

# **Bundesgerichtshof**

## **IM NAMEN DES VOLKES**

### **URTEIL**

§§ 21 Abs. 2, 48 InsO

- 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.**
- 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 eingerichteten 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.**

### **Tenor:**

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 28. April 2017 unter Zurückweisung der Anschlussrevision des Beklagten hinsichtlich der Klageanträge 1a und c (769.098,97 €) und Klageanträge 2a und b (3.298.069,80 €) aufgehoben, soweit zu ihrem Nachteil entschieden worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens einschließlich der den Streithelfern entstandenen Kosten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

### **Tatbestand:**

Die Klägerin macht Zahlungsansprüche aus einem Sicherungsübereignungs- und Globalabtretungsvertrag und aus einfachen, verlängerten und/oder erweiterten Eigentumsvorbehalten der Warenlieferanten geltend, der beklagte Insolvenzverwalter verlangt widerklagend die Auskehrung von Beträgen, welche die Klägerin nach Stellung des Insolvenzantrags auf Konten der Schuldnerin vereinnahmt hat.

Die P. GmbH & Co. KG (künftig: 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: 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 Klägerin, 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 Klägerin 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 Klägerin 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 Klägerin übergehen, wenn sie nicht mehr von diesem verlängerten Eigentumsvorbehalt erfasst wurden.

Das Insolvenzgericht bestellte aufgrund eines mit Kenntnis der Klägerin durch die Schuldnerin gestellten Insolvenzantrags am 16. Oktober 2007 den Beklagten 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.

Mit Schreiben vom 17. Oktober 2007 untersagte die Klägerin dem Beklagten als vorläufigem Insolvenzverwalter, ihr zur Sicherung abgetretene Forderungen einzuziehen und Ware aus den Sicherungsräumen zu entnehmen. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2007 kündigte sie die gesamte Geschäftsverbindung fristlos. Der Beklagte 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 Beklagte nicht an die Klägerin aus. Dem Konto der Schuldnerin bei der Klägerin wurden nach Insolvenzantragstellung - soweit streitgegenständlich - von den Kunden gezahlte Geldbeträge in Höhe von 392.352,04 € gutgeschrieben.

Das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin wurde am 1. Januar 2008 eröffnet und der Beklagte zum Insolvenzverwalter bestellt. Zugunsten der Klägerin wurden Forderungen in Höhe von 4.166.064,76 € zur Tabelle festgestellt. Auch über das Vermögen der Einkaufs-GmbH, die ebenfalls am 16. Oktober 2007 Insolvenzantrag gestellt hatte, wurde das Insolvenzverfahren eröffnet und der Streithelfer zu 2 zum Insolvenzverwalter bestellt. Die Lieferanten der Einkaufs-GmbH schlossen sich zu einem Pool zusammen, um ihre durch Eigentumsvorbehalte gesicherten Rechte durchzusetzen, die sie nach klägerischem Vortrag auf insgesamt 1.901.208,20 € zuzüglich Zinsen bezifferten. Der Lieferantenpool trat sämtliche Ansprüche aus der Geschäftsverbindung mit der Einkaufs-GmbH und der Schuldnerin an die Klägerin ab. Am 1. Oktober 2013 zeigte der Beklagte gegenüber dem Insolvenzgericht Masseunzulänglichkeit an.

Mit den Klageanträgen 1a und 1c macht die Klägerin Ansprüche wegen Missachtung der Globalzession geltend. Sie behauptet, ihr abgetretene Forderungen aus Warenverkäufen in Höhe von 769.098,97 €, die zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung bestanden hätten, seien vom Beklagten 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 2a macht die Klägerin Ansprüche aus der Sicherungsübereignung im Hinblick auf die Getränke in den ihr zur Sicherheit übereigneten Lagern und Getränkeabholmärkten zum Zeitpunkt der Insolvenzantragstellung in Höhe von 2.841.269,80 € geltend, Hilfsweise verweist sie auf die ihr abgetretenen Ansprüche des Lieferantenpools aufgrund der vereinbarten Eigentumsvorbehalte. Weiter verlangt die Klägerin im Klageantrag 2b aus abgetretenem Recht des Lieferantenpools Zahlung in Höhe von 456.800 € für Ware aus Lagern (einschließlich der Getränkeabholmärkte), die ihr nicht zur Sicherheit übereignet gewesen seien. Widerklagend verlangt der Beklagte von der Klägerin Auskehr der nach Stellung des Insolvenzantrags auf dem Konto der Schuldnerin gutgeschriebenen Beträge.

Das Landgericht hat den Beklagten verurteilt, im Hinblick auf die Globalzession 1.057.204,01 € und im Hinblick auf die Sicherungsübereignung 387.800,04 € zu zahlen. Die Klägerin hat es auf die Widerklage des Beklagten verurteilt, an diesen 99.756,74 € zu zahlen. Die weitergehenden Klagen hat es abgewiesen. Auf die wechselseitigen Berufungen hat das Berufungsgericht unter Berücksichtigung der von der Klägerin erst- und zweitinstanzlich erklärten Aufrechnungen den Beklagten rechtskräftig zur Zahlung von 34.803,94 € verurteilt. Im Übrigen hat es Klage und

Widerklage abgewiesen und die weitergehenden Berufungen zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer vom Senat nur wegen der angeführten Forderungen zugelassenen Revision, mit der sie die Verurteilung des Beklagten wegen des Einzugs der Forderungen der Schuldnerin aus den Warenverkäufen in Höhe von 769.098,97 € und wegen der Veräußerung der eingelagerten Ware in Höhe von 2.841.269,80 € und von 456.800,00 € erreichen möchte. Mit der Anschlussrevision verlangt der Beklagte die Aufhebung des Berufungsurteils, soweit das Berufungsgericht das Urteil des Landgerichts bestätigt habe, wonach dem Beklagten die mit seiner Widerklage weiter verfolgten 139.050,85 € nicht zustünden.

### **Entscheidungsgründe:**

Die Revision hat Erfolg, die Anschlussrevision ist unbegründet.

A.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt:

Der Klägerin stünden Zahlungsansprüche gegen die Masse wegen des verlorenen Sicherungseigentums nicht zu, weswegen die Berufung der Klägerin insoweit unbegründet sei und die Berufung des Beklagten Erfolg habe. Es stehe schon nicht fest, dass die Klägerin Eigentum erworben habe. Denn sie habe nur das mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt zugunsten der Warenlieferanten belastete Eigentum erworben. Ein Zahlungsanspruch der Klägerin bestehe jedenfalls deshalb nicht - auch soweit sie diesen hilfsweise auf die Abtretung der Ansprüche der Lieferanten stütze -, weil weder die Voraussetzungen des § 55 Abs. 2 InsO noch des § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO gegeben seien. Auch eine analoge Anwendung dieser Vorschriften komme nicht in Betracht. Ebenso wenig sei der Anspruch aus § 170 Abs. 1 Satz 2, § 48 Satz 2 InsO begründet, weil die Klägerin nicht dargelegt habe, dass und hinsichtlich welcher Veräußerungsvorgänge der Beklagte unberechtigt im Sinne von § 48 Satz 1 InsO gehandelt habe. Die Eigentumsvorbehaltsverkäufer seien mit der Weiterveräußerung der Ware an Kunden der Schuldnerin einverstanden gewesen. Die Insolvenzantragstellung und die Anordnung der vorläufigen Insolvenzverwaltung stünden der Annahme eines ordnungsgemäßen Geschäftsgangs nicht entgegen. Im Übrigen sei die Gegenleistung nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden, was weitere Voraussetzung des Ersatzabsonderungsrechts sei. Davon gehe die Klägerin selbst aus, soweit der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter Barzahlungen vereinnahmt habe. Dass die Erlöse bei Einzahlungen auf die Konten noch unterscheidbar vorhanden seien, habe die Klägerin nicht hinreichend vorgetragen (Klageantrag 2a). Aus den nämlichen Gründen bestünde deswegen auch kein Anspruch der Klägerin aus abgetretenem Recht der Warenlieferanten, so dass auch insoweit die Berufung der Klägerin zurückgewiesen werde (Klageantrag 2b).

Soweit der Beklagte infolge der Globalzession wegen der nach Stellung des Insolvenzantrags erfolgten Einziehung der Forderungen der Schuldnerin gegen ihre Endabnehmer aus dem Warenverkauf zur Zahlung von 769.098,97 € verurteilt worden sei (Klageantrag 1a und c), habe die Berufung des Beklagten Erfolg. Ein solcher Anspruch gegen die Masse stehe der Klägerin nicht zu. Zwar sei davon auszugehen, dass der Klägerin bezüglich der Zahlungen, die auf Konten der Schuldnerin bis zum 31. Dezember 2007 eingegangen seien, entweder aufgrund der Globalzession oder aufgrund der ihr von den Warenlieferanten abgetretenen Ansprüche wegen der verlängerten Eigentumsvorbehalte aktivlegitimiert sei. Die Klägerin könne jedoch nicht Zahlung verlangen. Auch hier seien die Voraussetzungen der § 55 Abs. 2, § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO nicht verwirklicht. Ebenso wenig bestehe ein Zahlungsanspruch nach § 170 Abs. 1 Satz 2, § 48 InsO. Dem Beklagten sei allerdings als vorläufigem Insolvenzverwalter der Einzug dieser Forderungen nicht gestattet

gewesen. Die Kunden der Schuldnerin hätten nach § 407 Abs. 1 BGB befreiend an den Beklagten als vorläufigen Insolvenzverwalter geleistet, weswegen für die Klägerin ein Ersatzabsonderungsrecht nach § 48 InsO entstanden sei. Die Geldbeträge seien jedoch nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden. Die Klägerin habe hierzu keine ausreichenden Tatsachen vorgetragen. Eine sekundäre Darlegungslast des Beklagten bestehe, auch soweit Konten der Schuldnerin bei anderen Banken betroffen seien, wegen des sich aus § 167 InsO ergebenden Auskunftsanspruchs der Klägerin nicht.

Soweit der Beklagte sich gegen die Abweisung der Widerklage in Höhe von 139.050,85 € wende, habe seine Berufung keinen Erfolg. In dieser Höhe habe ein Anspruch des Beklagten nicht bestanden, weil dieser nicht ausreichend dargelegt habe, dass die Zahlungseingänge auf dem Bankkonto der Schuldnerin bei der Klägerin in dieser Höhe der Anfechtung unterlegen hätten. Die Verrechnung durch die Klägerin sei nicht gläubigerbenachteiligend gewesen, weil diese an den ihr abgetretenen Forderungen und nach der Einzahlung auf dem Konto an den Gutschriften anfechtungsfeste Absonderungsrechte besessen habe. Der Beklagte habe nicht hinreichend dargetan, dass das Werthaltigmachen der abgetretenen Forderungen zu einem Zeitpunkt erfolgt sei, zu dem die Anfechtungsvoraussetzungen vorgelegen hätten.

B.

Zur Revision der Klägerin:

Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten in Bezug auf die Revision der Klägerin nicht in allen Punkten der rechtlichen Überprüfung stand.

I. Klageanträge 1a und c über 769.098,97 €:

1. Hauptantrag - Globalzession:

a) Mit der Begründung des Berufungsgerichts lassen sich Zahlungsansprüche der Klägerin wegen des Einzugs der an die Klägerin durch die Schuldnerin abgetretenen Forderungen in Höhe von 769.098,97 € aufgrund von Ersatzabsonderung analog § 48 InsO nicht ausschließen.

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" im Sinne des § 48 InsO dar (BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 8 f). Zieht der vorläufige Insolvenzverwalter mit Verfügungsbefugnis (§ 22 Abs. 1 Satz 1 InsO) oder spezieller Ermächtigung (§ 22 Abs. 2 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. MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 48 Rn. 14).

bb) Zugunsten der Klägerin ist revisionsrechtlich zu unterstellen, dass sie aufgrund der mit der Schuldnerin vereinbarten Globalzession zum Zeitpunkt der Bestellung des Beklagten zum vorläufigen Insolvenzverwalter Inhaberin der Forderungen gegen die Kunden der Schuldnerin in geltend gemachter Höhe war. Zwar gingen nach Nummer 3.1.2. der Bedingungen der Globalzession Forderungen, die einem nach Abschluss des Vertrags wirksam zustande gekommenen branchenüblichen verlängerten Eigentumsvorbehalt eines Lieferanten unterlagen, erst dann auf die Klägerin über, wenn sie nicht mehr von dem verlängerten Eigentumsvorbehalt erfasst

wurden. Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht aber nicht getroffen, sondern die Frage nach der Inhaberstellung offengelassen.

cc) Diese Forderungen hat die Klägerin aufgrund des Forderungseinzugs durch den Beklagten als dem vorläufigen Insolvenzverwalter verloren. Den Kunden der Schuldnerin war die Abtretung nicht angezeigt worden. Die in Unkenntnis der Abtretung an den Beklagten 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, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 16).

dd) Weder die Schuldnerin noch der vorläufige Insolvenzverwalter waren zur Einziehung der Forderungen der Klägerin im Sinne von § 48 Satz 1 InsO berechtigt. Dies richtet sich allein nach der Rechtsbeziehung der Schuldnerin zur Klägerin (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2003 - IX ZR 81/02, BGHZ 154, 72, 82 f; vom 22. Februar 2007 - IX ZR 2/06, NZI 2007, 338 Rn. 13; vom 21. Januar 2010, aaO Rn. 33). Ab dem 19. Oktober 2007 war die Einzugsberechtigung aufgrund des Wirksamwerdens des Widerrufs der Einziehungsermächtigung entfallen (1). Vom 16. bis zum 18. Oktober 2007 war der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter zum Forderungseinzug im Grundsatz berechtigt (2a), durfte die Forderungen jedoch nur im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr einziehen. Einem solchen ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr entsprach der Forderungseinzug durch den Beklagten nicht (2b).

(1) Im Verhältnis zur Klägerin war der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter jedenfalls für die Zeit ab dem 19. Oktober 2007 nicht mehr zur Forderungseinziehung befugt. Denn die Klägerin hat die der Schuldnerin erteilte Ermächtigung zur Einziehung der abgetretenen Forderungen (Nummer 3. 5. der Bedingungen) wirksam mit Wirkung zum 19. Oktober 2007 widerrufen. Dazu war sie nach den Vertragsbedingungen mit der außerordentlichen Kündigung vom 19. Oktober 2007 berechtigt. Eine Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO durch das Insolvenzgericht ist nach dem ausdrücklichen Widerruf der Einziehungsermächtigung durch die Klägerin nicht erfolgt.

(2) Aber auch in der Zeit vom 16. bis zum 18. Oktober 2007 hat der Beklagte in seiner Eigenschaft als vorläufiger Insolvenzverwalter die der Klägerin zustehenden Forderungen unberechtigt eingezogen.

(a) Die Einziehungsermächtigung entfiel allerdings nicht ohne Weiteres mit der Stellung des Insolvenzantrags oder der Bestellung des vorläufigen Insolvenzverwalters (so schon BGH, Urteil vom 6. April 2000 - IX ZR 422/98, BGHZ 144, 192, 198 ff). Nach Schaffung des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO hat der Bundesgerichtshof 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, Urteil vom 8. März 2007 - IX ZR 127/05, NJW 2007, 2324 Rn. 13; vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 20 f; für Erlöschen Blankenburg in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 21 Rn. 239; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 15. Aufl., § 21 Rn. 38c; HK-InsO/Lohmann, 9. Aufl., § 48 Rn. 8; Lohmann, InsVZ 2010, 201, 202; Kreft, Festschrift Wimmer, 2017, 386, 389; aA BeckOK-InsO/Hanecke, 2018, § 48 Rn. 15). Die Frage ist nunmehr dahin zu beantworten, dass § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO es nicht gebietet, die Rechtsprechung des Senats im Urteil vom 6. April 2000 (BGH, aaO) aufzugeben.

(aa) Über die Frage, zu welchem Zeitpunkt eine Einziehungsermächtigung entfällt, sagt die Regelung nichts, vielmehr setzt sie den Widerruf der Einziehungs-

Verarbeitungs- und Weiterveräußerungsermächtigung voraus. Der Gesetzgeber wollte durch diese Vorschrift für die Verwertung des Schuldnervermögens möglichst günstige Bedingungen schaffen und den wirtschaftlichen Verbund des Unternehmens erhalten. Die Absicht der Insolvenzordnung, das dem unternehmerischen Zweck gewidmete materielle Substrat zusammen zu halten, werde unterlaufen, wenn Gläubiger, sobald sie von dem Eröffnungsantrag des Schuldners Kenntnis erhielten, die im Sicherungsvertrag erteilten Einziehungs-, Verarbeitungs- und Weiterveräußerungsermächtigungen widerriefen und die Sicherheiten verwerteten. Das Vorgehen der gesicherten Gläubiger, ihnen abgetretene Forderungen einzuziehen und übereignete Gegenstände in Besitz zu nehmen oder deren Nutzung zu untersagen, erschwere es dem vorläufigen Insolvenzverwalter, seiner Pflicht nachzukommen, das schuldnerische Unternehmen im Eröffnungsverfahren fortzuführen. Die Sanierungschancen würden hierdurch vereitelt und eine bestmögliche Verwertung der Insolvenzmasse behindert (vgl. BT-Drucks. 16/3227 S. 15; vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 39).

Die in der Literatur geäußerte Befürchtung, es finde sich für die Neuregelung ohne Annahme eines automatischen Wegfalls der Ermächtigung mit Stellung des Insolvenzantrags kein Anwendungsfeld, weil die Gläubiger regelmäßig von dem Insolvenzantrag und der Anordnung von Sicherungsmaßnahmen nichts wüssten (Blankenburg in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 21 Rn. 239), trifft nicht zu. Jedenfalls die Banken und Großgläubiger erfahren in der Regel zeitnah von der Insolvenzantragstellung. Bei einer Betriebsfortführung durch den Schuldner unter Mitwirkung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt und Einziehungsermächtigung werden auch die Lieferanten regelmäßig ebenfalls von der Anordnung der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Zustimmungsvorbehalt informiert werden, zumal diese Maßnahme nach § 23 Abs. 1 Satz 1 InsO öffentlich bekanntzugeben ist.

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

(a) Die Frage, wann Einziehungs-, Veräußerungs-, und Verarbeitungsermächtigung wegfallen, kann nur einheitlich beantwortet werden. Die Ermächtigungen sind aufeinander aufgebaut. So hat sich die Klägerin für den Fall der Veräußerung des Sicherungsguts die Forderung aus dem Kaufvertrag zur Sicherheit abtreten lassen. Entsprechendes gilt im Fall der Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts, welchen die Lieferanten mit einem Schuldner vereinbaren. Die Sicherungsnehmer werden deswegen schon aus Gründen der Rechtsklarheit auf einen einheitlichen Zeitpunkt drängen. Entsprechendes gilt für den Sicherungsgeber.

(β) 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. BGH, Urteil vom 6. April 2000 - IX ZR 422/98, BGHZ 144, 192, 199).

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 Abs. 1 Satz 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 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO. Dadurch sollen Sanierungschancen genutzt und eine möglichst optimale Verwertung der Insolvenzmasse gesichert werden (vgl. BT-Drucks. 16/3227 S. 15; vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 39).

(y) Einer Betriebseinstellung könnte durch eine Anordnung nach § 21 Abs. 2 Satz 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.

Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO soll zwar auch das Sicherungs- und Vorbehaltseigentum einem Verwertungsstopp unterworfen werden können (BT-Drucks. 16/3227 S. 15). Dieser soll dem vorläufigen Insolvenzverwalter die Möglichkeit geben zu prüfen, ob die vom Gläubiger geltend gemachten Sicherungsrechte überhaupt bestehen. Weiter soll die Möglichkeit geschaffen werden, dass die unter Eigentumsvorbehalt gelieferten oder sicherungsübereigneten Betriebsmittel, die für eine Betriebsfortführung von erheblicher Bedeutung sind, weiter genutzt werden können. Doch soll von der Erlaubnis, die mit Absonderungs- und Aussonderungsrechten belasteten Gegenstände zu nutzen, der Verbrauch nicht erfasst sein. Der vorläufige Verwalter soll ohne vorherige Vereinbarung mit dem Sicherungsgläubiger keine Gegenstände des sicherungsübereigneten Warenlagers veräußern oder zur Sicherung abgetretene Forderungen einziehen und die dadurch gewonnene Liquidität zum Erwerb von Rohstoffen oder Waren einsetzen können (BT-Drucks. 16/3227, S. 16).

Ob das Insolvenzgericht dennoch gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers gemäß § 21 Abs. 2 Satz 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: MünchKomm-InsO/Haarmeyer, 3. Aufl., § 21 Rn. 99; Blankenburg in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 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, InsO, 15. Aufl., § 21 Rn. 38j; HK-InsO/Rüntz/Laroche, 9. Aufl., § 21 Rn. 43; HmbKomm-InsO/Schröder, 6. Aufl., § 21 Rn. 69d; 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.



(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.

(b) Dennoch war der Forderungseinzug durch den Beklagten 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. Denn die Einziehung der Forderungen unter Übergehung der Rechte aus der Globalzession erfolgte nicht im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr.

(aa) Das Ersatzaussonderungsrecht nach § 48 InsO entfällt dann, wenn die Einziehung der Forderung vom Vorbehaltsverkäufer oder Sicherungsnehmer gestattet worden ist, was bei Weiterveräußerungen im ordnungsmäßigen Geschäftsgang anzunehmen ist. Eine rechtmäßig mit Einwilligung des Eigentümers vorgenommene Forderungseinziehung kann einen Ersatzaussonderungsanspruch des Forderungsinhabers nicht begründen (vgl. BGH, Urteil vom 16. März 1977 - VIII ZR 215/75, BGHZ 68, 199, 201; BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - IX ZR 120/02, ZIP 2003, 1404, 1406). Wenn ein Sicherungsnehmer oder Vorbehaltsverkäufer in die Forderungseinziehung im normalen oder ordnungsmäßigen Geschäftsgang einwilligt, so dient diese Vereinbarung dem Zweck, den Vorbehaltsverkäufer zu sichern. Sie ist deshalb nach § 157 BGB aus diesem Zweck heraus auszulegen. Es kommt hiernach darauf an, ob der Vorbehaltsverkäufer annehmen darf, der Vorbehaltsverkäufer werde unter den gegebenen konkreten Umständen die Veräußerung als mit seinem Sicherungsbedürfnis vereinbar ansehen und deshalb mit ihr einverstanden sein. Hieran können nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden, weil der Globalzession und dem verlängerten Eigentumsvorbehalt ein Warenumsatzgeschäft zugrunde liegt und die Weiterveräußerung des Sicherungsguts auch ohne ausdrückliche Vereinbarung der selbstverständliche Zweck des Geschäfts ist und weil andererseits im Interesse der Rechtssicherheit für die Beurteilung der Frage, ob im Einzelfall etwas im normalen Geschäftsgang veräußert wurde, notwendig auf objektive, auch einem Drittabnehmer erkennbare Kriterien abzustellen ist (vgl. BGH, Urteil vom 5. November 1969 - VIII ZR 247/67, WM 1969, 1452; vom 16. März 1977, aaO S. 202; Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 48 Rn. 45; jurisPK-BGB/Leible/Müller, 8. Aufl., § 449 Rn. 58).

(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 Beteiligten erkennbar - nur unter der Bedingung einverstanden, dass sein Sicherungsinteresse gewahrt ist. Dieses Sicherungsinteresse ist nach Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts gemäß § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Fall 2 InsO nicht ohne Weiteres gewahrt, so dass ein ordnungsgemäßer Geschäftsverkehr in diesem Fall nicht bedenkenlos angenommen werden kann. Denn mit der Anordnung des Zustimmungsvorbehalts entstehen rechtliche Hindernisse bei der Fortführung des Geschäftsbetriebs. Dadurch besteht die Gefahr, dass der Gläubiger und Sicherungsnehmer seine offenen Forderungen aus der im Rahmen der Fortführung des Geschäftsbetriebs entstehenden Erlöse nicht bezahlt erhält. Deswegen sind seine Interessen darauf gerichtet, dass diese rechtliche Einschränkung bei der Fortführung des Geschäftsbetriebs nicht den

Bestand und die Höhe seiner Sicherheiten beeinträchtigt, wie sie beim Wirksamwerden des Zustimmungsvorbehalts bestanden haben.

Der vorläufige Insolvenzverwalter ist grundsätzlich zudem nur zur Sicherung, nicht zur Verwertung von Sicherungsgut berechtigt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2000 - IX ZB 105/00, BGHZ 146, 165, 172 f; Urteil vom 20. Februar 2003 - IX ZR 81/02, BGHZ 154, 72, 79; Beschluss vom 13. Juli 2006 - IX ZB 104/05, BGHZ 168, 321 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 (BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 28). Denn es gehört auch zu seinen Pflichten, die Interessen der Sicherungsnehmer zu wahren (vgl. Jaeger/Henckel InsO, 2004, § 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.

Vor diesem Hintergrund war die Klägerin als Globalzessionarin mit der Einziehung der ihr zustehenden, für die Schuldnerin fremden Forderungen durch den Beklagten als vorläufigen Insolvenzverwalter für alle Beteiligten erkennbar nur einverstanden, wenn die Einziehung der Forderung in einer Weise erfolgte, dass sich ihr Sicherungsrecht an dem eingezogenen Geldbetrag in Höhe ihres Sicherungsinteresses zum Zeitpunkt der Anordnung des Zustimmungsvorbehalts und der Ermächtigung, Forderungen einzuziehen, fortsetzte. Dies hätte der Beklagte dadurch sicherstellen können, dass er die schuldnerfremden Forderungen über ein zugunsten der Klägerin und der Vorbehaltsverkäufer errichtetes offenes Treuhandkonto in Absprache mit den Treugebern eingezogen hätte. In diesem Fall hätte die Klägerin ein insolvenzfestes Aussonderungsrecht nach § 47 InsO erworben. Die Einziehung auf ein allgemeines Geschäftskonto der Schuldnerin oder ein für die Schuldnerin gehaltenes allgemeines Treuhandkonto des Beklagten verhinderte das Entstehen einer insolvenzfesten Rechtsposition der Klägerin und war deshalb unberechtigt im Sinne von § 48 InsO (vgl. BGH, Urteil vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 24; Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 48 Rn. 57).

ee) Der Anspruch auf Ersatzabsonderung nach § 48 Satz 2 InsO scheidet entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht daran, dass die Gegenleistung nicht mehr unterscheidbar in der Masse vorhanden ist. Das Berufungsgericht hat die dazu erforderlichen Feststellungen nicht getroffen.

(1) Der Ersatzaussonderungsanspruch setzt, wie das Berufungsgericht 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 (BGH, Urteil vom 11. März 1999 - IX ZR 164/98, BGHZ 141, 116, 119; Prütting in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 48 Rn. 21; vgl. HK-InsO/Lohmann, 9. Aufl., § 48 Rn. 11; MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 48 Rn. 58, 60, 62 f; Schmidt/Thole, InsO, 19. Aufl., § 48 Rn. 23; Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 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 (BGH, Urteil vom 11. März 1999 - IX ZR 164/98, BGHZ 141, 116, 123; HK-InsO/Lohmann, 9. Aufl., § 48 Rn. 11; vgl. BeckOK-InsO/Haneke, 2018, § 48 Rn. 26, 28; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 15. Aufl., § 48 Rn. 36; MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 48 Rn. 71).

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

(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, Urteil vom 17. Mai 1978 - VIII ZR 11/77, NJW 1978, 1632; vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1987 - VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293, 310; Urteil vom 24. Juni 2003 - IX ZR 228/02, BGHZ 155, 199, 204 f; HK-InsO/Lohmann, 9. Aufl., § 48 Rn. 15; MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 48 Rn. 73b; Schmidt/Thole, InsO, 19. Aufl., § 48 Rn. 26). Das Merkmal des (durchgehend) unterscheidbaren Vorhandenseins der Gegenleistung in der Masse (§ 48 Satz 2 InsO) ist ebenfalls anspruchsbegründend und deswegen von der Klägerin 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. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1987 - VII ZR 374/86, NJW 1988, 1210, 1213 f; vom 24. Juni 2003 - IX ZR 228/02, BGHZ 155, 199, 204 f). Die Klägerin hätte daher vortragen müssen, wie, wann und auf welche Konten die Erlöse vereinnahmt worden sind und ob es sich zum Zeitpunkt der Gutschrift um ein debitorisch oder kreditorisch geführtes Konto gehandelt hat. Sie hätte darlegen müssen, dass die Kontenstände bis zu dem Zeitpunkt, als sie vom Beklagten Ersatzaus- und Ersatzabsonderung verlangt hat, nie unter die von ihr heraus verlangten Gutschriften abgesunken ist. An einem solchen Vortrag fehlt es.

(b) Jedoch trifft den Beklagten grundsätzlich eine sekundäre Darlegungspflicht.

(aa) Ihre Annahme setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs voraus, dass die nähere Darlegung dem Behauptenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, während der Bestreitende alle wesentlichen Tatsachen kennt und es ihm zumutbar ist, nähere Angaben zu machen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast, ist es Sache des Anspruchstellers, die für seine Behauptung sprechenden Umstände darzulegen und zu beweisen. Genügt der Anspruchsgegner seiner sekundären Darlegungslast nicht, gilt die Behauptung des Anspruchstellers dagegen nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden. In diesem Fall muss der Anspruchsteller seine Behauptung nicht beweisen (st. Rspr. BGH, Urteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 343/13, ZIP 2015, 790 Rn. 11 mwN; BGH, Urteil vom 18. Januar 2018 - I ZR 150/15, NJW 2018, 2412 Rn. 30 mwN; Greger in Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 138 Rn. 8b).

Für das Bestehen einer sekundären Darlegungslast spielt es dabei keine Rolle, ob ein entsprechender Auskunftsanspruch der Klägerin gegen den Beklagten besteht (BGH, Urteil vom 10. Februar 2015 - VI ZR 343/13, 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, Beschluss vom 25. Juni 2013 - XI ZR 210/12, juris 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 (BGH, Urteil vom 3. Dezember 1987 - VII ZR 374/86, BGHZ 102, 293, 310 f).

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 in Verbindung mit § 242 BGB (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., vor § 49 bis § 52 Rn. 130; § 47 Rn. 461; vgl. BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 - IX ZR 262/98, NZI 2000, 422, 424 f; Urteil vom 4. Dezember 2003 - IX ZR 222/02, NZI 2004, 209 Rn. 9) - an Stelle der Auskunftserteilung gestatten, dass der Aus- und Absonderungsberechtigte Einsicht in die Bücher und Geschäftspapiere des Schuldners nimmt. Bei der Unterrichtungspflicht nach § 167 InsO ergibt sich dies voraussetzungslos aus dem Gesetz (§ 167 Abs. 1 Satz 2, § 167 Abs. 2 Satz 2 InsO), bei dem Auskunftsanspruch aus § 242 BGB kann der Insolvenzverwalter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ebenfalls, anstatt die Auskunft zu erteilen, den Aus- und Absonderungsberechtigten ausnahmsweise darauf verweisen, durch Einsicht in die Geschäftsunterlagen die gewünschten Informationen selbst zu ermitteln. Eine derartige Einschränkung der Auskunftspflicht ist in den Fällen gerechtfertigt, in denen die geforderte Auskunft mit vertretbarem Zeit- und Arbeitsaufwand nicht möglich ist (BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 - IX ZR 262/98, NZI 2000, 422, 425; MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 47 Rn. 462). Diese Beschränkung der Auskunftspflicht hat für die sekundäre Darlegungslast, die ebenfalls nur im Rahmen der Zumutbarkeit besteht, zur Folge, dass auch insoweit der Auskunftspflichtige keine Angaben machen muss, sondern die Gegenseite auf eine Einsicht in die Geschäftsunterlagen des Schuldners verweisen kann.

(bb) Da einiges dafür spricht, dass nach der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters mit Einzugsermächtigung die Forderungen nicht auf debitorisch geführte Konten eingezogen wurden, und die Konten der Schuldnerin und des Beklagten zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung unstreitig erhebliche Guthabenbeträge aufwiesen, hat die Klägerin ihrer primären Darlegungslast genügt. Wann auf welches Konto der Schuldnerin die Erlöse gezahlt worden sind, ob diese Konten bei Zahlungseingang kreditorisch oder debitorisch geführt wurden und ob und inwieweit der Saldo zu keinem Zeitpunkt unter den Erlösbetrag und womöglich sogar ins Negative gesunken ist, kann sich allein aus den Geschäftsunterlagen der Schuldnerin und des Beklagten ergeben, dem deswegen im Grundsatz zugemutet werden kann, entsprechenden Vortrag zu halten. Sollte der Beklagte die Klägerin wegen Unzumutbarkeit auf eine Akteneinsicht verweisen wollen, müsste er die Voraussetzungen für diese Einschränkung im Einzelnen und in Bezug auf die jeweiligen Tatsachen, deren Mitteilung der Aussonderungsberechtigte verlangt, darlegen (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 47 Rn. 462 aE). Da das Berufungsgericht die Rechtslage insoweit anders gesehen hat, ist dem Beklagten zu diesem Punkt Gelegenheit zu ergänzendem Vortrag zu geben.

b) Zutreffend verneint das Berufungsgericht Zahlungsansprüche aus § 55 Abs. 2 und aus § 55 Abs. 1 InsO.

aa) Nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit durch den Beklagten, die für das Prozessgericht bindend ist, können die hier allenfalls in Rede stehenden Masseverbindlichkeiten (§ 209 Abs. 1 Nr. 3 InsO) nicht mehr durch eine Leistungsklage, sondern nur noch im Wege der Feststellungsklage verfolgt werden (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2003 - IX ZR 101/02, BGHZ 154, 358, 363; vom 29. Januar 2015 - IX ZR 279/13, BGHZ 204, 83 Rn. 16). Die Klägerin hat die Voraussetzungen nicht dargelegt, die ausnahmsweise die Zulässigkeit einer Leistungsklage trotz angezeigter Masseunzulänglichkeit begründen könnten (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 14. Dezember 2017 - IX ZR 118/17, NZI 2018, 154 Rn. 10).

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

(1) § 55 Abs. 2 Satz 1 InsO betrifft ausschließlich Rechtshandlungen eines vorläufigen Insolvenzverwalters, auf den die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners übergegangen ist (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1, § 22 Abs. 1 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 zu Lasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen. Außerhalb einer Einzelermächtigung kann auch der mitbestimmende vorläufige Insolvenzverwalter (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2, § 22 Abs. 2 InsO) keine Masseverbindlichkeiten begründen; die Vorschrift des § 55 Abs. 2 InsO ist auch nicht entsprechend anwendbar (BGH, Urteil vom 18. Juli 2002 - IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 363 ff; vom 9. Dezember 2004 - IX ZR 108/04, BGHZ 161, 315, 318; vom 13. Juli 2006 - IX ZR 57/05, NZI 2006, 587 Rn. 14; vom 20. September 2007 - IX ZR 91/06, NZI 2008, 39 Rn. 9; vom 7. Mai 2009 - IX ZR 61/08, NZI 2009, 475 Rn. 13; Beschluss vom 4. Dezember 2014 - IX ZR 166/14, ZInsO 2015, 261 Rn. 3).

Eine entsprechende Anwendung ist hier nicht deswegen geboten, weil das Insolvenzgericht im Beschluss vom 16. Oktober 2007 den Beklagten 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 Beklagte 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 zu Lasten der späteren Insolvenzmasse einzugehen (BGH, Urteil vom 20. September 2007 - IX ZR 91/06, NZI 2008, 39 Rn. 9; Beschluss vom 4. Dezember 2014 - IX ZR 166/14, ZInsO 2015, 261 Rn. 4), liegt hierin nicht.

(2) Ein Anspruch der Klägerin wegen Massebereicherung nach § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO scheidet ebenfalls aus, weil die Erlöse für die Veräußerung der Getränke aus den Lagern der Schuldnerin vor der Insolvenzeröffnung über ihr Vermögen auf ihre Konten oder die Konten des vorläufigen Insolvenzverwalters geflossen sind. § 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO setzt demgegenüber voraus, dass die Insolvenzmasse erst nach der Verfahrenseröffnung bereichert worden ist (BGH, Urteil vom 24. Juni 2003 - IX ZR 228/02, BGHZ 155, 199, 205; vom 20. September 2007 - IX ZR 91/06, NZI 2008, 39 Rn. 9; vom 22. Januar 2009 - IX ZR 66/07, NJW 2009, 1414 Rn. 20; vom 7. Mai 2009 - IX ZR 61/08, NZI 2009, 475 Rn. 12; vom 13. Januar 2011 - IX ZR 233/09, NZI 2011, 143 Rn. 10). Dass der Beklagte noch nach Insolvenzeröffnung der Klägerin zustehende Forderungen eingezogen hätte, hat die Klägerin nicht hinreichend dargelegt.

c) Ebenso wenig besteht ein Zahlungsanspruch der Klägerin aus § 170 Abs. 1 Satz 2, § 172 Abs. 1 InsO in Verbindung mit §§ 50, 51 Nr. 1 InsO, weder in direkter noch in entsprechender Anwendung.

aa) § 170 Abs. 1 Satz 2, § 172 InsO sind auf den vorläufigen Insolvenzverwalter nicht anwendbar, sofern das Insolvenzgericht keine Anordnungen nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO getroffen hat. Die genannten Vorschriften beziehen sich nach ihrem Wortlaut nur auf den (endgültigen) Insolvenzverwalter. Auch ihre systematische Stellung im dritten Abschnitt des vierten Teils der Insolvenzordnung betreffend die "Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse" deutet auf eine Anwendbarkeit allein im eröffneten Insolvenzverfahren hin. Hinzu kommt, dass der vorläufige Insolvenzverwalter grundsätzlich nicht zur Verwertung der Insolvenzmasse befugt ist. Ob ein entsprechender Regelungsbedarf für Ausnahmefallgestaltungen (vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 117 zu § 26 mit dem Beispiel "Notverkauf verderblicher Waren")

besteht, kann der Senat offenlassen, weil entsprechende Voraussetzungen im Streitfall nicht gegeben sind. Gegen eine entsprechende Anwendung von § 172 InsO spricht ferner der Umstand, dass der Gesetzgeber (mit Ausnahme einer Teilregelung in § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 InsO) davon abgesehen hat, für das Eröffnungsverfahren eine entsprechende Regelung zu treffen, was unschwer hätte geschehen können. Im Übrigen hat der Gesetzgeber selbst im Insolvenzverfahren keinen zeitlich lückenlosen Ausgleich für den Absonderungsberechtigten geschaffen, wie etwa die Verzinsungspflicht aus § 169 InsO belegt, die erst nach dem Gerichtstermin oder bei Erlass einer Anordnung nach § 21 InsO spätestens drei Monate danach beginnt. Eine planwidrige Regelungslücke liegt demnach nicht vor (BGH, Urteil vom 13. Juli 2006 - IX ZR 57/05, NZI 2006, 587 Rn. 7 ff).

bb) Ansprüche analog § 170, § 55 Abs. 2 InsO, wie sie der Senat im Urteil vom 21. Januar 2010 (IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101) angenommen hat, bestehen vorliegend nicht. Denn der Beklagte hat wegen des einem ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr widersprechenden Forderungseinzugs unberechtigt im Sinne von § 48 InsO gehandelt.

2. Hilfsantrag - Abgetretener Anspruch der Lieferanten aufgrund des verlängerten Eigentumsvorbehalts:

Auch der Hilfsantrag der Klägerin aufgrund der Abtretung der Forderungen der Lieferanten wegen Verletzung des verlängerten Eigentumsvorbehalts lässt sich mit der Begründung des Berufungsurteils nicht abweisen. An dieser Stelle ist zugunsten der Klägerin revisionsrechtlich zu unterstellen, dass alle Lieferanten aufgrund von mit der Einkaufs-GmbH wirksam vereinbarten verlängerten Eigentumsvorbehalten Inhaber der infolge der Weiterveräußerung der Vorbehaltsware durch die Schuldnerin entstandenen Forderungen gegen die Endabnehmer geworden sind. Denn das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen, sondern die Frage, wer Inhaber der Forderungen ist, offengelassen. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen Bezug genommen.

II. Klageantrag 2a über 2.841.269,80 €:

1. Hauptantrag - Raumsicherungsvertrag:

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

aa) Es ist nicht auszuschließen, dass die Klägerin 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 Klägerin 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 können, solange sie das Sicherungseigentum nicht verloren hatte.

(1) Allerdings haben alle Warenlieferanten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts an die Einkaufs-GmbH die Waren zumindest unter einem einfachen Eigentumsvorbehalt verkauft (§ 449 Abs. 1 BGB). Bis zu dem Verlust ihres Eigentums hätten deswegen sie, und nicht die Klägerin, Herausgabe des Eigentums nach § 985 BGB von der Schuldnerin verlangen können, sofern sie wirksam vom Kaufvertrag mit der Einkaufs-GmbH zurückgetreten sind.

(a) Die Warenlieferanten haben ihr Vorbehaltseigentum durch die Veräußerung der Waren durch die Einkaufs-GmbH an die Schuldnerin nicht verloren. Dies kann dem Berufungsurteil entnommen werden, auch wenn dort Feststellungen zu dem

zwischen den Parteien streitigen Erwerbsvorgang von der Einkaufs-GmbH auf die Schuldnerin nicht getroffen worden sind.

(aa) Wenn die Einkaufs-GmbH, wie der Beklagte behauptet, der Schuldnerin das Eigentum unter einfachen Eigentumsvorbehalt zu eigenen Gunsten übertragen hätte (nachgeschalteter Eigentumsvorbehalt; vgl. Staudinger/Beckmann, BGB, 2013, § 449 Rn. 157), hätten die Lieferanten ihr Vorbehaltseigentum nicht schon durch die Weiterveräußerung an die Schuldnerin verloren, sondern erst, wenn eine der beiden Kaufpreisforderungen getilgt worden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 1971 - VIII ZR 145/69, BGHZ 56, 34, 36; Staudinger/Beckmann, aaO), was vorliegend nicht der Fall war.

(bb) Aber auch wenn die Einkaufs-GmbH, wie die Klägerin behauptet, sich ihrerseits gegenüber der Schuldnerin das Eigentum nicht vorbehalten hätte, hätten die Lieferanten ihr Eigentum durch die Veräußerung an die Schuldnerin nicht verloren. 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, Urteil vom 3. November 1988 - IX ZR 213/87, NJW 1989, 895, 896). Beides war vorliegend nach den getroffenen Feststellungen nicht der Fall.

(a) Die Veräußerung der Einkaufs-GmbH an die Schuldnerin erfolgte nicht im ordentlichen Geschäftsgang. Der Vertrag zwischen Vorbehaltverkäufern 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 Vorbehaltverkäufers 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, InsO, 15. Aufl., § 48 Rn. 25). So lag der Fall hier. Die Einkaufs-GmbH handelte in der Firmengruppe als Wareneinkäuferin, während der Verkauf durch die Schuldnerin erfolgte. Die an der Firmengruppe beteiligten Gesellschaften waren personell und finanziell miteinander verwoben. Die Geschäftsführer von Schuldnerin und Einkaufs-GmbH waren teilweise personenidentisch. Sämtliche operativ tätigen Gesellschaften in der Firmengruppe stellten gleichzeitig Insolvenzantrag. Mithin war die wirtschaftliche Lage sowohl bei der Schuldnerin als auch bei der Einkaufs-GmbH ähnlich angespannt, als es zu den streitgegenständlichen Verträgen kam, wovon sowohl die Schuldnerin als auch die Einkaufs-GmbH durch den für beide Gesellschaften auftretenden Geschäftsführer wussten.

(β) Aus denselben Gründen scheidet auch ein gutgläubiger Erwerb des Eigentums an der Vorbehaltsware durch die Schuldnerin nach § 932 BGB, § 366 HGB aus. Die Schuldnerin wusste um die vereinbarten Eigentumsvorbehalte, waren doch die Geschäftsführer der Schuldnerin und der Einkaufs-GmbH teilweise personenidentisch. Ihr war deswegen auch bekannt, dass die Lieferanten nicht damit einverstanden waren, dass sie ihr Vorbehaltseigentum und weitere Rechte schon durch eine gruppeninterne Weitergabe der Ware verlieren, sie vielmehr ihre Rechte gerade auch im Verhältnis zu den Kunden der Schuldnerin wahren wollten.

(b) Ebenso wenig haben die Lieferanten ihr Vorbehaltseigentum durch die vorausgegangene Sicherungsübereignung an die Klägerin verloren. Denn der Klägerin ist nur das vorbehaltene Eigentum, die Anwartschaft, zur Sicherung abgetreten worden.

(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 Abs. 1, § 947 Abs. 1 BGB verloren haben (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2007 - II ZR 233/05, BGHZ 173, 159 Rn. 10; vgl. auch BGH, Urteil vom 3. Juni 1958 - VIII ZR 326/56, 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. MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 48 Rn. 57; Jaeger/Henckel, InsO, 1. Aufl., § 48 Rn. 81; HK-InsO/Lohmann, 9. Aufl., § 48 Rn. 12).

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

(2) Es ist nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin das Sicherungseigentum unbelastet von Vermieterpfandrechten erworben hat. Denn das Berufungsgericht 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 Abs. 2 iVm § 578 Abs. 1, § 562 BGB). Ein solches Vermieterpfandrecht, das dem Vermieter in der Insolvenz des Mieters nach § 50 InsO ein Recht auf abgesonderte Befriedigung verschafft (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2003 - IX ZR 222/02, 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 (BGH, Urteil vom 12. Februar 1992 - XII ZR 7/91, BGHZ 117, 200, 207; vom 4. Dezember 2003, aaO). Ob die Schuldnerin die eingebrachte Ware mit Zustimmung der Vermieter veräußert und vom Grundstück entfernt hat und somit das Vermieterpfandrecht nach § 578 Abs. 2 in Verbindung mit § 578 Abs. 1, § 562a BGB erloschen ist, ist ebenso wenig festgestellt wie die Frage, ob die Schuldnerin oder der Beklagte mit den Vermietern vereinbart haben, dass mit der Veräußerung der eingelagerten, mit einem Vermieterpfandrecht belasteten Ware eine Verwertung zugunsten der Vermieter stattfinden sollte, so dass sich das Pfandrecht an dem Erlös fortsetzte (BGH, Urteil vom 4. Dezember 2003, aaO S. 211).

bb) Die Veräußerung des Sicherungsguts an Kunden der Schuldnerin war der Klägerin 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 gemäß §§ 932, 933 BGB, § 366 HGB gutgläubig erworben (vgl. BGH, Urteil vom 22. Oktober 2015 - IX ZR 171/14, NZI 2015, 976 Rn. 9; HK-InsO/Lohmann, 9. Aufl., § 48 Rn. 7).

cc) Weder die Schuldnerin noch der Beklagte waren berechtigt, die Waren, an denen die Klägerin ein Absonderungsrecht besaß, zu veräußern.



(1) Zwischen den Parteien ist im Streit, ob bis zur Insolvenzeröffnung die Schuldnerin oder aber der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter über die in den Lagern der Schuldnerin zum Zeitpunkt der Bestellung des Beklagten zum vorläufigen Insolvenzverwalter eingelagerte Ware verfügt hat. Aufgrund der richterlichen Anordnung wäre der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter dazu nicht berechtigt gewesen. Ihm ist vom Insolvenzgericht weder die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Schuldnerin übertragen worden (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1, § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO) noch ist ihm die Aufgabe übertragen worden, den Betrieb fortzuführen und Waren ein- und zu verkaufen. Ob eine solche Anordnung überhaupt wirksam gewesen wäre (vgl. BGH, Beschluss vom 13. April 2006 - IX ZB 158/05, NZI 2006, 401 Rn. 7), kann in diesem Zusammenhang dahin gestellt bleiben. Ihm oblag als vorläufigem Insolvenzverwalter ohne Verfügungsbefugnis, aber mit Zustimmungsvorbehalt nur die Sicherung des vorhandenen Vermögens und, wenn in einem solchen Fall der Schuldner seinen Betrieb im Eröffnungsverfahren fortführt, die Kontrolle der Geschäftsführung des Schuldners (vgl. BGH, Beschluss vom 13. April 2006 - IX ZB 158/05, NZI 2006, 401 Rn. 7; vom 26. April 2007 - IX ZB 160/06, NZI 2007, 461 Rn. 18; vgl. auch BGH, Beschluss vom 21. Juli 2016 - IX ZB 70/14, BGHZ 211, 225 Rn. 66; vom 22. September 2016 - IX ZB 71/14, NZI 2016, 963 Rn. 54). Angesichts seiner Stellung als vorläufiger Insolvenzverwalter ohne Verfügungsverbot konnte der Beklagte deswegen weder eine eigenständige Verpflichtung zu Lasten der Masse begründen (BGH, Urteil vom 13. Juli 2006 - IX ZR 57/05, NZI 2006, 587 Rn. 15; vgl. auch BGH, Urteil vom 22. Februar 2007 - IX ZR 2/06, NZI 2007, 338 Rn. 12 f; vom 5. Mai 2011 - IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 Rn. 49 ff) noch den Betrieb eigenständig fortführen.

Zugunsten der Klägerin ist deswegen revisionsrechtlich davon auszugehen, dass sich der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter an diese rechtlichen Vorgaben gehalten hat, zumal anderslautende Feststellungen des Berufungsgerichts fehlen, das zwar davon ausgeht, der Beklagte habe als vorläufiger Insolvenzverwalter den schuldnerischen Betrieb fortgesetzt, ohne aber festzustellen, dass dies entgegen den gesetzlichen Vorgaben geschehen ist. Denn wenn der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter den Betrieb der Schuldnerin selbst und nicht in ihrem Namen und mit Vollmacht fortgeführt hätte, käme § 48 InsO nicht zur Anwendung, weil diese Vorschrift eine wirksame Verfügung voraussetzt. Veräußerungen, welche der nicht verfügungsbefugte vorläufige Insolvenzverwalter über Gegenstände, die dem Schuldner nicht gehören, selbst vornimmt, können jedoch nicht wirksam werden, weil der gute Glaube an dessen Verfügungsbefugnis nicht geschützt wird (Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 48 Rn. 23).

(2) Die Schuldnerin oder der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter, namens und mit Vollmacht der Schuldnerin handelnd, haben die der Klägerin zur Sicherheit übereignete Ware unberechtigt veräußert. Der Beklagte durfte als vorläufiger Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt weder die Veräußerung selbst vornehmen noch der Verfügung über das Absonderungsgut durch die Schuldnerin zustimmen. Ab dem 19. Oktober 2007 durften die sicherungsübereigneten Waren nicht mehr veräußert werden, weil die Klägerin die Ermächtigung zu ihrer Veräußerung mit Wirkung zum 19. Oktober 2007 widerrufen hat. Für die davor gelegenen drei Tage (16. bis 18. Oktober 2007) war die Ermächtigung zwar nicht ohne Weiteres entfallen. Doch auch hier ergibt sich die fehlende Berechtigung zur Weiterveräußerung daraus, dass die Weiterveräußerung des Sicherungsguts nicht dem ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr entsprach, wenn der Klägerin 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. Die Verpflichtung des Beklagten sicherzustellen, dass das Sicherungsgut nur weiterveräußert wurde, wenn das Veräußerungsentgelt auf einem offenen

Treuhandkonto des Beklagten zugunsten der Klägerin eingezogen wurde, ergibt sich schon daraus, dass aufgrund der Sicherungsvereinbarung die Forderung aus der grundsätzlich berechtigten Weiterveräußerung an die Klägerin vorausabgetreten war und die Einziehung der Forderung entsprechend der Ausführungen zur Globalzession nur über ein offenes Treuhandkonto des Beklagten hätte eingezogen werden dürfen.

dd) Auch wegen des Verlusts des Sicherungseigentums an den sicherungsübereigneten Waren kann mit der Begründung des Berufungsgerichts 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 Beklagten gutgeschrieben worden ist. Ob es weiter aufgrund von Veräußerungen an die Gastronomie und die Tankstellen zu Gutschriften auf den Konten der Gläubigerin oder den Beklagten als vorläufigen Insolvenzverwalter gekommen ist oder die Kunden in den Abholmärkten nicht nur bar, sondern durch Scheck, Bank- oder Kreditkarte gezahlt haben, ist nicht festgestellt.

(1) Allein durch die Einlage des Bargeldes in die Kassen und die Einzahlung der Barmittel und Überweisung des Kaufpreises auf Konten der Schuldnerin oder des Beklagten sind die Erlöse noch nicht in jedem Fall ununterscheidbar mit anderen Massegegenständen vermengt worden, so dass eine Ersatzaussonderung nicht deshalb ausscheidet.

(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, InsO, 2004, § 48 Rn. 81; Prütting in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 48 InsO Rn. 21; Nerlich/Römermann/Andres, InsO, 2018, § 48 Rn. 11; HmbKomm-InsO/Büchler/Scholz, 6. Aufl., § 48 Rn. 25, 28; Schmidt/Thole, InsO, 19. Aufl., § 48 Rn. 23; aA Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 15. Aufl., § 48 Rn. 35). Die Unterscheidbarkeit bleibt nur gewahrt, wenn der konkrete Geldbetrag getrennt von anderem Bargeld verwahrt wird (Prütting in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2018, § 48 Rn. 21). Daran fehlt es, wenn, was im Streitfall anzunehmen ist, vor und nach der Antragstellung bezogene Waren abverkauft und die Erlöse in einer Kasse vermengt werden.

Eine ersatzweise Aussonderung kommt auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Miteigentums in Betracht, sofern der Miteigentumsanteil bestimmbar ist (vgl. Jaeger/Henckel, aaO, § 48 Rn. 81; vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 48 Rn. 55a, 57). Denn durch die Einlage des Bargeldes in die Kassen ist es nicht zum Miteigentum an dem in die Kassen eingelegten Geld zwischen der Klägerin einerseits und der Schuldnerin oder dem Beklagten als vorläufigem Insolvenzverwalter andererseits gekommen. Die Endabnehmer haben das Eigentum an den Geldmitteln nicht auf die Klägerin übertragen, sondern auf ihren Verkäufer, die Schuldnerin. Diese oder der vorläufige Insolvenzverwalter haben das Geld auch nicht für die Klägerin oder die Lieferanten entgegengenommen, sondern für sich (vgl. HK-InsO/Lohmann, 9. Aufl., § 48 Rn. 12).

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

(2) Die Klägerin traf hierzu die Darlegungs- und Beweislast, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat. Auch hat die Klägerin bislang nicht dazu vorgetragen, ob die Verkaufserlöse bar eingenommen und nicht mit Geldern der Schuldnerin vermengt worden sind. Sie hätte bei Einzahlungen auf der Schuldnerin zuzurechnenden Konten den Zeitpunkt der Gutschrift ebenso mitteilen müssen wie den Umstand, ob es sich zum Zeitpunkt der Gutschrift um ein debitorisch oder kreditorisch geführtes Konto gehandelt hat. Sie hätte darlegen müssen, dass die Kontenstände bis zu dem Zeitpunkt, als sie vom Beklagten Ersatzaus- und Ersatzabsonderung verlangt hat, nie unter die von ihr heraus verlangten Gutschriften abgesunken ist. Doch traf den Beklagten auch insoweit grundsätzlich - beschränkt auf die Zumutbarkeit - eine sekundäre Darlegungslast. Dieser Pflicht ist der Beklagte bislang nicht nachgekommen. Ebenso fehlt es insoweit an Vortrag von ihm, dass ihm ein solcher Vortrag nicht zuzumuten ist.

b) Zahlungsansprüche aus §§ 55, 170 InsO bestehen nicht. Auch insoweit wird auf die Ausführungen zur Globalzession verwiesen. Ergänzend wird zur Massebereicherung (§ 55 Abs. 1 Nr. 3 InsO) darauf hingewiesen, dass nach den Gründen des Berufungsurteils beide Parteien davon ausgegangen sind, im eröffneten Verfahren seien keine oder zumindest keine nennenswerten Erlöse erzielt worden. Dass die im eröffneten Verfahren in den Jahren 2008 und 2009 durch den Beklagten erzielten Erlöse solche gewesen seien, welche aus der Veräußerung von nicht der Schuldnerin gehörenden Waren gestammt hätten, lasse sich nicht feststellen. Diesen Feststellungen ist die Klägerin nicht mit einer Verfahrensrüge entgegengetreten.

## 2. Hilfsantrag - Aus abgetretenem Recht der Lieferanten:

Ebenso wenig lässt sich aus denselben Gründen ein der Klägerin abgetretener Anspruch der Lieferanten als Eigentumsvorbehaltsverkäufer auf Ersatzaussonderung gemäß § 48 InsO mit der Begründung des Berufungsgerichts verneinen.

a) Allerdings waren die Lieferanten Vorbehaltseigentümer an den von ihnen veräußerten Waren. Sie haben ihr Eigentum weder durch die Weiterveräußerung der Waren an die Schuldnerin noch durch eine etwaige Vermischung verloren. Verloren haben sie ihr Vorbehaltseigentum erst durch die Veräußerung der Ware an die Endabnehmer. Zu dieser Weiterveräußerung war die Schuldnerin entweder ermächtigt (§ 185 Abs. 1 BGB) oder die Endabnehmer haben das Eigentum an der Ware gutgläubig erworben.

b) Die Schuldnerin war nicht berechtigt, die Vorbehaltsware an die Endabnehmer weiterzuveräußern, nachdem die Schuldnerin den Insolvenzantrag gestellt und das Insolvenzgericht den Beklagten zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt hatte, ohne dass der Beklagte sicherstellte, dass die Lieferanten an der Kaufpreisforderung und dem vereinnahmten Entgelt ein Sicherungsrecht erhielten.

aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Warenlieferanten die Ermächtigung, die unter Eigentumsvorbehalt stehende Ware an die Kunden der Schuldnerin zu veräußern, nicht widerrufen. Diesen Feststellungen tritt die Klägerin nur insoweit mit einer Verfahrensrüge (Art. 103 Abs. 1 GG) entgegen als danach die Lieferanten die Veräußerungsermächtigung nicht ausdrücklich widerrufen haben. Diese Rüge hat keinen Erfolg. Von einer Begründung wird nach § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

bb) Da die Warenlieferanten mithin die Ermächtigung zur Weiterveräußerung weder ausdrücklich noch in den Vertragsbedingungen widerrufen haben, entfiel das Recht zur Weiterveräußerung ohne weiteres erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens

(vgl. oben). Die Schuldnerin durfte deswegen die Vorbehaltsware im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr weiterverkaufen. Im allgemeinen weiß der Vorbehaltsverkäufer, wenn er in die Veräußerung einwilligt, dass er sein Eigentum und sein Aussonderungsrecht durch die Verfügung des Vorbehaltskäufers verlieren wird. Sichert er sich dagegen nicht ab, vereinbart er also nur einen einfachen Eigentumsvorbehalt, muss er den Verlust hinnehmen. Die Ersatzaussonderung nach § 48 InsO ist ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 16. März 1977 - VIII ZR 215/75, BGHZ 68, 199, 203; Jaeger/Henckel, InsO, 2004, § 48 Rn. 45). Doch wird man gerade wegen dieses Nachteils nicht annehmen können, dass die vom einfachen Vorbehaltsverkäufer erteilte Veräußerungsermächtigung auch den Fall erfassen soll, dass ein Insolvenzantrag gestellt und ein vorläufiger Verwalter nach § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 und 2 InsO bestellt worden ist. Für diesen Fall entspricht es nicht mehr dem ordentlichen Geschäftsgang (vgl. Jaeger/Henckel, aaO), wenn der starke vorläufige Verwalter oder der Schuldner mit Zustimmung des schwachen Verwalters die Vorbehaltsware veräußert, ohne dass sichergestellt ist, dass der einfache Vorbehaltsverkäufer an der Kaufpreisforderung und dem Erlös in Höhe der gesicherten Kaufpreisforderung ein Sicherungsrecht erhält, etwa dadurch, dass der Erlös auf ein zugunsten der Lieferanten eingerichtetes offenes Treuhandkonto des vorläufigen Verwalters eingezahlt wird. Für den Vorbehaltsverkäufer mit verlängertem Eigentumsvorbehalt gilt Entsprechendes: Die ihm im Voraus abgetretene Forderung ist auf ein solches Treuhandkonto in Höhe der gesicherten Forderung einzuziehen.

c) Auch hier ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausgeschlossen, dass die Entgelte für die Warenveräußerung noch unterscheidbar in der Masse vorhanden sind.

III. Klageantrag 2b über 456.800 € aus abgetretenem Recht der Lieferanten:

Entsprechendes gilt auch für den Klageantrag 2b, mit dem die Klägerin aus abgetretenem Recht die Ansprüche der Warenlieferanten geltend macht.

C.

Zur Revision des Beklagten - Widerklage über 139.050,85 €:

Die von dem Beklagten mit Schriftsatz vom 1. Juni 2018 eingelegte Anschlussrevision ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie wahrt die Frist des § 554 Abs. 2 Satz 2 ZPO und genügt der Form des § 554 Abs. 3 ZPO. Doch hat die Anschlussrevision, mit welcher der Beklagte nur eine Verfahrensrüge erhebt, keinen Erfolg. Von einer Begründung wird insoweit nach § 564 ZPO abgesehen.

D.

Das angefochtene Urteil kann danach teilweise keinen Bestand haben. Es ist teilweise aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif und deshalb im Umfang der Aufhebung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

Es wird auf Folgendes hingewiesen:

1. Hinsichtlich der Klageanträge 1a und 1c kann nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht entschieden werden, wer Inhaber der Forderungen ist, die Klägerin aufgrund der Globalzession oder die Warenlieferanten aufgrund eines vereinbarten verlängerten Eigentumsvorbehalts. Fest steht allein, dass die Warenlieferanten selbst Vereinbarungen nur mit der Einkaufs-GmbH getroffen und jedenfalls nicht alle mit dieser einen verlängerten Eigentumsvorbehalt vereinbart

haben. Zu den Vereinbarungen zwischen der Einkaufs-GmbH und der Schuldnerin wurden keine Feststellungen getroffen. Die Klägerin hat vorgetragen, zwischen Schuldnerin und Einkaufs-GmbH seien keine Eigentumsvorbehalte vereinbart worden, somit auch keine verlängerten, Schuldnerin und Einkaufs-GmbH seien jedoch rechtlich als Einheit zu sehen, während der Beklagte geltend gemacht hat, die Einkaufs-GmbH habe die Waren lediglich unter einfachem Eigentumsvorbehalt der Schuldnerin übereignet. Danach liegt es eher fern, dass die Warenlieferanten Forderungsinhaber waren. Hierzu wird das Berufungsgericht gegebenenfalls Feststellungen treffen müssen.

2. Soweit die Klägerin in den Klageanträgen 1a und c aufgrund der Globalzession und in dem Klageantrag 2a aufgrund des Raumsicherungsvertrags Rechte geltend macht, muss das Berufungsgericht gegebenenfalls prüfen, ob der Beklagte die Sicherungsabtretung und die Sicherungsübereignung nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 133 Abs. 1 InsO aF anfechten kann. Der Beklagte hat unter Beweisantritt vorgetragen, die Schuldnerin sei seit dem 1. Juli 2007 zahlungsunfähig gewesen, worum die Klägerin aufgrund ihrer Einsicht in die finanziellen Verhältnisse der Schuldnerin und aufgrund der zurückgegebenen Lastschriften und anderer Umstände gewusst habe. Dem ist die Klägerin mit eigenem Vortrag unter Beweisantritt entgegengetreten (vgl. zur Anfechtbarkeit von Globalzessionen BGH, Urteil vom 29. November 2007 - IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297 Rn. 14 ff, 35 ff; zur Anfechtung von Sicherungsübereignungen Obermüller, Insolvenzrecht in der Bankpraxis, 9. Aufl., Rn. 6.450 ff). Soweit die Klägerin hilfsweise die ihr abgetretenen Ansprüche der Warenlieferanten geltend macht, hat der Beklagte eine Insolvenzanfechtung nicht geltend gemacht.