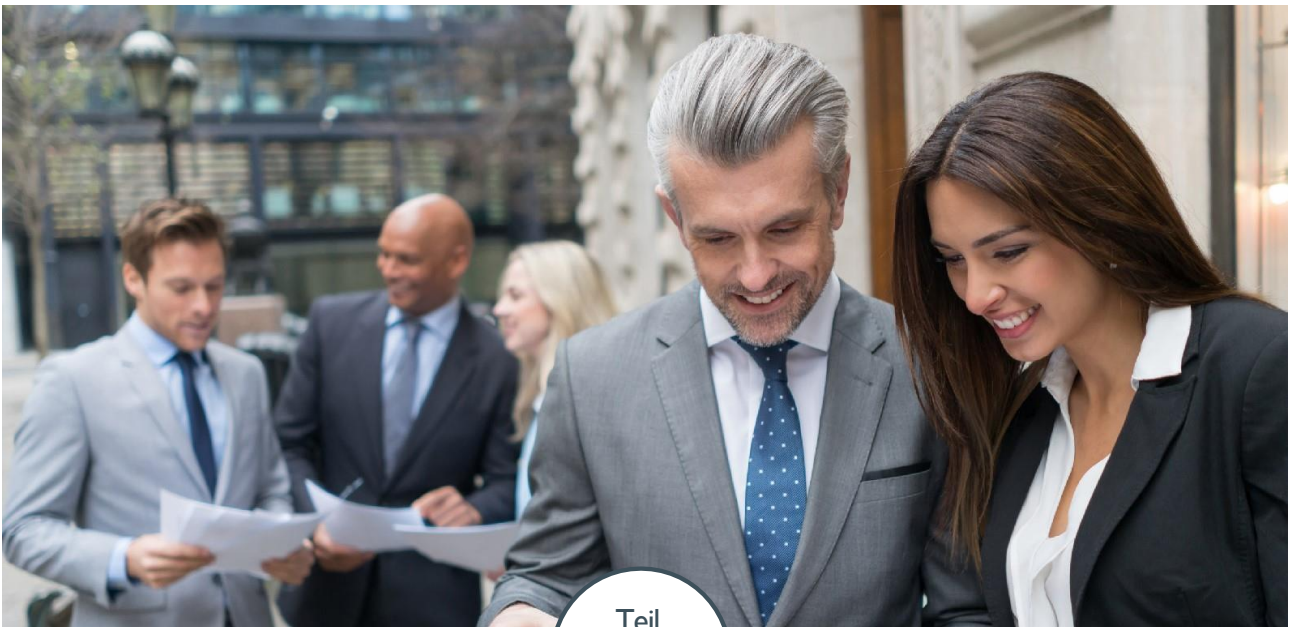


Fachinformation

HDI Generalvertretung Jahreis & Kollegen



Teil
V

Aus- und Absonderungsrechte: Ein Überblick



die Autorin

Sylvia Wipperfürth

Sachverständige für Insolvenz- und Wirtschaftsrecht

Als Referentin und Autorin lebe ich mit Begeisterung die Vermittlung meines Fachwissens und meiner langjährigen Praxiserfahrung.

Qualifikationen

- 1996 Abitur, Gymnasium Baesweiler
- 1999 Examen Dipl.-Rechtspflegerin, FH für Rechtspflege NRW
- 2008 Mediationsausbildung (berufsbegleitend, entsprechend den Ausbildungsrichtlinien des Bundesverbandes für Mediation e.V., 200 Stunden)
- 2011 Master in Commercial Law, Universität des Saarlandes, Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät (berufsbegleitend)

Praxis

- 1999 - 2002 Dipl.-Rechtspflegerin, Amtsgericht Euskirchen
- 2002 - 2008 Fachbereichsleitung Privatin insolvenzen/ verfahrensleitende Bearbeitung Regelinsolvenzen, Rechtsanwaltskanzlei Zumbaum & Kollegen, Düren
- 2008 - 2013 Verfahrensleitung Regel- und Privatin insolvenzen, Standortleitung, Klaas & Kollegen Rechtsanwälte Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Krefeld/Aachen
- seit 2009 Wirtschaftsmediatorin (Schwerpunkt: Insolvenz und Sanierung)
- seit 2011 Autorin von Fachbeiträgen / Monografien
- seit 2012 Referentin (insolvenzrechtliche Spezialthemen)
- seit 2014 Leiterin des Sachverständigen-Instituts für Insolvenz- und Wirtschaftsrecht

**Dipl.-Rpflg. Sylvia Wipperfürth
LL.M. (Com.)**

Institutsleitung SIW

Straßburger Straße 70
52477 Alsdorf

Telefon +49 2404 5515961
wipperfuerth @sylviawipperfuerth.de





Aus- und Absonderungsrechte: Ein Überblick

Der Insolvenzverwalter trifft bei Übernahme des Amtes oftmals auf eine Vielzahl von Vermögensgegenständen, die nicht zwingend allesamt Bestandteil der von ihm in Besitz zu nehmenden (§ 148 InsO) zu verwaltenden und zu verwertenden (§ 80 Abs. 1 InsO) Insolvenzmasse sind. Zunächst gilt es, herauszufinden, welche der Gegenstände als solche zur Befriedigung der Gläubiger einzusetzen sind. Hierbei spielen die insolvenzspezifischen Aus- und Absonderungsrechte eine besondere Rolle.

I. Insolvenzmasse

Die Insolvenzmasse ist in § 35 Abs. 1 InsO legaldefiniert als das gesamte Vermögen, das dem Schuldner zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens gehört (Stichtagsvermögen) und das er während des Verfahrens erlangt (Neuerwerb). „Gehören“ ist in diesem Kontext als Rechtsinhaberschaft zu sehen.

Zur Insolvenzmasse zugehörig ist auch im Ausland befindliches Schuldnervermögen (**Universalitätsprinzip**).¹

Insbesondere im Bereich der natürlichen Personen wird die Vorschrift präzisiert durch § 36 InsO, der z. T. unter Bezugnahme auf Normen der Zivilprozessordnung grundsätzlich nur das pfändbare Vermögen dem Insolvenzbeschluss unterstellt. Auch hiervon definiert § 36 Abs. 2, 3 InsO wiederum Ausnahmen.

II. Absonderungsrechte

Soweit sich ein Insolvenzgläubiger auf eine dingliche Sicherheit an einem Gegenstand der Insolvenzmasse berufen kann, folgt hieraus im Fall der Insolvenzeröffnung das sog. Absonderungsrecht. Absonderungsrechte Gläubiger genießen aufgrund ihrer besonderen Rechtsstellung ein **Recht auf bevorzugte Befriedigung aus dem Verwertungserlös eines massezugehörigen Vermögenswertes**. Der Kreis der Absonderungsberechtigten ist in §§ 49 ff. InsO (nicht abschließend) geregelt. Absonderungsrechte können sowohl aus dinglichen Rechten an beweglichem Vermögen (Mobiliarsicherheiten) als auch aus dinglichen Rechten an unbeweglichem Vermögen (Immobiliarsicherheiten) hergeleitet werden.

Beispiele Immobiliarsicherheiten (§ 49 InsO):

- Grundschulden,
- Hypotheken,
- Zwangssicherungshypotheken,
- Grundsteuer (§ 12 GrStG).

Beispiele Mobiliarsicherheiten (§§ 50, f. InsO):

- Pfandrechte (§ 50 InsO), insbesondere rechtsgeschäftliche Pfandrechte, Pfändungspfandrechte, gesetzliche Pfandrechte,
- Sicherungseigentum/-übereignung (§ 51 Nr. 1 InsO),
- Sicherungszession (§ 51 Nr. 1 InsO),
- Rechte aus erweitertem/verlängertem Eigentumsvorbehalt (§ 51 Nr. 1 InsO),
- Zurückbehaltungsrechte wegen Verwendungen auf eine massezugehörige Sache (§ 51 Nr. 2 InsO),
- Zurückbehaltungsrechte nach dem HGB (§ 51 Nr. 3 InsO),
- fiskalische Sicherungsrechte an zoll-/steuerpflichtigen Vermögensgegenständen (§ 51 Nr. 4 InsO).

¹ BGH v. 11.7.1985 – IX ZR 178/84, ZIP 1985, 944.



Aus § 28 Abs. 2 Satz 1 InsO ergibt sich eine Mitteilungspflicht des gesicherten Gläubigers gegenüber dem Insolvenzverwalter in Bezug auf das Sicherungsrecht. Erfolgt eine solche Mitteilung nicht ordnungsgemäß wird zugunsten der Insolvenzmasse vermutet, dass an den Gegenständen des Schuldners kein Sicherungsrecht besteht. Parallel besteht aber auch eine Nachforschungspflicht des Insolvenzverwalters, soweit deutlich erkennbare Anhaltspunkte für das Bestehen von Absonderungsrechten an bestimmten Gegenständen vorliegen.²

III. Aussonderungsrechte

Wer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, kann sich mit Insolvenzeröffnung auf ein Aussonderungsrecht berufen (§ 47 InsO). Der betreffende Vermögenswert ist nicht Bestandteil der Insolvenzmasse und unterliegt daher nicht der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters. Wird also nachgewiesen, dass ein Vermögensgegenstand nicht im Eigentum des Schuldners steht, kann der Berechtigte den Gegenstand herausverlangen. Die Zuordnung erfolgt grds. nach dinglichen Gesichtspunkten. Für schuldrechtliche Ansprüche kann dies zu einer vom dinglichen Recht abweichenden Vermögenszuordnung führen, wenn ein Treuhandverhältnis vorliegt, das nicht nur schuldrechtliche Beziehungen, sondern auch eine vollzogene dingliche Komponente aufweist.³

Beispiele von Rechten, die zur Aussonderung berechtigen (§ 47 InsO):

- Eigentum (vgl. § 985 BGB),
- Mietkautionsanspruch bei Unterscheidbarkeit (vgl. hierzu § 551 BGB),⁴
- einfacher Eigentumsvorbehalt (§§ 929 Satz 1, 158 Abs. 1 BGB),
- Erbschaftsansprüche (§ 2018 BGB);
- Aussonderungsrechte des Gesellschafters (§ 135 Abs. 3 InsO).

Darlegungs- und beweispflichtig für das Vorhandensein eines Aussonderungsrechts ist grds. derjenige, der sich darauf beruft.⁵

Führt der Insolvenzverwalter nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Unternehmen unter Nutzung eines im Eigentum eines Dritten stehenden Gegenstands fort, muss er die hierfür zu erbringende Gegenleistung als Masseverbindlichkeit bestreiten (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 InsO; vgl. für gegenseitige Verträge auch § 103 InsO).

Wird das Unternehmen im Eröffnungsverfahren nach Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung fortgeführt, kann das Insolvenzgericht anordnen, dass solche grundsätzlich aussonderungsfähigen Gegenstände zur Fortführung eingesetzt werden dürfen, wenn sie hierfür von erheblicher Bedeutung sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 5 Halbs. 1 InsO). Der Nutzungsausfall ist in diesem Fall ebenfalls als Masseverbindlichkeit zu entrichten (§ 55 Abs. 2 InsO).⁶ Ist der Gläubiger schon vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf Grund einer Anordnung nach § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO an der Verwertung des Gegenstands gehindert worden, so sind die geschuldeten Zinsen spätestens von dem Zeitpunkt an zu zahlen, der drei Monate nach dieser Anordnung liegt (§ 169 Satz 2 InsO). Ein Anspruch auf Wertersatz besteht darüber hinaus nur, wenn die Nutzung über die vertragliche Abrede hinausgeht.⁷

² Hierzu BGH v. 9.5.1996 – IX ZR 244/95.

³ BGH v. 24.6.2003 – IX ZR 75/01, ZIP 2003, 1613.

⁴ BGH v. 20.12.2007 – IX ZR 132/06, ZInsO 2008, 206.

⁵ BGH v. 24.1.2019 – IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10.

⁶ BGH, Beschl. v. 8.3.2012 – IX ZR 78/1 I, ZInsO 2012, 701.

⁷ BGH, Beschl. v. 8.3.2012 – IX ZR 78/1 I, ZInsO 2012, 701.



IV. Verwertung von Absonderungsgut

Besteht ein insolvenzbeständiges Absonderungsrecht, kann der Insolvenzverwalter einen beweglichen Absonderungsgegenstand aus originärem Recht verwerten, wenn er hieran zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung Besitz begründet hat (§ 166 Abs. 1 InsO). Mittelbarer Besitz ist hierbei ausreichend.⁸

Bevor der Insolvenzverwalter den Gegenstand verwertet, hat er dem absonderungsberechtigten Gläubiger mitzuteilen, auf welche Weise der Gegenstand veräußert werden soll (§ 168 Abs. 1 InsO). Zudem ist dem Absonderungsberechtigten die Möglichkeit einzuräumen, binnen einer Woche auf eine andere, für den Gläubiger günstigere Möglichkeit der Verwertung des Gegenstands hinzuweisen. Einem rechtzeitigen Hinweis muss der Verwalter nachgehen und entsprechende Verwertungsinitiativen einleiten. Andernfalls hat er den Gläubiger so zu stellen, wie wenn er sie wahrgenommen hätte (§ 168 Abs. 2 InsO).

Die Verwertung kann auch an den Sicherungsgläubiger selbst erfolgen. Eine weitere Alternative ist, dem Gläubiger das Verwertungsrecht zu überlassen (§ 170 Abs. 2 InsO).

Befindet sich der Gegenstand zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung im Besitz des Sicherungsgläubigers, besteht kein originäres Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters. Das Verwertungsrecht steht dem Sicherungsgläubiger zu (§ 173 Abs. 1 InsO).

Hinsichtlich der vor Insolvenzeröffnung sicherungshalber abgetretenen Forderungen besteht ebenfalls ein Einzugsrecht des Insolvenzverwalters gemäß § 166 Abs. 2 InsO. Wurde die Forderung verpfändet oder gepfändet, ist der Insolvenzverwalter nicht befugt, diese einzuziehen; das Einzugsrecht steht dem Sicherungsgläubiger zu.

Soweit Immobilien besichert sind, kann der Insolvenzverwalter diese gem. § 165 InsO im Wege der Zwangsversteigerung verwerten; dies schließt jedoch die Möglichkeit der freihändigen Verwertung (regelmäßig nach Abstimmung mit dem/den Sicherungsgläubiger/n) nicht aus.

Zu beachten ist hierbei jedoch, die besondere Stellung des Sicherungsgläubigers: dieser kann gem. § 49 InsO selbst die Verwertung der Immobilie initiieren (Zwangsversteigerung, Zwangsverwaltung), um sich Befriedigung aus dem Sicherungsgut zu suchen.

V. Verwertung von Aussonderungsgut

Ein der Aussonderung unterliegender Vermögenswert ist nicht Bestandteil der Insolvenzmasse und unterliegt daher nicht der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters. Der Insolvenzverwalter hat demnach auch kein Verwertungsrecht.

Erfolgt gleichwohl eine unberechtigte Veräußerung des Aussonderungsgutes vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Schuldner bzw. nach Eröffnung durch den Insolvenzverwalter, kann der Aussonderungsberechtigte die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen, soweit diese noch aussteht, bzw. die Gegenleistung aus der Masse heraus verlangen, sofern diese noch unterscheidbar vorhanden ist. Er kann sich auf eine Ersatzaussonderung berufen (§ 48 InsO).

⁸ Ausn.: der Absonderungsberechtigte ist selbst unmittelbarer Besitzer; siehe BGH v. 5.5.2011 – IX ZR 144/10; v. 24.9.2015 – IX ZR 272/13; v. 14.4.2016 – IX ZR 176/15



VI. Erlösverteilung bei der Verwertung von Absonderungsgut

1. Verwertung durch den Insolvenzverwalter

Bei der Verwertung des Insolvenzverwalters aus originärem Recht (§ 166 InsO), ist der Erlös gem. §§ 170, 171 InsO unverzüglich mit dem Absonderungsberechtigten abzurechnen. Für die Insolvenzmasse können einbehalten werden die Feststellungskosten (pauschal 4% des Bruttoerlöses), die Verwertungskosten (pauschal 5% des Bruttoerlöses bzw. tatsächlich entstandene Kosten bei erheblicher Abweichung, § 171 Abs. 2 S. 2 InsO) sowie die Umsatzsteuer (§ 170 Abs. 2, § 171 InsO). Der darüberhinausgehende Betrag steht dem Absonderungsgläubiger zu.

§§ 170, 171 InsO sind unmittelbar nicht auf die Verwertung von unbeweglichen Gegenständen anzuwenden. Im Fall der freihändigen Verwertung von besicherten Immobilien durch den Insolvenzverwalter wird sich regelmäßig auf eine der Höhe nach frei verhandelbare Massebeteiligung vereinbart.⁹

2. Überlassung des Verwertungsrechts (§ 170 Abs. 2)

Überlässt der Insolvenzverwalter dem Sicherungsgläubiger den Gegenstand zur Verwertung, sind nach erfolgter Verwertung durch den Gläubiger aus dem Verwertungserlös vorab die Feststellungskostenpauschale (4% des Bruttoerlöses), sowie etwaig die Umsatzsteuer an die Masse abzuführen. Eine Verwertungskostenpauschale ist nicht zu entrichten.

Mit der Verwertungsüberlassung geht nicht auch eine Freigabe des Vermögenswertes aus dem Insolvenzbeschluss einher. Die Frage der Massezugehörigkeit und die Frage der originären Verwertungsbefugnis sind streng voneinander abzugrenzen. Der Insolvenzverwalter „verzichtet“ im Fall des § 170 Abs. 2 lediglich auf das Verwertungsrecht, ohne dass der Gegenstand aus der Insolvenzmasse ausscheidet.

3. Verwertung durch den Sicherungsgläubiger

Die Verwertung durch den Gläubiger gem. § 173 Abs. 1 InsO basiert auf dem originären Verwertungsrecht des Gläubigers. Ein solches kann der Insolvenzverwalter in diesem Fall gerade nicht für sich beanspruchen. Kostenbeiträge fallen bei der Verwertung gem. § 173 InsO nicht an; abzuführen an die Masse ist indes etwaig die Umsatzsteuer.

Bei Immobilien weist bereits § 49 InsO ein eigenes Verwertungsrecht zu, welches sich nach den Regeln des ZVG richtet. Wird die Immobilie versteigert, kann die Masse allenfalls an einem etwaigen Übererlös oder im Fall der Mitversteigerung von Zubehör (§ 10 Abs. 1 Nr. 1a ZVG) am Erlös partizipieren. Der Sicherungsgläubiger kann nach Maßgabe des § 10 ZVG Befriedigung erwarten.

VII. Ausfall des Absonderungsberechtigten

Soweit der Absonderungsberechtigte durch die Erlösverteilung keine volle Befriedigung auf die gesicherte Forderung erhält, sind diese zur anteilmäßigen Befriedigung aus der Insolvenzmasse in Höhe ihres Ausfalls berechtigt (§ 52 InsO). In Höhe des Ausfalls nimmt der Gläubiger demnach als ungesicherter Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) im Fall der Feststellung der Forderung an einer eventuellen Quotenausschüttung im Rahmen der Schlussverteilung teil (§ 190 InsO).

⁹ Siehe zur vergütungsrechtlichen Wertung bei der Verwertung von besichertem Immobilienvermögen durch den Insolvenzverwalter BGH 22.7.2021 – IX ZB 85/19, WM 2021, 1710.

INSORISK

INSOrisk ODR

Der Objektdeckungsrechner ODR für Insolvenzverwalter



„Eine gute Sache“

„Mit dem INSOrisk ODR haben nicht nur die Insolvenzverwalter eine gute Möglichkeit, zusätzliche Deckungssummen für ihre Verfahren exakt zu berechnen, ohne auf Schätzungen angewiesen zu sein.

Auch Gerichte können so mit Blick auf InsVV §4 (3) die Berechnung nachvollziehen. Das stärkt das Vertrauen und steigert die Gewissheit, die Masse geschont zu haben.“

Dr. Thorsten Graeber

Insolvenzrichter am Amtsgericht Potsdam

INSOrisk.de



Christian Lorenz

Experte Rechtsanwälte,
Steuerberater,
Wirtschaftsprüfer

Erlenstegenstr. 89
90491 Nürnberg

Telefon +49 911 960429-59
Telefax +49 911 960429-51
Mobil +49 175 3644128

christian.lorenz@hdi.de



**Das Preis-Leistungs-Verhältnis der DKV-Gruppentarife
ist gegenüber dem einer Einzelversicherung unschlagbar!**

**Versicherte profitieren von denselben Leistungen –
und zahlen bis zu 65 % weniger!**

Ihre Vorteile:

- ✓ **Gleiche Konditionen** für Familienangehörige und Lebenspartner
- ✓ **Annahmegarantie** für versicherungsfähige Personen
- ✓ **Sofortiger Versicherungsschutz** ohne Wartezeit bei Tarifen mit Gesundheitsfragen
- ✓ **Krankheitskostenvollversicherung** zur Absicherung von ambulanten, zahnärztlichen und stationären Privatbehandlungen
- ✓ **Zusatzversicherung** als Erweiterung des gesetzlichen Krankenversicherungsschutzes
- ✓ **Krankentagegeldversicherung** für die weiterlaufenden fixen Kanzlei- und Betriebskosten bei Arbeitsunfähigkeit
- ✓ **Pflegeversicherung** bei Pflegebedürftigkeit

**Wir machen keine Werbung –
wir machen Ihnen ein Angebot zu Top-Konditionen!**



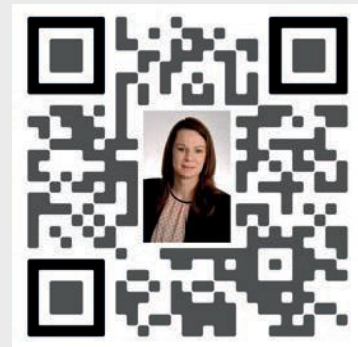
Tanja Bloß

Expertin
Gesundheit

Erlenstegenstr. 89
90491 Nürnberg

Telefon +49 911 960429-64
Telefax +49 911 960429-51

tanja.bloss@hdi.de



JAHREIS  KOLLEGEN
powered by **HDI**

Bayreuth · Nürnberg · Dresden · Düsseldorf · Osnabrück · Halle (Westf.) · Eitorf/Bonn

