Behandlung von Globalzession, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt im Eröffnungsverfahren

InsO §§ 21 II 1 Nr. 5, 22 I 1, 48 S. 1 u. 2, 55 I Nr. 3 u. Abs. 2, 167, 170, 209 I Nr. 3;

BGB §§ 157, 242 407 I, 562 a, 932

1. Der Schuldner, der ihm zustehende Forderungen zur Absicherung von eigenen Verbindlichkeiten global abgetreten, das Eigentum an Waren in einem Raumsicherungsvertrag übertragen und Vorbehaltsware käuflich erstanden hat, verliert die ihm in der Sicherungsvereinbarung und dem Kaufvertrag eingeräumte Befugnis, die abgetretenen Forderungen einzuziehen und die sicherungsübertragenen und unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Waren weiter zu veräußern, nicht ohne Weiteres, wenn er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt und ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt und Einziehungsbefugnis bestellt wird (Festhalten an BGHZ 144, 192 = NZI 2000, 306).

2. Die Einziehung sicherungsabgetretener Forderungen und die Veräußerung sicherungsübertragener oder unter Eigentumsvorbehalt erworbener Ware ist unberechtigt, wenn die Sicherungsrechte der Sicherungsnehmer sich nicht auf die Ansprüche auf die Gegenleistung und die eingezogenen Geldbeträge oder das eingenommene Entgelt erstrecken, etwa dadurch, dass der vorläufige Insolvenzverwalter die zur Sicherung abgetretenen Forderungen und die Entgelte aus der Weiterveräußerung schuldnerfremder Gegenstände auf einem zugunsten der Sicherungsnehmer eingerichtetem offenen Treuhandkonto einzieht.

3. Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Ersatzaussonderungs- und -absonderungsrechts ist derjenige, der sich darauf beruft. Dazu gehört auch das Merkmal des (durchgehend) unterscheidbaren Vorhandenseins der Gegenleistung in der Masse.

4. Den Insolvenzverwalter trifft hinsichtlich des Vorhandenseins des Gegenstands in der Masse grundsätzlich eine sekundäre Darlegungslast. Dem steht nicht entgegen, dass dem Aus- und Absonderungsberechtigten gegen den Insolvenzverwalter ein gesondert durchsetzbarer Auskunftsanspruch zusteht.

5. Soweit der Insolvenzverwalter den Auskunftsberechtigten auf eine Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere des Schuldners verweisen darf, kann er ebenfalls in Erfüllung der sekundären Darlegungslast den Aus- und Absonderungsberechtigten auf die Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere verweisen.

6. Der vorläufige Insolvenzverwalter kann nicht ermächtigt werden, durch Raumsicherungsvertrag übertragenes Eigentum und Vorbehaltseigentum nach Widerruf der Veräußerungsermächtigung

durch die Berechtigten gegen deren Willen zu veräußern.

BGH, Urteil vom 24.1.2019 – IX ZR 110/17

Zum Sachverhalt:

Die *P*-GmbH & Co. KG (Schuldnerin) betrieb als Teil einer größeren Firmengruppe 64 Selbstbedienungs-Getränke-Abholmärkte in gemieteten Räumlichkeiten und belieferte zusätzlich Gastronomie und Tankstellen mit Getränken. Sie selbst bezog die Waren von der zur Firmengruppe gehörenden *G*-GmbH (künftig auch Einkaufs-GmbH), die ihrerseits die Ware unter (einfachem, verlängertem und/oder erweitertem) Eigentumsvorbehalt von diversen Lieferanten erwarb und sie der Schuldnerin zum Einkaufspreis ohne Aufschlag fakturierte. Die Ware wurde im Wesentlichen im Wege des Streckengeschäfts direkt an die Hauptlager und die Getränkeabholmärkte der Schuldnerin ausgeliefert. Die Kl., eine Bank, gewährte der Schuldnerin Darlehen. Sie ließ sich in den Jahren 2004 und 2005 zur Absicherung ihrer Zahlungsansprüche sämtliche, auch künftige Kundenforderungen abtreten und das Eigentum an der in bestimmten Getränkelagern und Getränkeabholmärkten auch künftig gelagerten Ware übertragen (Raumsicherungsvertrag). Sofern die Schuldnerin Anwartschaftsrechte auf Eigentumserwerb an der von ihren Lieferanten unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Ware hatte, übertrug sie an die Kl. ihr Anwartschaftsrecht. Nach den Sicherungsabreden war die Schuldnerin ermächtigt, die abgetretenen Forderungen im eigenen Namen einzuziehen und die sicherungsübereignete Ware im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr im eigenen Namen zu verkaufen und das Eigentum an den verkauften Waren zu übertragen. Die Ermächtigungen konnte die Kl. unter anderem nach einer ordnungsgemäßen Kündigung des Kreditverhältnisses widerrufen. Forderungen, die nach Abschluss der Globalabtretungsvereinbarung einem wirksam zustande gekommenen branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalt unterlagen, sollten erst dann auf die Kl. übergehen, wenn sie nicht mehr von diesem verlängerten Eigentumsvorbehalt erfasst wurden.

Das Insolvenzgericht bestellte aufgrund eines mit Kenntnis der Kl. durch die Schuldnerin gestellten Insolvenzantrags am 16.10.2007 den Bekl. zum vorläufigen Insolvenzverwalter. Es ordnete an, dass Verfügungen der Schuldnerin über die Gegenstände ihres Vermögens nur noch mit dessen Zustimmung wirksam seien, und verbot der Schuldnerin, über ihre Bankkonten ganz oder teilweise zu verfügen. Insoweit sollte die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den vorläufigen Insolvenzverwalter übergehen. Den Drittschuldnern wurde verboten, an die Schuldnerin zu zahlen. Der vorläufige Insolvenzverwalter wurde ermächtigt, Bankguthaben und sonstige Forderungen der Schuldnerin einzuziehen sowie eingehende Gelder entgegenzunehmen.

Die Kl. untersagte es dem Bekl. als vorläufigem Insolvenzverwalter, ihr zur Sicherung abgetretene Forderungen einzuziehen und Ware aus den Sicherungsräumen zu entnehmen. Ferner kündigte sie die gesamte Geschäftsverbindung fristlos. Der Bekl. führte den Geschäftsbetrieb der Schuldnerin als vorläufiger Insolvenzverwalter bis zum Jahresende 2007 fort, verkaufte Altware und kaufte und verkaufte in erheblichem Umfang neue Ware. Auch nahm er bis zur Insolvenzeröffnung und danach Zahlungen der Getränkeabnehmer entgegen. Die Erlöse aus der Einziehung der Altforderungen und der Veräußerung der bei Antragstellung vorgefundenen Ware kehrte der

Bekl. nicht an die Kl. aus.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 1.1.2008 eröffnet und der Bekl. zum Insolvenzverwalter bestellt. Auch über das Vermögen der Einkaufs-GmbH, die ebenfalls am 16.10.2007 Insolvenzantrag gestellt hatte, wurde das Insolvenzverfahren eröffnet. Die Lieferanten der Einkaufs-GmbH schlossen sich zu einem Pool zusammen, um ihre durch Eigentumsvorbehalte gesicherten Rechte durchzusetzen. Der Lieferantenpool trat sämtliche Ansprüche aus der Geschäftsverbindung mit der Einkaufs-GmbH und der Schuldnerin an die Kl. ab. Am 1.10.2013 zeigte der Bekl. gegenüber dem Insolvenzgericht Masseunzulänglichkeit an.

Mit den Klageanträgen 1 a und 1 c macht die Kl. Ansprüche wegen Missachtung der Globalzession geltend. Sie behauptet, ihr abgetretene Forderungen aus Warenverkäufen iHv 769.098,97 Euro, die zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung bestanden hätten, seien vom Bekl. als (vorläufigem) Insolvenzverwalter gegen ihren erklärten Willen zugunsten der Masse eingezogen worden. Hilfsweise macht sie die ihr abgetretenen Ansprüche der Lieferanten aus den verlängerten Eigentumsvorbehalten geltend. Mit dem Klageantrag 2 a macht die Kl. Ansprüche aus der Sicherungsübereignung im Hinblick auf die Getränke in den ihr zur Sicherheit übereigneten Lagern und Getränkeabholmärkten zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung iHv 2.841.269,80 Euro geltend, hilfsweise verweist sie auf die ihr abgetretenen Ansprüche des Lieferantenpools aufgrund der vereinbarten Eigentumsvorbehalte. Weiter verlangt die Kl. im Klageantrag 2 b aus abgetretenem Recht des

BGH: Behandlung von Globalzession, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt im Eröffnungsverfahren (NZI 2019, 274) 275

Lieferantenpools Zahlung iHv 456.800 Euro für Ware aus Lagern (einschließlich der Getränkeaholmärkte), die ihr nicht zur Sicherheit übereignet gewesen seien.

Auf die wechselseitigen Berufungen hat das BerGer. den Bekl. rechtskräftig zur Zahlung von 34.803,94 Euro verurteilt (*OLG Karlsruhe*, Urt. v. 28.4.2017 – 15 U 191/13, BeckRS 2017, 154991). Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen und die weitergehenden Berufungen zurückgewiesen. Dagegen wenden sich die Kl. mit ihrer Revision und der Bekl. mit seiner Anschlussrevision.

Aus den Gründen:

10] - [14 *(Der vollständige Text der Entscheidung ist in beck-online unter BeckRS 2019, 2414 abrufbar.)*

15 B. Die Ausführungen des BerGer. halten in Bezug auf die Revision der Kl. nicht in allen Punkten der rechtlichen Überprüfung stand.

16 *I. Klageanträge 1 a und c über 769.098,97 Euro*

17 1. Hauptantrag – Globalzession:

18 a) Mit der Begründung des BerGer. lassen sich Zahlungsansprüche der Kl. wegen des Einzugs der an die Kl. durch die Schuldnerin abgetretenen Forderungen iHv 769.098,97 Euro aufgrund von Ersatzabsonderung analog § 48 InsO nicht ausschließen.

19 aa) Die Vorschrift des § 48 InsO ist auf Absonderungsrechte (vgl. § 51 Nr. 1 InsO) entsprechend anwendbar. Weiter stellt die Einziehung einer zur Sicherheit

abgetretenen Forderung eine „Veräußerung" iSd § 48 InsO dar (*BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339 Rn. 8 f.). Zieht der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis (§ 22 I 1 InsO) oder spezieller Ermächtigung (§ 22 II InsO) im Insolvenzeröffnungsverfahren aus- oder absonderungsfähige Forderungen unberechtigt ein, begründet dies nach Insolvenzeröffnung ebenfalls die Ersatzaus- oder – absonderung, sofern die Erlöse unterscheidbar in der Masse vorhanden sind (vgl. MüKoInsO/*Ganter*, 3. Aufl., § 48 Rn. 14).

20 bb) Zugunsten der Kl. ist revisionsrechtlich zu unterstellen, dass sie aufgrund der mit der Schuldnerin vereinbarten Globalzession zum Zeitpunkt der Bestellung des Bekl. zum vorläufigen Insolvenzverwalter Inhaberin der Forderungen gegen die Kunden der Schuldnerin in geltend gemachter Höhe war. [...]

21 cc) Diese Forderungen hat die Kl. aufgrund des Forderungseinzugs durch den Bekl. als dem vorläufigen Insolvenzverwalter verloren. Den Kunden der Schuldnerin war die Abtretung nicht angezeigt worden. Die in Unkenntnis der Abtretung an den Bekl. geleisteten Zahlungen muss die Kl. gegen sich gelten lassen (§ 407 I BGB). Die Forderungen sind damit durch Erfüllung erloschen (§ 362 I BGB); zugleich erlosch auch das (künftige) Absonderungsrecht (vgl. *BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339 Rn. 16).

22 dd) Weder die Schuldnerin noch der vorläufige Insolvenzverwalter waren zur Einziehung der Forderungen der Kl. iSv § 48 S. 1 InsO berechtigt. Dies richtet sich allein nach der Rechtsbeziehung der Schuldnerin zur Kl. (vgl. *BGHZ* 154, 72 [82 f.] = NZI 2003, 259; *BGH*, NZI 2007, 338 Rn. 13; *BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339 Rn. 33). Ab dem 19.10.2007 war die Einzugsberechtigung aufgrund des Wirksamwerdens des Widerrufs der Einziehungsermächtigung entfallen (1). Vom 16. bis zum 18.10.2007 war der Bekl. als vorläufiger Insolvenzverwalter zum Forderungseinzug im Grundsatz berechtigt (2 a), durfte die Forderungen jedoch nur im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr einziehen. Einem solchen ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr entsprach der Forderungseinzug durch den Bekl. nicht (2 b).

23] - [24 *(Wird ausgeführt)*

25 (2) (a) Die Einziehungsermächtigung entfiel allerdings nicht ohne Weiteres mit der Stellung des Insolvenzantrags oder der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters (so schon *BGHZ* 144, 192 [198 ff.] = NZI 2000, 306). Nach Schaffung des § 21 II 1 Nr. 5 InsO hat der *BGH* die Frage, ob im Hinblick auf diese Regelung die dem Schuldner gewährte Einziehungsermächtigung mit Einreichung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlischt, ausdrücklich offengelassen (*BGH*, NZI 2007, 337 Rn. 13; *BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339 Rn. 20 f.; für Erlöschen *Blankenburg* in *Kübler/Prütting/Bork*, InsO, 2018, § 21 Rn. 239; *Uhlenbruck/Vallender*, InsO, 15. Aufl., § 21 Rn. 38 c; HK-InsO/*Lohmann*, 9. Aufl., § 48 Rn. 8; *Lohmann*, InsVZ 2010, 201 [202]; *Kreft*, FS Wimmer, 2017, 386 [389]; aA BeckOK InsO/*Hanecke*, 2018, § 48 Rn. 15). Die Frage ist nunmehr dahin zu beantworten, dass § 21 II 1 Nr. 5 InsO es nicht gebietet, die Rechtsprechung des *Senats* im Urteil vom 6.4.2000 (*BGHZ* 144, 192 [198 ff.] = NJW 2000, 1950) aufzugeben.

26] - [27 *(Wird ausgeführt)*

28 (bb) Sinn und Zweck der §§ 21 II 1 Nr. 5, 22 I 2 Nr. 2, 157 InsO sprechen dagegen, dass Einziehungs-, Veräußerungs-, und Verarbeitungsermächtigungen mit Insolvenzantragstellung oder Anordnung einer vorläufigen Maßnahme ohne Weiteres erlöschen. [...]

29 *(Wird ausgeführt)*

30 Der automatische Wegfall der Einziehungs-, Weiterveräußerungs- und Verarbeitungsermächtigungen mit Insolvenzantragstellung oder Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters hätte zur Folge, dass jedenfalls in Geschäftsbereichen, in welchen unter Eigentumsvorbehalt gelieferte oder Geldkreditgebern übereignete Ware verarbeitet oder unter Eigentumsvorbehalt gelieferte oder Geldkreditgebern übereignete Ware weiterveräußert wird, mit Stellung des Insolvenzantrags oder mit Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters die Produktion und der Verkauf sofort eingestellt werden müssten. Schuldner und vorläufigem Insolvenzverwalter würde keine Zeit gegeben, mit den Sicherungsnehmern und Vorbehaltsverkäufern Vereinbarungen über die Verwertung schuldnerfremder Rechte zu treffen. Eine Betriebsfortführung wäre unter diesen Voraussetzungen kaum möglich (vgl. *BGHZ* 144, 192 [199] = NZI 2000, 306).

31 Das würde der Intention der Insolvenzordnung und dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, den schuldnerischen Betrieb grundsätzlich bis zur Entscheidung der Gläubigerversammlung nach Insolvenzeröffnung fortzuführen. Die Entscheidung über das Schicksal des Schuldnerunternehmens und damit zugleich über den Weg zur Befriedigung der Gläubiger fällt nach § 157 InsO nämlich erst nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch die Gläubigerversammlung. Deswegen bestimmt § 22 I 2 Nr. 2 InsO, dass der starke vorläufige Verwalter das schuldnerische Unternehmen bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens grundsätzlich fortzusetzen hat. Ein entsprechendes Ziel ergibt sich auch aus § 21 II 1 Nr. 5 InsO. Dadurch sollen Sanierungschancen genutzt und eine möglichst optimale Verwertung der Insolvenzmasse gesichert werden (vgl. BT-Drs. 16/3227, S. 15; vgl. *BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339 Rn. 39).

BGH: Behandlung von Globalzession, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt im Eröffnungsverfahren (NZI 2019, 274) 276

32 Einer Betriebseinstellung könnte durch eine Anordnung nach § 21 II 1 Nr. 5 InsO nicht wirksam begegnet werden. Die Regelung kann zwar bei einem Widerruf der Einziehungsermächtigung helfen, nicht aber bei einem Widerruf der Weiterveräußerungs- und Verarbeitungsermächtigung. Denn nach ihr kann der vorläufige Insolvenzverwalter nach entsprechendem Wegfall oder Widerruf dieser Ermächtigungen nicht durch das Insolvenzgericht ermächtigt werden, sicherungsübereignete Gegenstände und Vorbehaltsware zu veräußern und zu verarbeiten. [...]

33 *(Wird ausgeführt)*

34 Ob das Insolvenzgericht dennoch gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers gem. § 21 II 1 Nr. 5 InsO berechtigt ist, den vorläufigen Insolvenzverwalter zu ermächtigen, zur Sicherung oder unter Eigentumsvorbehalt übereignetes Umlaufvermögen zu verwerten, ist in der Literatur streitig (dafür: MüKoInsO/*Haarmeyer*, § 21 Rn. 99; *Blankenburg* in *Kübler/Prütting/Bork*, § 21 Rn. 223; FK-InsO/*Schmerbach*, 9. Aufl., § 21 Rn. 355; *Sander* in *Ahrens/Gehrlein /Ringstmeier*, InsO, 3. Aufl., § 21 Rn. 49; *Schmidt/Hölzle*, InsO, 19. Aufl., § 21 Rn. 75; BeckOK InsO/*Windau*, 2018, § 21 Rn. 120 jedenfalls für den verlängerten Eigentumsvorbehalt; *Bette*, ZInsO 2010, 1628 [1629]; *Ganter*, NZI 2007, 549

[551 f.]; dagegen *Uhlenbruck/Vallender*, § 21 Rn. 38 j; HK-InsO/*Rüntz/Laroche*, § 21 Rn. 43; HmbKomm-InsO/*Schröder*, 6. Aufl., § 21 Rn. 69 d; *Sinz/Hiebert*, ZInsO 2011, 798; vgl. zu allem *Andres/Hess*, NZI 2011, 881). Für eine analoge oder erweiternde Auslegung der Neuregelung in diesem Sinne ist kein Raum. Neben dem ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers spricht der Wortlaut des Gesetzes gegen diese Möglichkeit. Denn die Vorschrift regelt allein die Folgen der Nutzung fremden Eigentums und der Einziehung abgetretener Forderungen, nicht aber die Folgen einer Verarbeitung oder einer Veräußerung fremden Eigentums.

35 (cc) Ebenso sprechen die Interessen der Sicherungsgläubiger selbst gegen den automatischen Wegfall der Ermächtigung mit Stellung des Insolvenzantrags oder der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt. Denn diese können gerade dann, wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt wird, an der Veräußerung oder der Verarbeitung der ihnen gehörenden Waren interessiert sein, um die Geschäftsbeziehung aufrecht zu erhalten und sich den Erlös aus der Weiterveräußerung und Weiterverarbeitung zu sichern. Voraussetzung ist allerdings, dass ihre Rechte im Insolvenzeröffnungsverfahren nicht gefährdet werden.

36 (b) Dennoch war der Forderungseinzug durch den Bekl. in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter über allgemeine Geschäftskonten der Schuldnerin oder über eigene allgemeine Geschäftskonten für die Schuldnerin iSv § 48 InsO unberechtigt. Denn die Einziehung der Forderungen unter Übergehung der Rechte aus der Globalzession erfolgte nicht im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr.

37 *(Wird ausgeführt)*

38 (bb) Nach diesen Maßstäben ist der Sicherungszessionar mit Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters und Anordnung der Forderungseinziehung durch diesen mit der Einziehung der an ihn aufgrund der Globalzession oder des verlängerten Eigentumsvorbehalts abgetretenen Forderungen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter – für alle Bet. erkennbar – nur unter der Bedingung einverstanden, dass sein Sicherungsinteresse gewahrt ist. Dieses Sicherungsinteresse ist nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts gem. § 21 II 1 Nr. 3 Fall 2 InsO nicht ohne Weiteres gewahrt, so dass ein ordnungsgemäßer Geschäftsverkehr in diesem Fall nicht bedenkenlos angenommen werden kann. [...]

39 Der vorläufige Insolvenzverwalter ist grundsätzlich zudem nur zur Sicherung, nicht zur Verwertung von Sicherungsgut berechtigt (vgl. *BGHZ* 146, 165 [172 f.] = NZI 2001, 191; *BGHZ* 154, 72 [79] = NZI 2003, 259; *BGHZ* 168, 321 = NZI 2006, 515 Rn. 22). 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 den eingezogenen Betrag an den Sicherungsnehmer abzuführen oder ihn jedenfalls unterscheidbar zu verwahren (*BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339 Rn. 28). Denn es gehört auch zu seinen Pflichten, die Interessen der Sicherungsnehmer zu wahren (vgl. *Jaeger/Henckel*, InsO, 1. Aufl., § 48 Rn. 34). Dies gilt vorliegend auch für den Fall der Globalzession. Denn auch der Globalzessionar ist durch die fortlaufende Abtretung neu entstehender Forderungen nicht hinreichend geschützt, zumindest dann nicht, wenn Anfechtungsgründe bestehen oder er die Ermächtigung widerruft.

40 [...] Die Einziehung auf ein allgemeines Geschäftskonto der Schuldnerin oder ein für die Schuldnerin gehaltenes allgemeines Treuhandkonto des Bekl. verhinderte das Entstehen einer insolvenzfesten Rechtsposition der Kl. und war deshalb unberechtigt iSv § 48 InsO (vgl. *BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339 Rn. 24; *Jaeger/Henckel*, § 48 Rn. 57).

41 ee) Der Anspruch auf Ersatzabsonderung nach § 48 S. 2 InsO scheitert entgegen der Ansicht des BerGer. nicht daran, dass die Gegenleistung nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden ist. [...]

42 (1) Der Ersatzaussonderungsanspruch setzt, wie das BerGer. richtig gesehen hat, weiter voraus, dass der vom vorläufigen Verwalter aufgrund der gerichtlichen Einziehungsermächtigung vereinnahmte Erlös für die eingezogenen Forderungen in der Masse noch unterscheidbar vorhanden ist. Sofern die Zahlungen direkt auf ein Zahlungskonto erfolgten, kommt es bei der Ersatzaussonderung nur darauf an, dass ein verfügbares Guthaben besteht. Ein Betrag, der dem Konto gutgeschrieben ist, aber materiell nicht der Masse gehört, gilt demnach so lange als vorhanden, wie das Konto eine ausreichende Deckung aufweist (*BGHZ* 141, 116 [119] = NZI 1999, 265; *Prütting* in *Kübler/Prütting/Bork*, § 48 Rn. 21; vgl. HK-InsO/*Lohmann*, § 48 Rn. 11; MüKoInsO/*Ganter*, § 48 Rn. 58, 60, 62 f.; *Schmidt/Thole*, InsO, 19. Aufl., § 48 Rn. 23; *Jaeger/Henckel*, § 48 Rn. 81). Wird das Konto dagegen zur Zeit der Gutschrift im Soll geführt, so wird die Gegenleistung in dieser Höhe zur Schuldentilgung verbraucht mit der Folge, dass insoweit eine gegenständlich fassbare Gegenleistung nicht mehr vorhanden ist. Gleiches gilt, wenn der Saldo eines zunächst kreditorischen Kontos unter den Betrag der Gutschrift absinkt. Steigt der Saldo in der Folgezeit wieder an, lebt der Ersatzaussonderungsanspruch nicht wieder auf (*BGHZ* 141, 116 [123] = NZI 1999, 265; HK-InsO/*Lohmann*, § 48 Rn. 11; vgl. BeckOK InsO/*Haneke*, 2018, § 48 Rn. 26, 28; *Uhlenbruck/Brinkmann*, § 48 Rn. 36; MüKoInsO/*Ganter*, § 48 Rn. 71).

43 (2) Das BerGer. hat entgegen der Ansicht der Revision die Darlegungs- und Beweislast, welche bei der Kl. liegt, in diesem Punkt zutreffend beurteilt. Jedoch hat es übersehen, dass den Bekl. eine sekundäre Darlegungslast treffen kann.

BGH: Behandlung von Globalzession, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt im Eröffnungsverfahren (NZI 2019, 274) 277

44 (a) Darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen eines Ersatzaussonderungsrechts ist derjenige, der sich darauf beruft. Der Anspruchsteller muss sein Aussonderungsrecht und dessen Vereitelung durch ein Veräußerungsgeschäft beweisen. Ihn trifft auch die Beweislast dafür, dass die zur Masse gezogene Leistung des Dritten die Gegenleistung gerade für das Objekt der vereitelten Aussonderung war (*BGH*, NJW 1978, 1632; vgl. *BGHZ* 102, 293 [310] = NJW 1988, 1210; *BGHZ* 155, 199 [204 f.] = NZI 2003, 537; HK-InsO/*Lohmann*, § 48 Rn. 15; MüKoInsO/*Ganter*, § 48 Rn. 73 b; *Schmidt/Thole*, InsO, § 48 Rn. 26). Das Merkmal des (durchgehend) unterscheidbaren Vorhandenseins der Gegenleistung in der Masse (§ 48 S. 2 InsO) ist ebenfalls anspruchsbegründend und deswegen von der Kl. darzulegen und zu beweisen. Denn der Anspruch aus § 48 InsO besteht nur, soweit die Gegenleistung noch aussteht oder aber unterscheidbar in der Masse vorhanden ist (vgl. *BGHZ* 102, 293 = NJW 1988, 1210 [1213 f.] *BGHZ* 155, 199 [204 f.] = NZI 2003, 537). [...]

45 (b) Jedoch trifft den Bekl. grundsätzlich eine sekundäre Darlegungspflicht.

46 *(Wird ausgeführt)*

47 Für das Bestehen einer sekundären Darlegungslast spielt es dabei keine Rolle, ob ein entsprechender Auskunftsanspruch der Kl. gegen den Bekl. besteht (*BGH*, NJW-RR 2015, 1279 = ZIP 2015, 790 Rn. 11). Wenn ein Auskunftsanspruch besteht, muss er nicht erst im Wege einer gesonderten Klage durchgesetzt werden, sondern strahlt unmittelbar auf die Anforderungen an den Sachvortrag des Verpflichteten aus (*BGH*, Beschl. v. 25.6.2013 – XI ZR 210/12, BeckRS 2013, 11879 Rn. 18). Andernfalls müsste der primär zur Darlegung Verpflichtete, soweit er sich in Darlegungsschwierigkeiten befindet, zunächst einen Auskunftsanspruch gegen die Gegenpartei verfolgen; das wäre nicht prozesswirtschaftlich (*BGHZ* 102, 293 [310 f.] = NJW 1988, 1210).

48 Doch kann vorliegend der auskunftspflichtige Insolvenzverwalter – sei es dass die Auskunftsansprüche auf § 167 InsO (vgl. *Jaeger/Eckardt*, InsO, 2018, § 167 Rn. 33 ff.) gestützt werden, sei es auf §§ 47, 50, 51 InsO iVm § 242 BGB (vgl. MüKoInsO/*Ganter*, vor § 49 bis § 52 Rn. 130; § 47 Rn. 461; vgl. *BGH*, NZI 2000, 422 [424 f.]; NZI 2004, 209 Rn. 9) – anstelle der Auskunftserteilung gestatten, dass der Aus- und Absonderungsberechtigte Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere des Schuldners nimmt. [...] Eine derartige Einschränkung der Auskunftspflicht ist in den Fällen gerechtfertigt, in denen die geforderte Auskunft mit vertretbarem Zeit- und Arbeitsaufwand nicht möglich ist (*BGH*, NZI 2000, 422 [425]; MüKoInsO/*Ganter*, § 47 Rn. 462). [...]

49 *(Wird ausgeführt)*

50 b) Zutreffend verneint das BerGer. Zahlungsansprüche aus § 55 II und aus § 55 I InsO.

51] - [52] *(Wird ausgeführt)*

52 bb) Aber auch in der Sache hat die Kl. keinen Anspruch aus § 55 InsO.

53 (1) § 55 II 1 InsO betrifft ausschließlich Rechtshandlungen eines vorläufigen Insolvenzverwalters, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist (§ 21 II 1 Nr. 2 Fall 1, § 22 I InsO). Sie gilt nicht für den vorläufigen Verwalter ohne Verfügungsbefugnis, dem durch das Insolvenzgericht auch nicht die Ermächtigung erteilt worden ist, einzelne, im Voraus genau festgelegte Verpflichtungen zulasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen. Außerhalb einer Einzelermächtigung kann auch der mitbestimmende vorläufige Insolvenzverwalter (§ 21 II 1 Nr. 2 Fall 2, § 22 II InsO) keine Masseverbindlichkeiten begründen; die Vorschrift des § 55 II InsO ist auch nicht entsprechend anwendbar (*BGHZ* 151, 353 [363 ff.] = NZI 2002, 543; *BGHZ* 161, 315 [318] = NZI 2005, 218; *BGH*, NZI 2006, 587 Rn. 14; NZI 2008, 39 Rn. 9; NZI 2009, 475 Rn. 13; ZInsO 2015, 261 = BeckRS 2014, 23592 Rn. 3).

54 Eine entsprechende Anwendung ist hier nicht deswegen geboten, weil das Insolvenzgericht [...] den Bekl. ermächtigt hat, Bankguthaben und sonstige Forderungen der Schuldnerin einzuziehen sowie eingehende Gelder entgegenzunehmen, und der Schuldnerin verboten hat, über ihre Bankkonten ganz oder teilweise zu verfügen, und Drittschuldnern, an die Schuldnerin zu zahlen. Auch durch diese wirksamen Einzelanordnungen konnte der Bekl. als vorläufiger Insolvenzverwalter keine Masseverbindlichkeiten begründen. Der Ausnahmefall, dass das Insolvenzgericht den vorläufigen Verwalter ohne begleitendes allgemeines Verfügungsverbot dazu ermächtigt, einzelne, im Voraus genau festgelegte Verpflichtungen zulasten der späteren Insolvenzmasse

einzugehen (*BGH*, NZI 2008, 39 Rn. 9; ZInsO 2015, 261 = BeckRS 2014, 23592 Rn. 4), liegt hierin nicht.

55 (2) Ein Anspruch der Kl. wegen Massebereicherung nach § 55 I Nr. 3 InsO scheidet ebenfalls aus. [...]. Dass der Bekl. noch nach Insolvenzeröffnung der Kl. zustehende Forderungen eingezogen hätte, hat die Kl. nicht hinreichend dargelegt.

56 c) Ebenso wenig besteht ein Zahlungsanspruch der Kl. aus §§ 170 I 2, 172 I InsO iVm §§ 50, 51 Nr. 1 InsO, weder in direkter noch in entsprechender Anwendung.

57 aa) §§ 170 I 2, 172 InsO sind auf den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht anwendbar, sofern das Insolvenzgericht keine Anordnungen nach § 21 II 1 Nr. 5 InsO getroffen hat. [...]

58 bb) Ansprüche analog §§ 170, 55 II InsO, wie sie der *Senat* im Urteil v. 21.1.2010 (*BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339) angenommen hat, bestehen vorliegend nicht. Denn der Bekl. hat wegen des einem ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr widersprechenden Forderungseinzugs unberechtigt iSv § 48 InsO gehandelt.

59 2. Hilfsantrag – Abgetretener Anspruch der Lieferanten aufgrund des verlängerten Eigentumsvorbehalts: [...]

60 (*Wird ausgeführt)*

61 *II. Klageantrag 2 a über 2.841.269,80 Euro*

62 1. Hauptantrag – Raumsicherungsvertrag:

63 a) Auch insoweit kann mit der Begründung des BerGer. ein Anspruch auf Ersatzabsonderung aus § 48 S. 2 InsO analog nicht verneint werden.

64 aa) Es ist nicht auszuschließen, dass die Kl. zumindest zum Teil unbelastetes Sicherungseigentum an den ihr zur Sicherheit übereigneten Waren in den im Raumsicherungsvertrag vereinbarten Lagern und Abholmärkten, zumindest aber ein Anwartschaftsrecht, erworben hat. Die Kl. hätte deswegen nach § 51 Nr. 1, § 50 InsO nach Maßgabe der §§ 166 bis 173 InsO die abgesonderte Befriedigung aus den ihr zur Sicherung übereigneten Gegenständen verlangen kön-

nen, solange sie das Sicherungseigentum nicht verloren hatte.

65] - [67 (*Wird ausgeführt)*

68 (bb) [...] Das Eigentum an der ausgelieferten Ware wäre nur dann auf die Schuldnerin übergegangen, wenn es die Einkaufs-GmbH auf die Schuldnerin aufgrund der Veräußerungsermächtigung der Lieferanten (§§ 929 ff., 185 BGB) im ordentlichen Geschäftsgang wirksam übertragen oder die Schuldnerin aufgrund guten Glaubens (§ 932 BGB oder § 366 HGB) erworben hätte (*BGH*, NJW 1989, 895 [896]). Beides war vorliegend nach den getroffenen Feststellungen nicht der Fall.

69 (α) Die Veräußerung der Einkaufs-GmbH an die Schuldnerin erfolgte nicht im ordentlichen Geschäftsgang. Der Vertrag zwischen Vorbehaltsverkäufern und der Einkaufs-GmbH als Vorbehaltskäuferin nach § 157 BGB ist aus dem Sicherungszweck heraus auszulegen. Es kommt hiernach darauf an, ob die

Weiterveräußerung mit dem Sicherungsbedürfnis des Vorbehaltsverkäufers vereinbar ist. Von der Ermächtigung zur Weiterveräußerung ist daher die unbedingte Veräußerung an einen mit dem Käufer personell und finanziell verflochtenen Zweitabnehmer nicht gedeckt, dessen wirtschaftliche Lage erkennbar äußerst angespannt ist (vgl. *OLG Hamburg*, ZIP 1982, 599 [561]; *Staudinger/Beckmann*, BGB, 2013, § 449 Rn. 131; *Uhlenbruck/Brinkmann*, § 48 Rn. 25). So lag der Fall hier. [...]

70] - [71 *(Wird ausgeführt)*

72 (c) Die Lieferanten hätten ihr Vorbehaltseigentum auch nicht durch Vermengung gleichartiger Ware in den Lagern der Schuldnerin verloren. Anhand der getroffenen Feststellungen lässt sich nicht entscheiden, ob die von den Lieferanten ausgelieferte Ware in den Lagern der Schuldnerin untrennbar mit gleichartiger Ware vermengt worden ist, so dass sie ihr (Allein-)Eigentum an den von ihnen gelieferten Flaschen nach § 948 I, § 947 I BGB verloren haben (vgl. *BGHZ* 173, 159 = NJW 2007, 2913 Rn. 10; vgl. auch *BGH*, NJW 1958, 1534). Aber auch wenn dies der Fall gewesen sein sollte, hätten sie jedenfalls an der Gesamtheit der bei der Schuldnerin eingelagerten Ware nach §§ 948, 947 BGB Miteigentum zu Bruchteilen erworben (jurisPK-BGB/*Vieweg/Lorz*, 8. Aufl., § 948 Rn. 13). Sie hätten, soweit ihr Anteil bestimmbar und noch vorhanden gewesen wäre, Teilung verlangen und ihn aussondern können (vgl. MüKoInsO/*Ganter*, § 48 Rn. 57; *Jaeger/Henckel*, InsO, 1. Aufl., § 48 Rn. 81; HK-InsO/*Lohmann*, § 48 Rn. 12).

73 (d) Doch hat das BerGer. nicht festgestellt, in welchem Umfang die in den der Kl. sicherungsübereigneten Lagern und Abholmärkten eingebrachten Waren im Vorbehaltseigentum standen. Deswegen ist zugunsten der Kl. revisionsrechtlich zu unterstellen, dass sie zumindest teilweise Sicherungseigentum an der eingelagerten Ware erworben hat.

74 (2) Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Kl. das Sicherungseigentum unbelastet von Vermieterpfandrechten erworben hat. Denn das BerGer. hat keine Feststellungen zu der zwischen den Parteien streitigen Frage getroffen, ob die Vermieter der Lager und Abholmärkte an der eingebrachten Ware (sofern die Lieferanten nicht Vorbehaltseigentümer geblieben sind) nicht ein Vermieterpfandrecht erworben haben (§ 578 II iVm §§ 578 I, 562 BGB). Ein solches Vermieterpfandrecht, das dem Vermieter in der Insolvenz des Mieters nach § 50 InsO ein Recht auf abgesonderte Befriedigung verschafft (vgl. *BGH*, NZI 2004, 209 [210]), geht einer Raumsicherungsübereignung vor, und zwar sowohl für die Ware, die im Zeitpunkt der Sicherungsübereignung bereits eingebracht war, als auch für die Ware, die erst nach der Sicherungsübereignung dem Warenlager zugeführt wurde (*BGHZ* 117, 200 [207] = NJW 1992, 1156; *BGH*, NJW-RR 2004, 772 = NZM 2004, 224). [...]

75 bb) Die Veräußerung des Sicherungsguts an Kunden der Schuldnerin war der Kl. gegenüber wirksam. Diese hat ihr Sicherungseigentum an der in die Lager und Abholmärkte eingebrachten Ware verloren. Die Kunden der Schuldnerin, sofern sie die Ware von der Schuldnerin erworben haben, waren über die Sicherungsübereignung nicht informiert, zumindest wurde anderes im Rechtsstreit nicht vorgetragen. Deswegen haben sie das Eigentum gem. §§ 932, 933 BGB, § 366 HGB gutgläubig erworben (vgl. *BGH*, NZI 2015, 976 Rn. 9; HK-InsO/*Lohmann*, § 48 Rn. 7).

76 cc) Weder die Schuldnerin noch der Bekl. waren berechtigt, die Waren, an denen

die Kl. ein Absonderungsrecht besaß, zu veräußern.

77] - [78 *(Wird ausgeführt)*

79 (2) [...] Auch hier ergibt sich die fehlende Berechtigung zur Weiterveräußerung daraus, dass die Weiterveräußerung des Sicherungsguts nicht dem ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr entsprach, wenn der Kl. nach Bestellung eines vorläufigen Verwalters mit Zustimmungsvorbehalt nicht an der Kaufpreisforderung und dem Erlös für die Sicherungsware ein Sicherungsrecht eingeräumt wurde. Dies wäre auch bei dem Raumsicherungsvertrag durch Einziehung des Erlöses über ein zugunsten der Sicherungsgläubiger eingerichtetes offenes Treuhandkonto möglich gewesen. [...]

80 dd) Auch wegen des Verlusts des Sicherungseigentums an den sicherungsübereigneten Waren kann mit der Begründung des BerGer. nicht aufgezeigt werden, dass die Gegenleistung (der Kaufpreis) nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden ist. Durch die Veräußerung der Getränke in den Getränkeabholmärkten haben Schuldnerin oder vorläufiger Insolvenzverwalter Bargeld eingezogen, welches auf Konten der Schuldnerin bei mehreren Banken und Treuhandkonten des Bekl. gutgeschrieben worden ist. [...]

81 *(Wird ausgeführt)*

82 (1) (a) Allerdings kann die Ersatzaussonderung bar gezahlten Geldes daran scheitern, dass es durch Einlage in eine Kasse des Schuldners oder des vorläufigen Insolvenzverwalters mit anderem massezugehörigen Geld ununterscheidbar vermengt worden ist (*OLG Köln*, NZI 2005, 37 [38]; *Jaeger/Henckel*, § 48 Rn. 81; *Prütting* in *Kübler/Prütting/Bork*, § 48 InsO Rn. 21; *Nerlich/Römermann/Andres*, InsO, 2018, § 48 Rn. 11; HmbKomm-InsO/*Büchler /Scholz*, § 48 Rn. 25, 28; *Schmidt/Thole*, InsO, § 48 Rn. 23; aA *Uhlenbruck/Brinkmann*, § 48 Rn. 35). Die Unterscheidbarkeit bleibt nur gewahrt, wenn der konkrete Geldbetrag getrennt von anderem Bargeld verwahrt wird (*Prütting* in *Kübler/Prütting/Bork*, § 48 Rn. 21). [...].

83 Eine ersatzweise Aussonderung kommt auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Miteigentums in Betracht, sofern der Miteigentumsanteil bestimmbar ist (vgl. *Jaeger/Henckel*, § 48 Rn. 81; vgl. MüKoInsO/*Ganter*, § 48 Rn. 55 a, 57). Denn durch die Einlage des Bargeldes in die Kassen ist es nicht zum Miteigentum an dem in die Kassen eingelegten Geld zwischen der Kl. einerseits und der Schuldnerin oder dem Bekl. als vorläufigem Insolvenzverwalter andererseits

gekommen. Die Endabnehmer haben das Eigentum an den Geldmitteln nicht auf die Kl. übertragen, sondern auf ihren Verkäufer, die Schuldnerin. Diese oder der vorläufige Insolvenzverwalter haben das Geld auch nicht für die Kl. oder die Lieferanten entgegengenommen, sondern für sich (vgl. HK-InsO/*Lohmann*, § 48 Rn. 12).

84 (b) Sofern die Erlöse aus der Veräußerung der sicherungsübereigneten Ware den Konten der Schuldnerin oder des Bekl. gutgeschrieben worden sind, sind sie noch in der Masse unterscheidbar vorhanden, wenn sie auf kreditorisch geführte Konten eingezahlt wurden. [...]

Anmerkung vor Dr. Hans Gerhard Ganter*

Nach längerer Abstinenz – die letzte Entscheidung zur Ersatzaussonderung stammt aus dem Jahr 2008 – hat der *BGH* jetzt wieder Anlass gehabt, sich mit dem Thema Ersatzaussonderung/Ersatzabsonderung zu befassen. Herausgekommen ist ein im Umdruck 41 Seiten umfassendes (deshalb im Vorstehenden gekürzt wiedergegebenes), mit sechs umfangreichen Leitsätzen ausgestattetes Urteil, das zusätzlich dadurch, dass es zur Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung *BGHZ* bestimmt wurde, geadelt ist.

Inhaltlich stehen die Einziehung sicherungsabgetretener Forderungen und Veräußerung sicherungsübertragener oder unter Eigentumsvorbehalt erworbener Ware durch den Insolvenzverwalter, die Wirksamkeit von Weiterveräußerungs- und Einziehungsermächtigungen sowie die Ermächtigung des vorläufigen Insolvenzverwalters, durch Raumsicherungsvertrag übertragenes Eigentum und Vorbehaltseigentum nach Widerruf der Veräußerungsermächtigung durch die Berechtigten gegen deren Willen zu veräußern, eindeutig im Fokus.

Zur Einziehung globalzedierter Forderungen durch den (vorläufigen) Insolvenzverwalter wiederholt der *BGH* zunächst die bekannten Standpunkte (Rn. 19): Danach ist die Vorschrift des § 48 InsO auf Absonderungsrechte (vgl. § 51 Nr. 1 InsO) entsprechend anwendbar. Weiter stellt die Einziehung einer zur Sicherheit abgetretenen Forderung eine „Veräußerung" iSd § 48 InsO dar. Zieht der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis (§ 22 I 1 InsO) oder spezieller Ermächtigung (§ 22 II InsO) im Insolvenzeröffnungsverfahren absonderungsfähige Forderungen unberechtigt ein, begründet dies nach Insolvenzeröffnung ebenfalls die Ersatzabsonderung, sofern die Erlöse unterscheidbar in der Masse vorhanden sind.

Im Hinblick auf die durch das Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.4.2007 (BGBl. I 2007, S. 509) geschaffene Vorschrift des § 21 II 1 Nr. 5 InsO war in der höchstrichterlichen Rechtsprechung bisher allerdings offen geblieben, ob die dem Schuldner gewährte Einziehungsermächtigung mit Einreichung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlischt. Im Schrifttum war die Frage umstritten. Der Verfasser hat sich in Bezug auf Vorbehaltsware für die Fortgeltung der Weiterveräußerungsermächtigung (MüKoInsO/*Ganter*, 3. Aufl., § 47 Rn. 145) bzw. – hinsichtlich sicherungszedierter Forderungen – der Einziehungsermächtigung ausgesprochen (MüKoInsO/*Ganter*, Vor §§ 49 bis 52 Rn. 109c, d, § 51 Rn. 181). In der – demnächst erscheinenden – 4. Aufl. hat er dies ergänzt (Vor §§ 49 bis 52 Rn. 177a). Der *BGH* hat die Frage – übereinstimmend mit dem Verfasser – nun dahin beantwortet, dass der Schuldner, der ihm zustehende Forderungen zur Absicherung von eigenen Verbindlichkeiten global abgetreten, das Eigentum an Waren in einem Raumsicherungsvertrag übertragen und Vorbehaltsware käuflich erstanden hat, die ihm in der Sicherungsvereinbarung und dem Kaufvertrag eingeräumte Befugnis, die abgetretenen Forderungen einzuziehen und die sicherungsübertragenen und unter Eigentumsvorbehalt erworbenen Waren weiter zu veräußern, nicht ohne Weiteres verliert, wenn er die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen beantragt und ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt und Einziehungsbefugnis bestellt wird (Rn. 25). Sinn und Zweck der §§ 21 II 1 Nr. 5, 22 I 2 Nr. 2, 157 InsO sprächen dagegen, dass Einziehungs-, Veräußerungs-, und Verarbeitungsermächtigungen mit Insolvenzantragstellung oder Anordnung einer vorläufigen Maßnahme ohne Weiteres erlöschen (Rn. 28). Den Argumenten des *BGH* (Rn. 30 bis 33) ist kaum etwas hinzuzufügen.

Streitig war im Schrifttum bisher auch, ob das Insolvenzgericht gem. § 21 II 1 Nr. 5 InsO berechtigt ist, den vorläufigen Insolvenzverwalter zu ermächtigen, zur Sicherung oder unter Eigentumsvorbehalt übereignetes Umlaufvermögen zu verwerten. Der *BGH* hat der Frage nunmehr breiten Raum gewidmet, was etwas erstaunt, weil im Streitfall gar keine Anordnung gem. § 21 II 1 Nr. 5 InsO ausgesprochen worden war. Er zitiert den Verfasser als uneingeschränkten Befürworter dieser Berechtigung (Rn. 34). Das ist ungenau. Der Verfasser hat die Auffassung vertreten, dass unter Eigentumsvorbehalt bezogene Rohstoffe oder Fertigware in dem schuldnerischen Betrieb „verbraucht" (also verwertet) werden können, wenn dieser andernfalls nicht wirtschaftlich sinnvoll fortgeführt werden kann. Ein derartiger Verbrauch sei jedoch nur zulässig, wenn dem Vorbehaltsverkäufer ein adäquater Gegenwert zufließe. Das sei praktisch nur im Rahmen eines verlängerten Eigentumsvorbehalts der Fall (*Ganter*, NZI 2007, 549 [554] l. Sp.). Darauf geht der *BGH* nicht ein, und deshalb erscheint die Ablehnung jeglicher Ermächtigung zur Verwertung, die auch im letzten Leitsatz ihren Niederschlag gefunden hat, etwas kurz angebunden, zumal der *BGH* in Rn. 28 und 31 – durchaus zutreffend – mit „Sinn und Zweck des § 21 II 1 Nr. 5 InsO" argumentiert hatte und in Rn. 35 – wiederum zutreffend – selbst betont, die Sicherungsnehmer könnten gerade dann, wenn ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt werde, an der Veräußerung oder der Verarbeitung der ihnen gehörenden Waren interessiert sein, um die Geschäftsbeziehung aufrecht zu erhalten und sich den Erlös aus der Weiterveräußerung und Weiterverarbeitung zu sichern. Voraussetzung sei allerdings, dass ihre Rechte im Insolvenzeröffnungsverfahren nicht gefährdet würden (Rn. 35). Das entspricht genau der Tendenz des Verfassers. Wenn der *BGH* in Rn. 32 und 34 aE ausführt, einer Betriebseinstellung könnte durch eine Anordnung nach § 21 II 1 Nr. 5 InsO nicht wirksam begegnet werden, weil die Vorschrift allein die Folgen der Nutzung fremden Eigentums und der Einziehung abgetretener Forderungen regele, nicht aber die Folgen einer Verarbeitung oder einer Veräußerung fremden Eigentums, so ist dies deshalb nicht überzeugend, weil die Einziehung fremder Forderungen selbst als „Veräußerung" iSv § 48 InsO gilt (MüKoInsO/*Ganter*, § 48 Rn. 20). Die Mindermeinung (die zu einem großen Teil, wie die vom *BGH* angeführten Zitate belegen, keineswegs so eindeutig auftritt, wie der *BGH* annimmt) führt insbesondere für revolvierende Sicherheiten (Sicherungsübereignung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand und Globalzession; zu dieser siehe unten) zu sinnwidrigen Ergebnissen, weil

BGH: Behandlung von Globalzession, Sicherungsübereignung und Eigentumsvorbehalt im Eröffnungsverfahren (NZI 2019, 274) 280

hier die Sicherheiten akkumuliert würden und diese Akkumulation zulasten des Betriebes ginge, der ob kurz oder lang eingestellt werden müsste. Dies hat der Gesetzgeber ersichtlich nicht bedacht.

Hätte der *BGH* mit dieser Maßgabe eine gerichtliche Ermächtigung gem. § 21 II 1 Nr. 5 InsO für möglich gehalten, hätte eine solche, wäre sie im Streitfall ergangen, den Weg zur Ersatzabsonderung versperrt (diese Sperrwirkung kommt in Rn. 58 leider nicht deutlich zum Ausdruck, was auf das Ergebnis allerdings keinen Einfluss hat). Denn im Falle einer wirksamen Ermächtigung hätten die Erlöse aus der Einziehung der Forderungen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht der Ersatzabsonderung, sondern der Abrechnung in

analoger Anwendung des § 170 I 2 InsO (vgl. § 21 II 1 Nr. 5 S. 2 InsO) unterlegen (*BGHZ* 184, 101 = NZI 2010, 339 Rn. 30; HmbKomm-InsO/*Büchler /Scholz*, § 48 Rn. 351; HK-InsO/*Lohmann*, § 48 Rn. 19; MüKoInsO/*Ganter*, 4. Aufl., Vor §§ 49 bis 52 Rn. 177c). Im vorliegenden Fall war § 170 I 2 InsO auf den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht anwendbar, weil das Insolvenzgericht keine Anordnung nach § 21 II 1 Nr. 5 InsO getroffen hatte.

Wäre eine solche Anordnung ergangen und der Verwertungserlös nicht unterscheidbar in die Masse gelangt, hätte der vormals Absonderungsberechtigte nur noch den Rang eines Massegläubigers nach § 55 I Nr. 1 oder 3 InsO gehabt (*Ganter*, ZInsO 2016, 2119 [2123]). Im Streitfall hat der *BGHobiter* die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs mit zutreffenden Begründung abgelehnt (Rn. 52 bis 55).

Dass der Forderungseinzug durch den Bekl. in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter über allgemeine Geschäftskonten der Schuldnerin oder über eigene allgemeine Geschäftskonten für die Schuldnerin im Sinne von § 48 InsO unberechtigt war (Rn. 36, 38), ist mit erfreulicher Deutlichkeit festgehalten. Der Sicherungszessionar ist in aller Regel mit der Einziehung der an ihn aufgrund der Globalzession oder des verlängerten Eigentumsvorbehalts abgetretenen Forderungen durch den vorläufigen Insolvenzverwalter – für alle Beteiligten erkennbar – nur unter der Bedingung einverstanden, dass sein Sicherungsinteresse gewahrt ist (Rn. 38).

Wenn der *BGH* weiter ausführt, der vorläufige Insolvenzverwalter sei grundsätzlich nur zur Sicherung, nicht zur Verwertung von Sicherungsgut berechtigt (Rn. 39), geht dies wohl zu weit. Für global zedierte Forderungen hat der Verfasser dafür plädiert, dass der gerichtlich zur Einziehung ermächtigte vorläufige Insolvenzverwalter zwar berechtigt ist einzuziehen (anderenfalls kommt der Betrieb, den der Verwalter ja weiterzuführen hat, alsbald zum Erliegen), aber – falls er den Erlös nicht zugunsten des Sicherungszessionars separiert – gewährleisten muss, dass die Sicherheit im Zuge der Betriebsfortführung fortlaufend durch neu entstehende und der Globalzession unterfallende Forderungen im Wert aufgefüllt wird (*Ganter*, NZI 2010, 551 [552 f.]). Im letzteren Fall wird die eingezogene Forderung – also Sicherungsgut – berechtigterweise verwertet, das vom *BGH* zu Recht in den Vordergrund gestellte Sicherungsinteresse des Zessionars aber gleichwohl gewahrt. Im konkreten Fall wirkt sich die pauschale Ablehnung jeglicher Verwertungsbefugnis durch den *BGH* aber nicht aus. Denn der Bekl. hatte weder die von ihm eingezogenen schuldnerfremden Forderungen über ein zugunsten der Kl. und der Vorbehaltsverkäufer errichtetes offenes Treuhandkonto in Absprache mit den Treugebern eingezogen noch sichergestellt, dass der Wert der Sicherheit in anderer Weise erhalten blieb.

Der Ersatzabsonderungsanspruch (versehentlich spricht der *BGH* in Rn. 42 vom „Ersatzaussonderungsanspruch") setzt, wie der *BGH* richtig gesehen hat, weiter voraus, dass der Erlös für die eingezogenen Forderungen in der Masse noch unterscheidbar vorhanden ist (Rn. 42). Fraglos richtig ist auch, dass zu diesem Punkt die Darlegungs- und Beweislast der Kl. auferlegt worden ist (Rn. 43), dass aber den Bekl. eine sekundäre Darlegungspflicht trifft (Rn. 45 ff.), was zur Folge hat, dass der primär zur Darlegung Verpflichtete, soweit er sich in Darlegungsschwierigkeiten befindet, nicht zunächst einen Auskunftsanspruch gegen die Gegenpartei verfolgen muss.

Für die in den im Raumsicherungsvertrag vereinbarten Lagern und Abholmärkten

lagernden Waren war revisionsrechtlich zu unterstellen, dass die Kl. zumindest zum Teil unbelastetes Sicherungseigentum oder zumindest ein Anwartschaftsrecht daran erworben hatte (Rn. 64). Dann waren weder die Schuldnerin noch der Bekl. berechtigt, die Waren, an denen die Kl. ein Absonderungsrecht besaß, zu veräußern. Der Bekl. durfte als vorläufiger Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt weder die Veräußerung selbst vornehmen noch der Verfügung über das Absonderungsgut durch die Schuldnerin zustimmen. Das war selbstverständlich, nachdem die Kl. die von ihr erteilte Veräußerungsermächtigung widerrufen hatte. Für die Zeit davor ergab sich die fehlende Berechtigung zur Weiterveräußerung daraus, dass die Weiterveräußerung des Sicherungsguts nicht dem ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr entsprach, wenn der Kl. nach Bestellung eines vorläufigen Verwalters mit Zustimmungsvorbehalt nicht an der Kaufpreisforderung und dem Erlös für die Sicherungsware ein Sicherungsrecht eingeräumt wurde (Rn. 79).

Besonderes Interesse verdienen zum Schluss noch die Ausführungen zu dem Erfordernis der fortdauernden Unterscheidbarkeit des der Ersatzaussonderung/Ersatzabsonderung unterliegenden Gegenstandes, hier der gezahlten Kaufpreise. Der *BGH* lässt eine Ersatzaussonderung (bestand, wie hier, an dem ursprünglichen Sicherungsgut nur ein Recht zur abgesonderten Befriedigung, kann sich der Sicherungsnehmer aber auch an dem Erlös nur abgesondert befriedigen!) zu Recht scheitern, wenn die Kaufpreise durch Einlage in eine Kasse des Schuldners oder des vorläufigen Insolvenzverwalters mit anderem massezugehörigen Geld ununterscheidbar vermengt worden sind (Rn. 82). Anschließend prüft er, ob eine ersatzweise Aussonderung ausnahmsweise unter dem Gesichtspunkt des Miteigentums in Betracht kommt, sofern der Miteigentumsanteil bestimmbar ist. Diese Frage wurde im Schrifttum bisher unterschiedlich beurteilt. Der *BGH* hat sich jetzt der ablehnenden Meinung, die bereits – auf die rechtsgeschäftliche Übereignung des Geldes abstellend – die Entstehung von Miteigentum (HK-InsO/*Lohmann*, § 48 Rn. 12; ebenso *Mitlehner*, Mobiliarsicherheiten im Insolvenzverfahren, 4. Aufl. 2016, Rn. 233; aA *BGH*, NZI 2010, 897 Rn. 13; *OVG Münster*, GewArch 2017, 200 Rn. 74 und dazu *BVerwG*, GewArch 2018, 397 Rn. 32; vgl. ferner *Gehrlein*, NJW 2010, 3543 [3545]; *Staudinger/Gursky*, BGB, Neubearb. 2012, § 985 Rn. 91; *Staudinger/Wiegand*, Neubearb. 2017, § 948 Rn. 9), angeschlossen (Rn. 83) und somit eine Ersatzaussonderung verneint. Abgesehen davon, dass der hierzu eingenommene Standpunkt mit den Ausführungen bei Rn. 72 möglicherweise nicht vollständig harmoniert, hätte der Gesichtspunkt des Miteigentums hier – weil es nicht um eine Ersatzaussonde-

rung, sondern nur um eine Ersatzabsonderung ging – gar keine Rolle spielen dürfen, und deshalb wäre diese Prüfung besser ganz unterblieben. Der Sicherungseigentümer, der sich aus dem Sicherungsgut, vergleichbar einem Pfandgläubiger, nur abgesondert befriedigen darf, kann nach der Veräußerung des Sicherungsgutes unter keinen Umständen zum (uneingeschränkten) Eigentümer an dem Verkaufserlös und nach dessen Vermischung mit einem Kassenbestand zum Miteigentümer „befördert" werden (womit er aussonderungsberechtigt geworden wäre, was er vorher nicht war). Sofern die

Erlöse aus der Veräußerung der sicherungsübereigneten Ware den Konten der Schuldnerin oder des Bekl. gutgeschrieben worden sind, sind sie – wie der *BGH* jetzt in Übereinstimmung mit der Literatur ausführt – noch in der Masse unterscheidbar vorhanden, wenn sie auf kreditorisch geführte Konten eingezahlt wurden (Rn. 84).

Alles in allem eine wichtige Entscheidung, die, was den Respekt vor der Stellung der Aus- und Absonderungsberechtigten angeht, sich in die Tradition der bisherigen Judikatur einfügt und im Übrigen die Rechtsprechung in mehreren Punkten weiterentwickelt hat.

---

* Der Autor war bis 31.10.2010 Vorsitzender des *IX. Zivilsenats* und des *Senats für Patentanwaltssachen* sowie Stellvertretender Vorsitzender des *Senats für Anwaltssachen* des *BGH*.