# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

IX ZR 181/04

Verkündet am:
3. November 2005
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO §§ 52, 168 Abs. 3, § 170 Abs. 2; BGB §§ 765, 767 Abs. 1 Satz 3, § 776

a) Verwertet der Insolvenzverwalter einen Gegenstand in der Weise, dass ihn der absonderungsberechtigte Gläubiger übernimmt, wird ein durch die Weiterveräußerung erzielter Mehrerlös nicht auf die Insolvenzforderung angerechnet.

b) Haftet für die Forderung des absonderungsberechtigten Gläubigers ein Bürge, so kann der Gläubiger diesen in Höhe des durch die Weiterveräußerung nach Abzug der Kosten erlangten Mehrerlöses nicht in Anspruch nehmen.

BGH, Urteil vom 3. November 2005 - IX ZR 181/04 - OLG Hamm
LG Münster

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 3. November 2005 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Kayser, Cierniak und die Richterin Lohmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 31. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 28. Juni 2004 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin gewährte der E. GmbH (nachfolgend: Schuldnerin) am 23. August 1999 einen Nettokredit in Höhe von 122.500 DM. Das Darlehen diente der Finanzierung eines Mobil-Baggers, welcher der Klägerin sicherungsübereignet wurde. Außerdem übernahm der Beklagte, Geschäftsführer der Schuldnerin, eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag von 141.260 DM.

2 Am 4. Dezember 2002 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Der Insolvenzverwalter lehnte die Fortführung des Darlehensvertrages ab. Mit Schreiben vom 6. Januar 2003 bestätigte er der Klägerin eine Vereinbarung, wonach dieser die eigenständige Verwertung des Baggers gegen Auskehrung der Feststellungs- und Verwertungskosten-

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law



pauschale in Höhe von 9% aus 12.000 € (1.080 €) überlassen wurde. Zu diesem Zeitpunkt betrug die Restforderung der Klägerin 26.604,31 € zuzüglich Zinsen von 184,74 €.

3 Die Klägerin hat selbst für den Bagger einen Erlös von 27.500 € netto erzielt. Sie meint, davon sei nur ein Betrag von 12.000 € auf die Hauptforderung anzurechnen, und hat den Beklagten deshalb auf der Grundlage folgender Abrechnung in Anspruch genommen:

| | |
|---|---|
| Restforderung | 26.604,31 € |
| Zinsen | 184,74 € |
| Feststellungs- und Verwertungskosten | 1.080,00 € |
| | 27.869,05 € |
| abzüglich Verwertungserlös | 12.000,00 € |
| | 15.869,05 € |

4 Das Landgericht hat den vollen Erlös aus der Verwertung des Baggers abzüglich angefallener Gutachterkosten von 279,39 € berücksichtigt und der Klage deshalb nur in Höhe von 648,44 € stattgegeben. Die Berufung der Klägerin hatte keinen Erfolg. Mit der zugelassenen Revision verfolgt sie ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat keinen Erfolg.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

I.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt: Der Bagger sei der Klägerin nicht nach § 170 Abs. 2 InsO vom Insolvenzverwalter überlassen worden. Vielmehr habe dieser den Bagger nach § 166 Abs. 1, § 168 Abs. 3 InsO veräußert, also freihändig verwertet. Es möge sein - wie dies im Schrifttum nahezu einhellig vertreten werde -, dass bei einem solchen Selbsteintritt des Gläubigers in die Verwertung er den von ihm erzielten Mehrerlös sich nicht auf seine Insolvenzforderung anrechnen lassen müsse. Gleichwohl könne der Gläubiger den Bürgen nur unter Berücksichtigung des gesamten durch die eigene Verwertung erzielten Betrages in Anspruch nehmen. Dieser habe bei Abgabe seiner Verpflichtungserklärung nicht damit zu rechnen brauchen, dass er selbst dann noch hafte, wenn der Gläubiger durch die Verwertung von Sicherungsgut insgesamt eine Befriedigung in Höhe seiner Forderung erlangt habe. Dies folge aus dem Sicherungszweck der Bürgschaft und sei auch deshalb gerechtfertigt, weil durch die zwischen der Klägerin und dem Insolvenzverwalter getroffene Abrede dem Bürgen die Möglichkeit genommen worden sei, sich im Falle eigener Zahlung aus den Sicherungsrechten, auf deren Übergang er gemäß §§ 774, 412, 401 BGB Anspruch gehabt hätte, zu befriedigen.

II.

7 Das angefochtene Urteil hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

8 1. Der Insolvenzverwalter war zur Verwertung des Baggers, an dem die Klägerin ein Absonderungsrecht hatte (§ 51 Nr. 1 InsO) und der sich in seinem Besitz befand, berechtigt (§ 166 Abs. 1 InsO). Die Annahme des Berufungsgerichts, zwischen der Klägerin und dem Insolvenzverwalter sei eine Vereinbarung dahin zustande gekommen, dass diese den ihr sicherungsübereigneten Gegenstand übernehme (§ 168 Abs. 3 Satz 1 InsO), beruht auf einer rechtsfehlerfreien tatrichterlichen Würdigung, die von den Parteien auch nicht angegriffen worden ist. Der Insolvenzverwalter hat den Bagger somit der Klägerin nicht nach § 170 Abs. 2 InsO zur Verwertung überlassen.

9 2. Der Insolvenzverwalter hat von der Klägerin Feststellungskosten von 4% und Verwertungskosten von 5% aus einem von ihnen gemeinsam zugrunde gelegten Wert der Sache von 12.000 € erhalten (§ 170 Abs. 1, § 171 InsO). Verfährt der Insolvenzverwalter nach § 168 Abs. 3 InsO, so braucht sich der Gläubiger einen Erlös, der den Wert übersteigt, aus dem er vereinbarungsgemäß an den Insolvenzverwalter Feststellungs- und Verwertungspauschale abzuführen hat, nicht auf die Forderung gegen den Schuldner anrechnen zu lassen. Der Senat schließt sich insoweit der in der Literatur ganz überwiegend vertretenen Auffassung (Niesert in Andersen/Freihalter, Aus- und Absonderungsrechte in der Insolvenz Rn. 528; FK-InsO/Wegener, § 168 Rn. 7; HK-InsO/
Landfermann, 3. Aufl. § 168 Rn. 9b; Klasmeyer/Elsner/Ringstmeier in Kölner Schrift, 2. Aufl. S. 1091 Rn. 33; MünchKomm-InsO/Lwowski, § 168 Rn. 65; Smid, InsO 2. Aufl. § 168 Rn. 14; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 168 Rn. 10; a.A. Nerlich/Römermann/Becker, InsO § 168 Rn. 28 ff) an.

10 a) Diese Rechtsfolge beruht einmal auf der systematischen Stellung des § 168 Abs. 3 Satz 1 InsO im Gefüge der Vorschriften über die Verwertung.

11 Danach gehört die Übernahme durch den absonderungsberechtigten Gläubiger zu den Verwertungsmaßnahmen, die das Gesetz dem Verwalter selbst ermöglicht. Dieser hat, sofern er eine Veräußerung an einen Dritten beabsichtigt, den absonderungsberechtigten Gläubiger davon zu benachrichtigen und ihm dadurch Gelegenheit zu geben, eine andere Verwertungsmöglichkeit zu benennen (§ 168 Abs. 1 InsO). Indem die Bestimmung des § 168 Abs. 3 InsO die Übernahme durch den Gläubiger als eine andere Verwertungsmöglichkeit im Sinne der vorausgehenden Absätze bezeichnet, stellt sie klar, dass die Verwertung hier durch den Verwalter erfolgt und damit streng zu unterscheiden ist von der ihm in § 170 Abs. 2 InsO eingeräumten Möglichkeit, von einer eigenen Verwertung abzusehen und die Sache dem Gläubiger zur eigenen Verwertung zu überlassen. Aus diesem Grunde hat die Masse bei einer Verwertung nach § 168 Abs. 3 InsO Anspruch sowohl auf die Feststellungskosten- als auch die Verwertungskostenpauschale, bezogen auf den Wert des Sicherungsgutes, den der Verwalter im Einvernehmen mit dem Absonderungsberechtigten festlegt, während der selbst verwertende Gläubiger der Masse grundsätzlich nur die Feststellungskosten schuldet (vgl. BGH, Urt. v. 20. November 2003 - IX ZR 259/02, WM 2004, 39, 40 f).

12 Wenn der Verwalter eine Sache durch Veräußerung an einen Dritten verwertet, erhält der absonderungsberechtigte Gläubiger den erzielten Erlös abzüglich der daraus für die Masse zu entnehmenden Kosten (§ 170 Abs. 1 Satz 1 InsO). Da das Gesetz die Verwertung durch Übernahme seitens des Gläubigers derjenigen durch Veräußerung an einen Dritten gleichstellt, ist es

nur konsequent, in diesem Fall den Gläubiger lediglich in Höhe des mit dem Verwalter einvernehmlich festgesetzten Wertes abzüglich der Feststellungs- und Verwertungspauschale daraus als befriedigt anzusehen und ihn wegen des verbleibenden Rests seiner Forderung als Insolvenzgläubiger gemäß § 52 InsO zu behandeln.

13 b) Diese Wertung, die auch dem Willen des Gesetzgebers bei Einführung der Vorschrift entspricht (vgl. BR-Drucks. 1/92, Begründung zu § 193 Reg-E, S. 179), benachteiligt die Masse nicht unbillig und verschafft dem absonderungsberechtigten Gläubiger keinen ungerechtfertigten Vorteil. Ein sachgerecht handelnder Verwalter wird auf das Angebot des Gläubigers nur eingehen, wenn er nach Einholung entsprechender Auskünfte mit einem besseren Preis nicht rechnen kann. Der selbst erwerbende Gläubiger hat dann wie jeder kaufwillige Dritte die Chance, durch die Weiterveräußerung einen Gewinn zu erzielen, muss aber auch das Risiko tragen, auf diesem Wege einen Verlust zu erleiden.

14 c) Der Inhalt des zwischen Schuldner und Gläubiger geschlossenen Sicherungsvertrages rechtfertigt entgegen der Ansicht von Becker (aaO, Rn. 30 f) keine der Masse günstigere Lösung. Die Rechte und Pflichten der Beteiligten werden im Insolvenzfall durch die Verwertungsvorschriften der §§ 165 ff InsO abschließend geregelt. Der Inhalt des Sicherungsvertrages zwischen Gläubiger und Schuldner ist deshalb nicht geeignet, diese Rechtsfolgen zu ändern oder einzuschränken.

15 3. Der aus § 168 Abs. 3 InsO im Streitfall folgende Vorteil der Klägerin für ihre Befriedigung im Insolvenzverfahren wirkt sich jedoch, wie die Vorinstanzen im Ergebnis zu Recht angenommen haben, nicht auf ihr Rechtsverhältnis zum beklagten Bürgen aus. Diesem gegenüber muss sie sich den aus der Weiterveräußerung des Baggers erzielten Erlös - abzüglich der Unkosten - auf ihren Anspruch aus § 765 BGB anrechnen lassen.

16 a) Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Hauptschuldners hat auf die Rechtsstellung des Beklagten gegenüber der Klägerin keinen Einfluss. Die Ansprüche des Gläubigers gegenüber dem Bürgen, der hier ohnehin nicht am Insolvenzverfahren teilnimmt, weil die Klägerin dort ihre Forderung geltend gemacht hat (§ 44 InsO), richten sich ausschließlich nach den Regeln der §§ 765 ff BGB. Es kommt daher allein darauf an, ob die Wirkungen der Verwertung nach § 168 Abs. 3 InsO auf den Bestand der Insolvenzforderung infolge des Akzessorietätsprinzips auch den Bürgen treffen.

17 b) Dies ist indes zu verneinen. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch steht nicht in Einklang mit Sinn und Zweck der Vorschrift des § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB. Er lässt sich nicht mit dem Grundsatz vereinbaren, dass die Verpflichtung des Bürgen durch ein nachträgliches Rechtsgeschäft zwischen Gläubiger und Hauptschuldner nicht zu seinem Nachteil geändert werden kann.

18 aa) Die insolvenzrechtlichen Rechtsfolgen der Verwertung nach § 168 Abs. 3 Satz 1 InsO beruhen zugleich auf einer Vereinbarung zwischen dem Insolvenzverwalter und der Klägerin; denn diese Art der Verwertung setzt eine Einigung der Beteiligten darüber voraus, dass und zu welchem "Preis" der absonderungsberechtigte Gläubiger die Sache übernimmt. Keine Seite kann eine solche Verwertung gegen den Willen des anderen Teils durchsetzen. Der Verwalter ist auch nicht in der Lage, dem absonderungsberechtigten Gläubiger die Sache gegen seinen Willen nach § 170 Abs. 2 InsO zur Verwertung zu überlassen; denn eine Verpflichtung des Gläubigers zur eigenen Verwertung nach dieser Vorschrift besteht ebenfalls nicht (HK-InsO/Landfermann, aaO § 170 Rn. 11; Uhlenbruck, aaO § 170 Rn. 13). Die Einigung nach § 168 Abs. 3 Satz 1

InsO stellt daher eine die Höhe der Hauptforderung nachträglich beeinflussende Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner dar.

19 bb) Diese Vereinbarung begründet zwar keine Erweiterung des in der Höchstbetragsbürgschaft festgelegten Haftungsrahmens. Darauf kommt es rechtlich jedoch nicht an. § 767 Abs. 1 Satz 3 BGB bezweckt nicht nur, den Bürgen vor einer späteren Erhöhung seiner Verpflichtung, der er nicht zugestimmt hat, zu schützen. Die Vorschrift soll auch verhindern, dass Gläubiger und Hauptschuldner durch eine nachträgliche Absprache das Haftungsrisiko des Bürgen in einer Weise verschärfen, die für ihn bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages nicht erkennbar war (BGHZ 130, 19, 27, 33; 142, 213, 219 f; BGH, Urt. v. 6. April 2000 - IX ZR 2/98, WM 2000, 1141, 1143). Aus diesem Grunde hat der Senat nachträgliche Verlängerungen der Laufzeit des Kredits sowie eine Absprache über das Hinausschieben der Tilgung der Hauptschuld als für den Bürgen unverbindlich behandelt, wenn er an diesen Regelungen nicht beteiligt worden war (BGHZ 142, 213, 219; BGH, Urt. v. 6. April 2000, aaO).

20 cc) Die Verwertungsvereinbarung zwischen der Klägerin und dem Insolvenzverwalter beeinträchtigt den Bürgen in entsprechender Weise; denn sie bewirkt, dass die Hauptforderung der Klägerin nicht in Höhe des durch die Weiterveräußerung erzielten Erlöses abzüglich der Unkosten, sondern nur in Höhe von 12.000 € abzüglich der Feststellungs- und Verwertungskostenpauschale sinkt. Damit entstand für den Beklagten ein Haftungsrisiko, mit dem er bei Abschluss des Vertrages mit der Klägerin nicht zu rechnen brauchte. Diese kann sich daher ihm gegenüber auf die Rechtsfolgen der nach § 168 Abs. 3 InsO vorgenommene Verwertung nicht berufen.

21 Dies ist im Übrigen auch deshalb geboten, weil in vielen Fällen sowohl für den absonderungsberechtigten Gläubiger als auch die Masse der Weg über

§ 168 Abs. 3 Satz 1 InsO Vorteile bringt. Der Gläubiger, der eine günstige Verwertungsmöglichkeit sieht, wird immer diese Alternative vorziehen und schon deshalb eine eigene Verwertung nach § 170 Abs. 2 InsO verweigern. Aber auch für die Masse kann die Eigenverwertung des Verwalters Vorteile bringen, weil ihr grundsätzlich außer der Feststellungs- auch die Verwertungskostenpauschale zufließt. Das zeigt der Streitfall besonders deutlich. Die Masse hat 9% aus 12.000 € = 1.080 € erhalten. Wird dagegen dem Gläubiger die Verwertung überlassen, muss er einen Preis von 27.000 € erzielen, damit der Masse ein gleich hoher Betrag zugute kommt. Von daher wird es häufig sowohl dem Insolvenzverwalter als auch dem Gläubiger günstiger erscheinen, die Verwertung nach § 168 Abs. 3 InsO zu einem für den Absonderungsberechtigten attraktiven Preis zu wählen. Dies mag insolvenzrechtlich vernünftig sein, kann aber nicht zu Lasten des daran unbeteiligten Bürgen gehen.

22 c) Dieses Ergebnis wird schließlich auch durch den die Vorschrift des § 776 BGB prägenden Schutzzweck bestätigt. Danach wird der Bürge, wenn der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht - wozu auch das Sicherungseigentum zählt (BGHZ 78, 137, 143; 110, 41, 43; 144, 52, 54 f) - aufgibt, insoweit frei, als der Bürge aus diesem Recht nach § 774 BGB hätte Ersatz verlangen können. Die Norm behandelt unmittelbar nur den Fall, dass der Gläubiger auf das Recht verzichtet oder es einem Dritten überlässt, die Möglichkeit, sich daraus zu befriedigen, also zurechenbar nicht wahrnimmt. Dadurch, dass die Gläubigerin im Streitfall den sicherungsübereigneten Gegenstand verwertet, den Erlös aber teilweise nicht auf die Bürgenforderung angerechnet hat, stellt sie den Bürgen im Ergebnis genauso, wie wenn sie auf die Verwertung teilweise verzichtet hätte: Der Bürge soll zahlen, ohne dass die zur Sicherung übertragenen Rechte auf ihn übergehen. Er erleidet dadurch den

gleichen Nachteil wie in den Fällen, die nach § 776 BGB das Freiwerden von der Haftung in dem genannten Umfang zur Folge haben. Deshalb ist es geboten, das Vorgehen der Gläubigerin im Streitfall auch den von § 776 BGB unmittelbar erfassten Handlungsalternativen rechtlich gleich zu stellen.

Fischer Raebel Kayser

Cierniak Lohmann

Vorinstanzen:
LG Münster, Entscheidung vom 15.01.2004 - 14 O 346/03 -
OLG Hamm, Entscheidung vom 28.06.2004 - 31 U 53/04 -