

A. Einführung

Das wenige, was dem typischen Insolvenzgläubiger aus der Insolvenzmasse noch zufällt, erhält er ausgezahlt in Geld. Egal, woraus die Masse bei Verfahrenseröffnung bestand, sie wird verwertet (§ 159 InsO) und der Gläubiger anteilig aus dem Erlös befriedigt (§ 187 Abs. 2 Satz 1 InsO). Selbst Forderungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, kommen ihrem Wert entsprechend zur Auszahlung in Geld (§ 45 InsO).

Mit einigem Recht kann man deshalb sagen: In der Insolvenz geht es nur noch um die Verteilung von Geld, und zwar aus Sicht des einzelnen Gläubigers um einen möglichst großen Teil davon. Weil das Gebot der gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung einer individuellen Erhöhung der Quote entgegensteht (§ 1 Satz 1 InsO), gibt es nur einen Weg, die Insolvenz des Schuldners ohne allzu große Verluste zu überstehen: den Aufstieg in einen höheren Gläubigerang.

I. Grund und Grenzen einer vorrangigen Befriedigung

Wer freiwillig die Position des Gläubigers einnimmt, der kann seinen Vorrang sichern. Er wird, indem er sich für seine Forderung eine geeignete Sicherheit bestellen lässt, zum Absonderungsberechtigten (§§ 49 ff. InsO) und nimmt als solcher am gemeinschaftlichen Verlust der Insolvenzgläubiger nur teil, soweit er bei der abgesonderten Befriedigung ausfällt (§ 52 InsO). Wo das Sicherungsbedürfnis aus einer Warenlieferung erwächst, erlaubt ein einfacher Eigentumsvorbehalt, die gelieferte Sache vor der Verwertung zugunsten aller Gläubiger zu schützen (§ 47 InsO): Was nicht in das Schuldnervermögen übergeht, wird auch nicht Teil der Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO).¹

¹ Kann oder will der Schuldner dem Sicherungswunsch des Gläubigers nicht entsprechen, dann steht es dem Gläubiger offen, sich bei einem Dritten Sicherheit zu besorgen. Das verschafft ihm keinen Vorrang im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Schuldners, sondern eine davon unabhängige Befriedigung durch den Sicherungsgeber. Es ist dann die Regressansicht des Sicherungsgebers, die vom Rang des Freistellungsanspruchs und der gesicherten Forderung abhängt.

Nun wird nicht jeder freiwillig zum Gläubiger: man denke nur an deliktsrechtliche Ansprüche. Selbst wer auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners vertraut, kann zugleich einen Anspruch haben, der gerade nicht vom Bestand des Schuldnervermögens abhängt: Ein Vermieter, der nicht zugleich der Eigentümer ist, mag mit seiner Forderung auf Zahlung des Mietzinses ausfallen (§ 535 Abs. 2 BGB); die Mietsache aber bleibt schuldnerfremd und herausgabepflichtig (§ 546 Abs. 1 BGB). Derlei Ansprüche, die ohne das Vertrauen des Gläubigers auf ein ausreichendes Schuldnervermögen entstehen, sind einer Sicherung für den Insolvenzfall nicht oder nur sehr eingeschränkt zugänglich: Die Herausgabepflicht durch eine dem Sachwert entsprechende Kautionsicherung zu sichern hat in aller Regel keinen wirtschaftlichen Sinn, und von einem deliktischen Schuldner kann man von vornherein keine Sicherheit verlangen.

Ansprüche dieser Art bleiben von der Abwertung auf die Insolvenzquote also nur verschont, wenn ihnen das Gesetz einen Vorrang gibt: »Masseverbindlichkeit« ist ein Urteil, das den Gläubiger aufatmen lässt, denn Masseverbindlichkeiten sind vorweg zu befriedigen (§§ 53 ff. InsO). Ein Vorrang des einzelnen Gläubigers gegenüber anderen ist damit allerdings nicht verbunden. Der Massegläubiger ist vielmehr Teil einer von den Insolvenzgläubigern getrennten Gläubigergruppe. Deren Mitglieder genießen *gemeinsam* eine bevorzugte Befriedigung, weil ihre Ansprüche erst nach dem Verfall des Schuldnervermögens begründet wurden. Dieses verkleinerte Vermögen kann seinerseits hinter den Masseforderungen zurückbleiben. Es kommt dann zur Masseunzulänglichkeit (§§ 208 ff. InsO) oder gar zur Masselosigkeit (§ 207 InsO). Mit der Masseunzulänglichkeit beginnt der Streit von vorn, bloß auf anderer Ebene: Wer hat seine Forderung besichern können, wer hat darauf verzichtet, und wer erhält auch ohne Sicherung mehr als nur die Quote nach § 209 Abs. 1 InsO?

Schutz vor der Insolvenz – sei es die Insolvenz des Schuldners oder der Masse – bietet von Gesetzes wegen nur die Aussonderung. Wer die Aussonderung (§ 47 InsO) oder die Ersatzaussonderung (§ 48 InsO) verlangen kann, der wird noch vor den Massegläubigern bedient. Sein Vorrang ist erneut kein Privileg unter Gleichen, sondern die Folge einer grundlegenden Trennung: zwischen dem zur Verteilung bestimmten Schuldnervermögen und den darin befindlichen massefremden Vermögenswerten. Das Insolvenzrecht verwaltet den Mangel, beseitigt ihn aber nicht auf Kosten Unbeteiligter. Die (Ersatz-)Aussonderungsberechtigten erhalten nicht mehr als die Masse- und Insolvenzgläubiger, sondern das, was nach materiellen Maßstäben ohnehin ihnen gehört.

1. Aussonderung nach § 47 InsO

Es bedarf keiner gehobenen Arithmetik, um die »Aussonderung von Geld« zur Summe aller insolvenzrechtlichen Gläubigerwünsche zu addieren. Das, was alle wollen, vor allen zu bekommen – ist das möglich? § 47 InsO gibt sich dunkel:

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.

Viel haben diese Vorschrift und ihre Vorläufer in der Konkursordnung für den Geldgläubiger bislang nicht tun können. Eigentlich hält § 47 InsO nur eine Selbstverständlichkeit fest und überlässt deren Umsetzung dem Rechtsanwender: Gegenstände, die nicht zur Insolvenzmasse gehören, bleiben vom Insolvenzverfahren unberührt – aber welche sind das?

Herkömmlich nähert man sich der Antwort über die Natur des zur Aussonderung geltend gemachten Anspruchs: Für dingliche Herausgabeansprüche – gerichtet auf einen bestimmten Gegenstand – zeigt sich die gängige Meinung in Rechtsprechung und Literatur empfänglich;² gegenüber sogenannten »Verschaffungsansprüchen« – gerichtet gegen das Vermögen als Ganzes – gibt sie sich ablehnend.³ Für Geld bedeutet das: Separierte Münzen und Geldscheine in fremdem Eigentum können ausgesondert werden. Ohne dingliche Zuordnung zum Gläubiger helfen allenfalls Ansprüche aus Sonderrechtsgebieten, etwa der Herausgabeanspruch des Treugebers gegen den insolventen Treuhänder⁴ oder der Rückgewähranspruch des Insolvenzanfechtungsgläubigers gegen den ebenfalls insolventen Anfechtungsgegner.⁵

Wieder braucht es keine arithmetischen Künste, um zu erkennen: Unter diesen Bedingungen bleibt die Aussonderung von Geld eine große Ausnahme. Das Bargeld im Besitz des Schuldners bzw. des Insolvenzverwalters entzieht sich in aller Regel einer genauen Zuordnung zum Gläubiger. Das im heutigen Wirtschaftsleben weitaus wichtigere Buchgeld lässt nicht einmal theoretisch eine dinglich begründete Aussonderung zu, denn die Guthabenforderung gegen die kontoführen-

² Bork, InsR, § 21 Rn. 282 ff.; HK-InsO/Lohmann, § 47 Rn. 9 ff.; MünchKommInsO/Ganter, § 47 Rn. 37 ff.; K. Schmidt/Thole, § 47 Rn. 16 ff.; Uhlenbruck/Brinkmann, § 47 Rn. 10 ff.; Nerlich/Römermann/Andres, § 47 Rn. 6.

³ Bork, InsR, § 21 Rn. 287; HK-InsO/Lohmann, § 47 Rn. 17 a. E.; MünchKommInsO/Ganter, § 47 Rn. 347; K. Schmidt/Thole, § 47 Rn. 66; Uhlenbruck/Brinkmann, § 47 Rn. 60; Nerlich/Römermann/Andres, § 47 Rn. 2.

⁴ Umfassend Bitter, Rechtsträgerschaft.

⁵ BGH, 23.10.2003 – IX ZR 252/01, BGHZ 156, 350 = ZIP 2003, 2307; MünchKommInsO/Ganter, § 47 Rn. 346 (für die Rückgewähr gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO; ablehnend hingegen für den auf Geld gerichteten Wertersatzanspruch aus § 143 Abs. 1 Satz 2 InsO).

de Bank ist stets eine Forderung der Masse und nicht des Gläubigers. Glücklicherweise kann sich schätzen, wessen Geld auf einem für ihn geführten Treuhandkonto liegt, aber auch nur, solange der insolvente Treuhänder sich daran nicht vergriffen hat.⁶

2. Ersatzaussonderung nach § 48 InsO

Während der verhinderte Aussonderungsgläubiger einen tauglichen Anspruch vermisst, um sein Geld von der Masse zu trennen, nimmt ein zweiter Gläubiger das Gesetz zur Hand: Dieser Gläubiger war Eigentümer einer dem Schuldner zum Gebrauch überlassenen Sache und hatte nach dem Ende des Nutzungsverhältnisses eigentlich einen Anspruch auf Herausgabe im Wege der Aussonderung (§ 47 InsO i. V. m. § 985 BGB). Doch der Insolvenzverwalter hat die Sache bereits verwertet, also zu Geld gemacht. In § 48 InsO heißt es zu dieser Situation:

Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung hätte verlangt werden können, vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner oder nach der Eröffnung vom Insolvenzverwalter unberechtigt veräußert worden, so kann der Aussonderungsberechtigte die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen, soweit diese noch aussteht. Er kann die Gegenleistung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit sie in der Masse unterscheidbar vorhanden ist.

Im Unterschied zu § 47 InsO, der auf die außerhalb des Insolvenzverfahrens geltenden Gesetze verweist, stellt § 48 InsO selbst eine Anspruchsgrundlage bereit.⁷ Dass der in Satz 2 gewährte Anspruch auf die Herausgabe der aus der Veräußerung erlangten Gegenleistung gerichtet ist – also in aller Regel auf Geld –, wird den entrechteten Eigentümer kaum stören: Das ursprünglich aussonderungspflichtige Gut gegen den Erlös zu tauschen (und davon eine neue Sache zu erwerben) ist allemal besser, als womöglich mit der Quote auf einen Bereicherungsanspruch, auf einen Schadensersatzanspruch oder einen Anspruch aus angemaßter Eigengeschäftsführung abgespeist zu werden. Mit der Quote auf den tatsächlichen Wert nämlich kann der Gläubiger sein Eigentum nicht ersetzen.

Indes, die Freude stößt auch hier an Grenzen. Nach herkömmlicher Lesart muss sich die herausverlangte Gegenleistung *gegenständlich* unterscheidbar in der Insolvenzmasse befinden.⁸ Damit steht der Ersatzaussonderungsgläubiger

⁶ Vgl. BGH, 10.2.2011 – IX ZR 49/10, BGHZ 188, 317 = ZIP 2011, 777 (Phoenix); zu der von der Rspr. geforderten Vermögenstrennung BankR-Hdb/Bitter, § 33 Rn. 106.

⁷ Insoweit auch Uhlenbruck/Brinkmann, § 48 Rn. 1, allerdings ohne der Natur dieses Anspruchs nachzugehen.

⁸ BGH, 8.3.1972 – VIII ZR 40/71, BGHZ 58, 257, 261 = NJW 1972, 872, 873; BGH, 24.1.2019 – IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 = ZIP 2019, 472 Rn. 42, 82; MünchKommInsO/Ganter, § 48 Rn. 55; K. Schmidt/Thole, § 48 Rn. 23; Gottwald/Adolphsen, InsR-Hdb, § 41

nach § 48 Satz 2 InsO vor demselben Hindernis wie der Aussonderungsgläubiger nach § 47 InsO i. V. m. § 985 BGB: Wie soll er »sein« Geld bestimmen und bezeichnen? Immerhin erlaubt die h. M. seit BGHZ 141, 116 (Turmdrehkran) auch die Ersatzaussonderung eines Buchgelderlöses bis zur Höhe des niedrigsten Tagessaldos seit dem Zufluss – die lückenlose Dokumentation macht es möglich.⁹ Wer sich fragt, wie diese Öffnung zu dem Erfordernis gegenständlicher Unterscheidbarkeit passt, steht mit seiner Frage nicht allein.

Allein steht seit jeher der Gläubiger, wenn mit dem erlangten Geld geschehen ist, wozu es geschaffen wurde: ausgegeben für andere Dinge, also weiterveräußert. Eine gegenständliche Verknüpfung zwischen dem Barerlös und den folgenden Umsätzen mag sich in Lehrbuchfällen konstruieren lassen, scheitert aber in der Praxis, wenn ein Unternehmen täglich große Warenmengen umschlägt. Der Tagessaldo, der nach h. M. den Anspruch aus § 48 Satz 2 InsO begrenzt, hängt von der Reihenfolge der Zahlungsein- und -ausgänge ab: Soll trotz dokumentierter Zahlungszwecke der Zufall über den Vorrang entscheiden?¹⁰

Außerdem sind da noch die Ausgaben für nicht-gegenständliche Leistungen: Sie führen nach ganz h. M. zum Untergang des Ersatzaussonderungsrechts, denn in der Masse »vorhanden« sein könne nur ein Aktivum. Spätestens also, wenn der Insolvenzverwalter oder der Schuldner mit dem Erlös seine Arbeitnehmer bezahlt, spürt auch der Ersatzaussonderungsberechtigte das Leid des Aussonderungsgläubigers, der sein Herausgabebegehren nicht genau genug fassen kann: Er weiß, dass »sein« grundlos vereinnahmtes Geld den Wert der Masse erhöht – und erhält es trotzdem nicht vor den Insolvenz- bzw. Massegläubigern zurück.

II. Vermögenstrennung durch Bereicherungsrecht

Über die »Aussonderung von Geld« zu schreiben heißt, sich einem uneingelösten Versprechen zu widmen. Dieses Versprechen – dass fremdes Vermögen nicht für die Verbindlichkeiten des Insolvenzschuldners haften soll – hängt seit über 140 Jahren zwischen einem Gerechtigkeitsanliegen des Gesetzgebers und einer unter Insolvenzrechtlern weit verbreiteten Skepsis gegenüber Gläubiger-Vor-

Rn. 3; HK-InsO/Lohmann, § 48 Rn. 1; Uhlenbruck/Brinkmann, § 48 Rn. 29, 35; HambKomm/Büchler/Scholz, § 48 Rn. 25; weniger streng Gundlach, DZWIR 1998, 12, 15 ff., der die Bestimmbarkeit des »haftungsrechtlich« fremden Anteils genügen lassen will.

⁹ BGH, 11.3.1999 – IX ZR 164/98, BGHZ 141, 116 = ZIP 1999, 626 = WuB VI B. § 46 KO 1.00 Bitter; BGH, 24.1.2019 – IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 = ZIP 2019, 472 Rn. 42; MünchKommInsO/Ganter, § 48 Rn. 60, 63; Uhlenbruck/Brinkmann, § 48 Rn. 36; K. Schmidt/Thole, § 48 Rn. 23; zurückhaltend Bork, InsR, § 21 Rn. 289 Fn. 30.

¹⁰ Kritisch bereits Bitter, WuB VI B. § 46 KO 1.00.

rechten. Eingeführt mit § 38 der Konkursordnung von 1877, wurde die Ersatzaussonderung früh Opfer eines dogmatischen Irrtums, der bis heute verhindert, dass dem Ziel des Gesetzgebers an der richtigen Stelle nachgegangen wird: Wie lässt sich eine materielle Vermögenstrennung in der Insolvenz darstellen?

1. *Wider eine Vermögenstrennung nach Gegenständen*

Die herkömmliche Lehre dringt zu dieser Frage nicht vor, weil sie die Ersatzaussonderung nach § 48 InsO im Lichte der Aussonderung nach § 47 InsO sieht und deshalb deren Voraussetzungen auf den Ersatzgegenstand – das erlangte Geld – überträgt.¹¹ Indes hat der Gläubiger überhaupt kein Interesse an der Herausgabe bestimmter Geldzeichen, so wenig, wie ihm bei einer Buchgeldzahlung an der Abtretung des erlangten Anspruchs auf Gutschrift gelegen ist (§ 675 t Abs. 1 Satz 1 BGB): dieser Anspruch ist mit der automatisierten Gutschrift bereits erloschen. Es spricht nicht für die Auslegung einer zum Schutz des Gläubigers erlassenen Norm, wenn von ihr nur noch ein Anspruch auf etwas bleibt, was der Gläubiger weder will noch bekommen kann.

Der Entwicklung des Ersatzaussonderungsrechts hat es sicherlich nicht gut getan, dass der Vorschlag, Bereicherungsansprüche mit Aussonderungskraft zu versehen (§ 36 a KO-E 1898), in der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs durchfiel.¹² Die Unsicherheit, ob durch die Regelung ein ungerechtfertigter Gläubigervorteil geschaffen würde, hat sich bis heute gehalten. Gehalten hat sich aber auch die Schwäche einer gegenständlich beschränkten Wertverfolgung in fremdes Vermögen: Sie führt nur dort zu stimmigen Ergebnissen, wo der vom Gläubiger verfolgte Wert in einem genau zu bezeichnenden Gegenstand verkörpert ist. Gemessen an den heutigen Erkenntnissen im Bereicherungsrecht nimmt sich das reichlich überholt aus.

2. *Für eine Vermögenstrennung nach Werten*

Die dogmatische Verkrustung im Recht der Ersatzaussonderung aufgebrochen zu haben ist das Verdienst von BGHZ 141, 116 (Turmdrehkran) aus dem Jahr 1999.¹³ Obgleich das Urteil mit einer gegenständlichen Beschränkung schließt – nämlich auf den niedrigsten zwischenzeitlichen Saldo des Schuldnerkontos –, war sein Erlass nur möglich, weil der IX. Zivilsenat zahlreiche formale Hürden

¹¹ Jüngst wieder BGH, 24.1.2019 – IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 = ZIP 2019, 472 Rn. 82.

¹² Protokolle II, S. 721 ff.; dazu *Behr*, Wertverfolgung, S. 8, 180 f.; s. auch *Bitter*, Rechtsträgerschaft, S. 359 ff.

¹³ BGH, 11.3.1999 – IX ZR 164/98, BGHZ 141, 116 = ZIP 1999, 626 = WuB VI B § 46 KO 1.00 *Bitter*; BGH, 24.1.2019 – IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 = ZIP 2019, 472 Rn. 42.

beiseiteschob, an denen eine rein gegenständliche Auslegung des § 48 InsO hätte scheitern müssen. Zwischen einem leerlaufenden Herausgabeanspruch und einem insolvenzfesten Zahlungsanspruch gibt es viel Raum für ausgewogene Lösungen.

In das Jahr 1999 fällt auch die Entscheidung des Gesetzgebers, das aus § 46 KO bekannte Ersatzaussonderungsrecht in dem neuen § 48 Satz 1 InsO zu erweitern. Während manche das vermeintlich systemwidrige Privileg abgeschafft sehen wollten,¹⁴ hielt der Gesetzgeber den Gerechtigkeitsgedanken hoch.¹⁵ Seitdem unterliegt auch die vom Schuldner selbst eingezogene Gegenleistung der Herausgabepflicht. Das Ersatzaussonderungsrecht wurde so erheblich aufgewertet, denn der Ausfall mit einem Bereicherungsanspruch gegen den Schuldner trifft den Gläubiger in aller Regel viel härter als die anteilige Kürzung seines Massebereicherungsanspruchs gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO i. V. m. § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB gegen den Insolvenzverwalter.

Zugleich fügte der Gesetzgeber allerdings dem neuen § 48 Satz 2 InsO die Voraussetzung hinzu, dass die Gegenleistung »unterscheidbar« in der Masse vorhanden ist. Bei gegenständlicher Auslegung dieses Merkmals besteht darauf so wenig Hoffnung, dass sich die Frage aufdrängt, was die Erweiterung von § 48 Satz 1 InsO überhaupt sollte: Je länger die unberechtigte Veräußerung zurückliegt, desto aussichtsloser der Versuch, noch eine gegenständliche Spur des Erlöses zu finden – von mangelnder Buchführung des späteren Insolvenzschuldners ganz zu schweigen. Selbst nach der »Tagessaldo«-Rechtsprechung des BGH wird der Gläubiger kaum einmal zum Erfolg kommen, da die Konten späterer Insolvenzschuldner im Soll geführt zu werden pflegen. Die Auflösung dieses Widerspruchs steht bis heute aus.

a) Grundgedanke der Untersuchung

Vor dem Leser liegt nun der Versuch, den Anspruch auf Ersatzaussonderung nach § 48 Satz 2 InsO seinem Zweck und seiner systematischen Stellung gemäß zu entfalten. Wenn die daraus gewonnenen Ergebnisse richtig sind, dann ist die Aussonderung von Geld in deutlich größerem Umfang möglich, als bislang angenommen. Trotzdem: Die ganz überwiegende Zahl der auf Geld gerichteten Forderungen bleibt vom gemeinschaftlichen Verlust der Insolvenzgläubiger betroffen – nämlich immer dann, wenn ihr Gegenstand eine Leistung aus der (Soll-)Masse ist und keine Herausgabe aus der (Ist-)Masse.

Der Sockel, auf dem die hier vorgestellte Lösung steht, ist die Erkenntnis, dass die Aussonderung nach § 47 InsO und die Ersatzaussonderung nach § 48 InsO

¹⁴ Dieckmann, FS Henckel, S. 95 ff.

¹⁵ BT-Drs. 12/7302, S. 160 (zu § 55 RegE).

zwar beide den Schutz fremder Vermögenswerte bezwecken, dass aber die Anspruchsziele weit auseinander liegen: § 47 InsO verhindert die unberechtigte Verwertung eines schuldnerfremden Gegenstands zu Gunsten der Masse. § 48 InsO ahndet eine bereits erfolgte unberechtigte Verwertung, indem der Gläubiger einen insolvenzfesten Anspruch auf Auskehr des Veräußerungserlöses erhält. § 47 InsO ist ein gegenstandsbezogenes Abwehrrecht, dessen Inhalt von dem geltend gemachten materiell-rechtlichen Anspruch abhängt. § 48 InsO gewährt einen wertbezogenen Bereicherungsanspruch wegen unerlaubten Eingriffs. Die Vorschrift erklärt den im Verhältnis zum Gläubiger unberechtigt erlangten Erlös entgegen seiner dinglichen Zuordnung für massefremd und deshalb aussonderungspflichtig. Der darauf gründende Wertherausgabeanspruch ist im Unterschied zu den §§ 816 Abs. 1 Satz 1, 818 f. BGB mit einer auf den Insolvenzfall zugeschnittenen Entreicherungsregel versehen.

b) Gang der Überlegung

Der Versuch, die Aussonderung von Geld grundlegend anders anzugehen und von formalistischen Ketten zu befreien, wird dem Leser einiges zumuten. Das hier geforderte Umdenken ist nur veranlasst, wenn die These von der insolvenzfesten Wertherausgabepflicht die hergebrachte gegenständliche Lehre auf weiter Fläche aussticht, theoretisch wie praktisch. Der Weg dorthin sieht so aus:

Bargeld im Eigentum des Gläubigers. Die Abhandlung beginnt mit dem Fall, dass der Gläubiger sein Eigentum an in der Masse befindlichem Bargeld geltend macht und, gestützt auf § 47 InsO i. V. m. § 985 BGB, die Herausgabe verlangt (unten B.): Das klingt lehrbuchhafter, als es ist, denn an Münzen und Geldscheinen lässt sich ersehen, wie wenig die Aussonderung gemäß § 47 InsO für die Herausgabe von Geld geschaffen ist. Gleiches gilt für die Herausgabe des Geldwertes, für die sich die Lehre von der »Geldwertvindikation« stark macht: Dem Gläubiger liegt zwar in aller Regel nur an dem in Geld bezifferten Wert. Aber Werte zu verfolgen ist Sache des Bereicherungsrechts, hier also des § 48 InsO.

Herausgabe eines Barerlöses nach § 48 Satz 2 InsO. Auch die Untersuchung von § 48 Satz 2 InsO wird beim Erlös von Bargeld beginnen (unten C.): Das traditionell gegenständliche Verständnis der Ersatzaussonderung führt nämlich dazu, dass die bei § 47 InsO aufgezeigten Hindernisse im Anwendungsbereich des § 48 Satz 2 InsO nahezu immer zum Verlust des Anspruchs führen¹⁶ – ein Ergebnis, das der Gesetzgeber kaum beabsichtigt haben kann. Historisch war der Gesetzgeber der Konkursordnung von 1877 vielmehr dem BGB-Gesetzgeber

¹⁶ Vgl. BGH, 24.1.2019 – IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 = ZIP 2019, 472 Rn. 80 ff. mit Ausnahmen bei getrennt gehaltenem Bargeld.

von 1900 voraus, indem er die als unverzichtbar empfundene besondere Eingriffskondition festschrieb.

Ist die wahre Natur des § 48 Satz 2 InsO erst einmal freigelegt, gibt es allen Grund, den Inhalt und Umfang dieses Anspruchs neu zu vermessen: Was im Bereicherungsrecht des BGB anerkannt ist, kann im Insolvenzrecht nicht gänzlich falsch sein. Das gilt zunächst einmal für die Pflicht zum Wertersatz, sobald der ursprünglich erlangte Bereicherungsgegenstand nicht mehr herausgegeben werden kann (§ 818 Abs. 2 BGB) – eine Regelung, die jeden Streit um die Identität der erworbenen Geldzeichen behebt, weil so oder so Geld herauszugeben ist. Wo es um die Verteilung des Vermögenswertes und nicht der Vermögensgegenstände geht, da sorgt Geld als geborener Wertmesser stets für die bestmögliche Trennung zwischen dem Schuldnervermögen und darin befindlichen fremden Werten.

Schwieriger wird es in der Frage nach dem Fortbestand der Bereicherung, also nach dem, was § 48 Satz 2 InsO noch »unterscheidbar vorhanden« nennt: Außerhalb der Insolvenz kann das BGB grundsätzlich von einer fortbestehenden Bereicherung ausgehen und erlaubt Abzüge vom Herausgabeanspruch nur, soweit die Bereicherung ersatzlos entfallen ist (§ 818 Abs. 3 BGB). Typisch für den Insolvenzfall, zumal für die Unternehmensinsolvenz, sind aber schleichende bis schlagartige Einbußen am Vermögen insgesamt: Lässt sich das von dem unge rechtfertigt vereinnahmten und umgesetzten Erlös trennen? Tatsächlich werden die aus dem Bereicherungsrecht des BGB bekannten Kategorien der ersparten Aufwendungen und ersatzlos verlorenen Luxusaufwendungen auch in der Insolvenz des Bereicherungsschuldners für die nötige Abgrenzung sorgen, damit der Masse nicht mehr entzogen wird als gerechtfertigt.

Das wiederum öffnet die Tür zu einem Anspruch, den die hergebrachte Lehre für ausgeschlossen hält: zur Ersatzaussonderung der Passivbereicherung. Der Insolvenzverwalter kann den Herausgabeanspruch nicht mehr ohne weiteres mit dem Einwand abwehren, er habe den Erlös zur Tilgung eines Darlehens oder zur Lohnzahlung an die Mitarbeiter des Schuldnerunternehmens verwendet. Systematisch laufen die §§ 816, 818f. BGB und § 48 InsO erst auseinander, wo im BGB der Einwand der Entreicherung ausgeschlossen ist (§§ 818 Abs. 4, 819 Abs. 1 BGB): Jede tatsächliche Entreicherung mindert den Anspruch aus § 48 Satz 2 InsO, denn jenseits der verbliebenen Bereicherung geht es nicht mehr um Vermögenstrennung, sondern um Haftung aus schuldnerischem Vermögen – also um eine Insolvenzforderung.

Herausgabe eines Buchgelderlöses. Dass auch der BGH und das ihm folgende Schrifttum sich bereits von einer rein gegenständlichen Betrachtung des § 48 InsO verabschiedet haben, wird das Kapitel über die Ersatzaussonderung von Buchgeld zeigen (unten D.). Das durch die Beteiligung der Banken entstehende

Mehrpersonenverhältnis, die mehrfachen Forderungswechsel auf dem Weg des Buchgelds vom Zahler zum Zahlungsempfänger sowie das Nebeneinander von kontokorrentgebundenen Einzelforderungen und girovertraglichem Auszahlungsanspruch lassen sich gegenständlich nicht mehr beherrschen. Doch die h. M. lässt daran die Ersatzaussonderung nicht scheitern, sondern gestattet den Zugriff auf die Guthabenforderung, die gar zu offensichtlich die ungerechtfertigte Bereicherung verkörpert.¹⁷

Freilich fängt sich auch der BGH mit dieser Öffnung sogleich die Frage ein, ob das erlangte Guthaben – genauer: das Guthaben-Plus – in der Masse noch vorhanden ist. Er beantwortet sie, indem er den Herausgabeanspruch auf den niedrigsten zwischenzeitlichen Tagessaldo begrenzt.¹⁸ Auf eine Verknüpfung zwischen dem erlangten Guthaben-Plus und den folgenden Zahlungsausgängen und Zahlungseingängen, gar auf eine gegenständliche Verknüpfung, kommt es nicht mehr an. Das kann dazu führen, dass der Insolvenzverwalter im Wege der Ersatzaussonderung herausgeben muss, was nach allgemeinem Bereicherungsrecht als Entreicherung abzuziehen wäre (eine verlustträchtige Luxusaufwendung etwa). – Wer § 48 Satz 2 InsO als Bereicherungsanspruch mit insolvenzspezifischer Entreicherungsregel versteht, bleibt von solchen Ungereimtheiten verschont.

Aussonderung nach Insolvenzanfechtung. Nicht immer ist das Glück des Ersatzaussonderungsberechtigten das Pech der Insolvenzmasse. Seit sich im Anschluss an BGHZ 155, 199 (Lebensversicherung) die Auffassung durchgesetzt hat, dass der nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO zurückzugewährende Anfechtungsgegenstand in der Insolvenz des Anfechtungsgegners zur Aussonderung nach § 47 InsO berechtigt,¹⁹ können sich Insolvenzverwalter vermehrt in der Rolle des Gläubigers finden (unten E.): Im Bereich der Doppelsolvenzen, zumal im Unternehmensverbund mit einheitlicher Finanzierung, warten zahlreiche ungelöste Aufgaben. Eine davon, die Umkehr von Zahlungen aus dem Vorfeld der Insolvenz, wird einfacher, wenn man mit § 48 Satz 2 InsO ernst macht: Der anfechtbar erlangte Betrag bleibt solange aussonderungspflichtig, wie er die gegnerische

¹⁷ Jüngst wieder BGH, 24.1.2019 – IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 = ZIP 2019, 472 Rn. 42, 84.

¹⁸ BGH, 11.3.1999 – IX ZR 164/98, BGHZ 141, 116 = ZIP 1999, 626 = WuB VI B § 46 KO 1.00 *Bitter*; BGH, 24.1.2019 – IX ZR 110/17, BGHZ 221, 10 = ZIP 2019, 472 Rn. 42.

¹⁹ BGH, 23.10.2003 – IX ZR 252/01, BGHZ 156, 350 = NJW 2004, 214; BGH, 16.11.2007 – IX ZR 194/04, BGHZ 174, 228 Rn. 44 = NJW 2008, 655 = ZIP 2008, 125; BGH, 14.5.2009 – IX ZR 63/08, BGHZ 181, 132 Rn. 35 = NJW 2009, 2600; MünchKommInsO/*Ganter*, § 47 Rn. 346; MünchKommInsO/*Kirchhof/Piekenbrock*, § 143 Rn. 36; *Jaeger/Henckel*, § 143 Rn. 77 ff.; *K. Schmidt/Thole*, § 47 Rn. 68; *Uhlenbruck/Brinkmann*, § 47 Rn. 65; *Uhlenbruck/Borries/Hirte*, § 143 Rn. 72; *HK-InsO/Lohmann*, § 47 Rn. 18; *Kübler/Prütting/Bork/Jacoby*, § 143 Rn. 16.