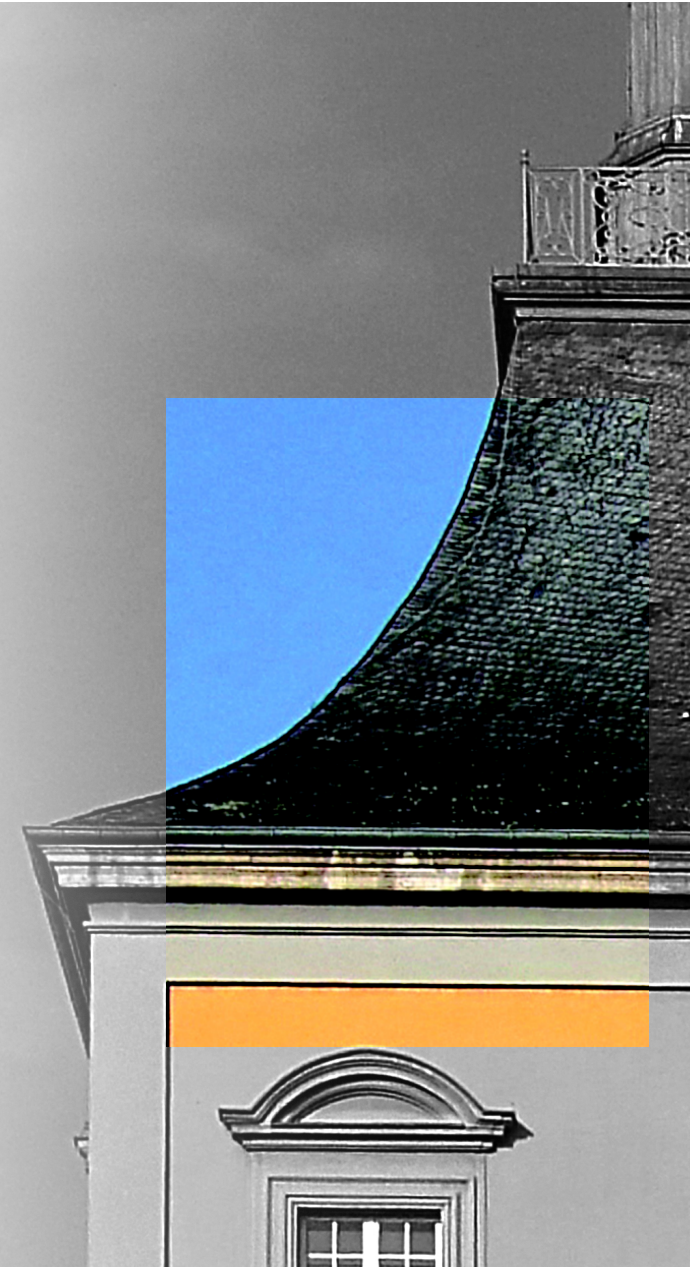
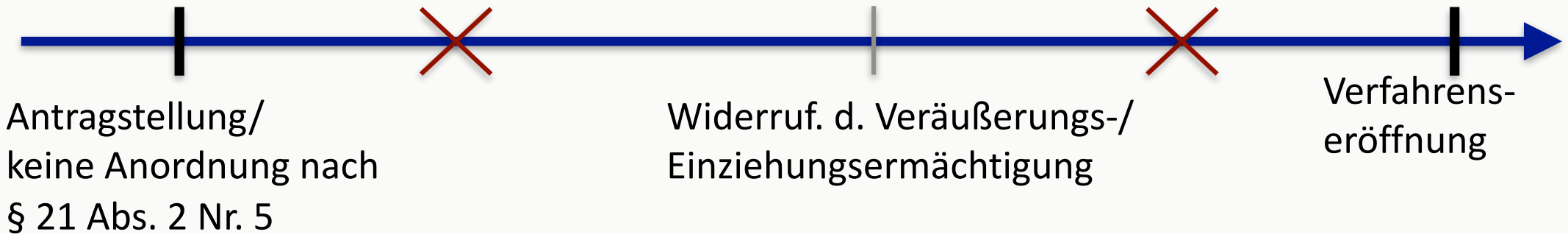
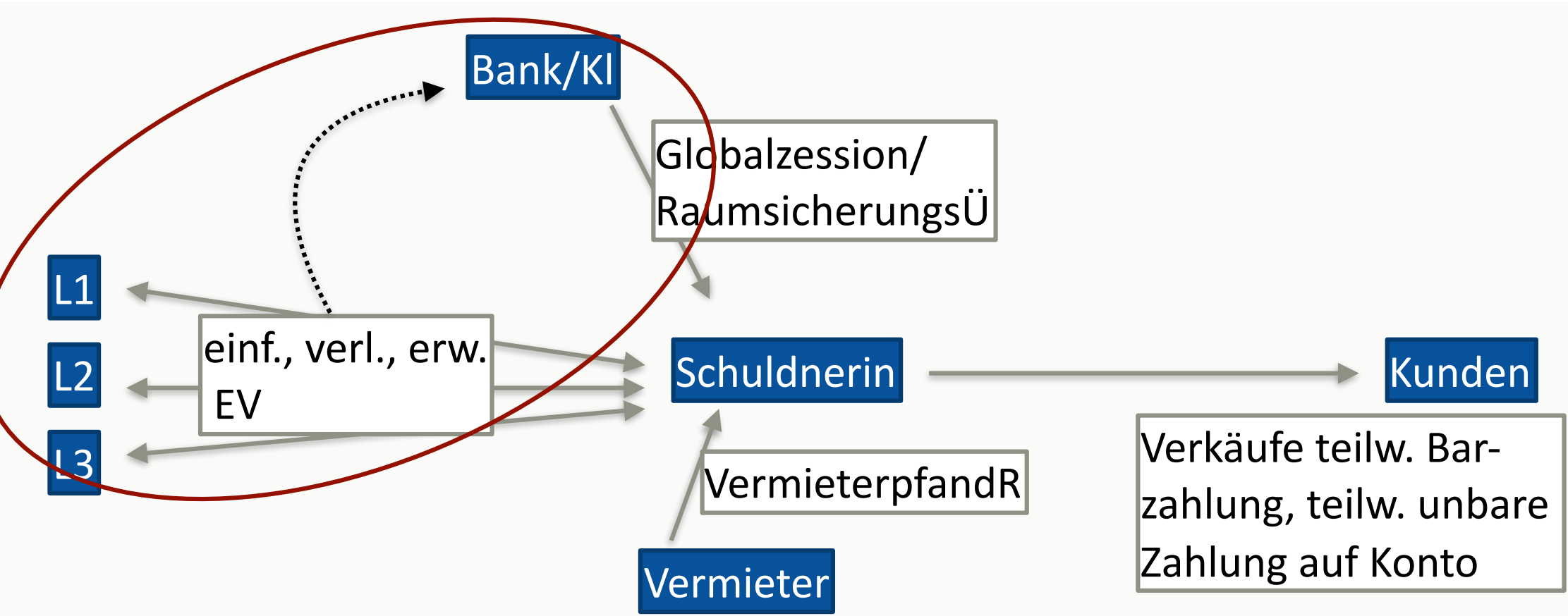


BGH, 24.1.2019 – IX ZR 110/17

# **MOBILIARSICHERHEITEN IM INSOLVENZERÖFFNUNGS- VERFAHREN**

VORTRAG VOR DEM ARBEITSKREIS  
INSOLVENZRECHT OWL  
PROF. DR. MORITZ BRINKMANN





## ZUM EINSTIEG: MOBILIARSICHERHEITEN IM ERÖFFNETEN INSOLVENZVERFAHREN

- Die Sicherungsübereignung beweglicher Sachen
  - Absonderungsrecht nach § 51 Nr. 1, Verwertungsrecht des Verwalters nach § 166 Abs. 1
  - Kostenbeiträge nach § 171
  - Zum Schicksal des Erlöses
- Die Sicherungszession von Forderungen
  - Absonderungsrecht nach § 51 Nr. 1, Verwertungsrecht des Verwalters nach § 166 Abs. 2
  - Kostenbeiträge nach § 171
- Umstrittene Behandlung von Sicherungsrechten an sonstigen Rechten (Lizenzen, Gesellschaftsanteile etc.; dazu BGH ZIP 2015, 2286)

## ZUM EINSTIEG: MOBILIARSICHERHEITEN IM ERÖFFNETEN INSOLVENZVERFAHREN

- Der einfache Eigentumsvorbehalt
  - ganz hM: Aussonderungsrecht nach § 47
  - str., ob nach Erfüllungsablehnung durch Verwalter des Käufers noch Rücktritt erforderlich (wg. § 449 Abs. 2 BGB iVm § 47 S. 2)
- Der verlängerte/erweiterte Eigentumsvorbehalt mit Vorausabtretung
  - wird nach Eintritt d. Verlängerungs- /Erweiterungsfalls wie Sicherungsabtretung behandelt

## DAS ERÖFFNUNGSVERFAHREN

- Die Funktion des Eröffnungsverfahrens in Theorie und Praxis
- Die Aufgabe von Anordnungen nach § 21 Abs. 1, 2
  - Massesicherung
  - Dazu gehört grdsl. auch Fortführung des schuldnerischen Unternehmens
    - Pflicht d. vorl. Verwalters zur Fortführung, § 22 Abs. 1 Nr. 2
  - Sicherung der Fortführbarkeit durch Anordnungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 5?

## § 21 ABS. 2 NR. 5 INSO

(2) 1Das Gericht kann insbesondere  
(...)

Nr. 5 anordnen, dass **Gegenstände, die im Falle der Eröffnung des Verfahrens von § 166 erfasst würden oder deren Aussonderung** verlangt werden könnte, vom Gläubiger nicht verwertet oder eingezogen werden dürfen und dass solche Gegenstände zur Fortführung des Unternehmens des Schuldners eingesetzt werden können, soweit sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind; § 169 Satz 2 und 3 gilt entsprechend; ein durch die Nutzung eingetretener Wertverlust ist durch laufende Zahlungen an den Gläubiger auszugleichen. 2Die Verpflichtung zu Ausgleichszahlungen besteht nur, soweit der durch die Nutzung entstehende Wertverlust die Sicherung des absonderungsberechtigten Gläubigers beeinträchtigt. 3Zieht der vorläufige Insolvenzverwalter eine zur Sicherung eines Anspruchs abgetretene Forderung anstelle des Gläubigers ein, so gelten die §§ 170, 171 entsprechend.

## DIE ANORDNUNG NACH § 21 ABS. 2 NR. 5

- Die Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 als Instrument zur Sicherung der Fortführungsmöglichkeiten?
  - **Aussonderungs- und Verwertungssperre** für den Lieferanten/gesicherten Gläubiger
  - **Recht zur Nutzung** des Aus- und Absonderungsguts (Ausgleichspflicht, analog § 169),
  - **kein Recht zum Verbrauch, kein Recht zur Verwertung**
  - Aber: Recht zur Einziehung von Forderungen (§ 170 ist analog anwendbar)

## ANORDNUNG NACH § 21 ABS. 2 NR. 5

- Die Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 als Instrument zur Sicherung der Fortführungsmöglichkeiten?
  - **P:** Deckt § 21 Abs. 2 Nr. 5 auch **Veräußerungen von Sicherungsgut im Rahmen des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs?**
  - Nach Auffassung des BGH kann Insolvenzgericht den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 dazu ermächtigen, „sicherungsübereignete Gegenstände und Vorbehaltsware zu veräußern und zu verarbeiten.“
  - **Daher „kann einer Betriebsstillegung durch eine solche Anordnung nicht wirksam begegnet werden“ (BGH)**



## WIRKUNGEN DER ANTRAGSTELLUNG/ANORDNUNG VON SICHERUNGSMAßNAHMEN AUF VERÄÜBERUNGS- UND EINZIEHUNGSERMÄCHTIGUNGEN

- Kein automatisches Erlöschen d. Veräußerungsermächtigungen mit Stellung d. InsAntrag od. Einsetzung eines vorl. Verwalters (schon BGHZ 144, 192, 198)
  - arg: sonst sei Fortführung gefährdet, denn vorl. Verwalter habe keine Zeit Vereinbarungen mit Gläubigern zu treffen
- **ABER:** Einziehung durch Verwalter nur dann von Ermächtigung gedeckt, wenn Sicherungsinteresse des Gläubigers gewahrt (Vereinbarkt. m BGHZ 184, 101?),
  - das sei im Eröffnungsverfahren nur der Fall, wenn Gläubiger ein Aussonderungsrecht (sic!) an den Erlösen erlangen.

Rn. 40: „Dies hätte der Beklagte dadurch sicherstellen können, dass er die schuldnerfremden Forderungen über ein zugunsten der Klägerin und der Vorbehaltsverkäufer errichtetes offenes Treuhandkonto in Absprache mit den Treugebern eingezogen hätte. In diesem Fall hätte die Klägerin ein insolvenzfestes Aussonderungsrecht nach § 47 InsO erworben.“

Rn. 79: „Die Verpflichtung des Beklagten sicherzustellen, dass das Sicherungsgut nur weiterveräußert wurde, wenn das Veräußerungsentgelt auf einem offenen Treuhandkonto des Beklagten zugunsten der Klägerin eingezogen wurde, ergibt sich schon daraus, dass aufgrund der Sicherungsvereinbarung die Forderung aus der grundsätzlich berechtigten Weiterveräußerung an die Klägerin vorausabgetreten war und die Einziehung der Forderung entsprechend der Ausführungen zur Globalzession nur über ein offenes Treuhandkonto des Beklagten hätte eingezogen werden dürfen.“

## DIE „GOLDENE BRÜCKE“ DES BGH: DAS TREUHANDKONTO

Die Konzeption des Senats zur Fortführung durch den vorl. Verwalter:

- Erforderlich ist Verwertungsvereinbarung mit Finanziers und Lieferanten!
- Frühzeitige Kontaktaufnahme mit Lieferanten und Banken; idealerweise noch vor Antragstellung:
  - Finanziers können so von einem Widerruf der Einziehungs- und Veräußerungsermächtigungen abgehalten werden,
  - Verwalter kann es so vermeiden, vor der Alternative „Geschäftsbetrieb einstellen / rechtswidrig fortführen“ zu stehen.

## DIE „GOLDENE BRÜCKE“ DES BGH: DAS TREUHANDKONTO

Vorstellung des Senats zum Inhalt der Vereinbarung zw. vorl. Verwalter und Lieferanten/Banken:

- Wenn Lieferant/Kreditgeber durch Einziehung der Erlöse sein Sicherungsrecht nicht verliert, dann erfolgt Veräußerung iR des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs und ist daher von Ermächtigung gedeckt.
- Um Sicherungsrecht zu bewahren, müssen Forderungen auf **offenes Vollrechtstreuhandkonto** eingezogen werden.
  - ➔ Das Konto läuft auf den Namen des vorl. Verwalters, Treugeber sind die Sicherungsnehmer

## DAS TREUHANDKONTO - WIRKLICH EINE LÖSUNG?

Vier Probleme der Vereinbarungs- / Treuhandkontolösung:

1. Kann es ein offenes Treuhandkonto zugunsten mehrerer Treugeber mit unterschiedlichem Status geben?

Setzt das voraus, dass diese sich bereits zu einem Pool zusammengeschlossen haben?

2. Kann es ein offenes Treuhandkonto bei unbekanntem Treugeber geben?

– Jede Treuhand setzt eine Treuhandabrede voraus

– Auch BGH verlangt eine „Absprache mit den Treugebern“ (Rn. 40)

– Ist Zustandekommen der Treuhandabrede durch Insichgeschäft und nachträgliche Genehmigung denkbar?

## DAS TREUHANDKONTO - WIRKLICH EINE LÖSUNG?

Probleme der Vereinbarungs- / Treuhandkontolösung (Fortsetzung):

3. Lösung ist bei Barzahlungen kaum praktikabel. Diese fließen notwendigerweise erst in die Kasse des Schuldners, sodass Gläubiger hieran kein anfechtungsfestes Sicherungsrecht erwerben können.
4. Lösung versagt, wenn Lieferanten und Banken, Ermächtigungen widerrufen! → Kein Schutz vor Akkordstörern

## DIE GOLDENE BRÜCKE DES BGH: DAS TREUHANDKONTO - WIRKLICH EINE LÖSUNG?

- Resümee zur Lösung des BGH:
  - ➔ Die Lösung des BGH hilft nicht in der Phase, in der Gläubiger noch unbekannt sind oder der Vereinbarung noch nicht zugestimmt haben.
  - ➔ Auch hilft die Lösung nicht, wenn Lieferanten/Banken ausdrücklich widersprechen (wie es in concreto tatsächlich geschehen ist).
  - ➔ Vorl. Verwalter macht sich dem Grunde nach haftbar, wenn er ohne/gegen den Willen der Lieferanten/Banken trotzdem fortführt und weiter Waren veräußert.
  - ➔ Um Haftung zu vermeiden, muss vorl. Verwalter dafür sorgen, dass Ersatzaus-/absonderungsansprüche nicht ins Leere laufen (für Haftung aus §§ 21 Abs. 2 Nr. 1 iVm § 60 fehlt es dann am Schaden)

# DIE WEITERVERÄUßERUNG ALS VEREITELUNG EINES AUS-/ABSONDERUNGSRECHTS

- ➔ Vorl. Verwalter muss also insbesondere die **Unterscheidbarkeit** der Erlöse sichern:
  - Die Unterscheidbarkeit beurteilt BGH bei bargeldlosen Zahlungen anhand der „Bodensatztheorie“
    - bei mehreren Ersatzaussonderungsberechtigten und nicht für alle zureichendem Saldo soll anteilige Kürzung vorzunehmen sein (OLG Köln ZIP 2002, 947)
- ➔ **bargeldlose Zahlungen** müssen auf Konten mit positivem Saldo geleitet werden;
  - von diesen Konten dürfen keine Abbuchungen vorgenommen werden;
  - **ABER**: BGH lehnt Anwendung der „Bodensatztheorie“ auf **Bargeld** in Kasse ab. Bei Verwendung einer einzigen Kasse führt das stets zum Verlust des Ersatzaussonderungsrechts
    - ➔ **Barzahlungen** darf vorl. Verwalter nur annehmen, wenn er Separierung der Erlöse sicherstellen kann.
    - ◆ Ist es im Einzelhandel praktikabel, mehrere Kassen zu führen oder ganz auf Barzahlungen zu verzichten?



## WIE KANN DIE BETRIEBSFORTFÜHRUNG IM ERÖFFNUNGSVERFAHREN GESICHERT WERDEN?

### Zwischenfazit:

- Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 deckt nach dem BGH nicht die Veräußerung von Aus- od. Absonderungsgut im Wege des ordnungsgem. Geschäftsgang
- Treuhandkonto-Lösung des BGH setzt Einigung zwischen vorl. Verwalter und (uU allen) Lieferanten und Banken voraus. Sie schützt nicht vor Akkordstörern.
- Bewusste Vereitelung der Aus-/Absonderungsrechte kann zur Haftung des vorl. Verwalters führen, wenn er die Unterscheidbarkeit iSv § 48 S. 2 nicht gewährleisten kann, was gerade im Einzelhandel bei Bargeld kaum möglich sein dürfte.

# WIE KANN DIE BETRIEBSFORTFÜHRUNG IM ERÖFFNUNGSVERFAHREN GESICHERT WERDEN?

## Der Münchhausentrick:

- Ins-Gericht trifft eine Anordnung nach § 21 **Abs. 1** treffen und ermächtigt den vorl. Verwalter, sicherungsübereignete Waren im Wege des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs zu veräußern;

(1) Das Insolvenzgericht hat **alle Maßnahmen** zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Antrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Gegen die Anordnung der Maßnahme steht dem Schuldner die sofortige Beschwerde zu.

(2) Das Gericht kann insbesondere

(...)

## WIE KANN DIE BETRIEBSFORTFÜHRUNG IM ERÖFFNUNGSVERFAHREN GESICHERT WERDEN?

### Der Münchhausentrick:

- Ins-Gericht trifft eine Anordnung nach § 21 **Abs. 1** treffen und ermächtigt den vorl. Verwalter, sicherungsübereignete Waren im Wege des ordnungsgemäßen Geschäftsgangs zu veräußern;
  - den Erlös hat er analog § 170 zu separieren (dingl. Surrogation).
- Eine solche Anordnung kann aber nicht auf Waren, die unter EV stehen, erstreckt werden, da diese Waren auch im eröffneten Verfahren vor Erfüllungswahl nicht veräußert werden dürfen.

# WIE KANN DIE BETRIEBSFORTFÜHRUNG IM ERÖFFNUNGSVERFAHREN GESICHERT WERDEN?

## Der Münchhausertrick (Fortsetzung):

- Methodische Zulässigkeit dieses Vorgehens? Ergibt sich nicht aus § 21 Abs. 2 Nr. 5 ein argumentum e contrario?
  - Arg. 1: Gesetzgeber hat sich nur gegen eine **Verwertungsbefugnis** gewandt! Verwertung ≠ Veräußerung iRd gewöhnlichen Geschäftsgangs
  - Arg. 2: Noch stärkere Fortführungsorientierung des heutigen Gesetzgebers verglichen mit Gesetzgeber des Jahres 2007
- Ausblick: Behandlung von aufschiebend bedingten Ermächtigungen?

**Ich freue mich auf die Diskussion!**