (Fußn. 3), S. 30; *Mönning* (Fußn. 21), Rz. 58; *ders.*, in: *Nerlich/Römermann* (Fußn. 12), § 21 Rz. 84 ff.; *Pohlmann* (Fußn. 19), Rz. 464 ff.; *Smid* (Fußn. 19), § 21 Rz. 23; *Uhlenbruck* (Fußn. 21), S. 258, Rz. 33; *Warrikoff*, KTS 1992, 489, 492.
- 23 So wohl *Hintzen*, ZInsO 1998, 174; *Gerhardt* (Fußn. 22); *Mönning* (Fußn. 21), Rz. 58.

So *Wimmer/Schmerbach* (Fußn. 21), § 21 Rz. 77 f.; *Kirchhof* (Fußn. 19), § 21 Rz. 21; *Kübler/Prütting/Pape* (Fußn. 21), § 21 Rz. 17; *Smid* (Fußn. 19), § 21 Rz. 23; wohl auch Begr. zu § 25 RegE (= § 21 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 116, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 181 f., die nur einzelne „in Betracht kommende“ Anordnungen aufzählt, darunter die einstweilige Einstellung bereits anhängiger Vollstreckungen von Absonderungsberechtigten.

- 25 *Braun/Uhlenbruck* (Fußn. 21), S. 254; *Wimmer/Schmerbach* (Fußn. 21), § 22 Rz. 13; *Wimmer/Wegener* (Fußn. 21), § 166 Rz. 5; *Pohlmann* (Fußn. 19), Rz. 471 ff.
- 26 So im Anschluss an die Begr. zu § 25 RegE (= § 21 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 116, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 181 f.; *Wimmer/Schmerbach* (Fußn. 21), § 21 Rz. 78; *Gerhardt* (Fußn. 22), S. 159, 167 Rz. 20; *Kübler/Prütting/Pape* (Fußn. 23), § 21 Rz. 18; *Marotzke* (Fußn. 3), S. 31; *Nerlich/Römermann/Mönning* (Fußn. 12), § 22 Rz. 140; *Pohlmann* (Fußn. 19), Rz. 473; *Vallender*, ZIP 1997, 1993, 1997; *Warrikoff*, KTS 1996, 487, 492.
- 27 *Bork* (Fußn. 12), S. 71, 76; *Breutigam*, in: *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, 1998, § 166 Rz. 23; *Grub* (Fußn. 3), S. 131, 134; *Kreft*, in: *HK-InsO*, 1999, § 130 Rz. 9; *Henckel*, in: *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 1997, S. 645, 649 f.; *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier* (Fußn. 3), S. 841; *Kübler/Prütting/Kemper* (Fußn. 21), § 166 Rz. 4; *Niesert* (Fußn. 3), S. 138; Diskussionsbeitrag *Prütting*, in: *Henckel/Kreft* (Fußn. 3), S. 161; *Smid*, WM 1999, 1141, 1153 f.
- 28 So auch *Kreft* (Fußn. 27), § 130 Rz. 9.
- 29 BGH ZIP 1995, 630, 634, dazu EWIR 1995, 429 (*Gerhardt*); BGH ZIP 1999, 406, dazu EWIR 1999, 465 (*Kranemann*); *Henckel*, in: *Leipold* (Fußn. 7), S. 237, 240 f.; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., 1990, § 29 Anm. 4; *Häsemeyer*, *Insolvenzrecht*, 2. Aufl., 1998, Rz. 21.29.
- 30 Begr. RegE zu § 144 (= § 129 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 157, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 336 f.
- 31 Begr. zur KO, bei *Hahn*, *Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen*, 1880, Bd. IV, S. 125.
- 32 Vgl. m. w. N. etwa *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 21), § 130 Rz. 6 ff.; *Kühnemund*, *Die insolvenzrechtliche Anfechtung von Prozesshandlungen des Insolvenzschuldners nach der InsO*, 1998, S. 21 ff. mit Fußn. 30 f.
- 33 Vgl. *Bork* (Fußn. 12), S. 71, 76.
- 34 Vgl. dazu *Wimmer/Dauernheim* (Fußn. 21), § 130 Rz. 8; *Kreft* (Fußn. 27), § 129 Rz. 57 f.; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 21), § 130 Rz. 5 Fußn. 14; *Nerlich/Römermann/Nerlich* (Fußn. 12), § 130 Rz. 44; aus der Rechtsprechung zum bisherigen Recht etwa BGHZ 118, 151, 158 = ZIP 1992, 781, 783, dazu EWIR 1992, 589 (*Hanisch*); BGHZ 123, 320, 327 = ZIP 1993, 1653, 1655, dazu EWIR 1994, 373 (*Henckel*); BGH ZIP 1995, 630, 634; BGH ZIP 1998, 793, 800, dazu EWIR 1998, 699 (*Eckardt*); BGH ZIP 1998, 830, 834.
- 35 So *Bork* (Fußn. 12), S. 71, 76.
- 36 Allg. Begr. RegE InsO, sub 4 c aa, BT-Drucks. 12/1443, S. 86, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 108 f., sowie Begr. zu § 191 RegE (= § 166 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 178, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 388 f.
- 37 *Kreft* (Fußn. 27), § 129 Rz. 57; *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 649 f. Rz. 8 mit Fußn. 7; anders offenbar *Smid*, WM 1999, 1141, 1154.
- 38 Allg. Begr. RegE InsO, sub 4 c ee, BT-Drucks. 12/2443, S. 89, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 112 f., sowie Begr. zu § 195 RegE (= § 170 InsO), BT-Drucks. 12/1443, S. 180, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 396 f.

- 39 *Kreft* (Fußn. 27), § 129 Rz. 57; *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 649 Rz. 8; vgl. auch *Smid*, WM 1999, 1141, 1154.
- 40 *Grub* (Fußn. 3), S. 134; *Kreft* (Fußn. 27), § 130 Rz. 9; *Smid*, WM 1999, 1141, 1154. *Bork* (Fußn. 12), S. 71, 76, nennt zwar auch die Deckungsanfechtung, aber unter dem Aspekt der Deckung der gesicherten Forderung.
- 41 So bereits die Begründung der Kommission für Insolvenzrecht zu Leitsatz 5.5 des Ersten Berichts (Fußn. 2), S. 420 f.
- 42 Vgl. etwa *Kreft* (Fußn. 27), § 130 Rz. 9; *Nerlich/Römermann/Nerlich* (Fußn. 12), § 130 Rz. 44; *Smid/Zeuner* (Fußn. 19), § 129 Rz. 52 (anders aber *ders.*, Die Anfechtung in der Insolvenz, 1999, Rz. 94); a. A., zumindest implizit, *Bork* (Fußn. 12), S. 71, 76; *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 649 f. Rz. 8; wohl auch, aber nicht ganz deutlich *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 21), § 130 Rz. 5 mit Fußn. 14 ff. *Bork*, aaO, sieht sich deshalb veranlasst, auf die Sicherung oder Befriedigung der persönlichen Forderung abzustellen; er bejaht eine Befriedigungsermöglichung, wenn und soweit der Sicherungsnehmer sich im Wege der Selbstverwertung eine im Vergleich zur Verwertung durch den Verwalter höhere Tilgung seiner Kreditforderung verschaffen konnte. Indes führt dies wohl nicht weiter, da es insoweit bereits an einer Gläubigerbenachteiligung fehlt (oben 1.2.2. m. Fußn. 34).
- 43 Dezidiert im letzteren Sinne nur *Kreft* (Fußn. 27), § 130 Rz. 9.
- 44 Allg. Begr. RegE InsO, sub 4 c, BT-Drucks. 12/2443, S. 86 ff., abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 108 ff.
- 45 Begr. RegE InsO, sub 4 c, BT-Drucks. 12/2443, S. 86 ff., abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 108 ff.
- 46 Begr. zu § 61 RegE (= § 52 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 126, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 220.
- 47 Vgl. m. Nachweisen *Eckardt*, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 1997, S. 579 Rz. 5, 47.
- 48 Mit Recht kritisch schon *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., 1999, § 41 I, S. 192 mit weiteren Beispielen.
- 49 *Häsemeyer* (Fußn. 29), Rz. 11.02.
- 50 *Häsemeyer* (Fußn. 29), Rz. 2.26 f., 2.32, 2.35, 18.04 ff., 18.72, 18.75.
- 51 Die Überlegungen oben sub II 1 zum Nichtbestehen eines Herausgabeanspruchs und zum Vollstreckungsverbot gelten deshalb entsprechend, soweit der Aussonderungsberechtigte sein Recht auch im eröffneten Verfahren nicht sogleich durchsetzen kann; vgl. dazu – ohne diese Einschränkung – *Kübler/Prütting/Pape* (Fußn. 21), § 21 Rz. 17 f.; *Nerlich/Römermann/Mönning* (Fußn. 12), § 21 Rz. 81, 127; a. A. aber *Gerhardt*, in: *Henckel/Kreft* (Fußn. 3), S. 217, 221; *Vallender*, ZIP 1997, 1993, 1997; *Lohkemper*, ZIP 1995, 1641, 1650.
- 52 Vgl. Begr. zu § 121 Abs. 2 RegE (= § 107 Abs. 2 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 146, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 298, sowie zur im Einzelnen durchaus nicht unproblematischen Begründung *Marotzke*, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht, 2. Aufl., 1998, Rz. 3.46, 4.113, 7.56 ff., 7.66; *ders.*, in: HK-InsO, 1999, § 107 Rz. 29 ff. sowie Rz. 37 ff. zur entsprechenden Anwendung von § 107 Abs. 2 InsO auf Miet-, Pacht- und Leasingverträge.
- 53 Hierfür wohl *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 21), § 130 Rz. 5 (im Text nach Fußn. 15); a. A. *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 649 Rz. 8.
- 54 *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 649 f. Rz. 8.
- 55 Anders aber offenbar *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 649 f. Rz. 8.
- 56 *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 662 Rz. 34; *Kreft* (Fußn. 27), § 132 Rz. 9; *Nerlich/Römermann/Nerlich* (Fußn. 12), § 132 Rz. 37; a. A. die Begr. zu Leitsatz 5.2.5 Abs. 3 des Ersten Berichts (Fußn. 2), S. 412; ferner *Bork*, Insol-

venzrecht, 2. Aufl., 1998, Rz. 221; *Wimmer/Dauernheim* (Fußn. 21), § 132 Rz. 7; *Häsemeyer* (Fußn. 29), Rz. 21.73; *Jauernig* (Fußn. 48), § 52 IV 3 c, S. 251; *Kübler/Prütting/Paulus* (Fußn. 21), § 132 Rz. 9.

- 57 Überzeugend *Häsemeyer* (Fußn. 29), Rz.21.72 f.
- 58 *Häsemeyer* (Fußn. 29), Rz. 21.39 f., 21.47.
- 59 So etwa der Hinweis auf das Unterlassen von Rechtsmitteln, das zum Prozessverlust führe, „obwohl der Klageanspruch nicht besteht“, so schon Begr. zu Leitsatz 5.2.5 Abs. 3 des Ersten Berichts (Fußn. 2), S. 413; ähnlich Begr. zu § 147 RegE (= § 132 InsO), BT-Drucks. 12/1443, S. 159 f., abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 344 f: Verlust eines „aussichtsreichen“ Aktivprozesses.
- 60 Hierauf weist *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 649 Rz. 8, hin.
- 61 Vgl. m. w. N. *Kreft*, in: *Henckel/Kreft* (Fußn. 3), S. 305, 327 ff.
- 62 BGH ZIP 1995, 1204, 1206, dazu EWiR 1995, 795 (*Gerhardt*); BGH ZIP 1996, 1475, 1476, dazu EWiR 1996, 915 (*Gerhardt*); eingehend *Eckardt*, Die Anfechtungsklage wegen Gläubigerbenachteiligung, 1994, S. 36 ff., 40 – 53, 374 ff.
- 63 Vgl. auch *Kübler/Prütting/Kemper* (Fußn. 21), § 166 Rz. 4; *Breutigam* (Fußn. 27), § 166 Rz. 23; *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeyer* (Fußn. 3), S. 837, 841; *Bork* (Fußn. 12), S. 71, 76.
- 64 Weiter gehend *Smid*, WM 1999, 1141, 1154, nach dessen Vorschlag die Masse im Ergebnis auch die Kostenpauschalen liquidieren kann; vgl. dazu indes schon oben 1.2.2. m. Fußn. 37 ff.
- 65 Arbeitsgruppe Mobiliarsicherheiten Leitsatz 24 Satz 3 der „Leitsätze zur Behandlung der Mobiliarsicherheiten im Liquidationsverfahren“, Protokoll 25 mit Arbeitspapier XXVI/1, S. 11.
- 66 Protokoll D 18, S. 5 f.
- 67 Beschluss in der Sitzung v. 4. – 6.7.1984, Protokoll 28, S. 27 f.
- 68 Vgl. *Kreft* (Fußn. 27), § 129 Rz. 103; *Jaeger/Henckel* (Fußn. 29), § 37 Rz. 150.
- 69 *Grub* (Fußn. 3), S. 134; zust. Diskussionsbeitrag *Prütting* (Fußn. 27), S. 161.
- 70 *Henckel* (Fußn. 27), S. 645, 650 Rz. 8; *Smid* (Fußn. 19), § 88 Rz. 6; vgl. ferner *Kübler/Prütting/Lüke* (Fußn. 21), § 88 Rz. 5; *Wimmer/App* (Fußn. 21), § 88 Rz. 3, bei dem allerdings nun nicht deutlich wird, ob auch die Vollstreckung gerade wegen der Sicherheit gemeint ist.
- 71 Vgl. *Kübler/Prütting/Lüke* (Fußn. 21), § 88 Rz. 5; *Marotzke*, ZZP 105 (1992), 451, 454; *M. Wolf*, in: *Leipold* (Fußn. 7), S. 113, 115 ff.; *Smid*, JZ 1995, 1150, 1155.
- 72 Vgl. *Häsemeyer* (Fußn. 29), Rz. 21.14 f., 21.43; auch Begr. zu § 99 RegE (= § 88 InsO), BT-Drucks. 12/2443, S. 137, abgedruckt in: *Kübler/Prütting* (Fußn. 4), S. 265 f., wo die Rückschlagsperre als funktionelle Ergänzung des Anfechtungsrechts bezeichnet wird.
- 73 Vgl. *Häsemeyer* (Fußn. 29), Rz. 13.47; *Landfermann* (Fußn. 12), § 166 Rz. 8; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 21), § 127 Rz. 16d; Diskussionsbeitrag *Prütting* (Fußn. 27), S. 161; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. III, 1963, § 35 I 4 c, S. 287.
- 74 Vgl. dazu BGHZ 53, 166, 168 ff.; BGHZ 73, 355, 357; ablehnend *Staudinger/Bund*, BGB, 13. Bearb., 1995, § 863 Rz. 8 m. w. N. Nach der Bestellung eines „starken“ vorläufigen Verwalters im Antragsverfahren und nach Verfahrenseröffnung sollte die petitorische Widerklage allerdings ohnehin an § 166 Abs. 1 InsO scheitern; s. zu dessen Anwendbarkeit sogleich im Text.

- 75 In Gestalt der sog. Leistungsverfügung kann der frühere Besitzer die Herausgabe an sich selbst erreichen; vgl. dazu und zur Entbehrlichkeit eines bes. Verfügungsgrunds OLG Düsseldorf MDR 1971, 1011 (speziell zur eigenmächtigen Inbesitznahme von Sicherungsgut); OLG Frankfurt BB 1981, 148; *Staudinger/Bund* (Fußn. 74), § 859 Rz. 23 ff. m. w. N.
- 76 So *Landfermann* (Fußn. 12), § 166 Rz. 8; *Häsemeyer* (Fußn. 29), Rz. 13.47; a. A. aber *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier* (Fußn. 3), S. 840 Rz. 17.
- 77 *Grub* (Fußn. 3), S. 134; krit. bereits Diskussionsbeitrag *Prütting* (Fußn. 27), S. 161.

» zurück

© 2018 RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH

