

# Betriebs Berater

21 | 2018

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... **Datenschutz** ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... 22.5.2018 | 73. Jg. Seiten 1153–1216

## DIE ERSTE SEITE

**Dr. Monika Wünnemann**

Keine weitere Auszeit in der Steuerpolitik

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Fabian Krüger**, RA, und **Dr. Michael Lampert**, LL.M., RA

Augen auf bei der Token-Wahl – privatrechtliche und steuerliche Herausforderungen im Rahmen eines Initial Coin Offering | 1154

**Dr. Thilo Weichert**

Die Payment Service Directive 2 und der Datenschutz | 1161

## STEUERRECHT

**Dr. Bastian Liegmann**, RA/StB

Umsatzsteuerliche Behandlung virtueller Währungen | 1175

**Dr. Christian Reiter**, RA/StB, und **Dirk Nolte**, StB

Bitcoin und Krypto-Assets – ein Überblick zur steuerlichen Behandlung beim Privatanleger und im Unternehmen | 1179

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dipl.-Kfm. **Jens Berger**, CPA, und **Dr. Felix Fischer**, StB

Abbildung von Kryptowährungen in den IFRS | 1195

## ARBEITSRECHT

**Dr. Anke Freckmann**, RAin/FAinArbR, und **Nora Hendricks**, RAin

Die Massenentlassungsanzeige – Kann sie noch richtiggestellt werden? | 1205

## BB-Kommentar

### „Vorsichtiges Abrücken von einer früheren, als ‚Flowtex‘ benannten Entscheidung“

#### PROBLEM

Ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters an beweglichen Sachen besteht bei mittelbarem Besitzverhältnissen nur, wenn die Sache zum technisch-organisatorischen Verbund des Schuldnervermögens gehört. Dies ist beim Finanzierungsleasing nur ausnahmsweise der Fall.

Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters ist immer wieder Gegenstand streitiger Entscheidungen, da hiervon die Verfahrenskostenbeiträge eines gesicherten Gläubigers abhängig sind. Der BGH hat nun seine diesbezügliche Rechtsprechung mit dem vorliegenden Urteil weiter konkretisiert und dem Insolvenzverwalter des Leasinggebers ein Verwertungsrecht am Leasingobjekt abgesprochen, sofern der unmittelbare Besitz am Leasingobjekt dem Leasingnehmer auf Basis eines Vollamortisationsvertrages auf Dauer überlassen worden ist und das Leasingobjekt einer Bank sicherungsübereignet worden ist.

#### ZUSAMMENFASSUNG

Der klagende Insolvenzverwalter verlangte mit seiner Klage die Feststellung, dass die beklagte Bank zur Zahlung einer Feststellungskostenpauschale verpflichtet sei (§§ 166 Abs. 1, 170 Abs. 1 InsO). Die Schuldnerin hatte Fahrzeuge an Leasingnehmer aufgrund eines Leasingvertrages überlassen und hatte keinen unmittelbaren Besitz an den Leasingobjekten. Die beklagte Bank hatte den Ankauf der Leasingobjekte finanziert und die Leasingraten erworben. Die Leasingobjekte waren ihr sicherungshalber übereignet worden.

Der BGH hat seine Vorstellungen zum Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters bei beweglichen Sachen anhand der Wertungen des historischen Gesetzgebers wie folgt präzisiert:

Nicht jede Besitzposition des Schuldners begründet ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters.

Der Gesetzgeber hat es nicht für angemessen gehalten, das Verwertungsrecht auf Sachen auszudehnen, die sich nicht im Besitz des Schuldners befinden.

Der Gesetzgeber hat die Fallgestaltung, dass ein Dritter unmittelbarer Besitzer einer beweglichen Sache ist, nicht bedacht.

Eine Besitzposition des Schuldners an einer beweglichen Sache rechtfertigt ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters, wenn die Sache in einem technisch-organisatorischen Verbund mit dem übrigen Schuldnervermögen steht. Dies ist bei der Überlassung an Betriebsgesellschaften des Schuldners der Fall (Abgrenzung zu BGH, 16.2.2006 – IX ZR 26/05, BGHZ 166, 215, Rn. 24 – Flowtex).

Hat aber der Dritte eine besitzrechtlich geschützte Rechtsposition, die eine Einbindung in den technisch-organisatorischen Verbund des Schuldnervermögens nicht erwarten lässt, scheidet ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters aus.

So besteht bei einem Leasingvertrag, bei dem aufgrund vertraglicher Absprachen das Leasingobjekt dauerhaft aus dem Vermögen des Leasinggebers (Schuldner) ausgeschieden ist, kein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters. Dies ist auch der Fall, wenn beim Finanzierungsleasing der Leasinggeber der finanzierenden Bank das Leasingobjekt durch Abtretung der Herausgabeansprüche sicherungsübereignet hat (BGH, 10.11.2004 – VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90, 107, 111, BB 2004, 2769, hierzu auch Schmid-Burgk, WuB I J 2. – 1.05), da er dann seinen mittelbaren Besitz verliert.

Da hier im konkreten Fall rein tatsächlich Unklarheiten bestanden, hat der BGH die Sache zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen.

#### PRAXISFOLGEN

Der BGH ist hier hinsichtlich des Verwertungsrechts des Verwalters vorsichtig von einer früheren, als „Flowtex“ benannten Entscheidung, abgerückt (BGH, 16.2.2006 – IX ZR 26/05, BGHZ 166, 215). Flowtex ist in Anführungszeichen zu setzen, da der Fall Flowtex zu einer Fülle von BGH Entscheidungen geführt hat und es daher nicht eine Flowtex Entscheidung gibt (vgl. nur BGH, 10.11.2004 – VIII ZR 186/03, BGHZ 161, 90, BB 2004, 2769 zur Bestandhaftung des Forderungsverkäufers und fünf weitere Urteile vom selben Tage; sowie BGH, 21.6.2005 – XI ZR 152/04, NJW 2005, 3213; ferner BGH, 27.5.2009 – III ZR 274/07, BeckRS 2009, 13523, und BGH, 10.9.2002 – 1 StR 169/02, BGHSt 48, 4).

In BGHZ 166, 215 (16.2.2006 – IX ZR 26/05) hatte der BGH den mittelbaren Besitz des Schuldners (Leasinggebers) ausreichen lassen, um ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters zu bejahen. Der BGH ist nun in der vorliegenden Entscheidung auf die Kritik an dem früheren Urteil eingegangen (vgl. Zahn, ZIP 2007, 365). Er hat unter Verweis auf die Motive des historischen Gesetzgebers hervorgehoben, dass nicht jeder mittelbare Besitz des Schuldners ausreichend für ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters ist. Ein solches Verwertungsrecht beim mittelbaren Besitz besteht aber, wenn der Leasingnehmer ein Tochterunternehmen des Schuldners ist, wie dies in BGHZ 166, 215 auch der Fall war. Die vom BGH verlangte Zuordnung zum Schuldnerunternehmen bleibt hier gewahrt.

Für die Refinanzierer von Leasinggebern ist das vorliegende Urteil erfreulich, da es ihre Position im Verwertungsfalle stärkt und dies bei der Einpreisung des Risikos berücksichtigt werden kann. In der Praxis sind jedoch Insolvenzen von Leasinggesellschaften eher selten.

Doch noch aus einem anderen Grunde ist die Entscheidung von Interesse, da der BGH hier in seiner Begründung den Willen des historischen Gesetzgebers betont. Von daher stellt sich die Frage, ob dieser Rekurs auf den gesetzgeberischen Willen nicht auch in gleicher Weise bei anderen Fallkonstellationen zu berücksichtigen ist, bei denen das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters strittig ist. Der BGH zitiert in der vorliegenden Entscheidung (Rn. 22) selbst seine Entscheidung zur Besitzlage und zum Verwertungsrecht bei verpfändeten Aktien in Sammelverwahrung (BGH, 24.9.2015 – IX ZR 272/13, BB 2016, 78, Rn. 26). Im Anschluss an diese Entscheidung wurden Stimmen lauter, die einer analogen Anwendung des § 166 Abs. 1 InsO auf verpfändete Gesellschaftsanteile das Wort geredet haben (so bspw. Undritz, BB 2016, 74, 77). Demgegenüber hat ausweislich der Entstehungsgeschichte der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, für verpfändete Forderungen und Rechte ein Verwertungsrecht des Verwalters vorzusehen (vgl. Tetzlaff, MüKoInsO, 3. Aufl. 2016, § 166, Rn. 98 m.w.N.). Wollte man das Verwertungsrecht des Verwalters über den Kreis der Mobiliarsicherheiten entgegen dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers hinaus erweitern, so wäre es Sache des Gesetzgebers, dies zu tun. Gelegenheit hierzu hat es reichlich gegeben, da die Insolvenzordnung im Durchschnitt – gefühlt – einmal pro Jahr geändert wird und die Diskussion über ein Verwertungsrecht des Verwalters bei verpfändeten Rechten seit bald 20 Jahren geführt wird.

**Dr. Klaus Schmid-Burgk** ist Rechtsanwalt bei Watson Farley & Williams in Hamburg. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind Schiffs-, Flugzeug- und Eisenbahnfinanzierungen insbesondere Leasing- und Insolvenzrecht.

