

C. Sicherheitenverwertung

I. Sicherheitenverwertung im eröffneten Verfahren

- 1326** Mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ergeben sich für die Befugnis der Bank zur Verwertung von Sicherheiten, die aus dem Vermögen des Schuldners stammen, erhebliche Abweichungen im Vergleich zu der Lage vor Einleitung dieser Maßnahmen. Das Recht der Bank zum Zugriff auf Sicherheiten, die von dritter Seite gestellt wurden, ändert sich dagegen nicht.
- 1327** Die Verwertungsrechte sind unterschiedlich je nach Art des Sicherungsgegenstandes ausgestaltet. Die Sicherheiten unterteilt die Insolvenzordnung in vier Gruppen:
- besitzlose Mobiliarsicherungsrechte (§ 51 InsO),
 - Sicherungsübertragung von Rechten und sonstigen Vermögenswerten (§ 51 Nr. 1 InsO),
 - Eigentumsvorbehaltsrechte (§§ 47, 107 InsO),
 - Mobiliarpfandrechte (§ 50 InsO),
 - Immobiliarsicherungsrechte (§ 49 InsO).
- 1328** Für jede dieser Arten von Absonderungsrechten gelten andere Verwertungsregeln.

1. Besitzlose Mobiliarsicherungsrechte

- 1329** Nach der Konkursordnung oblag die Verwertung beweglicher Gegenstände, an denen Absonderungsrechte bestanden, regelmäßig dem Gläubiger. Der Gläubiger konnte den Gegenstand ohne Rücksicht auf die Interessen der übrigen Gläubiger an einer wenigstens zeitweisen Betriebsfortführung an sich ziehen und den Erlös bis zur Höhe seiner Forderung vereinnahmen. Der Gesetzgeber sah darin die „Hauptursache für die Zerschlagungsautomatik“ der Konkursordnung (BT-Druck. 12/2443, 86). Die Insolvenzrechtsreform wollte dies vermeiden. Sie enthält zwei Schwerpunkte:
- Übergang des Verwertungsrechts auf den Verwalter,
 - Kostenbeteiligung der gesicherten Gläubiger.

a) Übergang des Verwertungsrechts

- 1330** Eine bewegliche Sache, an der ein Absonderungsrecht besteht, darf der Insolvenzverwalter freihändig verwerten, wenn er sie in seinem Besitz hat (§ 166 Abs. 1 InsO). Eine Forderung, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, darf der Verwalter einziehen oder in anderer Weise verwerten (§ 166 Abs. 2 InsO).

aa) Sachen im Besitz des Verwalters

Von dem Übergang des Verwertungsrechts an Sachen auf den Verwalter ist in erster Linie das **Sicherungseigentum** betroffen, die Vorschrift kann sich aber auch auf **gepfändete Sachen** oder solche Sachen erstrecken, die mit einem **Vermieterpfandrecht** belastet sind. Die von diesen Sicherungsrechten erfassten Sachen befinden sich nämlich in der Regel im Besitz des Kunden, sodass der Verwalter dessen Besitz übernehmen kann. **1331**

Für die Verwertungsbefugnis des Verwalters ist ausschlaggebend, dass er die Sache in Besitz hat (§ 166 Abs. 1 InsO). Wenn der Gläubiger vorher seinen Herausgabeanspruch geltend gemacht und das Sicherungsgut zum Zweck der Verwertung an sich gezogen hat, kann er die Verwertung fortsetzen. Eine Rückgabepflicht an den Verwalter besteht nicht. Dadurch entfallen für dieses Sicherungsgut auch die später noch zu erörternden Kostenbeiträge. Für das Verwertungsrecht des Verwalters ist es ausreichend, dass er den Besitz im Antragsverfahren in seiner Eigenschaft als vorläufiger Verwalter erworben hat und dass ein Veräußerungsverbot erlassen war. Von diesem Zeitpunkt an konnte er eine Herausgabe an den Gläubiger abwehren. Er muss den Besitz aber tatsächlich übernommen haben. Der **mittelbare Besitz** des Verwalters reicht für ein Verwertungsrecht nicht aus (*Haunschild* DZWIR 1999, 60; *Kemper* in KP InsO, § 166 Rz. 4; *Becker* in NR InsO, § 166 Rz. 17; *Breutigam* in BBG Insolvenzrecht, § 166 Rz. 28; *Bringewat/Waza/Grawe* Insolvenzen und Steuern, Rz. 994; *Gaul* ZInsO 2000, 256 m.w.N.; *Zahn* DB 1995, 1649; *Kalt* BB 1996 Supplement Leasing Berater, 10; *Funk* Sicherungsübereignung, S. 76; *Michalski/Ruess* NZI 2000, 250; **a.A.** *Smid* WM 1999, 1141). **1332**

bb) Abgetretene Forderungen

Ähnlich geregelt sind die Sicherungsrechte an **Forderungen**. Eine Forderung, die der Schuldner der Bank zur **Sicherung abgetreten** hat, darf der Verwalter einziehen (§ 166 Abs. 2 InsO). Das Verwertungsrecht steht dem Verwalter unabhängig davon zu, ob die Zession vor der Eröffnung des Verfahrens offen gelegt oder weiter still behandelt wurde (*KG* vom 19. 10. 1999 – 7 U 6213/99 – ZInsO 1999, 716; *LG Limburg* vom 8. 3. 2000 – 2 O 328/99 – NZI 2000, 279; *LG Berlin* vom 25. 5. 2000 – 9 O 365/99 – ZInsO 2000, 459; *BGH* vom 11. 7. 2002 – IX ZR 262/01 – WM 2002, 1797). **1333**

Das Verwertungsrecht geht auf den Verwalter mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über. Eine „Inbesitznahme“ wie bei Sachen ist bei Forderungen nicht möglich und daher auch nicht nötig. Wenn die Bank mit der Verwertung der Sicherungsabtretung schon vor der Verfahrenseröffnung begonnen und Forderungen eingezogen hatte, darf sie den Erlös behalten. Der Übergang des Verwertungsrechts wirkt nämlich nur ex nunc. Anders als bei sicherungsübereigneten Sachen darf die Bank bei Forderungen die Verwertung nicht fortsetzen. Wenn aber im Anschluss an die Offenlegung der Zession durch die Bank sich der Verwalter meldet und die Forderungen wieder selbst einziehen möchte, ist zu befürchten, dass die Drittschuldner noch zögerlicher als bisher zahlen werden. Empfehlenswert ist daher eine Absprache zwischen der Bank und dem Verwalter, dass diese die einmal begonnene Verwertung fortsetzt. **1334**

b) Auskunftsansprüche

- 1335** Den Gläubigern, deren Sicherungsgut der Verwalter verwerten darf, stehen **Auskunftsrechte** zu (§ 167 InsO). Hintergrund dieser Vorschriften sind die Regelungen, die den gesicherten Gläubigern Gelegenheit zum Hinweis auf günstigere Verwertungsmöglichkeiten und ein Eintrittsrecht in geplante Verwertungsgeschäfte des Verwalters sowie Schutz vor einer Verzögerung der Verwertung gewähren (§§ 168f. InsO). Die Wahrnehmung dieser Rechte wird den Gläubigern erleichtert, wenn sie über den Zustand der Sachen und über die Höhe und Fälligkeit der Forderungen und etwa vom Drittschuldner erhobenen Einwendungen oder über Ausfälle unterrichtet sind. Der Verwalter kann die Gläubiger darauf verweisen, sich selbst vom Zustand der Sachen zu überzeugen oder die Geschäftsunterlagen über die Forderungen einzusehen (§ 167 InsO). Insoweit ergibt sich gegenüber der Konkursordnung nichts Neues, denn ähnliche Grundsätze hatte bereits die Rechtsprechung aufgestellt (Nachw. s. *Obermüller* Handbuch Insolvenzrecht für die Kreditwirtschaft, 4. Aufl. 1991, Rz. 371).

c) Eintrittsrecht des Gläubigers

- 1336** Ob ein Verwalter stets bessere oder wenigstens die gleichen Möglichkeiten zur Verwertung von Sicherungsgut besitzt wie der Gläubiger, ist im Laufe der Reformdiskussion heftig umstritten gewesen. Die Insolvenzordnung sucht den Kompromiss in § 168 InsO, wonach der Verwalter dem absonderungsberechtigten Gläubiger mitteilen muss, auf welche Weise der Gegenstand verwertet werden soll. Dies gilt nicht nur für die Verwertung von Sachen, sondern auch von Forderungen, wenn diese anders als durch Einziehung, also z. B. durch Verkauf an einen Factor, Forfateur oder ein Inkassounternehmen realisiert werden sollen. Der Gläubiger hat dann innerhalb einer Woche Gelegenheit, den Verwalter auf eine günstigere Verwertungsmöglichkeit hinzuweisen. Ein verspäteter Hinweis ist nur dann beachtlich, wenn er rechtzeitig vor der Veräußerung erteilt wird. Der Verwalter muss entweder diese Verwertungsmöglichkeit wahrnehmen oder den Gläubiger so stellen, wie wenn er sie wahrgenommen hätte. Die günstigere Verwertungsmöglichkeit kann auch darin bestehen, dass der Gläubiger den belasteten Gegenstand zu den vorgesehenen Bedingungen selbst übernimmt. Auf seine Forderung wird lediglich der mit dem Verwalter vereinbarte Preis verrechnet. Das Risiko eines Mindererlöses und die Chance eines Mehrerlöses liegen bei dem Gläubiger. Ein Mehrerlös muss also nicht angerechnet werden.
- 1337** Der Verwalter muss in seinem Hinweis an den Gläubiger die konkreten Konditionen seines vorgesehenen Geschäfts nennen (*Haas/Scholl* NZI 2002, 642; *Lwowski/Heyn* WM 1998, 473; Mustertext s. *Förster* ZInsO 1999, 424). Dies ist zwar nicht ausdrücklich im Gesetz ausgesprochen, folgt aber schon daraus, dass der Gläubiger nur dann eine andere Verwertungsmöglichkeit aufzeigen kann, wenn er die vom Verwalter ausgehandelten Bedingungen kennt. Wegen der Wartefrist von einer Woche bedeutet dies für den Verwalter, dass er seinem Vertragspartner keine endgültige Zusage erteilen kann, diesen aber andererseits für die Dauer der Wochenfrist binden müsste. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass der Vertragspartner aus dem Desinteresse des Absonderungsberechtigten den Schluss zieht, sein Preis sei zu hoch, und sein Angebot zurückzieht. Dann müsste der Verwalter das Verfahren erneut durchlaufen. Zweckmäßig dürfte es für Gläubiger und Verwalter sein, Rahmenbedingungen zu vereinbaren, sodass der Verwalter ggf. schnell entscheiden kann.

Auch der Gläubiger muss eine konkrete Verwertungsmöglichkeit nachweisen, d.h. einen zum Abschluss bereiten Dritten benennen und die Konditionen angeben. Es ist zweckmäßig, dass sich der Gläubiger von dem Interessenten ein schriftliches Angebot aushändigen lässt, damit er nicht in Beweisnot gerät, wenn der Verwalter diese Gelegenheit nicht wahrnimmt, später ungünstiger verkaufen muss und sich gegenüber dem Ersatzanspruch des Gläubigers damit verteidigt, dass er die Ernsthaftigkeit des Konkurrenzangebots bezweifelt. **1338**

d) Ausgleichsanspruch

Befürchtungen der absonderungsberechtigten Gläubiger, der Verwalter könne sein Verwertungsrecht dazu missbrauchen, dass er **untätig** bleibt und den Verkauf nicht zügig betreibt, beugt die Insolvenzordnung durch die allgemeine Verwertungspflicht nach dem Berichtstermin (§ 159 InsO) und vor allem dadurch vor, dass der Gläubiger vom Berichtstermin an laufend die geschuldeten **Zinsen** aus der Insolvenzmasse fordern kann (§ 169 InsO). Der Zinslauf **endet** mit der Auszahlung des Verwertungserlöses an die Bank (*BGH* vom 20. 2. 2003 – IX ZR 81/02 – ZInsO 2003, 318; *LG Hechingen* vom 15. 10. 2001 – 1 O 31/01 – DZWIR 2002, 480; *Becker DZWIR* 2002, 303). Der Zinssatz richtet sich nach den vertraglichen Vereinbarungen. Wenn der Schuldner sich in Verzug befindet, können auch Verzugszinsen verlangt werden. **1339**

Zusätzlich wird dem Gläubiger ein **Ausgleichsanspruch zugebilligt**, falls der Verwalter den Gegenstand für die Insolvenzmasse benutzt und dadurch ein Wertverlust eintritt. Auch hier hat der Verwalter von der Eröffnung des Verfahrens an laufende Zahlungen an den Gläubiger zu leisten, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der durch die Nutzung entstehende Wertverlust die Sicherung des Gläubigers beeinträchtigt (§ 172 Abs. 1 InsO). § 172 InsO geht weiter als die Regelung für Grundstücke, was sich aus der Natur der Sache erklärt: Der Verwalter darf Mobiliarsicherungsrechte für die Masse verbrauchen, sei es durch Verkauf, sei es durch Verarbeitung; allerdings darf er den Wert der Sicherheit nicht beeinträchtigen. **1340**

e) Freigabe

Der Insolvenzverwalter ist nicht gezwungen, von seinem Verwertungsrecht Gebrauch zu machen. Stattdessen kann er dem Gläubiger die Verwertung überlassen (§ 170 Abs. 2 InsO). Dies ist zweckmäßig, wenn der Gläubiger günstigere Verwertungsmöglichkeiten besitzt, etwa weil er sich in der betreffenden Branche oder im Land des Drittschuldners besser auskennt. Die Freigabe hat wie im Konkurs zur Folge, dass der Gegenstand vom insolvenzbefangenen in das freie Vermögen des Schuldners überführt wird (*Böhle-Stam-schräder NJW* 1957, 1535; *Probst BB* 1991, 1390; *BGH* vom 12. 5. 1980 – VIII ZR 167/79 – ZIP 1980, 524; **a.A.** *FG Baden-Württemberg* vom 26. 11. 1981 – III 54/87 – EFG 1982, 381). **1341**

Für die Überlegung des Verwalters, auf seine Verwertungsbefugnis zu verzichten, kann manchmal auch die Sorge ausschlaggebend sein, dass der Besitz des Sicherungsguts eine Haftung für etwaige **Umweltgefahren**, die von dem Sicherungsgut ausgehen, nach sich zieht. Damit könnte das Haftungsrisiko auf den Sicherungsnehmer verlagert werden, wenn es ihn nicht ohnehin schon wegen seiner nur formalen Eigentümerposition trifft. Diese Problematik ist noch weitgehend ungeklärt. Fest steht nur, dass einen Grund- **1342**

schuldgläubiger keine Haftung für Altlasten auf dem Grundstück trifft (*Bigalke* Die umweltrechtliche Verantwortlichkeit von gesicherten Kreditgebern, 1994, S. 76; *Lwowski/Tetzlaff* WM 2001, 385), während ein Sicherungseigentümer jedenfalls dann haftbar wird, wenn er das Sicherungsgut in Besitz nimmt (*Gössmann/Ignatzi* Liber amicorum Jens Nielsen, 1996, S. 11; eine Haftung allein aus besitzlosem Sicherungseigentum verneinen *Lwowski/Tetzlaff* WM 2001, 437; *dies.* Umweltrisiken und Altlasten in der Insolvenz, 2002, Rz. J 55).

f) Kostenbeteiligung des Gläubigers

- 1343** Die Verwertung von Sicherungsgut ist mit Kosten verbunden, die den Erlös schmälern. Sie entfallen auf die Feststellung, welche Gegenstände dem jeweiligen Sicherungsvertrag unterliegen, auf die Erhaltung des Sicherungsguts bis zur Verwertung und auf die Verwertung selbst. Für die Kosten der Feststellung und der Verwertung hat die Insolvenzordnung eine ausdrückliche Regelung getroffen, nicht aber für die Kosten der Erhaltung und Verwaltung.

aa) Kosten der Feststellung und Verwertung

- 1344** Aus dem Erlös von Mobiliarsicherheiten, zu deren Verwertung der Verwalter berechtigt war, d.h. von Sicherungseigentum, Sicherungsabtretung, Pfändungspfandrechten und gesetzlichen Pfandrechten hat der gesicherte Gläubiger einen **Kostenbeitrag** an die Masse zu entrichten. Dieser Kostenbeitrag unterscheidet sich zunächst danach, wer die Verwertung tatsächlich betrieben hat. Hat der Verwalter den Gegenstand (Sache oder zur Sicherung abgetretene Forderung) verwertet, so sind aus dem Verwertungserlös
- 4% des Erlöses für die Kosten der **Feststellung** als Pauschale,
 - 5% des Erlöses für die Kosten der **Verwertung** als Pauschale mit der Möglichkeit, die Pauschale durch die tatsächlich entstandenen Kosten abzulösen, falls diese erheblich niedriger oder erheblich höher lagen (*Haunschild* DZWIR 1999, 60 zur Frage, was unter dem Begriff „erheblich“ zu verstehen ist; für die Kündigung einer Lebensversicherung hielt das *AG Bonn* vom 11. 10. 2000 – 16 C 322/00 – NZI 2001, 50 einen Betrag von 50 DM für angemessen),
 - 16% des Erlöses für die **Umsatzsteuer**, sofern diese durch die Verwertung zu Lasten der Masse ausgelöst wird, zu entnehmen.
- 1345** Hat der Verwalter dem Gläubiger die Verwertung des Gegenstandes bzw. der Forderung überlassen, so sind
- 4% des Erlöses für die Kosten der Feststellung,
 - 16% des Erlöses für die Umsatzsteuer, sofern durch die Verwertung solche zu Lasten der Masse ausgelöst wird, an die Masse abzuführen.
- 1346** Die obigen Kostenbeiträge sind nur zu entrichten, wenn ein Verwalter eingesetzt ist. Bei Eigenverwaltung entfallen die Feststellungskosten (§ 282 Abs. 1 InsO). Verwertungskosten können von dem Erlös nur abgezogen werden, sofern sie tatsächlich entstanden sind; eine Pauschalisierung ist nicht möglich. Der Umsatzsteuerbetrag darf angesetzt werden.

Der Ausfall des Gläubigers berechnet sich aus seiner Forderung abzüglich des nach Entnahme der Kostenbeiträge verbleibenden Sicherheitenerlöses. **1347**

bb) Kosten der Erhaltung und Verwaltung

Der Regierungsentwurf zur Insolvenzordnung hatte in § 195 Abs.1 Satz 1 vorgesehen, dass der Verwalter die tatsächlich entstandenen Kosten der Erhaltung des Sicherungsguts von dem Erlös einbehalten darf. Diese Regelung findet sich in der Gesetzesfassung nicht wieder. Der Grund für die Streichung liegt darin, dass die Insolvenzgerichte von Streitigkeiten über die Höhe dieser Kosten freigehalten werden sollen (BT-Drucks. 12/7302, 177). Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob der Verwalter zu Erhaltungsmaßnahmen verpflichtet ist und wer deren Kosten und die der Verwaltung trägt. **1348**

Auch die Konkursordnung hatte über die **Erhaltungskosten** keine Regelung getroffen. Deshalb kann sich die Rechtslage gegenüber dem früheren Recht nicht geändert haben. Nach der Konkursordnung war der Konkursverwalter, dem die Verwaltung obliegt, verpflichtet, für die Instandhaltung der Sicherungsgegenstände zu sorgen, sie gegen Verlust zu schützen und verbotene Eigenmacht Dritter abzuwehren (*OLG Köln* vom 2.4.1987 – 12 U 169/86 – ZIP 1987, 653). Er haftete für einen Ausfall bei der Verwertung, der durch Verschlechterung während seiner Verwaltung entstanden ist. Dementsprechend konnte er auch verpflichtet sein, für die Sicherungsgegenstände eine Versicherung abzuschließen oder aufrechtzuerhalten (*LG Bremen* vom 17.9.1987 – 8 O 1301/86 – WuB VI C. § 106 KO 2/88 *Obermüller*). Dies hing davon ab, ob die Prämien aus der Masse aufgebracht werden konnten und ob die Gefahr des Schadenseintritts und der erforderliche Aufwand in einem vertretbaren Verhältnis zum Wert der Gegenstände und dem Schadensrisiko standen (*OLG Köln* vom 14.5.1982 – 6 U 221/81 – ZIP 1982, 77). So war z.B. die Pflicht zum Abschluss einer Feuerversicherung grundsätzlich anzunehmen (*LG Bremen* vom 17.9.1987 – 8 O 1301/86 – WM 1987, 1535; *BGH* vom 29.9.1988 – IX ZR 39/88 – WM 1988, 1610), selbst wenn aus der Verwertung des Sicherungsguts kein Überschuss für die Masse zu erwarten war (*BGH* vom 29.9.1988, a.a.O.). **1349**

Wenn der Verwalter keine Gelder zur Bezahlung der notwendigen Erhaltungsmaßnahmen zur Verfügung hat, erhebt sich die Frage, ob die Bank selbst die Erhaltungsmaßnahmen treffen und ob sie sich insoweit auch aus dem Sicherungsgut befriedigen kann. Eine ausdrückliche Regelung enthält das Gesetz nur für die Sicherung von Grundstücken (§§ 1133, 1134 BGB). Danach kann der Gläubiger eines Grundpfandrechts beim Gericht beantragen, den Eigentümer zur Vornahme der erforderlichen Maßnahmen zu verurteilen, und sich für den Fall, dass der Eigentümer den Verpflichtungen nicht nachkommt, ermächtigen lassen, auf Kosten des Eigentümers selbst Vorsorge zu treffen (*BGH* vom 29.9.1988 – IX ZR 39/88 – WM 1988, 1610). Diesen umständlichen Weg muss die Bank jedoch nicht gehen. Nr. 12 Abs. 3 AGB-Banken bzw. Kreditgenossenschaften (Nr. 17 Abs. 3 AGB-Sparkassen) räumt der Bank nämlich das Recht ein, auf eigene Kosten das Sicherungsgut instand zu halten und den Kunden mit diesen Kosten zu belasten. Wegen der Kosten kann sie sich aber nicht aus dem Sicherungsgut befriedigen, wenn die Kosten erst nach Verfahrenseröffnung angefallen sind. Grundsätzlich können nämlich nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens keine Vorzugsrechte an den Massegegenständen mehr erworben werden (§ 91 InsO). **1350**