

Sven Kalisz

Wiederaufleben von Drittsicherheiten



Nomos

Schriften zum Insolvenzrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Ehricke, Universität zu Köln und
Prof. Dr. Christoph Paulus, Humboldt-Universität zu Berlin

Band 68

Sven Kalisz

Wiederaufleben von Drittsicherheiten



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Berlin, FU, Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4480-0 (Print)

ISBN 978-3-8452-8724-9 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis/Erläuterungen:	23
A. Einleitung	25
I. Einführung	25
II. Gang der Untersuchung	29
III. Abgrenzung	32
1. Präventive Perspektive im Hinblick auf eine erfolgreiche Anfechtung	32
2. Lediglich Untersuchung von §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG	33
3. Beschränkung auf Drittsicherheiten	33
B. Das Wiederaufleben der gesicherten Forderung nach §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG	35
I. Einführung in den Sach- und Streitstand	35
1. Die Ansicht Ganters	36
2. Stellungnahme	38
3. Zwischenergebnis	41
II. Auslegung von § 144 Abs. 1 InsO und § 12, 2. Fall AnfG	42
1. Tatbestand	42
a) „Empfänger der anfechtbaren Leistung“ und „zurückgewährt“	43
b) „Das Erlangte“	44
2. Rechtsfolge	45
a) Die Auslegung nach dem Wortlaut	45
aa) Das zusammengesetzte Wort „Wiederaufleben“	46
bb) Das Präfix „Wieder“ als solches	47
cc) Von der Literatur verwandte Synonyme für den Begriff des Wiederauflebens	48
dd) Ergebnis zur Wortlautauslegung	49

Inhaltsverzeichnis

b) Die historische Auslegung	50
aa) Preußen und die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 sowie das Anfechtungsgesetz vom 9. Mai 1855	50
(1) Der Wortlaut der Bestimmungen	50
(2) Motive des Gesetzgebers	51
(3) Besonderheiten des Gesetzes und sein Verständnis in der Rechtspraxis (§§ 106-108 PreußKO)	54
(a) Exkurs: Die „dinglichen“ Anfechtungstheorien	54
(b) Verständnis in der Rechtspraxis und Literatur zu §§ 106-108 PreußKO	56
(c) Exkurs: Die schuldrechtlichen Anfechtungstheorien	57
(d) Fortsetzung (b): Verständnis in der Rechtspraxis und Literatur zu §§ 106-108 PreußKO	58
(4) Heranziehung der „dinglichen“ Anfechtungstheorien zur Begründung eines rückwirkenden Wiederauflebens unter der Geltung der §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG?	60
(5) Zwischenergebnis	62
bb) Prozessordnung in bürgerlichen Rechtstreitigkeiten für das Königreich Bayern aus dem Jahr 1869	63
(1) Der Wortlaut der Bestimmung	64
(2) Motive des Gesetzgebers und Verständnis in der Literatur	64
(3) Zwischenergebnis	65
cc) Die deutsche Konkursordnung vom 10. Februar 1877 sowie das Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879	65
(1) Der Wortlaut der Bestimmungen	66
(2) Motive des Gesetzgebers	66
(a) Zur Konkursordnung	66
(b) Zum Anfechtungsgesetz	68
(c) Zwischenergebnis	69

(3) Verständnis in Literatur und Rechtsprechung	70
(a) Die Ansicht Ernst Jaegers	70
(b) Stellungnahme und zeitgenössische Kritik an der Ansicht Ernst Jaegers	71
(c) Die übrige Literatur	75
(d) Die obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung	77
(4) Zwischenergebnis	79
dd) Das Anfechtungsgesetz vom 16. März 1884 sowie die Konkurs- und Anfechtungsordnung vom 10. Dezember 1914 (Österreich)	80
(1) Wortlaut der Bestimmungen	81
(2) Motive des Gesetzgebers	81
(3) Normverständnis von Literatur und Rechtsprechung	82
(4) Stellungnahme zu der Auffassung Koziols	85
(5) Zwischenergebnis zur österreichischen Konkursordnung	90
ee) Ergebnis zur historischen Auslegung	91
c) Die systematische Auslegung	93
aa) Vorschriften mit Bezug zu einem „Wiederaufleben“	93
(1) Der Begriff des Wiederauflebens in § 1586a BGB	93
(2) Der Begriff des Wiederauflebens in § 77 SGB VII	94
(3) Die Fiktionen in §§ 1976, 1991 Abs. 2, 2143, 2175, 2377 BGB und der damit zusammenhängend verwendete Begriff des Wiederauflebens	96
(a) Dingliche und schuldrechtliche Fiktion	97
(b) Absolute und relative Fiktion	98
(c) Fiktionseintritt zu unterschiedlichen Zeitpunkten	99
(d) Zwischenergebnis	99
(4) Die Fiktion des § 172 Abs. 4 S. 1 HGB und der damit zusammenhängend verwendete Begriff des Wiederauflebens	100

Inhaltsverzeichnis

(5) Die Fiktion in § 379 Abs. 3 BGB und der damit zusammenhängend verwendete Begriff des Wiederauflebens	100
bb) Folgebetrachtung: Gemeinsamkeiten und Unterschiede der vorstehenden Fiktionen	102
(1) Gemeinsamkeiten der Fiktionen	102
(a) Identität des Anspruchsgrund/-kerns	102
(b) Indentität des Anspruchsgrund/-kerns auch bei § 1586a BGB	103
(c) Indentität des Anspruchsgrund/-kerns ferner bei bei § 1976 BGB	105
(d) Indentität des Anspruchsgrund/-kerns gleichsam bei §§ 171 Abs. 1, 172 Abs. 4 S. 1 HGB	105
(2) Unterschiede der Fiktionen	106
(a) Fiktionswirkung ex nunc und ex tunc	106
(b) Absolutheit und Relativität des Wiederauflebens	108
(c) Schuldrechtliche oder dingliche Wiederauflebensanordnung	108
(3) Übertragung der Ergebnisse auf §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG	109
(a) Wiederaufleben i.S.d. §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG als Umschreibung einer Fiktion	110
(aa) Mögliche Einwendungen gegen dieses Ergebnis	111
(bb) Zusammenfassung	115
(b) Wiederaufleben i.S.d. §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG wirkt zurück	115
(c) Wiederaufleben i.S.d. §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG wirkt absolut	118
(d) Wiederaufleben i.S.d. §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG wirkt „dinglich“	119
cc) Zwischenergebnis	120
dd) Keine Einwendungen gegen das Ergebnis der Fiktion	120
(1) Keine Wiederbelebung „dinglicher“ Anfechtungstheorien	120

(2) Keine unzulässige Abweichung von der gesetzgeberischen Vorstellung	122
(a) Gesetzgeberisches Ziel erst möglich durch Fiktion	122
(b) Bereicherungsausgleich auch schwerlich konstruierbar	124
(c) Kein sonstiger Anspruchsgrund	128
(d) Fiktion als einziger sachgerechter Modus	130
d) Teleologische Betrachtung	130
3. Ergebnis zur Auslegung	131
III. Folgeergebnisse der Auslegung hinsichtlich der Forderung	131
1. Rückwirkende Verzinsung des wiederaufgelebten Anspruchs	131
2. Aufrechnungsggeeignetheit der wiederaufgelebten Forderung	134
3. Zahlung zur Ablösung von Rechten, insbesondere Hypothek/Grundschuld	135
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	136
C. Wiederaufleben akzessorischer Sicherheiten	137
I. Einführung in den Sach- und Streitstand	138
1. Argumentativer/normativer Anknüpfungspunkt für das Wiederaufleben von akzessorischen Sicherheiten	139
2. Zusammenhängendes Problemfeld: Publizität	140
3. Zusammenhängendes Problemfeld: Verjährung	142
II. Normative Grundlage/argumentativer Anknüpfungspunkt für ein Wiederaufleben (akzessorischer) Sicherheiten	144
1. Wiederaufleben akzessorischer Sicherheiten unmittelbar in §§ 144 Abs. 1 InsO, 12, 2. Fall AnfG zu verorten?	145
2. Die „unsichere“ Befreiung/das nicht „definitive“ Erlöschen	147
a) „Dingliches“ Anfechtungsverständnis	148
b) Anfechtbarkeit als auflösende Bedingung	148
c) Gewährleistung im weiteren Sinne	149
d) Gerechtigkeitsaspekte isoliert	152
e) Rekurs auf „haftungsrechtliche“ Anfechtungstheorien	153
f) Zusammenfassung	153
3. Das Argument der „umfassenden Rückwirkung“	153

Inhaltsverzeichnis

4. Der Vergleich zu der Übertragung akzessorischer Sicherheiten (§ 401 Abs. 1 BGB analog)	154
5. Rückgriff auf die Fiktion und den gemeinsamen Erlöschenstatbestand	157
a) Ableitung des Wiederauflebens von akzessorischen Sicherheiten	157
b) Keine Beschränkung auf akzessorische Sicherheiten	158
c) Zwischenergebnis/Konsequenzen	161
d) Widerlegung gegenläufiger Argumente	162
aa) Keine Friktionen mit der Rechtskraft	162
bb) Keine Beschränkung des Wiederauflebens auf das Rechtsverhältnis des Anfechtungsgegner zum Schuldner	164
cc) Kein besonderer Schutz des Drittsicherungsgebers erforderlich	167
6. Ergebnis	169
III. Notwendigkeit fortbestehender Publizität	170
1. Rückgabe der Bürgschaftsurkunde	170
2. Rückgabe des Mobiliarpfandrechtsgegenstandes	173
3. Löschung der Fremdhypothek/Eintragung der Eigentümerhypothek	176
4. Zwischenzeitliche Verfügungen über wiederauflebende Drittsicherungsrechte	177
a) Gutgläubiger Rechtserwerb durch Dritte	177
aa) Wirksame Veräußerung	178
bb) Wirksame Belastung	179
b) Ausschluss des lastenfreien Erwerbs bei Bösgläubigkeit	181
c) Sachgerechtigkeit der hier vertretenen Ergebnisse	181
5. Ergebnis	183
IV. Verjährung der (akzessorischen) Sicherungsansprüche	183
1. Fehlende Überzeugungskraft der bisher vorgeschlagenen Lösungen	184
a) (Analoge) Anwendung der Norm des § 206 BGB	184
b) (Analoge) Anwendung der Norm des § 205 BGB	187
aa) Direkte Anwendung des § 205 BGB	187
bb) Analoge Anwendung des § 205 BGB	188
(1) Grundsätzlich für die Analogie streitende Aspekte	188

(2) Gegen die Analogie sprechende Aspekte	191
(a) Grundsätzliches	191
(b) Ferner: Gewachsenes Verständnis der Norm	194
(c) Ferner: Keine größere Breitenwirkung als bei direkter Anwendung	196
(3) Zwischenergebnis	197
c) Der Lösungsansatz des OLG München (5 U 4355/08)	197
(1) Direkte Anwendung des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB	197
(2) Analoge Anwendung des § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB	199
(3) Zwischenergebnis	201
2. Eigener Ansatz: Gesamt- bzw. Rechtsanalogie	201
a) Vorliegen einer Gesetzeslücke	201
b) Ausfüllung der Lücke	205
c) Höchstgrenze der Geltendmachung von wiederaufgelebten Ansprüchen?	213
aa) Ansichten in der Literatur und Stellungnahme	213
bb) Eigener Ansatz: Anknüpfung an die Verschränkung von Rückgewähranspruch und wiederauflebender Forderung	215
(1) Sach- und Rechtslage bei anfechtbarer Ver- bzw. Aufrechnung	215
(2) Übertragung auf die Wiederauflebensanordnung	218
3. Ergebnis	219
V. Zusammenfassung der Ergebnisse	220
D. „Wiederaufleben“ nicht akzessorischer Sicherheiten	222
I. Einführung in den Sach- und Streitstand	222
1. Absoluter Ausschluss des Wiederauflebens	222
2. „Gesetzeslösung“ versus „Anspruchslösung“: Wiederaufleben ipso iure oder nur qua Anspruchs	223
3. Rechtsnatur eines schuldrechtlichen Anspruchs	226
a) Vertraglicher Anspruch	226
b) Bereicherungsrechtlicher Ansatz	227
c) Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 Abs. 1 BGB)	228

Inhaltsverzeichnis

II. Fähigkeit nicht akzessorischer Sicherheiten zum Wiederaufleben	229
1. Zur fehlenden Parteistellung des Dritten	229
2. Wiederaufleben nicht akzessorischer Sicherheiten ipso iure	230
a) Grundsätzlich kein automatisches Wiederaufleben	230
b) Ausnahme(n)	235
3. Zwischenergebnis	237
III. Anspruchsgrundlage(n) für ein weitergehendes „Wiederaufleben“	238
1. Vorüberlegungen	238
2. Bereicherungsrechtliche Ansprüche	240
a) Etwas erlangt	240
b) Durch Leistung	241
aa) Notwendige Feststellung der Parteien des Sicherungsvertrags	241
bb) Notwendige Trennung nach den Leistungsbeziehungen	243
c) Ohne Rechtsgrund	246
aa) Potentieller Rechtsgrund für die Rückübertragung der Grundschuld	247
(1) Übliche Verwendung der Begriffsgruppe „Wegfall des Sicherungszwecks“	247
(2) Verständnis der Begriffsgruppe „Wegfall des Sicherungszwecks“ in der Literatur zum „Wiederaufleben von Sicherheiten“	248
bb) Fehlender Rechtsgrund	250
(1) Sach- und Streitstand zu dem unbedingten Rückgewähranspruchs	250
(2) Konditionssperre nach § 813 Abs. 2, 1. Hs. BGB?	253
(3) Konditionsausschluss nach § 813 Abs. 2, 1. Hs. BGB wegen Übersicherung?	255
(a) Grundsatz: Ein bestimmtes Sicherungsmittel	255
(b) Wahlrecht bei mehreren Sicherungsmitteln	257
cc) Zwischenergebnis	259

d) Umfang des Bereicherungsanspruchs	260
aa) Drittsicherungsgeber als Partei des Sicherungsvertrages	260
(1) Rückgewähr in natura möglich	261
(2) Unmöglichkeit der Wiedereinräumung der Sicherheit	261
(a) Eintritt der Unmöglichkeit i.S.v. § 818 Abs. 2 BGB bei „Verpfändung“	262
(b) Vorerückte Rechte (im Grundbuch)	264
(aa) Einführung und Abgrenzung der Problemkonstellation	266
(α) Sach- und Streitstand zur Teilunmöglichkeit im Allgemeinen	267
(β) Teilunmöglichkeit und Belastungen des geschuldeten Bereicherungsgegenstands	268
(γ) Stellungnahme zum grundsätzlichen Problem der Teilunmöglichkeit	270
(δ) Stellungnahme zu (γ): Belastung steht Verschlechtung gleich	272
(ε) Keine Beseitigung des Grundpfandrechts geschuldet	277
(bb) Wertersatz neben einer beschränkt möglichen Herausgabepflicht aus §§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall, 818 Abs. 1 BGB wegen Vorrangverlusts	279
(cc) Schadensersatz bei Bösgläubigkeit – §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB	282
(dd) Sonderkonstellation: Ausfall des Bereicherungsgläubigers trotz Erfüllung des Primäranspruchs	283
(3) Zwischenergebnis	286
bb) Insolvenzschuldner als Partei des Sicherungsvertrages	287
(1) Kein Unterschied dem Grunde nach	288
(2) Anspruchsinhalt	289
(a) Anspruch des Insolvenzschuldners gegen den Sicherungsgeber	289
(aa) Schuldverhältnis zwischen Insolvenzschuldner und Sicherungsgeber	289

Inhaltsverzeichnis

(α) Charakteristikum „Auftrag“ nicht präzise	290
(β) Eigener Ansatz: Besonderes Vertragsverhältnis	291
(γ) Vertragsverhältnis als solches um Entgeltkomponente erweiterbar	292
(δ) Rechtsfolgen der Einordnung	292
(bb) Anspruch des Kreditschuldners gegen den Sicherungsgeber aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Fall BGB	294
(α) Kein Entgegenstehen des § 671 BGB	294
(β) Kein Entgegenstehen der §§ 115 Abs. 1, 116 S. 1 InsO	296
(γ) Rechtsfolgen des Anspruchs im Innenverhältnis	296
(b) Sog. Doppelmangel und Lösungen außerhalb des Insolvenzverfahrens	297
(aa) „Durchgriff“	298
(bb) „Kondiktion der Kondiktion“	299
(cc) Lediglich Wertersatz	300
(dd) Weitere Konsequenz aus der Ablehnung des „Durchgriffs“	301
(c) Fehlende Überzeugungskraft der von der h.M. gewählten Lösung zum sog. Doppelmangel nach Insolvenzeröffnung im konkreten Fall	302
(aa) Bereicherungsrechtlicher Anspruch als Insolvenzforderung	303
(α) Keine Massforderung nach dem direkten Anwendungsbereich der Insolvenzvorschriften	303
(β) Folgen der Einordnung als Insolvenzforderung	304
(bb) Kondiktionsanspruch als Massforderung analog § 144 Abs. 2 S. 1 InsO	307
(α) Argumente für eine Analogie	307
(β) Folgen der Einordnung als Massforderung	309

(d) „Kondiktion der Kondiktion“ als einzig tragbarer und gerechtfertigter Lösungsansatz	311
(3) Zwischenergebnis	316
cc) Schuldner i.S.d. § 12, 2. Fall AnfG als Partei des Sicherungsvertrages	317
(1) Keine Analogie zu § 144 Abs. 2 S. 1 InsO wie unter bb) (2)	318
(2) Rückgriff auf §§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB i.V.m. § 142 Abs. 2 BGB analog	319
e) Ergebnis	321
aa) Anspruch aus § 812 Abs. 1 S. 2, 1. Fall BGB	323
bb) Anspruch aus § 822 BGB	323
f) Zusammenfassung	324
3. Anspruch aus Vertrag im weiteren Sinne	324
a) Anspruch aus dem Sicherungsvertrag bzw. dessen ergänzender Vertragsauslegung	324
b) Anspruch im Hinblick auf eine sog. „weite“ Sicherungsabrede	325
c) Zwischenergebnis	327
4. Anspruch aus § 313 Abs. 1 BGB	327
5. Ergebnis	329
IV. Erfordernis der Erfüllung des Bereicherungsanspruchs zur Verwertung	329
1. Rekurs auf § 242 BGB?	330
2. Zwingende Notwendigkeit der Rechtsinhaberschaft für Verwertungsmaßnahmen	330
3. Ergebnis	332
V. Zurückbehaltungsrecht gegenüber dem Rückgewähranspruch auf die Sicherheit vor dem Wiederaufleben der Forderung	333
1. Argumentation für ein Zurückbehaltungsrecht vor dem Wiederaufleben der gesicherten Forderung	333
2. Argumentation gegen ein Zurückbehaltungsrecht vor dem Wiederaufleben der gesicherten Forderung	334
3. Ergebnis	335
VI. Zusammenfassung der Ergebnisse	335

Inhaltsverzeichnis

E.	Sonderkonstellation: Mittelbarer Rückgriff auf Sicherungsgüter von Gesellschaftern unabhängig von der Art des Erlöschens des Sicherungsrechts	337
I.	Anfechtungsvoraussetzungen und Rechtsfolgen nach §§ 135 Abs. 2, 143 Abs. 3 InsO bzw. §§ 6a, 11 Abs. 3 AnfG	338
1.	Voraussetzungen nach §§ 135 Abs. 2, 1. Hs. InsO, 6a S. 1, 1. Hs. AnfG	338
2.	Rechtsfolgen nach §§ 143 Abs. 3 InsO, 11 Abs. 3 AnfG	339
II.	Rechtsfolgen für den Gesamtschuldnerausgleich	339
III.	Ergebnis	341
F.	Vertragsgestalterische Regelungsmöglichkeiten	343
I.	Erörterte Mechanismen zur Begrenzung des Ausfallrisikos des Sicherungsnehmers nach Anfechtung	343
1.	Akzessorische Sicherheiten	343
2.	Nicht akzessorische Sicherheiten	344
II.	Eigener Ansatz: Differenzierte Sicherung nach dem jeweiligen Charakter des haftenden Gegenstands	344
1.	Immobilien als Sicherungsgut	345
a)	Grundschild	345
aa)	Auflösend bedingte Rückübertragung der Sicherheit isoliert ungeeignet	346
bb)	Eintragung eines „zweiten“ Grundpfandrechts	349
(1)	Anwendbarkeit nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB	349
(2)	Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB	351
(3)	Zwischenergebnis	354
cc)	Sicherung der Befriedigung aus der Grundschild auch nach Wiederaufleben der gesicherten Forderung durch Vormerkung	354
(1)	Vormerkungsfähiger Anspruch	355
(a)	Insbesondere kein Verstoß gegen § 305c Abs. 1 BGB	357
(b)	Ferner kein Verstoß gegen § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB	358
(2)	Rang der einzutragenden Vormerkung	358
(a)	Vormerkung im Vor-/Gleichrang mit der bestellten Primärgrundschild	359

(b) Vormerkung im Rang nach der Primärgrundschuld	360
(3) Zwischenergebnis	360
dd) Bedingte Grundschuld im Rang hinter der Primärgrundschuld	360
ee) Kombination aus auflösend bedingter Rückübertragung und Bewilligung einer Vormerkung bzw. Bestellung einer aufschiebend bedingten Grundschuld	361
(1) Vereinbarkeit mit der Norm des § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB	362
(a) Kein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB	362
(b) Abwägung nach § 307 Abs. 1 S. 1 BGB	363
(aa) Verzicht auf Vormerkung im Versteigerungsfalle	364
(bb) Absolute zeitliche Grenze	365
(2) Zwischenergebnis	366
ff) Ergebnis zur Grundschuld	366
b) Hypothek	366
c) Zwischenergebnis	367
2. Forderungen als Sicherungsgut	367
3. Mobilien als Sicherungsgut	369
III. Zusammenfassung der Ergebnisse	370
G. Gesamtergebnisse	371
Literaturverzeichnis	377