

mung von Inhalt und Grenzen des Eigentums gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG bei Gebrauchsüberlassungen (vgl. BGHZ 151, 353, 373). Die Klägerin wird zwar im Interesse der Allgemeinheit an der Erhaltung sanierungsfähiger Betriebe in ihrem Eigentum beeinträchtigt, jedoch nicht mehr, als dies die Insolvenzordnung schon vor der Neuregelung anderen Aussonderungsberechtigten etwa nach § 112 InsO zumutete, soweit Geschäfts- oder Wohnraummieten betroffen sind. Da die Klägerin lediglich eine Frist von einem Tag bei der ordentlichen Kündigung einzuhalten hatte, begrenzt sich der Zeitraum, in dem ihr Eigentumsrecht maximal ohne Nutzungsausfallentschädigung beschränkt werden konnte, auf ca. drei Monate. Der eingetretene Wertverlust wurde ausgeglichen.

[44] Eine wesentliche Verschlechterung für die konkrete Rechtsposition der Klägerin war mit der Neuregelung des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO ohnehin nicht verbunden. Das Insolvenzgericht hat nach der schon zuvor bestehenden Regelung des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 InsO Maßnahmen der Zwangsvollstreckung gegen die Schuldnerin untersagt. Schon danach konnte die Klägerin ihren Herausgabeanspruch innerhalb der ersten drei Monate des Eröffnungsverfahrens nicht mehr realisieren; selbst wenn es ihr gelungen wäre, etwa im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, kurzfristig einen vollstreckbaren Titel zu erwirken, hätte dieser gegen die Schuldnerin wegen des angeordneten Vollstreckungsverbotes nicht durchgesetzt werden können. Sie wäre dann ebenfalls auf die Geltendmachung ihres Nutzungsausfall-schadens beschränkt gewesen, der mit der Verfahrenseröffnung zur Insolvenzforderung geworden ist. Der vorläufige Insolvenzverwalter wäre auch nicht verpflichtet gewesen, dem Herausgabebeverlangen der Klägerin nachzukommen. Denn als vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt hätte er nur die Herausgabe durch die Schuldnerin verhindern können. Dagegen wäre er nicht in der Lage gewesen, die Schuldnerin gegen ihren Willen dazu anzuhalten, die Mietgegenstände an die Klägerin herauszugeben (BGHZ 151, 353, 361). Selbst wenn er hierzu tatsächlich in der Lage gewesen wäre, wäre dies nicht seine Pflicht gewesen. Denn ihm war vom Insolvenzgericht lediglich die Aufgabe übertragen, das Vermögen der Schuldnerin zu sichern und zu erhalten. Der vorläufige Verwalter kann Aussonde-

rungsansprüche im Eröffnungsverfahren deshalb regelmäßig durch Verweisung an den Verwalter im eröffneten Verfahren abwehren (HK-InsO/Lohmann, aaO § 47 Rn. 37; MünchKomm-InsO/Ganter, aaO § 47 Rn. 454 mwN). Zwar mag es dem (starken) vorläufigen Insolvenzverwalter nicht gänzlich verwehrt sein, Herausgabeansprüchen künftiger Aussonderungsberechtigter nachzukommen. Dies scheidet aber jedenfalls dann aus, wenn die Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens jedenfalls vorläufig noch erforderlich sind (Münch-Komm-InsO/Ganter aaO).

[45] Ob sich in Fällen, in denen eine Kumulierung der insolvenzrechtlichen Beschränkungen etwa nach § 112 InsO einerseits und § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO andererseits zu sehr viel längeren Beeinträchtigungen des Eigentumsrechts des Aussonderungsberechtigten führen, verfassungsrechtliche Bedenken ergeben können, bedarf hier keiner Entscheidung (vgl. dazu etwa Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 21 Rn. 40 f.; Kirchhof ZInsO 2007, 227, 230).

[46] 4. Einen Anspruch gegen die Masse in analoger Anwendung des § 55 Abs. 2 Satz 2 InsO hat das Berufungsgericht mit zutreffender Begründung abgelehnt. § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO enthält mit der Verweisung auf § 169 Satz 2 und 3 InsO eine abschließende Sonderregelung. Eine Regelungslücke bei § 55 Abs. 2 InsO ist insoweit nicht gegeben. Dem vorläufigen Insolvenzverwalter war in diesem Zusammenhang keine Ermächtigung zur Eingehung von Masseverbindlichkeiten erteilt worden. Dies hätte ausdrücklich und konkret ausgesprochen werden müssen (vgl. BGHZ 151, 353, 365 ff., 367).

Anmerkung:

I. Personen im Blickpunkt der Insolvenzordnung

Der Bundesgerichtshof bringt das dringend anzunehmende Verständnis für die prekäre Lage derjenigen auf, welche von einem Konkurs betroffen sind, aber nicht in den Zielsetzungen der Insolvenzordnungen berücksichtigt. § 1 Satz 1 InsO verspricht den mit der Insolvenz ihres Schuldners konfrontierten Gläubigern eine gemeinschaftliche Befriedigung. Dem redlichen Schuldner stellt § 1 Satz 2 InsO eine Ent-

lastung in Aussicht, so dass er auf eine neue wirtschaftliche Existenz hoffen kann. Die näher in §§ 286 ff. InsO beschriebene Restschuldbefreiung gilt freilich nur der natürlichen Person, während Verbände mit der Liquidation ihres Vermögens ihre Existenz beenden, nachdem die Eröffnung des Insolvenzverfahrens den Verband bereits auflöste (z.B. § 42 Abs. 1 Satz 1 BGB bezüglich Vereins; § 60 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 1 GmbHG für die GmbH). Doch kann auch der Verband fortbestehen, wenn ein Insolvenzplan (§§ 1 Satz 1 Fall 2, 217 ff. InsO) es vorsieht und die am Verband Beteiligten sich dem anschließen (z.B. § 42 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 60 Abs. 1 Nr. 4 Halbsatz 2 GmbHG). Oder es kann zumindest ein vom Verband getragenes Unternehmen in neuer Inhaberschaft fortbestehen (siehe ebenfalls §§ 1 Satz 1 Fall 2, 217 ff. InsO).

Schuldner und Gläubiger dürfen sich also als vom Gesetz in verschiedenen Phasen aufmerksam gepflegt empfinden. Zunächst genießen die Gläubiger eine gründliche Erkundung des Schuldnervermögens mit einer möglichst effizienten Verwertung, bei der niemand bevorzugt wird. Das kostet zwar Zeit und Geld, hat aber die sehr befriedigende Wirkung, dass der individuelle Zugriff unterbunden ist (§§ 87 ff. InsO). Nach der Verwertung gilt die Fürsorge des Gesetzgebers (oder des Insolvenzplans) der Wiederaufnahme des Schuldners in den Markt zu eigenverantwortlicher Tätigkeit mit dem Zweck persönlicher Wohlfahrt und damit auch der Wohlfahrt der ganzen Gesellschaft.

II. Gläubiger außerhalb der Zielsetzung

Dieses Ideal hat freilich einen Makel, weil die Gläubiger nicht ungeteilt vom Insolvenzverfahren angesprochen werden. Die in § 1 Satz 1 InsO verheißene Befriedigung gilt nur den als persönliche Gläubiger bezeichneten Inhabern von Vermögensansprüchen gegen den Gemeinschaftsdarlehensschuldner nach § 38 InsO. Das klingt nun zwar beim ersten Hören nicht einschränkend. Man möchte meinen, es sei gleichermaßen der ungesicherte Beschäftigte gemeint, welcher noch

auf sein Arbeitsentgelt wartet, wie auch der Vermieter der Betriebsstätte, der Mietzins zu erhalten hat und dazu ein Pfandrecht innehat (§§ 562, 578 BGB). Die Definition scheint überdies auch den Verkäufer zu treffen, der zurücktrat und die mangels Zahlung noch in seinem Eigentum gebliebene Ware (§§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1 BGB) zurückfordert, sowie die Bank, welche eine Grundschuld (§ 1191 BGB) am Grundstück des Gemeinschaftsdarlehens zur Besicherung eines an einen Dritten ausgereichten Darlehens genießt. Denn nicht nur der Zahlungsanspruch ist ein persönlicher Anspruch von Vermögenswert, sondern auch der Anspruch auf Duldung der Verwertung oder auf Herausgabe ist ein schuldrechtliches und damit persönliches Band zwischen Gläubiger und Gemeinschaftsdarlehensschuldner im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB. In dieser Sicht kann man sich zudem dadurch bestätigt fühlen, dass das Insolvenzverfahren nicht allein Geldansprüche reguliert, sondern auch andere Ansprüche, die zur Verfahrensvereinfachung lediglich in Geld übersetzt werden (§ 45 InsO).

Nimmt man dann jedoch die Regelungen über die Stellung von Aussonderungs- und Absonderungsberechtigten (§§ 47 f., 49 ff. InsO) wahr, bemerkt man, dass diese Gläubiger – als solche – nicht zu den Insolvenzgläubigern zu zählen sind. Ihre Rechte werden separat von der Befriedigung der Insolvenzgläubiger (§ 187 InsO) nach dem aus der Tabelle (§§ 175 ff. InsO) entwickelten Verteilungsplan (§ 188 InsO) bedient, und zwar durchaus mit Vorrang und mit dem ihren Rechten wesenseigenen Folgen, also in Natur, ohne Umrechnung in Geld. Allenfalls noch die Massegläubiger sind neben den Insolvenzgläubigern vom Befriedigungsziel des Insolvenzverfahrens miterfasst, da es für sie im Notfall nachträglich hervortretender Massearmut eine eigene Befriedigungsfolge (einen Konkurs im Konkurs) nach § 209 InsO gibt.¹ Aber die Befriedigung der Massegläubi-

¹ Henckel in Jaeger, Insolvenzordnung, Erster Band, 1. Aufl. (2004), § 1 Rn. 4; Becker, Insolvenzrecht, 3. Aufl. (2010), Rn. 1486.

ger ist nur ein hilfswise anzusteuernendes Ziel innerhalb eines bereits angelaufenen Verfahrens, nicht ein Ziel vor der Entscheidung, ob ein Verfahren anlaufen soll. Denn die Masse-schulden sind nur Mittel zum Zweck der Bedienung aller Insolvenzgläubiger, zu welchen als solche weder der Aussonderungsberechtigte noch der Absonderungsberechtigte zählt.

Der Aussonderungsberechtigte birgt sein Gut (§ 47 InsO), da es nicht zur verhafteten Masse (§ 35 Abs. 1 InsO) zählt. Und der Absonderungsberechtigte beobachtet zwar eine Verwertung durch den Insolvenzverwalter, an deren Vornahme er nicht notwendig teilhat (§§ 159, 165 ff. InsO; anders im sogenannten Kleinverfahren gemäß § 313 Abs. 3 Satz 1 InsO). Doch ist diese Verwertung inhaltlich nichts anderes als die Realisierung seines dem Konkurs vorgegebenen Verwertungsrechts (§§ 49 ff. BGB). Der Insolvenzverwalter muss aus dem Erlös vor Begünstigung der Insolvenzgläubiger den Absonderungsgläubiger vollkommen (das heißt: so weit das Absonderungsrecht eingerichtet war) befriedigen (§ 170 Abs. 1 Satz 2 InsO), oder der selbst verwertende Gläubiger (§§ 170 Abs. 2, 173 Abs. 1 InsO; § 313 Abs. 3 Satz 1 InsO) bedient zunächst sich selbst, oder es ergibt sich (bei Immobilien) aus dem Verwertungsreglement (§ 165 InsO mit § 172 ZVG bei Initiative des Insolvenzverwalters oder unmittelbare Anwendung des ZVG bei Initiative des Absonderungsgläubigers) ohne weiteres Zutun eine Befriedigungsfolge, worin der Absonderungsgläubiger den Vorrang genießt (§§ 10 Abs. 1 Nr. 4, 155 Abs. 2, 172 ZVG).

Es ist nicht ausgeschlossen, dass der Absonderungsgläubiger zugleich Insolvenzgläubiger ist, er also sein Absonderungsrecht gerade wegen einer Insolvenzforderung innehat. Doch ist diese Doppelrolle stets als eine solche zu beobachten, und man muss jeweils genau darauf sehen, in welcher der beiden Eigenschaften der Gläubiger von einem Verfahrensschritt angesprochen wird (§ 52 InsO). Auch ein Aussonderungsberechtigter kann zugleich Insolvenzgläubiger sein. Beispielsweise ist der Vermieter

der vom insolventen Mieter genutzten Wohnung Aussonderungsgläubiger wegen Rückgabe der Mietwohnung nach dem Ende des Mietverhältnisses gemäß § 546 Abs. 1 BGB. Hingegen ist der Vermieter nach § 108 Abs. 3 InsO Insolvenzgläubiger wegen des rückständigen Mietzinses (und gemäß § 109 Abs. 1 Satz 3 InsO eventuell auch wegen Schadens aus der Erklärung des Verwalters nach § 109 Abs. 1 Satz 2 InsO, die Wohnung werde nicht zu Lasten der Masse gemäß § 108 Abs. 1 Satz 1 InsO weitergehalten). Aber wiederum muß man jeweils darauf schauen, um welches Recht es bei einem Vorgang geht.

III. Belastungen der Aus- und Absonderungsgläubiger

Obwohl eigentlich das Insolvenzverfahren nur als Außenstehende Verfolgende, müssen die Aussonderungsgläubiger und die Absonderungsgläubiger im Eröffnungsverfahren und im eröffneten Verfahren empfindliche Belastungen hinnehmen. Das Gesetz mutet ihnen zu, bei (prognostisch belegtem) Bedarf ihre Ansprüche zwecks (erhofft) günstiger Abwicklung des Konkurses, das heißt zu optimaler Bedienung der Insolvenzgläubiger, zurückzustellen. Aussonderungsgläubiger und Absonderungsgläubiger werden damit – je nach Entscheidungsfreude von Insolvenzgericht oder Insolvenzverwalter – in die von § 1 Satz 1 InsO mit der Wendung von der gemeinschaftlichen Befriedigung beschworene Solidargemeinschaft der Insolvenzgläubiger einbezogen. Die Hemmung ihrer Rechte wirkt ähnlich wie der den Insolvenzgläubigern gebotene Verzicht auf Individualvollstreckung (§§ 87, 89 InsO). Die Exklusivität der Gesamtvollstreckung strahlt so auf Dritte (Nicht-Adressaten) aus.

Schon während des Eröffnungsverfahrens, worin die Rollen von Insolvenzgläubigern, Absonderungsgläubigern und Aussonderungsgläubigern sowie überhaupt die Entscheidung für eine Gesamtvollstreckung noch in ungewisser Zukunft liegen (auch wenn die Grundlage für diese Stellungen zumeist schon geschaffen ist), kann das Insolvenzgericht mit

der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen die Verwirklichung eines Herausgabeanspruchs oder eines Verwertungsrechts unterbinden und sogar die – eigentlich unrechtmäßige – weitere Verwendung des Objekts gestatten (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3, Nr. 5 InsO²; § 30d Abs. 4 ZVG). Diese Fixierung ist unabhängig von einer Feststellung möglich, ob die Herausgabe oder die Verwertung einen Anfechtungstatbestand nach §§ 129 ff. InsO erfüllen würde und daher (im Falle einer Eröffnung) mit Rückabwicklung zu rechnen wäre. Maßstab ist vielmehr, dass der unangetastete Verbleib des Objekts dem künftigen Insolvenzverwalter eine günstigere Bewirtschaftung des Schuldnervermögens erlaubt.

Nach Eröffnung setzt diese Hemmung sich fort, indem der Insolvenzverwalter die (für Mobiliarsicherheiten mittelbar aus § 169 InsO ablesbare und für Immobilien eigens in § 30d Abs. 1 ZVG geregelte) Erlaubnis hat, die ihm obliegende Verwertung (§ 159 InsO) zu verzögern. Im Falle der Mobiliarsicherheit genügt es dafür, wenn der Insolvenzverwalter schlicht die Verwertung nicht vorantreibt. Denn der Absonderungsgläubiger verliert seine im Absonderungsrecht materiell begründete Verwertungskompetenz in vielen Fällen (§ 166 Abs. 1, Abs. 2 InsO).³ Überdies kann der Insolvenzverwalter das Absonderungsgut in jeglicher Weise verwenden (§ 172 InsO). Ferner gibt es Verzögerungen beim Befolgen eines Aussonderungsrechts, wenn § 107 Abs. 2 InsO dem Verwalter Zeit für die (gemäß § 103 InsO anstehende) Entscheidung über die Fortsetzung eines schwebenden Kaufvertrages gibt, aus dem der Schuldner bereits unter Eigentumsvorbehalt beliefert war. Auch die Mietverhältnisse betreffende Kündigungssperre des § 112 InsO schiebt eine Aussonderung hinaus. Generell Aussonderungen zu verweigern erlaubt freilich die Insolvenzordnung dem Verwalter nach der Eröffnung nicht.

² Mit Ausnahmen zugunsten der Finanzwirtschaft gemäß § 21 Abs. 2 InsO.

³ Soweit nicht die vom Finanzgewerbe erzielten Ausnahmen des § 166 Abs. 3 InsO eingreifen.

IV. Grundrechtsposition der Aus- oder Absonderungsgläubiger

Die vom Gesetz angeordnete Kompensation durch Entschädigungszahlungen aus der Masse (§§ 169, 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO; 30 e ZVG; § 172 InsO) ändert nichts an der Unerhörtheit der Eingriffe in wohlbegründete Rechte aus zufälligem Anlass eines bevorstehenden oder bereits laufenden Insolvenzverfahrens. Um die Eingriffe für erstaunlich zu befinden, braucht man nicht einmal die Sorge zu bemühen, dass die schiere Verzögerung erst ab einer gewissen Dauer entschädigungsrelevant wird, sich vielleicht die Masse unversehens als zu schmal erweisen möge und andererseits der Absonderungsberechtigte zur Beifinanzierung der Verwertungshandlungen ohnehin durch Vorwegentnahmen aus dem Erlös herangezogen wird (§§ 170 f., 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 am Ende InsO; §§ 10 Abs. 1 Nr. 1a, 109 Abs. 1, 146 Abs. 1, 172 ZVG).

Nur bei einer Auslegung, die zu zurückhaltender Anwendung mahnt, sind die gesetzlichen Eingriffsmöglichkeiten noch als zulässige gesetzliche Bestimmungen von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG deutbar. Aussonderungs- und Absonderungsgläubiger genießen mit ihrem Rechten Eigentum im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG – gleichviel, ob es sich um Eigentum im Sinne des bürgerlichen Rechts handelt oder um eine andere vermögenswerte Position. Hier Grenzen zu setzen fordert gewichtige dem unbegrenzten Eigentumsgenuss entgegenstehende Belange.

Möglichst ertragreiche Abwicklung eines Konkurses ist ein Gemeininteresse. Sie verwirklicht die Justizgewährleistungspflicht des Staates. Eine funktionstüchtige Rechtspflege ist ihrerseits ein Verfassungsgut. Dies kann Beeinträchtigungen Dritter erlauben.⁴ Doch darf der Staat einzelnen keine übermäßigen Opfer

⁴ *Uhlenbruck/Vuina* in Gottwald (Hg.), *Insolvenzrechts-Handbuch*, 4. Aufl. (2010), § 14 Rn. 49, mwN.

abverlangen. Die eigentumsbeschränkende Regelung muss sich selbst Schranken setzen. Treten diese Schranken-Schranken nicht unmittelbar im Wortlaut zutage, sind sie durch verfassungskonforme Interpretation herauszuarbeiten. Nur verfassungskonforme Auslegung der Vorschriften, mit deren Hilfe Aus- und Absonderungsgläubiger in der Ausübung ihrer Rechte vor einem Konkurs oder während eines Konkurses behindert werden, kann ihre Verfassungsfestigkeit belegen.⁵ Daraus ergibt sich bereits eine gewisse Einengung des im Wortlaut sehr weit gefassten Anwendungsfeldes von § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO. Die einschneidende Behinderung der Aus- und Absonderungsgläubiger ist nur als eine Ausnahme zu lesen. Dementsprechend muss die praktische Anwendung aufmerksam das nur begrenzt verfügbare Mittel gemeinsam mit dem Zweck in eine gründliche Verhältnismäßigkeitsprüfung einstellen.⁶ Die getroffene Entscheidung muss diesen Abwägungsvorgang in Worte fassen und darf sich nicht mit einer Pauschalaussage begnügen.⁷

Die gebotene Zurückhaltung von Insolvenzgericht und Insolvenzverwalter ist dem Umstand geschuldet, dass Aussonderungsgläubiger und Absonderungsgläubiger nicht Adressaten des Insolvenzverfahrens sind, aber nach der Vorstellung des Gesetzgebers für dessen Zwecke in die Pflicht genommen werden sollen. So wie der Nichtstörer nur ausnahmsweise zur Abwendung einer Gefahr herangezogen werden darf, kann auch Aussonderungsgut oder Absonderungsgut nur ausnahmsweise mit Inanspruchnahme für ertragreichere Bewirtschaftung des Schuldnervermögens belastet werden. Man muss sich in aller Klarheit vor Augen führen, dass die weitere Benutzung

von Aussonderungsgut oder Absonderungsgut eine Missachtung der besseren Stellung des Gläubigers darstellt. Sie wäre ohne das drohende oder schon in Gang gesetzte Insolvenzverfahren eine dem Schuldner nicht gestattete Eigenmächtigkeit, die als vorsätzliche Verletzung eines Schuldverhältnisses einzustufen wäre.

V. Schonung der Aus- und Absonderungsrechte

Nimmt man nach dem Vorstehenden an, dass die Organe des Insolvenzverfahrens zu größtmöglicher Schonung der Interessen von Aussonderungs- und Absonderungsgläubigern gehalten sind, verdient die vorstehende Entscheidung des Bundesgerichtshofes gegen allzu leichtherzige Anordnung von Eingriffen zum vermeintlich besseren Geschick der Insolvenzgläubiger alle Zustimmung. Das Insolvenzverfahren hat die Privatautonomie anzuerkennen, die sich in Rechtsverhältnissen des Schuldners mit Partnern niederschlug, welche in der Sicht des Insolvenzrechts Aussonderungsrechte oder Absonderungsrechte begründen. Insofern setzt der Bundesgerichtshof einen Weg größtmöglicher Anerkennung getroffener Dispositionen folgerichtig fort, auf dem beispielsweise auch die Akzeptanz von Sicherheiten-Pool-Vereinbarungen mit gewillkürter Bestimmung eines gegenüber dem Insolvenzverwalter mit gebündelter Macht auftretenden Anspruchstellers aus dem Kreise der Teilnehmer (die je für sich bereits Sicherungsrechte innehaben) liegt.⁸

Professor Dr. Christoph Becker, Augsburg

5 Vgl. *Mönning* in Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, Loseblatt (Stand: Juni 2010), § 21 InsO, Rn. 153 ff. mwN.

6 *Mönning* in Nerlich/Römermann, Insolvenzordnung, § 21 InsO, Rn. 170 ff.

7 Siehe Entscheidungsgründe II.2.b. (Rn. 19) im vorstehenden Urteil.

8 Siehe BGH, Urteil vom 21. 2. 2008 – IX ZR 255/06, DZWIR 2008, 295, 297 (Rn. 22); dazu *P. Kindler*, Die Aufnahme von Ansprüchen Dritter in den Sicherungszweck der Grundschuld – Eine sachen- und insolvenzrechtliche Skizze zum Sicherheitenpool in Festschrift für Rainer Kanzleiter zum 70. Geburtstag (2010), S. 227 ff.