

BGH, Feststellungs- und Verwertungskostenpauschale für sicherungshalber abgetretene Forderungen - Urteil vom 20.2.2003 IX ZR 81/02 [Urteilsanmerkung]

Christoph Becker

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Becker, Christoph. 2003. "BGH, Feststellungs- und Verwertungskostenpauschale für sicherungshalber abgetretene Forderungen - Urteil vom 20.2.2003 IX ZR 81/02 [Urteilsanmerkung]." Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht 13 (8): 332-42. <https://doi.org/10.1515/dwir.2003.179>.

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, Feststellungs- und Verwertungskostenpauschale für sicherungshalber abgetretene Forderungen

InsO §§ 21, 22, 23, 159, 169, 170, 171

Urteil vom 20. 2. 2003 – IX ZR 81/02

1. Die 4 % ige Feststellungskostenpauschale gebührt der Insolvenzmasse auch für sicherungshalber abgetretene Forderungen, die nach Insolvenzeröffnung durch direkte Leistung an den absonderungsberechtigten Gläubiger getilgt werden.

2. Für sicherungshalber abgetretene Forderungen, die vor Insolvenzeröffnung getilgt werden, gebühren der späteren Insolvenzmasse grundsätzlich weder Feststellungs- noch Verwertungskosten.

3. Das für das Eröffnungsverfahren erlassene insolvenzgerichtliche Verbot an Drittschuldner, an den (Insolvenz-)Schuldner zu zahlen, die Ermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters zum Forderungseinzug sowie das Gebot an die Drittschuldner, an den vorläufigen Verwalter zu zahlen, wirken von sich aus nicht gegenüber Sicherungsnehmern.

4. Eine Verzinsungspflicht nach § 169 Satz 2 InsO setzt voraus, dass gerade auch der anspruchstellende Gläubiger durch gerichtliche Anordnung an der Verwertung gehindert worden ist.

5. Das vom Insolvenzgericht für das Eröffnungsverfahren erlassene Zwangsvollstreckungsverbot hindert für sich Sicherungsnehmer nicht, ihre vertraglichen Rechte ohne Vollstreckungsmaßnahmen durchzusetzen.

6. Verzinsung abgetretener Forderungen gebührt dem absonderungsberechtigten Sicherungsnehmer regelmäßig erst ab dem Tage nach dem Zahlungseingang, sofern sich der Insolvenzverwalter vom Berichtstermin an ordnungsgemäß um den Forderungseinzug bemüht hat.

7. Die Zinszahlungspflicht der Insolvenzmasse endet nicht schon mit der Verwertungshandlung, sondern erst mit der Auskehr des Erlöses an den Absonderungsberechtigten.

Sachverhalt

Die Klägerin war Hausbank der S. GmbH (nachfolgend: GmbH oder Schuldnerin), die ihr als Sicherheit für gewährte Kredite u. a. alle Forderungen aus dem Geschäftsverkehr mit Dritten abgetreten hatte. Nach Kündigung der gewährten Kredite legte die Klägerin die Abtretungen offen und forderte die Kunden auf, nur noch an sie zu zahlen. Auf einen Insolvenzantrag der GmbH wurde der Beklagte am 26. 10. 1999 zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt. In dem Beschluss erließ das Amtsgericht einen Zustimmungsvorbehalt sowie ein Vollstreckungsverbot und ermächtigte den Beklagten, »für die Schuldnerin zu handeln«. Der Beschluss enthielt u. a. die Sätze:

»Den Schuldnern der Schuldnerin (Drittschuldner) wird verboten, an die Schuldnerin zu zahlen. Der vorläufige Insolvenzverwalter wird ermächtigt, Bankguthaben und sonstige Forderungen der Schuldnerin einzuziehen sowie eingehende Gelder entgegenzunehmen. Die Drittschuldner werden aufgefordert, nur noch unter Beachtung dieser Anordnung zu leisten (§ 23 Abs. 1 Satz 3 InsO).«

Der Beklagte führte den schon eingestellten Geschäftsbetrieb der GmbH nicht fort. Er forderte die Schuldner der GmbH auf, an ihn zu

zahlen, und verlangte von der Klägerin die Weiterleitung von Zahlungseingängen. Bis zum 13. 1. 2000 gingen beim Beklagten Zahlungen der Drittschuldner von insgesamt 15.655,65 DM und nach dem an diesem Tag erlassenen Eröffnungsbeschluss solche von weiteren 45.543,24 DM ein. Die Klägerin ihrerseits erhielt während der entsprechenden Zeiträume Zahlungen von insgesamt 39.425 DM und 71.526,66 DM. Der Beklagte führte mehrfach bei ihm eingegangene Geldbeträge an die Klägerin ab, macht aber auch Ansprüche der Insolvenzmasse auf eine 4 % ige Feststellungskostenpauschale wegen aller Zahlungseingänge sowie auf eine 5 % ige Verwertungskostenpauschale wegen aller bei ihm eingegangenen Zahlungen geltend.

Die Klägerin, die wegen ihrer vorangegangenen Offenlegung der Forderungsabtretung Kostenbeiträge für die Insolvenzmasse nicht anerkennen wollte, verlangt mit der Klage die Weiterleitung beim Beklagten eingegangener Kundenzahlungen. Ferner fordert sie Zinsen wegen vermeintlich verspäteter Abführung der Eingänge.

Das Landgericht hat der Klage teilweise und das Berufungsgericht hat ihr in weitergehendem Umfang stattgegeben, indem es den Beklagten zur Zahlung von 5.847,07 DM (2.989,56 €) nebst zeitlich gestaffelten Zinsen von bis zu 5 % seit 26. Januar 2000 verurteilt hat. Dagegen richtet sich die – zugelasene – Revision des Beklagten.

Aus den Gründen

Das Rechtsmittel ist teilweise begründet.

I. 1. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zur Zahlung des Betrages von 5.847,07 DM aufgrund folgender Berechnung verurteilt: Der Beklagte habe die bei ihm eingegangenen Kundenzahlungen in Höhe von insgesamt (15.655,65 DM + 45.543,24 DM =) 61.198,89 DM an die Klägerin auszukehren, abzüglich bereits bezahlter 48.003,35 DM, anderweitig anerkannter 3.249,58 DM und berechtigter Kostenforderungen von 4.098,89 DM. Dieser Betrag errechne sich als (9 % ige) Kostenpauschale auf alle abgetretenen Forderungen, die ab Insolvenzeröffnung (in Höhe von zusammen 45.543,24 DM) an die Insolvenzmasse erfüllt worden seien.

Dagegen könne der Beklagte keine Kostenbeiträge auf sämtliche bei der Klägerin eingegangenen Zahlungen und keine »Verwertungskosten« auf solche Zahlungen verlangen, die vor dem Eröffnungsbeschluss bei der Schuldnerin eingegangen seien. Denn der erst vorläufige Insolvenzverwalter habe kein Verwertungsrecht.

Der Umstand, dass die Klägerin den Rechtsstreit in erster Instanz in Höhe von 800 DM einseitig für erledigt erklärt habe, hindere es nicht, ihr auch diesen Betrag auf ihren Antrag in zweiter Instanz zuzusprechen. Die Berufung sei insoweit zulässig, weil der erstinstanzliche Antrag der Klägerin, die Erledigung in Höhe von 800 DM festzustellen, zurückgewiesen worden sei. Die Klägerin könne insoweit auch in zweiter Instanz wieder zur Leistungsklage übergehen, weil sich der Beklagte der Erledigungserklärung nicht angeschlossen habe.

2. Zinsen schulde der Kläger – so das Berufungsgericht – gemäß § 169 Satz 2 InsO ab 26. 1. 2000, weil das Insolvenzgericht in seinem Beschluss vom 26. 10. 1999 ein Vollstreckungsverbot nach Maßgabe des § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO angeordnet habe. Auf eine – gar schuldhaft – verzögerliche Verwertung durch den Insolvenzverwalter komme es insoweit nicht an. Auch sei es unerheblich, ob eine Verzinsung im Einzelfall wirtschaftlich gerechtfertigt sei, weil der Gesetzgeber dem absonderungsberechtigten Gläubiger für die Entziehung des Sicherungsgutes eine abstrakte Nutzungsentschädigung habe zubilligen wollen.

Die Zinspflicht beginne gemäß § 169 Satz 2 InsO in dem Zeitpunkt, der drei Monate nach der Anordnung im Sinne von § 21 InsO liege – also ab 26. 1. 2000 –, und erlösche mit Ausschüttung des Veräußerungserlöses. Die Schuldnerin habe nach Kündigung des Kreditverhältnisses durch die Klägerin Verzugszins in Höhe von 5 % gemäß

§ 288 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. i. V. m. § 352 Abs. 1 Satz 1 BGB zu entrichten.

II. Demgegenüber rügt die Revision:

1. In Höhe von 800 DM habe nicht lediglich eine einseitige Erledigungserklärung vorgelegen. Vielmehr habe sich der Beklagte durch Schriftsatz vom 23. 8. 2001 einer Erledigungserklärung der Klägerin angeschlossen.

Feststellungs- und Verwertungskosten seien der Insolvenzmasse auch während der Tätigkeit des vorläufigen Insolvenzverwalters zuzubilligen. Dieser sei bereits zur Verwertung befugt, weil eine möglichst schnelle Feststellung und Verwertung von Forderungen im Interesse aller Gläubiger liege. Die Feststellungspauschale gebühre der Insolvenzmasse auch für solche Beträge, die von den Drittschuldnern unmittelbar an die Klägerin bezahlt wurden.

2. Zinsansprüche stünden der Klägerin nicht zu. Die gegenteilige Auffassung des Berufungsgerichts hätte zur Folge, dass dem Gläubiger zu Lasten der Insolvenzmasse Zahlungen zugute kämen, denen kein Nachteil oder Schaden gegenüberstehe. Dafür, dass der Beklagte die Verwertung verzögert habe, fehle jeder Anhaltspunkt, zumal er bereits als vorläufiger Verwalter mit dem Forderungseinzug begonnen habe. § 169 Satz 2 InsO rechtfertige eine Zahlung von Zinsen nur, wenn der Gläubiger schon im Vorfeld der Insolvenz versucht habe, den Gegenstand zu verwerten, und aufgrund einer Sicherungsmaßnahme des Insolvenzgerichts daran gehindert worden sei.

III. Die Weiterleitung von *Zahlungseingängen* kann die Klägerin nur noch in Höhe von 1.526,72 € (2.986 DM) vom Beklagten verlangen. Denn der Insolvenzmasse stehen Gegenansprüche auf Kostenbeiträge in Höhe von insgesamt 3.558,57 € (6.959,96 DM) gegen die Klägerin zu.

1. Die 4%ige Feststellungskostenpauschale gemäß § 171 Abs. 1 InsO gebührt der Insolvenzmasse auch für solche sicherungshalber abgetretenen Forderungen, welche die Drittschuldner – hier in Höhe von insgesamt 71.526,66 DM – nach *Insolvenzöffnung* durch Zahlung unmittelbar an die *Klägerin* selbst getilgt haben. Daraus errechnet sich ein Betrag von 2.861,07 DM über die schon vom Berufungsgericht zuerkannten 4.098,89 DM hinaus.

a) Das Verwertungsrecht auch für diese Forderungen stand dem Beklagten unabhängig davon zu, dass die Klägerin vorher die Abtretung offengelegt hatte (vgl. Senatsurt. v. 11. 7. 2002 – IX ZR 262/01, ZIP 2002, 1630 ff.). Dann gebühren ihr auch die Feststellungskosten dafür (*Smid*, InsO, 2. Aufl., § 166 Rdn. 39). Denn der Insolvenzverwalter muss die Wirksamkeit des Absonderungsrechts auch dann feststellen, wenn Schuldner die abgetretenen Forderungen nach Insolvenzöffnung unmittelbar an den Absonderungsgläubiger zahlen (*Häcker*, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, Rdn. 1025). Wäre die Abtretung nicht rechtswirksam oder insolvenzbeständig, hätte der Insolvenzverwalter die Abführung des Erlöses von den Gläubigern zu verlangen.

b) Der Wortlaut des § 170 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 InsO, auf den das Berufungsgericht (im Anschluss an Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 170 Rdn. 4) entscheidend abgestellt hat, steht diesem Ergebnis nicht entgegen. Denn er beruht noch auf der ursprünglichen Fassung des § 195 des Regierungsentwurfs einer Insolvenzordnung (BT-Drs. 12/2443). Dieser Entwurf sah in § 191 Abs. 2 ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters an abgetretenen Forderungen nur vor, solange die Abtretung den Drittschuldnern nicht angezeigt worden war. Diese Einschränkung hat der Bundestag auf Vorschlag seines Rechtsausschusses aufgegeben (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drs. 12/7302 zu § 191 Abs. 2). Hierbei wurden mögliche Folgewirkungen auf den Wortlaut des jetzigen § 170 InsO im

Einzelnen nicht bedacht (vgl. Beschlussempfehlung, aaO, zu § 195, S. 177). Insbesondere wurde nicht die Rechtsfolge geregelt, die eintreten sollte, wenn der Absonderungsberechtigte unter Verstoß gegen § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO in der Gesetz gewordenen Fassung selbst die abgetretenen Forderungen einzieht.

c) Durch ein solches, objektiv rechtswidriges Verhalten nach Insolvenzöffnung darf der Absonderungsberechtigte keine wirtschaftlichen Vorteile erlangen. Er kann keinesfalls bessergestellt werden, als hätte ihm der Insolvenzverwalter die Forderungen zur Verwertung überlassen; in diesem Falle wären die Feststellungskosten gemäß § 170 Abs. 2 InsO ebenfalls zu erstatten. Nach Insolvenzöffnung hat der Gläubiger den Insolvenzverwalter – wie in dem vom Senat am 11. 7. 2002 entschiedenen Fall (IX ZR 262/01, aaO) – wenigstens in die Verwertung einzuschalten. Denn nur dann hat der an den nicht mehr einzugsbefugten Absonderungsberechtigten leistende Drittschuldner die Gewähr, dass er durch diese Leistung von seiner Zahlungspflicht frei wird. Der Senat braucht insoweit nicht allgemein zu entscheiden, ob der Drittschuldner in entsprechender Anwendung der §§ 408, 407 Abs. 1 letzter Halbs. BGB und des § 82 InsO noch mit befreiender Wirkung an den materiell berechtigten Abtretungsempfänger leisten kann, wenn jener die Insolvenzöffnung – und den damit verbundenen Übergang des Einziehungsrechts – kennt (verneinend *Uhlenbruck*, InsO, 12. Aufl., § 166 Rdn. 16; *Braun/Gerbers*, InsO, § 166 Rdn. 16; *Pape*, NZI 2000, 301, 302; *Smid*, aaO, § 166 Rdn. 40; bejahend *Obermüller/Hess*, InsO, 3. Aufl., Rdn. 1398; *Häcker*, aaO, Rdn. 1012 f.). Dies mag immerhin zweifelhaft sein, soweit der Insolvenzmasse die Feststellungskosten gemäß §§ 170, 171 InsO gebühren, insbesondere dann, wenn diese vom Absonderungsberechtigten nicht mehr zu erlangen sind. Letztlich genügt es im vorliegenden Zusammenhang, dass der Insolvenzverwalter von Rechts wegen für den Forderungseinzug nach Insolvenzöffnung zuständig ist. Damit ist er an der »Verwertung« im Sinne von § 170 InsO beteiligt. Das gilt um so mehr, als der Insolvenzverwalter die Forderung auch auf andere Weise als durch Einziehung – etwa durch Verkauf an Dritte – verwerten darf (vgl. hierzu *MK-InsO/Lwowski*, § 166 Rdn. 148; *Uhlenbruck*, aaO, Rdn. 13, 16; *Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., § 42 Rdn. 113 m. w. N.).

Aus § 170 Abs. 2 InsO ergibt sich, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, nichts Abweichendes: Wenn der Absonderungsberechtigte die Feststellungskosten sogar im Falle einer berechtigten Verwertung abzuführen hat, gilt das erst recht im Falle einer unberechtigten Verwertung.

Da dieses Normverhältnis unmittelbar aus dem Zusammenhang zwischen § 170 Abs. 1 und § 166 Abs. 2 Satz 1 InsO abzuleiten ist, bedarf es – anders als das Berufungsgericht meint – auch keiner Analogie.

d) Nachdem die Klägerin die Forderungen eingezogen hat, muss sie die Feststellungskosten in entsprechender Anwendung des § 170 Abs. 2 InsO an den Beklagten abführen. Ob ein Anspruch der Insolvenzmasse auch auf §§ 667, 681 Satz 2 und § 687 Abs. 2 Satz 1 oder § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB gestützt werden könnte (vgl. Nerlich/Römermann/Becker, InsO, § 166 Rdn. 8; *Braun/Gerbers*, InsO, § 166 Rdn. 16), kann offen bleiben.

Vom Umfang des Feststellungsaufwands im Einzelfall hängt

der pauschalierte Ersatz der Feststellungskosten nicht ab (Senatsurt. v. 11. 7. 2002 – IX ZR 262/01, aaO, S. 1633).

2. Dagegen ist die Revision unbegründet, soweit der Beklagte Feststellungs- und/oder Verwertungskosten für Zahlungen verlangt, die vor der *Insolvenzeröffnung* bei der Klägerin oder bei der Schuldnerin eingegangen sind. Denn dem erst vorläufigen Insolvenzverwalter stehen Kostenbeiträge nach §§ 170, 171 InsO regelmäßig nicht zu (ebenso *Uhlenbruck*, aaO, § 170 Rdn. 6; *Kübler/Prütting/Kemper*, InsO, § 166 Rdn. 15; *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier*, Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., S. 1083, 1096 zu Rdn. 53, 54).

a) Diese Vorschriften beziehen sich nach ihrem Wortlaut nur auf den (endgültigen) »Insolvenzverwalter«. Auch ihre systematische Stellung im dritten Abschnitt des vierten Teils der Insolvenzordnung – betreffend »Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse« – deutet auf eine Anwendbarkeit allein im eröffneten Insolvenzverfahren hin.

b) Demgegenüber ist der erst vorläufige Insolvenzverwalter grundsätzlich nicht zur Verwertung der Insolvenzmasse befugt (BGHZ 146, 165, 172 f.). Gegenüber dem Gläubiger stehen ihm – von besonderen gerichtlichen Anordnungen (dazu s. u. c) und Sicherungsmöglichkeiten abgesehen – nur die zwischen Gläubiger und Schuldner vertraglich vereinbarten Rechte am Sicherungsgut zu. Dass diese hier ausnahmsweise eine Kostenbeteiligung der Gläubiger am Verwertungserlös vorsehen, macht der Beklagte selbst nicht geltend.

aa) Durch eine unbefugte Verwertung kann der vorläufige Insolvenzverwalter von Rechts wegen nicht die Kostenpauschale nach §§ 170, 171 InsO für die spätere Insolvenzmasse erlangen. Daran ändert der Hinweis der Revision nichts, dass eine möglichst schnelle Verwertung im Interesse aller Gläubiger liege. Diesem Interesse wird dadurch entsprochen, dass das Insolvenzverfahren selbst möglichst schnell eröffnet wird. Dies entspricht der Wertung des Gesetzgebers, der mit der Einführung der Insolvenzordnung eine wesentliche Verkürzung des Eröffnungsverfahrens erreichen wollte (Amtliche Begründung der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung, aaO, S. 84 ff.); die Aufgaben des vorläufigen Insolvenzverwalters hat er eng begrenzt, um »das Verfahren vor der Eröffnung... so kurz wie möglich« zu halten (Amtliche Begründung, aaO, zu § 26, S. 117). Dies hat der Bundestag nur für die Prüfung eingeschränkt, »welche Aussichten für eine Fortführung des Unternehmens des Schuldners bestehen« (§ 22 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 a. E. InsO; vgl. dazu Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses des Bundestages, aaO, S. 158 zu § 26). Darum ging es hier von vornherein nicht, weil schon die Schuldnerin selbst ihr Unternehmen unstreitig eingestellt hatte und der Beklagte nicht dargetan hat, eine Wiederaufnahme je erwogen zu haben.

Blieb danach nur eine Liquidation des Schuldnervermögens, so hatte der Beklagte auf eine möglichst schnelle Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinzuwirken. Falls er sich von einer Verlängerung – möglicherweise im Hinblick auf den Bezug von Insolvenzgeld – wirtschaftliche Vorteile versprochen haben sollte, so hatte er diese gegen den Nachteil abzuwägen, dass der Insolvenzmasse Feststellungs- und Verwertungskosten durch eine Verwertung schon im Eröffnungsverfahren entgehen würden.

Zwar mag der Insolvenzverwalter nach der Verfahrenseröffnung pflichtgemäß gehalten sein, den rechtlichen Bestand

auch solcher Sicherungsrechte zu prüfen, die schon vorher durch Zahlung abgelöst worden sind. Diese allgemeine Amtspflicht beschränkt sich aber nicht allein auf das Eröffnungsverfahren, sondern reicht weiter zurück. Dies gehört zu den allgemeinen Verwaltungsaufgaben des Insolvenzverwalters; für ihre Erfüllung hat der Gesetzgeber keine besondere Leistung an die Insolvenzmasse vorgesehen. Mit den §§ 170, 171 InsO hat er eine Sonderregelung getroffen, welche gerade die Mehrvergütung ausgleichen soll, die durch die Bearbeitung von Absonderungsrechten innerhalb des Insolvenzverfahrens – jetzt gemäß § 1 Abs. 2, § 3 Abs. 1 Buchst. a InsVV – anfällt (vgl. Amtliche Begründung, aaO, zu § 195). Diese knüpft an die Verwertung innerhalb des Insolvenzverfahrens an. Eine zeitliche Ausdehnung war erkennbar nicht beabsichtigt.

bb) Im Übrigen rechtfertigte es auch eine Unternehmensfortführung nicht, schon dem vorläufigen Insolvenzverwalter regelmäßig *Verwertungsbefugnisse* i. S. d. §§ 159 ff. InsO zuzuerkennen. Zwar darf und muss ein vorläufiger Verwalter zur Erfüllung einer solchen Aufgabe im Rahmen seiner *Verwaltungstätigkeit* unter anderem die aus dem Unternehmen erwirtschafteten Forderungen zügig einziehen, um das Unternehmen unter Einsatz des Erlöses fortführen zu können (vgl. *Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier*, aaO, Rdn. 52). Das ist aber keine unzulässige »Verwertung« im bezeichneten, funktionalen Sinne. Dieser Begriff wird im zweiten Abschnitt des vierten Teils der Insolvenzordnung – insbesondere in § 159 – in einen Gegensatz zu der von der Gläubigerversammlung anzuordnenden Unternehmensfortführung (§ 157, vgl. auch § 158 InsO) gestellt und damit im Sinne der endgültigen Umwandlung realen Schuldnervermögens in Geld unmittelbar zum Zwecke der Gläubigerbefriedigung (vgl. § 1 Satz 1 InsO) verwendet, sei es durch Liquidation einzelner Bestandteile oder einheitliche übertragende Sanierung. Der laufende Umsatz der Erzeugnisse eines fortgeführten Unternehmens, mit dem dieses aufrechterhalten werden soll, während des Eröffnungsverfahrens bereitet eine solche spätere Verwertung allenfalls vor. Im Verhältnis zu den wenigen formell Beteiligten jedes einzelnen Eröffnungsverfahrens handelt es sich dabei noch um eine erlaubte Verwaltungstätigkeit.

Damit allein wird dem vorläufigen Insolvenzverwalter aber keine Befugnis zum Eingriff auch in Rechte *Dritter* verliehen, insbesondere absonderungsberechtigter Gläubiger, die erst mit der Insolvenzeröffnung förmlich in das Verfahren eingebunden werden. Für diese gilt grundsätzlich der Sicherungsvertrag fort (s. o. b vor aa), soweit nicht besondere gerichtliche Sicherungsanordnungen in zulässiger Weise eingreifen (s. u. c). Danach blieb der Forderungszug hier unbefugt.

cc) Allerdings verweist die Revision zutreffend auf die Gefahr einer denkbaren Verschlechterung der Vermögensverhältnisse von Drittschuldnern, die während eines Eröffnungsverfahrens eintreten könnte. Unter dieser Voraussetzung einer Gefahr im Verzuge wäre ausnahmsweise eine Einziehung von Außenständen schon im Eröffnungsverfahren zum Zwecke der Verwertung statthaft und geboten (vgl. Amtliche Begründung, aaO, S. 117 zu § 26 mit dem Beispiel »Notverkauf verderblicher Waren«). Sie würde mittelbar auch dem Sicherungsnehmer nützen, weil sie zugleich den wirtschaftlichen Bestand seines Sicherungsrechts erhält.

Im vorliegenden Fall braucht jedoch nicht entschieden zu werden, ob eine auf solche Weise befugte Verwertung schon im

Eröffnungsverfahren auch die Kostenbeiträge der §§ 170, 171 InsO auslöst. Denn hier hat der Beklagte für die genannte Voraussetzung in tatsächlicher Hinsicht nichts dargelegt. Es ist nicht ersichtlich, dass einzelnen der zahlenden Drittschuldner ein Vermögensverfall drohte. Erst recht ist nicht vorgetragen, dass diejenigen Drittschuldner, die tatsächlich an den Beklagten leisteten, dieselbe Zahlung nicht auch an die Klägerin erbracht hätten, wenn nicht der Beklagte die Einziehungsbefugnis schon während des Eröffnungsverfahrens beansprucht hätte.

c) Der Beklagte ist endlich nicht durch das Insolvenzgericht ermächtigt worden, Schuldnervermögen schon während des Eröffnungsverfahrens zu verwerten.

Die im Beschluss des Insolvenzgerichts vom 26. 10. 1999 ausgesprochene – ohnehin unzulässige (vgl. Senatsurt. v. 18. 7. 2002 – IX ZR 195/01, WM 2002, 1888, 1891, z. V. b. in BGHZ 151, 353) – Ermächtigung des Beklagten, »mit rechtlicher Wirkung für die Schuldnerin zu handeln«, betraf allein dessen Rechtsstellung gegenüber den Organen der Schuldnerin. Sie erweiterte nicht seine Rechte gegenüber Gläubigern.

Das ebenfalls in den Beschluss aufgenommene Verbot an die Drittschuldner, an die Schuldnerin zu zahlen, sowie die dem Beklagten erteilte Ermächtigung, Forderungen der Schuldnerin einzuziehen sowie eingehende Gelder entgegenzunehmen, entsprach § 23 Abs. 1 Satz 3 InsO. Eine solche Anordnung regelt allein die Empfangszuständigkeit zwischen Schuldnerin und vorläufigem Insolvenzverwalter gegenüber Drittschuldnern in einer Weise, die § 80 Abs. 1 und § 82 InsO sowie § 829 Abs. 1 Satz 1 und 2 und § 835 Abs. 1 ZPO entspricht. Beide Anordnungen betreffen dagegen nicht eine etwaige Rechtsbeziehung des Schuldners zu Sicherungnehmern.

Der Senat braucht deshalb nicht zu entscheiden, ob und inwieweit eine Erstreckung jener Anordnungen auch »auf Absonderungsberechtigte« – wie in dem später in einem anderen Verfahren ergangenen Beschluss des Insolvenzgerichts Hechingen vom 10. 12. 2001 vorgesehen – schon während des Eröffnungsverfahrens rechtswirksam ist, oder ob damit der Bereich zulässiger *sichernder* Maßnahmen überschritten wird.

3. Mit Recht hat das Berufungsgericht es endlich für zulässig gehalten, dass die Klägerin mit ihrer Berufung ihren Zahlungsantrag wieder um 800 DM erhöhte. Ob etwas anderes gelten würde, wenn der Rechtsstreit wegen dieser Forderungsteils in erster Instanz übereinstimmend für erledigt erklärt worden wäre, mag offen bleiben. Denn der Beklagte hat der Erledigung in diesem Umfang – entgegen der Rüge der Revision – nicht erkennbar zugestimmt. Seine Zustimmungserklärung vom 23. 8. 2001 bezog sich allein auf die vorangegangene Erklärung der Klägerin, ihr – im ursprünglichen Klageantrag zu 2 enthaltenes *Auskunfts*verlangen sei erledigt. Unter diesen Umständen brauchte das Berufungsgericht das vom Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht gestellte Begehren »Klageabweisung und Kostenantrag« nicht als Zustimmung zur Erledigung auch eines Teils des Zahlungsvorgangs ausulegen.

IV. Der *Zins*antrag der Klägerin ist nur teilweise begründet.

1. Die Klägerin kann Zinsen nicht für eine vor dem 25. 2. 2000 liegende Zeit verlangen.

a) Gemäß § 169 Satz 1 InsO sind dem Gläubiger vom Berichtstermin an laufend die geschuldeten Zinsen aus der In-

solvenzmasse zu zahlen, solange ein Gegenstand, zu dessen Verwertung der Insolvenzverwalter nach § 166 berechtigt ist, nicht verwertet wird. Wann der Berichtstermin im hier fraglichen Insolvenzverfahren stattgefunden hat, ist nicht dargetan. Gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO soll er nicht über sechs Wochen nach dem Eröffnungsbeschluss – hier: vom 13. 1. 2000 – hinaus angesetzt werden. Da die für ihren Zinsanspruch darlegungsbelastete Klägerin keinen früheren Berichtstermin vorgetragen hat, kommt hier eine Verzinsung nach Ablauf der Sechs-Wochen-Frist in Betracht, mithin ab 25. 2. 2000.

b) Nach § 169 Satz 2 InsO sind allerdings die geschuldeten Zinsen schon von einem früheren Zeitpunkt an zu zahlen, wenn der Gläubiger bereits vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgrund einer Anordnung nach § 21 an der Verwertung des Gegenstands gehindert worden ist. Die Vorschrift soll vermeiden, dass Absonderungsberechtigte durch eine solche im Gesamtinteresse ergangene Maßnahme einen Schaden erleiden (Amtliche Begründung, aaO, S. 180 zu § 194 Abs. 3). Ein derartiger, ausgleichender Nachteil kann nur eintreten, wenn und soweit die gerichtliche Anordnung Absonderungsberechtigte jeweils an der Durchsetzung ihrer individuellen Sicherungsrechte im Einzelfall hindert. Diese Voraussetzung ist hier, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, nicht erfüllt.

Zwar hat das Insolvenzgericht in seinem Beschluss vom 26. 10. 1999 ein Vollstreckungsverbot erlassen. Dieses hinderte die Klägerin aber nicht an der Verwertung ihrer Sicherungsrechte. Denn die Durchsetzung einer rechtsgeschäftlich erklärten Abtretung wird von einem Verbot der Zwangsvollstreckung im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 3 InsO grundsätzlich nicht berührt.

Auch das vom Amtsgericht an die Drittschuldner erlassene Zahlungsverbot hinderte die Klägerin an der Verfolgung der ihr abgetretenen Ansprüche ebensowenig wie die dem Beklagten erteilte Einziehungsermächtigung (siehe oben III 2 c). Dementsprechend hat die Klägerin hier auch andere ihr abgetretene Forderungen während des Eröffnungsverfahrens rechtswirksam eingezogen. § 169 Satz 2 InsO stellt darauf ab, ob »der Gläubiger« gerade aufgrund der gerichtlichen Anordnung an der Verwertung des Gegenstands gehindert worden ist. Die Verzinsungspflicht beginnt demzufolge nur für diejenigen Gläubiger drei Monate nach einer gerichtlichen Anordnung, welche durch diese von Rechts wegen an der Verwertung ihrer Sicherungsrechte tatsächlich gehindert worden sind (vgl. *Uhlenbruck*, aaO, § 169 Rdn. 7; *Breutigam*, in *Breutigam/Blersch/Goetsch*, InsO, § 169 Rdn. 5). Fehlt es daran – wie im vorliegenden Fall –, genügen für eine Anwendung des § 169 Satz 2 InsO nicht rein tatsächliche Unsicherheiten, die durch Missverständnisse über die Tragweite der gerichtlichen Anordnung ausgelöst worden sein mögen. Für derartige Fälle genügt der allgemeine Zinsbeginn gemäß § 169 Satz 1 InsO.

Ob ein vorläufiger Insolvenzverwalter sich persönlich Schadensersatzpflichtig machen kann, wenn er während des Eröffnungsverfahrens Absonderungsberechtigte an der Einziehung ihrer Forderungen hindert, braucht hier nicht entschieden zu werden. Denn jedenfalls könnte dadurch nicht die vorliegend allein verklagte Insolvenzmasse verpflichtet werden; § 55 Abs. 2 InsO greift nicht ein, weil ein allgemeines Verfügungsverbot nicht erlassen wurde.

2. Verzinsung ab 25. 2. 2000 kann die Klägerin auch nicht schon in voller Höhe verlangen, sondern hinsichtlich der abgetretenen Forderungen nur in demjenigen Umfange, wie die Drittschuldner bis zu jenem Zeitpunkt schon an die Insolvenzmasse *bezahlt* hatten. Insgesamt ist zu diesem Zeitpunkt ein Betrag von 36.833,63 DM (18.832,74 €) zugrunde zu legen. Soweit die Zahlungen erst nach dem bezeichneten Tage bei der Insolvenzmasse eingegangen sind, beginnt die Pflicht zur Verzinsung erst mit dem Tag nach dem Eingang.

a) Der Wortlaut des § 169 Satz 1 InsO unterscheidet allerdings nicht danach, ob der Insolvenzverwalter in der Lage war, das Sicherungsgut bis zum Berichtstermin zu verwerten oder nicht. Die Zinszahlung soll ein Ausgleich dafür sein, dass der gesicherte Gläubiger wegen des Verlustes seines Einziehungsrechts (§ 166 InsO) im Interesse der Insolvenzmasse häufig geraume Zeit auf die ihm zustehenden Verwertungserlöse warten muss. Dementsprechend knüpft der regelmäßige Beginn der Verzinsungspflicht an den Berichtstermin an. Denn nach diesem Termin hat der Insolvenzverwalter gemäß § 159 unverzüglich das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwerten, soweit die Beschlüsse der Gläubigerversammlung nicht entgegenstehen. Erhebliche Verzögerungen bei der Verwertung beruhen also entweder auf Beschlüssen der Gläubigerversammlung – zum einseitigen Nutzen der Insolvenzmasse – oder auf gestreckten Verwertungshandlungen des Insolvenzverwalters. Hat er einen berechtigten Grund, die Verwertung aufzuschieben, so darf sich dies nicht zum Nachteil der absonderungsberechtigten Gläubiger auswirken (Amtliche Begründung der Bundesregierung, aaO, S. 180 zu § 194). Auf ein Verschulden des Insolvenzverwalters kommt es insoweit nicht an.

b) Das bedeutet aber nicht etwa, dass die Insolvenzmasse für die Werthaltigkeit des Sicherungsguts einzustehen hat. § 169 InsO soll – entsprechend der amtlichen Überschrift zu dieser Vorschrift – dem Gläubiger nur »Schutz ... vor einer Verzögerung der Verwertung« gewähren. Diese Schutzbedürftigkeit entfällt ausnahmsweise, wenn auch der Gläubiger selbst im Falle einer eigenen Verwertung seine gesicherten Ansprüche nicht früher hätte verwirklichen können. Dementsprechend schließt Satz 3 die Verzinsungspflicht aus, soweit nach der Höhe der Forderung sowie dem Wert und der sonstigen Belastung des Gegenstands nicht mit einer Befriedigung des Gläubigers aus dem Verwertungserlös zu rechnen ist. Diese einschränkende Bestimmung knüpft – wie § 30 e Abs. 3 ZVG – erkennbar an die dem Insolvenzverwalter obliegende Verwertung von Sachen an. Den für deren Nutzung von der Insolvenzmasse geschuldeten Ausgleich eines Wertverlusts begrenzt § 172 Abs. 1 Satz 2 InsO ebenfalls auf die Werthaltigkeit des Sicherungsguts. An die Bewertung von Rechten, die keinen zuverlässig schätzbaren Marktwert haben, wurde dagegen ausweislich der amtlichen Begründung (Regierungsentwurf, aaO, S. 180 zu § 194 unter Verweisung auf § 188 Abs. 3, S. 177) nicht in bestimmter Form gedacht. Für die Werthaltigkeit solcher Forderungen ist deren Einbringlichkeit entscheidend: Vermag der Drittschuldner gar nichts zu zahlen, ist die Forderung wertlos. Zahlt er nur mit erheblicher Verzögerung, mindert sich der Wert der Forderung entsprechend um den Nutzungswert des Geldes.

Dieses Risiko aus der Sphäre des Drittschuldners trifft bei der Sicherungsabtretung den Sicherungsgeber – unabhängig

von seiner Insolvenz – und den Sicherungsnehmer gleichermaßen. Fällt eine sicherungshalber abgetretene Forderung wirtschaftlich völlig aus, so ist sie auch nicht zu verzinsen. Auf eine vorherige Freigabe der Forderung durch den Insolvenzverwalter kommt es – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – insoweit nicht entscheidend an. Meist wird er den Wert von Forderungen ohne vorherige Beitreibungsversuche nicht zuverlässig beurteilen können. Dieses Prüfungsrisiko hätte der Sicherungsnehmer ohne die Beschlagnahme der Forderung zugunsten der Insolvenzmasse genauso zu tragen. Es wird vom Normzweck des § 169 nicht erfasst.

Kann eine abgetretene Forderung nur mit Verzögerung beigetrieben werden, gilt nichts anderes. Auch dies ist kein insolvenzspezifisches Risiko. Der Entzug der Verwertungsbefugnis des Sicherungsnehmers, gegen dessen Nachteile § 169 InsO ihn schützen soll, hätte darauf nur Einfluss, wenn jener die Forderung früher hätte eintreiben können als der Insolvenzverwalter (ebenso im Ergebnis Nerlich/Römermann/Becker, aaO, § 169 Rdn. 14). Dafür ist hier nichts vorgetragen: Der Beklagte hatte unstreitig die Drittschuldner so schnell wie möglich – nach Meinung der Klägerin sogar vorschnell – zur Zahlung aufgefordert. Deren Zahlungen sind bei ihm – wie teilweise auch bei der Klägerin selbst – nach und nach eingegangen. Geringfügige Totalausfälle wurden einvernehmlich ausgebucht. Dass die Klägerin durch gerichtliche Schritte eine schnellere Zahlung hätte erzwingen können, ist weder dargetan noch ersichtlich.

Eine Gewähr für den rechtzeitigen Eingang von Außenständen erlegt § 169 InsO der Insolvenzmasse nicht einmal mittelbar auf.

c) Ist eine frühere Zahlung nicht zu erlangen, beginnt die Verzinsungspflicht erst mit dem Ablauf des Tages, an dem der Erlös eingeht. Auf diese Weise lässt sich die Minderung des Werts der sicherungshalber abgetretenen Forderung am zuverlässigsten und leichtesten erfassen. Das gilt jedenfalls insoweit, als der Drittschuldner seinerseits keine Zinsen auf die verspätete Leistung entrichtet. Zur Durchsetzung eines solchen Anspruchs ist der Insolvenzverwalter nicht zum Vorteil allein des Absonderungsberechtigten verpflichtet. Inwieweit er als Ausgleich hierfür den Absonderungsberechtigten dabei unterstützen muss, selbst etwaige Verzugszinsen gegen den Drittschuldner geltend zu machen, kann hier offen bleiben.

Der Beklagte hat die Tage, an denen Drittschuldner an ihn Zahlungen geleistet haben, im Einzelnen aufgeführt. Da die Klägerin diese Angaben nicht bestritten hat, legt der Senat die Eingänge in zeitlicher Staffelung der Zinsberechnung zugrunde.

d) Die Zinszahlungspflicht endet – entgegen der Auffassung des LG Stendal (ZIP 2002, 765, 766 ff.) – nicht schon mit der Verwertung, hier also mit der Einziehung der Forderung, sondern erst mit der Auszahlung des Erlöses an den Absonderungsberechtigten (ebenso Nerlich/Römermann/Becker, aaO, § 169 Rdn. 31; Uhlenbruck, aaO, § 169 Rdn. 8). Der Schutzzweck des § 169 InsO beschränkt sich nicht allein darauf, den Insolvenzverwalter zur möglichst schnellen Verwertungshandlung zu zwingen. Vielmehr soll umfassend derjenige Nachteil des Gläubigers ersetzt werden, der diesem durch den Verlust des eigenen Verwertungsrechts entsteht. Hätte dieser selbst das Sicherungsgut verwertet, so könnte er damit zu-

gleich über den Erlös verfügen. Verzögert dagegen der Insolvenzverwalter – entgegen § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO – die Weiterleitung des Erlöses an den Gläubiger, so wird dieser im Ergebnis in derselben Weise benachteiligt, wie wenn die Verwertungshandlung selbst hinausgeschoben würde. Für die Insolvenzmasse dagegen tritt die Nutzung des Erlöses an die Stelle derjenigen des Sicherungsguts selbst. Die Verzinsungspflicht gleicht nur diesen potentiellen Vermögensvorteil aus. Der Sicherungsnehmer, der sonst seinerseits denselben Vorteil hätte nutzen können, wird durch diese Auslegung des § 169 Satz 1 InsO nicht ungerechtfertigt bessergestellt.

e) Der Verurteilung hat das Berufungsgericht zutreffend und unangefochten den vertraglich geschuldeten Zinssatz zugrundegelegt.

Anmerkung

I. Zusammentreffen von Kostenbeiträgen und Zinsausgleich

Die Entscheidung bietet wichtige Klarstellungen in zwei Problemkreisen, die beinahe jede Verwertung von beweglichem Sicherungsgut in der Insolvenz notwendig schneidet. Fast immer wird der Insolvenzverwalter sich fragen müssen, ob der Sicherungsnehmer aus der Masse Ausgleichszinsen für Ruhen der Verwertung nach § 169 InsO erhält (vgl. § 30 e Abs. 1 Satz 1 ZVG für eine Blockade der Immobilienverwertung nach § 30 d Abs. 1 bis 3 ZVG). Und ebenfalls fast immer wird der Insolvenzverwalter prüfen, ob er von einem Erlös Kostenbeiträge gemäß §§ 170, 171 InsO zugunsten der Masse abzweigen kann bzw. ob der Sicherungsnehmer aus einem selbst erzielten Erlös solche Beiträge in die Masse einzuschießen hat. Die Fragen gründen auf Zuweisung der Verwertungsbefugnis im Wechselspiel von § 166 InsO und § 173 InsO für das eröffnete Insolvenzverfahren einerseits und auf der Kompetenzverteilung in Unterscheidung zwischen Eröffnungsverfahren und eröffnetem Verfahren andererseits.

Die Verzinsungsfrage behandeln die Entscheidungsgründe zu IV (sowie Leitsätze 4 bis 7), die Frage der Kostenbeiträge ist in den Gründen zu III (sowie in den Leitsätzen 1 und 2) behandelt. Die zu beidem notwendige Kompetenzklärung zieht sich durch die gesamten Entscheidungsgründe (sowie durch Leitsätze 3 und 5) hindurch.

II. Zuständigkeit für die Verwertung

Wortlaut und systematische Stellung der Zinsregelung (§ 169 InsO) wie der Beitragsregelung (§§ 170 f. InsO) knüpfen unmissverständlich an eine Verwertungskompetenz des Insolvenzverwalters nach § 166 InsO mit § 159 InsO an – im Gegensatz zur Verwertungsbefugnis des Sicherungsnehmers nach § 173 Abs. 1 InsO. Gut erkennbar ist auch noch die Anknüpfung an eine Delegation der Verwertung vom Insolvenzverwalter an den Sicherungsnehmer (§ 170 Abs. 2 InsO). Ausdrückliche Regelung ist ferner für den Eigenverwalter in der Rolle des Insolvenzverwalters getroffen (§ 282 InsO) – während es für den Treuhänder im Kleinverfahren dessen nicht bedarf, weil ihm generell keine Verwertungsmacht zukommt (§ 313 Abs. 3 Satz 1 InsO). Weniger deutlich (wiewohl vorhanden) ist der Zusammenhang mit einem Verlust der Verwertungskompetenz des zögerlichen Sicherungsnehmers zugunsten des Insolvenzverwalters nach § 173 Abs. 2 Satz 2 InsO oder zugunsten des Treuhänders (§ 173 Abs. 2 Satz 2 InsO i. V. m. § 313 Abs. 3 Satz 2 InsO).

Ferner schließt die scharfe Trennung von Eröffnungsver-

fahren und eröffnetem Verfahren, ohne dass dies ausdrücklich vom Gesetz ausgesprochen sein müsste, die Annahme einer Verwertungskompetenz des vorläufigen Insolvenzverwalters aus. Dies hat zur Folge, dass grundsätzlich weder ein Zinsausgleich bei Blockade noch ein Kostenausgleich bei Inanspruchnahme des Sicherungsgutes stattfindet. Wenn es indessen zur Verfahrenseröffnung kommt, kann die Verzinsung in die Zeit des Eröffnungsverfahrens zurückgreifen (§ 169 Satz 2 InsO; bei Immobilien § 30 e Abs. 1 Satz 2 ZVG). Diese Rückbeziehung durchbricht die Anknüpfung an die Verwertungskompetenz des Verwalters in gewisser Weise. Gleichwohl ist auch sie mit der Verwalterkompetenz (bei Immobilien: mit der parallelen Verwalterkompetenz) zu erklären. Denn die Blockade während des Eröffnungsverfahrens stellt sicher, dass die Verwertungsmöglichkeit nach Eröffnung dem künftigen Insolvenzverwalter erhalten bleibt.

1. Keine Verwertungskompetenz des vorläufigen Verwalters

Der Bundesgerichtshof bekräftigt den nicht in allen Entscheidungen und Literaturbeiträgen klar herausgestellten und gelegentlich sogar verneinten Befund, dass das Insolvenzverfahrensrecht mit § 166 InsO erst nach der Eröffnung dem Verwalter ein eigenes Verwertungsrecht vermittelt (Gründe zu III.2.b¹). Die Kompetenzzuweisung in § 166 InsO ist so eng mit dem Verfahrensstand verbunden, dass nicht einmal ein Analogieschluss die systematische Abgrenzung von §§ 165 ff. InsO als Regeln des eröffneten Verfahrens gegen die Regeln des Eröffnungsverfahrens (§§ 11 ff. InsO) zu überwinden vermöchte. Die Revisionsbegründung des beklagten Verwalters (zusammengefasst wiedergegeben in den Entscheidungsgründen zu II.1) stützte deswegen vergeblich eine Abrechnung von Feststellungs- und Verwertungskosten bei Einzug sicherungszedierter Forderungen vor Verfahrenseröffnung auf unterstellte Verwertungsbefugnis des vorläufigen Verwalters.

Ganz am Anfang jeder Betrachtung muss also streng darauf geachtet werden, ob man sich vor oder nach Verfahrenseröffnung befindet. Vor der Eröffnung kann es noch kein Verwertungsrecht geben, weil § 159 InsO die Verwertung der Zeit nach dem Berichtstermin (§ 156 InsO) zuordnet und es einen Berichtstermin immer erst nach Eröffnung gibt (siehe § 29 Abs. 1 Nr. 1 InsO wegen dessen Terminierung im Eröffnungsbeschluss).

2. Aber Bewirtschaftungskompetenz des vorläufigen Verwalters

a) Nach dem Sicherungsvertrag

aa) Fortbestand von Schuldnerbefugnissen in der Insolvenz?

Wenn der vorläufige Verwalter nicht als solcher Verwertungskompetenz hat, heißt das allerdings nicht, dass er unter allen Umständen das Sicherungsgut unangetastet bleiben lassen muss. Vielmehr ist denkbar, dass nach dem Sicherungsvertrag zwischen Schuldner und Sicherungsnehmer der Schuldner Verfügungsgewalt über das Sicherungsgut gemäß § 185 Abs. 1 BGB hat und diese Gewalt auch noch in der Zeit nach

¹ Mit Verweis auf BGH, Urt. v. 14.12.2000 – IX ZB 105/00, BGHZ 146, 165, 172 f. = DZWIR 2001, 210, 212. Das Problem stellte sich bei Bemessung der Vergütung für den vorläufigen Verwalter. Zu der Entscheidung *Eickmann*, Die Vergütung des vorläufigen Insolvenzverwalters, DZWIR 2001, 235 ff.

Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens üben darf. Selbstverständlich ist der Fortbestand solcher Verfügungsgewalt – über sicherungshalber abgetretene Forderungen etwa in Gestalt einer Einziehungsermächtigung – nicht. Denn der Sicherungsnehmer wird im Falle der Insolvenz regelmäßig um seine gesicherte Forderung fürchten und deswegen das Sicherungsgut nicht ohne Weiteres noch länger in der Hand des Schuldners belassen wollen. Wer zu welcher Zeit und unter welchen Umständen die zedierten Forderungen bei den Drittschuldnern erheben oder gar die Forderungen veräußern oder sonst verwenden darf, ist, wo dem Sicherungsvertrag ausdrückliche Regelung fehlt, durch dessen Auslegung (§§ 133, 157 BGB) herauszufinden.

Sollte der Schuldner eine solche Macht haben, kann der vorläufige Verwalter sie an seiner Stelle nutzen, soweit er überhaupt an die Stelle des Schuldners tritt (so auch Entscheidungsgründe zu III.2.b). Das ist stets beim starken vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 1 InsO) der Fall, kann aber je nach Zuschnitt der Aufgaben durch das Insolvenzgericht auch beim nur halbstarke oder schwachen vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 2 InsO) gegeben sein.

bb) Zur Pflege des Vermögens und nicht zur Auflösung

Es handelt sich bei der Einziehung oder bei sonstiger Verfügung indessen nicht um vermögensauflösende Verwertung im Sinne von §§ 159, 166 ff. InsO, sondern um bloße Vermögenspflege (Gründe zu III.2.b.bb). Denn selbstverständlich dürfen fällige Forderungen nicht deswegen brachliegen, weil sie zur Sicherheit zediert sind und der Zessionar insolvent ist. Auch anderweitige Verwendung der Forderungen ist Bewirtschaftung, nicht Auflösung von Vermögen zur Umwandlung in Geld mit dem unmittelbaren Zweck der Gläubigerbefriedigung (siehe Gründe zu III.2.b.bb).

cc) Ausgleichszahlungen nur nach Vereinbarung

Mit Zinsausgleich für Verzögerung oder Kostenausgleich nach Inanspruchnahme ist Bewirtschaftung nicht nach den Regeln von §§ 169 bis 171 InsO verbunden, sondern nur nach etwaiger Regelung im Sicherungsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner (Leitsatz 2, Entscheidungsgründe zu III.2.b). Ausgleich von Feststellungskosten schuldet der Sicherungsnehmer auch dann nicht, wenn später, nach der Verfahrenseröffnung, der Verwalter größte Mühen darauf verwendet, die bereits erledigten zedierten Forderungen von den noch unbeglichenen zedierten sowie von den bereits beglichenen und den noch außenstehenden unabgetretenen zu unterscheiden, und so im Nachhinein noch erheblichen Feststellungsaufwand hat. In die Zeit vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder gar vor dessen Beantragung zurückgreifende Feststellungen von Sicherungsgut nimmt der Verwalter innerhalb seiner allgemeinen Verwaltungsbefugnisse wahr, ohne dass der Gesetzgeber dafür besondere Leistungen zugunsten der Insolvenzmasse vorsähe (Gründe zu III.2.b.aa).

b) Oder nach Änderung des Sicherungsvertrages

aa) Als erstmalige Regelung oder als Ergänzung vorhandener Regelung

Regelungen zur Liquidation der zedierten Forderung können auch nachträglich durch Vertragsänderung getroffen werden. Es mögen erstmalige Absprachen über das Vorgehen nach

Eröffnungsantrag sein oder an frühere Vereinbarungen anknüpfende. Auch nun muss es nicht allein um Einziehung gehen. Vielmehr sind (selbstverständlich) auch andere Verwendungen, wie Verkauf oder neuerlicher Einsatz als Kreditunterlage, einvernehmlicher Regelung zugänglich.

bb) Ausgleichszahlungen auszuhandeln

Der Sicherungsgeber wird dabei möglicherweise durchsetzen, dass er Ausgleichszahlungen erhält, wenn die Forderungen nicht umgehend zu seinen Gunsten eingezogen oder ein Erlös umgehend ihm ausgeschüttet wird. Je nach den Umständen kann aber auch umgekehrt auf Schuldnerseite genügend Verhandlungsmacht für eine Kostenbeteiligung des Sicherungsnehmers bestehen. An derartiger Vertragsänderung ist auf Schuldnerseite bei entsprechendem Aufgabenzuschnitt der vorläufige Verwalter beteiligt. Ist er ein starker Verwalter, gehen etwa vereinbarte Zinsausgleichszahlungen zu Lasten der Masse (§ 55 Abs. 2 Satz 1 InsO). Ansonsten werden Ansprüche auf Zusatzzahlungen einfache Insolvenzforderungen (§ 38 InsO) sein. In beiden Fällen können die Zahlungen in den Kreis der von den zedierten Forderungen abgesicherten Forderungen und so in die abgesonderte Befriedigung einbezogen sein. Dies hängt seinerseits vom Sicherungsvertrag in der zuletzt erreichten Fassung ab.

cc) Noch keine Verwertung nach §§ 159, 166 ff. InsO

Nach wie vor handelt es sich bei dem Umgang mit den abgetretenen Forderungen nicht um Tätigkeiten nach §§ 159, 166 ff. InsO. Sogar dann, wenn das Insolvenzgericht als sichernde Maßnahme (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO) dem vorläufigen Insolvenzverwalter eigens aufträgt, Forderungen des Schuldners (sei es abgetreten oder nicht) bei den Drittschuldnern einzuziehen, und den Sicherungsnehmer dabei aus seinen im Sicherungsgeschäft gewonnenen Zugriffsbefugnissen verdrängt, handelt es sich nur um Bewirtschaftung. Im Fall hatte das Insolvenzgericht ohnehin keine derartige Ermächtigung zu Lasten der gesicherten Gläubiger erteilt, sondern lediglich die Empfangszuständigkeit zwischen Schuldner und vorläufigem Verwalter im Verhältnis zu den Drittschuldnern geordnet (siehe Leitsatz 5, Tatbestand sowie Gründe zu III.2.c). Auch nicht gesondert vom Insolvenzgericht angeordnete Notmaßnahmen des vorläufigen Verwalters zur Verhütung von Vermögensschäden dienen lediglich der Bestandserhaltung, mag es sich auch im Extremfall um die Einziehung der Forderung handeln (vergleiche Gründe zu III.2.b.cc).

dd) Grenzen für Nachträge zum Sicherungsvertrag

Zwei Gefahrenquellen sollten Sicherungsnehmer und vorläufiger Verwalter im Auge halten. Alle Vorteile, welche er aus ursprünglicher oder nach Eröffnungsantrag geänderter Fassung des Sicherungsvertrages zieht, können nach §§ 129 ff. InsO anfechtbar sein. Insbesondere schützt ihn nicht notwendig, dass an nachträglichen Absprachen der vorläufige Insolvenzverwalter beteiligt war. Sogar bei Geschäften, die, von einem starken Insolvenzverwalter getätigt, zur Massehaftung gemäß § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO führen, kann Anfechtung drohen, solange sich nicht die Meinung vollkommen durchgesetzt hat, dass zur Vermeidung eines Wertungswiderspruches Anfechtbarkeit dort ausscheidet, wo das Gesetz Massehaftung anordnet, das Handeln des vorläufigen Verwalters also dem

Handeln eines Verwalters nach Eröffnung gleichsetzt². Unanfechtbar sind nach § 129 Abs. 1 InsO erst Geschäfte nach Eröffnung. Außerdem sollte der vorläufige Insolvenzverwalter darauf achten, dass er den Sicherungsnehmer nicht zu seinem Mandanten macht. Die Grenze zwischen bloßer Verteilung von Befugnissen zwischen Sicherungsnehmer und Verwalter einerseits und Geschäftsbesorgung für den Sicherungsnehmer andererseits ist unscharf. Wird sie überschritten, kommt der Verdacht eines Parteiverrates (§ 356 StGB) zu Lasten der übrigen Beteiligten und einer Anstiftung hierzu (§ 26 StGB) auf.

3. Verwertungskompetenz nach Eröffnung

a) Bewirtschaftung bis zum Berichtstermin

Nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens drängt sich die Verteilung von Verwertungskompetenz in §§ 166, 173 InsO in den Betrachtungsmittelpunkt. Doch muss man berücksichtigen, dass zumindest bis zum Berichtstermin (§§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 156) das Schicksal des Schuldnervermögens noch nicht besiegelt ist. Vielmehr wird die Gläubigerversammlung frühestens im Berichtstermin die Weichen dafür stellen, ob es zur Zerschlagung des Vermögens kommt oder nicht (§ 157 InsO). Frühestens nach dem Berichtstermin beginnt der Verwalter die Verwertung (§ 159 InsO). Gibt es eine Initiative zu einem Insolvenzplan (§ 27 InsO), so wird dessen Erörterung nicht vor dem Termin zur Prüfung der angemeldeten Insolvenzforderungen (§§ 29 Abs. 1 Nr. 2, 176 InsO) stattfinden können (§ 236 Satz 1 InsO).

Solange aber noch keine Vermögensauflösung stattfindet, wird das Schuldnervermögen weiter zu bewirtschaften sein. Die Bewirtschaftungskompetenz teilen §§ 80 Abs. 1, 148 Abs. 1 InsO dem Insolvenzverwalter zu. Rechte von Sicherungsnehmern überwindet das aber nicht. Immer noch hängt die Kompetenz zur Einziehung oder sonstigen Verfügung über die zedierten Forderungen vom Sicherungsvertrag ab. Gegebenenfalls vereinbarten Insolvenzverwalter und Sicherungsnehmer jetzt noch eine Änderung des Sicherungsvertrages. Ansprüche, die der Sicherungsnehmer aus solcher Vertragsänderung gewinnt, sind gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO Masseverbindlichkeiten. Anfechtung trifft gemäß § 129 Abs. 1 InsO kein Geschäft nach Eröffnung. Die Gefahr, dass sich Absprachen zwischen Sicherungsnehmer und Insolvenzverwalter, durch welche sich der Insolvenzverwalter partiell in den Dienst des Sicherungsnehmers stellt (oben zu 2.b.dd), als Parteiverrat darstellen, bleibt indessen auch nach Eröffnung bestehen.

b) Bewirtschaftungs- und Verwertungskompetenz des Insolvenzverwalters nach dem Berichtstermin

aa) Versilberung zwecks Befriedigung

Einziehung oder sonstige Verwendung der zur Sicherheit abgetretenen Forderung mit dem Ziel, Erlös zur Befriedigung zu erreichen, ist erst Verwertung im Sinne von § 159, 166 ff. InsO. Hier erst wird die Kompetenzverteilung in §§ 166, 173 InsO wirksam. Die Verwertungskompetenz verdrängt nicht die Bewirtschaftungskompetenz, sondern tritt neben sie. Bewirtschaftung bleibt auch nach dem Berichtstermin Aufgabe des Insolvenzverwalters. Sie wird lediglich – je nach Beschlussfassung der Gläubigerversammlung – mehr oder minder rasch fortschreitend durch Verwertung gegenstandslos.

Soweit § 166 InsO den Verwalter mit der Verwertung des Absonderungsgutes betraut, bedarf es keiner Stütze im Sicherungsvertrag mehr. Selbst wenn der Sicherungsvertrag ausdrücklich Verfügungsgewalt des Schuldners oder des Verwalters für die Zeit ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausschließen sollte, setzt sich die im Zusammenspiel von §§ 166, 173 dem Verwalter gegebene Verwertungskompetenz durch. Dem Sicherungsnehmer aus dem Sicherungsgeschäft zustehende Befugnisse hinsichtlich Bewirtschaftung und Versilberung zugunsten des Sicherungsnehmers werden durch die Regelung der Verwertungskompetenz überdeckt.

bb) Kompetenzverletzung

Die Kompetenzverteilung in §§ 166, 173 InsO ist freilich nicht so streng, als dass abweichende Verwertungshandlungen notwendig wirkungslos wären. In dem Fall, welcher der vorstehenden Entscheidung zugrundelag, waren nach Verfahrenseröffnung Zahlungen der Drittschuldner sowohl an die Sicherungsnehmerin als auch an den Verwalter gegangen – und zwar ohne dass der Verwalter die Sicherungsnehmerin oder umgekehrt die Sicherungsnehmerin den Verwalter je eigens betraut hätten. Solche Vorkommnisse dürften nicht selten sein. Die Drittschuldner werden, stellt sich der Fehler heraus, zunächst fürchten, dass sie bei Zahlung an die falsche Adresse nicht freiwurden und vom richtigen Empfänger erneut zur Zahlung aufgefordert werden (vgl. die Gründe zu III.1.c). Doch wird sich bei Redlichkeit von Verwalter und Sicherungsnehmer der notwendige Ausgleich zwanglos intern ergeben. Weder wird der Verwalter dem Sicherungsnehmer die Befriedigung aus dem Erlösgemäß Sicherungsgeschäft vorenthalten, noch wird der Sicherungsnehmer dem Verwalter die Auskehr eines Verwertungsüberschusses verweigern. Die Frage nach Ansprüchen aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigter Bereicherung (vom BGH in den Gründen zu III.1.d offengelassen) stellt sich deswegen praktisch kaum je.

Einziger Streitpunkt wird – und eben so trat es im vorliegenden Fall ein – die Frage sein, ob die am Verwalter vorbeilaufende Verwertung mit Kostenausgleich gemäß §§ 170 f. InsO einhergeht. Wenn der Sicherungsnehmer die Verwertung nicht hätte in Eigenregie nehmen dürfen, sondern dem Verwalter das Feld hätte überlassen müssen, so liegt es nahe, dass die Kostenlast den Sicherungsnehmer so trifft, wie es bei ordentlicher Verwalterverwertung mit regulärer Betrauung des Sicherungsnehmers (§ 170 Abs. 2 InsO) der Fall wäre (Gründe zu III.1.c).

III. Kostenbeiträge

1. Verwalter-Verwertung trotz Offenlegung der Sicherungssession

Die Kostenfrage stellt sich wegen Anknüpfung von §§ 170 f. InsO an die Verwalterkompetenz in § 166 InsO nur dann, wenn es Aufgabe des Verwalters ist, die zur Sicherheit abgetretenen Forderungen zu verwerten. Nach dem Wortlaut von

² Über Anfechtbarkeit von Handlungen des vorläufigen Insolvenzverwalters Uhlenbruck/Hirte, InsO, 12. Aufl. 2003, § 129 Rdn. 17; MK-InsO/Kirchhof, Bd. 2, 2002, § 129 Rdn. 44 ff.; Nerlich/Römermann/Nerlich, InsO, 1999 ff., Stand: März 2002, § 129 Rdn. 44 ff.; jeweils m. w. N. Überwiegend wird Anfechtbarkeit nur dann angenommen, wenn kein starker vorläufiger Verwalter handelte.

§ 166 Abs. 2 Satz 1 InsO obliegt dem Insolvenzverwalter in der Tat die Verwertung der vom Schuldner zur Sicherheit abgetretenen Forderungen. Gute Gründe aus der Entstehung der Vorschrift und dem Vergleich mit dem Schicksal lediglich verpfändeter Forderungen sprechen dafür, diese Kompetenz dem Verwalter nur solange zuzubilligen, wie nicht die Zession dem Drittschuldner offenbart ist³. Das Berufungsgericht (OLG Stuttgart) sah daher, dem Vorbringen der Sicherungnehmerin entsprechend, infolge Offenlegung der Sicherungszession die Sicherungnehmerin für verwertungsbefugt und daher nicht kostenbeitragspflichtig an (Tatbestand; Gründe zu I.1 und zu III.1.b). Der BGH teilt diese Einschätzung allerdings nicht. Vielmehr geht er generell, bei stiller Zession wie auch bei Offenlegung, von der Befugnis des Verwalters aus, sicherungsweise abgetretene Forderungen zu verwerten (Gründe zu III.1.a und b)⁴ – sofern nicht die liquiditätserhaltenden gesetzlichen Ausnahmen zugunsten der Abrechnungssysteme des Finanzmarktes (§ 166 Abs. 2 Satz 2 InsO) eingreifen.

Die aus Sicht des mit Sicherungsgeschäft vorsorgenden Gläubigers allein kostentreibende Meinung des BGH wird vom Verfasser nicht geteilt⁵. Sie hat jedoch den unabwiesbaren Vorzug klarer Verhältnisse. Unabhängig davon, ob gewisse Äußerungen von Schuldner, Verwalter, Sicherungnehmer oder Dritter als Offenlegung der Zession zu interpretieren sind, ist vom Standpunkt des BGH aus immer der Verwalter zuständig. Jede Betätigung des Sicherungnehmers ist eindeutig Übergriff, solange nicht ein Auftrag des Verwalters an den Sicherungnehmer voraufgeht. Nicht etwa ist Betätigung des Verwalters Übergriff in die Befugnis des Sicherungnehmers, so dass noch (letztlich wegen der Anknüpfung der Kostenbeitragsregelung an die Kompetenz und nicht allein an den Verwertungsakt verneinend zu lösender) Streit darum entbrennen könnte, ob unbefugte Einziehung durch den Verwalter zugunsten der Masse ohne Deckung aus der Kompetenzzuweisung des § 166 InsO eine Kostenbeteiligung zu Lasten des Sicherungnehmers auslöste, weil tatsächlich eine Betätigung des Verwalters vorläge.

2. Übergriff des Sicherungnehmers in die Verwertungsbefugnis des Verwalters

a) Keine Vermeidung des Beitrages zu den Feststellungskosten
Ist nun aber die Betätigung des Sicherungnehmers Übergriff (siehe zuvor zu 1.), so kann er sich nicht der Erhebung von Feststellungskosten entziehen. Richtigerweise stellt der Bundesgerichtshof die unbefugte Verwertung derjenigen gleich, welche der Sicherungnehmer im Auftrag des Verwalters durchführt (Gründe zu III.1.c). Für den Fall solcher Betrauung regelt § 170 Abs. 2 InsO die Beteiligung des Sicherungnehmers an den Feststellungskosten. An den Verwertungskosten beteiligt § 170 InsO hingegen den im Auftrag des Verwalters verwertenden Sicherungnehmer nicht. Diese Unterscheidung muss man ebenfalls in den Fall unbefugter Verwertung durch den Sicherungnehmer übertragen. Wo der Verwalter keine Verwertungshandlung ausübt, bedarf es keines Kostenausgleichs. Die Pauschalierung der Abrechnung ändert nichts daran, dass nur wirkliche Verwertungshandlung die Insolvenzmasse belastet.

b) Vermeidung eines Verwertungskostenbeitrages

Ein Beitrag zu den Verwertungskosten ist dem Sicherungnehmer nicht etwa durch Umdeutung der Kostenverteilung in ein Bußgeld für Unbotmäßigkeit aufzuerlegen. Verfehlt wäre es auch, aus dem Übergriff eine Schadensersatzhaftung des Sicherungnehmers mit dem Ziel, den Entgang eines Verwertungskostenbeitrages zu kompensieren. Zwar besteht aus dem Sicherungsvertrag ein Schuldverhältnis zwischen Sicherungnehmer und Schuldner. Aus diesem schuldet der Sicherungnehmer gemäß § 241 Abs. 2 BGB Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners. Diese Pflicht setzt sich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens zugunsten der Insolvenzmasse fort. Missachtung der Rücksichtnahmepflicht kann Schadensersatzpflicht wegen positiver Vertragsverletzung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB auslösen. Zu der geschuldeten Rücksichtnahme zählt es aber nicht, Tatbestände eintreten zu lassen, welche Kostenbeteiligung nach §§ 170f. InsO auslösen. Auf die Beteiligung des Sicherungnehmers hat der Schuldner beziehungsweise der ihn in Ansehung der Insolvenzmasse repräsentierende Verwalter nicht von vornherein und unausweichlich Anspruch oder immerhin unzerstörbare Anwartschaft. Vielmehr löst erst eine wirkliche Verwertung durch den Verwalter den Ausgleichsanspruch aus. Verursacht der Sicherungnehmer, dass Verwalterverwertung unterbleibt, so nimmt er dem Schuldner beziehungsweise der Masse nichts. Es fehlt bereits an einer relevanten Pflichtverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB. Mithin kann das Ausbleiben eines Verwertungskostenbeitrages keinen nach § 249 Abs. 1 BGB ausgleichsfähigen Schaden darstellen.

c) Verwertungskostenbeitrag bei Frustration der Verwalterbemühungen

Keinen Anlass bot der Fall anscheinend für die Überlegung, ob bei Übergriff des Sicherungnehmers dieser nicht doch einen Verwertungskostenbeitrag dann aufbringen muss, wenn der Insolvenzverwalter sich bereits um Verwertung bemüht hatte. Erneut liegt ein Vergleich mit dem Fall nahe, dass der Verwalter den Sicherungnehmer mit der Verwertung betraut. § 170 Abs. 2 InsO beschränkt die Beitragslast des Sicherungnehmers auf die Feststellungskosten. Ein Verwertungskostenbeitrag ist unter keinen Umständen vorgesehen. Auch nicht für den Fall, dass der Verwalter sich zuvor bereits vergeblich um Verwertung bemühte⁶. Der Sicherungnehmer ist damit vor doppelten Aufwendungen geschützt. Da er die Kosten der selbst unternommenen Verwertung ohnehin trägt, muss er nicht nochmals Kosten in die Masse einschleusen. Dies gilt auch dann, wenn er seine Verwertungskosten, wie es ganz regelmäßig im Sicherungsvertrag vorgesehen sein wird, aus dem Erlös decken darf, wenn also der Sicherungszweck der Abtretung die Finanzierung der Befriedigungsmaßnahmen einschließt. Im Falle des Übergriffs, der unbefugten Verwertung durch den Sicherungnehmer, wird man im Grundsatz nicht anders entscheiden dürfen, da doch der Verwertungs-

³ So Nerlich/Römermann/Becker, aaO (Fn. 2), § 166 Rdn. 37f. Anders Häcker, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2001, Rdn. 219f.

⁴ BGH, Urt. v. 11. 7. 2002 – IX ZR 262/01, DZWIR 2002, 464ff., mit Anm. Becker, DZWIR 2002, 467ff.

⁵ Siehe Becker, DZWIR 2002, 467ff.

⁶ Nerlich/Römermann/Becker, aaO (Fn. 2), § 170 Rdn. 23.

kostenbeitrag nicht den Ordnungsverstoß sanktionieren soll. Vorangehende Unternehmungen des Insolvenzverwalters zur Versilberung des Sicherungsgutes bleiben also ohne Ausgleichsbeitrag Last der Insolvenzmasse.

Bei einer Konstellation allerdings wird sich eine Entlastung der Insolvenzmasse anbieten: Wenn der Übergriff Verwertungsmaßnahmen des Verwalters durchkreuzt, wenn also nicht frühere Verwertungsmaßnahmen ohnehin ergebnislos blieben, tritt ein Schaden zu Lasten der Insolvenzmasse ein. Dieser Schaden besteht nun allerdings nicht im Ausfall eines Verwertungskostenbeitrages, sondern in der Frustration der begonnenen Verwertungshandlung. Insofern ist das Verhalten des Sicherungsnehmers Pflichtverletzung gemäß § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, nämlich Verstoß gegen die Pflicht zur Interessenachtung nach § 241 Abs. 2 BGB. Kann der Sicherungsnehmer sich nicht gemäß § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vom allfälligen Vorwurf des Vertretenmüssens freimachen, so schuldet er gemäß § 249 Abs. 1 BGB Ausgleich der frustrierten Aufwendungen. Die Frustration ist Schaden, weil die Aufwendungen im Erfolgsfalle auf den Sicherungsnehmer abgewälzt worden wären. Der Umfang der frustrierten Aufwendungen ist konkret zu ermitteln. Die Pauschalierung in § 171 Abs. 2 Satz 1 InsO liefert allenfalls einen Anhaltspunkt für gegebenenfalls nach § 287 Abs. 1 Satz 1 ZPO erfolgende Schätzung. Sie gibt aber den Schadensumfang nicht starr vor. Denn auch der reguläre Ausgleich ist gemäß § 171 Abs. 2 Satz 2 InsO konkret berechenbar.

d) Verallgemeinerung

Vorstehende Überlegungen zu Übergriffen des Sicherungsnehmers in Verwalterkompetenz gelten übrigens ganz generell, auch für unbefugte Verwertung von anderem beweglichen Sicherungsgut als Forderungen.

IV. Zinszahlung für Verzögerung der Verwertung

1. Ausgleichszinsen wegen zögerlicher Verwalter-Verwertung

Die Auseinandersetzung um Zinsausgleich wegen Verzögerung der Verwertung ist fast unvermeidliche Konsequenz aus angenommener Verwertungskompetenz des Verwalters. § 169 InsO knüpft ausdrücklich an die bestehende, aber einstweilen nicht ausgeübte Befugnis des Insolvenzverwalters an. Ein Sicherungsnehmer, der Zinsausgleich verlangt, unterstellt damit, dass er nicht selbst verwerten darf.

Insofern hat es den Anschein, als sei die Klage der Sicherungsnehmerin, welche sich wegen eigener Verwertungsunfähigkeit zugleich gegen Kürzung von Erlösausschüttungen um Kostenbeiträge wehrte, möglicherweise in sich nicht ganz schlüssig gewesen. Der Tatbestand liefert indessen zu wenig Information, um das beurteilen zu können. Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Zinsanspruch nur Forderungen betraf, deren Sicherungsabtretung den Drittschuldnern noch nicht offenbart war, so dass die Verwertungsbezugnis auch aus Sicht der Sicherungsnehmerin beim Verwalter lag.

Im Übrigen wäre es nur zu verständlich, wenn ein Sicherungsnehmer, der sich selbst für verwertungsbefugt hält, Ausgleichszinsen aus der Masse fordert, wenn der ohne Kompetenz verwertende Insolvenzverwalter den Erlös nicht umgehend ausschüttet. Grundlage einer Ausgleichsforderung wegen Verzögerung der Ausschüttung nach unbefugter Verwer-

tung wäre freilich nicht im Wege eines Erst-Recht-Schlusses § 169 InsO, sondern das Regelwerk der Vertragsverletzung. Unbefugte Verwertung ist Verletzung des Sicherungsvertrages und ausgleichspflichtig nach § 280 Abs. 1 Satz 1 InsO. Der Ausgleich nach § 249 Abs. 1 BGB geschieht durch Auskehr der erzielten Einnahme. Verzögerung hierbei ist als mitausgleichender Folgeschaden deutbar, lässt sich aber ebensogut auch als Schuldnerverzug mit separater Begründung eines Ersatzanspruches in §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB auffassen. Die Ersatzansprüche sind Masseverbindlichkeiten gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 InsO, da durch Handlung des Verwalters (Untätigkeit inbegriffen) begründet.

2. Zögerlichkeit beim Versilbern oder beim Abführen der Zahlungseingänge

a) Verzögerung vor oder nach Erlöserzielung

Gemäß § 169 InsO ausgleichspflichtige Verzögerungen kann die Verwalterverwertung auf zweierlei Weise erleiden. Entweder betreibt der Verwalter die Verwertung nicht, oder er schützt erzielte Erlöse nicht an den Absonderungsberechtigten aus. Um letzteres ging hier der Streit, ähnlich wie bei der früher mitgeteilten Entscheidung des LG Stendal vom 14. 2. 2002⁷.

Wenn der Absonderungsberechtigte sein Verlangen nach Ausgleichszinsen auf die Zeit ab Eingang der Zahlung beim Verwalter beschränkt, so geht dem die Überlegung voraus, dass Einziehung durch den Absonderungsberechtigten selbst nicht rascher vonstatten gegangen wäre. Der in § 169 Satz 1 InsO angegebene Zeitpunkt des Berichtstermins ist nur der frühestdenkbare Beginn der Verzinsung. Nicht in jedem Fall muss aber tatsächlich schon ab Berichtstermin aus der Masse verzinst werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob eine Verwertung einschließlich Erlösauskehr tatsächlich schon hätte vorgenommen werden können und trotzdem unterblieb (Gründe zu IV.2). Dies zeigt sich deutlich bei der ergänzenden Regelung von Ausgleichszahlungen für Verwertungsstopps bereits im Eröffnungsverfahren: § 169 Satz 2 InsO setzt ausdrücklich voraus, dass der Sicherungsnehmer durch vermögenssichernde Anordnung des Insolvenzgerichts (§ 21 Abs. 1 Satz 1 InsO) an der Verwertung gehindert wurde. Freilich muss der Sicherungsnehmer nicht auch nachweisen, dass er tatsächlich bereits die Verwertung in die Wege geleitet hatte (so meinte es allerdings der beklagte Insolvenzverwalter; siehe Gründe zu II.2). Denn je nach dem Zeitpunkt, in dem er gehindert wird, wären solche Maßnahmen noch nicht tunlich gewesen.

b) Ursächlichkeit der Verwalterverhaltens für Zeitverlust

Noch-nicht-Bedienung des Absonderungsberechtigten und Verfahren müssen also in Kausalbeziehung zueinander stehen (vergleiche Leitsatz 4 und Gründe zu IV.1, wonach die ohne Titel verwertungsbefugte Sicherungsnehmerin durch vorläufiges Zwangsvollstreckungsverbot rechtlich nicht behindert wurde). Nur insofern, als der Sicherungsnehmer mit eigener Tätigkeit schneller Befriedigung erlangt hätte, muss die Masse Ausgleich bereitstellen. Die bei wirklichen oder gedachten angemessenen Verwertungsmaßnahmen des Verwalters ohnehin verstreichende Zeit, Verzögerungen also, die auch der

⁷ LG Stendal, Urt. v. 14. 2. 2002 – 22 S 208/01, DZWIR 2002, 294 ff., mit Anm. Becker, DZWIR 2002, 300 ff.

Sicherungsnehmer nicht hätte vermeiden können, bleibt unberücksichtigt. Namentlich gewinnt der Sicherungsnehmer keinen Ausgleich aus § 169 InsO dafür, dass die sicherungshalber abgetretene Forderung noch nicht fällig ist oder der Drittschuldner unter Liquiditätsengpässen leidet oder wegen Zahlungsunlust erst mit gerichtlichen Schritten zur Zahlung bewegt werden muss. Folglich gibt es Verzinsung erst ab tatsächlichem Zahlungseingang beim Verwalter, wenn Zahlung zu einem früheren Zeitpunkt nicht zu erreichen war (Gründe zu IV.2.c). Nur dann, wenn sich feststellen lässt, dass dem Verwalter Versäumnisse in der Forderungsüberwachung unterliefen, gibt es Ausgleich für Zeitverlust vor dem Zahlungseingang. Auch dann bleibt aber der unvermeidbare Teil der Wartezeit außer Betracht. Darauf, ob der Verwalter Verzögerungen vor oder nach Zahlungseingang zu vertreten hat, kommt es nicht an. Der objektive Befund einer Verzögerung genügt.

c) Zahlungseingang beim Verwalter nicht Schlusspunkt des Verzinsungszeitraumes

Zu betonen ist, dass nicht etwa der Eingang des vom Drittschuldner gezahlten Geldes beim Insolvenzverwalter Schlusspunkt des Verzinsungszeitraumes ist. Dieser Ansicht war das Landgericht Stendal. Es begründete dies mit dem Argument, der Zahlungseingang beende die Verwertung, so dass ab nun keine nach § 169 InsO ausgleichende Verzögerung mehr vorliege⁸. Damit ließ das Landgericht den möglichen Verzin-

sungszeitraum spätestens genau dort enden, wo er für den Bundesgerichtshof spätestens beginnt. Die Auffassung des Bundesgerichtshofes erscheint vorzugswürdig, weil nur sie dem Sinn von § 169 InsO gerecht wird, den Sicherungsnehmer vor finanziellen Nachteilen aus dem gesetzlichen Verlust der mit gültigem Vertrag erworbenen Zugriffsgewalt zu schützen. Eingang der Zahlung beim Verwalter steht noch nicht dem Eingang beim Sicherungsnehmer gleich. Verwertung im Sinne von §§ 159, 166 ff. InsO ist nicht schon die Versilberung überhaupt, sondern schließt die Befriedigung ein. Im Einzelnen hatte der Verfasser sich dazu bereits anlässlich des Stendaler Urteils geäußert⁹. Richtigerweise verweist der Bundesgerichtshof (Gründe zu III.2.b.bb, bei Bestimmung von Kompetenzen des vorläufigen Verwalters) auf § 1 Satz 1 InsO, wo die Gläubigerbefriedigung zum ersten Ziel des Insolvenzverfahrens erklärt wird.

d) Verallgemeinerung

Die Ausführungen zum Verzinsungszeitraum gelten wieschon diejenigen zur Kompetenzüberschreitung (siehe bereits oben III.2.d) nicht allein für Sicherungszessionen, sondern ganz allgemein.

Prof. Dr. *Christoph Becker*, Univ. Augsburg

⁸ LG Stendal, DZWIR 2002, 294, 295 ff.

⁹ Siehe *Becker*, DZWIR 2002, 300, 302 ff.