

**Dokumentnummer:** 767  
**letzte Aktualisierung:** 05. November 1998

<Dokumentnummer> 767  
<Gericht> BGH  
<Aktenzeichen> IX ZR 300/97  
<Datum> 17.09.1998  
<Normen> GesO §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 Nr. 1; KO § 46 Satz 2; InsO § 48  
<Titel>  
<Fundstelle>

**<Leitsatz> Ersatzaussonderungs- und Ersatzabsonderungsrechte entstehen in der Gesamtvollstreckung entsprechend den nach der Konkursordnung geltenden Voraussetzungen.**

### Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter im Gesamtvollstreckungsverfahren über das Vermögen der L. H.- und T. GmbH (fortan: Schuldnerin). Die Schuldnerin stand in Geschäftsbeziehung zu dem beklagten Kreditinstitut. Dieses hat einen Anspruch der Schuldnerin auf Gutschrift einer Überweisung von 62.500 DM mit eigenen fälligen Kreditrückzahlungsansprüchen verrechnet. Der Kläger, der dies für unzulässig hält, hat die Beklagte auf Zahlung dieses Betrages in Anspruch genommen.

Die Beklagte hat hilfsweise eingewandt, sie rechne mit einem Ersatzanspruch in Höhe von 30.316,88 DM auf, den sie aus folgendem Sachverhalt herleitet: Der Kläger hat einen Atlas-Raupenbagger sowie Zubehör zu zwei weiteren Baggern versteigern lassen und dadurch einen Erlös in Höhe von brutto 30.316,88 DM erzielt. Diesen beansprucht die Beklagte mit der Behauptung, die genannten Gegenstände seien ihr sicherungsübereignet gewesen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Der Senat hat die Revision nur hinsichtlich des hilfsweise zur Aufrechnung gestellten Anspruchs angenommen.

### Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit das Berufungsgericht der Klage in Höhe der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderung stattgegeben hat.

#### I.

Die Beklagte hat hinreichend substantiiert vorgetragen, die Schuldnerin habe ihr die genannten Gegenstände zur Sicherung der Forderungen aus der Geschäftsverbindung übereignet. Davon geht ersichtlich auch das Berufungsgericht aus. Es hat jedoch dazu keine Tatsachenfeststellungen getroffen, weil nach seiner Rechtsauffassung die Gesamtvollstreckungsordnung kein Ersatzabsonderungsrecht kenne.

#### II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg. Waren die Gegenstände, die der Kläger verwertet hat, der Beklagten sicherungsübereignet worden, stand ihr in Höhe der gesicherten Forderungen ein Anspruch auf Auskehr des Verwertungserlöses gegen die Masse zu, mit dem sie gegen die Klageforderung aufrechnen konnte.

1. Das Sicherungseigentum begründet im Konkurs des Sicherungsgebers ein Absonderungsrecht nach § 48 KO (BGHZ 72, 141, 146 f; 109, 47, 53 f; 134, 195, 197). Hat der Verwalter einen Gegenstand veräußert, an dem einem Dritten ein solches Recht zustand, und befindet sich der Erlös noch in der Masse, kann der Sicherungsnehmer in entsprechender Anwendung von § 46 Satz 2 KO die Gegenleistung aus der Masse beanspruchen (vgl. Senatsur. v. 18. Mai 1995 - IX ZR 189/94, ZIP 1995, 1204, 1210, insoweit nicht in BGHZ 130, 38 abgedr.). Ist die Gegenleistung dagegen vor Verfahrenseröffnung zur Masse gelangt, scheidet ein Ersatzabsonderungsrecht aus (vgl. zur Gesamtvollstreckung Senatsurteile v. 5. März 1998 - IX ZR 265/97, WM 1998, 838, 840; v. 19. März 1998 - IX ZR 22/97, WM 1998, 968, 972). Die Gegenstände, auf die sich die Beklagte bezieht, sind am 7. Juni 1995, zwei Tage vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung, durch einen privaten Auktionator versteigert worden. Wann der Erlös in die Masse gelangt ist, haben die Parteien bisher nicht vorgetragen. Dies hängt auch davon ab, ob der Versteigerer als Vertreter des Klägers aufgetreten ist, also für ihn die Zahlungen in Empfang genommen hat (vgl. BGHZ 119, 75, 78 ff). Hat er dagegen im eigenen Namen gehandelt, kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem der Erlös dem Verwalter selbst zugeflossen ist. Mangels entsprechender tatsächlicher Feststellungen ist für die Revisionsinstanz davon auszugehen, daß der Gegenwert der versteigerten Sache erst nach Verfahrenseröffnung in die Masse gelangt ist.

2. Die Gesamtvollstreckungsordnung enthält eine dem § 46 KO entsprechende Bestimmung nicht. § 12 Abs. 1 Satz 1 GesO schreibt lediglich vor, daß der Verwalter Gegenstände, an denen einem anderen Eigentums- oder Pfandrechte zustehen, an den Berechtigten herauszugeben hat, wenn er das Pfandrecht nicht durch Zahlung ablöst. Aussonderungs- und Absonderungsrechte werden in einer Bestimmung zusammengefaßt, wobei das Sicherungseigentum den Pfandrechten zuzurechnen ist; denn das Recht der Gesamtvollstreckung soll dem Sicherungseigentümer keine gegenüber dem Konkursverfahren erweiterte Rechtsstellung verschaffen (Haarmeyer/Wutzke/Förster GesO 3. Aufl. § 12 Rdnr. 18; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 12 GesO Anm. 3; Becker ZIP 1991, 783, 785). Umstritten ist dagegen die Frage, ob nach der Gesamtvollstreckungsordnung auch Ersatzaussonderungs- und Ersatzabsonderungsrechte entstehen können.

a) Ein Teil der Literatur (Gottwald, in: Nachtrag "Gesamtvollstreckungsordnung" zum Insolvenzrechtshandbuch, Kap. III A 6 Rdnr. 22; Haarmeyer/Wutzke/Förster, aaO § 12 Rdnr. 20 a; Smid/Zeuner, GesO 3. Aufl. § 12 Rdnr. 51; Smid EWIR 1997, 522) und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung (OLG Dresden OLG-NL 1996, 208; LG Leipzig ZIP 1995, 1841) verneint dies; dem hat sich das Berufungsgericht angeschlossen. Nach dieser Ansicht enthalten §§ 12 Abs. 1, 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO eine in sich geschlossene Sonderregelung, die es nicht zuläßt, § 46 KO ergänzend heranzuziehen. Der Gesetzgeber habe zudem in § 48 InsO das Ersatzaussonderungsrecht eingeschränkt. Auch daraus ergebe sich, daß die Frage in der Gesamtvollstreckungsordnung abweichend vom Recht der Konkursordnung habe geregelt werden sollen.

b) Diese Erwägungen überzeugen nicht. Vielmehr sprechen die besseren Gründe dafür, § 46 KO in der Gesamtvollstreckung entsprechend heranzuziehen (ebenso Happ/Huntemann, Der Gläubiger in der Gesamtvollstreckung § 16 Rdnr. 24 ff; Hess/Binz/ Wienberg GesO 3. Aufl. § 12 Rdnr. 207 ff; Kilger/K. Schmidt, aaO § 12 GesO Anm. 1; Pape, in: Mohrbutter/Mohrbutter, Handbuch der Insolvenzverwaltung 7. Aufl. XVI 244; OLG Stuttgart DZWir 1996, 515; OLG Rostock ZIP 1997, 1112, 1117).

aa) Die Auslegung der Gesamtvollstreckungsordnung hat besonders zu beachten, daß es sich inhaltlich nur um ein fragmentarisches Werk handelt, das - um den knappen Formulierungsstil der Gesamtvollstreckungsverordnung der ehemaligen DDR beizubehalten - bei umfangreichen Regelungen des übernommenen Konkursrechts in der Regel nur die Grundnorm übertragen hat. Wurde eine Vorschrift knapper gefaßt als die entsprechende Regelung des bundesdeutschen Konkursrechts, der dort enthaltene Grundtatbestand jedoch unverändert übernommen, so liegt es daher besonders nahe, hinsichtlich der Einzelheiten ergänzend auf die entsprechenden Vorschriften der Konkursordnung zurückzugreifen (Senatsur. v. 27. Februar 1997 - IX ZR 79/96, ZIP 1997, 649, 650 z.V.b. in BGHZ 135, 30; Lübchen/Landfermann, ZIP 1990, 829, 830; Landfermann, Festschrift für Merz S. 367, 380 f; Fischer ZIP 1997, 717, 718 f.).

bb) § 12 Abs. 1 GesO enthält eine Zusammenfassung der §§ 43 bis 48 KO. Zwar kennt die Konkursordnung die dort normierte Ablösungsbefugnis des Verwalters nicht. Diese Regelung belegt jedoch nicht, daß dem Sicherungsnehmer die in § 46 KO vorgesehenen Rechte versagt werden sollten. Die Neuregelung betrifft lediglich die Verwertung. Im Gegensatz zu § 127 KO, wonach der Berechtigte im Regelfall befugt ist, die Befriedigung aus dem Gegenstand selbst vorzunehmen, entscheidet hier der Verwalter nach freiem Ermessen darüber, ob er den Pfandgegenstand zur Verwertung herausgibt oder ihn gegen Zahlung ablöst. Diese zusätzliche Befugnis des Verwalters besagt nichts über eine Absicht des Gesetzgebers, den Sicherungsnehmer im Vergleich zu dem in den alten Bundesländern geltenden Insolvenzrecht materiell schlechter zu stellen.

cc) Die analoge Anwendung des § 46 Satz 2 KO scheidet nicht deshalb aus, weil die durch die Ablösung von Pfandrechten der Masse entstehenden Kosten nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO vorab zu begleichen sind. Die Vorschrift privilegiert die dem Verwalter erwachsenen notwendigen Auslagen und erwähnt darunter ausdrücklich die durch Ablösung eines Pfandrechts angefallenen Aufwendungen. Dies ist eine Folge der in § 12 Abs. 1 Nr. 1 GesO normierten Ablösungsbefugnis. Durch die Regelung, an welcher Stelle diese Kosten zu berücksichtigen sind, ist jedoch nichts darüber ausgesagt, welche materiell-rechtlichen Ansprüche der Berechtigte besitzt, wenn der Verwalter unbefugt in dessen Pfandrecht eingegriffen hat. Nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO sind Ansprüche aus Geschäften oder Handlungen des Konkursverwalters ebenfalls vorweg zu befriedigen; dazu gehören auch die Ansprüche aus vom Konkursverwalter getätigten Verwertungen, soweit sich der Erlös nicht mehr unterscheidbar in der Masse befindet (Kilger/K. Schmidt, aaO § 127 KO Anm. 3; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 127 Rdnr. 11). § 13 Abs. 1 Nr. 1 GesO hat demnach keine die Bestimmung des § 46 KO ersetzende Sonderregelung geschaffen.

dd) § 48 InsO schränkt das Ersatzaussonderungsrecht keinesfalls ein; die Vorschrift regelt es bei Veräußerung der Sache durch den Insolvenzverwalter ebenso wie § 46 KO. § 60 des Regierungsentwurfs zur Insolvenzordnung sah ein Ersatzabsonderungsrecht, allerdings in eingeschränkter Form, ausdrücklich vor. Zwar ist diese Bestimmung auf Vorschlag des Rechtsausschusses gestrichen worden. Dies geschah jedoch mit der Absicht, die bisherige Regelung beizubehalten. Da die Ersatzabsonderung in der Konkursordnung nicht erwähnt und gleichwohl anerkannt ist, wurde es als ausreichend angesehen, § 48 InsO insoweit ebenfalls entsprechend anzuwenden. Durch diese Änderung sollte somit die Möglichkeit der Ersatzabsonderung im zukünftigen Recht nicht beseitigt werden (vgl. Bericht des Rechtsausschusses zu § 60 des Regierungsentwurfs zur InsO, BT-Drucks. 12/7302 S. 160).

Behandelt die Gesamtvollstreckungsordnung eine Frage nicht, die in der Konkursordnung und der Insolvenzordnung jedenfalls in den wesentlichen Punkten übereinstimmend geregelt ist, gibt es im allgemeinen keinen einsichtigen Grund, davon in der Gesamtvollstreckung abzuweichen (vgl. BGHZ 131, 189, 199; BGH, Urt. v. 27. Februar 1997, aaO). Ist auch nicht erkennbar, daß die Gesamtvollstreckungsordnung einen im Zeitpunkt ihrer Novellierung aktuellen Reformgedanken aufgreifen wollte, spricht alles dafür, die einschlägige Vorschrift der Konkursordnung entsprechend heranzuziehen. Die Entstehungsgeschichte der Gesamtvollstreckungsordnung liefert hier keinen Hinweis dafür, daß beabsichtigt war, die Rechte der Aus- und Absonderungsberechtigten zu verkürzen.

3. Folglich entstehen auch in der Gesamtvollstreckung Ersatzabsonderungsrechte der Sicherungseigentümer unter den in § 46 Satz 2 KO genannten Voraussetzungen. Die Gegenleistung muß sich noch unterscheidbar in der Masse befinden, was jedenfalls zu bejahen ist, wenn der Erlös auf ein besonderes Anderkonto des Verwalters überwiesen wurde (BGHZ 10, 376, 384). Ist die Gegenleistung ununterscheidbar in der Masse aufgegangen, so kommt ein Massebereicherungsanspruch des Berechtigten in Betracht (vgl. BGH, Urt. v. 15. November 1988 - IX ZR 11/88, ZIP 1989, 118, 120), mit dem ohne die Beschränkung des § 7 Abs. 5 GesO aufgerechnet werden kann.

### III.

Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit dieses feststellt, ob der Beklagte die von ihr bezeichneten Sachen zur Sicherung der Forderungen aus der Geschäftsbeziehung mit der Gemeinschuldnerin sicherungsübereignet worden waren.