BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 65/09

Verkündet am:
21. Januar 2010
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 21, § 51 Nr. 1, § 170 Abs. 1 Satz 2

Hat der vorläufige Insolvenzverwalter aufgrund richterlicher Ermächtigung eine zur Sicherheit abgetretene Forderung eingezogen, ist der Insolvenzverwalter zur abgesonderten Befriedigung des Sicherungsnehmers aus dem Erlös verpflichtet.

BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09 - OLG Karlsruhe
LG Mannheim

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 21. Januar 2010 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, die Richter Raebel, Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Pape

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 10. März 2009 aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der E. e.V. (fortan: Schuldner), das auf (Eigen-) Antrag vom 25. September 2002 am 1. Februar 2003 eröffnet worden ist. Mit Beschluss vom 1. November 2002 war er bereits zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt und unter anderem ermächtigt worden, Bankguthaben und sonstige Forderungen des Schuldners einzuziehen sowie eingehende Gelder entgegenzunehmen; die Drittschuldner sollten nur noch unter Beachtung dieser Anordnung leisten.

2 Die Parteien streiten um den Erlös aus Forderungen, welche während des Insolvenzeröffnungsverfahrens eingezogen worden sind. Der Schuldner

führte Mutter-Kind-Kuren durch und erhielt dafür ein Entgelt von Sozialversicherungsträgern oder anderen Kostenträgern einschließlich der Selbstzahler. Im Jahre 2002 konnte er die Mittel zur Vorfinanzierung vereinbarter und bereits laufender Kuren nicht mehr aufbringen. Die Klägerin gewährte dem Schuldner zur Durchführung der Kuren im Oktober 2002 zwei Darlehen von 500.000 € und "bis zu 650.000 €". Ein Anspruch der Klägerin auf Rückzahlung von insgesamt 790.124,35 € ist zur Tabelle angemeldet und nicht bestritten worden. Zur Sicherung des Rückzahlungsanspruchs vereinbarten die Klägerin und der Schuldner nach in den Tatsacheninstanzen bestrittener Darstellung der Klägerin die Abtretung der Ansprüche gegen die Kostenträger. Die abgetretenen Ansprüche sollten vom Schuldner eingezogen werden; der Erlös sollte unverzüglich an die Klägerin weitergeleitet werden. Für Kuren im Zeitraum vom 26. September 2009 bis zum 31. Oktober 2002 gingen Zahlungen in Höhe von 381.956,64 € ein, für Kuren im Zeitraum 1. November 2002 bis 6. Dezember 2002 - nach dem 6. Dezember 2002 fanden keine Kuren mehr statt - in Höhe von 138.467,02 €, insgesamt also 520.423,66 €. Das Geld wurde nicht an die Klägerin weitergeleitet. Der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter stimmte Zahlungen des Schuldners an dritte Gläubiger in Höhe von 138.597,59 € zu.

3 Der Beklagte hat Masseunzulänglichkeit angezeigt.

4 Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Klägerin beantragt festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet sei, an sie 520.426,55 € nebst Zinsen zu zahlen. Der Beklagte hat die von der Klägerin behauptete Sicherungsabtretung bestritten sowie deren Wirksamkeit wegen Verstoßes gegen das gesetzliche Verbot des § 203 StGB in Zweifel gezogen. Hilfsweise hat er die Ansicht vertreten, die bis zur Eröffnung geleisteten Zahlungen an Dritte müssten auf den Anspruch der Klägerin angerechnet werden. Das Landgericht hat festgestellt, dass der

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

Beklagte verpflichtet ist, an die Klägerin 401.802,48 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4. April 2006 zu zahlen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision will der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6 Das Berufungsgericht hat - teils unter Bezugnahme auf das Urteil des Landgerichts - ausgeführt: Der Klägerin stehe ein Ersatzabsonderungsrecht entsprechend § 48 InsO an dem Erlös aus dem Einzug der Forderungen gegen die Kostenträger zu. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erster Instanz hätten die Klägerin und der Schuldner die Abtretung der streitgegenständlichen Forderungen zur Sicherung der kurz nach dem Insolvenzantrag gewährten Kredite vereinbart. Die Abtretung sei nicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 203 StGB nichtig gewesen, weil die Vertragsparteien die Einziehung der Forderungen durch den Schuldner vereinbart und damit zugleich die Informationsrechte des § 402 BGB abbedungen hätten. Sie sei als Bargeschäft auch einer Insolvenzanfechtung entzogen. Das Absonderungsrecht, welches der Klägerin folglich zugestanden habe, sei durch die Einziehung der Forderungen vereitelt worden. Diese sei unberechtigt gewesen, weil sie gegen eine "quasi-dingliche" Einschränkung verstoßen habe, unter welcher das Einzugsrecht erteilt worden

sei. Der Fall unterscheide sich von dem üblichen Fall einer Einzugsermächtigung, weil der Schuldner den Erlös nicht im laufenden Geschäftsbetrieb habe für sich verwenden dürfen. Die Vertragsparteien hätten vielmehr sicherstellen wollen, dass dieser ausschließlich der Klägerin zugute komme und sofort an diese ausgekehrt werde. Insoweit ähnele der Fall demjenigen der abredewidrigen Einziehung auf ein anderes als das mit dem Zessionar vereinbarte Zielkonto; hier sei anerkannt, dass die Einziehung unberechtigt sei. Für den Forderungseinzug unter Missachtung der Abrede der sofortigen Auskehrung müsse gleiches gelten.

II.

7 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in einem wesentlichen Punkt nicht stand. Auf der Grundlage des nach § 559 ZPO revisionsrechtlich maßgeblichen Sachverhalts lässt sich ein Ersatzabsonderungsrecht (§ 48 InsO analog) an den bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens eingezogenen Forderungen nicht feststellen.

8 1. Die Vorschrift des § 48 InsO ist auf Absonderungsrechte entsprechend anwendbar (vgl. etwa BGH, Urt. v. 19. Januar 2006 - IX ZR 154/03, ZIP 2006, 959 ff Rn. 16; v. 6. April 2006 - IX ZR 185/04, NZI 2006, 403 Rn. 18; v. 13. Juli 2006 - IX ZR 57/05, NZI 2006, 587, 588 Rn. 12). Die Einziehung einer zur Sicherheit abgetretenen Forderung stellt eine "Veräußerung" im Sinne des § 48 InsO dar.

9 2. Die (Sicherungs-) Abtretung der fraglichen Forderungen an die Klägerin war wirksam.

10 a) Die Vorinstanzen haben nach Beweisaufnahme festgestellt, dass die Klägerin und der Schuldner die Abtretung der Forderungen gegen die Kostenträger zur Sicherung des Anspruchs auf Rückzahlung des Darlehens vereinbart hatten. Die Revision erhebt insoweit keine Einwände.

11 b) Die Abtretung war nicht gemäß § 134 BGB in Verbindung mit § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB unwirksam. Nach gefestigter Rechtsprechung ist die Abtretung einer ärztlichen Honorarforderung ohne Zustimmung des Patienten zwar in der Regel nichtig, weil der Zedent gemäß § 402 BGB verpflichtet ist, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweis der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitz befinden, auszuliefern; dies ist ohne Verstoß gegen die ärztliche Schweigepflicht (§ 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB) nicht möglich (grundlegend BGHZ 115, 123 ff). Eine Ausnahme gilt jedoch dann, wenn die in § 402 BGB normierten Informationspflichten des Zedenten ausdrücklich oder stillschweigend abbedungen worden sind. Bleibt bei einer stillen Zession dem Zedenten kraft ausdrücklicher Vereinbarung die Einziehungsbefugnis vorbehalten, ist dies regelmäßig der Fall (BGH, Urt. v. 8. Juli 1993 - IX ZR 12/93, NJW 1993, 2795, 2796). Das Berufungsgericht hat nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine entsprechende Vereinbarung des Schuldners und der Klägerin angenommen.

12 Die Revision rügt demgegenüber, ein Ausschluss des § 402 BGB lasse sich dem vorgetragenen Prozessstoff nicht entnehmen. Es könne allenfalls eine Verständigung dahingehend stattgefunden haben, dass die Einziehung zunächst durch den Schuldner habe erfolgen sollen. Das Berufungsgericht habe das Prozessverhalten der Klägerin nicht gewürdigt, die in den Tatsacheninstanzen vorgetragen habe, die Einzugsermächtigung des Schuldners sei widerrufen worden; sie habe damit zugleich die Ansicht vertreten, zum Widerruf des Ein-

zugsrechts befugt zu sein. Diese auf § 286 ZPO gestützte Rüge greift nicht durch. Die Auslegung individueller Erklärungen ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Dessen Auslegung bindet das Revisionsgericht nur dann nicht, wenn sie gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze, allgemeine Erfahrungssätze oder Verfahrensvorschriften verletzt (ständige Rechtsprechung, vgl. etwa BGHZ 180, 191, 194 Rn. 14). Das spätere Verhalten einer Vertragspartei kann unter Umständen Rückschlüsse darauf zulassen, was diese Partei im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, auf den es bei der Feststellung des Inhalts der getroffenen Vereinbarungen ankommt, gewollt hat. Es handelt sich jedoch nur um ein Beweisanzeichen, das nicht zwingend ist. Das Berufungsgericht musste sich nicht ausdrücklich mit ihm befassen. Es hat stattdessen für ausschlaggebend gehalten, dass nur der Schuldner, nicht aber die Klägerin über das für die Einziehung der gegen die Kostenträger gerichteten Forderungen notwendige "Institutionskennzeichen" verfügte. Der Schluss auf einen übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien, das Einzugsrecht der im Zeitpunkt der Vereinbarung bereits bekannten (also nicht in ungewisser Zukunft erst entstehenden) Forderungen beim Schuldner zu belassen, liegt dann nahe; er ist jedenfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ob die Abtretung der Ansprüche des Schuldners gegen die Kostenträger überhaupt gegen § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB verstieß, bedarf keiner Entscheidung.

13 c) Entgegen der Ansicht der Revision ist die Abtretung auch nicht nach den Vorschriften der §§ 129 ff InsO anfechtbar. In Betracht kommt insoweit (nur) eine Anfechtung nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 InsO. Die Abtretung erfolgte nach dem Insolvenzantrag vom 25. September 2002, und der Klägerin war bekannt, dass der Schuldner die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt hatte. Die Anfechtung ist jedoch gemäß § 142 InsO ausgeschlossen. Ein Bargeschäft liegt dann vor, wenn der Schuldner aufgrund

einer Vereinbarung mit dem Anfechtungsgegner in engem zeitlichen Zusammenhang mit seiner Leistung eine gleichwertige Gegenleistung erhalten hat (BGHZ 174, 297, 311 Rn. 41). Der Abtretung der Forderungen standen die Vereinbarungen über die Gewährung von Darlehen in Höhe von 500.000 € und bis zu 650.000 € gegenüber.

14 Die Revision zieht nicht in Zweifel, dass der erforderliche zeitliche, rechtliche und wirtschaftliche Zusammenhang zwischen der Abtretung der Forderung und den Darlehensverträgen bestand, meint aber, es komme nicht auf die Abtretung der Forderung, sondern auf deren Werthaltigmachung an. Dass diese im zeitlichen Zusammenhang mit der Darlehensgewährung erfolgt sei, habe die Klägerin nicht einmal behauptet. Ihr (unbestrittener) Vortrag dazu, dass die Darlehen zwischen dem 9. Oktober und dem 18. Dezember 2002 ausgereicht worden seien, reiche insoweit nicht aus. Zu fordern sei eine Gegenüberstellung der einzelnen Valutierungsakte einerseits, der Zeitpunkte der Werthaltigmachung der einzelnen Forderungen andererseits.

15 Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Bargeschäfts ist der Anfechtungsgegner (BGHZ 174, 297, 312 Rn. 42). Die Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes sind demgegenüber vom Insolvenzverwalter darzulegen und zu beweisen. Tatsächlichen Vortrag zum Werthaltigmachen der abgetretenen Forderungen, das eine eigene Rechtshandlung im Sinne von § 129 InsO darstellt und folglich selbständig anfechtbar ist (vgl. BGHZ 174, 297, 309 f Rn. 37; BGH, Urt. v. 29. November 2007 - IX ZR 165/05, ZIP 2008, 372 ff Rn. 14 ff), hat der Beklagte in den Tatsacheninstanzen jedoch nicht gehalten. Die Revision weist keinen entsprechenden Vortrag nach.

16 3. Durch die Einziehung der Forderungen hat die Klägerin ihre Rechtsstellung als Sicherungsabtretungsempfängerin - die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein Absonderungsrecht an den abgetretenen Forderungen begründet hätte - verloren. Den Kostenträgern war die Abtretung nicht angezeigt worden. Die in Unkenntnis der Abtretung an den Beklagten als den vorläufigen Insolvenzverwalter geleisteten Zahlungen muss die Klägerin gegen sich gelten lassen (§ 407 Abs. 1 BGB). Die Forderungen sind damit durch Erfüllung erloschen (§ 362 Abs. 1 BGB); zugleich erlosch auch das (künftige) Absonderungsrecht (vgl. BGH, Urt. v. 8. März 2007 - IX ZR 127/05, ZIP 2007, 924 ff Rn. 12).

17 4. Die Einziehung erfolgte jedoch (ganz oder teilweise) nicht, wie § 48 InsO es verlangt, "unberechtigt".

18 a) Die Klägerin und der Schuldner hatten vereinbart, dass der Schuldner die Forderungen auf ein eigenes Konto einziehen sollte.

19 b) Diese Einziehungsermächtigung hatte trotz des Insolvenzantrags und der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters Bestand.

20 1) Noch unter der Geltung der Konkursordnung hat der Senat entschieden, dass der Gläubiger, der ihm zustehende Forderungen zur Absicherung von eigenen Verbindlichkeiten abgetreten hat, die ihm in der Sicherungsvereinbarung eingeräumte Befugnis, die abgetretenen Forderungen einzuziehen, nicht ohne weiteres verliert, wenn er in eine finanzielle Krise gerät, die Eröffnung des Konkurses über sein Vermögen beantragt wird und Sequestrationsmaßnahmen angeordnet werden (BGHZ 144, 192, 198 ff). Ob daran unter der Geltung der Insolvenzordnung festzuhalten ist, ob also die Einziehungsbefugnis trotz eines

Insolvenzantrags und der Einsetzung eines vorläufigen Insolvenzverwalters fortbesteht, hat der Senat in einer späteren Entscheidung offen gelassen (BGH, Urt. v. 8. März 2007, aaO Rn. 13). Das Fortbestehen der Einzugsermächtigung hat der Senat insbesondere deshalb für erforderlich gehalten, weil die im Gesetz vorausgesetzte Fortführung eines Unternehmens durch den vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO) kaum möglich wäre, wenn ein wesentlicher Teil des Umlaufvermögens - eben die sehr häufig als Sicherheit an ein Kreditinstitut abgetretenen Forderungen - bereits blockiert wären (BGHZ 144, 192, 199). Mittlerweile gibt es jedoch die durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13. April 2007 (BGBl I 509) mit Wirkung vom 1. Juli 2007 eingeführte Vorschrift des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO, nach welcher das Insolvenzgericht anordnen kann, dass abgetretene Forderungen nicht vom Gläubiger, sondern vom vorläufigen Insolvenzverwalter eingezogen werden. Im Hinblick hierauf könnte an eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung gedacht werden, auch deshalb, weil die Annahme eines Erlöschens der Einziehungsbefugnis mit dem Insolvenzantrag sicherstellt, dass die Forderung nicht durch den Schuldner, sondern nur noch - einen Beschluss des Insolvenzgerichts nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO vorausgesetzt - durch den vorläufigen Verwalter eingezogen wird (vgl. zu diesem Gesichtspunkt Jaeger/Henckel, InsO § 48 Rn. 34).

21 (2) Im vorliegenden Fall, für den § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO noch nicht gilt, braucht diese Frage nicht entschieden zu werden. Die Darlehensverträge und die Sicherungsvereinbarung sind zu einem Zeitpunkt geschlossen worden, als der Schuldner bereits die Eröffnung des Insolvenzverfahrens beantragt hatte, was die Klägerin wusste. Wenn die Klägerin und der Schuldner dann vereinbarten, dass die Forderungen vom Schuldner eingezogen werden sollten, kön-

nen sie nicht zugleich gewollt haben, dass die Einziehungsermächtigung nur bis zum Insolvenzantrag Bestand haben sollte.

22 (3) Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen wurde die Einziehung schließlich nicht allein dadurch "unberechtigt", dass die eingezogenen Beträge nicht, wie der Schuldner und die Klägerin vereinbart hatten, unverzüglich an die Klägerin weitergeleitet wurden. Die Verpflichtung zur Weiterleitung an die Klägerin ist rein schuldrechtlicher Natur. Sie sollte erst nach der Einziehung der Forderungen zum Tragen kommen. Ob die Einziehung einer Forderung im Sinne von § 48 InsO "unberechtigt" ist, muss jedoch im Zeitpunkt der Einziehung (und damit des Unterganges des Absonderungsrechts) selbst beurteilt werden können. Das spätere Verhalten des (vorläufigen) Insolvenzverwalters oder des Schuldners kann nicht dazu führen, dass eine zunächst berechtigte Verwertungshandlung zu einer unberechtigten wird.

23 Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus dem Senatsurteil vom 6. April 2006 (IX ZR 185/04, NZI 2006, 403), auf welches sich die Vorinstanz berufen hat. In dem Fall, welcher der damaligen Entscheidung zugrunde lag, hatte ein Sicherungszedent zuvor abgetretene Forderungen eingezogen. Er war schuldrechtlich im Verhältnis zum Sicherungszessionar weder zur Abführung der eingezogenen Beträge noch zu deren treuhänderischen Verwahrung verpflichtet. Weil die Einziehungsbefugnis nicht widerrufen und die Abtretung auch nicht offengelegt worden war, war kein Ersatzabsonderungsrecht analog § 48 InsO entstanden. Dazu, wie der Fall zu entscheiden gewesen wäre, wenn bei sonst gleicher Sachlage eine sofortige Weiterleitung oder eine treuhänderische Verwahrung vereinbart gewesen wäre, hat sich der Senat seinerzeit nicht geäußert. Die ebenfalls in Bezug genommene Kommentarstelle (MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl. Vor §§ 49-52 Rn. 169 ff, 171) gibt für die Auffassung der

Vorinstanzen ebenfalls nichts her. Dort wird - zutreffend - ausgeführt, für die Vereitelung eines Absonderungsrechts reiche ein Verstoß gegen eine schuldrechtliche Vereinbarung nicht aus. Erforderlich sei eine zumindest "quasidingliche" Einschränkung, etwa die Vereinbarung, die Forderung auf ein (offenes) Treuhandkonto oder ein Konto des Sicherungsnehmers einzuziehen.

24 Wird die Forderung auf ein Konto des Zessionars eingezogen, erhält dieser den Erlös unmittelbar; erfolgt die Einziehung auf ein offenes Treuhandkonto des Zedenten, erwirbt der Zessionar ein insolvenzfestes Aussonderungsrecht. Der Verstoß gegen eine solche Vereinbarung, etwa die Einziehung auf ein allgemeines Geschäftskonto des Zedenten, verhindert das Entstehen einer insolvenzfesten Rechtsposition des Zessionars und ist deshalb "unberechtigt" im Sinne von § 48 InsO. Im vorliegenden Fall wurde jedoch nicht gegen Vereinbarungen verstoßen, welche die Einziehung der Forderungen betrafen. Die Klägerin und der Schuldner hatten nicht die Einziehung auf ein bestimmtes Konto vereinbart, sondern nur die sofortige Weiterleitung der auf das Geschäftskonto des Schuldners eingezogenen Beträge. Dabei handelt es sich um eine rein schuldrechtliche Vereinbarung dazu, wie mit dem Geld verfahren werden sollte, nachdem es auf das Geschäftskonto des Schuldners gelangt war. Eine dingliche Verfestigung der Rechtsstellung der Klägerin, die hätte vereitelt werden können, ist nicht entstanden und konnte nach den getroffenen Vereinbarungen auch nicht entstehen.

III.

25 Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Ein Ersatzabsonderungsrecht entsprechend § 48 InsO hat die Klägerin auch anderweitig nicht erlangt.

26 1. Die Vorinstanzen haben keine Feststellungen dazu getroffen, wer die Forderungen eingezogen hat. Das Berufungsurteil verweist insofern auf das landgerichtliche Urteil. Dort ist festgestellt, welche Zahlungen für welche Kuren geleistet worden sind, nicht jedoch, wann und an wen gezahlt worden ist. Die Zahlungen können ganz oder teilweise vor oder nach der Anordnung der Sicherungsmaßnahmen geleistet worden sein. Hinsichtlich des Kontos, auf das die Zahlungen gelangt sind, sind die Feststellungen des landgerichtlichen Urteils widersprüchlich. Dem Tatbestand zufolge handelte es sich um das den Kostenträgern bekannte Konto des Vereins (= des Schuldners); in den Entscheidungsgründen ist dagegen von einem Konto des Beklagten bei der D. Bank die Rede, das ausdrücklich mit dem Zusatz "vorläufiges Insolvenzverfahren über das Vermögen der E. e.V." versehen worden war. Die Revisionsbegründung geht von zwei Konten aus, über die "der Schuldner bzw. der vorläufige Insolvenzverwalter ... die Kurerlöse eingezogen" habe.

27 2. Soweit der Schuldner selbst Forderungen auf sein Geschäftskonto eingezogen hat, ist - wie oben ausgeführt - ein Ersatzabsonderungsrecht analog § 48 InsO nicht entstanden. Gleiches gilt, wenn nicht der Schuldner persönlich, sondern der Beklagte in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter die Forderungen eingezogen hat.

28 a) Hätte der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter die Forderungen über das allgemeine Geschäftskonto des Schuldners eingezogen, hätte er im Verhältnis zum Sicherungsnehmer gegen ihm obliegende Pflichten zur Wahrung von dessen Rechten verstoßen, jedoch nicht „unberechtigt" im Sinne von § 48 InsO gehandelt (vgl. Ganter/Bitter ZIP 2005, 93, 103 unter VI.). Der vorläufige Verwalter ist (die Vorschrift des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO, die im vorliegenden Fall noch nicht gilt, einmal außer Betracht gelassen) nur zur Sicherung, nicht zur Verwertung von Sicherungsgut berechtigt (vgl. BGHZ 146, 165, 172 f; 154, 72, 79; 168, 321, 330 f Rn. 22; Uhlenbruck, InsO 12. Aufl. § 170 Rn. 6). Er hat insoweit keine Rechte, die über diejenigen des Schuldners (des Sicherungsgebers) hinausgehen. Zieht er kraft einer ihm vom Insolvenzgericht erteilten Ermächtigung Forderungen ein, die der Schuldner zur Sicherheit abgetreten hatte, hat er - abgesehen von dem Sonderfall einer Globalzession (vgl. Ganter NZI 2007, 549, 551) - den eingezogenen Betrag an den Sicherungsnehmer abzuführen oder ihn jedenfalls unterscheidbar zu verwahren (Jaeger/Gerhardt, InsO § 22 Rn. 101; Jaeger/Henckel, InsO § 48 Rn. 34; vgl. auch MünchKomm-InsO/Haarmeyer, 2. Aufl. § 22 Rn. 56). Die Einziehung auf ein allgemeines Geschäftskonto birgt die Gefahr, dass der Betrag im laufenden Geschäftsbetrieb verloren geht, wenn der Saldo des Geschäftskontos unter den fraglichen Betrag absinkt, und ist daher pflichtwidrig. Die Verwahrung eingezogenen Geldes auf einem Treuhandkonto, das nicht notwendig nur für das Geld des Sicherungsgebers eingerichtet worden sein muss, dient jedoch nur dazu, die Erfüllung der (schuldrechtlichen) Pflicht zur Weiterleitung des Geldes sicherzustellen (s. dazu unten unter IV); sie verschafft dem Sicherungsnehmer kein über den Anspruch auf Auskehrung des Erlöses hinausgehendes Recht.

29 b) Hätte der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter die Forderungen über ein eigenes, nur für Zwecke des Eröffnungsverfahrens eingerichtetes Kon-

to eingezogen, hätte er wiederum rechtmäßig gehandelt. Die Voraussetzungen des § 48 InsO wären offensichtlich nicht erfüllt.

IV.

30 Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Hat der Beklagte in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter (nicht: der Schuldner persönlich) die der Klägerin zur Sicherheit abgetretenen Forderungen ganz oder teilweise eingezogen, steht der Klägerin analog § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO ein Anspruch auf Herausgabe der Erlöse zu.

31 1. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift kommt nicht in Betracht. Sie setzt die Verwertung einer mit einem Absonderungsrecht belasteten Sache oder Forderung durch den Insolvenzverwalter voraus. Ein Insolvenzverwalter wird erst im Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestellt (§ 27 Abs. 2 Nr. 2 InsO); Absonderungsrechte gibt es als solche ebenfalls erst im eröffneten Verfahren. Im vorliegenden Fall geht es um die (berechtigte) Einziehung einer sicherheitshalber abgetretenen Forderung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter aufgrund einer ihm vom Insolvenzgericht erteilten Ermächtigung, Forderungen des Schuldners einzuziehen. Die Vorschrift des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO war im vorliegenden Fall zeitlich noch nicht anwendbar.

32 2. Eine Analogie ist zulässig, wenn das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke enthält (vgl. BGHZ 149, 165, 174) und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem vom Gesetzgeber geregelten Tatbestand vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre

bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen. Die Lücke muss sich also aus einem unbeabsichtigten Abweichen des Gesetzgebers von seinen dem konkreten Gesetzgebungsverfahren zugrunde liegenden Regelungsplan ergeben (BGHZ 155, 380, 389 f; 180, 185, 188 Rn. 8).

33 a) Der vorläufige Insolvenzverwalter ist zur Einziehung einer mit einem Absonderungsrecht belasteten Forderung berechtigt und verpflichtet, wenn er - wie im vorliegenden Fall - allgemein vom Insolvenzgericht zur Einziehung der Forderungen des Schuldners ermächtigt worden ist (§ 21 Abs. 2 InsO). Das eingezogene Geld hat er auf einem gesonderten Konto zu verwahren, um in der Lage zu sein und zu bleiben, es an den Sicherungsnehmer auszukehren. Diese Pflicht folgt unmittelbar aus der Anordnung gemäß §§ 21, 22 InsO. Ein vorläufiger Insolvenzverwalter wird bestellt, um eine den Gläubigern nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten (vgl. § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO). Insbesondere muss er Vermögensverluste durch Handlungen des Schuldners verhindern (BT-Drucks. 12/2443, S. 116). Das gilt auch für den Einzug fremder Forderungen, der - das Vorliegen einer entsprechenden Anordnung des Insolvenzgerichts vorausgesetzt - nur noch durch den vorläufigen Insolvenzverwalter, nicht mehr durch den Schuldner erfolgen darf. Zu den in § 21 Abs.1 Satz 1 InsO genannten "Gläubigern", deren Interessen der vorläufige Verwalter wahrzunehmen hat, gehören nicht nur die (späteren) Insolvenzgläubiger, sondern auch die (späteren) Aus- und Absonderungsberechtigten (HK-InsO/Kirchhof, 5. Aufl. § 21 Rn. 5; Jaeger/Gerhardt, InsO § 21 Rn. 4). Dass der vorläufige Verwalter zur Separierung und Verwahrung des Erlöses verpflichtet ist, den er bei der Einziehung mit einem Absonderungsrecht belasteter Forderungen erzielt, entspricht folglich - obwohl eine entsprechende gesetzliche Re-

gelung fehlt - allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Literatur (s.o.). Ob, wann und in welchem Rang der Erlös an den Absonderungsberechtigten auszukehren ist, regelt das Gesetz nicht. Jedenfalls in zweifelhaften Fällen darf der vorläufige Verwalter die Klärung der Frage, ob und in welchem Umfang ein Aus- oder Absonderungsrecht besteht, dem (endgültigen) Verwalter überlassen (vgl. HK-InsO/Kirchhof, aaO § 22 Rn. 16). Ein Verbrauch des Erlöses ist dem vorläufigen Verwalter hingegen nicht gestattet, auch nicht im Rahmen der Fortführung des Unternehmens des Schuldners (vgl. § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 InsO). Die (nicht auf § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO beruhende) Befugnis, Forderungen des Schuldners einzuziehen, berechtigt den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht zu Eingriffen in die Rechte absonderungsberechtigter Gläubiger (BGHZ 154, 72, 81).

34 b) Wie der (endgültige) Insolvenzverwalter nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mit dem vom vorläufigen Verwalter eingezogen und getrennt verwahrten Erlös zu verfahren hat, ist im Gesetz ebenfalls nicht geregelt. Der rein schuldrechtliche, auf der Sicherungsvereinbarung beruhende Anspruch des Sicherungsnehmers auf Auskehr des Erlöses wird mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu einer Insolvenzforderung, die zur Tabelle angemeldet werden muss. Darin können sich die Amtspflichten des Insolvenzverwalters gegenüber dem (früheren) Inhaber der zur Sicherheit abgetretenen Forderung jedoch nicht erschöpfen.

35 aa) Bliebe es bei der Insolvenzforderung, hätte der Sicherungszessionar mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens sein Recht endgültig und ersatzlos verloren. Der vom Insolvenzgericht zur Einziehung der Forderungen des Schuldners beauftragte vorläufige Insolvenzverwalter würde das aus dem Einzug schuldnerfremder oder mit einem Absonderungsrecht belasteter Forderun-

gen erhaltene Geld mit dem Ziel verwahren, dass es mit der Eröffnung in die Masse fällt. Die Voraussetzungen eines Ersatzabsonderungsrechts sind dann, wenn noch eine Einzugsermächtigung vorlag, nicht erfüllt (s.o.). Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 60 InsO kommt nur in Betracht, wenn der vorläufige Insolvenzverwalter gegen eine ihm nach der Insolvenzordnung obliegende Pflicht verstoßen hat; eine solche Pflichtverletzung wird in der Regel nicht schon darin gesehen werden können, dass der vorläufige Verwalter den Erlös nicht auskehrt, sondern die Entscheidung hierüber dem endgültigen Insolvenzverwalter überlässt. Dieser wiederum haftet nicht nach § 60 InsO, wenn er eine reine Insolvenzforderung - in die sich die Herausgabepflicht aus dem Sicherungsvertrag mit der Eröffnung verwandelt hätte - als solche behandelt.

36 bb) Diese Lösung widerspricht dem oben bereits behandelten Grundsatz, dass der vorläufige Insolvenzverwalter das Vermögen des Schuldners im Interesse der Gläubiger zu verwalten (§ 21 Abs. 1 InsO) und dabei auch die Rechte solcher Gläubiger zu wahren hat, denen nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Aus- oder Absonderungsrechte zustünden. Die ihm vom Insolvenzgericht verliehene Befugnis, Forderungen des Schuldners einzuziehen, dient dazu, eine Einziehung der Forderungen durch den Schuldner zu verhindern und einem Wertverlust der Forderungen dadurch, dass ihre Einziehung nicht betrieben wird, zu verhindern. Für einen völligen Verlust der Rechte des Sicherungsnehmers findet sich im Gesetz keine Grundlage.

37 cc) Würde diese Befugnis zum völligen Verlust der Rechte des Sicherungszessionars führen, bestünde außerdem ein Wertungswiderspruch zu denjenigen Fällen, in denen § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO unmittelbar oder kraft gesetzlicher Verweisung anwendbar ist.

38 (1) Zieht der Insolvenzverwalter nach der Eröffnung zur Sicherung abgetretene Forderungen ein, gilt § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO unmittelbar. Die Vorschrift gewährt einen Anspruch auf Auskehr des Erlöses abzüglich der Feststellungs- und der Verwertungspauschale. Es handelt sich hier nicht bloß um eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO. Vielmehr setzt sich das Absonderungsrecht (§ 51 Nr. 1 InsO) am Erlös fort, soweit sich dieser noch unterscheidbar in der Masse befindet (BGHZ 170, 196, 205 Rn. 19). Auch bei Massearmut kann der Sicherungsnehmer folglich Herausgabe des Erlöses (abzüglich der Pauschalen) bis zur Höhe der gesicherten Forderung verlangen (Ganter/Bitter, ZIP 2005, 93, 98; Ganter, NZI 2008, 583, 587). Nichts anderes gilt, wenn das Insolvenzgericht nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO anordnet, dass der vorläufige Insolvenzverwalter (mit oder ohne Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners) zur Sicherheit abgetretene Forderungen auch gegen den Widerspruch des Sicherungsnehmers einziehen darf. Die §§ 170, 171 InsO gelten hier entsprechend (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 Satz 3 InsO). Auf den Inhalt des Anspruchs nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 Satz 3 in Verbindung mit § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO hat es keinen Einfluss, ob zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren eröffnet worden ist.

39 (2) Die Einfügung des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO beruhte auf folgender Überlegung (BT-Drucks. 16/3227, S. 15): Die Insolvenzordnung hat das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters nach §§ 166 ff InsO eingeführt, um die Inhaber dinglicher Sicherungsrechte in das Insolvenzverfahren einzubeziehen und so möglichst günstige Bedingungen für die Verwertung des Schuldnervermögens zu schaffen. Die Absicht, das dem unternehmerischen Zweck gewidmete materielle Substrat zusammen zu halten, wird unterlaufen, wenn die Gläubiger bereits im Eröffnungsverfahren die im Sicherungsvertrag erteilten

Einziehungs-, Verarbeitungs- und Weiterveräußerungsermächtigungen widerrufen und die Sicherheiten selbst verwerten. Das Verbot der Einziehung oder Verwertung von Sicherheiten nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO stellt unter diesem Gesichtspunkt einen Eingriff in die Rechtsstellung der Gläubiger dar, der jedoch "möglichst schonend" gestaltet wurde und "dem besonderen Charakter des Eröffnungsverfahrens angemessen Rechnung ... tragen" sollte. Dieses Ziel würde in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Gläubiger auf eine Anordnung nach §§ 21, 22 InsO hin so schnell wie möglich alle Ermächtigungen widerrufen müsste, um seine Rechte zu wahren, nämlich wenigstens in den Anwendungsbereich des § 48 InsO zu gelangen.

40 c) Die Regelungslücke ist durch eine entsprechende Anwendung des § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO zu schließen, derjenigen Vorschrift also, die bestimmt, dass der Insolvenzverwalter nach der Verwertung einer zur Sicherheit abgetretenen Forderung den Erlös zur Befriedigung des absonderungsberechtigten Gläubigers zu verwenden hat. Der Erlös, den bereits der vorläufige Insolvenzverwalter eingenommen und verwahrt und den der Insolvenzverwalter mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens übernommen hat, ist ebenso zu behandeln wie der Erlös, den der Verwalter selbst aus der Verwertung von sicherungsabgetretenen Forderungen erzielt hat. Ein sachlicher Grund dafür, etwa nur eine Masseschuld gemäß oder entsprechend § 55 InsO anzunehmen, ist nicht ersichtlich. Der Erlös ist nicht Teil der Masse. Allerdings hat der Senat vor der Einführung des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO eine entsprechende Anwendung der §§ 170 ff InsO im Eröffnungsverfahren stets abgelehnt (BGHZ 154, 72, 79). Es ging in diesen Fällen jedoch stets um die Kostenpauschalen, nicht um die Befriedigung absonderungsberechtigter Gläubiger. Ob diese Rechtsprechung überprüft werden muss - nach geltendem Recht fallen dann, wenn eine Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO ergangen ist, auch die Kostenbeiträge

nach § 171 InsO an - bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, nachdem die Vorinstanzen den (möglichen) Anspruch der Klägerin schon um höhere Beträge gekürzt hat.

41 d) Das "Ersatzabsonderungsrecht" entsprechend § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO (vgl. Ganter/Bitter, aaO) reicht so weit, wie der Erlös noch unterscheidbar vorhanden ist. Soweit das Geld nicht mehr vorhanden ist, besteht nur noch ein Anspruch gegen die Masse entsprechend § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO. Dass die Klägerin insgesamt auf Feststellung angetragen hat, obwohl in Höhe des noch vorhandenen Erlöses auch eine Leistungsklage möglich gewesen wäre, beschwert den Beklagten nicht. Schadensersatzansprüche aus § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 60 InsO richten sich gegen den Beklagten persönlich, nicht gegen den Beklagten in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter; sie sind nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits.

V.

42 Das angefochtene Urteil kann damit keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben; die Sache ist zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsgericht wird, nachdem es den Parteien Gelegenheit zur Ergänzung ihres Vorbringens

gegeben hat, insbesondere zu klären haben, wer wann welche Forderungen auf welches Konto eingezogen hat und welche Beträge noch unterscheidbar vorhanden sind.

Ganter Raebel Vill

Lohmann Pape

Vorinstanzen:
LG Mannheim, Entscheidung vom 04.09.2007 - 11 O 73/06 -
OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 10.03.2009 - 3 U 43/07 -