

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 456

**Sicherheiten für künftige Forderungen
in der Insolvenz**

Von

Nina Kuszlik



Duncker & Humblot · Berlin

NINA KUSZLIK

Sicherheiten für künftige Forderungen in der Insolvenz

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 456

Sicherheiten für künftige Forderungen in der Insolvenz

Von

Nina Kuszlik



Duncker & Humblot · Berlin

Die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld
hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2016 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: L101 Mediengestaltung, Berlin
Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387

ISBN 978-3-428-14905-6 (Print)

ISBN 978-3-428-54905-4 (E-Book)

ISBN 978-3-428-84905-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Für Manuel

Vorwort

Die Fakultät für Rechtswissenschaft hat diese Arbeit im Wintersemester 2015/2016 als Dissertation angenommen. Das Erstgutachten hat Prof. Dr. Florian Jacoby, das Zweitgutachten Prof. Dr. Frank Weiler erstellt. Beiden möchte ich für die sehr zügige Begutachtung danken.

Zu großem Dank bin ich auch der Studienstiftung *ius vivum* sowie der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung verpflichtet, deren großzügige Druckkostenzuschüsse die Veröffentlichung dieser Arbeit ermöglicht haben.

Die Arbeit ist im Wesentlichen während meiner Tätigkeit am Lehrstuhl von Prof. Dr. Florian Jacoby entstanden, dem ich für die spannenden und äußerst lehrreichen Jahre, die ich an seinem Lehrstuhl zunächst als studentische Hilfskraft und später als wissenschaftliche Mitarbeiterin verbringen durfte, besonders herzlich danken möchte. Seine fachliche Betreuung sowie seine ständige Diskussionsbereitschaft waren hervorragend und von unschätzbarem Wert für das Gelingen der Arbeit. Zu der in fachlicher wie menschlicher Hinsicht wunderbaren Zeit an seinem Lehrstuhl haben außerdem sämtliche meiner damaligen Kollegen und Freunde, insbesondere Dr. Mady Meiners, Thomas Schilling und Dr. Christof Wagner, maßgeblich beigetragen.

Meine Freunde in Bielefeld sind eine große Bereicherung für mich und auch ihnen möchte ich für ihre Hilfe und Freundschaft von Herzen danken. Vielfältige Unterstützung habe ich außerdem meiner Familie zu verdanken.

Schließlich möchte ich Dr. Manuel Holzmann für seine durchgehende und bedingungslose Unterstützung in jeder Hinsicht besonders danken. Er hat mir nicht nur in den guten, sondern auch den schwierigen Zeiten, die ein solches Projekt mit sich bringt, Freude, Kraft und Zuversicht gegeben. Dank ihm waren und sind auch harte Tage stets schön.

Hamburg, im März 2016

Nina Kuszlik

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Grundlagen	15
A. Einführung: Das Absonderungsrecht	15
B. Fragestellung	17
C. Überblick: Sicherheiten für künftige Forderungen im BGB	19
I. Bedingte und künftige Gläubigerrechte	19
1. Forderung, Anspruch, Verbindlichkeit	19
2. Bedingt und künftig	20
3. Ergebnis	22
II. Sicherungsfähigkeit künftiger Forderungen	22
1. Bürgschaft	23
2. Hypothek	23
3. Pfandrecht	24
III. Wirkungen des Sicherungsrechts	25
1. Akzessorietät	25
2. Bürgschaft	26
3. Hypothek	26
4. Pfandrecht	28
5. Vergleich Grundschuld und sonstige abstrakte Sicherheiten	29
IV. Zusammenfassung	30
V. Bedeutung für die Frage der Insolvenzfestigkeit	31
§ 2 Erwerbsverbot	32
A. Problemeinführung	32
B. Überblick Meinungsstand	33
I. Rechtsprechung des BGH	34
1. Vermieterpfandrecht	34
2. Legalzession einer bedingten Forderung	34
3. Zession nach Verfahrenseröffnung	36
II. Schrifttum	37
1. Grundsätzlich kein insolvenzfester Erwerb	37
a) Begründung des Erwerbsverbots	37
b) Schuldnerverfügung gemäß § 81 InsO	38
c) Aufschiebend bedingte Forderung	39
2. Grundsätzlich insolvenzfester Erwerb	39
3. Abhängigkeit von Verfügungsbefugnis des Schuldners	40
C. Kritische Stellungnahme	41
I. Bezugspunkt Rechtserwerb	41

1. Erwerb des dinglichen Rechts	41
2. Einredevverlust	42
3. Erwerb des Absonderungsrechts	43
II. Keine Anwendbarkeit des § 81 InsO	44
1. Keine Verfügung über die Eigentümergrundschild	44
2. Keine Verfügung bei Grundschild und Pfandrecht	44
3. Fehlende Verallgemeinerungsfähigkeit	45
4. Fazit	46
III. Absonderungsrecht für „begründete“ Forderung	46
1. Konflikt zwischen BGB und InsO	47
2. Problematik Drittsicherheiten	48
3. Verfahrenseröffnung als Zeitpunkt der Haftungsrealisierung	49
4. Ergebnis	51
IV. Zession nach Verfahrenseröffnung: Begründetheit der Forderung in der Person des Sicherungsinhabers	52
1. BGH NJW 1975, 122	52
2. Würdigung	53
a) Abgeleiteter Forderungserwerb	53
b) Reichweite des Sicherungszwecks	53
c) Vergleich zu § 96 Abs. 1 Nr. 2 InsO	55
d) Ergebnis	56
D. Thesen	56
§ 3 Anfechtbarkeit	58
A. Problemeinführung	59
I. Sicherheit als Deckung	59
II. Problemstellung bei Sicherheiten für künftige Forderungen	59
B. Überblick Meinungsstand	60
I. Höchsttrichterliche Rechtsprechung	61
1. BGHZ 86, 340: bürgerlich-rechtliche Betrachtungsweise	61
2. BGHZ 170, 196: wirtschaftliche Betrachtungsweise	62
II. Meinungsbild im Schrifttum	63
1. Forderungsentstehung nicht maßgeblich	64
2. Gegenauffassung: Maßgeblichkeit der Forderungsentstehung	64
a) Auslegung § 140 Abs. 1 InsO	65
b) Parallele zu Sicherheiten an künftigen Forderungen	66
c) Einflussmöglichkeit des Gläubigers	67
d) Ausnahme bei bedingter Forderung	67
C. Kritische Stellungnahme	68
I. Einseitige Wertung	68
II. Verschiedene Wirkungen	69
III. Vergleich mit Sicherheiten an künftigen Forderungen	70
IV. Billigkeitserwägung Mitwirkung des Gläubigers	72
V. Fazit	72

D. Deckungsanfechtung der Sicherheitenbestellung für eine künftige Forderung	73
I. Wirkungsbezogenheit der Anfechtung	73
1. Herleitung	73
2. Übertragung auf Sicherheiten für künftige Forderungen	75
3. Alternativ: Anfechtung der Valutierung	76
4. Gleichbehandlung aller Sicherungsrechte	77
5. Zusammenfassung	79
II. Deckung eines Insolvenzgläubigers	79
1. Zeitpunkt der Deckung	80
a) BGHZ 59, 230: Sicherheit vor Forderungserwerb	81
b) Kritik im Schrifttum	81
c) Zeitliches Zusammenfallen von Forderungsentstehung und Deckung	82
aa) Gleichzeitigkeit von Forderungserwerb und Deckung ..	82
bb) Gleichzeitigkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung	83
(1) BGH ZIP 2004, 1060: Zession	84
(2) BGH ZIP 2009, 1674: originärer Erwerb	84
d) Zusammenfassung	85
2. Vergleich mit § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO	86
a) Herstellung einer Aufrechnungslage zugunsten eines Schuldners des späteren Insolvenzschuldners	86
b) Herstellung der Aufrechnungslage zugunsten des Schuldners als Deckung	87
aa) Anwendung der §§ 130, 131 InsO	87
bb) Einwand	88
cc) Deckungsanfechtung und Aufrechnung in der Rechtsprechung	89
(1) BGH NZI 2010, 903	90
(2) BGH NZI 2010, 17	90
(3) OLG Köln NJW-RR 2001, 1493	91
3. Kritische Stellungnahme	92
a) Wirkungsbezogenheit der Anfechtung	93
b) Bargeschäft	94
aa) Früheres Verständnis des Bargeschäfts	94
bb) Sicherheit gegen Darlehen als Bargeschäft	95
4. Fazit zur Insolvenzgläubigerstellung	96
III. Gläubigerbenachteiligung	96
1. Konkrete gläubigerbenachteiligende Wirkung	97
a) Erwägungen gegen das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung	97
b) Erwägungen für das Vorliegen einer Gläubigerbenachteiligung	98

2. Keine Gläubigerbenachteiligung bei vor Verfahrenseröffnung begründeter Forderung	98
a) Vorwirkung der par condicio creditorum	99
b) Folgerungen	100
c) Zession in der Krise: Begründetheit in der Person des Sicherungsinhabers	101
3. Ergebnis zur Gläubigerbenachteiligung	102
E. Thesen	103
§ 4 Die „begründete“ Forderung gemäß § 38 InsO	104
A. Einführung	104
B. Kasuistik zum Begriff der „begründeten“ Forderung	105
I. Allgemeine Umschreibungen	106
II. Aufschiebend bedingte und befristete Forderungen	106
III. Einschränkung: Handeln des Schuldners	107
IV. Forderungsanwartschaft als Abgrenzungsmerkmal	107
C. Kritische Stellungnahme	109
I. Begriffliche Unklarheiten bei der Abgrenzung von bedingten und künftigen Forderungen	109
1. Rechtsbedingung	109
2. § 191 InsO	110
II. Ambivalenz des Begriffs der „gesicherten Rechtsposition“	111
1. Gesicherte Rechtsposition und Aufrechnung	111
2. Gesicherte Rechtsposition und Erwerbsverbot	112
3. Fazit	115
III. Lösung über Abgrenzung der verschiedenen Forderungsarten	115
1. Masseforderungen	116
2. Neuverbindlichkeiten	118
D. Zusammenfassung	120
§ 5 Fallgruppen	122
A. Gesellschaftsrechtlicher Auseinandersetzungsanspruch	122
I. Allgemeine Einordnung	122
II. Insolvenzfestigkeit	123
B. Regressanspruch des Bürgen	124
I. Allgemeine Einordnung	124
II. Begründetheit der Regressforderung	125
III. Insolvenzfestigkeit	126
C. Valutierung eines Darlehens	126
I. Praxis: Kündigungsrecht	127
II. Insolvenzrechtliche Einordnung	127
1. Begründete Forderung	127
2. Leistung des Darlehensgebers	128
3. Wahlrecht des Insolvenzverwalters	129
4. Sicherung der Nichterfüllungsforderung gemäß § 103 Abs. 2 InsO	129

III. Insolvenzfestigkeit	130
1. Forderungsbegründung vor Verfahrenseröffnung oder Eintritt der Krise	130
2. Exkurs: Bargeschäftsprivileg bei Begründung der Forderung in der Krise	131
D. Mietrechtliche Ansprüche und Vermieterpfandrecht	132
I. BGHZ 170, 196 und die Anwendung des § 140 Abs. 3 InsO	132
II. Rechtsprechung zur Forderungspfändung und -zession	133
1. Neuere Rechtsprechung: Gesicherte Rechtsposition	133
2. Übertragbarkeit auf Besicherung künftiger Mietforderungen	134
III. Maßgeblichkeit der Mietforderung als begründete Forderung	134
IV. Insolvenzfestigkeit	136
E. Angebot des späteren Insolvenzschuldners	136
I. Annahmefähigkeit	136
II. Kritik	137
III. Vergleich: Ansprüche nach Ausübung von Gestaltungsrechten und Gewährleistungsrechte	138
IV. Anwendungsfall Vormerkung	138
1. Anforderungen an den gesicherten künftigen Anspruch	139
2. Die Vormerkung für eine künftige Forderung in der Insolvenz	140
a) Überblick Meinungsstand	140
b) Stellungnahme	141
V. Ergebnis	142
§ 6 Vergleich: Künftige Aufrechnungslagen in der Insolvenz	143
A. Wirkungsweise der Insolvenzaufrechnung	144
B. Künftige Aufrechnungslage	145
I. Bedingungsbegriff im Sinne des § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO	146
1. Rechtsbedingte Forderung	146
2. BGHZ 160, 1	147
II. Geltung für Gegenforderung?	148
III. Kritische Stellungnahme	149
1. Mitwirkungshandlung des Gläubigers in der Rechtsprechung	149
a) Hauptforderung der Masse	149
b) Auslegung des § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO in anderen Fällen	150
c) Gegenforderung	151
2. Vertrauensschutz?	152
3. Systematik	153
4. Folgerungen zum Bedingungsbegriff	155
C. Fazit	156
§ 7 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse	158
Literaturverzeichnis	162
Stichwortverzeichnis	166

§ 1 Grundlagen

A. Einführung: Das Absonderungsrecht

Die in den §§ 765, 1113, 1204 BGB vorgesehenen Sicherungsrechte Bürgschaft, Hypothek und Pfandrecht sowie die Sicherungsgrundschuld im Sinne des § 1192 Abs. 1a BGB bezwecken die Absicherung eines Gläubigers für eine bestimmte, auf Geldzahlung gerichtete Forderung. Während die Bürgschaft als Personalsicherheit dem Gläubiger einen persönlichen schuldrechtlichen Anspruch gegen den Bürgen einräumt, entsteht bei Hypothek, Grundschuld und Pfandrecht ein gesondertes dingliches Recht, das den jeweiligen Sicherungsgegenstand belastet und dem Gläubiger die Befriedigung durch Verwertung des jeweiligen Gegenstands ermöglicht.¹

Die Insolvenzordnung hat für diese dinglichen Sicherungsrechte Sonderregelungen im Hinblick auf ihre Wirkungsweise im Insolvenzverfahren aufgestellt. Die bürgerlich-rechtliche dingliche Sicherheit findet ihre insolvenzrechtliche Entsprechung im Institut des Absonderungsrechts, welches dem Gläubiger in der Insolvenz des Sicherungsgebers die bevorzugte Befriedigung aus einem Massegegenstand ermöglicht.² § 49 InsO sieht die Absonderungsberechtigung für Gegenstände vor, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen. Hypotheken- und Grundschuldgläubiger sind gemäß § 49 InsO absonderungsberechtigt. Für gesetzliche oder rechtsgeschäftliche Pfandrechte an beweglichen Sachen ist die Absonderungsberechtigung in § 50 InsO vorgesehen.

Das Absonderungsrecht bedeutet für den jeweiligen Rechtsinhaber eine dem Insolvenzverfahren grundsätzlich standhaltende spezielle haftungsrechtliche Zuweisung des belasteten Vermögensgegenstands.³ Damit ist der Sicherungsnehmer kein bloßer Insolvenzgläubiger, der sich nur quotaal aus der Masse befriedigen kann, sondern Inhaber eines Rechts, das ihm eine vorrangige Befriedigungsmöglichkeit vermittelt.⁴ Richtet sich die besicherte Forde-

¹ Vgl. §§ 1204 Abs. 1, 1113 Abs. 1 BGB: Befriedigung aus der Sache bzw. aus dem Grundstück.

² *Häsemeyer*, InsR, Rn. 18.01; *MünchKomm/Ganter*, InsO, Vor §§ 49–52 Rn. 1; *Uhlenbruck/Brinkmann*, InsO, § 49 Rn. 1; zu den Verwertungsmodalitäten vgl. §§ 165 ff. InsO.

³ *Jaeger/Henckel*, InsO, § 38 Rn. 19.

⁴ *Jaeger/Henckel*, InsO, Vor §§ 49–52 Rn. 10.

rung zudem auch persönlich gegen den Schuldner, ist der Anspruchsinhaber mit dieser Forderung ebenfalls Insolvenzgläubiger gemäß §§ 38, 52 InsO.⁵

Die Anerkennung von Absonderungsrechten und der daraus resultierenden Vorzugsstellung im Insolvenzverfahren ist keine Selbstverständlichkeit.⁶ Denn „Kernstück“⁷ des Insolvenzrechts ist der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger (*par condicio creditorum*) bei der Befriedigung. Die Gläubigerbefriedigung richtet sich im Insolvenzverfahren gerade nicht nach dem in der Einzelvollstreckung geltenden Prioritätsprinzip, sondern verfolgt den Grundsatz der gemeinschaftlichen Befriedigung (§ 1 InsO). Das Absonderungsrecht ermöglicht dem Gläubiger nunmehr aber unter Durchbrechung des sonst geltenden Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes die Vorzugsbefriedigung für seine Forderung aus dem Verwertungserlös einzelner massezugehöriger Gegenstände.⁸ Der durch ein Absonderungsrecht privilegierte Sicherungsnehmer kann für seine Forderung die gesonderte Verwertung und vorrangige Befriedigung aus dem Erlös verlangen (§§ 165 ff. InsO). Das Recht der abgesonderten Befriedigung dient somit der Bewährung der Sicherungsrechte in der Insolvenz und ist Ausdruck der grundsätzlichen Beachtung bürgerlich-rechtlicher Sicherungsinstrumentarien im Insolvenzverfahren.⁹ Damit birgt es aber auch die Gefahr, dass im Insolvenzfall schon nahezu das gesamte haftende Vermögen unter den besicherten Gläubigern vorweg verteilt ist.¹⁰ Der Anerkennung von Absonderungsrechten ist damit der Konflikt zwischen ungesicherten und gesicherten Gläubigern im Hinblick auf den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung immanent.¹¹ Die Rechtfertigung der Existenz von Absonderungsrechten wird aus diesem Grunde kritisch beurteilt.¹² Der Gesetzgeber allerdings hat der zivilrechtlichen Haftungsordnung mit ihren Sicherungsinstrumentarien den Vorrang vor dem Prinzip strenger Gleichbehandlung eingeräumt und sich gegen Zwangseingriffe und Vermögensverlagerungen im Insolvenzfall ausgesprochen.¹³

⁵ Uhlenbruck/*Brinkmann*, InsO, § 49 Rn. 3.

⁶ Siehe ausführlich hierzu *Brinkmann*, Kreditsicherheiten, S. 238 ff.

⁷ BGHZ 88, 147 (151).

⁸ *Adolphsen*, InsR-Handbuch, § 39 Rn. 3; *Häsemeyer*, InsR, Rn. 18.01; *Jaeger/Henckel*, InsO, Vor §§ 49–52 Rn. 7; *MünchKomm/Ganter*, InsO, Vor §§ 49–52 Rn. 1.

⁹ *Bork*, InsR, Rn. 293.

¹⁰ *Häsemeyer*, InsR, Rn. 18.02; *Jaeger/Henckel*, InsO, Vor §§ 49–52 Rn. 5; ferner *Serick*, FS Einhundert Jahre Konkursordnung, S. 271 ff.

¹¹ Vgl. zu diesem Konflikt ausführlich und m. w. N. *Klinck*, Insolvenzanfechtung, S. 39 ff.

¹² Siehe *Häsemeyer*, InsR, Rn. 18.04. Zu diskutierten Alternativvorschlägen siehe die Nachweise bei *MünchKomm/Ganter*, InsO, Vor §§ 49–52, Rn. 7f.

¹³ Begründung Regierungsentwurf, BT-Drucks. 12/2443, S. 78.

Ein Gläubiger kann nach alledem für seine Forderung aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung bevorzugte Befriedigung verlangen, wenn ihm für diese Forderung eine Sicherheit eingeräumt wurde.

B. Fragestellung

Der Begründung eines Absonderungsrechts sind durch die Insolvenzordnung indes zeitliche Schranken gesetzt. Ein Gläubiger ist grundsätzlich nur dann absonderungsberechtigt gemäß §§ 49 ff. InsO, wenn ihm vom Schuldner vor Verfahrenseröffnung für eine bereits bestehende Forderung ein Sicherungsrecht bestellt wurde. Nach Verfahrenseröffnung verhindern die §§ 81, 91 InsO den Erwerb eines die Absonderungsberechtigung begründenden Sicherungsrechts. Unter den Voraussetzungen der §§ 129 ff. InsO kann aber auch schon ein Erwerb vor Verfahrenseröffnung der Insolvenzanfechtung unterfallen.

Gegenstand dieser Untersuchung ist die Frage, ob eine bevorzugte Befriedigung in Form der Absonderungsberechtigung dem Sicherungsinhaber auch für den Fall zustehen soll, dass sein Sicherungsrecht für eine erst künftig – nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder in der sogenannten „Krise“¹⁴ vor Verfahrenseröffnung – entstehende Forderung bestellt wurde.

Denn das BGB lässt in den §§ 1113 Abs. 2, 1204 Abs. 2 BGB¹⁵ die Bestellung von dinglichen Sicherheiten nicht nur für gegenwärtige, sondern auch für künftige oder bedingte Forderungen zu. Neben bereits fälligen und vollständig entstandenen gegenwärtigen Forderungen können damit auch erst in Zukunft vollwertig bestehende Ansprüche gesichert werden. Das künftige Moment der jeweils gesicherten Forderung kann dabei aus unterschiedlichen Gründen herrühren. Zum einen kann nämlich die Forderung selbst später originär in der Person des Sicherungsinhabers entstehen. Zum anderen ist aber auch denkbar, dass der Sicherungsinhaber zu einem künftigen Zeitpunkt eine bestehende Forderung im Wege der Zession erwirbt. In beiden Konstellationen wird das schon bestehende Sicherungsrecht zeitlich nachgelagert mit einer Forderung „unterlegt“, in der Person des Sicherungsinhabers ist die Forderung also jeweils künftig.

¹⁴ Der Begriff der „Krise“ soll in diesem Zusammenhang die materielle Insolvenz des Schuldners im für die Deckungsanfechtung gemäß § 130 f. InsO maßgeblichen Drei-Monats-Zeitraum bezeichnen, vgl. Uhlenbruck/*Ede/Hirte*, InsO, § 130 Rn. 3; BGH NZI 2005, 215 (216).

¹⁵ Selbiges gilt für die Bürgschaft gemäß § 765 Abs. 2 BGB; die abstrakte Grundschuld kann ohnehin unabhängig von einer Forderung bestellt werden, siehe dazu sogleich unter § 1 C.