

7

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja

KO §§ 58 Nr. 2, 127; UStG 1967 § 1 Abs. 1 Nr. 1;
BGB §§ 242 D, 385

Zur Frage, wer die Umsatzsteuer zu tragen hat, wenn der Konkursverwalter im Konkurs des Sicherungsgebers Sicherungsgut im Einvernehmen mit dem Sicherungsgeber nach Maßgabe von Absprachen über die Verwertungsart freihändig veräußert (Ergänzung zu BGHZ 58, 292).

BGH, Urt. v. 12. Mai 1980 - VIII ZR 167/79 - OLG Hamburg
LG Hamburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 167/79

URTEIL

Verkündet am

12. Mai 1980
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Joachim K., B.
in H., als Konkursverwalter über das Vermögen
der Firma SB " " Selbstbedienungs-, Groß- und
Einzelhandelsgesellschaft mbH & Co., Großvertrieb KG
in M., O.,

Beklagten, Revisionsklägers und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

die Firma D. & Co., Privatbankiers, gesetzlich ver-
treten durch die persönlich haftenden Gesellschafter
Peter v., F. und Georg
G., Ba. in H.,

Klägerin, Revisionsbeklagte und
und Anschlußrevisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

17

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 1980
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter
Wolf, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Auf die Anschlußrevision der Klägerin wird,
unter Zurückweisung der Revision des Beklagten,
das Urteil des 5. Zivilsenats des Hanseatischen
Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 2. Mai 1979
aufgehoben, soweit die Zinsforderung abgewiesen
worden ist.

Der Zinsanspruch ist dem Grunde nach gerecht-
fertigt.

Zur Entscheidung über die Höhe des Zinsanspruchs
und über 1/5 der Kosten der Revisionsinstanz
wird die Sache ebenfalls an das Landgericht
zurückverwiesen.

Der Beklagte hat 4/5 der Kosten der Revisions-
instanz zu tragen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Klägerin gewährte der Firma SB "██████████", über deren Vermögen am 13. September 1976 das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Darlehen. Aufgrund von Sicherungsübereignungsverträgen vom 24. und 28. Januar 1974 erhielt sie Sicherungseigentum an einem Teil des Warenbestandes des Marktes E██████, Hu██████████. Bestandteil der Verträge sind die Allgemeinen Sicherungsübereignungsbedingungen (ASB) der Klägerin. Darin ist u.a. bestimmt:

- ".....
10.1. Wenn der Sicherungsgeber den Kreditvereinbarungen oder seinen Verpflichtungen aus einem Sicherungsübereignungsvertrage nicht nachkommen sollte, kann die Bank das Sicherungsgut durch freihändigen Verkauf im Namen des Sicherungsgebers oder im eigenen Namen verwerten.... Die Bank kann ferner vom Sicherungsgeber verlangen, daß dieser das Sicherungsgut verwertet oder bei der Verwertung mitwirkt. Der Sicherungsgeber hat alles, was er bei der Verwertung des Sicherungsgutes erlangt, unverzüglich an die Bank herauszugeben.
2. Die Bank wird den aus der Verwertung des Sicherungsgutes vereinnahmten Barerlös abzüglich zu entrichtender Mehrwertsteuer zur Abdeckung ihrer durch die Übereignung gesicherten Ansprüche verwenden und einen etwaigen Überschuß an den Sicherungsgeber herausgeben.

"
.....

Der Beklagte Konkursverwalter veräußerte mit Zustimmung der Klägerin und anderer Banken den Warenbestand gemäß § 385 2. Halbsatz BGB und zahlte den

Erlös vereinbarungsgemäß auf ein Anderkonto mit Unterkonten für die einzelnen Märkte bei der Deutschen Bank ein. Der Beklagte wurde wegen Veräußerung der Warenbestände zur Umsatzsteuer veranlagt. Die Steuerschuld hat er bezahlt.

Die Klägerin hat unter Berücksichtigung des Umstandes, daß ihr Erwerb von Sicherungseigentum in einzelnen Positionen bestritten werden könnte, geltend gemacht, auf den ihr jedenfalls zustehenden Verkaufserlös entfielen mindestens 41 000 DM Umsatzsteuer. Sie beansprucht diesen Betrag zuzüglich Zinseszinsen in der gleichen Höhe, wie der Beklagte sie für das Guthaben auf dem Verkaufserlös-Festgeldkonto erzielt hat.

Die Klägerin steht auf dem Standpunkt, ihr gebühre der Bruttoerlös, während der Beklagte meint, der im Verkaufserlös enthaltene Steueranteil stehe der Klägerin nicht zu. Der Beklagte hat erklärt, einen Rechtserwerb der Klägerin an dem im Verwertungserlös enthaltenen Steueranteil fechte er nach § 31 Abs. 1 KO an.

Das Landgericht hat dem Beklagten recht gegeben und die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat nur die Abweisung des Zinsbegehrens bestätigt, den Hauptanspruch aber dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Mit der Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt der Beklagte die volle Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Die Klägerin verfolgt im Wege der Anschlußrevision die Zinsforderung weiter. Der Beklagte beantragt, die Anschlußrevision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

A. Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der als Sicherungseigentümerin zur abgesonderten Befriedigung berechtigten Klägerin stehe der gesamte Verwertungserlös der ihr übereigneten Ware einschließlich der von der Erwerberin gezahlten Umsatzsteuer zu. Das Absonderungsrecht habe den gesamten Erlös erfaßt, der an die Stelle der Ware getreten sei. Soweit er an das Finanzamt abgeführt worden sei, also in Höhe der als Teil des Kaufpreises geleisteten Umsatzsteuer, sei eine Masseschuld (§ 59 Nr. 1 KO) entstanden.

1. Daß sich das Absonderungsrecht auch auf den im Kaufpreis enthaltenen Steueranteil erstreckt habe, hat die Vorinstanz aus Nr. 10 Abs. 1 ASB der Klägerin hergeleitet. Diese vertragliche Absprache binde auch den Beklagten, obwohl er die Verwertung aufgrund eigener Befugnis (§ 127 KO) durchgeführt habe, wobei unerheblich sei, daß er den Weg des Selbsthilfeverkaufs nach §§ 372, 383 BGB gewählt und den Erlös auf ein Bankkonto eingezahlt habe.

2. Könne die Klägerin als Sicherungsnehmerin, wie im vorliegenden Fall nach Nr. 10 Abs. 1 ASB den gesamten Erlös einschließlich Steueranteil beanspruchen, habe dies zur Folge, daß die gesicherte Forderung zu einem höheren Betrage getilgt werde, als es der Fall wäre, wenn sie, wie der Beklagte meine, nur Anspruch auf den Nettoerlös hätte. Im zuletzt genannten Fall würde die

Klägerin nämlich in Höhe des Steueranteils mit der Darlehensforderung als einfache Konkursgläubigerin am Konkurs teilnehmen (§ 61 Abs. 1 Nr. 6 KO). Werde ihre Darlehensforderung dagegen auch in Höhe des Steueranteils getilgt, werde die Masse mit einer vorweg zu befriedigenden Steuerschuld (§ 57 KO) belastet. Das geschehe zum Nachteil der ungesicherten Konkursgläubiger, denn sie müßten hinnehmen, daß der an die Stelle des Sicherungsgutes getretene Verwertungserlös einschließlich des darin enthaltenen Steueranteils nicht zur Konkursmasse gelange, und daß diese außerdem noch um die Steuerschuld geschmälert werde. Dieses für die ungesicherten Konkursgläubiger unbefriedigende Ergebnis könne nicht zu Lasten der Klägerin vermieden werden.

3. Das Berufungsgericht hat seine Auffassung durch das Urteil des erkennenden Senats vom 22. März 1972 (= BGHZ 58, 292) als vorgezeichnet angesehen und ausgeführt, die innere Rechtfertigung für die in Nr. 10 ASB der Klägerin getroffene Regelung folge aus dem Wesen des Sicherungseigentums. Dem Sicherungseigentümer gebühre, wenn er die Verwertung vornehme, der volle Betrag, mit welchem das Gut im rechtsgeschäftlichen Verkehr bewertet werde. In diesem Gegenwert sei der aus steuerrechtlichen Gründen gesondert ausgewiesene Steueranteil eingeschlossen. Dasselbe müsse auch dann gelten, wenn der Sicherungsgeber - oder an seiner Stelle der Konkursverwalter - die Veräußerung vornehme, denn es bestehe kein ausreichender Grund, ihn bei solcher Fallgestaltung schlechter zu stellen.

4. Da die Rechte der Klägerin sich aus dem Sicherungseigentum ergäben, greife, so hat das Berufungsgericht weiter ausgeführt, die vom Beklagten erhobene, auf § 31 Nr. 1 KO gestützte Anfechtungseinrede nicht durch. Es sei nämlich nicht dargetan worden, daß die Gemeinschuldnerin die Sicherungsverträge insgesamt oder einzelne Übereignungen in der der Klägerin bekannten Absicht vereinbart habe, ihre Gläubiger zu benachteiligen.

II. Die Erwägungen der Vorinstanz halten den Angriffen der Revision stand.

1. a) Der Konkursverwalter ist nach Maßgabe des § 127 Abs. 1 KO berechtigt, zur Masse gehörige bewegliche Sachen, die sicherungsübereignet sind, selbst zu verwerten. Von diesem Verwertungsrecht hat der Beklagte im vorliegenden Falle Gebrauch gemacht. Das ist allerdings nicht durch die im Gesetz vorgesehene Verwertungsart des Pfandverkaufs, sondern, was mit Zustimmung der beteiligten Sicherungseigentümer zulässig ist, durch freihändigen Selbsthilfeverkauf geschehen. Das ändert nichts daran, daß es sich um eine Verwertung durch den Konkursverwalter kraft eigener Befugnis handelt. So sind die die Entscheidungsgründe einleitenden Ausführungen des Berufungsgerichts, entgegen der Ansicht der Revision zu verstehen.

b) Die vom Beklagten ausgeführte Verwertung durch freihändigen Verkauf der Ware ist umsatzsteuerrechtlich als eine unmittelbar an den Abnehmer erbrachte entgeltliche Lieferung zu verstehen, die gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG damals 11 % Umsatzsteuer hat anfallen lassen.

c) Der Verwertungserlös für sämtliche Ware aus den Sicherungsräumen der Klägerin und der darin enthaltene Umsatzsteueranteil sind außer Streit.

2. Für die Beantwortung der Frage, ob die Klägerin auch Anspruch auf den Umsatzsteueranteil hat, der in dem Verwertungserlös für das ihr übereigente Sicherungsgut enthalten war, ist der Inhalt der in den Sicherungsübereignungsverträgen vom 24. und 28. Januar 1974 getroffenen Vereinbarungen von entscheidender Bedeutung.

a) Die Auffassung der Vorinstanz, der Beklagte könne die Sicherungsübereignungsverträge vom 24. und 28. Januar 1974 nicht mit der im zweiten Rechtszuge erhobenen Anfechtungseinrede gemäß § 31 Nr. 1 KO zu Fall bringen, greift die Revision nicht an. Sie ist im übrigen aus Rechtsgründen auch nicht zu beanstanden.

b) Das Berufungsgericht hat die Anspruchsgrundlage für das Begehren der Klägerin in Nr. 10 Abs. 1 ASB gesehen.

aa) Die Formulierung, der Sicherungsgeber habe alles, was er bei der Verwertung erlangt, unverzüglich an die Bank herauszugeben, ist weiter gefaßt als § 15 der Darlehensbedingungen der Beklagten in dem Rechtsstreit, den der erkennende Senat am 22. März 1972 (BGHZ 58, 292) entschieden hat. Nach jener Klausel konnte die beklagte Bank "ihre Gesamtforderung aus dem Erlös befriedigen". Das war in dem zitierten Urteil Anlaß auszusprechen, der "ganze" Erlös sei damit gemeint; Teil dieses Erlöses sei die aus

steuertechnischen Gründen gesondert ausgewiesene Umsatzsteuer (aaO S. 295). Haben Sicherungsnehmer und Sicherungsgeber, wie hier, vereinbart, alles, was der Sicherungsgeber bei der Verwertung des Sicherungsgutes erlange, habe er an den Sicherungsnehmer herauszugeben, so gehört dazu grundsätzlich auch die im Verwertungserlös enthaltene Umsatzsteuer. Die fraglichen Steueranteile hat der Beklagte, der als Konkursverwalter anstelle der Sicherungsgeberin die Veräußerung der Warenbestände hat vornehmen lassen, auch tatsächlich erhalten.

bb) Zu Unrecht macht die Revision demgegenüber geltend, die Auslegung der vertraglichen Absprachen durch das Berufungsgericht sei mit dem Inhalt der "völlig klaren und deshalb nicht auslegungsfähigen Klausel" Nr. 10 Abs. 2 ASB unvereinbar. Im Gegensatz zu dem dem Senatsurteil vom 22. März 1972 zugrunde liegenden Sachverhalt gelte für den vorliegenden Fall nicht, daß die Klägerin mit dem Umsatzsteueranteil nur das erhalte, was sie vertraglich zu beanspruchen habe, denn nach den hier maßgeblichen Regelungen sei die vereinnahmte Umsatzsteuer "gerade nicht zur Tilgung der Schuld des Sicherungsgebers zu verwenden". Unzutreffend ist, daß "mindestens unklar" bleibe, was mit dem Begriff "entrichten" in Nr. 10 Abs. 2 ASB gemeint sei.

cc) Die Auslegung der Nr. 10 ASB durch das Berufungsgericht ist in der Revisionsinstanz frei nachprüfbar. Die Nachprüfung führt jedoch im Ergebnis zu keiner von der Wertung der Vorinstanz abweichenden Beurteilung.

Der aus Nr. 10 Abs. 1 ASB folgende Anspruch des Sicherungsnehmers gegen den Sicherungsgeber auf Herausgabe alles aufgrund der Verwertung Erlangten wird nicht durch Nr. 10 Abs. 2 ASB in dem von der Revision geltend gemachten Sinne eingeschränkt. Die Klägerin muß den vereinbarten Barerlös aus der Verwertung des Sicherungsgutes zur Abdeckung ihrer durch die Übereignung gesicherten Ansprüche, d.h. im vorliegenden Falle zur Tilgung der Darlehensschuld der Sicherungsgeberin verwenden. Dazu gehören grundsätzlich auch Steueranteile, die im "vereinnahmten Barerlös" enthalten sind, denn mit der "zu entrichtenden Mehrwertsteuer", die nach Nr. 10 Abs. 2 ASB nicht zu diesem Zwecke verwendet wird, sind, entgegen der Ansicht der Revision, nicht jegliche zu entrichtende Mehrwertsteuerbeträge, sondern nur diejenigen gemeint, die die Klägerin zu leisten hat, ohne sie weitergeben zu können. Nur insoweit besteht für sie ein Interesse an der getroffenen Regelung, die andererseits auch den Belangen des Sicherungsgebers gerecht wird. Der Sicherungsgeber kann eine Verringerung seiner Verbindlichkeiten nur in dem Maße erwarten, als dem Gläubiger/Sicherungsnehmer Tilgungsleistungen tatsächlich zugute kommen. Ob und unter welchen Voraussetzungen die Bank mit der Steuerschuld materiell endgültig belastet bleibt, hängt von der gewählten Verwertungsart des Sicherungsgutes ab und bestimmt sich nach den Vorschriften des Umsatzsteuergesetzes und den zu seiner Durchführung erlassenen Rechtsverordnungen. Einen derartigen Fall hat das Berufungsgericht im Zusammenhang seiner Ausführungen zu Nr. 10 Abs. 2 ASB angeführt. Die Frage bedarf hier keiner Vertiefung, denn bei der Verwertung des Sicherungsgutes durch den Sicherungsgeber gemäß Nr. 10 Abs. 1 ASB hat die Klägerin keine Mehrwertsteuer zu entrichten.

Unerheblich ist, daß im vorliegenden Falle der Beklagte als Konkursverwalter anstelle der in Vermögensverfall geratenen Sicherungsgeberin die Verwertung durchgeführt hat.

c) Der Revision kann auch darin nicht gefolgt werden, dem umfassenden, d.h. die im Verwertungserlös enthaltenen Umsatzsteueranteile einschließenden Herausgabeanspruch der Klägerin stünden konkursrechtliche Vorschriften, insbesondere § 15 KO entgegen. Der Beklagte gesteht der Vorinstanz zwar zu, die vertragliche Vereinbarung gemäß Nr. 10 Abs. 1 ASB beziehe ihre Rechtfertigung aus dem Sinn und Zweck des Sicherungseigentums, er verkennt jedoch die sich daraus ergebenden Folgen.

Ebenso wie in dem vom erkennenden Senat am 22. März 1972 entschiedenen Falle (aaO), hat sich nach dem Geschehensablauf in dieser Sache das in der Sicherungsübereignung begründete Recht der Klägerin auf abgesonderte Befriedigung in dem Anspruch auf den "ganzen" bei der vereinbarten Verwertung durch den Sicherungsgeber erzielten Erlös aktualisiert. Wird eine sicherungsübereignete Ware veräußert, so muß stets - auch ohne daß ausdrücklich bestmögliche Verwertung verlangt wird - der erzielbare Verkaufspreis kalkuliert werden. Das Berufungsgericht hat in diesem Zusammenhang zutreffend ausgeführt, daß die Umsatzsteuer Bestandteil der Preiskalkulation ist, die durch den Verkehrswert ihre von der Marktlage her bestimmte obere Begrenzung findet. Ist die Umsatzsteuer aber Bestandteil des für die sicherungsübereignete Ware gegebenenfalls erzielbaren Preises, so entsteht der Anspruch auf den im Verkaufspreis

enthaltenen Steueranteil mit dem Anspruch auf dem Verwertungserlös selbst, d.h. mit Abschluß des Sicherungsübereignungsvertrages. Lediglich die Fälligkeit tritt nach Konkurseröffnung ein.

d) Der erkennende Senat sieht keinen Anlaß, von seiner bisherigen Rechtsprechung zur Behandlung der Umsatzsteuer bei der Verwertung sicherungsübereigneter Ware im Konkurs des Sicherungsgebers abzugehen. Bei einer Verwertung durch den Sicherungsnehmer - nach erfolgter Herausgabe seitens des Konkursverwalters - führt das, wie im Urteil vom 22. März 1972 dargelegt, dazu, daß beim Sicherungsnehmer keine Umsatzsteuerschuld verbleibt, sie vielmehr beim Konkursverwalter als Masseschuld anfällt (BGHZ aaO S. 294, 295). In der rechtlichen Einordnung der beiden bei dieser Fallgestaltung eine Umsatzsteuerpflicht auslösenden Tatbestände stimmt der Bundesfinanzhof mit dem erkennenden Senat überein (BFH Urteil vom 20. Juli 1978 VR 2/75 = Bundessteuerblatt 1978 II S. 684 ff; vgl. auch BFH Urteil vom 28. Februar 1957 V 204/56 = NJW 1957, 1535 mit Anmerkung von Böhle-Stamschräder = NJW 1957, 1535; ferner auch schon für das früher geltende Recht BGH Urt. vom 26. Oktober 1961 VII ZR 107/60 = NJW 1962, 46). Der Senat war bei der Entscheidung vom 22. März 1972 mit der in der umfangreichen Fachliteratur und in der Rechtsprechung vertretenen Auffassung darin einig, daß nach dem System des Umsatzsteuerrechts die Steuer stets in die Preise einfließt und wirtschaftlich vom Empfänger der Leistung zu tragen ist (vgl. u.a. Dürrwächter in NJW 1969, 645; Wenzel in NJW 1969, 647;

Dewein in JW 1968, 1958 und in DB 1970, 1708; Gößler in DB 1970, 2095; Scholl in DB 1970, 35; ferner Hohner in DB 1971, 1148 mit einer umfassenden Übersicht über den Stand der Meinungen; Flies in DB 1970, 559 mit seiner abweichenden Auffassung; OLG München in BB 1970, 512; BayObLG in BB 1970, 942). Der so verstandene Kaufpreis (= Verwertungserlös) tritt an die Stelle der sicherungsübereigneten Ware. Der vorliegende Fall weist überdies die - das erörterte Problem vereinfachende - Besonderheit auf, daß in den Sicherungsübereignungsverträgen vereinbart worden ist, alles, was der Sicherungsgeber aufgrund der Verwertung erlange, müsse er an den Sicherungsnehmer herausgeben. Bei solcher Sachlage ist überhaupt keine Frage, daß dem Sicherungsnehmer grundsätzlich der gesamte Erlös gebührt.

3. a) Das Berufungsgericht hat sich mit der Frage, ob die Umsatzsteuer zu den Verwertungskosten zu rechnen ist und mit dem weiteren Problem, wem die Verwertungskosten der sicherungsübereigneten Ware zur Last fallen, nicht ausdrücklich befaßt.

b) Der erkennende Senat hat hierzu bisher nicht Stellung genommen. In dem schon zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 26. Oktober 1961 - VII ZR 107/60 (= NJW 1962, 46) ist sowohl dahingestellt geblieben, ob die Umsatzsteuer überhaupt zu den Verwertungskosten zu rechnen sei, als auch, ob es sich bei der Umsatzsteuer - was schon damals die Ansicht des Bundesfinanzhofs war (BFH Urteil vom 28. Februar 1957 - V 204/55 = NJW 1957, 1535 und vom 4. Juli 1957 - V 199/56 U = BFHE 65, 131) - um Massekosten im Sinne des § 58 Nr. 2 KO handele.

In dem Berufungsurteil, um dessen rechtlichen Bestand es in der Revisionsentscheidung vom 26. Oktober 1961 ging, hatte das Oberlandesgericht Hamburg den Standpunkt vertreten, die Umsatzsteuer, die der Konkursverwalter zahlen müsse, gehöre nicht "zu den Ausgaben für die Verwertung der Masse im Sinne des § 58 Nr. 2 KO". Der Bundesfinanzhof hat demgegenüber an seiner Rechtsprechung festgehalten und zuletzt im Urteil vom 20. Juli 1978 (aaO) ausdrücklich für den Fall der Verwertung des Sicherungsgutes durch den Konkursverwalter nach Maßgabe des § 127 Abs. 1 KO ausgesprochen, die gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG anfallende Umsatzsteuer gehöre "als Ausgabe für die Verwertung der Masse gemäß § 58 Nr. 2 KO zu den Massekosten".

c) In der Literatur werden der Begriff "Ausgaben für die Verwertung der Masse" im Sinne des § 58 Nr. 2 KO und der Begriff der "Verwertungskosten", d.h. der Kosten der Zwangsversteigerung oder des Pfandverkaufs im Sinne des § 127 KO inhaltlich gleich gewertet mit der Folge, daß die Umsatzsteuer zu den Kosten des Pfandverkaufs gerechnet wird (vgl. Jaeger, KO, 8. Aufl. § 127 Anm. 16; Böhle-Stamschräder, KO, 11. Aufl., § 58 Anm. 3 I; Knobbe-Keuck, aaO S. 763; Bundesminister für Wirtschaft und Finanzen in einem Schreiben vom 6. Dezember 1972 in BStBl I 1972, 578, 579 m. Nachw. auch älterer Literatur; Wilke, DStZ A 1976, 398, 399; Mathiak in NJW 1972, 1967 = Anmerkung zu BFH Urt. vom 31. Mai 1972 - V R 121/71 = NJW 1972, 167). Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck rechnen dagegen die Umsatzsteuer nicht zu den Verwertungskosten (Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, 9. Aufl., § 127 Rdn. 18). Sie meinen, die Umsatzsteuer sei deshalb nicht zu den Verwertungskosten zu rechnen, weil es sich nicht um einen Aufwand

handele, um die Versilberung des Pfandgegenstandes herbeizuführen, sondern um die steuerliche Folge der Verwertung.

d) Ob diese Unterscheidung, deren logische Berechtigung nicht von der Hand zu weisen ist, sich in der praktischen Rechtsanwendung bewährt, braucht im vorliegenden Falle nicht entschieden zu werden. Auch wenn die Umsatzsteuer stets als Teil der Verwertungskosten zu gelten hätte, ergibt sich jedenfalls nicht aus § 127 KO, wer sie zu tragen hat. Das hat der erkennende Senat im Urteil vom 22. März 1972 (aaO) ausgesprochen. Daran wird festgehalten. Maßgebend dafür sind vielmehr in erster Linie vertragliche Absprachen, soweit sie zulässig sind und die gesetzlichen Bestimmungen über die im konkreten Falle gewählte Verwertungsart.

Die Parteien haben am 30. August 1976 - auf ein Angebot des Beklagten vom 27. August 1976 hin - die Verwertung der Ware durch freihändigen Verkauf gemäß § 385 2. Halbsatz BGB vereinbart. Über die hierdurch entstehenden Kosten ist in der fernschriftlich niedergelegten Absprache nichts gesagt. Gleichwohl greift die Vorschrift des § 386 BGB nicht Platz. Die Regelung, welche bestimmt, daß der Gläubiger die Kosten des nach § 385 BGB erfolgten Verkaufs zu tragen hat, wird durch Nr. 10 Abs. 1 ASB verdrängt. Haben die Vertragschließenden sich, wie hier, darauf geeinigt, daß alles, was der Sicherungsgeber aufgrund der Verwertung erlangt, an den Sicherungsnehmer herauszugeben ist, wozu als Teil des Verkaufspreises auch die Umsatzsteuer gehört, so verbietet das die Annahme,

sie könnten gleichzeitig gewollt haben, der Sicherungsnehmer müsse einen Teil des Erlangten, nämlich die Umsatzsteuer als Teil der Verwertungskosten, sogleich wieder an den Sicherungsgeber zurückgewähren. Die Vertragsgestaltung im vorliegenden Falle erlaubt es daher nicht, die Umsatzsteuer wie solche Verwertungskosten zu behandeln, die dem Sicherungsgeber niemals zufließen, sondern, wie z.B. das Honorar für den Versteigerer Artur Landjung, von vornherein als Ausgabe zu Buche schlagen.

4. Dem Sicherungsnehmer kann schließlich nicht generell angelastet werden, er verschaffe sich dadurch, daß er sich bei der Durchführung der Verwertung des Sicherungsgutes auf die umsatzsteuerrechtliche Systematik und den zivilrechtlichen Entgeltbegriff berufe, eine Befriedigung, die über die mit dem Verwertungsrecht des Sicherungseigentümers verbundene Rechtsposition hinausgehe (vgl. dazu Hohner in BB 1971, 1148, 1150) und deshalb gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB) verstoße.

a) Dieser Vorwurf wird damit begründet, der Sicherungsnehmer verwende einerseits den gesamten Erlös, also auch den darin enthaltenen Umsatzsteueranteil zur Tilgung der gesicherten Forderung, während andererseits sowohl bei einer Verwertung durch den Konkursverwalter (§ 127 Abs. 1 KO), also auch bei einer Verwertung durch den Sicherungsnehmer nach erfolgter Herausgabe durch den Konkursverwalter (§ 127 Abs. 2 KO) - einstufig oder zweistufig - zu Lasten der Konkursmasse und damit regelmäßig zum Nachteil der nicht bevorrechtigten Gläubiger, nicht selten sogar zum

Nachteil des Steuerfiskus eine Umsatzsteuerschuld entstehe (vgl. u.a. Dewein in NJW 1968, 1958 und in DB 1970, 1708; Hohner in BB 1971, 1148; Knobbe-Keuck in BB 1977, 757). Die Versuche, dem Sicherungsnehmer Beschränkungen aufzuerlegen, laufen, abgesehen von der von Flies erörterten Lösung über ein Aufrechnungsverbot (Flies in DB 1970, 559), auf eine Änderung des Erlösbegriffs hinaus. Das machen gerade auch die Darlegungen Hohners (aaO S. 1150) deutlich. Das aber kommt nicht in Betracht. Gegen das Aufrechnungsverbot sind in der Literatur durchgreifende Bedenken erhoben worden (Hohner, aaO S. 1149 m. w. Nachw.).

b) Nach geltendem Recht läßt sich die als unbillig empfundene Belastung der Konkursmasse mit der aus der Verwertung von Sicherungsgut erwachsenen Umsatzsteuer, soweit ersichtlich, durch rechtzeitige Freigabe des Sicherungsgutes seitens des Konkursverwalters vermeiden. Dadurch wird das Sicherungsgut aus dem konkursbefangenen in das konkursfreie Vermögen des Schuldners überführt und eine durch Überlassung des Sicherungsgutes an den Sicherungsnehmer entstehende Umsatzsteuerschuld trifft dann jedenfalls nicht die Konkursmasse. Auf diesen Weg hat bereits Böhle-Stamschräder in seiner Anmerkung zu der Entscheidung des Bundesfinanzhofes vom 28. Februar 1957 (= NJW 1957, 1535) hingewiesen. Für die Entscheidung des vorliegenden Falles bedarf dies indessen keiner abschließenden Beurteilung.

c) Für den Fall einer Verwertung des Sicherungsgutes durch den Sicherungsnehmer (§ 127 Abs. 2 KO) hat der Bundesfinanzhof in dem schon zitierten Urteil vom

20. Juli 1978 (s. o. 2 d bb) die endgültige Belastung der Konkursmasse mit der Umsatzsteuerschuld unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten ausdrücklich gebilligt und ausgeführt, in der Rechtsordnung finde die Meinung keine Stütze, daß die Belastung der Konkursmasse mit Umsatzsteuer in denjenigen Fällen die Ansprüche der Konkursgläubiger und damit auch Art. 14 GG verletze, in denen der zur abgesonderten Befriedigung Berechtigte die Verwertung von Pfandsachen oder Sicherungseigentum selbst ausführe. Vielmehr würden die nach den Steuergesetzen aus der Verwertung der Konkursmasse entstandenen Ansprüche des Finanzamts gemäß § 58 Nr. 2 KO als Massekosten anerkannt. Die Verwirklichung dieser Ansprüche sei deshalb keine rechtswidrige Beschränkung des Eigentums oder eigentumsgleicher Rechte (der Konkursgläubiger). Dem Argument, die Konkursmasse dürfe nicht zusätzlich mit Umsatzsteuer (aus der als "Lieferung" im Sinne des Umsatzsteuergesetzes geltenden Herausgabe des Sicherungsgutes an den Sicherungsnehmer) belastet werden, während der Sicherungsnehmer umsatzsteuerrechtlich völlig unbelastet bleibe, da er die geschuldete und zu zahlende Umsatzsteuer von den Erwerbern vereinnahme und gleichzeitig diesen Betrag als Vorsteuer nach § 15 UStG absetzen könne, hat der Bundesfinanzhof entgegengehalten: Die Gemeinschuldnerin habe beim Erwerb des Sicherungsgutes (im entschiedenen Falle waren es Kraftfahrzeuge) die ihr gesondert in Rechnung gestellte Umsatzsteuer ihrerseits als Vorsteuer abziehen können. Das Sicherungsgut sei somit, solange es sich im Unternehmen der Gemeinschuldnerin befunden habe, steuerlich unbelastet gewesen. Jede Weiterveräußerung des Sicherungsgutes löse Umsatzsteuerpflicht aus. Dabei sei es umsatzsteuerrechtlich

gleichgültig, ob der Konkursverwalter Gegenstände der Masse im Rahmen des Konkursverfahrens verwerten könne, oder ob er sie wegen eines Absonderungsrechts an den Sicherungsnehmer liefern müsse. Die bei ihm anfallende Umsatzsteuer gehöre in jedem Falle zu den die Konkursmasse treffenden Kosten (BFH aaO S. 686).

Diese Auffassung des Bundesfinanzhofs, die auch den vorliegenden Fall einer Verwertung von Sicherungsgut durch den Konkursverwalter nach § 127 Abs. 1 KO in die umsatzsteuerrechtlichen Erwägungen einbezieht (BFH aaO S. 685) teilt der erkennende Senat.

Selbst wenn aber die Revision darin recht hätte, daß der Vorsteuerabzug beim Erwerb des Sicherungsgutes den Ausgleich für die beim Erwerb der Ware an den Veräußerer - als Teil des Kaufpreises - gezahlten Umsatzsteuer darstellt und nicht für die später bei einer Verwertung anfallende Umsatzsteuer, hält die Absprache gemäß Nr. 10 Abs. 1 ASB der Klägerin der Inhaltskontrolle stand. Die Klausel benachteiligt den Sicherungsgeber nicht. Für ihn bedeutet die Belastung mit der Umsatzsteuer bei der Verwertung des Sicherungsgutes lediglich eine Umschuldung. Das hat das Berufungsgericht zutreffend dargestellt. Fließt der Klägerin als Sicherungsnehmerin auch die Umsatzsteuer als Teil des Verwertungserlöses zu, so vermindert sich in dieser Höhe die gesicherte Darlehensforderung gegen den Sicherungsgeber. Er bleibt aber mit der Umsatzsteuer belastet. Hätte die Klägerin dagegen keinen Anspruch auf die Umsatzsteuer, so würde in dieser Höhe die Darlehensforderung gegen den Sicherungsgeber bestehenbleiben. Seine Belastung mit Umsatzsteuer entfielen.

Soweit Belange der nicht bevorrechtigten Gläubiger im Konkurs des Sicherungsgebers durch die Regelung in Nr. 10 Abs. 1 ASB der Klägerin in Verbindung mit der umsatzsteuerrechtlichen Systematik des geltenden Rechts in ihrer Gesamtheit betroffen werden, übersteigt es die richterlichen Befugnisse im Rahmen der Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, hierfür einen Ausgleich zu schaffen. Das fällt in die ausschließliche Kompetenz des Gesetzgebers.

Die Feststellung, die Vertragsschließenden hätten mit Nr. 10 Abs. 1 ASB der Klägerin eine Absprache getroffen, welche zu einem dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderlaufenden Ergebnis führe und deshalb wegen Sittenwidrigkeit als nichtig zu werten sei, läßt sich nicht treffen.

III. Der Revision des Beklagten mußte danach der Erfolg versagt bleiben.

B. Die Anschlußrevision der Klägerin erweist sich dagegen als sachlich gerechtfertigt.

Mit Rücksicht auf die besonderen Umstände des vorliegenden Falles, insbesondere die Tatsache, daß die Zinserträge auf dem gesonderten Ertragskonto für den Markt Essen und das Sicherungsgut der Klägerin verbucht worden sind, ist der geltend gemachte Zinsanspruch hinreichend bestimmt.

Er ist auch dem Grunde nach gerechtfertigt, denn in dem Umfang, in dem der Beklagte die als Teil des Kaufpreises für das Sicherungsgut der Klägerin erlangte Umsatzsteuer an die Klägerin zu leisten hat, schuldet er ihr auch die Zinserträge, welche ihm, bezogen auf den Haben-Saldo im Betrage der Umsatzsteuer, zugeflossen sind.

Da es insoweit weiterer Sachaufklärung nicht bedarf, war unter teilweise Aufhebung des Berufungsurteils auszusprechen, daß der Zinsanspruch dem Grunde nach gerechtfertigt ist. Wegen der Höhe der der Klägerin zustehenden Zinsforderung war der Rechtsstreit, wie im Berufungsurteil bezüglich der Hauptforderung ausgesprochen, an das Landgericht zurückzuverweisen.

C. Der Beklagte hat 4/5 der Kosten des Revisionsverfahrens gemäß § 97 ZPO zu tragen, weil sein Rechtsmittel ohne Erfolg geblieben ist. Die Entscheidung über das verbleibende 1/5 der Kosten des Revisionsverfahrens

hängt vom Ergebnis der Verhandlung über die Höhe der Zinsforderung ab. Sie war aus diesem Grunde dem Landgericht vorzubehalten.

Braxmaier Wolf Merz Treier Dr. Brunotte