

In dieser Ausgabe:

• ZInsO-Aufsätze

Die Zulässigkeit des Eröffnungsantrags bei Erfüllung der Forderung des antragstellenden Gläubigers – Diskussionsstand, Lösungsansatz und Verfahrensweise (S. 901)

von Rechtsanwalt/Insolvenzverwalter Dr. Philipp Hackländer, Berlin und Professor Dr. Wolfgang Schur, Dortmund

Das Wahlrecht des doppelt gesicherten Gläubigers in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (S. 910)

von Rechtsanwalt/vereidigter Buchprüfer/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter Dr. jur. Norbert Hill, Stuttgart

Vereinfachung des Restschuldbefreiungsverfahrens (S. 916)

von Richter am Amtsgericht Ulrich Schmerbach, Göttingen

Die Unzulässigkeit des Antrags als Folge der neuen Vorgaben des § 13 InsO (S. 918)

von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Insolvenzrecht Udo Müller und Dipl.-Betriebswirt Heiko Rautmann, Magdeburg

• ZInsO-Bücher- und Zeitschriftenreport

• ZInsO-Rechtsprechungsreport

Insolvenzrecht

Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung

Vergütungsrecht

Herausgeber:

Ernst-Dieter Berscheid,
Vors. Richter am LAG a.D., Hamm

Rechtsanwalt Dr. Karsten Förster,
Frankfurt/Oder

Frank Frind,
Richter am AG, Hamburg

Professor Dr. Hugo Grote, Köln

Professor Udo Hintzen, Berlin

Professor Dr. Heribert Hirte,
LL.M. (Berkeley), Hamburg

Professor Dr. Michael Huber,
Präsident des LG, Passau

Hans-Peter Kirchhof,
Richter am BGH a.D., Karlsruhe

Dr. Gerhart Kreft,
Vors. Richter am BGH a.D.,
Karlsruhe

Professor Dr. Wolfgang Marotzke,
Tübingen

Rechtsanwalt
Dr. Manfred Obermüller, Frankfurt/M.

Dr. Gerhard Pape,
Richter am BGH, Karlsruhe

Rechtsanwalt Stephan Ries,
Wuppertal

Rechtsanwalt Professor
Dr. Dr. Thomas B. Schmidt, Trier

Dr. Lutz Strohn,
Richter am BGH, Karlsruhe

Gerhard Vill,
Richter am BGH, Karlsruhe

Rechtsanwalt Wolfgang Wutzke,
Bremen

Schriftleiter:

Rechtsanwalt
Professor Dr. Hans Haarmeyer,
Bonn



hat, diese aber noch nicht abschließend feststellen konnte. Liegen dann (etwa aufgrund eines Zwischenberichts) ebenfalls ausreichende gerichtsbekannte Tatsachen vor, die eine Glaubhaftmachung des Eröffnungsgrundes entbehrlich machen? Letztlich drängt sich bei dieser Vorgehensweise der Eindruck auf, es könne von Zufällen abhängen, in welche Richtung sich das Antragsverfahren weiterentwickelt. Ein so durchzuführendes Verfahren ist aufgrund seiner Unberechenbarkeit für alle Beteiligten praktisch unbrauchbar.

V. Ergebnis

Nachdem der Gesetzgeber mit der Neuregelung durch § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO eine dogmatisch nur wenig stimmige Vorschrift zur Zulässigkeit eines vom Gläubiger gestellten Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingefügt hat, muss es darum gehen, die Vorschrift praktisch handhabbar zu machen. Regelmäßig ist die Forderung des Gläu-

bigers auch Grundlage seiner Möglichkeit, den Eröffnungsgrund glaubhaft zu machen. Daher liegt es nahe, dass nach der Erfüllung der Forderung des Gläubigers während des Antragsverfahrens für die weitere Zulässigkeit des Antrags nicht nur die frühere Glaubhaftmachung der Forderung, sondern auch die frühere Glaubhaftmachung des Eröffnungsgrundes genügt. Eine neuerliche Glaubhaftmachung des Eröffnungsgrundes kann dem Gläubiger dagegen nicht abverlangt werden. Genauerer Prüfung bedarf in diesem Fall das Rechtsschutzinteresse. Bei den sog. Zwangsgläubigern Fiskus und Sozialversicherungsträgern trifft den Schuldner insoweit die Darlegungslast, dass das Rechtsverhältnis beendet ist. Dagegen führt die Auffassung, der Gläubiger müsse im Anwendungsbereich von § 14 Abs. 1 Satz 2 InsO den Eröffnungsgrund erneut glaubhaft machen, nicht nur zu erheblichen praktischen Problemen der weiteren Durchführung des Antragsverfahrens, sondern letztlich voraussichtlich dazu, dass die Neuregelung ohne wesentlichen Anwendungsbereich bleiben wird.

Das Wahlrecht des doppelt gesicherten Gläubigers in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

von Rechtsanwalt/vereidigter Buchprüfer/Fachanwalt für Insolvenzrecht/Insolvenzverwalter Dr. jur. Norbert Hill, Stuttgart*

Das Wahlrecht des doppelt gesicherten Gläubigers ist in der Literatur und in der Rechtsprechung des BGH ein gelegentlich erörtertes, in der Insolvenzpraxis aber gleichwohl ein ständig relevantes Thema. Die jüngst ergangene Entscheidung des IX. ZS des BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11¹ hat ein solches Wahlrecht abgelehnt und sich zur Begründung insbesondere auf die aus der Zeit der KO stammenden Entscheidungen v. 19.11.1984 – II ZR 84/84² und v. 14.10.1985 – II ZR 280/84³ berufen. Die diesen Entscheidungen zugrunde liegenden Interessenabwägungen und Begründungen sollen nachfolgend analysiert werden. Hierbei wird auch zu beachten sein, dass nach der InsO die Verwertung der Sicherheiten des Schuldners nicht mehr außerhalb des Insolvenzverfahrens stattfindet, sondern nach den §§ 165 ff. InsO in das Insolvenzverfahren integriert ist. Zur Lösung des Interessenwiderstreits zwischen dem Sicherungs- und Befriedigungsinteresse des absonderungsberechtigten Gläubigers einerseits und dem Quoteninteresse der nicht gesicherten Gläubiger andererseits ist nach Auffassung des Verfassers § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO im Sinne einer teleologischen Reduktion dahin gehend auszulegen, dass dem Gläubiger zunächst nur ein Sicherstellungsanspruch zusteht, solange die Sicherheiten der Gesellschaft und des Gesellschafters noch nicht verwertet sind.

I. Die maßgeblichen Entscheidungen des BGH

1. Entscheidung des BGH v. 1.12.2011 – IX ZR 11/11⁴

Dem BGH ist in der Begründung und im Ergebnis uneingeschränkt darin zuzustimmen, dass bei Verwertung einer Sicherheit der Gesellschaft auch nach Insolvenzeröffnung ein Erstattungsanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Gesellschafter nach § 143 Abs. 3 Satz 1 InsO analog besteht. Es ist aber auch festzuhalten, dass er bei einer zusammenfassenden Würdigung als Leitgedanken der gesetzlichen das MoMiG einbeziehenden Regelung das Postulat vorangestellt hat, die Gesellschaftersicherheit müsse im wirtschaftlichen Ergebnis vorrangig verwertet werden, Rn. 10.

In Rn. 13 stellt der BGH dann allerdings in einem möglichen Widerspruch zu dem Leitgedanken apodiktisch fest, dass „eine Einschränkung des Wahlrechts des doppelt gesicherten Gläubigers entsprechend § 44a InsO nach gelten-

dem Recht nicht in Betracht (komme)“. I.Ü., so der BGH, sei der Fall der Doppelsicherung im Insolvenzverfahren vielmehr nicht nur nicht besonders geregelt, sondern auch im Gesetzgebungsverfahren nicht bedacht worden, Rn. 10.

Die Frage stellt sich deshalb, ob dieser mögliche Widerspruch mit einer die gegenseitigen Interessen abwägenden Auslegung, die zugleich dem Gesichtspunkt der Transparenz Rechnung trägt, aufgelöst werden kann. Maßstab für das bei der Interessenabwägung zu beachtende Prozedere sind die gesetzlichen Vorschriften der §§ 167 ff. InsO, die bei der Verwertung von beweglichen Gegenständen und Forderungen einzuhalten sind.

* Dr. Norbert Hill ist Inhaber der Rechtsanwalts- und Insolvenzverwalterkanzlei Dr. Hill Rechtsanwälte in Stuttgart.

1 ZInsO 2012, 81.

2 ZIP 1985, 158 = JurionRS 1984, 11107.

3 ZIP 1986, 30, 31.

4 ZInsO 2012, 81.

Der BGH bezieht sich in seiner Begründung auf die als grundlegend hervorgehobene Entscheidung des BGH v. 19.11.1984 – II ZR 84/84⁵ und im Weiteren u.a. auf die Entscheidung v. 14.10.1985 – II ZR 280/84.⁶ Eine Analyse dieser Entscheidungen unter Einbeziehung der jeweiligen Sachverhalte ist somit geboten.

2. Entscheidung des BGH v. 19.11.1984 – II ZR 84/84⁷

Der Sachverhalt der Entscheidung ist geradezu typisch: Der einer Bauträgergesellschaft ausgereichte und mehrfach verlängerte Bankkredit i.H.v. mehr als 1,2 Mio. DM ist durch Grundpfandrechte an den Grundstücken der Gemeinschuldnerin i.H.v. 1,03 Mio. DM und durch Bürgschaften von zwei Gesellschaftern über je 200.000 DM abgesichert. Im Zuge des Konkursverfahrens ist der Kredit durch den Verkauf der Eigentumswohnungen bis auf 62.338,24 DM abgebaut worden. Diese Restvaluta ist durch eine Gesamtgrundschuld i.H.v. 100.000 DM an zwei zunächst nicht veräußerten Abstellräumen abgesichert. Gegen die auf Duldung der Zwangsvollstreckung in Höhe eines Teilbetrags von 30.000 DM gerichtete Klage wendet der Konkursverwalter ein, die Gemeinschuldnerin sei bei Verlängerung der Kredite bereits überschuldet und kreditunwürdig gewesen. Die Klägerin müsse deshalb nach § 32a Abs. 2 GmbHG die bürgenden Gesellschafter in Anspruch nehmen und könne erst nach einem Ausfall bei den Bürgen aus der Grundschuld vorgehen. Der BGH ist dem nicht gefolgt.

In einem ersten Begründungsschritt weist das Gericht zunächst formal darauf hin, dass § 32a Abs. 2 GmbHG den Darlehensgeber nur bei Geltendmachung seines persönlichen Anspruchs im Konkursverfahren der Gesellschaft auf die vorrangige Inanspruchnahme der von dem Gesellschafter bestellten Sicherheit verweise. Im Gesetz sei keine Regelung für den Fall getroffen, dass dem Darlehensgeber auch eine von der Gesellschaft selbst bestellte Sicherheit zur Verfügung stehe. Es erscheine dem Senat nicht gerechtfertigt, die Vorschrift dahin auszudehnen, dass der Darlehensgeber aus einer von der Gesellschaft bestellten Sicherheit, die ihn zur abgesonderten Befriedigung unabhängig vom Konkursverfahren berechtige (§§ 4, 47 ff. KO), Befriedigung nur insoweit suchen dürfe, als er bei der Inanspruchnahme der Gesellschaftersicherheit ausgefallen sei. Aus dem Gedanken, dass der Gesellschafter mit der kapitalersetzenden Leistung zur Haftung für die Gesellschaftsschulden herangezogen werden soll, folge nur, dass er, wenn der Darlehensgeber von der Gesellschaft Befriedigung erlange, nicht von jeglicher Verpflichtung frei werden könne; er sei in diesem Fall einem Erstattungsanspruch der Gesellschaft ausgesetzt. Der Drittgläubiger stehe außerhalb des Verhältnisses zwischen Gesellschaft und sicherungsgebendem Gesellschafter. Die Interessenlage rechtfertige es damit „nicht ohne Weiteres“ in die Rechtsstellung des Drittgläubigers belastend einzugreifen, auch wenn „dadurch der Zugriff auf die Gesellschaftersicherheit im Interesse der Gesamtheit der Gesellschaftsgläubiger gefördert werden würde“.

In der weiteren Begründung sieht der BGH in § 32a Abs. 2 GmbHG allerdings schon insoweit einen Eingriff in die

Rechtsstellung des Drittgläubigers, als dieser seinen persönlichen Anspruch im Konkursverfahren der Gesellschaft nur nach vorheriger Inanspruchnahme der Sicherheiten der Gesellschafter geltend machen könne. Hierbei handele es sich jedoch „um einen Eingriff von geringer Tragweite“. Der Gläubiger werde im Konkurs der Gesellschaft schon im eigenen Interesse die (einzig bestehende) vom Gesellschafter eingeräumte Sicherheit verwerten, um volle Befriedigung zu erlangen. Wesentlich anders sei dagegen die Lage, wenn dem Drittgläubiger auch Sicherheiten der Gesellschaft zur Verfügung stünden. Der BGH sieht eine „fühlbare“ Beeinträchtigung der Interessen des Gläubigers, „wenn er vorrangig die möglicherweise schwächere Gesellschaftersicherung in Anspruch nehmen und das damit verbundene Ausfall- und Kostenrisiko auf sich nehmen müsste, obwohl er aus der Gesellschaftssicherheit Befriedigung erlangen könnte“. Ein so weitgehender Eingriff in die Rechtsstellung des außerhalb der Gesellschaft stehenden Drittgläubigers könne ohne eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers nicht vorgenommen und auch nicht aus § 32a Abs. 2 GmbHG abgeleitet werden. Hinter diesem Bedenken müsste der im Schrifttum „zutreffend“ aufgezeigte Gesichtspunkt zurücktreten, dass bei Anwendung der Regelung des § 32a Abs. 2 GmbHG auf Fälle doppelt besicherter Darlehen die Inanspruchnahme des Gesellschafters bei einer Verschlechterung seiner Vermögenslage besser gewährleistet sei.

Bei einer Auswertung der Entscheidung fällt auf, dass die Beschränkung der Konkursforderung des Gläubigers auf die vorrangige Geltendmachung der einzig bestehenden Sicherheit des Gesellschafters, nach deren Verwertung erst die Ausfallforderung mit Quotenberechtigung im Konkursverfahren beansprucht werden kann, in der Tat von geringer Tragweite ist, denn während der Geltung der KO entfiel auf die (einfachen) nicht bevorrechtigten Konkursforderungen regelmäßig ohnehin keine Quote, sodass es auch gleichgültig ist, ob die Forderung in ursprünglicher Höhe oder nur die Ausfallforderung nach Verwertung der Sicherheiten in Betracht gezogen wird. Insbesondere bei Bauträgerkonkursen war es an der Tagesordnung, dass auf die nicht gesicherten letzttrangigen Konkursgläubiger der Rangklasse 6 nach § 61 Abs. 1 Nr. 6 KO keine Quotenzahlungen entfielen, da die Sicherheiten praktisch das gesamte werthaltige Anlage- und Umlaufvermögen erfassten und etwa verbleibende freie Masse durch den Umfang der bevorrechtigten Konkursforderungen nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 – 5 KO (Konkursausfallgeld, Sozialversicherungs- und Steuerforderungen) in Anspruch genommen wurde. Der Verweis auf die Gesellschaftersicherheit ist dann naheliegend, aber auch zwangsläufig. Dem Gläubiger wird demnach bei dieser Sichtweise im Grunde genommen nichts – allenfalls nur eine wertlose Quotenaussicht – genommen. Er behält zwar die nach Verwertung der Gesellschaftersicherheit verbleibende bezifferbare Ausfallforderung und den hierauf entfallenden Quotenanspruch. Dieser ist aber wie ausgeführt

5 ZIP 1985, 158 = JurionRS 1984, 11107.

6 ZIP 1986, 30, 31.

7 ZIP 1985, 158 = JurionRS 1984, 11107.

wertlos. Die Gläubiger haben deshalb den Quotenanspruch im Regelfall „abgeschrieben“, d.h. mit Null einkalkuliert und davon abgesehen, diesen nachhaltig zu verfolgen.

3. Entscheidung des BGH v. 14.10.1985 – II ZR 280/84

Die Urteilsgründe der Entscheidung des BGH v. 14.10.1985 – II ZR 280/84⁸ verdeutlichen das Problem. Die Bank war seitens der Gemeinschuldnerin durch Sicherungsübereignung und Globalabtretung sowie seitens der Gesellschafterin durch eine Bürgschaft, Grundpfandrechte und Abtretung von Ansprüchen aus einer Lebensversicherung gesichert. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens befriedigte sich die Bank aus den Sicherheiten der Gemeinschuldnerin i.H.v. 342.745,99 DM und hinsichtlich ihrer Restforderung durch die Verwertung zweier Grundstücke der Gesellschafterin. Aus dem Verkaufserlös dieser Grundstücke verblieb ein Überschuss von ca. 68.000 DM, den die Bank noch in Händen hat; sie verfügt ferner noch über Grundschulden i.H.v. nominell insgesamt 330.000 DM sowie über die Rechte aus dem Versicherungsvertrag. Die Gesellschafterin hat ihre Forderung auf Rückgabe der Sicherheiten an den Kläger abgetreten. Dieser klagte gegen den Konkursverwalter auf Feststellung, dass ihm keine Rechte an den Sicherheiten zustünden. Der Kläger obsiegte in allen Instanzen.

Für den vorliegenden Zusammenhang sind aus den Entscheidungsgründen folgende Aspekte bemerkenswert: Der Gläubiger sei zwar darauf verwiesen, die Sicherheiten des Gesellschafters vorrangig zu verwerten, da er nur für die Ausfallforderung, die nach Verwertung der Gesellschaftersicherheiten verbleibe, im Konkurs verhältnismäßige Befriedigung verlangen könne. Die Rechtslage sei aber eine andere, wenn der Drittgläubiger nicht den Rückzahlungsanspruch zur Konkurstabelle anmelde, sondern aus einer Sicherheit der Gesellschaft außerhalb des Konkursverfahrens Befriedigung suche. Diese Befriedigungsmöglichkeit habe er, ohne zuvor die Sicherheit oder die Bürgschaft des Gesellschafters in Anspruch nehmen zu müssen. Also verletze die Bank gegenüber der Gemeinschuldnerin keine Rechtspflichten, wenn sie vorrangig deren Sicherheiten verwertete. Sie sei deshalb auch nicht verpflichtet, der Gemeinschuldnerin das aus der abgesonderten Befriedigung erlangte Guthaben in Höhe der nicht verbrauchten Gesellschaftersicherheiten, also den Sicherheitenverwertungsüberschuss, herauszugeben oder stattdessen wenigstens diese Sicherheiten zu übertragen. Im Weiteren lehnt der BGH einen Anspruch des Gemeinschuldners gegen den Drittgläubiger und Sicherungsnehmer auf Übertragung der Sicherungsrechte nach §§ 401, 412 BGB ab. Der Erstattungsanspruch der Gemeinschuldnerin gegen die Gesellschafterin sei nicht von dem Drittgläubiger auf die Gemeinschuldnerin übergegangen, sondern bei dieser entsprechend §§ 31 und 32b GmbHG entstanden, als die Drittgläubigerin sich aus den Sicherheiten der Gemeinschuldnerin befriedigte und damit das kapitaleretzende Darlehen durch Freiwerden der Sicherheiten der Gesellschafterin mittelbar auch an diese zurückfloss. Zwei Auswege deutet der BGH an: Im Sicherungsvertrag zwischen Drittgläubiger und Gesellschafter könne vereinbart

sein, dass die Gesellschaft sich die spätere Gemeinschuldnerin zur Sicherung ihres Erstattungsanspruchs gegen den Gesellschafter von dem Drittgläubiger die Abtretung der frei gewordenen Sicherheiten soll verlangen dürfen. Als Alternative wird angedeutet die rechtliche Möglichkeit einer Vereinbarung der Gesellschafterin mit der Gesellschaft in dem Vertrag, in dem sie es übernahm, das Darlehen gegenüber der Bank abzusichern, „auf ihre im Falle der Darlehensrückzahlung durch die GmbH freiwerdenden Sicherheiten dadurch zu verzichten, dass sie jener den künftigen Anspruch auf Rückgabe der Sicherheiten abtrat“.

Der BGH räumt schließlich in bemerkenswerter Offenheit ein, dass der Gesetzeszweck der §§ 30, 31 und 32a, 32b GmbHG, das haftende Kapital der Gesellschaft im Interesse der Gläubiger zu erhalten, sicherer erreicht würde, wenn der Drittgläubiger, nachdem die Gesellschaft ihn befriedigt hat, dieser die frei gewordenen Sicherheiten des Gesellschafters zu übertragen hätte, damit sie nunmehr den Erstattungsanspruch sichern, den die Gesellschaft mit Rückzahlung des Darlehens gegen den Gesellschafter erlangt hat. Der Gesetzgeber habe diesen Fall in § 32b GmbHG ausdrücklich geregelt. Danach erlange die Gesellschaft, wenn sie das Darlehen im letzten Jahr vor der Konkurseröffnung zurückgezahlt habe, nur einen Erstattungsanspruch gegen ihren Gesellschafter, nicht aber ohne Weiteres einen Anspruch auf die Gegenstände, die dem Gläubiger als Sicherheit gedient haben. Der Gesellschafter sei nur berechtigt, nicht verpflichtet, der Gesellschaft diese Gegenstände zur Verfügung zu stellen und sich damit von der Erstattungsverpflichtung zu befreien.

4. Unbehagen des BGH gegenüber den Interessen der nicht gesicherten Gläubiger

Auch bei vorsichtiger Auswertung der beiden Entscheidungen des für das Gesellschaftsrecht zuständigen II. ZS kann doch gesagt werden, dass in ihnen ein nicht zu übersehendes Unbehagen bei der Frage zum Ausdruck kommt, ob denn die Interessen der nicht gesicherten Gläubiger auch hinreichend geschützt sind. Immerhin wird in der ersten Entscheidung eingeräumt, dass bei Anwendung der Regelung des § 32a Abs. 2 GmbHG auf Fälle doppelt besicherter Darlehen die Inanspruchnahme des Gesellschafters bei einer Verschlechterung seiner Vermögenslage besser gewährleistet sei. In der Sorge um die Interessen des gesicherten Drittgläubigers wird sogar die zwangsläufige Verweisung des Gläubigers auf die allein bestehende Sicherheit des Gesellschafters gegenüber der Konkurstabellenforderung als „Eingriff“ wenn auch „von geringer Tragweite“ gedeutet. Das „zutreffend“ ins Feld geführte Gläubigerinteresse müsse eben zurücktreten.

In der zweiten Entscheidung wird das Unbehagen schon deutlicher, ja sogar mit bemerkenswerter Offenheit ausgesprochen. Als denkbarer Ausweg wird auf eine rechtlich mögliche Vereinbarung entweder zwischen dem Drittgläubiger und dem Gesellschafter oder zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft, dem späteren Gemeinschuldner,

⁸ ZIP 1986, 30, 31.

verwiesen. Mit einer derartigen Vereinbarung soll eben ein Anspruch der Gesellschaft/des Gemeinschuldners gegen den Drittgläubiger oder gegen den Gesellschafter auf Abtretung frei werdender Sicherheiten begründet werden. Dass dieser Ausweg nur theoretischer Natur ohne praktischen Wert ist, bedarf keiner näheren Begründung. Solche Vereinbarungen gibt es in der Praxis nicht oder allenfalls höchst selten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Interessen der nicht gesicherten Gläubiger nach dieser Rechtsprechung als nachrangig eingeordnet werden. In den Entscheidungen wird dies anerkannt, aber als eine nach Gesetzeslage hinzunehmende gesetzliche Wertung betrachtet. Das gleichwohl bestehende Unbehagen äußert sich in dem Hinweis auf praxisferne vertragliche Gestaltungsmöglichkeiten. Man könnte freilich die Frage aufwerfen, ob der Konkursverwalter im zweiten Fall möglicherweise ungeschickt operiert hat. Hätte er nicht eine Zahlungsklage gegen die Gesellschafterin erheben sollen, anstatt sich in Erwartung der Anwendbarkeit der §§ 401, 412 BGB auf die Abweisung der negativen Feststellungsklage zu verlassen? Aber auch der Nutzen einer (späteren) Zahlungsklage und ein Titel wären zweifelhaft gewesen; die Gesellschafterin (Schuldnerin) hatte ausreichend Zeit, ihre durch die Absonderungszahlungen der Masse frei gewordenen Sicherheiten zu veräußern oder anderweitig zu valutieren.

II. Sicherheitenverwertung im Kontext der InsO

1. Verwertung der Sicherheiten der Gesellschaft nach InsO

Die Verwertung der Sicherheiten des Schuldners findet rechtlich nicht mehr außerhalb des Insolvenzverfahrens statt, sondern ist, wie den §§ 165 ff. InsO zu entnehmen ist, mit detaillierten Bestimmungen über das einzuhaltende Prozedere in das Insolvenzverfahren integriert.

Bei beweglichen Gegenständen und Forderungen ist der Insolvenzverwalter zur Verwertung berechtigt und zur Auskehrung des Erlöses verpflichtet. Es bestehen gesetzliche Verpflichtungen zur Mitteilung und Unterrichtung des Gläubigers über den Zustand der Sache und bei Forderungen zur Gewährung von Einsicht in Bücher und Geschäftspapiere, § 167 InsO. Der Insolvenzverwalter hat dem Gläubiger Mitteilung der Veräußerungsabsicht nach § 168 InsO zu machen; vor Veräußerung hat der Insolvenzverwalter dem Gläubiger mitzuteilen, „auf welche Weise der Gegenstand veräußert werden soll“. Dem Gläubiger ist Gelegenheit für den Nachweis einer günstigeren Verwertung zu geben. Bei rechtzeitigem Hinweis hat der Insolvenzverwalter die aufgezeigte Verwertungsmöglichkeit wahrzunehmen oder dem Gläubiger den Mindererlös aus der Masse oder ggf. nach § 60 InsO persönlich zu erstatten. Gegen eine Verzögerung der Verwertung wird der Gläubiger durch § 169 InsO geschützt. Nach der Verwertung hat der Insolvenzverwalter den nach Abzug der Feststellungs- und Verwertungskosten und ggf. der USt verbleibenden Betrag nach § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO „unverzüglich“ an

den Gläubiger zu bezahlen. Der Insolvenzverwalter hat hierbei sowohl die Interessen der nicht gesicherten Gläubiger, i.E. deren Interesse an einer möglichst hohen freien Masse, als auch die Interessen des absonderungsberechtigten Gläubigers zu wahren. Die bi- oder multipolare Konfliktlage ist demnach durch sachadäquate Verfahrensvorschriften geregelt, deren Beachtung erwarten lassen, dass der Abstimmungsprozess zu einem Ergebnis gelangt, welches die gegenseitigen Interessen bestmöglich berücksichtigt. Der Insolvenzverwalter ist demnach im Interesse des absonderungsberechtigten Gläubigers zu vollständiger Transparenz verpflichtet.

Bei Grundstücken ist der Insolvenzverwalter zwar ebenfalls Verfügungsbefugt, er braucht aber für eine lastenfreie Veräußerung den Gläubiger in seiner Eigenschaft als Grundpfandgläubiger. Auch hier sind Kommunikation, Koordination und Kooperation sowie vertrauensbildende Transparenz unter den Beteiligten angezeigt. Aufgrund ihrer wechselseitigen Abhängigkeit gelten auch hier jedenfalls sinngemäß die §§ 167 ff. InsO ganz zwangsläufig, soll die Verwertung nicht in einer schlichten und für das Ergebnis negativen Versteigerung enden.

Die für die abschließende Forderungsprüfung erforderliche Ausfallberechnung erweist sich bei dieser Sachlage als unproblematisch. Die erforderlichen Daten und Informationen liegen vor, sodass die Ausfallforderung mit hinreichender Sicherheit ermittelt werden kann.

2. Verwertung der Sicherheiten oder Bürgschaften des Gesellschafters nach InsO

Nach § 44a InsO kann in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft ein Gläubiger nach Maßgabe des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO für eine Forderung auf Rückgewähr eines Darlehens oder für eine gleichgestellte Forderung, für die ein Gesellschafter eine Sicherheit bestellt oder für die er sich verbürgt hat, nur anteilmäßige Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit er bei der Inanspruchnahme der Sicherheit oder des Bürgen ausgefallen ist. Nach § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO werden als nachrangige Insolvenzforderungen nach Maßgabe der Abs. 4 und 5 Forderungen auf Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens oder Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem solchen Darlehen wirtschaftlich entsprechen, berichtigt. Der Insolvenzverwalter ist somit nicht aktivlegitimiert. Inhaber der Sicherungsrechte und der Bürgschaftsforderungen ist der Gläubiger. Der Insolvenzverwalter hat zu warten, bis der Gläubiger verwertet hat und hierüber im Rahmen des Ausfallnachweises Rechnung legt.

Es fragt sich, ob der Insolvenzverwalter die Modalitäten der Sicherheitenverwertung des Gläubigers – zu schnell, zu langsam, zu teuer, zu billig – kontrollieren oder gar auf sie Einfluss nehmen kann. Hat er einen Auskunftsanspruch während der Verwertung? Der Gläubiger könnte sich Zeit lassen, solange der Wert der Sicherheiten auch noch die laufenden Zinsen deckt; es könnte auch die Rechtsauffassung vertreten werden, dass der Insolvenzverwalter Auskunftsan-

sprüche erst nach durchgeführter Verwertung bei Überprüfung der Ausfallberechnung des Gläubigers geltend machen könne. An eine weitere Sachverhaltsvariante ist zu denken: Kann der Insolvenzverwalter früher als der Gläubiger die Sicherheitenverwertung abschließen und ist ansonsten das Verfahren abschlussreif, ist der bei der Ausschüttung auf die Forderung des betreffenden Gläubigers entfallende Quotenbetrag, bezogen auf den ursprünglichen Forderungsbetrag, einzubehalten, der dann, wenn der Gläubiger schließlich auch die Verwertung abgeschlossen und Abrechnung über den Ausfall erteilt hat, im Wege der Nachtragsverteilung nach Jahr und Tag möglicherweise in Kleinbeträgen an die Gläubiger zu verteilen ist, und zwar zu deren Ärger, denn sie haben die alten Akten zu ziehen und müssen aus umsatz- und ertragsteuerlichen Gründen den Vorgang selbstverständlich auch noch verbuchen.

Der Insolvenzverwalter kann indessen auf die Sicherheitenverwertung durch den Gläubiger schon einen gewissen rechtlich verifizierbaren Einfluss geltend machen. Zu bedenken ist hierbei zunächst, dass in der Sicherungsvereinbarung des Kredit- oder Darlehensvertrags des Schuldners mit dem Gläubiger nicht nur die Sicherheiten des Schuldners, sondern selbstverständlich auch die Sicherheiten des Gesellschafters aufgelistet sind. Es handelt sich um einen Sicherheitenverbund. Dem Gläubiger sind demnach die Zusammenhänge bekannt. Die Verwertung der Gesellschaftersicherheiten ist zudem eine wesentliche Voraussetzung für die Ermittlung der Ausfallforderung und des daraus folgenden Quotenanspruchs. Sie findet demnach nicht außerhalb des Insolvenzverfahrens statt, sondern ist vielmehr insoweit ganz deutlich in das Insolvenzverfahren integriert. Aus diesen Gründen wird man daher auch den Gläubiger in Analogie zu den §§ 167 ff. InsO für verpflichtet anzusehen haben, den Insolvenzverwalter über die wesentlichen Abschnitte der laufenden Verwertung einzubinden, denn der Gläubiger nimmt hierbei zwangsläufig auch die Interessen der vom Insolvenzverwalter vertretenen nicht gesicherten Insolvenzgläubiger wahr. Die Verpflichtungen des Insolvenzverwalters nach den §§ 167 ff. InsO zur Wahrung der Interessen des absonderungsberechtigten Gläubigers gelten in analoger Weise auch für den Gläubiger, wenn er die Gesellschaftersicherheiten verwertet, weil er hierbei auch die Interessen der nicht gesicherten Gläubiger zu berücksichtigen hat.

3. Interessenlage

Der Insolvenzverwalter ist kraft der ihm gesetzlich zugewiesenen Verfügungs- und Verwertungsbefugnis zu einer zügigen bestmöglichen Verwertung der beweglichen Gegenstände und Forderungen in Abstimmung mit den absonderungsberechtigten Gläubigern nach den §§ 167 ff. InsO verpflichtet. Bei Grundstücken sorgt die gegenseitige Abhängigkeit für ein koordiniertes und transparentes Verfahren, das zu einem für die Beteiligten akzeptablen Ergebnis führt. Die Ermittlung der Ausfallforderung und die Quotenberechtigung des Gläubigers ist soweit kein Problem.

Auch der Gläubiger wird die Sicherheiten des Gesellschafters bestmöglich verwerten. Allerdings kann er bei Zusammenrechnung der Sicherheiten des Schuldners und des Gesellschafters Sicherheitsreserven prognostizieren und bei der Verwertung der Sachsicherheiten im Hinblick auf die weiter laufenden Zinsen bedächtiger oder auch langsamer als üblich vorgehen. Bei der Durchsetzung von Bürgschaften kann er bei ausreichenden Schuldnersicherheiten Nachsicht üben. Dies kann – zulasten der nicht gesicherten Insolvenzgläubiger – geschehen, ohne dass der Insolvenzverwalter mit einem effektiven Rechtsbehelf die Abläufe rechtzeitig kontrollieren oder gar in diese eingreifen könnte. Die Auskunft über die Verwertungsabläufe, die erst bei Rechnungslegung im Zuge der Ausfallberechnung erfolgt, erschöpft sich üblicherweise in der Mitteilung der Verwertungsergebnisse.

4. Problembereiche

Ergeben sich bei einer Addition der Sicherheiten des Schuldners mit den Sicherheiten des Gesellschafters Übererlöse und sind etwa Sicherheiten an den Gesellschafter wieder freizugeben, stehen diese Werte wirtschaftlich der Masse zu, wenn und soweit der Insolvenzverwalter den bei der Verwertung der Sicherheiten des Schuldners erzielten Erlös an den Gläubiger ausgezahlt hat. Er wird aber, wie die zitierten Entscheidungen der Jahre 1984 und 1985 zeigen und wie man sich auch unschwer vorstellen kann, regelmäßig zu spät kommen. Die frei gegebenen Vermögensgegenstände oder zurückerhaltenden Guthaben sind zwischenzeitlich verbraucht oder anderweitig valutiert. Ein Freistellungsanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Gesellschafter gerichtet auf Zahlung an den Gläubiger könnte dem entgegenwirken. Dies wiederum setzt voraus, dass ein solcher Anspruch von der Rechtsprechung analog zum Erstattungsanspruch nach § 143 Abs. 3 Satz 1 InsO bei Verwertung nach Insolvenzeröffnung bestätigt wird. Erforderlich ist ferner, dass der Insolvenzverwalter im Besitz der notwendigen Informationen und Beweise ist oder er sich jedenfalls diese in einem rechtsförmigen Verfahren beschaffen kann. Beträchtliche Imponderabilien und Risiken verbleiben freilich.

III. Lösung des Interessenwiderstreits zwischen gesicherten und nicht gesicherten Insolvenzgläubigern

1. Vorschlag

Zur Vermeidung der geschilderten Risiken und zur Verwirklichung des Leitgedankens des BGH, dass die Gesellschaftersicherheit im wirtschaftlichen Ergebnis vorrangig zu verwerten sei, kann nach den vorstehenden Ausführungen ein Vorschlag, der die aufgezeigten Problembereiche abgewogen löst, wie folgt skizziert werden: Der Insolvenzverwalter sichert „seinen“ Absonderungserlös zugunsten der Masse und des Absonderungsgläubigers durch Übertragung auf ein Sonderkonto. Auch der Gläubiger legt die Erlöse aus „seinen“ Sicherheiten gesondert an. Nach bei-

derseitigem Abschluss der Verwertungen ist abzurechnen: Decken beide Erlöse die Forderung des Gläubigers nicht, gibt der Insolvenzverwalter „seinen“ Erlös an den Gläubiger frei, die Erlöse des Gläubigers werden für diesen frei. Die Ausfallforderung ist unschwer zu ermitteln. Der Insolvenzverwalter hat noch zu prüfen, ob ein Regressanspruch gegen den Gesellschafter dadurch entstanden ist, dass er „seinen“ Sicherheitenlös an den Gläubiger ausgekehrt hat. Dies ist der Fall, soweit dadurch das Haftungsblied des Gesellschafters gegenüber dem Gläubiger verringert worden ist. Da ein gesetzlicher Anspruchsübergang und damit zugleich ein Übergang der frei gewordenen Sicherheiten nach herrschender Rechtsauffassung nicht stattfindet, hat der Insolvenzverwalter gegen den Gesellschafter eine Regressklage in Höhe der Obligominderung zu erwägen. Die Realisierungschancen eines insoweit titulierten Anspruchs sind freilich im Blick auf Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Gesellschafters im Einzelfall schon im Vorfeld abzuschätzen, um der Masse nach Möglichkeit unnütze Prozesskosten zu ersparen.

Übersteigen die Erlöse, die der Insolvenzverwalter und der Gläubiger aus ihren jeweiligen Sicherheiten erzielen, die Forderung, steht der Mehrerlös der Masse zu. Diesen Mehrerlös kann der Insolvenzverwalter dem Sonderkonto entnehmen und auf das Massekonto übertragen. Den verbleibenden Erlösanteil gibt er zugunsten des Gläubigers zur Vollabdeckung seiner Forderung frei. Die Forderung des Gläubigers ist mit den Verwertungserlösen aus den Sicherheiten des Gesellschafters und denen des Schuldners voll abgedeckt. Die etwa vorläufig bestrittene Forderungsanmeldung kann nunmehr zur Klarstellung bestritten werden. War auf den Ausfall anerkannt worden, steht für die Schlussverteilung unschwer fest, dass dem befriedigten Gläubiger keine Quote mehr zusteht.

2. Vereinbarkeit des Vorschlags mit § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO

Der Frage stellt sich nunmehr, ob der Vorschlag auch der lege lata Ergebnis einer interessengerechten und systematischen Auslegung der Bestimmung des § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO sein kann, die immerhin kategorisch formuliert: „Aus dem verbleibenden Betrag ist unverzüglich der absonderungsberechtigte Gläubiger zu befriedigen“. Der Anspruch auf „Befriedigung“ mag bisher gewohnheitsmäßig als Zahlungsanspruch, der auf vorbehaltlose Erfüllung gerichtet ist, gedeutet worden sein. Zwingend ist dies jedoch nicht, gerade wenn der vom BGH hervorgehobene gesetzliche Leitgedanke der vorrangigen Verwertung der Gesellschaftersicherheit, der aus den Bestimmungen der §§ 44a, 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO abzuleiten ist, Beachtung verlangt. Auch in anderen Rechtsgebieten ist die Unterscheidung von Sicherstellungs- und Erfüllungsanspruch geläufig. Systematische Gründe sprechen im vorliegenden Zusammenhang somit dafür, dass der Anspruch auf „Befriedigung“ sowohl den Sicherstellungs- als auch den Erfüllungs- bzw. Auszahlungsanspruch beinhaltet. Im Einzelfall ist dann im Wege einer Interessenabwägung am

Leitfaden des Gesetzes gem. den §§ 167 ff. InsO zu klären, ob der in jedem Fall bestehende Sicherstellungsanspruch sogleich zu einem Auszahlungsanspruch erstarkt ist oder zunächst nur als solcher solange besteht, bis die Sachlage geklärt und ein bezifferbarer Auszahlungsanspruch entstanden ist.

Es ist daher eine teleologische Reduktion des § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO dahin angezeigt, dass dem Gläubiger nur ein Sicherstellungsanspruch zusteht, solange die Verwertung beiderseits noch nicht abgeschlossen ist und ein Sicherheitenüberschuss absehbar ist. Ein Auszahlungsanspruch ist erst nach Verwertung und Rechnungslegung über die Erlöse gegeben. Soweit ein Sicherheitenüberschuss schon vorher abzuschätzen ist, kommt auch zur Vermeidung eines weiteren Zinslaufs eine Teilzahlung auf den Auszahlungsanspruch in Betracht, ggf. auch eine Auszahlung mit (vereinbartem) Rückforderungs- und Abrechnungsvorbehalt. Der Vorteil dieser Vorgehensweise besteht in der Transparenz für die Abrechnung. Das Interesse an einer zeitnahen Abwicklung wird angeregt. Komplizierte fehleranfällige Abschlags-, Schluss- und Nachtragsverteilungen mit Kleinbeträgen werden vermieden. Der Vorrang der Gesellschaftersicherheiten wird realisiert.

Diese Auslegung ist interessengerecht: Das legitime Sicherungsinteresse des Gläubigers wird gewahrt; ihm wird lediglich angesonnen, im Interesse der nicht gesicherten Gläubiger die Vereinnahmung der vom Insolvenzverwalter erzielten Verwertungserlöse solange zurückzustellen, bis auch er – der Gläubiger – die ihm zustehenden Sicherheiten verwertet hat und damit eine klare Abrechnungsgrundlage für die Ausfallberechnung gegeben ist. Das Wahlrecht des Gläubigers bleibt im Kern bestehen; seine Ausübung wird lediglich an den gesetzlichen Leitgedanken gebunden.

IV. Fazit

Die vorgeschlagene teleologische Reduktion des § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO dürfte der Entscheidung des BGH nur bei vordergründiger Auslegung der Urteilsgründe entgegenstehen. Es ist auch anzunehmen, dass es sich bei der maßgeblichen Passage in den Entscheidungsgründen sachlich um ein obiter dictum handelt, da mit der analogen Anwendung des § 143 Abs. 3 InsO die Einräumung eines Wahlrechts nicht zwingend geboten ist. Auch verfassungsrechtliche Rechtspositionen aus Eigentum stehen der vorgeschlagenen Auslegung nicht entgegen, da sie lediglich eine gesetzlich zulässige Inhaltsbestimmung enthält und außerdem prinzipiell gleichrangige eigentumsähnliche Rechtspositionen der nicht gesicherten Gläubiger gegenüberstehen.

Es ist deshalb zu hoffen, dass der BGH im Interesse der nicht gesicherten Gläubiger den Anspruch auf „Befriedigung“ nach § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO bei nächster Gelegenheit in der vorgeschlagenen Weise konkretisiert und insoweit „nachbessert“.