

## **BGH, Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters - Urteil vom 11.7.2002 IX ZR 262/01 [Urteilsanmerkung]**

**Christoph Becker**

### **Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:**

Becker, Christoph. 2002. "BGH, Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters - Urteil vom 11.7.2002 IX ZR 262/01 [Urteilsanmerkung]." Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 12 (11): 464-70.  
<https://doi.org/10.1515/dwir.2002.049>.

### **Nutzungsbedingungen / Terms of use:**

**licgercopyright**

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

**Deutsches Urheberrecht**

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



**BGH, Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters**

InsO §§ 166, 170, 171

**Urteil vom 11. 7. 2002 – IX ZR 262/01**

**1. Der Insolvenzverwalter darf eine vom Schuldner vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens sicherungshalber abgetretene Forderung auch dann verwerten, wenn die Abtretung dem Drittschuldner angezeigt worden ist.**

**2. Der pauschalisierte Ersatz der Feststellungskosten hängt nicht vom Umfang des Feststellungsaufwands im Einzelfall ab.**

**Sachverhalt**

Der Kläger ist Verwalter in dem am 2. 11. 1999 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der M. GmbH & Co. KG (Schuldnerin). Diese hatte im Jahre 1995 »Rechte und Ansprüche« gegen die K. AG (Versicherungsgesellschaft) aus einem näher bezeichneten Lebensversicherungsvertrag an die beklagte Sparkasse zur Sicherheit ihrer Kreditverpflichtungen abgetreten. Am 3. 9. 1999 beantragte die Schuldnerin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen.

Das Amtsgericht bestellte den Kläger zum vorläufigen Insolvenzverwalter und legte der Schuldnerin ein allgemeines Verfügungsverbot auf. Danach kündigte die Beklagte die Geschäftsverbindung unter Hinweis auf den Insolvenzantrag fristlos und drohte die Verwertung u. a. der Lebensversicherung an. Anschließend kündigte sie den Versicherungsvertrag und forderte die Versicherungsgesellschaft auf, den Rückkaufswert zuzüglich Gewinn Guthaben an sie zu überweisen. Die Versicherungsgesellschaft nahm die Kündigung zum 31. 10. 1999 an. Mit Schreiben von Oktober 1999 und Januar 2000 erbaten die Versicherungsgesellschaft und die Beklagte von dem Kläger das Einverständnis, dass die Rückvergütung an die Beklagte ausgezahlt werden dürfe. Mit Schreiben vom 18. 1. 2000 erteilte der Kläger als Insolvenzverwalter dazu seine Zustimmung. Hierauf zahlte die Versicherungsgesellschaft einen Betrag von 394.349,02 DM an die Beklagte aus.

Mit der Klage beansprucht der Kläger hiervon einen Pauschalbetrag von 4% für die Feststellung der Forderung (§§ 170, 171 InsO).

Die Klage hatte in den Vorinstanzen keinen Erfolg.

**Aus den Gründen**

Das Rechtsmittel führt zur Verurteilung der Beklagten.

I. Das Berufungsgericht hat sein Urteil wie folgt begründet:

Ob die Beklagte dem Kläger die Feststellungspauschale schulde, hänge entscheidend davon ab, ob ihm nach § 166 Abs. 2 InsO das Recht zugestanden habe, die Rechte aus der an die Beklagte abge-

tretenen Lebensversicherung geltend zu machen und zu verwerten. In dem hier gegebenen Fall sei eine Verwertung der Lebensversicherung durch den Kläger nicht zweckmäßig gewesen. Dem Kündigungsschreiben der Beklagten an die Versicherungsgesellschaft könne entnommen werden, dass sich der Versicherungsschein in ihrem und nicht im Besitz der Gemeinschuldnerin befunden habe. Dessen Vorlage sei nach den maßgebenden AGB aber regelmäßig erforderlich, um die Versicherungsleistung einzuziehen. Es komme hinzu, dass die Beklagte die Verwertung schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgenommen und im Wesentlichen umgesetzt habe. Die Rechtslage unterscheide sich nicht von derjenigen eines rechtsgeschäftlich bestellten Pfandrechts, dessen Verwertung das Gesetz dem Insolvenzverwalter vorenthalte. In der Gesamtschau sei dem Kläger deshalb ein Verwertungsrecht zu versagen. Dass der Kläger möglicherweise nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Absonderungsrecht der Beklagten geprüft habe, stehe dem nicht entgegen, weil die Feststellungspauschale für eine Prüfung von Absonderungsrechten an Gegenständen außerhalb der Masse nicht zu gewähren sei.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten, wie die Revision zutreffend rügt, einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch ist nach dem vom Berufungsgericht festgestellten und nicht weiter aufklärungsbedürftigen Sachverhalt gegeben.

1. Nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens stand dem Kläger an den Rechten aus der Lebensversicherung das Einziehungs- und Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 2 InsO zu. Dies folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift, ihrer Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der in § 166 InsO getroffenen Regelung.

a) Nach § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO darf der Verwalter eine Forderung, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, – von den in Satz 2 der Bestimmung genannten, im Streitfall nicht gegebenen Ausnahmen abgesehen – einziehen oder in anderer Weise verwerten. Eine Beschränkung des Einziehungs- und Verwertungsrechts auf bestimmte Forderungen, etwa auf solche aus stillen Zessionen, sieht die Bestimmung bei ihrem wörtlichen Verständnis nicht vor. Da im Streitfall die Gemeinschuldnerin die Rechte aus dem Lebensversicherungsvertrag vor Einleitung des Insolvenzverfahrens abgetreten hat und der Anspruch auf Auszahlung der Rückvergütung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 2. 11. 1999 entstanden ist, kann nicht zweifelhaft sein, dass

die Verwertung der streitgegenständlichen Lebensversicherung durch den Kläger im Anwendungsbereich der Vorschrift liegt. Hiervon geht auch das Berufungsgericht aus.

b) Die Entstehungsgeschichte des § 166 InsO bestätigt dieses Auslegungsergebnis. Die Regelung geht auf Empfehlung der Kommission für Insolvenzrecht (fortan: Kommission) zurück. Der Erste Bericht der Kommission, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz 1985, hatte sich in dem Leitsatz 3. 3. 1 Abs. 1 i. V. m. den Leitsätzen 1. 1. 5 Abs. 2 und 1. 2. 10 Abs. 3 dafür ausgesprochen, dass Insolvenzgläubiger mit Sicherungsrechten (u. a. wird die Sicherungsabtretung genannt) anders als durch Vertragspfandrechte gesicherte Gläubiger *ausnahmslos* nicht zur Aussonderung oder abgesonderten Befriedigung berechtigt seien und das Recht zur Verwertung ausschließlich dem Insolvenzverwalter zustehen solle (vgl. Erster Kommissionsbericht S. 311). Damit wurde gefordert, die Gläubiger besitzloser Mobiliarsicherheiten als Insolvenzgläubiger in das Insolvenzverfahren einzubeziehen (vgl. Erster Kommissionsbericht, aaO). An diese Erwägungen schloss § 191 Abs. 2 Hs. 1 RegE InsO an, nach dem der Verwalter eine Forderung, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, einziehen oder in anderer Weise verwerten darf (vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 39). Während dieser Teil des § 191 Abs. 2 RegE InsO dem geltenden § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO und § 181 Abs. 2 DiskE entspricht, machte § 191 Abs. 2 Hs. 2 RegE InsO das Verwertungsrecht des Verwalters zusätzlich davon abhängig, dass die Abtretung dem Drittschuldner nicht angezeigt worden ist. In der Begründung des Regierungsentwurfs wird hierzu ausgeführt, dass für die offengelegte Sicherungsabtretung entsprechende Erwägungen wie für die Verpfändung gälten (BT-Drs. 12/2443, S. 179). Für Forderungen, die nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs verpfändet worden sind, sah der Entwurf – wie schon der Erste Kommissionsbericht und die später beschlossene Gesetzesfassung – kein Einziehungsrecht des Verwalters vor. Nach der Gesetzesbegründung war dafür die Erwägung ausschlaggebend, dass ein Einziehungsrecht des Verwalters hier die praktische Abwicklung nicht vereinfache (BT-Drs. 12/2443, S. 178f.). Die Beschränkung des Verwertungsrechts auf nicht angezeigte Sicherungsabtretungen hat der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages aber für nicht praktikabel gehalten, weil sie offenlasse, bis zu welchem Zeitpunkt die Anzeige nachgeholt werden könne (vgl. BT-Drs. 12/7302, S. 176 zur Nr. 106). Sie wurde deshalb nicht übernommen. Die nunmehr entscheidende Abgrenzung zwischen der angezeigten Forderungsabtretung und der Forderungsverpfändung, die nicht zu einem Verwertungsrecht des Verwalters führt, hat der Rechtsausschuss der Rechtsprechung überlassen (vgl. BT-Drs., aaO).

Aus dieser Entstehungsgeschichte ergibt sich nicht nur, dass die als § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO beschlossene Fassung nach der Vorstellung des Gesetzgebers entsprechend der von der Kommission erarbeiteten Konzeption sämtliche zur Sicherheit abgetretenen Forderungen ohne Rücksicht darauf erfassen soll, ob und zu welchem Zeitpunkt die Abtretung angezeigt worden ist (ebenso *Ganter*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, Bankrechts-Handbuch 2. Aufl. § 90 Rdn. 582; *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, ZInsO 2002, 352, 354). Darüber hinaus verdeutlichen die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens vorgenommene Rücknahme der im Regierungsentwurf noch vorgesehenen Einschränkung und die hierzu gegebene

Begründung des Rechtsausschusses, dass es für das Verwertungsrecht des Verwalters entscheidend auf die rechtliche Einordnung der Sicherheit als zedierete Forderung (§§ 398 ff. BGB) oder als mit einem Vertragspfandrecht belastete Forderung (§§ 1279 ff. BGB) ankommen soll.

c) Sinn und Zweck des § 166 Abs. 2 InsO sprechen ebenfalls für eine umfassende Verwertungsbefugnis des Verwalters auch bezüglich derjenigen Forderungen, deren Abtretung offengelegt worden ist. Wie das Berufungsgericht im Ansatz mit Recht bemerkt, hat die Insolvenzordnung das Verwertungsrecht von beweglichen Sachen im Besitz des Insolvenzverwalters und von zur Sicherung abgetretenen Forderungen beim Insolvenzverwalter konzentriert. Dies dient nicht der Verlagerung von Vermögenswerten gesicherter Gläubiger auf ungesicherte Gläubiger oder auf den Schuldner. Die Interessen der Beteiligten sollen vielmehr so koordiniert werden, dass der Wert des Schuldnervermögens maximiert wird. Dies rechtfertigt es zugleich, den Sicherungsgläubigern durch die Einbindung in das Verfahren bei der Durchsetzung ihrer Rechte gewisse Rücksichtnahmen abzuverlangen und Kostenbeiträge aufzuerlegen (vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 86).

Die Konzentration der Verwertung von zur Sicherung übergebenen oder verpfändeten beweglichen Sachen, die sich im Besitz des Insolvenzverwalters befinden, bei diesem (§ 166 Abs. 1 InsO) dient in erster Linie dem Zweck, die Herauslösung des Sicherungsguts aus dem »technisch organisatorischen Verbund des Schuldnervermögens« durch einzelne Gläubiger zu verhindern (BT-Drs. 12/2443, S. 79 zu gg). Dadurch sollen vorhandene Chancen für eine zeitweilige oder dauernde Fortführung des Unternehmens des Schuldners erhalten und es dem Insolvenzverwalter zugleich ermöglicht werden, durch eine gemeinsame Verwertung zusammengehöriger, aber für unterschiedliche Gläubiger belasteter Gegenstände einen höheren Verwertungserlös zu erzielen (vgl. BT-Drs., aaO, S. 178; auch S. 86).

Ähnliche Erwägungen gelten für die Verwertung der zur Sicherung abgetretenen Forderungen des Schuldners. In vielen Fällen, die den Gesetzgeber zu der Regelung des § 166 Abs. 2 InsO motiviert haben, wird der Verwalter über Unterlagen des Schuldners verfügen, die ihm die Einziehung der Forderung ermöglichen. Der gesicherte Gläubiger ist dagegen ohne Auskunftserteilung und Unterstützung durch den Insolvenzverwalter häufig nicht in der Lage, die zur Sicherheit an ihn abgetretene Forderung festzustellen und mögliche Einwendungen des Drittschuldners auszuräumen (vgl. BT-Drs., aaO, S. 178). Entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung besteht ein Koordinierungsbedarf typischerweise auch in den Fällen der offengelegten Abtretung. Dies bildet den Sachgrund dafür, diese Gruppe von Forderungen in die Regelung einzubeziehen und das Einziehungsrecht des Insolvenzverwalters nicht von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten im Einzelfall abhängig zu machen.

aa) Auch in den Fällen der offengelegten Abtretung kann der Drittschuldner Einwendungen gegen die abgetretene Forderung erheben, die aus der Rechtsbeziehung zu dem Schuldner herrühren. Beispielhaft sind hier nicht nur unvollständig oder schlecht erfüllte Kauf- oder Werkverträge anzuführen, sondern auch Versicherungsverträge, in denen der Drittschuldner – gestützt auf vielfältige Gründe – einwenden kann, zur Leistung nicht verpflichtet zu sein. Erfahrungsgemäß wird

der Gläubiger, selbst wenn er – wie im Streitfall – bei Einziehung der Forderung im Besitz des Versicherungsscheins ist, die erhobenen Einwendungen ohne Zutun des Verwalters nicht entkräften können, weil sich andere entscheidungserhebliche Urkunden, z.B. der Antrag auf Abschluss des Versicherungsvertrags, die Belege über die erbrachten Beitragszahlungen oder eine erforderliche Anzeige über eine Gefahrerhöhung (vgl. § 16 Abs. 1 VVG), aber auch etwaige Vorkorrespondenz beim Schuldner befinden. Da andererseits in der wirtschaftlichen Krise häufig auch Rückstände in der Buchführung sowie der Bearbeitung des Schriftverkehrs auftreten und der mit der Sache befasste Mitarbeiter des Schuldners aus dem Unternehmen ausgeschieden sein kann, entstehen zusätzliche praktische Schwierigkeiten, den Anspruch durchzusetzen, die den Drittschuldner im Einzelfall dazu veranlassen können, die Erfüllung einer berechtigten Forderung abzulehnen.

Das in der Revisionsverhandlung von der Revisionserwidrerung mündlich vorgetragene Argument, der Schuldner sei nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die dem Sicherungsvertrag zugrunde lägen, regelmäßig verpflichtet, dem Gläubiger fortlaufend über die Forderungsangelegenheit zu berichten, greift nicht durch. Denn in der Krise wird das auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gestützte Informationsrecht des Gläubigers vielfach kein geeignetes Mittel darstellen, ihm hinreichende Klarheit über den Bestand und die Durchsetzbarkeit der abgetretenen Forderung zu verschaffen.

bb) Neben den praktischen Schwierigkeiten aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Schuldner und dem Drittschuldner kann für diesen auch unklar sein, welche Person zur Einziehung der Forderung berechtigt ist. Hierbei ist insbesondere an möglicherweise unwirksame Globalzessionen und an Mehrfachabtretungen zu denken. Auch diese Fallgestaltungen lassen es als sachgerecht erscheinen, das Einziehungsrecht für die stille wie für die angezeigte Abtretung bei dem Insolvenzverwalter zu konzentrieren, um dem Drittschuldner von vornherein den möglichen Einwand abzuschneiden, der jeweilige Anspruchsteller sei nicht aktiv legitimiert.

Bei der Verwertung einer als Sicherheit hingegebenen Lebensversicherung im eröffneten Insolvenzverfahren kommt noch hinzu, dass nach einer weit verbreiteten Übung der Kreditinstitute als Sicherheit zunächst nur der Versicherungsschein entgegengenommen wird, ohne die vereinbarte Abtretung der Versicherungsgesellschaft entsprechend den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (vgl. § 13 Abs. 4 Satz 1 ALB 1986) anzuzeigen. Dies wird dann in der Krise nachgeholt, um die Wirksamkeit der Abtretung herbeizuführen. Gerade diese Praxis kann ohne die Anwendung des § 166 Abs. 2 InsO zu Unklarheiten führen, an welche Person die Versicherungsgesellschaft mit befreiender Wirkung zu leisten hat.

d) Der Argumentation des Berufungsgerichts, dem Verwalter sei »in der Gesamtschau« ein Verwertungsrecht zu versagen, wenn die Sicherungsabtretung infolge der konstitutiven Anzeige der Abtretung (vgl. § 13 Abs. 4 Satz 1 ABL 1986; siehe hierzu BGHZ 112, 387, 390; *Ganter*, aaO, § 96 Rdn. 157) in die Nähe eines rechtsgeschäftlichen Besitzpfandrechts rücke (vgl. § 1280 BGB), kann der Senat deshalb nicht beitreten (ebenso KG, NZI 1999, 500, 501; ZIP 2001, 2012, 2013; LG Limburg, NZI 2000, 279; *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 166 Rdn. 9; *MK-InsO/Lwowski*, § 166 Rdn. 137; *Obermüller*, Insolvenz-

recht in der Bankpraxis, 6. Aufl., Rdn. 6. 322; a.A. *Nerlich/Römermann/Becker*, InsO § 166 Rdn. 39 f.; *Mitlehner*, ZIP 2001, 677, 679 f.; *Weis*, ZInsO 2002, 170, 175 f.).

Auf der Grundlage des unstreitigen Sachverhalts hat das Berufungsgericht festgestellt, dass die Gemeinschuldnerin und die Beklagte eine Sicherungsabtretung und somit keine Verpfändung der Rechte aus der Lebensversicherung vereinbart haben. Diese Handhabung dürfte im Übrigen auch der üblichen Bankpraxis entsprechen (vgl. *Merkel*, in: *Schimansky/Bunte/Lwowski*, aaO, § 93 Rdn. 198). Für eine in der Literatur vereinzelt erwogene Umdeutung der Sicherungsabtretung in eine Forderungsverpfändung (vgl. *HK-InsO/Landfermann*, 2. Aufl., § 166 Rdn. 18) sieht der Senat schon im Blick auf die erheblich unterschiedlichen Rechtsfolgen beider Rechtsinstitute keinen Raum.

2. Aus dem Einzugsrecht des Klägers folgt, dass die Beklagte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nach § 170 Abs. 2, § 171 Abs. 1 InsO einen Betrag in Höhe von 4% des Verwertungserlöses als pauschalisierter Ersatz der Feststellungskosten an die Masse zu leisten hat.

a) Die Regelung ist zwingend und knüpft allein an das Verwaltungsrecht des Verwalters an. § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO gewährt dem Verwalter die vorrangige Verfügungs- und Einziehungsmächtigung ab dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung. Dem vorläufigen Insolvenzverwalter sind dagegen Verwertungs- und Abwicklungsmaßnahmen aus eigenem Recht in der Regel nicht gestattet (vgl. BGHZ 144, 192, 199; *HK-InsO/Kirchhof*, aaO, § 22 Rdn. 7 f.). Entgegen der Auffassung der Revisionserwidrerung handelt er deshalb grundsätzlich auch nicht widerrechtlich, wenn er sich zu Absonderungsverlangen eines Sicherungsnehmers nicht erklärt.

Im Streitfall ist der Anspruch der Beklagten gegen die Versicherungsgesellschaft auf Zahlung der Rückvergütung vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 2. 11. 1999 nicht ausgeglichen worden. Er konnte deshalb nach § 170 Abs. 2 InsO der Beklagten noch zur Verwertung überlassen werden. Das hat der Kläger im Streitfall mit seiner im Schreiben vom 18. 1. 2000 erklärten Zustimmung zu der Auszahlung der Rückvergütung an die Beklagte getan. Dass die Beklagte die Versicherung zuvor bereits gekündigt und so mit der Verwertung begonnen hatte, ändert daran nichts (a.A. *Obermüller*, aaO, Rdn. 6. 324). Ein Rechtssatz des Inhalts, dass der Zessionar die Feststellungskosten nicht zahlen muss, weil die Zahlung durch den Drittschuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens hätte erfolgen können, kann der gesetzlichen Regelung nicht entnommen werden.

b) Die weitere Begründung des Berufungsgerichts, die Feststellungspauschale des § 171 Abs. 1 Satz 2 InsO werde nicht für die Prüfung von Absonderungsrechten an Gegenständen außerhalb der Masse gewährt, übersieht, dass die der abgesonderten Befriedigung unterliegenden Gegenstände zur Ist-Masse gehören. Durch die Sicherungsabtretung verliert die Insolvenzmasse wirtschaftlich nicht die Inhaberschaft der Forderung (BGHZ 147, 233, 239). Das der Insolvenzmasse nach Freigabe verbleibende Recht verkörpert durchweg noch einen selbständigen, im Kern geschützten Vermögenswert (BGH, aaO). Wäre die abgetretene Forderung vor der Verfahrenseröffnung eingezogen worden, hätte der endgültige Insolvenzverwalter sogar grundsätzlich die Insolvenzbeständigkeit des Absonderungsrechts prüfen müssen.

c) Die Feststellungspauschale entfällt schließlich auch nicht deshalb, weil die Feststellung – wovon das Berufungsgericht im Streitfall ausgeht – nicht mit besonderem Aufwand verbunden war und die Masse nicht mit kostenträchtigen Tätigkeiten des Verwalters belastet worden ist. Die Kosten der tatsächlichen Feststellung des Gegenstands und der Feststellung der Rechte an diesem werden gemäß § 171 Abs. 1 InsO ausdrücklich pauschal mit 4% des Verwertungserlöses angesetzt. Wie ein Blick auf § 171 Abs. 2 InsO erschließt, soll diese Pauschale im Gegensatz zur Verwertungspauschale auch aufgrund konkreter Kostenberechnungen nicht in Frage gestellt werden können (vgl. BT-Drs. 12/2443, S. 181; 12/7302, S. 177; ebenso *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, aaO, S. 355).

## Anmerkung

### I. Annahme von Verwalterkompetenz allein zwecks Kostenbeteiligung?

Das Urteil des Bundesgerichtshofes ist von herausragender Bedeutung für die Kreditwirtschaft. Es versteht sich als diejenige Abgrenzung zwischen den Verwertungsbefugnissen von Insolvenzverwalter und Absonderungsberechtigten im Falle der Sicherungsabtretung, welche der Gesetzgeber sich entgegen ursprünglichem Entwurf und zum Schaden der Rechtssicherheit versagte und der Rechtsprechung überließ<sup>1</sup>. Zur Freude der mit Sicherungsabtretung (§§ 398, 223 Abs. 2 Satz 1 BGB) versehenen Gläubiger gereicht die Entscheidung nicht. Sie werden zu vier vom Hundert gleich ungesicherten Insolvenzgläubigern in die Zwangssolidarität verwiesen, welche § 1 Satz 1 InsO mit der Wendung von der gemeinschaftlichen Befriedigung beschwört – selbst dann, wenn ihnen der Schuldner gar nicht persönlich haftet, sie also neben der Stellung als Absonderungsberechtigte (§ 51 Nr. 1 Fall 2 InsO) überhaupt keine zusätzliche Stellung als Insolvenzgläubiger (§§ 38, 52 InsO) einnehmen können. Die unausweichliche Solidarisierung der Sicherungszessionare mit den ungesicherten Gläubigern besteht in der unabwendbaren Feststellungskostenpauschale, welche nach §§ 170 Abs. 1 Satz 1, 171 Abs. 1 InsO bei Verwalterverwertung aus dem Erlös vor Bedienung des Sicherungszessionars zu decken ist.

Der Bundesgerichtshof sieht die Kompetenz des Verwalters zur Verwertung der sicherungshalber abgetretenen Forderung im Gegensatz zum vorinstanzlich befassten OLG Hamm<sup>2</sup> als immer gegeben, unabhängig davon, ob die Zession dem Drittschuldner offenbart ist oder nicht, ob der Sicherungsnehmer gar bereits selbst Verwertungsschritte in die Wege leitete und über dazu dienliche Unterlagen (hier: Versicherungsschein) verfügt oder nicht. Diese sehr klare – und insoweit höchst nützliche – Abgrenzung ist möglicherweise vom Ergebnis der Kostenbeteiligung bestimmt. Völlig zu Recht bezeichnet der Bundesgerichtshof die Kostenbeteiligung als strikt an die Verwalterkompetenz gekoppelt (Gründe zu II.2). Diese Koppelung mag demjenigen, der eine Kostenbeteiligung des in guten Zeiten mit besonderer Umsicht vorbeugenden Gläubigers zugunsten der ungesicherten Gläubiger für richtig hält, als rechtspolitisch unvollkommen erscheinen. Er wird indes hinzunehmen haben, dass die ohnehin fragwürdige und noch dazu streitanfällige Zuordnung der Kosten zum Absonderungsberechtigten auf die Fälle der Verwalterverwertung beschränkt ist. In den Fällen der Gläubigerverwertung belässt es

das Gesetz bei Belastung der Masse. Eine sehr weitherzige Annahme von Verwalterverwertungskompetenz weckt in dieser Lageden Eindruck, es gehe letztlich nicht um die Reibungslosigkeit und Einträglichkeit der Abwicklung, sondern zum Vorteil der Masse und der ungesicherten Gläubiger um Überwindung der gesetzlichen Kostenverteilung.

### II. Diskrepanz zwischen einfachen Sicherungszessionaren und Abrechnungssystemen

Abgesehen davon bedeutet völlige Verneinung von Gläubigerkompetenz bei der Sicherungszession eine Verschärfung des Gegensatzes zwischen den gewöhnlichen Sicherungszessionaren (§§ 51 Nr. 1 Fall 1, 166 Abs. 2 Satz 1 InsO) und den Abrechnungssystemen (§ 96 Abs. 2 Satz 2 oder 3 InsO), welche sich mit Sicherungszession ausstatteten. Letztere privilegiert § 166 Abs. 2 Satz 2 InsO, indem dem Verwalter dort die Verwertungskompetenz vorenthalten bleibt. Die Abrechnungssysteme genießen daher gemäß § 173 Abs. 1 InsO auch während des Insolvenzverfahrens ihr durch Sicherungsgeschäft begründetes Verwertungsrecht. Die Bevorzugung der Abrechnungssysteme stützt sich u. a. auf das zweifelhafte, da jeden Gläubiger und nicht nur sie betreffende, Motiv ihres Liquiditätsbedürfnisses. Das zielt nicht allein auf größere Zuverlässigkeit und höhere Geschwindigkeit der Befriedigung aus dem Erlöszufluß bei Gläubigerverwertung<sup>3</sup>. Unbefangen legten die Entwurfsverfasser seinerzeit den Zweck zutage, den Abrechnungssystemen die Kostenbeteiligung zu ersparen, und bezeichneten dies ohne Scheu als Sicherung von Wettbewerbsneutralität (der Zentralbankrefinanzierung).<sup>4</sup>

### III. Kostenpauschale als Ausgleich für Mühe um Eintreiben ihrer selbst?

Nach der Schilderung im Tatbestand scheinen die Mühen des Insolvenzverwalters hauptsächlich darin bestanden zu haben, die für Feststellung des Absonderungsrechts bei Verwalterkompetenz vorgesehene Kostenpauschale (§§ 170 Abs. 1 Satz 1, 171 Abs. 1 InsO) bezutreiben. Die absonderungsberechtigte Gläubigerin hatte bereits während des Eröffnungsverfahrens

<sup>1</sup> Siehe Regierungsentwurf und Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses betreffend § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO (bei Inkrafttreten § 166 Abs. 2 InsO); im Regierungsentwurf § 191 Abs. 2) bei *Kübler/Prütting* (Hrsg.), Das neue Insolvenzrecht. InsO. EGInsO, Band I, 1994, S. 388, 390 (2. Aufl. 2000, S. 391, 393). Hierauf bezieht sich der BGH in den Gründen zu II.1.b.

<sup>2</sup> OLG Hamm, Urte. v. 20. 9. 2001 – 27 U 54/01, DZWIR 2002, 286 ff = ZInsO 2001, 1162 ff, mit ablehnender Anmerkung von *Gundlach/Schmidt*, DZWIR 2002, 289 f. Zu der Entscheidung ferner *Gundlach/Frenzel/Schmidt*, Die Anwendbarkeit der §§ 170, 171 InsO bei der Verwertung von Lebensversicherungen durch den Sicherungsnehmer, in: ZInsO 2002, 352 ff; *Weis*, Kostenpauschalen für die Insolvenzmasse bei Verwertung von Lebensversicherungen – zugleich eine Anmerkung zum Urteil des OLG Hamm v. 20. 9. 2001 (ZInsO 2001, 1162 ff.), in: ZInsO 2002, 170 ff, unter Auseinandersetzung auch mit AG Wittlich, Urte. v. 30. 5. 2000 – 4 C 123/00, NZI 2000, 444 f, und AG Bonn, Urte. v. 1. 10. 2000 – 16 C 322/00, NZI 2001, 50.

<sup>3</sup> Zu Schadensersatzpflicht des Konkursverwalters, der bei Forderungsverwertung durch freihändigen Verkauf die Befriedigung des absonderungsberechtigten Sicherungszessionars aus dem Verkaufserlös nicht sicherstellt, siehe OLG Hamm, Urte. v. 18. 3. 1999 – 27 U 209/97, DZWIR 1999, 338 ff, mit Anm. *Mohr-butter*, DZWIR 1999, 340 f. Beispiel für Verzögerungen bei Verwalterverwertung im Insolvenzverfahren: LG Stendal, Urte. v. 14. 2. 2002 – 22 S 208/01, DZWIR 2002, 294 ff.

<sup>4</sup> Siehe zu den Motiven für § 166 Abs. 2 Satz 2 InsO Nerlich/Römermann/Becker, Insolvenzordnung, 1999 ff, Stand: April 2002, § 166 Rdn. 33, mit Verweis auf den Regierungsentwurf in BR-Drs. 456/99.

mit der Verwertung der sicherungshalber übernommenen Forderung begonnen, indem sie die Erfüllung beanspruchte. Sie musste dazu sogar erst noch durch Kündigung die Forderung fällig machen. Das wiederum gelang ihr, weil sie offensichtlich zugleich mit der Forderung auch das Nebenrecht zur Kündigung übernommen hatte und im Übrigen über die Forderung bestens im Bilde war. Es handelte sich um eine Forderung der Schuldnerin gegen ihren Versicherer als Drittschuldner, und die Gläubigerin hatte sich bei Abschluss des Sicherungsgeschäfts von der Schuldnerin den Versicherungsschein aushändigen lassen. Probleme einer Anfechtbarkeit (§§ 129ff InsO) oder einer vorläufigen Verwertungssperre (als Maßnahme nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO) scheint es nicht gegeben zu haben.

Ebensowenig erhoben sich die Abgrenzungsschwierigkeiten aus der in § 166 InsO geregelten Kompetenzverteilung, wenn man von der richtigen Annahme<sup>5</sup> ausgeht, dass dem vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 21 Abs. 2 Nr. 1 InsO) keine Verwertungsbefugnis zukommt und §§ 165ff InsO allein für das eröffnete Verfahren gelten. Wegen der Beschränkung von §§ 165ff InsO auf das eröffnete Verfahren stellte sich während des Eröffnungsverfahrens auch noch nicht die Frage der Kostenzuordnung nach §§ 170f. InsO. Hätte sich die Eröffnung noch ein wenig verzögert und die Gläubigerin deshalb die Verwertung noch vor Eröffnung zu Ende führen können, wäre von vornherein jeder Gedanke an eine Kostenbeteiligung der Gläubigerin zu verwerfen gewesen – dies selbst dann, wenn der aus der Masse zu vergütende vorläufige Insolvenzverwalter erheblichen Feststellungsaufwand getätigt haben sollte. Allein der Umstand, dass der misstrauische Drittschuldner erst nach Eröffnung und Zustimmung des Insolvenzverwalters leistete, löste das mit §§ 170, 171 InsO begründete Kostenbeteiligungsbegehren aus.

#### IV. Beeinflussung und Beobachtung der Gläubigerverwertung als Feststellungsaufwand der Masse?

##### 1. Einverständnis des Verwalters mit Gläubigerverwertung

Jene Zustimmung des Verwalters unterzieht der Bundesgerichtshof keiner näheren Würdigung. Mit dem Prozess verfolgte der Insolvenzverwalter die Einzahlung der Feststellungskostenpauschale in die Masse. Er scheint seine Aktivitäten im Zusammenhang mit dem Einziehen der Forderung, namentlich sein Einverständnis mit Zahlung des Drittschuldners an die Gläubigerin, nicht als Akt der Verwalterverwertung aufgefaßt zu haben. Denn sonst hätte er es gewiss nicht verabsäumt, von der Absonderungsberechtigten auch noch Beteiligung an den Verwertungskosten (§§ 170 Abs. 1 Satz 1, 171 Abs. 2 InsO) zu verlangen.

Immerhin ist es nicht ausgeschlossen, eine Verwalter-Zustimmung zur Einziehung durch den Absonderungsberechtigten als Einziehungsermächtigung im Sinne von § 185 Abs. 1 BGB analog, verbunden mit einer Auftragsbeziehung (§ 662 BGB) aufzufassen. Mit dieser Ermächtigung würde der Verwalter den Absonderungsberechtigten an der Verfügungsgewalt teilhaben lassen, wenn denn zunächst § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO die Gewalt dem Absonderungsberechtigten (der sie seinerseits in der Sicherungsabtretung vom Schuldner erlangt hatte) zunächst genommen und dem Verwalter zugeteilt hätte. Diese Teilhabe wäre aber bloß äußerlich eine Macht des Ab-

sonderungsberechtigten, da der Absonderungsberechtigte die Einziehung für den Verwalter betriebe. Eine zweite Lesart könnte darin bestehen, dass die Zustimmung eine Überlassung des Gegenstandes an den Absonderungsberechtigten zum Verbleib (vgl. § 168 Abs. 3 Satz 1 InsO) bedeute. Auch dies wäre Verwalterverwertung.

Hingegen führt zur Gläubigerverwertung die Freigabe, das heißt die Überlassung der zunächst in die Verwaltermacht gefallenen Forderung nur zur Verwertung (§ 170 Abs. 2 InsO), wenn hinterher darüber noch eine Abrechnung geschehen müßte (Freigabe<sup>6</sup>). Zustimmung des Verwalters zur Einziehung durch den Absonderungsberechtigten kann solche Freigabe enthalten. Mit ihr ist der Zustand vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens wiederhergestellt. Der Absonderungsberechtigte genießt nun wieder diejenige Kompetenz, welche der Schuldner ihm als dem Gläubiger und Sicherungsnehmer verliehen hatte. Viertens schließlich läßt sich die Zustimmung des Verwalters auch als schlichte Anerkennung einer gemäß § 173 Abs. 1 InsO immer beim Absonderungsberechtigten gebliebenen Verwertungskompetenz interpretieren.

Gläubigerverwertung nach den beiden letzten Lesarten löst keine Verwertungskostenbeteiligung aus. Verwalterverwertung unter Einbeziehung des Absonderungsberechtigten nach den beiden ersten Lesarten hingegen löst eine Verwertungskostenbeteiligung aus, die indessen wegen Kostenersparnis von der Pauschale nach unten gemäß §§ 168 Abs. 3 Satz 2, 171 Abs. 2 Satz 2 InsO abweichen wird. Womöglich ging der Verwalter im streitigen Fall davon aus, daß er die Verwertung aus dem Hintergrund mittels seiner Zustimmung betriebe, bezifferte aber die Verwertungskosten in angemessener Zurückhaltung mit »Null«. Überdies könnte der Verwalter in der letzten Variante, wo er (anders als im dritten Fall) niemals die Verwertungskompetenz erlangte, auch keinen Ausgleich von Feststellungskosten fordern. Vielleicht hatte der Insolvenzverwalter bei der Formulierung seines Klagbegehrens diese Fragen wohlweislich außerhalb des Blickfeldes gelassen, um nicht die Erstattung der Feststellungskosten zusätzlich zu gefährden.

##### 2. Begründung für die Feststellungskostenpauschale

Zurück bleibt die Frage nach der Rechtfertigung der Feststellungskostenpauschale. Der Schuldner gab nicht nur im Sicherungsgeschäft dem Gläubiger und Sicherungsnehmer Zugriffsbefugnis. Er belastete sich auch selbst mit der Mühe, unabgestimmte Beeinträchtigung des ihm nunmehr fremden Verwertungsrechtes zu vermeiden, es zu achten und sich keine eigene Disposition anzumaßen, und des weiteren aufmerksam zu beobachten, ob nicht der Sicherungsnehmer sich Nachlässigkeiten erlaubte. Das bedeutet Aufwand – nicht notwendig monetären, aber jedenfalls organisatorischen, physisch wie psychisch.

Dieser Aufwand fällt mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 14. 12. 2000 – IX ZB 105/00, KTS 2001, 293ff = ZIP 2001, 296ff.

<sup>6</sup> Wegen der vielfältigen Benutzung des Begriffes »Freigabe« (»echt«, »unecht« oder »modifiziert«) in bezug auf Absonderungsberechtigten, Aussonderungsberechtigten und Schuldner siehe MK-InsO/ *Ganter*, Band 1, 2001, § 35 Rdn. 85ff; MK-InsO/ *Lowski*, Band 2, 2002 § 170 Rdn. 47; Nerlich/ *Römermann/ Becker*, InsO, aaO (Fn. 4), § 166 Rdn. 22, 24; § 168 Rdn. 3, § 170 Rdn. 21.

rens der vom Verwalter repräsentierten Masse zur Last. Die Feststellungskostenpauschale gleicht ihn aus. Doch ist dieser Ausgleich an keiner in Geld ausdrückbaren Kalkulation gemessen. Anders als bei den Verwertungskosten (§ 171 Abs. 2 Sätze 2 und 3 InsO) ist im Gesetz konkrete Abrechnung nicht einmal als Alternative vorgesehen. Eine in Geld ausgedrückte Bezifferung der Feststellungskosten dürfte auch schwer fallen, da es sich in weiten Teilen nicht um abgrenzbare Zusatzausgaben, sondern um nur fiktive Zuordnungen der Feststellung zu Teilen der Ausgaben für die Insolvenzverwaltung überhaupt handelt.

Die Pauschalierung in § 171 Abs. 1 Satz 2 InsO ist für die Masse ein Segen und für den Verwalter eine Bürde. Denn er muss auch dann, wenn er nach seiner eigenen Einschätzung keine wirkliche Mühe mit dem Absonderungsgut hat (und er deswegen auch keinen Vergütungszuschlag nach § 3 Abs. 1 Buchst. a InsVVO erhält), sich um den Einbehalt der Pauschale beziehungsweise darum kümmern, dass der Absonderungsberechtigte die Pauschale einzahlt, will er nicht der Masse Mittel vorenthalten und sich so der Schadensersatzpflicht des § 60 Abs. 1 Satz 1 InsO ausliefern.

Das Gesetz kennt nur »alles« oder »nichts«. Ist einmal Verwertungskompetenz des Verwalters gegeben, so fällt eine verlockend hohe, tendenziell überkompensierende fixe Summe an. Ist keine Kompetenz gegeben, fällt nichts an, mag die Feststellung des Absonderungsrechtes auch noch so viel Kraft des Verwalters binden. Dazwischen gibt es, wie der Bundesgerichtshof zutreffend ausführt (Gründe zu II.2.c), keinen Weg.

## V. Zurückhaltung bei Annahme der Verwalterkompetenz

### 1. Wortlaut und Entstehung von § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO

Der verheißene Lohn der Kostenbeteiligung darf nicht zu voreiliger Annahme von Verwalterkompetenz führen. Nun kann man Unbedachtheit seines Handelns dem Bundesgerichtshof nicht vorhalten. Doch droht er die Diskussion auf ein falsches Gleis zu schieben, wenn er zutreffend die – vermutlich nur wegen ihrer Herauslösung aus dem Zusammenhang in dieser Schärfe erscheinende – Ansicht des Berufungsgerichts (Gründe zu I) widerlegt (Gründe zu II.2.b), dass die Sicherungsabtretung die fragliche Forderung zu einem Gegenstand außerhalb der Masse machte. In der Tat wird man die Verwertungsbefugnis des Absonderungsberechtigten nicht mit Ausgliederung des Sicherungsmittels aus dem Schuldnervermögen begründen können. Das schließt aber eine Verwertungsbefugnis des Absonderungsberechtigten noch während des Insolvenzverfahrens nicht aus. Den immerhin das Verwertungsrecht als Teil der Vermögenszuständigkeit übertrug der Schuldner rechtsgeschäftlich auf den Gläubiger.

Beizupflichten ist dem Bundesgerichtshof allemal darin, dass er sich nicht mit dem Wortlaut von § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO begnügt, um dem Verwalter die Verwertung der sicherungsweise zedierten Forderung zuzugestehen. Ausführlich widmet er sich der Entstehung von § 166 InsO (Gründe zu II.1.b) und dem Zweck der Verwalterkompetenz (Gründe zu II.1.c). Bereits der Entstehungsgeschichte entnimmt der Bundesgerichtshof zwingend die ausnahmslose Erfassung aller sicherungsabgetretenen Forderungen von der Verwalterkompetenz. Dem ist nach Ansicht des Verfassers kein Beifall zu

zollen, da, wie der Bundesgerichtshof selbst anführt, die Beratung die Abgrenzungsfrage gerade offenließ.

### 2. Sinn der Verwalterkompetenz

Erst die Frage nach dem Zweck der Verwalterkompetenz kann daher das Ergebnis liefern. Richtig hebt der Bundesgerichtshof hervor, daß § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO keine Vermögensverlagerung vom gesicherten Gläubiger weg zu den ungesicherten hin bezweckt, sondern eine Optimierung der Verwertung. Hier aber bleiben die vom Bundesgerichtshof durchgespielten Szenarien zu allgemein. Der beurteilte Rechtsstreit zeigt deutlich, dass es offenbar Fälle gibt, in denen Verwalterverwertung geradezu töricht wäre. Der Bundesgerichtshof geht denn auch nicht so weit, dass er dem Absonderungsberechtigten unterstellt, er möchte, sobald er erkennt, daß seine eigene Forderung gedeckt sei, in seinen Anstrengungen erlahmen und so den Effizienzvorsprung im Vergleich zu einer Verwalterverwertung zunichte machen.

Selbst wenn aber nun die Fälle günstigerer Gläubigerverwertung der Häufigkeit nach nur verschwindend geringwären, dürfte das von einer Standardsituation ausgehende gesetzliche Schema des § 166 Abs. 2 Satz 1 nicht ausnahmslos darübergelegt werden. Die typischerweise für Gläubigerverwertung geeigneten Fälle bilden solche Ausnahmen. Der Bundesgerichtshof wagt sich auch nicht etwa an die These, Verwalterverwertung sei immer der beste Weg, weil es dem Verwalter freistehe, ausnahmsweise den nach Lage der Dinge mit besseren Möglichkeiten versehenen Absonderungsberechtigten in die Verwertung einzuschalten. Ein derartiger Umweg wäre schwaches Fundament für die Feststellungskostenpauschale.

Der Bundesgerichtshof verweist zur Zweckmäßigkeit der Verwalterverwertung darauf, dass auch nach Offenlegung der Zession Koordinierungsbedarf bestehen könne, ohne dessen Befriedigung der Absonderungsberechtigte die Einziehung nicht wirksam betreiben könne. Beispiel ist der Drittschuldner, welcher Einwände gegen die Forderung erhebt (Gründe zu II.1.c.aa). Dem ist entgegenzuhalten, dass das in einem Fall sein mag, im anderen aber nicht ebenfalls sein muss. Ebenso sehr kann der Verwalter ohne Hilfe des Sicherungsnehmers hilflos sein – etwa wenn dieser über die notwendigen Unterlagen zur Forderung verfügt (wie zum Beispiel den Versicherungsschein). Der Verweis auf die für insolvente Schuldner typischen Buchführungsrückstände und das Ausscheiden informierter Mitarbeiter des Schuldners trifft den Verwalter nicht minder, sondern womöglich sogar stärker als den Absonderungsberechtigten, der immerhin die ältere Beziehung zum Schuldner und zu dessen Leuten für sich reklamieren darf.

Endlich zeigt ein Blick auf das sog. Kleinverfahren (§§ 304 ff. InsO), dass dem Gesetzgeber die Vorstellung fremd ist, typischerweise müsse alle Verwertung beim Verwalter konzentriert sein. Gerade in Kleinverfahren, Verbraucher und ehemalige Gewerbetreibende mit bei Eröffnungsantrag geringer Gläubigerzahl betreffend (§ 304 InsO), ist ein geringer Organisationsgrad des Schuldnervermögens und damit doch ein hoher Koordinierungsbedarf, den der Treuhänder als Verwalter (§ 313 Abs. 1 Satz 1 InsO) mit seiner Kompetenz befriedigen soll, zu erwarten. Dennoch obliegt nicht dem Treuhänder die Verwertung von Absonderungsgut, sondern dem Absonderungsberechtigten (§ 313 Abs. 3 Sätze 1 und 2 InsO). Der Treuhänder kann allenfalls bei Säumigkeit des Gläubigers

die Verwertung an sich ziehen (§ 173 Abs. 2 InsO mit § 313 Abs. 3 Satz 3 InsO). Dazumuss man sich klarmachen, dass es sich beim Kleinverfahren nicht um eine Randerscheinung, sondern um eine das Insolvenzgeschehen zumindest nach

der Zahl der Verfahren in gleichem Maße wie die Unternehmensinsolvenz beherrschende Größe handelt

Professor Dr. *Christoph Becker*, Univ Augsburg