

NZI

Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung

Das gesamte Verfahren der Unternehmens- und Verbraucherinsolvenz

In Zusammenarbeit
mit der NJW
herausgegeben von

VorsRiLAG Dr. W. Berkowsky
RA/WP Dr. E. Braun
Prof. Dr. G. Crezelius
VorsRiBGH Dr. G. Fischer
RiBGH Dr. H. G. Ganter
Prof. Dr. Dr. h. c. P. Gottwald
Prof. Dr. U. Haas
Dipl.-Rpfl. Prof. U. Keller
RA Dr. R. Leithaus
RA Prof. Dr. H.-J. Lwowski
RA Dr. J. Nerlich
VorsRiLG I. Pape
RiOLG W. Sternal
Prof. Dr. R. Stürmer
Prof. Dr. W. Uhlenbruck
RiAG Prof. Dr. H. Vallender
RA Dr. J. Wellensiek
Syndikus A. Wittig

Aus dem Inhalt

W. Uhlenbruck, Kosten gesellschaftsrechtlicher Pflichten und Sanierungsmaßnahmen in der Insolvenz **313**

U. Keller, Die Gewährung von Unterhalt im Insolvenzverfahren, in Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung **316**

T. Wazlawik, Die gläubigerbenachteiligende Abtretung der Miet-/Pachtzinsforderungen an den Grundpfandgläubiger **320**

J. de Weerth, Umsatzsteuer bei der so genannten „kalten Zwangsverwaltung“ **329**

BGH: Anspruch des Vermieters auf Nutzungsentschädigung als Masseverbindlichkeit bei fehlendem Erfüllungsverlangen **335**

BGH: Herausgabe des vom vorläufigen Verwalter eingezogenen Erlöses sicherungshalber abgetretener Forderungen bei Entziehung der schuldnerischen Einziehungsbefugnis (mit Anmerkung **Gundlach/Frenzel**) **338**

OLG München: Lastschriftverfahren im Einziehungsermächtigungsverfahren und Insolvenz **351**

AG Duisburg: Unzulässigkeit des Insolvenzeröffnungsantrags einer Kapitalgesellschaft wegen Vortäuschung der Vermögenslosigkeit – Firmenbestattung (mit Anmerkung **Schmittmann**) **354**

Im **Aktuellteil**:
Gastkommentar von *Farr*
zur Haftung für Umsatzsteuer
im Insolvenzantragsverfahren

Seiten 313–368 · Juni 2007

Verlag C. H. Beck München und Frankfurt a. M.

6/2007

(2100 Euro abzüglich 700 Euro, abzüglich 215,01 Euro, hiervon die Hälfte bei einer gleichrangigen Unterhaltsverpflichtung nach § 850 d II lit. a ZPO).

Wie der Insolvenzverwalter im eröffneten Insolvenzverfahren kann auch der Treuhänder in der Restschuldbefreiung eine Änderung, insbesondere eine Erhöhung des abgetretenen Betrags beispielsweise in Anwendung des § 850 c IV ZPO erwirken, über § 292 I 3 InsO gelten die Absätze I, II und IV des § 36 InsO entsprechend.

5. Unterhaltsansprüche als von der Restschuldbefreiung ausgenommene Forderungen

Die Restschuldbefreiung erfasst nach § 301 I InsO Insolvenzforderungen des vorangegangenen Insolvenzverfahrens, gleichgültig, ob der Gläubiger seine Forderung zur Insolvenztabelle angemeldet hatte oder nicht. Von der Restschuldbefreiung sind jedoch die in § 302 InsO genannten Forderungen ausgenommen.

Für Unterhaltsforderungen kann eine Anwendung des § 302 Nr. 1 InsO in Betracht kommen, wenn der Schuldner sich in strafbarer Weise der Unterhaltspflicht entzogen hat. Als Anspruchsgrundlage der Unterhaltsforderungen gilt dann § 823 II BGB i. V. mit § 170 StGB²⁹. Der Unterhaltsgläubiger hat dies in seiner Forderungsanmeldung nach § 174 II InsO ausdrücklich anzugeben und die Tatsachen glaubhaft zu machen, aus welchen sich die Deliktseigenschaft seiner Forderung herleitet. Die Feststellung der Forderung zur Insolvenztabelle umfasst dann auch die Anspruchsgrundlage aus § 823 II BGB i. V. mit § 170 StGB, mithin die Feststellung der Forderung als so genannte Deliktsforderung³⁰.

Es ist allein Sache des Schuldners, dieser Forderungsanmeldung im allgemeinen Prüfungstermin zu widersprechen, er wird vom Insolvenzgericht diesbezüglich ausdrücklich belehrt (§ 175 II InsO)³¹. Erhebt der Schuldner Widerspruch, kann der Gläubiger gegen ihn die Feststellung der Forderung aus vorsätzlich begangener unerlaubter Handlung im Klageweg betreiben (§§ 179 und 184 InsO). Nur wenn die Forderung als Deliktsforderung in der Insolvenztabelle festgestellt ist, bleibt sie von der Restschuldbefreiung nicht betroffen. In der Rechtspraxis ist vielfach zu beobachten, dass Gläubiger ihre Forderungen als Deliktsforderungen anmelden – Unterhaltsgläubiger unter Hinweis auf § 170 StGB oder Sozialversicherungsträger unter Hinweis auf § 266 a StGB –, ohne dass konkret ein solcher Fall vorliegt und ohne dass eine ausreichende Glaubhaftmachung i. S. des § 174 II InsO erfolgt. Es wird darauf spekuliert, dass der Schuldner gegen die Forderung und ihre Feststellung als Deliktsforderung keinen Widerspruch erhebt, insbesondere im allgemeinen Prüfungstermin nicht erscheint. Tut der Schuldner dies gleichwohl, wozu ihn nur geraten werden kann, liegt im Feststellungsprozess die Beweislast beim Gläubiger.

III. Zusammenfassung

Die Unterhaltsgewährung an den Schuldner aus der Insolvenzmasse hat weniger in der Verbraucherinsolvenz als vielmehr in der Regelinsolvenz praktische Bedeutung. Die Gläubigerverammlung hat nach § 100 InsO über eine Unterhaltsgewährung zu beschließen. Sie sollte sich dabei weniger von persönlicher Emotion als von dem Nutzen leiten lassen, den beispielsweise auch eine Mitarbeit des Schuldners im Unternehmen oder im Insolvenzverfahren bringen kann. Es ist zudem nicht im Sinn eines Insolvenzverfahrens, den Schuldner und seine Familie zum Sozialfall werden zu lassen.

Unterhaltsansprüche aus der Zeit nach Insolvenzeröffnung genießen darüber hinaus ihr Vorrecht bei Vollstreckung in das Arbeitseinkommen nach § 850 d ZPO, das auch für die Zeit während des Restschuldbefreiungsverfahrens gilt. Als von der Erteilung der Restschuldbefreiung ausgenommene Forderungen nach § 302 Nr. 1 InsO sind sie als Deliktsforderung ausdrücklich anzumelden und zur Insolvenztabelle festzustellen.

29) BGH, NJW 1974, 1868; Palandt/Sprau, BGB, 66. Aufl. (2007), § 823 Rdnr. 69.

30) Dazu Keller, InsolvenzR, 2006, Rdnr. 736.

31) Frege/Keller/Riedel (o. Fußn. 7), Rdnr. 1561.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Wazlawik, LL. M.
(St. Louis University), Passau

Die gläubigerbenachteiligende Abtretung der Miet-/Pachtzinsforderungen an den Grundpfandgläubiger*

Die (Sicherungs-)Abtretung der Miet-/Pachtzinsforderungen des Grundstückseigentümers an dessen Hausbank und Grundpfandgläubiger gehört zu den Standards in den Geschäftsbeziehungen zwischen den Banken und ihren Kreditnehmern. Die Behandlung dieser Sicherheit in der Insolvenz des Grundstückseigentümers wurde bislang jedoch kaum diskutiert. Der BGH hat hierzu erstmalig grundsätzliche Aussagen getroffen, mit denen sich der nachfolgende Beitrag kritisch auseinandersetzt.

I. Einleitung

In seinem Urteil vom 9. 11. 2006 hat der IX. Zivilsenat des BGH zu einer Rechtsfrage Ausführungen gemacht, die trotz ihrer hohen Praxisrelevanz in der bundesrepublikanischen Rechtsprechung bisher, soweit ersichtlich, nicht gestellt wurde. In Übereinstimmung mit alten Entscheidungen postuliert der BGH, dass Verfügungen des Grundstückseigentümers über mithaftende Mietzinsforderungen zu Gunsten des Grundpfandgläubigers grundsätzlich nicht gläubigerbenachteiligend seien, da eine solche Maßnahme lediglich bewirke, dass die ohnehin bestehende gesetzliche Haftungsreihenfolge aufrechterhalten werde. Dieser Auffassung ist jedoch in Übereinstimmung mit Howe¹ und gegen Bräuer² entschieden zu widersprechen.

II. Das Urteil vom 9. 11. 2006

1. Sachverhalt

Der Entscheidung des BGH lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Rechtsvorgängerin der verklagten Bank hatte dem nunmehr verstorbenen Kreditnehmer ein Darlehen zum Erwerb eines Grundstücks gewährt. Der Rückzahlungsanspruch der Bank wurde sowohl durch eine auf dem Kaufgrundstück lastende Grundschuld als auch durch eine Abtretung sämtlicher zukünftiger Ansprüche des Darlehensnehmers und Grundstückskäufers aus der Vermietung dieses Grundstücks abgesichert. Nach dem Tod des Kreditnehmers wurde am 2. 11. 2001 ein Insolvenzverfahren über dessen Nachlass eröffnet. Am 9. 4. 2002 ordnete das zuständige AG – Vollstreckungsgericht – auf Antrag der Beklagten die Zwangsverwaltung des Grundstücks an. Im Zeitraum vom 1. 5. 2001 bis zum 8. 4. 2002 waren auf dem bei der Beklagten eingerichteten Konto der Erben des Kreditnehmers die aus der Vermietung des Kaufgrundstücks resultierenden Mietzinsen eingegangen, die die Beklagte in Höhe von 70 570,29 Euro mit ihren Darlehensforderungen gegenüber dem Verstorbenen verrechnete. Der (Nachlass-)Insolvenzverwalter verklagte die Bank daraufhin unter dem Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung auf Auszahlung des genannten Betrags. Während das LG die Klage vollumfänglich abgewiesen hat, hat das OLG³ die Bank (lediglich) zur Zahlung der Mietzinsen für den Zeitraum Dezember 2001 bis April 2002 verurteilt. Hiergegen wandten sich sowohl der Insolvenzverwalter mit seiner Revision als auch die Bank mit ihrer Anschlussrevision.

* Zugleich Besprechung von BGH, Urt. v. 9. 11. 2006 – IX ZR 133/05, NZI 2007, 98. – Der Autor ist Rechtsanwalt und Partner der Sozietät Kübler. Vgl. zur Umsatzsteuer bei der „kalten Zwangsverwaltung“ de Weerth, NZI 2007, 329 (in diesem Heft).

1) ZVI 2004, 708.

2) ZInsO 2006, 742.

3) NZM 2006, 396 = ZIP 2006, 433.

2. Entscheidungsgründe

Der BGH hat beide Revisionen zurückgewiesen. Die Zurückweisung der hier zunächst weniger interessierenden Anschlussrevision der verklagten Bank war nach der Grundsatzentscheidung des BGH vom 13. 7. 2006⁴ nur folgerichtig; Ab Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens konnte die Bank und Grundpfandgläubigerin nur noch mittels einer Zwangsverwaltung (oder einer Vereinbarung mit dem Insolvenzverwalter über eine so genannte „kalte Zwangsverwaltung“) den Insolvenzbeschlagnahme der Mietzinsforderungen überwinden, weshalb das Berufungsgericht dem Insolvenzverwalter zu Recht auch die in der Zeit von Verfahrenseröffnung bis Anordnung der Zwangsverwaltung vereinnahmten Mietzinsen zugesprochen hat.

Von Bedeutung waren vorliegend dagegen die Ausführungen zur Revision des Verwalters. Unter Berufung auf *Bräuer*⁵ sowie seinen Beschluss vom 13. 7. 2006⁶ bejahte der BGH das Entstehen eines Absonderungsrechts des Grundpfandgläubigers an den Mietzinsforderungen nicht erst mit Herbeiführung der Beschlagnahme, sondern bereits vorher mit Begründung des Grundpfandrechts⁷. Auf Grund dessen hätten Verfügungen des Grundstückseigentümers über mithaftende Miet- oder Pachtzinsforderungen zu Gunsten des Grundpfandgläubigers grundsätzlich keine gläubigerbenachteiligende Wirkung⁸.

III. Stellungnahme

1. Gläubigerbenachteiligung

Die Benachteiligung der Insolvenzgläubiger muss bei allen Anfechtungstatbeständen Folge der angefochtenen Rechtshandlung gewesen sein; ohne eine solche Benachteiligung kann der Insolvenzverwalter nichts vom Anfechtungsgegner verlangen. Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn die Befriedigungsmöglichkeiten der (nicht gesicherten) Insolvenzgläubiger „(o)hne die angefochtene Veräußerung, Weggabe oder Aufgabe von Werten aus dem Schuldnervermögen“ günstiger gewesen wären⁹, wenn „(d)er Gegenstand der Anfechtung ... ohne die angefochtene Rechtshandlung zum haftenden Vermögen des Insolvenzschuldners gehört, also dem Zugriff der Gläubiger offengestanden“ hätte¹⁰. Demgemäß ist eine Gläubigerbenachteiligung zu verneinen, wenn der spätere Insolvenzschuldner dem späteren Anfechtungsgegner etwas gewährt, was dieser ohnehin vor den anderen Gläubigern beanspruchen konnte und was auch der Insolvenzverwalter aus der Masse hätte leisten müssen. Beispiel hierfür ist unter anderem die Hin- bzw. Übergabe des mit einem – seinerseits unanfechtbaren – Absonderungsrecht (wertausschöpfend) belasteten Gegenstands des Schuldners an den absonderungsberechtigten Gläubiger vor Insolvenzeröffnung zum Zwecke der Verwertung¹¹. Der Insolvenzverwalter hätte zwar ein Verwertungsrecht hinsichtlich des Absonderungsguts gehabt (§ 166 InsO), der Verwertungserlös (abzüglich der Kostenpauschalen) und damit der wirtschaftliche Gehalt des Gegenstands wäre aber dem absonderungsberechtigten Gläubiger zugeflossen; allein wegen der der Masse entgangenen Kostenpauschalen wäre eine Anfechtung dieser vorinsolvenzlichen Übergabe an den absonderungsberechtigten jedoch nicht möglich¹². Ohne das (unanfechtbare) Absonderungsrecht (z. B. Sicherungseigentum) wäre die Hingabe des Gegenstands, z. B. zum Zwecke der Leistung auf die Schuld (erfüllungshalber oder an Erfüllung statt), dagegen als inkongruente Deckungshandlung anfechtbar gewesen¹³.

2. Die Sicherungszession von Mietzinsforderungen

Die Frage ist nun, ob die vorgenannte Konstellation übertragbar ist auf den Fall, dass der Grundstückseigentümer und spätere Insolvenzschuldner seine (zukünftigen) Mietzinsansprüche an den Grundpfandgläubiger abtritt, ohne dass seitens des Grundpfandgläubigers die Beschlagnahme herbeigeführt wird/wurde.

a) *Die herrschende Meinung.* In der Kommentarliteratur wird dazu wohl einheitlich die Auffassung vertreten, die Abtretung dieser Mietzinsansprüche an den Grundpfandgläubiger sei auch ohne Beschlagnahme *per se* nicht gläubigerbenachteiligend und damit auch nicht anfechtbar, da mit ihr lediglich die sich aus §§ 1123, 1124 BGB ergebende Haftung und Rangfolge aufrechterhalten werde¹⁴. Diese herrschende Literaturmeinung stützt sich dabei maßgeblich auf ältere Entscheidungen des RG¹⁵ sowie der Instanzgerichte¹⁶. Dem ist uneingeschränkt nunmehr auch der BGH in der hier besprochenen Entscheidung gefolgt¹⁷.

b) *Kritik.* In der Tat wird in den genannten Entscheidungen ausgeführt, die Abtretung der Mietzinsforderungen an den Grundpfandgläubiger diene auch ohne Beschlagnahme nur dem ohnehin bestehenden Recht dieses Gläubigers auf vorrangige – vor den Personalgläubigern – Befriedigung. Dennoch ist dem aus folgenden Gründen zu widersprechen:

aa) *Enthftung des Mietzinses.* Ansatzpunkt für die Infragestellung der herrschenden Meinung zu dieser Frage ist § 1124 II BGB. Der Vorschrift zufolge ist eine Pfändung des monatlichen Mietzinses durch den persönlichen Gläubiger des Grundstückseigentümers den laufenden Monat betreffend immer wirksam (§ 1124 II Halbs. 1 BGB) und, wenn die Beschlagnahme nach dem 15. des laufenden Monats erfolgt¹⁸, auch für den darauffolgenden Monat wirksam (§ 1124 II Halbs. 2 BGB). Bis zum Eintritt der Beschlagnahmewirkung besteht also ein *uneingeschränktes* Zugriffsrecht der persönlichen Gläubiger des Grundstückseigentümers, eine durch den Grundpfandgläubiger außerhalb der Beschlagnahme nicht zu vermittelnde Vollstreckungsmöglichkeit dieser Gläubiger. Auch außerhalb einer Zwangsvollstreckung in die offenen Miet-/Pachtzinsansprüche ist der Grundpfandgläubiger ohne Beschlagnahme nicht gesichert: Der Haftungsverband erfasst nur die offenen Mietzinsforderungen; wird (schuldbefreiend) an den Grundstückseigentümer geleis-

4) BGHZ 168, 339 = NJW 2006, 3356 = NZI 2006, 577.

5) ZInsO 2006, 742 (749 f.).

6) BGHZ 168, 339 = NJW 2006, 3356 = NZI 2006, 577 Rdnrn. 3 ff.

7) NZI 2007, 98 Rdnrn. 10 ff.

8) NZI 2007, 98 Rdnr. 9.

9) BGH, NZI 2006, 700 Rdnr. 12.

10) BGH, NJW-RR 2005, 1636 = NZI 2005, 622 (unter III 1).

11) Vgl. BGH, NJW 1992, 624 (626) (unter C 2 a).

12) Vgl. BGH, NZI 2005, 165; NJW-RR 2004, 340 = NZI 2004, 137 m. Anm. *Leithaus*.

13) Vgl. *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. (2003), § 131 Rdnr. 7.

14) Vgl. *Uhlenbruck/Hirte* (o. Fußn. 13), § 129 Rdnr. 121; *Kirchhof*, in: *MünchKomm-InsO*, 2002, § 129 Rdnr. 158; *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl. (1996), § 29 Anm. 62.

15) Vgl. RGZ 64, 339; RG, LZ (Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- u. VersicherungsR) 1914, 1378; LZ 1916, 1027; JW 1918, 176 m. Anm. *Jaeger*; s. auch RG, LZ 1915, 1528, u. LZ 1915, 1529.

16) Vgl. KG (8. ZS), KGBI (Blätter für Rechtspflege im Bezirk des KG) 1914, 11; LG Leipzig, LZ 1912, 959.

17) NZI 2007, 98 (Rdnrn. 9 bis 11).

18) Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Zustellung des die Zwangsverwaltung anordnenden Beschlusses (vgl. §§ 146, 22 I 1 ZVG) bzw. der Zeitpunkt der Zustellung des Pfändungs- u. Überweisungsbeschlusses an den Mieter/Pächter als Drittschuldner im Falle der dinglichen Pfändung der Miet-/Pachtzinsen (vgl. § 829 III ZPO).

tet, endet der Haftungsverband¹⁹, und das beim Grundstückseigentümer vorhandene Geld ist dem freien Zugriff aller Gläubiger ausgesetzt.

bb) *Hypothetischer Kausalverlauf*. Dies wird durchaus auch von der zitierten Rechtsprechung anerkannt, ohne jedoch für die hier interessierende Frage nach der Gläubigerbenachteiligung zu einem anderen Ergebnis zu kommen²⁰; allein der 24. Senat des KG hat hierzu explizit eine andere Auffassung vertreten²¹. Die Entscheidungen sind jedoch ausnahmslos zum AnfG ergangen²² und mussten sich mit der hier interessierenden Konstellation nie befassen²³. Bedeutsamer ist jedoch, dass diese Rechtsprechung zu einer Zeit erging, als die Gläubigerbenachteiligung auch auf Grundlage hypothetischer Kausalverläufe verneint werden konnte²⁴. In den genannten Entscheidungen²⁵ wurde denn auch darauf abgestellt, dass die Verfügung des Grundstückseigentümers über den Miet-/Pachtzins – entweder auf Grund Nießbrauchsbestellung oder auf Grund Abtretung – wirtschaftlich ohnehin nur das bewirkt habe, wozu auch die Beschlagnahme geführt hätte²⁶. So heißt es in einer Entscheidung des RG²⁷:

„Die Beklagte hätte also trotz der Pfändung der Mietzinsen nichts erhalten, wenn das Grundstück vor Fälligkeit der ersten gepfändeten Mietrate beschlagnahmt worden wäre. Daß dies geschehen wäre, darf mit voller Sicherheit angenommen werden, ... Daß die Hypothekengläubiger auch dem Ehemann der Klägerin gegenüber nach Pfändung der Mietzinsen mit der Beschlagnahme gezögert hätten, darf als ausgeschlossen gelten.“

Auch der BGH vertrat bis 1984 diese Auffassung²⁸, erst mit seinem Urteil vom 7. 6. 1988 leitete er diesbezüglich eine Wende ein und stellte fortan nur noch auf den tatsächlichen Geschehensablauf ab, wenn es um die Frage nach der Gläubigerbenachteiligung ging²⁹. Jedenfalls heute kann dieses Argument also nicht mehr herangezogen werden. Solange der Grundpfandgläubiger die Beschlagnahme nicht herbeiführt, muss er sich daran festhalten lassen. Er kann die Folgen der Pfändung der Miet-/Pachtzinsforderungen bzw. der beim Grundstückseigentümer vorhandenen Zinsen durch einen Personalgläubiger dieses Grundstückseigentümers durch Herbeiführung der Beschlagnahme rückwirkend nicht mehr beseitigen; ein oder zwei Monatsmieten wären unwiederbringlich verloren.

cc) *Absonderungsrecht ohne Beschlagnahme?* Die Aus- und Absonderungsrechte der InsO sind dadurch gekennzeichnet, dass der Berechtigte dingliche Rechte am Aus-/Absonderungsgegenstand hat. Der BGH vertritt hierzu unter Berufung auf *Bräuer* die Auffassung, bereits mit Entstehung des Grundpfandrechts entstehe zugleich auch das Absonderungsrecht des Grundpfandgläubigers an den dem Haftungsverband unterfallenden Sachen. Dies erscheint nicht unzweifelhaft. Haftungsverband und materiell-rechtliche Inhaberschaft sind nicht dasselbe. Wäre dem so, bedürfte es der Beschlagnahme nicht, was gerade auch die dingliche Pfändung der Miet-/Pachtzinsen verdeutlicht. Begreift man die Absonderungsrechte auch als Schutzrechte gegenüber ungesicherten Dritten, muss man feststellen, dass der Grundpfandgläubiger im Hinblick auf § 1124 II BGB ohne die Beschlagnahme einen solchen Schutz eben nicht (uneingeschränkt) genießt. Die Bedeutung der Beschlagnahme wird vom BGH an anderer Stelle durchaus gesehen. So hat der vorrangige Grundpfandgläubiger, der sich, wie im Besprechungsfall, zusätzlich die Mietzinsansprüche hat abtreten lassen, eben doch keine gesicherte Rechtsposition, wenn der nachrangige Grundpfandgläubiger diese Mietzinsansprüche betreffend die Beschlagnahme herbeiführt³⁰.

dd) *Keine Herausgabepflicht des Verwalters*. Letztlich kann diese Frage aber offen bleiben, wenn man allein

nach den insolvenzrechtlichen Konsequenzen der von *Bräuer* als sachenrechtliche „Schwäche des hypothekarischen Haftungsverbands“³¹ bezeichneten Regelung des § 1124 II BGB fragt. Greift man die oben beschriebene Absonderungssituation auf – vorinsolvenzliche Übergabe des sicherungsübereigneten Gegenstands an den absonderungsberechtigten Gläubiger –, so lässt sich jetzt nämlich folgende Kontrollfrage stellen: Hätte der (vorläufige) Insolvenzverwalter auch bei unterbliebener Abtretung der Mietzinsforderungen an den Grundpfandgläubiger die von ihm im Eröffnungsverfahren eingezogenen Mietzinsen an den Grundpfandgläubiger herausgeben müssen? Klare Antwort: Hätte er nicht! Der Haftungsverband erfasst nur die offenen Mietzinsforderungen; schuldbefreiende Zahlungen an den Grundstückseigentümer bzw. vorläufigen Insolvenzverwalter führen zum Ende des Verbands; das eingezogene Geld steht allein dem Grundstückseigentümer/Insolvenzverwalter zu. Allein die Bejahung dieser Kontrollfrage – ohnehin bestehende Verpflichtung des Insolvenzverwalters zur Leistung an den Grundpfandgläubiger mit Mitteln der Masse – berechtigt aber zu der Aussage, die Befriedigungsmöglichkeiten der ungesicherten Gläubiger seien nicht verkürzt worden, der Anfechtungsgegenstand habe dem Zugriff dieser Gläubi-

19) Vgl. *Eickmann*, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2004), § 1123 Rdnr. 12.

20) Vgl. RGZ 64, 339 (343): „Freilich können sie nicht verhindern, daß ein Konkurrentgläubiger sich über die Anforderungen einer dem Rechte und verständigen wirtschaftlichen Grundsätzen entsprechenden Verwaltung hinwegsetzt und mittels Pfändung die Hand nach den Erträgen ausstreckt; ...“ RG, LZ 1914, 1378 (1380): „Gelingt es dem persönlichen Gläubiger, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen, bevor der dinglich berechnete Gläubiger sichernde Maßnahmen getroffen hat, so hat er auch das Vorrecht. Er hat aber keinen Anspruch auf vorrechtliche Befriedigung, wenn der dingliche Gläubiger, wie hier, vor der Pfändung durch den persönlichen Gläubiger sich zum Schutze seines dinglichen Rechts einen im Erfolge der Zwangsverwaltung gleichkommenden Nießbrauch hat bestellen lassen.“ RG, LZ 1916, 1027 (1028): „Zwar liegt für die persönlichen Gläubiger tatsächlich die Möglichkeit vor, durch einen schnellen Zugriff auf die nächstfälligen Mietzinsen im Wege der Zwangsvollstreckung den Hypothekengläubigern nach §§ 1123 II, 1124 II BGB zuvorzukommen, solange die Beschlagnahme zu Gunsten der Hypothekengläubiger nicht erfolgt ist. Die persönlichen Gläubiger haben aber keinen Anspruch darauf, daß auf diese bloße Möglichkeit Rücksicht genommen wird.“ KG, KGBl 1914, 11: „... die Möglichkeit, daß sie gem. §§ 1123 II und 1124 II BGB durch einen schnellen Zugriff die Mieten pfänden lassen und damit den Hypothekengläubigern zuvorkommen können, solange dem Eigentümer durch Beschlagnahme das Verfügungsrecht noch nicht entzogen ist, hatte außer Betracht zu bleiben.“

21) Vgl. KG, KGBl 1914, 12: „Wenn eine solche Verwendung der Mieten auch ihrer wirtschaftlichen Bestimmung entspricht und sie nach dem Gesetze (§ 1123 BGB.) auch der Hypothekenhaftung unterliegen, so wird dadurch doch ein Zugriff der Personalgläubiger, solange nicht ihre Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen erfolgt ist, nicht ausgeschlossen (§ 865 II ZPO.). Um dieses Zugriffsrecht sind hier die Gläubiger des F benachteiligt.“

22) Es handelte sich stets um die im Rahmen einer Drittwiderspruchsklage (§ 771 ZPO) vom Beklagten erhobene Einrede der Anfechtbarkeit.

23) Auch wenn die Frage nach der Gläubigerbenachteiligung im AnfG und der InsO grundsätzlich gleich beantwortet wird (vgl. BT-Dr 12/3803, S. 56, zum diesbezüglich identischen Wortlaut von § 1 I AnfG und § 129 I InsO).

24) Vgl. RGZ 150, 42 (45 f.).

25) Vgl. die in Fußn. 15 und 16 genannten Entscheidungen.

26) So auch in der hier besprochenen Entscheidung, BGH, NZI 2007, 98 Rdnr. 11 a. E.: „Der persönliche Gläubiger hat folglich keinen Anspruch auf vorrangige Befriedigung, wenn der dingliche Gläubiger vor einer Pfändung durch den persönlichen Gläubiger sich zum Schutze seines dinglichen Rechts eine im Erfolge der Zwangsverwaltung gleichkommende Sicherungszession hat geben lassen (...).“ (Hervorhebung durch Verf.).

27) RGZ 64, 339 (342).

28) Vgl. BGHZ 90, 207 (212) = NJW 1984, 1968 (1969).

29) Vgl. BGHZ 104, 355 = NJW 1988, 3265.

30) Vgl. BGHZ 163, 201 = NJW-RR 2005, 1466 (2. Ls u. unter II 2).

31) ZInsO 2006, 742 (750).

ger ohnehin nicht offengestanden, eine Benachteiligung der Gläubiger sei durch die Abtretung der Miet-/Pachtzinsen nicht möglich gewesen. Muss der Insolvenzverwalter die Miet-/Pachtzinsen nicht herausgeben, ist aber auch kein Grund ersichtlich, warum der Grundpfandgläubiger die Zinsen soll behalten dürfen. Kann sie der Grundpfandgläubiger nicht wegen des Grundpfandrechts behalten bzw. vom Verwalter herausverlangen, kommt es jetzt darauf an, ob er dies auf Grund der (Voraus-)Abtretung der Miet-/Pachtzinsansprüche kann. Geht man vom Regelfall eines Miet-/Pachtvertrags mit monatlich zu zahlendem/fällig werdendem Zins aus, so ist unter Hinweis auf § 140 I InsO sowie die diesbezügliche Rechtsprechung³² häufig auch die Anfechtbarkeit dieser Abtretung eröffnet³³.

IV. Zusammenfassung

Unabhängig von der Kritik am Ergebnis ist dem *BGH* vorliegend insbesondere vorzuwerfen, sich mit den Argumenten, die für eine Gläubigerbenachteiligung in der hier interessierenden Sachlage sprechen, nicht einmal ansatzweise auseinandergesetzt zu haben. Schließlich hat selbst das Berufungsgericht zu dieser Frage unter Hinweis auf die Möglichkeit der Enthftung der Miet-/Pachtzinsen ausdrücklich eine gegen die herrschende Meinung stehende Auffassung vertreten³⁴; auf den Aufsatz von *Howe* wurde bereits verwiesen. Die Entscheidung des *BGH* hat zur Folge, dass einer „kalten Institutsverwaltung“ weiterhin Tür und Tor geöffnet sind: Eine Zwangsverwaltung wird vom Grundpfandgläubiger bewusst nicht beantragt, die Zession auch nicht offengelegt; die Mietzinsen fließen weiterhin auf das Geschäftskonto des Grundstückseigentümers beim Grundpfandgläubiger (Bank) und verringern den dort bestehenden Sollsaldo; die in den Zinsen unter Umständen enthaltene Umsatzsteuer wird vom Grundstückseigentümer nicht mehr abgeführt (weil der Grundpfandgläubiger schon lange keine Verfügungen über das Konto mehr zulässt) und dient ebenfalls der Saldoverringering³⁵. Die entscheidenden Fälle sind ja häufig die, wo die (teilweise beträchtlichen) Einnahmen aus Vermietung/Verpachtung dem späteren Insolvenzschuldner schon sein Ganzes sind, er aber vom Grundpfandgläubiger wegen der negativen Außenwirkung an der Insolvenzantragstellung „gehindert“ und auf diese Weise eine „Hängepartie“ – der Grundstückseigentümer ist insolvent! – weiter verlängert wird. Jedenfalls die für den Grundpfandgläubiger auf Grund des § 1124 II BGB ohnehin vakanten Mietzinsen, die eine die Verfahrenskosten deckende Masse darstellen können, müssen, soweit die übrigen Anfechtungsvoraussetzungen erfüllt sind, der Insolvenzmasse zustehen.

32) Vgl. *BGH*, NJW 1998, 2592 (2596 f.) (unter B III 3), nicht in *BGHZ* 138, 291, abgedr.; NJW 2003, 2171 = NZI 2003, 320 (unter II 2 a); *BGHZ* 157, 350 = NJW 2004, 1444 = NZI 2004, 206 (unter II 2); *BGH*, NJW-RR 2004, 1047 (1049) = NZI 2004, 316 (318) (unter V 3).

33) Auf die von *Bräuer* aufgeworfene Frage nach der Betagtheit oder Befristetheit der Miet-/Pachtzinsforderung soll hier nicht eingegangen werden; der *BGH* vertritt hierzu eine gefestigte Rechtsprechung.

34) Vgl. *OLG Hamm*, NZM 2006, 396 = ZIP 2006, 433 (434) (unter B I 3), m. insoweit zust. Anm. *Hawelka*, ZfIR 2006, 258.

35) Diese Art des Einbehalts der Umsatzsteuer durch den Grundpfandgläubiger ist allerdings auf Grund des neuen § 13 c UStG (vgl. Art. 5 Nr. 14 StÄndG 2003 v. 15. 12. 2003, BGBl I 2003, 2645 [2656 f.], sowie BT-Dr 15/1621 i. V. mit BT-Dr 15/1562, S. 46 f.) jetzt wohl ausgeschlossen; auch im Falle einer stillen Zession kann der Zessionar vom Fiskus in Anspruch genommen werden (vgl. BMF-Schreiben v. 30. 1. 2006 – IV A 5 – S – 7279 a – 2/06; *Stadie*, in: *Rau/Dürwächter*, UStG, Stand: März 2007, § 13 c Anm. 48).

Dr. iur. Dr. phil. Sven Rugullis, Berlin

Die Insolvenzantragspflicht beim Verein – Eine Interpretation des § 42 II BGB

Der Beitrag widmet sich den Fragen, wer in der Insolvenz eines Vereins die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragen muss und bis zu welchem Zeitpunkt dies zu geschehen hat.

I. Einleitung

Ist ein rechtsfähiger Verein zahlungsunfähig oder überschuldet, hat der Vereinsvorstand die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Vereins zu beantragen (§ 42 II 1 BGB). Das Gesetz schweigt darüber, innerhalb welcher Frist dies zu geschehen hat. Vielmehr ordnet es an, dass bei verzögerter Antragstellung die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern gesamtschuldnerisch zum Schadensersatz verpflichtet sind (§ 42 II 2 BGB). Diese Bestimmungen gelten entsprechend für den nicht rechtsfähigen Verein¹. Unklarheit besteht darüber, bis wann für den rechtsfähigen oder für den nicht rechtsfähigen Verein der Eröffnungsantrag gestellt werden muss.

II. Eröffnungsgründe

Die Insolvenzfähigkeit des rechtsfähigen Vereins folgt aus § 11 I 1 InsO, die des nicht rechtsfähigen Vereins aus § 11 I 2 InsO. Das BGB erwähnt für den Verein nur zwei der drei Eröffnungsgründe: die Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO) und die Überschuldung (§ 19 InsO). Dagegen wird der Eröffnungsgrund der drohenden Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO), den die InsO eingeführt hat, im BGB nicht genannt. Daraus ist mehrfach gefolgert worden, dass für den Verein nur die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung Eröffnungsgründe bilden². Das verkennt die Systematik des § 42 BGB.

§ 42 I 1 BGB bestimmt, dass der Verein durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst wird. Welcher Eröffnungsgrund dafür erforderlich ist, regelt weder § 42 I noch § 42 II BGB. Stattdessen ordnet § 42 II 1 BGB an, dass der Vorstand die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei Zahlungsunfähigkeit oder bei Überschuldung des Vereins beantragen muss. Ursprünglich kannte das BGB diese Pflicht einzig für den Fall der Überschuldung³. Das EGInsO vom 5. 10. 1994 dehnte diese Pflicht auf die Zahlungsunfähigkeit aus und fügte hierzu diesen Eröffnungsgrund in § 42 II 1 BGB ein⁴; Satz 2 ist hingegen seit dem Inkrafttreten des BGB unverändert geblieben.

1) *Soergel/Hadding*, BGB, 13. Aufl. (2000), § 42 Rdnr. 12; *Reuter*, in: *MünchKomm*, 5. Aufl. (2006), § 42 Rdnr. 15; *Staudinger/Weick*, BGB, 13. Aufl. (2005), § 42 Rdnr. 2; *Uhlenbruck*, in: *Festschr. f. Merz*, 1992, S. 581 (584); *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, 12. Aufl. (2003), § 11 Rdnr. 231; *Uhlenbruck*, § 13 Rdnr. 45; *Noack*, *GesellschaftsR*, 1999, Rdnr. 685. Zur Insolvenz des nicht rechtsfähigen Vereins vgl. *Häsemeyer*, *InsolvenzR*, 3. Aufl. (2003), Rdnrn. 31.74 f.; *Schöpflin*, *Der nichtrechtsfähige Verein*, 2003, S. 388 ff.

2) *Karsten Schmidt*, *GesellschaftsR*, 4. Aufl. (2002), S. 726; *Reuter*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 1), § 42 Rdnr. 7; *Soergel/Hadding* (o. Fußn. 1), § 42 Rdnr. 2; *Uhlenbruck/Hirte* (o. Fußn. 1), § 11 Rdnr. 219. Für *Palandt/Heinrichs*, BGB, § 42 Rdnr. 1, bildeten ursprünglich lediglich die Zahlungsunfähigkeit und die Überschuldung Insolvenzgründe für den Verein – so die 58. Aufl. (1999) bis zur 64. Aufl. (2005) –, während seit der 65. Aufl. (2006) die Zahlungsunfähigkeit und die bislang unbekannte drohende Überschuldung (*sic!*) als Insolvenzgründe benannt werden.

3) So § 42 II 1 i. d. F. des BGB von 1896 (RGBl 1896, 37 [202]).

4) Art. 33 Nr. 1 EGInsO, BGBl 1994 I, 2911 (2924).