

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

---

## Bestellung, Insolvenz und Verwertung

Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter

**Dr. Franc Zimmermann**

Gifhorn, Braunschweig, Wolfsburg, Berlin, Potsdam  
Partner Mönning & Georg Partnerschaftsgesellschaft Berlin

### Sicherheitenarten:

- Mobiliarsicherheiten (Sicherungsübereignung, Eigentumsvorbehalt, Verpfändung [selten])
- Immobiliarsicherheiten (Grundsschulden, Hypotheken)
- Bürgschaften, Zessionen

Anzahl der Kreditsicherheiten durch numerus clausus des deutschen Rechts begrenzt.

### ▪ **Unternehmenshypotheiken**

- nantissement du fonds de commerce (Frankreich, Belgien),
- företagshypothek (Schweden),
- Yrityskinnitys (Finnland)

oder

### ▪ **Mobiliarhypotheiken,**

insbesondere **Kraftfahrzeughypotheiken, Maschinenhypotheiken**

- nantissement de véhicules automobiles (Frankreich),
- ipoteca automobilistica (Italien),
- z.B. privilegio del venditore di macchine (Italien)

gibt es in Deutschland nicht, bzw. nur für spezielle Bereiche, wie etwa an Hochseekabeln, Luftfahrzeugen und Schiffen.

- **Wesentlicher Sinn von Kreditsicherheiten:**

Absicherung im Fall der Insolvenz

- **Aktuelle Lage in Deutschland:**

Die deutschen Amtsgerichte registrierten nach Angaben des Statistischen Bundesamtes (Destatis)

- **Januar 2010: 2.547 Unternehmensinsolvenzen**  
(= 4,2% mehr als Januar 2009)
- **Januar 2010: 8.265 Verbraucherinsolvenzen**  
(= 4,6% mehr als Januar 2009)

- Die voraussichtlich offenen Forderungen der Gläubiger bezifferten die Gerichte **allein für Januar 2010** auf **3,1 Milliarden Euro**.
- **Kreditsicherheit:**  
**Hohe wirtschaftliche Relevanz, insbesondere für institutionelle Gläubiger.**

Aus Sicht der Bank entscheidend:

**Welche Sicherheit ist die sicherste Sicherheit im Insolvenzfall?**

→ Zunächst:

**Diejenige Sicherheit, die auch verwertet werden kann.**

→ Sodann:

**Diejenige Sicherheit, die im Insolvenzfall ein Aussonderungsrecht und nicht nur ein Absonderungsrecht gewährt.**

### Voraussetzung:

- Insolvenzverfahrenseröffnung.
- vorher sind die Regelungen der Insolvenzordnung (InsO) aus Sicht der Bank lediglich im Rahmen von strategischen Erwägungen von Relevanz (siehe Vortrag RA Ralf Josten, LL.M.).

## Insolvenzverfahren wird eröffnet, wenn

### ▪ Zulässiger Insolvenzantrag

- Antragsberechtigung
- Insolvenzgrund glaubhaft gemacht
- mit Insolvenzantragstellung werden keine sachfremden Ziele verfolgt.

(Die Antragstellung darf **nicht** mit dem [erklärten] Ziel erfolgen, den Schuldner/die Schuldnerin [natürliche Personen, juristische Personen, geschäftsführende Organe] nunmehr **zur Zahlung zu veranlassen** oder einen Konkurrenten zu schädigen.

Ziel muss sein: Geordnete Abwicklung des Vermögens des Schuldners/der Schuldnerin.

Anderenfalls: Antrag unzulässig.)

## und

### ▪ **Insolvenzgrund vorliegt**

#### - **natürliche Person:**

- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO),
- drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO); nur bei Eigen-Insolvenzantrag, nicht bei Fremd-Insolvenzantrag

#### - **juristische Person:**

- Zahlungsunfähigkeit (§ 17 InsO),
- drohende Zahlungsunfähigkeit (§ 18 InsO); nur bei Eigen-Insolvenzantrag, nicht bei Fremd-Insolvenzantrag,
- Überschuldung (§ 19 InsO)

- **Zahlungsunfähigkeit**

§ 17 Abs. 2 InsO:

„Der Schuldner ist zahlungsunfähig, wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen.“

BGH, Urt. v. 24.5.2005 – IX ZR 123/04:

Deckungsgrad fälliger Verbindlichkeiten durch liquide Mittel weniger als 90 % unter Berücksichtigung Zahlungseingänge Drei-Wochen-Zeitraum.

## ▪ Zahlungsunfähigkeit

BGH, Beschl. v. 21.09.2006 – IX ZR 55/05, auch einzubeziehen:

- kurzfristig liquidierbare Gegenstände (z.B. Kraftfahrzeuge, Fuhrpark, tatsächlich fungible Warenvorräte);
- Konkrete Möglichkeit, durch neue Kredite oder Beleihung von Vermögensgegenständen liquide Mittel zu beschaffen (Beschaffung nicht erforderlich, konkrete Möglichkeit reicht aus)

## ▪ **Drohende Zahlungsunfähigkeit**

§ 18 Abs. 2 InsO:

„Der Schuldner droht zahlungsunfähig zu werden, wenn er voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen.“

Prognostisch: Schuldner/in ist voraussichtlich nicht in der Lage, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit aus den liquiden Mitteln zu erfüllen (künftige Liquiditätssituation)

### ▪ Überschuldung (§ 19 InsO)

- Temporär neugefasst bis nunmehr 31.12.2013
- zunächst nur bis 31.12.2010 „Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes“ [Finanzmarktstabilisierungsgesetz] vom 17.10.2008.
- Verlängerung des Gültigkeitszeitraums durch „Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen“

### ■ Überschuldung

§ 19 Abs. 2 InsO:

„Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich.“

#### 2-stufige Prüfung:

- 1. Stufe: Bewertung des gesamten Vermögens des Schuldners/der Schuldnerin zu Liquidationswerten und Gegenüberstellung, ob damit sämtliche Verbindlichkeiten gedeckt werden können
- 2. Stufe: Selbst wenn keine Deckung: Wenn positive Fortführungsprognose getroffen werden kann (objektiv zu beurteilen), keine Überschuldung im Sinne der InsO, anderenfalls schon.

### ▪ Überschuldung

#### Beachte:

- Die handelsrechtliche Überschuldung ist nicht gleichzusetzen mit insolvenzrechtlicher Überschuldung.
- Aber:  
**Nach BGH (BGH, Urt. v. 16.03.2009 - II ZR 280/07 und Sen. Urt. v. 7.03.2005 - II ZR 138/03, sowie BGHZ 146, 264, 267 f.) hat handelsrechtliche Überschuldung indizielle Wirkung für insolvenzrechtliche Überschuldung.**  
D.h. Bank kann ggf. „erahnen“ ob Schuldner/in bereits überschuldet im Sinne der InsO; wichtig bei Kreditvergabe.

### ▪ Verfahrenskostendeckung (§ 54 InsO)

§ 54 InsO:

„Kosten des Insolvenzverfahrens sind:

1. die Gerichtskosten für das Insolvenzverfahren;
2. die Vergütungen und die Auslagen des vorläufigen Insolvenzverwalters, des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses.“

Wie die Verfahrenskostendeckung zustande kommt, ist unerheblich (Schuldnervermögen [Regelfall], Geld erst durch Prozessführung im eröffneten Verfahren realisierbar [Regelfall], Kostenvorschuss von Dritter Seite [selten], etc.)

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Insolvenzverfahrenseröffnungsvoraussetzungen - Entscheidung



- Wenn **Insolvenzgrund** vorliegt **und Verfahrenskosten-  
deckung** gewährleistet ist, ist das **Verfahren zu  
eröffnen**.
  
- **Anderenfalls ist Antrag** entweder bereits als **unzulässig** oder **unbegründet** oder **mangels eine die  
Verfahrenskosten deckende Masse abzuweisen** (§ 26  
InsO).

- **Wenn keine Verfahrenseröffnung:**

Fortsetzung der Einzelzwangsvollstreckung und gesicherte Gläubiger greifen direkt auf Schuldnervermögen aufgrund der eingeräumten Sicherungsrechte oder erstrittener Titel zu.

- **Wenn Verfahrenseröffnung:**

Geordnete Abwicklung über Insolvenzverwalter. Sicherungsrechte sind beim Verwalter geltend zu machen, sofern der Verwalter das Sicherungsgut im Besitz hat.

- § 166 Abs. 1 InsO:  
„Der **Insolvenzverwalter darf** eine bewegliche Sache, an der ein Absonderungsrecht besteht, freihändig **verwerten**, wenn er die Sache **in seinem Besitz** hat.“
- **Anderenfalls:** § 173 Abs. 1 InsO:  
„Soweit der Insolvenzverwalter nicht zur Verwertung einer beweglichen Sache oder einer Forderung berechtigt ist, an denen ein Absonderungsrecht besteht, **bleibt das Recht des Gläubigers zur Verwertung unberührt.**“

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitenverwertungsberechtigung - Hinweis



**Aus Sicht des Sicherungsgläubigers (Bank), ist die Kreditsicherheit besser, die ein Aussonderungsrecht und nicht nur ein Absonderungsrecht gewährt.**

- **Aussonderung:**

§ 47 InsO:

„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.**“

(idR. Herausgabeanspruch, zumindest gem. § 985 BGB)

- **Verpflichtung des Verwalters zur Herausgabe**, sobald er die Masse in Besitz genommen hat und Aussonderungsrecht geltend gemacht wurde. Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe folgt aus § 47 InsO iVm. den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften.
- **Bei Verzögerung der (ungekürzten) Herausgabe:** Grdstl. Haftungsanspruch gegen die Masse gem. § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO oder im Extremfall § 60 InsO.

## § 55 Abs. 1 InsO:

„Masseverbindlichkeiten sind weiter die Verbindlichkeiten:

1. die durch Handlungen des Insolvenzverwalters oder in anderer Weise durch die Verwaltung, Verwertung und Verteilung der Insolvenzmasse begründet werden, ohne zu den Kosten des Insolvenzverfahrens zu gehören ...“

### § 60 Abs. 1 InsO:

„Der Insolvenzverwalter ist allen Beteiligten zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. Er hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen. ...“

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitenverwertungsberechtigung - Aussonderung



Was kann der Verwalter für die Aussonderung vom Sicherungsgläubiger verlangen?

**Nichts:** § 47 InsO: „... bestimmt sich nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten.“

- **Absonderungsrechte §§ 49-52 InsO:**

Definition:

**Absonderungsberechtigt** ist, wer einen bereits zur Zeit der Insolvenzeröffnung begründeten Anspruch auf (im Verhältnis zur Aussonderung: lediglich) **vorzugsweise Befriedigung** aus einem bestimmten **Massegegenstand** hat.

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenverwertungsberechtigung - Absonderung



### ▪ Absonderungsrechte gewähren insbesondere:

- **Vertrags-Pfandrechte** (an Sachen gem. §§ 1204 ff BGB oder Forderungen gem. §§ 1273ff., 1279ff. BGB), einschließlich AGB-Banken- bzw. AGB-Sparkassen-Pfandrechte, sofern vor Verfahrenseröffnung entstanden
- **Gesetzliche Pfandrechte** (Vermieter, § 562 BGB; Verpächter, § 592 BGB; Werkunternehmer, § 647 BGB; Frachtführer, § 441 HGB; Spediteure, § 464 HGB etc.), sofern vor Verfahrenseröffnung entstanden
- **Pfandrechte an Grundstücken** (Grundschild, Hypothek, aber u.a. auch Realsteuerberechtigte [§ 49 InsO iVm. § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG])
- **Sicherungseigentum** (§ 51 Nr. 1 InsO)
- Bei Forderungen: **Sicherungsabtretung** (§ 51 Nr. 1 InsO).

- **Folge Absonderung:**

Die Rechte dieser gesicherten Gläubiger bestimmen sich **nicht nur** (Sicherheitenbestellung = allgemeines Zivilrecht) nach den allgemeinen Vorschriften, **sondern** insbesondere **auch** nach den Vorschriften der InsO, sofern Sicherungsgegenstand im Besitz des Verwalters:

### § 166 Abs. 1 InsO:

„Der Insolvenzverwalter darf eine bewegliche Sache, an der ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwerten, wenn er die Sache **in seinem Besitz** hat.“

### ▪ Bei Mobiliarvermögen:

- **Verwertungsrecht bei Verwalter,**
- zudem: **Gesetzlicher Anspruch auf...**

- **Feststellungspauschale (4 %)**

§ 171 Abs. 1 InsO: „Die Kosten der Feststellung umfassen die Kosten der tatsächlichen Feststellung des Gegenstands und der Feststellung der Rechte an diesem. Sie sind pauschal mit vier vom Hundert des Verwertungserlöses anzusetzen.“

- **Verwertungspauschale (5%, sofern Verwalter verwertet)**

§ 171 Abs. 2 InsO: „Als Kosten der Verwertung sind pauschal fünf vom Hundert des Verwertungserlöses anzusetzen.“ (Lagen die tatsächlich entstandenen, für die Verwertung erforderlichen Kosten erheblich niedriger oder erheblich höher, so sind diese Kosten anzusetzen.)

- **Umsatzsteuer zur Masse, wenn Masse Steuerschuldner der Verwertung ist**

§ 171 Abs. 2 Satz 3 InsO: „Führt die Verwertung zu einer Belastung der Masse mit Umsatzsteuer, so ist der Umsatzsteuerbetrag zusätzlich zu der Pauschale nach Satz 1 oder den tatsächlich entstandenen Kosten nach Satz 2 anzusetzen.“

- **Bei Immobilienvermögen:**

Verwertungsrecht zwar bei Verwalter, jedoch kann besicherter Gläubiger (Bank) jederzeit blockieren, indem

- z.B. Löschungsbewilligung für Grundpfandrecht nicht erteilt wird,
- anders aber bei nachrangigem Grundpfandrecht, auf das voraussichtlich kein Erlös entfallen wird, dann üblich: „Lästigkeitsgebühr“;

- „Lästigkeitsgebühr“

- qua Gesetz: Keine Begrenzung der Höhe nach,
- aber BGH, Beschl. v. 20.03.2008 - IX ZR 68/06:

„Verspricht der Insolvenzverwalter dem durch eine offensichtlich wertlose Grundschuld gesicherten Gläubiger gegen Erteilung der Löschungsbewilligung zusätzlich zu den übernommenen Löschungskosten eine Geldleistung, ist diese Vereinbarung wegen Insolvenzzweckwidrigkeit nichtig.“

Folgen dieser Entscheidung bisher nicht abschließend herausgearbeitet; hat Verwalter gar einen Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligung in solchen Fällen?

→ Keine Rechtsgrundlage für diese Folge

#### ■ Immobilienvermögen

- Blockieren kann Grundpfandgläubiger Verwertung durch Verwalter auch, indem Zwangsversteigerungs- und/ oder Zwangsverwaltungsverfahren betrieben wird. Dann entfällt Verwaltungs- und Verwertungskompetenz des Verwalters.
- Beachte aber: Auch Verwalter kann Zwangsversteigerung betreiben

#### § 165 InsO:

„Der Insolvenzverwalter kann beim zuständigen Gericht die Zwangsversteigerung oder die Zwangsverwaltung eines unbeweglichen Gegenstands der Insolvenzmasse betreiben, auch wenn an dem Gegenstand ein Absonderungsrecht besteht.“

### ▪ Immobilienvermögen

Verwalter kann **zwar** Zwangsversteigerung des Grundpfandgläubigers qua lege blockieren über § 30d ZVG (und Zwangsverwaltung gem. § 153 b ZVG)

#### § 30d Abs. 1 ZVG:

„Ist über das Vermögen des Schuldners ein Insolvenzverfahren eröffnet, so ist auf Antrag des Insolvenzverwalters die Zwangsversteigerung einstweilen einzustellen, wenn

1. im Insolvenzverfahren der Berichtstermin nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 der Insolvenzordnung noch bevorsteht,
2. das Grundstück nach dem Ergebnis des Berichtstermins nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 der Insolvenzordnung im Insolvenzverfahren für eine Fortführung des Unternehmens oder für die Vorbereitung der Veräußerung eines Betriebs oder einer anderen Gesamtheit von Gegenständen benötigt wird,
3. durch die Versteigerung die Durchführung eines vorgelegten Insolvenzplans gefährdet würde oder
4. in sonstiger Weise durch die Versteigerung die angemessene Verwertung der Insolvenzmasse wesentlich erschwert würde.

Der Antrag ist abzulehnen, wenn die einstweilige Einstellung dem Gläubiger unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse nicht zuzumuten ist.“

#### ■ Immobilienvermögen

**In der Praxis** wird dem **Zwangsversteigerungseinstellungsantrag des Verwalters** aber in der Regel durch die Gerichte **nicht entsprochen**. Zwar juristisch inkorrekt, aber Tatsache.

(hierzu ausführlich: Mönning/Zimmermann, Die Einstellungsanträge des Insolvenzverwalters gem. §§ 30d, 153b ZVG ..., NZI 2008 Heft 3, S. 134 - 139)

**Wenn keine Zwangsversteigerung** eingeleitet wird, um Marktwert der Immobilie zu erhalten, und Verwalter „freihändig“ veräußert: Üblich: Analog § 171 InsO „Massebeitrag“. Höhe frei verhandelbar. Üblich zwischen 2% und 10% je nach Art der Immobilie und Aufteilung der „Verwertungsarbeit“.

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

Sicherheitenverwertungsberechtigung – **Absonderung** ↔  
**Aussonderung**



Gegenüberstellung **Absonderung** und **Aussonderung**  
bei Mobilienvermögen

**Beispiel:** Strick-/Extrusionsanlage, im Besitz des  
Verwalters, (tatsächlich erzielbarer Liquidations-) Wert:  
300.000,00

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenverwertungsberechtigung – Absonderung ↔ Aussonderung



- Strick-/Extrusionsanlage, Wert: 300.000,00

Bank hat...	Absonderungsrecht (Sicherungsübereignung)	Aussonderungsrecht (Eigentumsvorbehalt)
„Kosten“ der Bank bei Verwertung	<b>Feststellungspauschale</b> 4 % = <b>12.000,00 EUR</b>	-
	<b>Verwertungspauschale</b> 5 % = <b>15.000,00 EUR</b>	Geschätzte Verwertungskosten bei Verwertung durch Beauftragten der Bank: <b>10.000,00 EUR</b>
<b>Gesamt:</b>	<b>27.000,00 EUR</b>	<b>10.000,00 EUR</b>
<b>Umsatzsteuer:</b>	neutralisiert	neutralisiert
<b>Bank erhält:</b>	300.000,00 EUR - <u>27.000,00 EUR</u> <b><u>273.000,00 EUR</u></b>	300.000,00 EUR - <u>10.000,00 EUR</u> <b><u>290.000,00 EUR</u></b>

- Differenz nur durch Wahl des Sicherungsrechts: **17.000,00 EUR**

- **Hinweis:**

**Bei Sicherheitenbestellung bzgl. Mobilienvermögen im Zweifel die Sicherheit wählen, die Aussonderungsrecht gewährt.**

- **Im Übrigen:** Keine pauschale Beurteilung möglich, welche Sicherheit die beste Sicherheit ist, da die insofern besonders relevanten Instrumentarien der InsO
    - **Rückschlagsperre**
      - **Regelinsolvenzen:** § 88 InsO – 1 Monat vor Insolvenzantrag
      - **Verbraucherinsolvenzen:** §§ 88, 312 Abs. 1 S. 3 InsO – 3 Monate vor Insolvenzantrag
    - **Insolvenzspezifische Anfechtung (§§ 129 ff. InsO)**
      - **Regelinsolvenzen:** Insolvenzverwalter kann immer anfechten
      - **Verbraucherinsolvenzen:** Treuhänder kann nur nach „Auftrag“ durch Gläubigerversammlung anfechten, § 313 Abs. 2 Satz 2 InsO
- nicht** nach der Art der bestellten Sicherheit unterscheiden.

- **Welche Relevanz haben Rückschlagsperre und Anfechtung?**  
→ Abhängig vom Verwalter/Treuhänder und Sachverhalt.
- **Allgemeiner Trend:** Mehr Anfechtungen als zuvor, insbesondere da die Insolvenzmassen bei Verfahrenseröffnung tendenziell kleiner sind, als noch vor einigen Jahren.
- **Grund:** Insolvenzanträge werden sehr spät gestellt.

- **Grund hierfür:**

- Unterschiedlich, häufig: „Makel“ der Insolvenz, schlechter Ruf in der Öffentlichkeit etc.

- Insbesondere bei kleinen und mittelständischen Betrieben: Durch späte Antragstellung werden bis dahin nahezu alle finanziellen und gegenständlichen Ressourcen aufgezehrt, sodass bei Verfahrenseröffnung kaum noch Vermögen vorhanden ist.

Da sich Insolvenzen regelmäßig mittelfristig anbahnen (punktuelle Insolvenz sehr selten) gab es bereits diverse Vollstreckungen, Verhandlungen mit Hausbank, einschließlich Nachbesicherungen, Neukreditvergaben etc.

- **Folge:** Weniger Ist-Masse

#### ▪ Exkurs:

### Ist-Masse, Soll-Masse und Sinn des Insolvenzverfahrens

- Insolvenzverfahren= **Gesamt**vollstreckungsverfahren.

- **Beispiel:**

Gläubiger Meier hat Forderung gegen Schulz GmbH, Schulz GmbH zahlt nicht, Meier beantragt Mahnbescheid, später Vollstreckungsbescheid und schickt sodann den **Gerichtsvollzieher** zur Schulz GmbH, der einzig und allein im **Einzel**interesse des Gläubigers Meier vollstreckt.

- Der **Insolvenzverwalter** vollstreckt für alle Gläubiger, also die **Gesamt**gläubigerschaft in das Vermögen der Schulz GmbH.

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitenauswahl – Exkurs: Ist-Masse, Soll-Masse etc.



- Dabei findet Insolvenzverwalter per Verfahrenseröffnung unterschiedliche Vermögensgegenstände vor,
  - die tw. der Schulz GmbH zugeordnet sind (z.B. im Eigentum stehende Baumaschinen, Forderungen gegen Dritte etc.),
  - aber auch schuldnerfremdes Vermögen (insbesondere Miet-, Leihgegenstände, die im Fremdeigentum stehen und an sich nichts mit dem Schuldnervermögen zu tun haben)
  - und schließlich bestehen Ansprüche, die im Insolvenzfall geltend zu machen sind (§ 64 S. 1 GmbHG, Insolvenzanfechtung [§§ 129 ff. InsO] etc).

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

Sicherheitenauswahl – Exkurs: Ist-Masse, Soll-Masse etc.



Die Masse, die der Verwalter **per Verfahrenseröffnung** vorfindet ist die **Ist-Masse**.

Aufgabe des Verwalters ist, die **Ist-Masse** zu **bereinigen** einerseits (z.B. Aussonderung von Fremdeigentum) **und anzureichern** andererseits (Durchsetzung Insolvenzanfechtung etc.).

Das **Produkt** nach Abschluss dieser Handlungen ist die „**Soll-Masse**“, die einzig für die Insolvenzgläubiger (§ 38 InsO) relevant ist.

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

Sicherheitenauswahl – Exkurs: Ist-Masse, Soll-Masse etc.



### Zusammengefasst:

**Insolvenzverwalter führt die Ist-Masse im Interesse der Gläubigergemeinschaft zur Soll-Masse.**

### (Provokante) These:

**Soll-Masse ist die Soll-Masse, die der Verwalter als solche in seinem Schlussbericht benennt.**

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



- **Beispiel:** Schulz GmbH hat bei Verfahrenseröffnung und unterstellt, dass Betrieb nicht fortführungsfähig, ungesicherte (Insolvenz-) Gläubiger: 100.000,00 EUR:

**Ist-Masse:**

Fuhrpark, Baumaschinen, Gerätschaften	50.000,00 €
Bankguthaben	10.000,00 €
Forderungen gegen Dritte	5.000,00 €
Gemietete Maschinen (Fremdeigentum)	10.000,00 €
Sicherungsübereignete Maschinen	10.000,00 €

Im 1-Monatszeitraum vor Antragstellung, so hat der Insolvenzverwalter festgestellt, hat die örtliche AOK – wie schon oft – bei der Schulz GmbH vollstreckt. Hierbei hat sie 3.000,00 EUR erhalten.

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



- Wenn der Verwalter sich keine Mühe gibt:  
Soll-Masse:

Fuhrpark, Baumaschinen, Gerätschaften	50.000,00 €
Bankguthaben	10.000,00 €
Forderungen gegen Dritte	5.000,00 €
<i>Gemietete Maschinen (Fremdeigentum)</i> (Aussonderung)	<i>10.000,00 €</i>
<i>Sicherungsübereignete Maschinen</i> (Absonderung)	<i>10.000,00 €</i>
Feststellungs- und Verwertungspauschalen (4%+5%)	900,00 €
Anfechtung AOK	3.000,00 €
In der Schlussrechnung ausgewiesene <u>Soll-</u> Masse	68.900,00 €

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



<b>Übertrag:</b>		<b>Ausgewiesene Soll- Masse</b>
		<b>68.900,00 €</b>
<b>Vorab Verfahrenskosten (§ 54 InsO):</b>		
- Gerichtskosten	1.968,00 €	
- Verwaltervergütung (ohne Zuschläge)	17.573,00 €	
- Auslagenpauschale	<u>2.635,95 €</u>	
- Gesamt	22.176,95 €	
<b>Aufgerundet</b>		<b>- 25.000,00 €</b>
<b>Verteilungsmasse:</b>		<b>43.900,00 €</b>

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



#### ▪ Ergebnis:

- Anfechtungsgläubiger (AOK) meldet Forderung (3.000,00 €) zur Tabelle

#### → Quote für ungesicherte Gläubiger:

$$100 \text{ ./} \cdot (3.000,00 \text{ € [AOK]} + 100.000,00 \text{ € [übrige Gläubiger]}) \times 43.900,00 \text{ €} = \underline{\underline{42,62 \%}}$$

#### Konkret:

Gläubiger mit Forderung 10.000,00 € erhält: 4.262,00 €.

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



- **Wenn der Verwalter sich mehr Mühe gibt:**

[Überprüfung gesamten Anfechtungszeitraum von 10 Jahren gem. § 133 InsO; **Ermittlung von weiteren Anfechtungsansprüchen in Höhe von insgesamt 30.000,00 EUR.**]

### Soll-Masse:

Fuhrpark, Baumaschinen, Gerätschaften	50.000,00 €
Bankguthaben	10.000,00 €
Forderungen gegen Dritte	5.000,00 €
<i>Gemietete Maschinen (Fremdeigentum)</i> (Aussonderung)	10.000,00 €
<i>Sicherungsübereignete Maschinen</i> (Absonderung)	10.000,00 €
Feststellungs- und Verwertungspauschalen (4%+5%)	900,00 €
Anfechtung AOK	3.000,00 €
weitere Anfechtungen	30.000,00 €
In der Schlussrechnung ausgewiesene <u>Soll-Masse</u>	98.900,00 €

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



**Übertrag:**

**Ausgewiesene Soll-Masse**

---

**98.900,00 €**

### **Vorab Verfahrenskosten (§ 54 InsO)**

- Gerichtskosten	2.568,00 €
- Verwaltervergütung (ohne Zuschläge)	19.673,00 €
- Auslagenpauschale	<u>2.950,95 €</u>
- Gesamt	25.191,95 €

**Aufgerundet**

**- 28.000,00 €**

**Verteilungsmasse:**

---

**70.900,00 €**

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



### ▪ Ergebnis:

- Anfechtungsgläubiger (AOK) meldet Forderung (3.000,00€) zur Tabelle
- Weitere Anfechtungsgläubiger melden Forderungen (30.000,00 €) zur Tabelle

### → Quote für ungesicherte Gläubiger:

$$100 \cdot \frac{(3.000,00 \text{ € [AOK]} + 30.000,00 \text{ € [weitere Gläubiger]} + 100.000,00 \text{ € [übrige Gläubiger]})}{70.900,00 \text{ €}} = \underline{\underline{53,30 \%}}$$

### Konkret:

Gläubiger mit Forderung 10.000,00 € erhält: 5.330,00 €.

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



- Gegenüberstellung Soll-Masse:

<u>Gesetzlich</u>	<u>Schlussrechnung</u>
<u>Soll-Masse:</u> 98.900,00 €	<u>Soll-Masse:</u> 68.900,00 €
<u>Verteilungsmasse:</u> 70.900,00 €	<u>Verteilungsmasse:</u> 43.900,00 €
<u>Quotenerwartung:</u> 53,30 %	<u>Quotenerwartung:</u> 42,62 %

**Abweichung größer als 10% zum Nachteil der Gläubiger!**

#### ▪ **Motivationen des Verwalters zur kompletten Aufarbeitung auch des Anfechtungsbereiches:**

- **Berufsethos** (kaum objektiv überprüfbar)
- **Prestige**
- **eigenes Vergütungsinteresse** (kann von untergeordnetem Interesse sein; im Beispielsfall erhält Verwalter bei erheblichem Mehraufwand ggf. nur 3.000,00 € mehr)
- **eigene Haftung** des Verwalters für unsorgfältige Abwicklung

§ 60 Abs. 1 InsO:

„Der Insolvenzverwalter ist allen Beteiligten zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. Er hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen.“

### ■ **Problem hierbei:**

- Gläubiger kennen den Zahlungsverkehr des Schuldners in der Regel nicht.
- Überprüfbarkeit, ob anfechtbare Rechtshandlungen bei dem Schuldner erfolgt sind, durch Gläubiger häufig überhaupt nicht möglich.
- Der Anfechtungsgegner selbst wird selbstverständlich an der Aufklärung kein Interesse haben.

### ■ **Folge:**

Dem Grunde nach bestehender Haftungsanspruch gegen Verwalter gem. § 60 Abs. 1 InsO wird mangels Kenntnis seitens der Gläubiger von Pflichtverletzung des Verwalters nicht geltend gemacht.

- **Folge des Ganzen:**

**In machen/vielen Fällen entspricht die ausgewiesene Soll-Masse nicht der „echten“, gesetzlichen Soll-Masse.**

- **Bezogen auf Banken:**

- „Unsorgsame“ Abwicklung im oben genannten Sinne kann von Vorteil sein, nämlich wenn Bank selbst Anfechtungsgegner wäre.
- Aber in der Regel, jedenfalls bei kleinen und mittelständischen Unternehmen, Hauptanfechtungsgegner: Finanzamt und Sozialversicherungsträger.

#### ▪ Hinweis:

- Bank als Gläubiger hat ein Einsichtsrecht in die Berichte des Verwalters. Viele Verwalter veröffentlichen Berichte, sodass diese bequem eingesehen werden können. **Banken sollten die Berichte des Verwalters genau untersuchen, ob Bericht auch Anfechtungsbereich ordentlich aufbereitet und auf Schlüssigkeit prüfen.**
- **Ist die Bank Hausbank des Schuldners, weiß sie auch, ob in der Vergangenheit Vollstreckungsmaßnahmen erfolgt sind.**

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitenauswahl – Auswirkung externer Kriterien



#### ▪ **Beispiel:**

In einem meiner Verfahren hat die Überprüfung ergeben, dass es allein fast 20 Kontopfändungsmaßnahmen seitens Sozialversicherungsträgern und Finanzamt gegeben hat.

Es ist unwahrscheinlich, wenn es den Tatsachen entspräche, wenn im Bericht steht, dass Anfechtungsansprüche nicht ermittelt werden konnten.

Im vorliegenden Fall gab es allein seitens eines Sozialversicherungsträgers weitere 48 Zwangsvollstreckungsmaßnahmen.

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitsauswahl – Auswirkung externer Kriterien



- Das Insolvenzverfahren ist nach dem Willen des Gesetzgebers ein weitgehend gläubigerautonomes Verfahren.
- Die Praxis lehrt, dass insbesondere auch institutionelle Gläubiger viel zu wenig von ihren Einsichtnahme- und Kontrollrechten Gebrauch machen.
- Eine Garantie für einen „guten“ Insolvenzverwalter gibt es nicht. Und nach wie vor gilt der Satz von Ernst Jäger:

**„Die Auswahl des Insolvenzverwalters ist die Schicksalsfrage des Konkurses“**

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitsauswahl – Auswirkung externer Kriterien



Gegenwärtig wird bekanntlich diskutiert, ob die Gläubigerautonomie weiter gestärkt werden soll, insbesondere durch ein Wahlrecht der Gläubiger – etwa durch einen vorläufigen Gläubigerausschuss – des Insolvenzverwalters.

Ob dies jemals umgesetzt wird, ist zweifelhaft.

Denn die institutionellen Gläubiger werden den Hang dazu haben, ihnen bekanntermaßen, nach Maßstäben des heutigen Insolvenzrechts, „faule“ Insolvenzverwalter zu bevorzugen, die nicht mühsam Anfechtungsansprüche ermitteln, die diese Gläubiger selbst treffen können.

- **Allgemeines Problem:**

Kommunikationsschwierigkeiten zwischen Bank und Verwalter.

- **Hinweis:**

Verwalter und Bank sollten sich regelmäßig gut miteinander abstimmen, um bestmögliche Durchführung des Verfahrens zu ermöglichen.

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitenauswahl – Kommunikation



Im Falle unabgestimmten Vorgehens wird die Bank etwa, die Sicherungsrechte an Grundbesitz hat, ggf. vorschnell **Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung** des Grundbesitzes in die Wege leiten. Bekanntlich **fällt** damit der **Marktwert sofort erheblich**.

Bereits ein Insolvenzverfahren zieht erfahrungsgemäß den Gedanken eines potentiellen Käufers des Grundbesitzes „Aus einem Insolvenzverfahren kauft man billig“ nach sich.

Im Falle der Zwangsversteigerung weiß man „Das Grundstück bekommt man „nachgeworfen““.

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Sicherheitenauswahl – Kommunikation



- Bereits aus Werterhaltungsgründen sollte daher die Bank ein Interesse daran haben, sich mit dem Verwalter abzustimmen.
- Erfahrungsgemäß und im Durchschnitt, je nach Objekt, Lage etc. werden im Falle von **Zwangsversteigerungen idR. max. 50%-70%** des Verkehrswertes erzielt.
- Bei **gezielter Zusammenarbeit** zwischen Verwalter und Bank **im Durchschnitt erfahrungsgemäß zwischen 75 % und 90%**.

Der Verwalter „kostet“ die Bank hierbei nur den auszuhandelnden Masseanteil, regelmäßig in Höhe von zwischen 2% und 10% des Erlöses.

# Sicherheiten im Bankgeschäft...

## Sicherheitenauswahl – (Fehlende) Kommunikation und mögliche Folgen



- **Beispiel:** Grundbesitz Verkehrswert: 500.000,00 €

<u>Zwangsversteigerung (50%-70%)</u>		<u>Freihändige Verwertung</u>	
50%	250.000,00 €	75 %	375.000,00 €
70%	350.000,00 €	90 %	450.000,00 €
<b>Versteigerungskosten (pauschal, geschätzt)</b>		<b>Versteigerungskosten (pauschal, geschätzt)</b>	
5.000,00 €		5.000,00 €	
		<b><u>Abzüglich „Massebeitrag“</u></b>	
		2% aus 375.000,00 € = 7.500,00 €	
		7,5% aus 375.000,00 € = 28.125,00 €	
		2% aus 450.000,00 € = 9.000,00 €	
		7,5 % aus 450.000,00 € = 33.750,00 €	
<b><u>Realisat:</u></b>		<b><u>Realisat:</u></b>	
<b>245.000,00 € bis 345.000,00 €</b>		<b>346.875,00 € bis 416.250,00 €</b>	

zzgl. erhebliche Erhöhung der Quotenerwartung als ungesicherte (Ausfall-)Gläubigerin, da Massebeitrag nicht „Sondervergütung“ des Insolvenzverwalters, sondern Massebestandteil ist.

Daher könnte der Masseanteil sogar deutlich höher liegen, ohne dass die Bank Nachteile hieraus hätte.

### ▪ Hinweis:

- Unmittelbar nachdem Insolvenzverfahrenseröffnung bekannt wird – besser noch: bereits während der vorläufigen Insolvenzverwaltung – mit dem Insolvenzverwalter abstimmen, ob dieser Aussichten für eine „freihändige“ Verwertung, also eine Verwertung außerhalb eines Versteigerungsverfahrens sieht, was meistens der Fall sein wird.
- Geklärt werden muss auch, wer Grundsteuern etc. trägt, ggf. „kalte Zwangsverwaltung“.

### Grundstruktur der

- **Rückschlagsperre (§ 88 [„312] InsO) und**
- **Insolvenzanfechtung (§§ 129ff [„313] InsO)**

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Rückschlagsperre §§ 88 [, 312] InsO



- § 88 InsO:  
„Hat ein Insolvenzgläubiger **im letzten Monat vor dem Antrag** auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens **oder nach diesem Antrag durch Zwangsvollstreckung** eine **Sicherung** an dem zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögen des Schuldners **erlangt**, so wird diese Sicherung mit der Eröffnung des Verfahrens **unwirksam.**“
- § 312 InsO (sinngemäß):  
In **Verbraucherinsolvenzverfahren** „...beträgt die in § 88 genannte Frist **drei Monate.**“

## Sicherheiten im Bankgeschäft...

### Insolvenzspezifische Anfechtung (§§ 129 ff. InsO)



- **Ziel** der Insolvenzanfechtung gem. §§ 129 ff. InsO ist, **Vermögensverschiebungen rückgängig zu machen, die die Gläubiger des Schuldners benachteiligen.**
- Die §§ 129 ff. InsO stellen in Abhängigkeit von der **Art der Vermögensverschiebung** (kongruent/ inkongruent), von dem **Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung** und **von wem** die Rechtshandlung durchgeführt wurde **unterschiedliche Voraussetzungen** auf.



Rechtsanwalt und Insolvenzverwalter

## **Dr. Franc Zimmermann**

Gifhorn, Braunschweig, Wolfsburg, Berlin, Potsdam

Partner Mönning & Georg Partnerschaftsgesellschaft Berlin

[franc.zimmermann@moenning-georg.de](mailto:franc.zimmermann@moenning-georg.de)

*Berlin: Emser Str. 9, 10719 Berlin, Tel: 030 – 890449 0, Fax: 030 – 890 449 50*

*Gifhorn: Rathausstr. 1, 38518 Gifhorn, Tel: 05371 – 945 40 0, Fax: 05371 – 945 40 20*