

Autorenbeschreibung:

Dr. Marc d'Avoine, Fachanwalt für Steuerrecht sowie Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, ist als Gutachter, Sachwalter und Insolvenzverwalter sowie Berater aktiv. Er ist Vorstand des VID (Verband der Insolvenzverwalter und Sachwalter Deutschland) und Vorstand bzw. Mitglied anderer Organisationen und Vereine, die sich mit Restrukturierung, Sanierung und Insolvenz beschäftigen. Marc d'Avoine hält regelmäßig Vorträge zum Gesellschafts-, Steuer- und Insolvenzrecht und ist Autor zahlreicher Veröffentlichungen zu diesen Themen.

Philippe d'Avoine, Rechtsanwalt, ist einer bundesweit aktiven Kanzlei für Insolvenz und Sanierung tätig. Er unterstützt Insolvenzverwalter und Sachwalter und berät zu den Themen Restrukturierung, Sanierung und Haftung. Philippe d'Avoine ist Mit-Autor des Werks „d'Avoine / d'Avoine, Arzt und Praxis in Krise und Insolvenz“, RWS-Skript 372, 4., neu bearb. Aufl. 2023.

Aussonderung – „wer zahlt was?“

Praktische Probleme und Erwägungen bei der Aussonderung und der Kostentragungslast

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens ändern sich die Befugnisse der Stakeholder fundamental. Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über die Vermögensgegenstände des Unternehmens bzw. des Schuldners (Insolvenzmasse) geht auf den Insolvenzverwalter über, § 80 Abs. 1 InsO. Das gilt aber nicht für „massefremde“ Gegenstände.

Die Aussonderung von Vermögenswerten (§ 47 InsO) ist ein zentrales Thema fast jeden Insolvenzverfahrens und gehört zu den Kardinalpflichten eines Insolvenzverwalters. Durch die Aussonderung werden fremde Vermögenswerte aus dem Haftungsverband des Schuldners herausgelöst und dem Berechtigten zur Verfügung gestellt. Dieser ist daher kein Insolvenzgläubiger; seine Rechte bestimmen sich vielmehr nach den „Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten“, § 47 S. 2 InsO. Das gilt sowohl für die Begründung des Aussonderungsrechts als auch dessen Durchsetzung.² Diese Schnittstelle von Insolvenz- sowie allgemeinem Zivilrecht ist mit einer Reihe praktischer Fragen und mitunter Problemen

¹ Dr. Marc d'Avoine, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, ATN Rechtsanwälte, Ratingen/Köln/Wuppertal, Philippe d'Avoine, Rechtsanwalt, PLUTA Rechtsanwälte, Hannover.

² K. Schmidt InsO/Thole § 47 Rn. 3 ff.

verbunden, insbesondere in Bezug auf die Kosten, die bei dem Aussonderungsprozess entstehen und die regelmäßig der Masse zur Last fallen. Dieser Beitrag befasst sich mit der aktuellen Rechtslage hierzu und ihrer Kompatibilität mit den praktischen Problemen eines Insolvenzverwalters.

1. Probleme in der Praxis

Die Herausforderungen, die den Insolvenzverwalter im Rahmen des Aussonderungsprozesses treffen, sind vielfältig. Aufnahme der Sachverhalte, Sichtung und Studium der Vertragswerke, Validierung der Sachverhaltsdarstellungen des Geschäftsleiters vs. Darstellungen des die Aussonderung fordernden Gläubigers, Recherchen und Verifizierungen der Sach- und Rechtslage sowie Sicherung, Erhalt und u.U. Instandsetzung des Aussonderungsgutes stellen einen nicht zu unterschätzenden Pflichtenkanon dar. Die technischen Entwicklungen, Digitalisierung, KI und schnelllebige Zeiten lassen die Sachverhalte immer komplexer und die Aussonderungsgüter immer spezieller erscheinen. Dies führt zu zwangsläufig neuen Aufgaben und höherer zeitlicher Inanspruchnahme, umgekehrt gehen diese zusätzlichen Anforderungen zu Lasten der Effizienz des Insolvenzverfahrens.

a. Informationsbeschaffung und Erfassung von Gegenständen

Bereits die bloße Informationsbeschaffung stellt regelmäßig ein schwieriges Unterfangen dar. Der Insolvenzverwalter muss das behauptete Aussonderungsgut regelmäßig aufnehmen und grundsätzlich auch in Augenschein nehmen. Er muss recherchieren, interviewen und digital analysieren, mitunter auch reisen oder externe Orte aufsuchen, um Massegegenstände zu sichten. Zu denken ist etwa an externe Läger, Garagen, Banken, Schließfächer, Häfen (bei Schiffen/Booten oder Containern). Gerade bei Maschinen und Anlagen bedarf es neben ihrer bloßen Inaugenscheinnahme auch der Untersuchung der Einbindung in Produktionslinien sowie einer Kontrolle ihrer Funktionalität. Der Reparatur- und Wartungsstand muss gleichsam überprüft und dokumentiert werden, weil dieses für die Behandlungs- bzw. Transportfähigkeit wichtig ist und am Ende den Verkehrswert beeinflusst. In den meisten Fällen sind Rücksprachen mit Bedienern, Herstellern sowie Wartungs- und sonstigen Servicepartnern erforderlich. Diese Aufgaben kann und muss der Insolvenzverwalter nicht sämtlich in Person erledigen, er kann sich Hilfskräften bedienen, etwa einen internen Mitarbeiter oder auch externe Experten beauftragen. So oder so müssen personelle und zeitliche Ressourcen eingesetzt werden, wofür es einer angemessenen Kompensation bedarf.

b. Aufstellung des Verzeichnisses der Massegegenstände und rechtliche Prüfung

Der Insolvenzverwalter hat gemäß § 151 InsO das „Verzeichnis der Massegegenstände“ aufzustellen. Nach Abs. 2 ist bei jedem Gegenstand *„dessen Wert anzugeben“*. Die Inventarisierung gem. § 151 InsO bedarf zwangsläufig einer rechtlichen Prüfung der Eigentumsverhältnisse und etwaiger Anwartschaften Dritter. Dabei sind die Eigentumsverhältnisse oft nicht klar, im Gegenteil, die Rechtslagen sind oft komplex und vielschichtig. Vor allem die Abgrenzung zu Absonderungsrechten, die bekanntlich vom

Insolvenzverwalter (wenngleich gesondert) zu verwerten sind, bereitet Schwierigkeiten. Es sind Verträge zu prüfen, Dokumente auszulegen, Anlagen zu suchen, Protokolle und Korrespondenz/Mails zu sichten und Anfragen an Behörden und Versicherungen zu richten, wobei Antworten nicht selten lange auf sich warten lassen. Erschwert wird dieser Prozess dadurch, dass Stakeholder und Geschäftsleiter oft unterschiedliche Auffassungen vertreten und versuchen, den Insolvenzverwalter „von ihrer Version“ zu überzeugen.

In diesem Zusammenhang spielt regelmäßig auch die Differenzierung zwischen anfänglicher und nachträglicher Übersicherung eine Rolle. Während die nachträgliche Übersicherung nur einen Freigabeanspruch begründet, wirkt sich die anfängliche Übersicherung sowohl auf die schuldrechtliche Sicherungsabrede, als auch auf die Sicherungsübereignung selbst aus.³ Auch dieses ist vom Insolvenzverwalter zu untersuchen und rechtlich zu bewerten.

Zwar sind Gegenstände, an denen Aussonderungsrechte bestehen, nicht in das Masseverzeichnis aufzunehmen, da sie massefremd sind, jedoch erfordert dies bereits einen erheblichen Prüfungs- und Differenzierungsaufwand mit angeschlossener Bewertung des Gegenstands bzw. der Anwartschaft. Gerade bei Maschinen und Anlagen, die aus verschiedenen geleasteten, sicherungsübereigneten und sicherheitsfreien (schuldner eigenen) Komponenten bestehen, erweist es sich mitunter als besonders schwer, das Fremdeigentum auszuweisen.⁴ Reflex eines Anwartschaftsrechts ist, dass dem Insolvenzverwalter nach § 103 InsO ein Wahlrecht zusteht. Er kann bestehende Verträge erfüllen und so eine Erstarkung des Anwartschaftsrechts zum Vollrecht bewirken, sodass betroffene Gegenstände Massezugehörigkeit erlangen. Bis zur Wahlrechtsausübung besteht ein Schwebestand (vgl. § 107 Abs. 2 InsO), mit der Folge, dass das Aussonderungsrecht so lange auch nicht be- bzw. entsteht.⁵ Aus den dargelegten Gründen hat der Insolvenzverwalter auch Gegenstände, an denen eine Anwartschaft besteht und an denen (nur) möglicherweise ein Aussonderungsrecht bestehen könnte, zu Beginn des Insolvenzverfahrens zu taxieren und gesondert gekennzeichnet in das Masseverzeichnis aufzunehmen. Eine Korrektur des Verzeichnisses ist im weiteren Verlauf des Verfahrens möglich und mitunter auch geboten.

b. Sicherungsmaßnahmen

Im Anschluss an die Inaugenscheinnahme des Aussonderungsgutes gilt es zu bewerten und zu entscheiden, welche Sicherungsmaßnahmen erforderlich und angemessen erscheinen. Nicht selten besteht hinsichtlich des Aussonderungsgutes eine begründete Diebstahls- bzw. Unterschlagungsgefahr. Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters gebietet es daher, notfalls gesicherte Lagerstätten anzumieten und entsprechende Versicherungen abzuschließen, will er Haftungsrisiken aus § 60 InsO begrenzen. Dabei sieht er sich oft mit vertraglichen Mindestlaufzeiten konfrontiert, deren Ausschöpfung zumeist nicht erfolgt, was ebenfalls zu einer unnützen Belastung der Masse führt.

d. Bereitstellung

³ MüKoBGB/Armbrüster, 9. Aufl. 2021, § 138 Rn. 174 ff. m.w.N.

⁴ Smid: Vindikationsrechtliche Beziehungen zwischen Aussonderungsberechtigten und Insolvenzmasse, NZI 2014, 633 (633).

⁵ BeckOK InsR/Haneke, 34. Edit. 2024, § 47 Rn. 129.

In der Praxis sind Maschinen und Anlagen aber auch andere Wirtschaftsgüter nicht selten eingebunden in komplexe Systeme. Oft sind Aussonderungsgüter mit Absonderungsgütern zu einer funktionellen Einheit verbunden, sodass mit erheblichem Aufwand zunächst eine differenzierte Erfassung und bei Aussonderung eine Trennung herbeigeführt werden muss. Der Insolvenzverwalter ist grundsätzlich dazu verpflichtet den Gegenstand derart bereitzustellen, dass seine Abholung am Verwahrungsort gewährleistet wird.⁶ Wenn die Gegenstände „sonderrechtsfähig“ im Sinne des § 93 BGB sind, trifft ihn somit auch die Pflicht, das Aussonderungsgut aus seinem Verbund zu trennen, was Kosten auslöst. Unterlässt er das, könnte eine Haftung nach § 60 InsO oder nach Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ 677, 683 I BGB drohen.⁷ Dem oft erheblichen Aufwand, der mit der Trennung einer bestehenden funktionierenden Einheit verbunden ist, wird in der Gesamtvergütung des Insolvenzverwalters oft nicht angemessen Rechnung getragen.

e. Auseinandersetzung mit dem Aussonderungsberechtigten

Die Auseinandersetzung mit dem Aussonderungsberechtigten ist oft mühsam und zeitaufwändig. Grundsätzlich ist der Insolvenzverwalter zur Auskunft verpflichtet. Einige Gläubiger melden sich im Verfahren frühzeitig und stellen Behauptungen zur Sach- und Rechtslage auf und weisen sich als (vermeintliche) Eigentümer aus. Das ist eingangs aber keinesfalls klar, die Eigentumsvermutung des § 1006 BGB spricht erst einmal zu Gunsten des Besitzers. Unterschiedliche Rechtsauffassungen werden ausgetauscht und kontrovers diskutiert.

f. Vermittlung der Interessen des Aussonderungsberechtigten

Im Fall spezieller Maschinen und Anlagen oder ungewöhnlicher Assets haben Aussonderungsgläubiger u.U. gar kein Interesse an einer eigenen Inbesitznahme des Aussonderungsgutes. Sie zielen eher auf einen optimierten Kaufpreis durch freihändigen Verkauf oder einen Anschlussvertrag mit dem neuen Nutzer, etwa dem Unternehmenskäufer aus der Insolvenz. Die Vermittlungstätigkeit, die der Verwalter insofern übernimmt, wird meist nicht vergütet. Maklerhonorare sind in der InsO nicht geregelt. Das erscheint oft unangemessen. Obwohl die Leistungen insbesondere für den Aussonderungsberechtigten wertvoll sind, müsste er den betroffenen Gegenstand andernfalls selbst abholen, lagern, sichern und instand halten oder einen eigenen geeigneten Käufer aufspüren. Das würde bei ihm wiederum zu erheblichen Kosten und Verzögerungen führen.

2. Gesetzliche Grundlagen und Meinungsstand

Im Fall der abgesonderten Befriedigung eines Gegenstandes der Insolvenzmasse enthält die InsO in § 171 InsO eine Regelung betreffend Kosten und Auslagen des Insolvenzverwalters. Dieser erhält eine anteilige Kostenpauschale am Verwertungserlös i.H.v. 4 % für die Feststellung sowie i.H.v. 5 % (+ USt. bei Unternehmern) für die Verwertung des abzusondernden Gegenstandes.

⁶ BGH, Urt. v. 26.05.1988 - IX ZR 276/87 = BGHZ 104, 304 = NJW 1988, 3264, zu § 43 KO.

⁷ LG Bonn, Urt. v. 21. 12. 2006 - 6 S 264/06 = NZI 2007, 728.

Im Gegensatz hierzu regelt die InsO die Kostentragung bei aussonderungsbehafteten Gegenständen nicht. Dies ist seit jeher Grundlage einer lebhaften Diskussion in Literatur und Rechtsprechung.

Es wird zum Teil vertreten, dass grundsätzlich kein Anspruch der Masse bzw. des Insolvenzverwalters auf Aufwendungsersatz für die Aufbewahrung, Sicherstellung und Bereitstellung des Aussonderungsgutes bestünde. Den Vorschriften der §§ 170, 171 InsO ließe sich die gesetzgeberische Konzeption entnehmen, dass Aussonderungskosten mangels entsprechender Regelung - anders als Absonderungskosten - gerade nicht erstattungsfähig seien.⁸ Ferner bereite die Prüfung der Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts regelmäßig keine besondere Schwierigkeit, sodass ein qualitativer Unterschied zu den von § 51 InsO umfassten Sicherungsformen bestehe, der eine differenzierte Behandlung der Kostenlast rechtfertige.⁹

Dagegen wird angeführt, dass man aus §§ 170, 171 InsO keine gesetzliche Wertung herleiten könne, da Aussonderungsrechte massefremd seien und daher keine strukturelle Vergleichbarkeit bestehe.¹⁰ Auch das Argument, die Prüfung der Wirksamkeit eines Eigentumsvorbehalts bereite regelmäßig „keine Schwierigkeiten“, trägt nicht. Die Praxis zeigt klar ein anderes Bild (vgl. s.o. unter 1 b.).

Mit Blick auf letztgenannte Schwierigkeiten wird z.T. ein Aufwendungsersatzanspruch des Insolvenzverwalters gegen den Aussonderungsberechtigten aus echter berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag gem. §§ §§ 677, 683 S. 1, 670 BGB (GoA) angenommen.¹¹ Der Insolvenzverwalter führt jedoch kein Geschäft für einen anderen, da er im Rahmen der Aussonderung in Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten handelt. Es ist eher ein „eigenes“ Geschäft, welches aus § 80 InsO folgt.¹² Eine Ausnahme besteht nur für den Fall, dass der aussonderungsberechtigte Gläubiger in die Gefahr liefe, sein Eigentum zu verlieren.¹³

Demgegenüber nimmt die wohl herrschende Meinung (h.M.) eine differenzierte Betrachtungsweise vor: Die Abhol- bzw. Versandkosten für das Aussonderungsgut selbst treffen den Aussonderungsberechtigten und fallen nicht der Masse zur Last.¹⁴ Das ist auch leicht verständlich; Zum Beispiel muss der - für die Masse fremde - Wagen auf Kosten des Eigentümers „vom Hof“ gebracht und eingeständig zum neuen Bestimmungsort gefahren werden.

Zudem wird anerkannt, dass die Prüfung, Feststellung, Bereitstellung und Auskunftserteilung mitunter bereits mit erheblichen Kosten verbunden ist. Gleichwohl werden sie als Kosten der eigenen Müheverwaltung verordnet, die grundsätzlich nicht auf den Aussonderungsberechtigten abgewälzt werden können.¹⁵ In Bezug auf Erhaltungs- und Sicherungskosten verweist die h.M. auf eine Erstattungsmöglichkeit über § 47 S. 2 InsO.¹⁶

⁸ BGH Urt. v 26. 05. 1988 = BGHZ 104, 304, 308

⁹ Uhlenbruck/*Brinkmann*, 13. Aufl. 2010, § 47 Rn. 106; vgl. auch Begr. RegE zu § 195, BR-Drucks. 1/92 S. 180 f.;

¹⁰ K. Schmidt InsO/Thole, 20. Aufl. 2023, InsO § 47 Rn. 96.

¹¹ Häsemeyer Rn. 11.27

¹² BGH Urt. v. 26.05.1988 - IX ZR 276/87 = NJW 1988, 3264.

¹³ Braun/Bäuerle InsO, 9. Aufl. 2022, § 47 Rn. 95; OLG Stuttgart ZIP 1980, 528 f.

¹⁴ BGH Urt. v. 28.06.2012 - IX ZR 219/10 = NZI 2012, 841 Rn. 19.

¹⁵ BGH ZIP 1983, 839 = WM 1983, 679; BGHZ 104, 304 (308) = NJW 1988, 3264 = ZIP 1988, 853; BGHZ 127, 156, 166 = NJW 1994, 3232 = ZIP 1994, 1700; OLG Köln NJW-RR 1987, 1012 = ZIP 1987, 653 (654)

¹⁶ K. Schmidt InsO/Thole, 20. Aufl. 2023, InsO § 47 Rn. 98; Hage/Lind ZInsO 2011, 2264, 2265

Gem. § 47 S. 2 InsO richtet sich der Anspruch auf Aussonderung nach den „Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten“. Es wird also auf § 985 BGB und damit auch auf die Ansprüche aus dem Eigentümer – Besitzer – Verhältnis (EBV) gem. den §§ 994 ff. BGB Bezug genommen. Da der Insolvenzverwalter vom fehlenden Besitzrecht Kenntnis hat und somit bösgläubig ist, richtet sich der Aufwendungsersatzanspruch für Erhaltungs- und Sicherungskosten nach § 994 Abs. 2 BGB i.V.m. den Vorschriften über die GoA. Es handelt sich um einen partiellen Rechtsgrundverweis, wobei ein Fremdgeschäftsführungswille nicht erforderlich ist. Im Rahmen von § 683 BGB kommt es folglich nur darauf an, ob die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers als Geschäftsherrn entspricht, also, ob dieser die Aufwendungen selbst erbracht hätte.¹⁷ Ein daneben bestehendes eigenes Interesse des Geschäftsführers, mithin des Insolvenzverwalters, schadet nicht.¹⁸ Somit ist es unerheblich, dass der Insolvenzverwalter durch etwaige Aufwendungen auf die Sache auch seiner Amtspflicht aus §§ 47, 80 Abs. 1 InsO nachkommen möchte.

Notwendig i.S.d. § 994 BGB sind jene Verwendungen, die objektiv erforderlich sind, um die Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand einschließlich ihrer Funktionsfähigkeit zu erhalten oder sie ordnungsgemäß zu bewirtschaften und nicht ausschließlich Sonderzwecken des Besitzers dien.¹⁹ Erhaltungsmaßnahmen wie die Inventarisierung, Lagerung, Schutz vor Wind, Wetter und sonstigen Verderbs, also auch Reparaturen sowie der Versicherung des Aussonderungsgutes liegen ersichtlich im Interesse des Aussonderungsberechtigten, sodass sie als notwendige Verwendungen zu ersetzen sind.²⁰ Ein entsprechender Aufwendungsersatzanspruch kann dem Herausgabeverlangen im Wege des Zurückbehaltungsrechts nach § 1000 BGB entgegengesetzt werden.

3. Praktische Konsequenzen

Aus oben dargestellten Grundzügen der h.M. zur Behandlung der Aussonderungskosten erwachsen wesentliche praktische Probleme. Zunächst ist zu konzedieren, dass die h.M. formal nicht zu beanstanden ist. Es ist selbsterklärend, dem Aussonderungsberechtigten die Abholungskosten aufzuerlegen. Der im Rahmen der Aussonderung geltend gemachte Herausgabeanspruch nach § 985 BGB begründet eine Holschuld, sodass nur die Bereitstellung durch den Schuldner und nach Eröffnung durch den Insolvenzverwalter beansprucht werden kann.²¹ Kritisch wird indes die schlichte Zuordnung der vorbereitenden Kosten als Kosten der ordnungsgemäßen Masseverwaltung gesehen. Diesem Rechtsverständnis liegt eine in der Praxis nur selten reibungslose Feststellung, Prüfung und Auseinandersetzung zugrunde. Besondere Assets, neuartige Gegenstände sowie individuelle Begehren der Gläubiger erschweren den Aussonderungsprozess ungemein.

Dass dem Insolvenzverwalter über § 47 S. 2 InsO i.V.m. §§ 994 ff. BGB Verwendungsersatzansprüche zustehen, die er notfalls mittels Zurückbehaltungsrecht nach §

¹⁷ BeckOK BGB/Fritzsche, 69 Edit. 2024, § 994 Rn. 59.

¹⁸ Jauernig/Mansel BGB, 19. Aufl. 2023, § 683 Rn. 4.

¹⁹ BeckOK BGB/Fritzsche, 69 Edit. 2024, § 994 Rn. 45 m.w.N.

²⁰ Smid: Vindikationsrechtliche Beziehungen zwischen Aussonderungsberechtigten und Insolvenzmasse, NZI 2014, 633 (636) m.w.N.

²¹ Bieg/Borchardt/Frind, Unternehmenssanierung und Betriebsfortführung 1. Auflage 2021 Rn. 4, LG Bonn, Urt. v. 21. 12. 2006 - 6 S 264/06 = NZI 2007, 728 m.w.N.

1000 BGB durchsetzen kann, erscheint zwar ebenso dogmatisch richtig, begründet jedoch nur Raum für weitere Rechtsstreitigkeiten und damit Unsicherheiten. Richtig ist auch, dass dem Insolvenzverwalter bis zur Herausgabe des Aussonderungsgutes zumindest theoretisch die Nutzungen verbleiben, sodass er gewöhnliche Erhaltungskosten nicht ersetzt verlangen kann, vgl. § 994 Abs. 1 S. 2 BGB. Hierzu gehören beispielsweise die Wartungskosten. Kritischer wird die Zuordnung aber bereits bei Reparaturen und der Frage, ob solche gewöhnlicher oder außergewöhnlicher Natur sind.

Gerade diese Unterscheidung bietet Raum für unterschiedliche Rechtsauffassungen, die in kosten- und zeitintensiven Prozessen münden können. Allein die Zeit, durch die Auseinandersetzung verstreicht, verschlechtert oft den Gegenstand, da beispielsweise Patentgebühren, Verlängerungskosten oder Periodenprüfungen (TÜV) anstehen, Geräte gewartet werden müssen, Maschinen und Anlagen altern, Nachfolgemodelle oder neue Technologien erscheinen oder Lebensmittel ungenießbar werden oder sich ihrem Mindesthaltbarkeitsdatum nähern. Dies erscheint vor dem Hintergrund, dass das Insolvenzverfahren ein Eilverfahren ist, nicht hinnehmbar.

Anzumerken ist auch die - zu Lasten des Insolvenzverwalters gehende - Beweislastverteilung bei Verwendungsansprüchen i.S.d §§ 994 ff. BGB. Er hat als Verwender die getätigten Verwendungen (str.), ihre Notwendigkeit sowie den Wert, den er zu ersetzen verlangt, zu beweisen.²² Ebenso trifft ihn die Beweislast für die Voraussetzungen der §§ 683, 684 BGB, also dafür, dass die getätigten Maßnahmen dem Interesse und dem Willen des Aussonderungsberechtigten entsprechen.²³ Hat der Aussonderungsberechtigte einen entgegenstehenden Willen geäußert, kann der Insolvenzverwalter dem nicht mit der Begründung begegnen, die Maßnahmen seien vernünftig oder wirtschaftlich gewesen. Sein Ersatzanspruch entfällt gänzlich.²⁴

Wenngleich § 47 S. 2 InsO eine Kostenerstattungsmöglichkeit gewährt, wird hier von in der Praxis so gut wie kein Gebrauch gemacht, zu groß ist der Unsicherheitsfaktor und die hierdurch begründete Verzögerung. Die zügige Abwicklung des Insolvenzverfahrens hat Priorität, sodass etwaige Einbußen in Kauf genommen werden müssen. Dass diese jedoch nur zu Lasten der Masse gehen, erscheint nicht sachgerecht.

3. Kompensationsmöglichkeiten

Den sich hieraus erwachsenden Nachteilen für Masse und Insolvenzverwalter kann und sollte entgegengewirkt werden. Entsprechende Vergütungsvereinbarungen zwischen dem Aussonderungsberechtigten und dem Insolvenzverwalter sind möglich, wobei die Ausgestaltung der Verträge betreffend Inhalt, Gefahrtragung, Versicherungen, Steuern, Gefahren und Lasten, Nutzen und Anrechnungen, Laufzeit, Verlängerungsoptionen, Kündigungsmöglichkeiten anspruchsvoll ist. Soweit der Insolvenzverwalter Pflichten übernimmt, die über die Erfüllung seiner gesetzlichen Pflicht zur Feststellung und Herausgabe des Aussonderungsgutes hinausgehen, darf er hierüber eine besondere

²² MüKoBGB/Raff BGB, 9. Aufl. 2023, § 994 Rn. 72.

²³ BeckOK BGB/Fritzsche BGB § 994 Rn. 64 m.w.N.

²⁴ Smid: Vindikationsrechtliche Beziehungen zwischen Aussonderungsberechtigten und Insolvenzmasse, NZI 2014, 633 (637).

Vergütungsvereinbarung schließen.²⁵ Verwehrt ist dem Insolvenzverwalter indes eine Vereinbarung, wonach die Herausgabe von Aussonderungsgut, zu der er verpflichtet ist, per se von der Zahlung eines Geldbetrages abhängig gemacht wird.²⁶ Unabhängig von diesen Grundsätzen sind Vergütungsvereinbarungen in der Praxis die Seltenheit, da die wenigsten Aussonderungsberechtigten die hierfür erforderliche Einigungsbereitschaft haben. Sie verlangen schlicht Eigentum heraus, gleich, wo es sich befindet.

Der Insolvenzverwalter kann seinen erhöhten Aufwand seinem Vergütungsantrag zugrunde legen und entsprechend Zuschlagstatbestände geltend machen, vgl. § 3 Abs. 1a InsVV. Das prüft dann das Insolvenzgericht im Rahmen der Vergütungsfestsetzung. Dadurch könnte man annehmen, seien die Bemühungen angemessen honoriert. Das wird in diversen Fällen zutreffen. Jedoch geht dies zu kurz, schließlich wird hierdurch nur eine weitere Belastung der Masse ausgelöst, und zwar für die Befassung mit den Drittrechten.²⁷ Mit anderen Worten: Die Gläubigersamtheit zahlt für die besondere Befassung mit besonderen Vorrechten.

4. Reformation der Kostentragungslast bei Aussonderung

Aus vorstehenden Gründen bietet sich eine Konkretisierung der Kostentragungslast in Aussonderungsfällen an. Dies verhindert Rechtsunsicherheiten, führt zu einer beschleunigten und konfliktfreien Aussonderung und wird den praktischen Problemen unserer Zeit gerecht.

a. Exkurs: § 46 i KWG

Der Gesetzgeber hat für die Aussonderung von Kryptowerten bereits eine Spezialregelung geschaffen. Den Bedürfnissen der Parteien wird diese nur partiell gerecht. Der am 15.12.2023 in Kraft getretene § 46i Abs. 3 KWG regelt:

„(3) Stimmt der Kunde im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Instituts einer Aussonderung im Wege der Übertragung des vom Institut verwahrten Gesamtbestands auf ein vom Insolvenzverwalter bestimmtes Institut, welches das Kryptoverwahrgeschäft betreibt, nicht zu, trägt er die Kosten der Aussonderung. Dies gilt nicht, wenn die Bedingungen, zu denen das andere Institut eine Fortführung des Verwahrverhältnisses anbietet, für den Kunden unzumutbar sind. Sätze 1 und 2 sind auf die Übertragung wesentlicher Teile des verwahrten Gesamtbestands entsprechend anzuwenden.“

Anders als in § 47 InsO werden die Kosten der Aussonderung eindeutig geregelt. Leider hat der Gesetzgeber hierbei die Wertung des § 47 InsO und die Natur des Aussonderungsrechts außer Acht gelassen und eine Regelung zu Lasten des Insolvenzverwalters und mithin der Masse getroffen. Schließlich hat der Insolvenzverwalter gem. § 46 i Abs. 3 KWG nun sogar grundsätzlich die Kosten zu tragen, sofern der Tokenuser der Aussonderung durch Transfer auf ein „*anderes Institut*“ zur Fortführung des Verwahrverhältnisses zustimmt. Dabei sind bei der Aussonderung physischer Gegenstände die Abholungskosten gerade keine Kosten der Müheverwaltung und fallen daher dem Aussonderungsberechtigten zur Last. Ohne

²⁵ OLG Köln, Urt. v. 02.04.1987 - 12 U 169/86 (nicht rechtskräftig) = NJW RR 1997, 1012 (1013).

²⁶ LG Braunschweig Urt. v. Urteil vom 12.10.2000 - 10 O 1019/00 = DZWIR 2001, 303; MüKollnsO/Ganter § 47 Rn. 468.

²⁷ Smid: Vindikationsrechtliche Beziehungen zwischen Aussonderungsberechtigten und Insolvenzmasse, NZI 2014, 633 (634).

ersichtlichen Grund hat der Gesetzgeber dies für die der Abholung vergleichbaren Übertragung von Krypto - Assets auf ein anderes Institut anders geregelt. Dabei kann es keinen qualitativen Unterschied machen, ob physische Gegenstände abgeholt oder immaterielle Assets übertragen werden.²⁸

b. Vorschlag: Ergänzung des § 47 InsO

Eine Analogie zu § 171 InsO scheidet erkennbar mangels planwidriger Regelungslücke aus. Über § 47 S. 2 InsO lässt durchaus ein Kostenerstattungsanspruch der Insolvenzverwalter begründen (s.o.).

Indes würde es sich anbieten, den Rechtsgedanke des § 171 InsO aufzugreifen und als Grundlage für eine sach- und zeitgemäße Anpassung der Kostentragungslast bei Aussonderung heranzuziehen. Der sperrige Verweis auf die allgemeinen Vorschriften könnte in diesem Zusammenhang einer klaren und unmissverständlichen speziellen Kostenregelung weichen; sei es als Satz 2 oder in Form eines Abs. 2, wobei letzteres aus Gründen der Übersichtlichkeit präferiert wird.

Denkbar wäre folgende Regelung:

§ 47 Aussonderung

(1) Wer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, daß ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, ist kein Insolvenzgläubiger. Sein Anspruch auf Aussonderung des Gegenstands bestimmt sich nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten, soweit Abs. 2 nicht etwas anderes regelt.

(2) Die Kosten der Aussonderung trägt mit Ausnahme der Kosten der Direktübernahme und der Abholung des Aussonderungsgutes die Masse. Der Masse steht ein pauschaler Kostenerstattungsanspruch zu; dieser ist mit 3 vom Hundert des Verkehrswertes anzusetzen. Der Insolvenzverwalter kann die Herausgabe des Aussonderungsgutes bis zur Erfüllung des Kostenerstattungsanspruchs verweigern.

Auf Satz 3 des (neuen) Abs. 2 mag verzichtet werden, weil das Zurückbehaltungsrecht bereits aus § 273 BGB folgt.

Dass das Aussonderungsrecht gegenüber dem Absonderungsrecht dem Berechtigten eine stärkere Rechtsposition verleiht, könnte - wie ersichtlich - insofern berücksichtigt werden, als insgesamt nur ein Erstattungsanspruch i.H.v. 3 % des Gegenstandswertes zur sachgerechten Kompensation des anfallenden Verwaltungsaufwands anzusetzen sein sollte. Eine in der Praxis regelmäßig verlangte Aussonderung zum (faktischen) Nulltarif würde dadurch verhindert werden. Eine quotale Kostenerstattung von 3 % des Gegenstandswertes dürfte in den allermeisten Fällen auch sach- und interessensgerecht sein. Dem Umstand, dass ggf. höhere bzw. niedrigere Kosten entstehen und nach aktueller Gesetzeslage eine andere Kostenquote begründen würden, ist insoweit zu begegnen, als diesem der erhebliche

²⁸ d'Avoine/Hamacher Kryptoassets und Kosten der Aussonderung - § 46i Abs. 3 KWG und § 44 Abs. 3 KMAG, ZRI 2024, 49-53.

Mehrwert für das Insolvenzverfahren in Form der beschleunigten und konfliktfreien Aussonderung gegenübersteht.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes folgt aus der Taxierung, da aus den dargelegten Gründen meist das gesamte bewegliche Anlagevermögen inkl. Anwartschaften taxiert wird (s.o.). Dies erfolgt in der Regel durch einen neutralen Gutachter, sodass nur ein geringfügiges Konfliktpotential über die Höhe des angesetzten Wertes bestehen dürfte. Berechnungsgrundlage ist der Gegenstandswert bzw. Verkehrswert; das ist bei Fortführung der Fortführungswert, bei Liquidation der Liquidationswert.

Eine solche Regelung würde nicht nur Konflikte im Verfahren mindern, sie würde zugleich auch Vorteile für den Aussonderungsberechtigten bringen. Er erlangt hierdurch eine schnellere Freigabe des Aussonderungsgutes und wird nicht in zeitaufreibende Auseinandersetzungen getrieben. Er hat die Möglichkeit, sofort den Aussonderungsgegenstand zweckgebunden einzusetzen bzw. zu liquidieren und sich hieraus zu befriedigen. Der Aussonderungsberechtigte könnte rasch wieder disponieren. Jedenfalls müsste er sich nicht in Verhandlungen zum Abschluss - rechtlich fragwürdiger – Behandlungs-/Verwahrungs-/Vergütungsvereinbarungen begeben. Insgesamt würde die so geschaffene Rechtsklarheit das Abwicklungsverhältnis zwischen Insolvenzverwalter und Aussonderungsberechtigten stärken.

5. Fazit

Die Aussonderung ist ein komplexer und zeitaufwendiger Prozess, der auf verschiedenen Ebenen mit praktischen Problemen verbunden ist, auch in Bezug auf die Kostentragungslast.

In der Praxis verursachen die Prüfung, Sicherung, Versicherung, Transport bzw. Verbringung der Vermögenswerte durchaus beachtlichen Aufwand und damit Kosten. Die Modernisierung der Gesellschaft, Digitalisierung, KI, und der rasche technische Wandel bringen Neuerungen technischer Art einerseits und Anpassungen hergebrachter Grundsätze andererseits. Es wird ohne eine Neuregelung in vielen Fällen wohl kaum eindeutig festzulegen sein, wo Masseverwaltung aufhört und Sonderaufwand beginnt. Die bisherige gesetzliche Regelung des § 47 S. 2 InsO, die Kosten, die bei der Befassung mit Drittrechten bestehen, praktisch ausschließlich dem Insolvenzverwalter bzw. der Masse aufzuerlegen, erscheint für die komplexen Vorgänge unserer Zeit nicht mehr angemessen. Es wäre daher sach- und zeitgerecht, eine am Rechtsgedanken des § 170 InsO orientierte Neuregelung der Kostenverteilung bei Aussonderung in die InsO zu implementieren. Die Feststellungskosten könnten - parallel zu § 171 InsO - pauschal mit 3 % des Gegenstandswertes angesetzt werden.