



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

IX ZR 145/21

Verkündet am:
27. Oktober 2022
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

InsO § 50 Abs. 1, § 51 Nr. 1 Fall 2, § 166 Abs. 1 und 2

Das Recht des Insolvenzverwalters, bewegliche Sachen, an denen ein Absonderungsrecht besteht, und zur Sicherheit abgetretene Forderungen des Schuldners zu verwerten, erstreckt sich nicht auf sonstige Rechte.

BGH, Versäumnisurteil vom 27. Oktober 2022 - IX ZR 145/21 - OLG Karlsruhe

LG Mannheim

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Juli 2022 durch den Vorsitzenden Richter Grupp, die Richter Prof. Dr. Schoppmeyer, Röhl, die Richterin Dr. Selbmann und den Richter Dr. Harms

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 18. August 2021 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Beklagte ist Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der W. GmbH (im Folgenden: Schuldnerin). Das Insolvenzverfahren wurde am 12. Februar 2015 eröffnet. Der Beklagte veräußerte nach Durchführung eines Bieterverfahrens spätestens im Mai 2016 Markenrechte für insgesamt 41.055 € an seinen Streithelfer.

2 Zuvor, im Oktober 2013, hatte die Schuldnerin mit der A. GmbH (im Folgenden: Darlehensgeberin) einen Darlehensvertrag über 20.000 € geschlossen. Zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs über den in der Folge an sie ausgezahlten Betrag trat die Schuldnerin der Darlehensgeberin die in Frage stehenden Markenrechte ab. Das Darlehen zahlte sie nicht zurück. Mit Vertrag vom 21. Juni 2016 übertrug die Darlehensgeberin sowohl ihre Ansprüche aus dem Darlehensvertrag mit der Schuldnerin als auch diejenigen aus der Sicherungsabrede über die Markenrechte an den Kläger.

3 Der Kläger hat zuletzt mit seinen Hauptanträgen im Wesentlichen verlangt, ihm sämtliche Unterlagen und Informationen mit Bezug zu den Markenrechten zu übertragen, um ihm selbst die Verwertung der Marken zu ermöglichen, sowie festzustellen, dass der Beklagte über die Markenrechte nicht verfügt und diese nicht verwertet habe. Hilfsweise hat er beantragt, den Beklagten zu verurteilen, ihm einen Anspruch auf Auszahlung von 20.000 € zuzüglich Zinsen gegen dessen Kreditinstitut abzutreten (Antrag Nr. 5). Weiter hilfsweise hat er verlangt, den Beklagten unmittelbar zur Zahlung dieses Betrags zu verurteilen (Antrag Nr. 6). Daneben hat er die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten begehrt.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Dagegen wendet sich der Kläger mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision. Der Beklagte ist im Verhandlungstermin vor dem Bundesgerichtshof nicht aufgetreten.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg. Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Die Entscheidung hat infolge der Säumnis des Beklagten durch Versäumnisurteil zu ergehen, beruht aber inhaltlich auf einer Sachprüfung (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81 f).

I.

6 Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Hauptanträge seien unbegründet, weil der Beklagte analog § 166 Abs. 2 InsO zur Verwertung der Markenrechte berechtigt gewesen sei. Der an sich bestehende Anspruch des Klägers auf Auskehrung des von dem Beklagten erzielten Verwertungserlöses nach § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO sei verjährt, so dass auch die Hilfsanträge unbegründet seien.

II.

7 Das hält rechtlicher Prüfung nicht stand.

8 1. Mit seinen Hauptanträgen verfolgt der Kläger das Ziel, ihm selbst die Verwertung der Markenrechte zu ermöglichen. Dieses Begehren kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts begründet sein, weil der Beklagte im Hinblick auf ein Absonderungsrecht der Darlehensgeberin an den Markenrechten nicht entsprechend § 166 InsO berechtigt war, diese durch Veräußerung an seinen Streithelfer zu verwerten.

9 a) Nach den zugrunde zu legenden Feststellungen des Berufungsgerichts erwarb die A. GmbH im Oktober 2013 einen Darlehensrückzahlungsanspruch gegen die Schuldnerin und die ihr als Sicherheit abgetretenen Markenrechte (§ 27 Abs. 1 MarkenG, §§ 398, 413 BGB). Infolgedessen war sie

in dem am 12. Februar 2015 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin gemäß § 50 Abs. 1, § 51 Nr. 1 Fall 2 InsO zur abgesonderten Befriedigung an den Markenrechten nach Maßgabe der §§ 166 bis 173 InsO berechtigt. Markenrechte als gemäß § 14 Abs. 1 MarkenG geschützte, absolute Rechte (vgl. Fezer, Markenrecht, 4. Aufl., § 14 MarkenG Rn. 9 ff) sind Rechte im Sinne von § 51 Nr. 1 Fall 2 InsO (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, 4. Aufl., § 51 Rn. 26; Lwowski/Hoes, WM 1999, 771, 776) und berechtigen den Gläubiger im Fall der Sicherungsabtretung zur abgesonderten Befriedigung.

10 b) Gemäß § 166 Abs. 1 InsO darf der Insolvenzverwalter eine bewegliche Sache, an der ein Absonderungsrecht besteht, freihändig verwerten, wenn er die Sache in seinem Besitz hat. Gemäß § 166 Abs. 2 InsO darf der Insolvenzverwalter zudem eine Forderung, die der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs abgetreten hat, einziehen oder in anderer Weise verwerten. Soweit der Verwalter nicht zur Verwertung einer beweglichen Sache oder einer Forderung berechtigt ist, an denen ein Absonderungsrecht besteht, bleibt gemäß § 173 Abs. 1 InsO das Recht des Gläubigers zur Verwertung unberührt. Nach dem Gesetzeswortlaut sind sonstige Rechte nicht der Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters unterworfen. Die Frage, ob § 166 InsO auf sonstige Rechte entsprechend anzuwenden ist, mithin ob auch insoweit ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters besteht, ist umstritten. Der Bundesgerichtshof hat die Frage bislang offenlassen können (vgl. Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 272/13, BGHZ 207, 23 Rn. 19). Der Senat entscheidet den Meinungsstreit nunmehr dahin, dass § 166 InsO auf sonstige Rechte nicht entsprechend anzuwenden ist.

11 aa) Nach einer Auffassung wird unter Verweis auf die Gesetzgebungsgeschichte, welche ein Versehen des Gesetzgebers bei der Abfassung der Norm belege, und die Funktion des § 166 InsO - Vermeidung eines "Auseinanderrei-

ßens" des Unternehmens im Interesse der Wahrung von Sanierungschancen einerseits und Ermöglichung einer gemeinsamen wirtschaftlichen Verwertung zusammengehöriger Gegenstände andererseits - eine unbewusste Regelungslücke angenommen und eine analoge Anwendung der Vorschrift, zum Teil ausdrücklich entweder von § 166 Abs. 1 InsO oder von § 166 Abs. 2 InsO, auf jedenfalls solche Rechte bejaht, die zur technisch-organisatorischen Einheit des Unternehmens gehören (vgl. AG Hamburg, ZIP 2021, 1985, 1986 f; Schmidt/Sinz, InsO, 19. Aufl., § 166 Rn. 37; HK-InsO/Hölzle, 10. Aufl., § 166 Rn. 44 f, 48; Flöther in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2022, § 166 Rn. 20; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 15. Aufl., § 166 Rn. 35 ff.; HmbKomm-InsR/Scholz, 9. Aufl., § 166 InsO Rn. 28; Hirte in Festschrift Gero Fischer, 2008, S. 239, 249 ff; Häcker, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, Rn. 262 ff, 309; ders., ZIP 2001, 995, 997 ff (auch speziell zu Markenrechten); Marotzke, ZZP 109, 429, 449 f; Bitter/Alles, KTS 2013, 113, 138 ff; Bitter, ZIP 2015, 2249 ff; Berger/Tunze, ZIP 2020, 52, 61; Keller, ZIP 2020, 1052, 1056 f). Dabei wird aus Gründen der Rechtssicherheit überwiegend eine typisierende Betrachtung befürwortet, bei der es nicht darauf ankommen soll, ob die in Frage stehenden Rechte im Einzelfall tatsächlich für eine Fortführung des Unternehmens oder zwecks Erzielung eines höheren Verwertungserlöses benötigt werden (vgl. HK-InsO/Hölzle, aaO Rn. 45; Häcker, aaO S. 999 f; Bitter/Alles, aaO S. 144; vgl. auch BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 272/13, BGHZ 207, 23 Rn. 22). Nach dieser Auffassung wäre der Beklagte zur Veräußerung der Markenrechte trotz des Absonderungsrechts der Darlehensgeberin berechtigt gewesen. Entgegen der Revision käme es bei einer abstrakt-generellen Betrachtungsweise auch nicht darauf an, dass die Schuldnerin ihren Geschäftsbetrieb bereits vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingestellt hatte.

- 12 bb) Die Gegenauffassung betont hingegen den Gesetzeswortlaut und argumentiert ebenfalls mit der Gesetzgebungsgeschichte, schließt danach aber ein

Versehen des Gesetzgebers vor dem Hintergrund der erheblichen Bedeutung der Frage und der der Verabschiedung der Insolvenzordnung vorausgegangen jahrelangen rechtspolitischen Diskussion über ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters aus. Zudem wird geltend gemacht, dass wegen der Beeinträchtigung der Rechte der Sicherungsnehmer bei Bejahung eines Verwertungsrechts Art. 14 Abs. 1 GG einer Analogie entgegenstehe; geboten sei daher eine ausdrückliche Regelung im Gesetz (vgl. BAGE 146, 1 Rn. 67 ff; LG München I, ZInsO 2018, 2805, 2808; MünchKomm-InsO/Kern, 4. Aufl., § 166 Rn. 103; Jaeger/Eckardt, InsO, § 166 Rn. 427 ff; Bornheimer/Westkamp in Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 3. Aufl., § 29 Rn. 335; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl., Rn. 6.824; Lwowski/Tetzlaff in Festschrift Ganter, 2010, S. 281, 289 f; Ganter in Festschrift Wellensiek, 2011, S. 399, 406 f; Bork, NZI 1999, 337, 342; Lwowski/Hoes, WM 1999, 771, 776 (speziell zu Markenrechten); Wallner, ZInsO 1999, 453, 454 ff; Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 2001, 119, 123 ff.; Primožic/Voll, NZI 2004, 363, 364 f; Tetzlaff, ZInsO 2007, 478, 482 f; Sessig/Fischer, ZInsO 2011, 618, 624 f; Schmidt, WM 2012, 721, 730; Meyer-Löwy/Pickerill, GmbHR 2016, 953, 954 ff; Tresselt, DB 2016, 514, 517 f; Kor, ZInsO 2021, 1204, 1206 ff). Legt man diese Meinung zugrunde, wäre ausschließlich die Darlehensgeberin selbst gemäß § 173 Abs. 1 InsO zur Verwertung der Markenrechte berechtigt gewesen.

- 13 cc) Die zweite Auffassung trifft zu, weil die Voraussetzungen für eine Analogie nicht vorliegen. Eine Analogie ist nur zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem

gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Urteil vom 14. Dezember 2016 - VIII ZR 232/15, BGHZ 213, 136 Rn. 33; vom 18. Januar 2017 - VIII ZR 278/15, NVwZ-RR 2017, 372 Rn. 32; vom 27. Juni 2018 - IV ZR 222/16, BGHZ 219, 142 Rn. 23; vom 19. November 2019 - II ZR 233/18, WM 2020, 319 Rn. 19; vom 24. Februar 2021 - VIII ZR 36/20, BGHZ 229, 59 Rn. 38; st. Rspr.). Die Planwidrigkeit muss dabei aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden können, weil sonst jedes Schweigen des Gesetzgebers - und das ist der Normalfall, wenn er etwas nicht regeln will - als planwidrige Lücke im Wege der Analogie von den Gerichten ausgefüllt werden könnte (BGH, Urteil vom 13. April 2006 - IX ZR 22/05, BGHZ 167, 178 Rn. 18; vom 24. Februar 2021, aaO Rn. 40; BVerfGE 118, 212, 243; 128, 193, 210). Gemessen an diesen Maßstäben ist für eine analoge Anwendung von § 166 InsO auf sonstige Rechte kein Raum. Maßgeblich ist insoweit vielmehr § 173 Abs. 1 InsO, woraus das Verwertungsrecht allein des Sicherungsnehmers folgt.

14 (1) Der Wortlaut von § 166 Abs. 1 und Abs. 2 InsO, der Wortlaut und die Systematik der Insolvenzordnung im Übrigen sowie eine gesetzesübergreifende Betrachtung sprechen gegen eine planwidrige Regelungslücke im Gesetz.

15 (a) Die Insolvenzordnung verwendet in § 166 Abs. 1 und Abs. 2 InsO nicht nur die rechtlich als solche fest bestimmten Begriffe Sache und Forderung, sondern spricht ansonsten, beispielsweise zunächst in der Überschrift des dritten Abschnitts ihres vierten Teils, in § 166 Abs. 3 InsO oder in § 173 Abs. 2 InsO weitergehend auch von Gegenständen. § 90 BGB definiert Sachen allgemein als körperliche Gegenstände. Forderungen sind unkörperliche Gegenstände. Der Oberbegriff des Gegenstands erfasst nicht nur Sachen und Forderungen, sondern auch sonstige Vermögensrechte (vgl. Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl., Überbl v § 90 Rn. 2). Letztere sind nach der juristischen Terminologie

aber nicht zugleich Forderungen. Forderungen unterscheiden sich von den sonstigen Rechten durch den ihnen innewohnenden Leistungsanspruch (§ 241 Abs. 1 BGB). Dementsprechend differenziert § 413 BGB zwischen Forderungen und anderen Rechten. Die gleiche Unterscheidung ergibt sich aus § 829, § 857 Abs. 1 ZPO. Aus diesen Bestimmungen folgt zudem, dass nach dem Verständnis des Gesetzgebers die für Forderungen geltenden Vorschriften nur dann für sonstige Rechte entsprechend anwendbar sein sollen, wenn dies im Gesetz ausdrücklich angeordnet ist (vgl. Bork, NZI 1999, 337, 342; Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl., Rn. 6.824). In Übereinstimmung mit der Unterscheidung von Forderungen und anderen Rechten im übrigen Zivilrecht spricht auch die Insolvenzordnung in § 51 Nr. 1 Fall 2 InsO einerseits von Rechten und in § 166 Abs. 2 InsO andererseits (nur) von Forderungen. An einer Anordnung des Gesetzes zu einer entsprechenden Anwendung der zuletzt genannten Bestimmung auf sonstige Rechte - wie in § 413 BGB, § 857 Abs. 1 ZPO - fehlt es dagegen in der Insolvenzordnung.

16 (b) Soweit die Befürworter einer Analogie in ihrer Argumentation ausschließlich und speziell an § 166 Abs. 1 InsO anknüpfen wollen (vgl. Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 15. Aufl., § 166 Rn. 36; Flöther in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2022, § 166 Rn. 20; Häcker, ZIP 2001, 995, 996 ff; Bitter/Alles, KTS 2013, 113, 114, 142), ergeben Wortlaut und Gesetzessystematik erst Recht keinen Gesichtspunkt für die Annahme, dass sonstige Rechte den im Besitz des Insolvenzverwalters befindlichen beweglichen Sachen gleichstehen müssten und das Gesetz insoweit planwidrig lückenhaft wäre.

17 (2) Der Gesetzgebungsgeschichte lässt sich ebenfalls kein durchgreifendes Argument für eine unbewusste Regelungslücke in § 166 InsO mit Blick auf sonstige Rechte entnehmen (so auch Schmidt/Sinz, InsO, 19. Aufl., § 166

Rn. 36, der dennoch eine Analogie befürwortet). Ausgangspunkt der Überlegungen zur neuen Insolvenzordnung insoweit war, dass einerseits die seinerzeit noch geltende Bestimmung des § 127 KO insgesamt als zu eng empfunden wurde (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 178 zu § 191 RegE-InsO), andererseits insbesondere die Kreditwirtschaft im Rahmen der Reformberatungen eine Gefahr der Entwertung von Sicherheiten durch ein aus ihrer Sicht zu weitgehendes Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters geltend machte (vgl. Lwowski/Tetzlaff in Festschrift Gero Fischer, 2008, S. 365, 369).

18 (a) Dem Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung vom 15. August 1988 zufolge sollten zunächst auch sicherungsabgetretene Rechte ohne weiteres der Verwertungsbefugnis des Verwalters unterfallen (§ 181 Abs. 2 DiskE-InsO). Der Regierungsentwurf vom 15. April 1992 beinhaltet dann (wie bereits der vorangegangene Referentenentwurf in § 181 RefE-InsO) mit § 191 Abs. 1 und Abs. 2 RegE-InsO eine Regelung, die im Wesentlichen schon dem Wortlaut des heutigen § 166 Abs. 1 und Abs. 2 InsO entsprach. Zusätzlich sah § 199 Abs. 1 RegE-InsO allerdings in seinem Satz 1 für nicht im Besitz des Insolvenzverwalters befindliche Sachen des Schuldners und in seinem Satz 2 für die in Frage stehenden sonstigen Rechte vor, dass das Insolvenzgericht dem Verwalter deren Nutzung auf Antrag überlassen können sollte. Nach § 199 Abs. 2 Satz 1 RegE-InsO sollte der Verwalter in diesem Fall auch jeweils zur Verwertung berechtigt sein. Darin ist bereits eine deutliche Einschränkung der noch im Diskussionsentwurf enthaltenen umfassenderen Regelung eines unmittelbaren Verwertungsrechts des Verwalters bei (allen) Rechten zu erkennen. Diese Wertung wird durch die Begründung des Regierungsentwurfs bestätigt, in der es insoweit heißt, dass ein Bedürfnis für die gerichtliche Übertragung der Nutzungs- und Verwertungsbefugnis an sonstigen Rechten - wie gleichermaßen an nicht im Besitz des Insolvenzverwalters befindlichen Sachen des Schuldners - für die Fortführung des Unternehmens nur in Ausnahmefällen bestehe (BT-Drucks. 12/2443, S. 183

zu § 199 RegE-InsO). Der Rechtsausschuss strich im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens § 199 RegE-InsO und ersetzte zudem das Wort "Recht" in § 200 Abs. 1 RegE-InsO durch "Forderung", wie jetzt in § 173 Abs. 1 InsO normiert.

19 (b) Der Umstand, dass die spezielle Regelung in § 199 RegE-InsO gestrichen, die allgemeinen Bestimmungen in §§ 191, 200 RegE-InsO (§ 166 Abs. 1 und Abs. 2, § 173 InsO) aber praktisch unverändert Gesetz wurden, spricht gegen einen Willen des Gesetzgebers, ein ausnahmsloses und von einer gerichtlichen Anordnung im Einzelfall unabhängiges Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters an sonstigen Rechten zu begründen. Anderenfalls hätte es vielmehr nahegelegen, in § 191 Abs. 2 RegE-InsO (§ 166 Abs. 2 InsO) das Wort "Forderung" durch "Recht" zu ersetzen (vgl. Wallner, ZInsO 1999, 453, 455; Meyer-Löwy/Pickerill, GmbHR 2016, 953, 955) und damit zum Stand des früheren Diskussionsentwurfs zurückzukehren.

20 (c) Der Rechtsausschuss rechtfertigte die Streichung von § 199 RegE-InsO mit einer Entlastung der Insolvenzgerichte (BT-Drucks. 12/7302, S. 178). In Anbetracht der ohne weiteres verständlichen Unterscheidung des Regierungsentwurfs zwischen den von dem Verwalter unmittelbar zu verwertenden Forderungen und Sachen in seinem Besitz einerseits und den nur auf seinen Antrag hin aufgrund gerichtlicher Anordnung für die Masse nutz- und verwertbaren sonstigen Rechten andererseits sowie weiter unter Berücksichtigung des auch von der Entwurfsbegründung hervorgehobenen Ausnahmecharakters der von § 199 RegE-InsO vorgesehenen Übertragungsmöglichkeit erscheint es fernliegend anzunehmen, der Rechtsausschuss habe in diesem Kontext die Auswirkungen der Streichung der Bestimmung auf Rechte nicht bedacht und letztlich deren Verwertung originär - und damit noch über den Regierungs- und Referen-

tenentwurf hinausgehend - auf den Verwalter übertragen wollen, ohne dies zugleich explizit klarzustellen. Dagegen spricht neben dem auch für (sonstige) Rechte geltenden Aspekt einer Entlastung der Insolvenzgerichte durch die Streichung der Bestimmung vor allem auch die - wörtlich allerdings nur auf "Pfandsachen" (§ 199 Abs. 1 Satz 1 RegE-InsO) bezogene - weitere Überlegung des Rechtsausschusses, es sei ausreichend, dass der Verwalter die gesicherte Forderung begleichen und dann die Sache von dem Sicherungsnehmer nach den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechts herausverlangen könne (BT-Drucks. 12/7302, S. 178 zu § 199 RegE-InsO). Diese Erwägung muss für sonstige Rechte gleichermaßen gelten, auch wenn die Begründung des Rechtsausschusses sie an dieser Stelle nicht ausdrücklich nennt. Es ist nämlich nicht ersichtlich, dass der Ausschuss sonstige Rechte abweichend von "Pfandsachen" behandelt sehen wollte, ohne dazu wiederum irgendwelche Ausführungen zu tätigen (vgl. Jaeger/Eckardt, InsO, § 166 Rn. 430; Wallner, ZInsO 1999, 453, 455).

21 (d) Schließlich belegt die Ersetzung des Begriffs "Recht" durch "Forderung" in § 200 Abs. 1 RegE-InsO (§ 173 Abs. 1 InsO) durch den Rechtsausschuss, die dieser mit einer erforderlichen Anpassung an den - unverändert bleibenden - Wortlaut von § 191 Abs. 2 RegE-InsO (§ 166 Abs. 2 InsO) erklärte (BT-Drucks. 12/7302, S. 178), dass er sich bei seinen Überlegungen mit der Problematik von zu verwertenden sonstigen Rechten im Verhältnis zu Forderungen nach der Streichung von § 199 RegE-InsO befasst und eine entsprechende Abwägung vorgenommen haben muss (vgl. Lwowski/Hoes, WM 1999, 771, 776; Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 2001, 119, 123; Sessig/Fischer, ZInsO 2011, 618, 625). Hingegen kann nicht gefolgert werden, diese Rechte unterfielen deshalb § 166 InsO (analog), weil die Auffangnorm des § 173 Abs. 1 InsO sie nunmehr anders als noch § 200 Abs. 1 RegE-InsO nicht mehr nennt, was wiederum das fehlende Bewusstsein des Gesetzgebers von den Auswirkungen der vorgenommenen Streichung von § 199 RegE-InsO auf sonstige Rechte zeigen soll (so

Häcker, ZIP 2001, 995, 998; Bitter/Alles, KTS 2013, 113, 141). Das Gegenteil ist richtig: § 200 Abs. 1 RegE-InsO (§ 173 Abs. 1 InsO) kam von vornherein nur eine klarstellende Bedeutung zu. Die grundsätzliche Verwertungsbefugnis des Sicherungsnehmers folgt bereits aus dem materiellen Recht (vgl. Jaeger/Eckardt, InsO, § 166 Rn. 432; Wallner, ZInsO 1999, 453, 455; Primozic/Voll, NZI 2004, 363, 365). Nicht das Verwertungsrecht des Sicherungsnehmers bedarf der besonderen Rechtfertigung und gesetzlichen Anordnung in der Insolvenzordnung, sondern das des Insolvenzverwalters. § 173 Abs. 1 InsO ist unter Berücksichtigung dieses Umstands dahin zu verstehen, dass der Gläubiger insgesamt zur Verwertung berechtigt bleibt, soweit der Insolvenzverwalter nicht - ausnahmsweise - ein Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 1 und Abs. 2 InsO hat. Geht man davon aus, dass der Verwalter infolge der Streichung von § 199 RegE-InsO allgemein nicht zur Verwertung von sonstigen Rechten befugt sein soll, ist die Anpassung von § 200 Abs. 1 RegE-InsO (§ 173 Abs. 1 InsO) an den Wortlaut von § 191 Abs. 2 RegE-InsO (§ 166 Abs. 2 InsO) daher konsequent und führt keineswegs zu einer Lücke im Gesetz.

22 Der infolge der Änderung durch den Rechtsausschuss womöglich zu Missverständnissen Anlass gebende Wortlaut von § 173 Abs. 1 InsO (§ 200 Abs. 1 RegE-InsO) stellt sich im Ergebnis allenfalls als Redaktionsversehen dar, ändert aber an seiner inhaltlichen Aussage nichts (vgl. BAGE 146, 1 Rn. 72; Jaeger/Eckardt, InsO, § 166 Rn. 431; Bork, NZI 1999, 337, 342).

23 (3) Teleologische Gesichtspunkte vermögen eine Analogie schließlich ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Die eine Analogie befürwortende Ansicht argumentiert vor allem mit der Notwendigkeit, den technisch-organisatorischen Verbund des Schuldnervermögens zu erhalten, und zwar um die Unternehmensfortführung zu ermöglichen oder jedenfalls eine für die Masse günstigere Verwertung bei einer Veräußerung insgesamt sicherzustellen (vgl. HK-InsO/Hölzle, 10. Aufl.,

§ 166 Rn. 45; Schmidt/Sinz, InsO, 19. Aufl., § 166 Rn. 37; Flöther in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2022, § 166 Rn. 20; Bitter/Alles, KTS 2013, 113, 124 ff). Damit wird zwar ein im Lichte von § 1 Satz 1 InsO anerkanntes Ziel des Insolvenzverfahrens beschrieben, das nach geltendem Recht aber im vorliegenden Zusammenhang nicht zwangsweise gegen den Willen des Sicherungsnehmers erreichbar ist. Der Vergleich mit Sachen im Besitz des Verwalters und die deshalb von den meisten Vertretern dieser Auffassung auch angenommene Analogie gerade zu § 166 Abs. 1 InsO (vgl. Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 15. Aufl., § 166 Rn. 36; Flöther in Kübler/Prütting/Bork, aaO; Häcker, ZIP 2001, 995, 996 ff; Bitter/Alles, aaO S. 142) überzeugt vor dem Hintergrund der Gesetzgebungshistorie auch dem Sinn und Zweck der Bestimmung nach nicht. Es zeigt sich an dieser Stelle vielmehr, dass es auch an der für eine Analogie - neben der ohnehin zu verneinenden planwidrigen Regelungslücke - erforderlichen hinreichend vergleichbaren Interessenlage fehlt, weil die dem Verwertungsrecht bei beweglichen Sachen im Besitz des Insolvenzverwalters zugrundeliegende Wertung des Gesetzgebers nicht vollständig auf sonstige Rechte übertragen werden kann.

24

(a) Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt ihrer Befürworter, dass der Gesetzgeber das Verwertungsrecht des Verwalters für bewegliche Sachen in seinem Besitz gerade damit begründet hat, Gläubigern auf diese Weise, namentlich im Fall einer Sicherungsübereignung oder bei erweitertem Eigentumsvorbehalt, den Zugriff auf die wirtschaftliche Einheit des schuldnerischen Unternehmens zu versperren und dadurch Sanierungschancen zu erhalten oder zumindest eine wirtschaftlich günstigere Verwertung im Interesse der Gläubigergesamtheit zu ermöglichen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 178 zu § 191 RegE-InsO). Bei beweglichen Sachen im Besitz des Verwalters ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers die Zugehörigkeit zum technisch-organisatorischen Verbund mithin ohne weiteres zu unterstellen. Aber selbst diese Anknüpfung des Verwertungsrechts des

Insolvenzverwalters an den Besitz als ein (zunächst) klares und objektives Kriterium gilt nicht ausnahmslos. So dürfen unter einfachem Eigentumsvorbehalt gelieferte Sachen trotz seines unmittelbaren Besitzes von vornherein nicht durch den Insolvenzverwalter verwertet werden, weil der Eigentumsvorbehalt in diesem Fall ein Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers begründet, wie schon der Regierungsentwurf erkannt und betont hat (BT-Drucks. 12/2443, S. 178 zu § 191 RegE-InsO). Der Bundesgerichtshof hat zudem für den (nur) mittelbaren Besitz des Verwalters weitere Einschränkungen unter dem Gesichtspunkt der (fehlenden) Zugehörigkeit der in Frage stehenden Sachen zur wirtschaftlichen Einheit des Schuldnerunternehmens für geboten gehalten (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 272/13, BGHZ 207, 23 Rn. 22 ff).

- 25 (b) Bei den sonstigen Rechten ist die Situation im Vergleich zu den beweglichen Sachen im Besitz des Verwalters von vornherein eine andere. Ob sie zu der wirtschaftlichen Einheit des Schuldnervermögens gehören, kann nicht anhand eines objektiven Kriteriums (Besitz) generell bejaht, sondern letztlich immer nur im Einzelfall geprüft und festgestellt werden. Geht es etwa um den praktisch nicht seltenen Fall nichtverbriefter Geschäftsanteile an einem anderen Unternehmen (zum anders gelagerten Fall von verpfändeten Aktien des Schuldners im Besitz des Verwalters vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 272/13, BGHZ 207, 23 Rn. 18 ff), muss auch eine im Interesse der Rechtssicherheit gebotene typisierende Betrachtung (BGH, Urteil vom 24. September 2015, aaO Rn. 22; Bitter/Alles, KTS 2013, 113, 122, 144) an Grenzen stoßen und es letztlich maßgeblich auf den Umfang der Beteiligung und die rechtliche Konstruktion im konkreten Fall ankommen, um sie gegebenenfalls der Unternehmenseinheit des Schuldnervermögens zuordnen zu können (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 2015, aaO Rn. 33 f; Meyer-Löwy/Pickerill, GmbHR 2016, 953, 955 ff). Bei Markenrechten, die sich auf den Gegenstand der unternehmerischen Tätigkeit des Schuldners beziehen, wird die Zuordnung im Regelfall zwar einfacher zu treffen

sein (vgl. HK-InsO/Hölzle, 10. Aufl., § 166 Rn. 45). Insgesamt aber wird deutlich, dass die in § 199 Abs. 1 Satz 2 RegE-InsO zunächst vorgesehen gewesene Übertragung der Nutzungs- und Verwertungsbefugnis an einem sonstigen Recht nur auf Antrag durch Entscheidung des Insolvenzgerichts und nur im Einzelfall ("Wird ein Recht... für die Geschäftsführung des Verwalters benötigt...") im Gegensatz zu dem pauschalen Ansatz des Gesetzgebers bei beweglichen Sachen im Besitz des Verwalters sachlich geboten war. Die Bejahung einer Analogie zu § 166 InsO allein unter dem Gesichtspunkt einer Zugehörigkeit des Rechts zum "Verbund" würde die Einordnung hingegen weitgehend den Beteiligten überlassen und damit der Rechtsunsicherheit Tür und Tor öffnen (vgl. Jaeger/Eckardt, InsO, § 166 Rn. 433 f; MünchKomm-InsO/Kern, 4. Aufl., § 166 Rn. 103). Es kann deshalb mangels vergleichbarer Interessenlage nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber bei Erkennen der vermeintlichen Regelungslücke zu dem gleichen Abwägungsergebnis wie bei den beweglichen Sachen im Besitz des Verwalters gekommen wäre und diese (unterstellte) Lücke dann durch eine unterschiedslose Gleichstellung der zum "Verbund" gehörenden sonstigen Rechte - wie noch im Diskussionsentwurf einer Insolvenzordnung vorgesehen - geschlossen hätte.

26 (4) Wegen der Unsicherheit einer Zuordnung der sonstigen Rechte zur technisch-organisatorischen Einheit des Schuldnervermögens im jeweiligen Einzelfall steht einer Analogie darüber hinaus auch der mit einer zwangsweisen Verwertung verbundene Eingriff in die Eigentumsrechte der Sicherungsnehmer aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG entgegen. Die Zivilgerichte haben bei der Auslegung und Anwendung eigentumsbeschränkender Vorschriften die durch die Eigentumsgarantie gezogenen Grenzen zu beachten und unverhältnismäßige Grundrechtsbeschränkungen zu vermeiden (BVerfG, WM 2012, 900, 901 mwN; vgl. auch Gundlach/Frenzel/Schmidt, NZI 2001, 119, 121 f). Bei der Annahme einer

Analogie ist daher auch aus diesem Grund Zurückhaltung geboten und erforderlichenfalls eine ausdrückliche Entscheidung des Gesetzgebers zur Verwertung sonstiger Rechte durch den Insolvenzverwalter zu verlangen (vgl. MünchKommInsO/Kern, § 166 Rn. 103; Gundlach/Frenzel/Schmidt, aaO S. 123; Primozic/Voll, NZI 2004, 363, 365; Kor, ZInsO 2021, 1204, 1207). Der absonderungsrechte Gläubiger hat nach materiellem Recht eine Verwertungsbefugnis an dem ihm zur Sicherheit übertragenen Recht, welche ihm die Insolvenzordnung nur in bestimmten und festgelegten Fällen entzieht und entziehen kann (vgl. Wallner, ZInsO 1999, 453, 455; Primozic/Voll, aaO).

27 (5) Der aus der Sicht des Insolvenzrechts für die Bejahung eines umfassenden Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters sprechenden Interessenlage kann die Praxis durch den Abschluss entsprechender Nutzungs- und Verwertungsvereinbarungen zwischen Verwalter und Sicherungsnehmer Rechnung tragen (vgl. Jaeger/Eckardt, InsO, § 166 Rn. 436 f; Bornheimer/Westkamp in Nerlich/Kreplin, Münchener Anwaltshandbuch Insolvenz und Sanierung, 3. Aufl., § 29 Rn. 336; Tresselt, DB 2016, 514, 517 f).

28 2. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Eine abschließende Entscheidung in der Sache ist dem Senat nicht möglich, weil nicht ausgeschlossen ist, dass der Kläger die in der Verwertung der Markenrechte liegende unberechtigte Verfügung des Beklagten gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB nachträglich genehmigt hat. Wäre das der Fall, wäre der Kläger nicht mehr Inhaber der Markenrechte und könnte den mit seinen Hauptanträgen verfolgten Anspruch auf entsprechende Feststellung und auf Herausgabe oder Erteilung von Unterlagen oder Informationen zum Zweck der eigenen Verwertung der Rechte im Ergebnis nicht (mehr) geltend machen. Ob eine solche Genehmigung durch entsprechend auszurende Erklärungen des Klägers im Prozess (§§ 133,

157 BGB) stillschweigend erfolgt ist oder nicht, vermag der Senat nicht abschließend zu beurteilen. Da die Sache folglich nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist sie zur Nachholung der gebotenen Prüfung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

III.

29 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die Hilfsanträge des Klägers Nr. 5 und 6 begründet sein können, falls das Berufungsgericht eine Genehmigung der unberechtigten Verwertung der Markenrechte bejahen sollte. Einer Wirksamkeit der Genehmigung stünde § 91 Abs. 1 InsO nicht entgegen. Ein Anspruch des Klägers hinsichtlich des von dem Beklagten durch die Verwertung erzielten Erlöses kann sich als Ersatzabsonderungsrecht aus einer entsprechenden Anwendung von § 48 InsO ergeben. Dieser Anspruch wäre auch nicht verjährt. Entscheidend für die abschließende Bewertung wäre sodann, ob der Verwertungserlös noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist.

30 1. Der Wirksamkeit einer Genehmigung der unberechtigten Verfügung des Beklagten durch die Veräußerung der Markenrechte an seinen Streithelfer stünde § 91 Abs. 1 InsO nicht entgegen.

31 a) Nach § 91 Abs. 1 InsO können allerdings Rechte an den Gegenständen der Insolvenzmasse nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners und keine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrunde liegt. Die Norm schützt die Masse vor dem Verlust von Vermögensgegenständen, indem sie jeden Rechtserwerb für unwirksam erklärt, gleich auf welcher Rechtsgrundlage er beruht. Damit wird die haftungsrechtliche Zuweisung der Masse an die Gläubiger

gegen Eingriffe gesichert, die in anderer Weise als durch Rechtshandlungen des Schuldners und Vollstreckungsmaßnahmen bewirkt werden (BGH, Beschluss vom 15. Januar 2009 - IX ZR 237/07, NZI 2009, 244 Rn. 12; Urteil vom 12. Dezember 2019 - IX ZR 27/19, ZIP 2020, 182 Rn. 38).

32 Dazu hat der Bundesgerichtshof entschieden, dass § 91 Abs. 1 InsO der Wirksamkeit der Genehmigung eines unberechtigten Forderungseinzugs des Schuldners entgegensteht, wenn der Einzug vor Insolvenzeröffnung erfolgte und der Berechtigte nach Eröffnung die Genehmigung erteilte (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019, aaO Rn. 38 f). In jener Konstellation hatte der Inhaber der vom Schuldner unberechtigt eingezogenen Forderung im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens lediglich eine Insolvenzforderung (§ 38 InsO) inne, während ihm vor Erteilung der Genehmigung noch keine Rechte an dem eingezogenen Betrag zustanden (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019, aaO Rn. 37, 39). Die Wirksamkeit der nachträglichen Genehmigung würde sich bei dieser Fallgestaltung zum Nachteil der Masse auswirken. Das verhindert § 91 Abs. 1 InsO.

33 b) Die hier zu beurteilende Fallgestaltung liegt anders. Dem Kläger stand bis zu der möglichen Genehmigung der mangels Verwertungsbefugnis des Beklagten zumindest anfänglich unwirksamen Übertragung der Markenrechte durch den Beklagten ein Absonderungsrecht zu, das aus der Masse zu erfüllen war. An die Stelle dieser Masseverbindlichkeit wäre mit dem Wirksamwerden der Verfügung des Beklagten das Ersatzabsonderungsrecht des Klägers in allenfalls gleicher Höhe getreten. Im Ergebnis hätte die Masse mit der Genehmigung also nichts verloren. Eine erfolgte Genehmigung wäre daher auch im Lichte von § 91 Abs. 1 InsO wirksam.

- 34 2. Voraussetzung eines Ersatzabsonderungsanspruchs gemäß § 48 InsO analog ist eine nichtberechtigte, aber wirksame Verfügung von Schuldner oder Insolvenzverwalter über einen Gegenstand, an dem ein Absonderungsrecht besteht (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2015 - IX ZR 171/14, NZI 2015, 976 Rn. 9; vom 24. Januar 2019 - IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 Rn. 19 ff, 78; vom 12. Dezember 2019 - IX ZR 27/19, ZIP 2020, 182 Rn. 8). Das wäre hier der Fall.
- 35 Die Verfügung des Beklagten zu Gunsten seines Streithelfers war wegen seines fehlenden Verwertungsrechts an den zur Sicherheit abgetretenen und die Darlehensgeberin gemäß § 51 Nr. 1 Fall 2 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigenden Markenrechten die eines Nichtberechtigten. Diese Verfügung könnte durch eine Genehmigung des Klägers gemäß § 185 Abs. 2 Satz 1 Fall 1 BGB wirksam geworden sein. Der Umstand, dass eine Genehmigung gemäß § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurückwirkt, führte nicht dazu, dass über die Herbeiführung der Wirksamkeit der Verfügung hinaus zugleich der Beklagte nachträglich zum Berechtigten würde. Vielmehr gilt im Fall des § 48 InsO nichts Anderes als in den in § 816 BGB geregelten Fällen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019, aaO Rn. 36).
- 36 3. Der Anspruch aus § 48 InsO analog wäre auch nicht verjährt. Ein solcher Anspruch wäre erst mit der Genehmigung der unberechtigten Verfügung des Beklagten durch den Kläger im Rechtsstreit im Sinne von § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden. Die Rückwirkung der Genehmigung gemäß § 184 Abs. 1 BGB führt nicht zu einem früheren Verjährungsbeginn. Sie setzt die Verjährung nur ex nunc in Gang (vgl. Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl., § 184 Rn. 2; Staudinger/Klumpp, BGB, 2019, § 184 Rn. 95 mwN; vgl. auch entsprechend für den Beginn der Anfechtungsfristen nach dem Anfechtungsgesetz BGH, Urteil vom 20. September 1978 - VIII ZR 142/77, NJW 1979, 102, 103).

37 4. Der Anspruch auf Auskehrung des Verwertungserlöses setzt aber voraus, dass dieser noch unterscheidbar in der Masse vorhanden ist (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 162/81, NJW 1982, 1751; vom 15. November 1988 - IX ZR 11/88, NJW-RR 1989, 252; vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 41). Ob dies hier der Fall ist oder nicht, ist bislang nicht ersichtlich (zu den Voraussetzungen der Unterscheidbarkeit im Fall einer Überweisung an den Insolvenzverwalter vgl. BGH, Urteil vom 11. März 1999 - IX ZR 164/98, BGHZ 141, 116, 117 ff; vom 18. April 2002 - IX ZR 219/01, BGHZ 150, 326, 328; vom 24. Januar 2019 - IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 Rn. 42). Die erforderlichen Feststellungen wird das Berufungsgericht erforderlichenfalls noch nachzuholen haben.

38 Dabei gilt, dass die Voraussetzungen eines Ersatzabsonderungsrechts zwar von dem Kläger als Anspruchsteller darzulegen und zu beweisen sind. Unabhängig von einem Auskunftsanspruch des Klägers gegen den Beklagten aus § 48 InsO analog in Verbindung mit § 242 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 24. Januar 2019, aaO Rn. 48 mwN) trafe den Beklagten jedoch eine sekundäre Darlegungslast zum Erhalt und Verbleib des Verkaufserlöses (BGH, Urteil vom 24. Januar 2019, aaO Rn. 45 ff), der er noch zu genügen haben wird, sollte es auf die Hilfsanträge ankommen. Der Beklagte wird dann insbesondere vorzutragen haben, wie, wann und auf welches Konto der Erlös vereinnahmt worden ist, ob es sich zum Zeitpunkt der Gutschrift um ein debitorisch oder kreditorisch geführtes Konto gehandelt hat und wie sich die Kontenstände danach bis zum Zahlungsverlangen des Klägers weiterentwickelt haben. Sollte sich danach ergeben, dass der Erlös nicht mehr unterscheidbar vorhanden ist, könnte noch ein Anspruch gegen die Masse gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 InsO bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 41; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 15. Aufl., § 55 Rn. 23 f), soweit diese noch bereichert ist (vgl. BGH, Urteil vom 5. März 2015 - IX ZR 164/14, WM 2015, 733 Rn. 13 mwN).

Rechtsbehelfsbelehrung:

Dem Beklagten steht gegen dieses Urteil der Einspruch zu. Dieser ist von einem bei dem Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt binnen einer Notfrist von zwei Wochen ab der Zustellung des Versäumnisurteils bei dem Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45a, Karlsruhe, durch Einreichung einer Einspruchsschrift einzulegen.

Grupp

Schoppmeyer

Röhl

Selbmann

Harms

Vorinstanzen:

LG Mannheim, Entscheidung vom 17.01.2020 - 6 O 166/19 -

OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 18.08.2021 - 7 U 22/20 -