BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 144/10

Verkündet am:
5. Mai 2011
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

InsO § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 60 Abs. 1; BGB § 1246 Abs. 1

Ist bei einer freihändigen Veräußerung mit einem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht belasteter Ware ein höherer Erlös als bei einer Versteigerung zu erwarten, trifft den vorläufigen mitbestimmenden Insolvenzverwalter die Verpflichtung, gegenüber dem Absonderungsberechtigten dieser Art des Verkaufs zuzustimmen.

InsO § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 60 Abs. 1; BGB § 1246 Abs. 1, § 249 Abs. 1 Bb, Hd

Wäre im Falle der Erteilung einer Zustimmung des nur mitbestimmenden vorläufigen Insolvenzverwalters und der Belehrung über das notwendige Einverständnis auch des Schuldners ein freihändiger Verkauf gescheitert, weil der Schuldner seine

Zustimmung verweigert hätte, kann den vorläufigen Verwalter die Verpflichtung treffen, den Verkauf mit Hilfe einer bei dem Insolvenzgericht zu erwirkenden Einzelanordnung durchzusetzen, wenn es sich bei dem freihändigen Verkauf um eine besonders günstige, sich nach Verfahrenseröffnung voraussichtlich nicht mehr bietende Veräußerungsgelegenheit handelt.

BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - IX ZR 144/10 - OLG Stuttgart
LG Stuttgart

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. Juli 2010 wird als unzulässig verworfen, soweit sich die Klägerin gegen die Abweisung der Klageforderung in Höhe von 28.389,75 € wendet.

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 28. Juli 2010 im Übrigen aufgehoben. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte wurde durch Beschluss des Amtsgerichts Münster vom 14. März 2003 zum vorläufigen Verwalter mit Zustimmungsvorbehalt über das Vermögen der N. GmbH & Co. KG (nachfolgend: N. KG) bestellt; ferner sollte der Beklagte durch Überwachung der Schuldnerin für die Sicherung und Erhaltung ihres Vermögens Sorge tragen. Die Klägerin nimmt den Beklagten aus abgetre-

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

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

tenem Recht wegen Verletzung seiner Pflichten als vorläufiger Insolvenzverwalter über das Vermögen der N. KG auf Schadensersatzleistung in Anspruch.

2 Die A. GmbH (nachfolgend: A. GmbH), die im gesamten Bundesgebiet Textileinzelhandelsgeschäfte unterhielt, schloss am 22. April 1999 mit der N. KG einen Kooperationsvertrag. Danach durfte die N. KG gegen Zahlung einer monatlichen Kostenumlage in den Ladenlokalen der A. GmbH Tisch- und Bettwäsche, die sie von der A. -K. - Gruppe bezog, vertreiben. Durch Schreiben vom 8. Dezember 2003 kündigte die N. KG den Kooperationsvertrag mit der A. GmbH zum 31. Dezember 2003. Die A. GmbH, die wegen einer auf das Jahresende vereinbarten sechsmonatigen Kündigungsfrist von einer wirksamen Kündigung erst zum 31. Dezember 2004 ausging, erklärte ihr Einverständnis mit einer Vertragsbeendigung schon zum 31. Dezember 2003, falls die N. KG einen wesentlichen Teil ihrer Verbindlichkeiten zurückführe. Diesem Vorschlag trat der Beklagte entgegen. Wegen der bis zum 30. Juni 2004 aufgelaufenen rückständigen Umlagekosten in Höhe von 666.700,29 € machte die A. GmbH ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an dem von der N. KG in die Geschäftslokale eingebrachten Warenbestand geltend. Das Angebot der A. GmbH, den Warenbestand der N. KG zwecks freihändiger Veräußerung unter Verzicht auf weitergehende Ansprüche zum Preis von 348.042,60 € zu übernehmen, lehnte der Beklagte ab.

3 Der von der A. GmbH gegen die N. KG erhobenen, auf Gestattung der Verwertung der Waren im Wege des Pfandverkaufs (§ 371 Abs. 3 HGB) gerichteten Klage gab das Oberlandesgericht Stuttgart durch rechtskräftiges Urteil vom 24. Juli 2005 statt. In diesem Verfahren fielen zu Lasten der

A. GmbH Kosten in Höhe von insgesamt 28.389,75 € an. Die seitens der A. GmbH im Oktober 2005 erbetene Einwilligung in eine freihändige Veräußerung des Warenbestandes wurde von dem Beklagten, der eine Erlösbeteiligung der Masse in Höhe von 10 v.H. verlangte, nicht vorbehaltlos erteilt. Um eine Zustimmung auch der N. KG zu dieser Maßnahme suchte die A. GmbH nicht nach.

4 Die A. GmbH, über deren Vermögen durch Beschluss vom 31. März 2006 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, trat am 14./23. Dezember 2005 etwaige Schadensersatzansprüche gegen die N. KG und den Beklagten an die Rechtsanwaltssozietät G. (nachfolgend: Sozietät) ab. Im Rahmen ihrer Auseinandersetzung übertrug die Sozietät diese Ansprüche am 29. Juni 2006 an Rechtsanwalt G. , der sie seinerseits am 13. Mai 2009 an die Klägerin zedierte.

5 Die Klägerin ist der Auffassung, der Beklagte habe sich schadensersatzpflichtig gemacht, weil er seine Zustimmung zu einer freihändigen Veräußerung der Ware pflichtwidrig verweigert habe. Über den tatsächlichen Erlös von weniger als 100.000 € hinaus wäre im Falle einer freihändigen Veräußerung ein weitergehender Betrag von 250.000 € erzielt worden. Unter Einschluss der vor dem Oberlandesgericht Stuttgart entstandenen Verfahrenskosten errechnet die Klägerin einen Schadensbetrag von insgesamt 278.389,75 €. Die Klage blieb in den Vorinstanzen ohne Erfolg. Mit der von dem Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision ist in Höhe eines Klagebetrages von 28.389,75 € unzulässig. Die weitergehende, auf Zahlung von 250.000 € gerichtete Revision hat hingegen Erfolg und führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

7 Unzulässig ist die Revision, soweit die Klägerin wegen der Kosten des gegen die N. KG geführten Rechtsstreits den Beklagten auf Zahlung von 28.389,75 € in Anspruch nimmt. Insofern fehlt es an einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbegründung (§ 551 Abs. 3 ZPO).

8 1. Sind mehrere Ansprüche Gegenstand des angefochtenen Urteils, müssen Revisionsgründe für jeden von ihnen dargelegt werden. Bei einer umfassenden Anfechtung muss die Revisionsbegründung das gesamte Urteil in Frage stellen. Daran fehlt es, soweit bezüglich abgrenzbarer Teile des Streitgegenstandes kein konkreter Angriff erfolgt, es sei denn, es wird wenigstens eine den gesamten Streitgegenstand durchgehend erfassende Rüge erhoben. Andernfalls ist die Revision für den nicht begründeten Teil unzulässig (BGH, Urteil vom 13. Februar 1997 - III ZR 285/95, NJW 1997, 1309; vom 11. November 1999 - III ZR 98/99, NJW 2000, 947; vom 26. Januar 2006 - I ZR 121/03, NJW-RR 2006, 1044 Rn. 22).

9 2. Im Streitfall verlangt die Klägerin wegen des Mindererlöses bei der Verwertung der Ware Zahlung von 250.000 € sowie wegen der Kosten des ge-

gen die N. KG geführten Rechtsstreits Zahlung von weiteren 28.389,75 €. Die einen eigenen Streitgegenstand bildende Forderung über 28.389,75 € hat das Berufungsgericht als unbegründet erachtet, weil es an einem kausalen Fehlverhalten des Beklagten für den eingetretenen Schaden mangele. Die Klägerin sei verpflichtet gewesen, nicht den Beklagten, sondern die N. KG in Anspruch zu nehmen, und habe diese tatsächlich in Anspruch genommen. Mit dieser ausschließlich den Kostenschaden betreffenden Argumentation, die eine kausale Pflichtwidrigkeit des Beklagten schon mangels einer Parteistellung in dem Vorprozess in Abrede stellt, setzt sich die Revision nicht auseinander. Infolge des Begründungsmangels ist die Revision hinsichtlich der Forderung über 28.389,75 € unzulässig.

II.

10 Das Oberlandesgericht hat im Blick auf den außerdem geltend gemachten Schadensbetrag über 250.000 € ausgeführt: Die der Klage zugrunde liegenden Forderungen seien wirksam an die Klägerin abgetreten worden. § 91 InsO stehe einem Forderungserwerb durch die Klägerin nicht entgegen, weil die verfolgten Schadensersatzansprüche vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A. GmbH entstanden seien. Der vorläufige Insolvenzverwalter könne wegen einer Verletzung von Aus- und Absonderungsrechten haften. Aus dem hier begründeten kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht folge ein Recht des Gläubigers auf abgesonderte Befriedigung (§ 51 Nr. 3 InsO).

11 Der Beklagte habe das insolvenzspezifische Pfand- und Verwertungsrecht der A. GmbH pflichtwidrig nicht beachtet, weil er die Verwertung der

Ware verweigert und insbesondere seine Zustimmung zu einer freihändigen Veräußerung nicht erteilt habe. Die unstreitige Forderung der A. GmbH sei aus einem Handelsgeschäft mit der N. KG hervorgegangen. Der jeweils auf die Wahrnehmung eigener wirtschaftlicher Interessen gerichtete Kooperationsvertrag stelle mangels einer Verpflichtung zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks keinen Gesellschaftsvertrag dar. Es sei davon auszugehen, dass die fragliche Ware im Eigentum der N. KG gestanden habe. Das pauschale Bestreiten des Beklagten sei angesichts seiner früheren Stellung als vorläufiger Verwalter der N. KG unbeachtlich; auch müsse der Beklagte, weil er keine weitergehenden Rechte als die Schuldnerin geltend machen könne, die Feststellungen des Vorprozesses bei dem Oberlandesgericht Stuttgart gegen sich gelten lassen. Nach Titulierung des Verwertungsrechts entsprechend den Vorschriften über den privaten Pfandverkauf sei die A. GmbH berechtigt gewesen, von der N. KG die Zustimmung zu einer freihändigen Veräußerung zu verlangen, wenn sich eine solche aus wirtschaftlicher Sicht als vorteilhaft darstelle. Es liege auf der Hand, dass eine freihändige Verwertung ohne Nachteil für die übrigen Beteiligten im anerkennenswerten Interesse der A. GmbH zu günstigeren Verkaufserlösen geführt hätte.

12 Die Pflichtverletzung sei jedoch für den geltend gemachten Schaden in Höhe von 250.000 € nicht kausal geworden. Infolge des hier angeordneten Zustimmungsvorbehalts sei der Beklagte lediglich an die Seite der N. KG getreten; notwendige Handlungen des Schuldners würden durch eine Zustimmung des Verwalters nicht entbehrlich oder ersetzt. Eine als Verfügung anzusehende Zustimmung der N. KG zur freihändigen Verwertung liege jedoch nicht vor. Eine Aufforderung an die N. KG, ihre Zustimmung zu erteilen, sei von der A. GmbH nicht geäußert worden. Die fehlende Zustimmung der

N. KG könne nicht in Anwendung von § 1903 Abs. 1, § 108 Abs. 2 BGB als bedeutungslos erachtet werden.

III.

13 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

14 1. Die Wirksamkeit der Abtretung des Schadensersatzanspruchs durch die A. GmbH an die Sozietät (§ 398 BGB) scheitert - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - nicht an § 91 Abs. 1 InsO. Folglich begegnen die nachfolgenden Abtretungen seitens der Sozietät an Rechtsanwalt G. und von diesem an die Klägerin keinen rechtlichen Bedenken.

15 a) Rechte an Gegenständen der Insolvenzmasse können gemäß § 91 Abs. 1 InsO nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht wirksam erworben werden, auch wenn keine Verfügung des Schuldners und keine Zwangsvollstreckung für einen Insolvenzgläubiger zugrunde liegt. Die Vorschrift untersagt jeden Erwerb von Gegenständen der Insolvenzmasse (§§ 35, 36 InsO) nach Insolvenzeröffnung (HK-InsO/Kayser, 5. Aufl. § 91 Rn. 2). Der Anwendungsbereich der Regelung erfasst hingegen nicht bereits vor Verfahrenseröffnung wirksam abgeschlossene Erwerbsvorgänge (BGH, Urteil vom 21. Februar 2008 - IX ZR 255/06, WM 2008, 602 Rn. 10; HmbKomm-InsO/Kuleisa, 3. Aufl. § 91 Rn. 3). In diesem Fall kann der Erwerb nur noch mit Hilfe der Insolvenzanfechtung korrigiert werden (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - IX ZR 1/09, WM 2010, 222 Rn. 27; Jaeger/Windel, InsO § 91 Rn. 14).

16 b) Eine vor Insolvenzeröffnung vereinbarte Abtretung einer bereits wirksam entstandenen Forderung scheitert nicht an § 91 Abs. 1 InsO (Gottwald/Eickmann, Insolvenzrechts-Handbuch, 4. Aufl. § 31 Rn. 17; vgl. BGH, Urteil vom 20. März 1997 - IX ZR 71/96, BGHZ 135, 140, 144 ff; vom 22. Oktober 2009 - IX ZR 90/08, WM 2009, 2391 Rn. 6 ff; vom 10. Dezember 2009, aaO). Ebenso kollidiert eine vor Verfahrenseröffnung erfolgte Abtretung einer künftigen Forderung, wenn diese noch vor Verfahrenseröffnung entsteht, nicht mit § 91 Abs. 1 InsO (BGH, Urteil vom 8. Januar 2009 - IX ZR 217/07, WM 2009, 416 Rn. 27).

17 c) Die von der A. GmbH am 14./23. Dezember 2005 der Sozietät abgetretenen Ansprüche sind am 1. Januar 2006 und damit vor der am 31. März 2006 angeordneten Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der A. GmbH entstanden. Mithin verstößt die Abtretung nicht gegen § 91 Abs. 1 InsO.

18 Schadensersatzansprüche werden mit dem Schadenseintritt geschaffen (vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Februar 1979 - VII ZR 256/77, BGHZ 73, 363, 365; MünchKomm-BGB/Grothe, 5. Aufl. § 199 Rn. 9; Bamberger/Roth/Henrich/Spindler, BGB 2. Aufl. § 199 Rn. 12). Im Streitfall stützt die Klägerin die Klageforderung darauf, dass die ihrem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht unterliegende Ware wegen der verweigerten Zustimmung des Beklagten nicht mehr im Weihnachtsgeschäft des Jahres 2005 gewinnbringend freihändig veräußert werden konnte (vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2005 - IX ZR 24/04, WM 2005, 1033, 1035 f). Mithin war der Schadensersatzanspruch infolge des mit dem Ende des Weihnachtsgeschäfts zusammenfallenden Schadenseintritts jedenfalls zum 1. Januar 2006 erwachsen. Da der Anspruch noch vor der am 31. März 2006 angeordneten Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das

Vermögen der A. GmbH verwirklicht wurde, verstößt die am 14./23. Dezember 2005 vereinbarte Forderungsabtretung nicht gegen § 91 Abs. 1 InsO.

19 2. Die A. GmbH erlangte in Übereinstimmung mit der rechtlichen Würdigung des Berufungsgerichts an den Waren der N. KG ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht (§ 369 HGB), das sie zur abgesonderten Befriedigung berechtigte (§ 51 Nr. 3 InsO).

20 a) Ein Kaufmann erwirbt gemäß § 369 Abs. 1 HGB wegen ihm aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft gegen einen anderen Kaufmann zustehender fälliger Forderungen ein Zurückbehaltungsrecht an beweglichen Sachen des Schuldners, die mit dessen Willen aufgrund von Handelsgeschäften in seinen Besitz gelangt sind. Die Voraussetzungen der Vorschrift sind vorliegend erfüllt.

21 aa) Die A. GmbH (§ 13 Abs. 3 GmbHG, § 6 Abs. 1 und 2 HGB) wie auch die N. KG (§ 6 Abs. 1, § 105 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB) waren als Partner des Kooperationsvertrages Vollkaufleute. Der Kooperationsvertrag bildete ein beiderseitiges Handelsgeschäft. Es ist anerkannt, dass zum Betrieb eines Handelsgewerbes nicht nur die für dieses Handelsgewerbe üblichen, dafür typischen Geschäfte gehören, sondern alle Geschäfte, die auch nur mittelbar auf das Handelsgewerbe sich beziehen, mit ihm in einem auch nur entfernten, lockeren Zusammenhang stehen (BGH, Urteil vom 10. Juni 1974 - VII ZR 44/73, BGHZ 63, 32, 35; vom 5. Mai 1960 - II ZR 128/58, NJW 1960, 1852, 1853; vom 20. März 1997 - IX ZR 83/96, NJW 1997, 1779, 1780). Der Kooperationsvertrag diente den Interessen des Handelsgewerbes sowohl der A. GmbH, die in den Stand gesetzt wurde, ihre Geschäftslokale infolge der Kos-

tenbeteiligung durch die N. KG gewinnbringend zu betreiben, als auch der N. KG, der im Gegenzug die Möglichkeit zum Vertrieb ihrer Ware geboten wurde. Diese Würdigung entspricht der Erkenntnis, dass sämtliche von Handelsgesellschaften eingegangenen Verträge mangels einer privaten Rechtssphäre als Handelsgeschäfte einzustufen sind (BGH, Urteil vom 5. Mai 1960, aaO S. 1853).

22 bb) Die zwischen der A. GmbH und der N. KG getroffene Übereinkunft ist mangels einer Pflicht zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks nicht als Gesellschaftsvertrag (§ 705 BGB) zu betrachten, welcher der Annahme eines Handelsgeschäfts entgegenstünde.

23 Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages stellt als Organisationsakt ohne Außenwirkung kein Handelsgeschäft dar. Handelsgeschäfte kann erst die neu gegründete Gesellschaft eingehen (MünchKomm-HGB/K. Schmidt, 2. Aufl. § 343 Rn. 7; Oetker/Pamp, HGB 2. Aufl., § 343 Rn. 9; differenzierend im Blick auf die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters Staub/Ulmer, HGB 4. Aufl. § 105 Rn. 144; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. § 105 Rn. 49). Für die Abgrenzung, ob ein Gesellschaftsvertrag vorliegt oder nicht, ist entscheidend, ob die Parteien sich durch den Vertrag zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks verbunden haben und ihre schuldrechtlichen Beziehungen ein gesellschaftliches Element in sich tragen, oder ob die Parteien ohne jeden gemeinsamen Zweck lediglich ihre eigenen Interessen wahrnehmen und ihre Beziehungen zueinander ausschließlich durch die Verschiedenheit ihrer eigenen Interessen bestimmt werden (BGH, Urteil vom 26. Juni 1989 - II ZR 128/88, NJW 1990, 573, 574; vom 10. Oktober 1994 - II ZR 32/94, NJW 1995, 192). Nach diesen Grundsätzen verfolgten die A. GmbH, der an einer Kostenbeteiligung eines Dritten zwecks Reduzierung ihrer fixen Betriebskosten gelegen war, und

die N. KG, die den Vertrieb ihrer Produkte zu steigern suchte, jeweils eigene Interessen.

24 b) Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass die in den Besitz der A. GmbH gelangte Ware im Eigentum der N. KG stand.

25 Das unsubstantiierte Bestreiten der Eigentümerstellung der N. KG durch den Beklagten ist gemäß § 138 Abs. 3 ZPO unbeachtlich. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter entsprechend der Anordnung des Insolvenzgerichts das Vermögen der N. KG zu sichern und zu erhalten hatte (§ 22 Abs. 2 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO). Dem Beklagten, der sich aufgrund der ihm eröffneten Informationsrechte (§ 22 Abs. 3 InsO) im Einzelnen über die Vermögensverhältnisse der N. KG unterrichten konnte, hat in seiner Eigenschaft als vorläufiger Verwalter ein Zurückbehaltungsrecht der A. GmbH gegenüber der N. KG und mithin deren Eigentum an dem fraglichen Warenbestand zugestanden. Ferner hat der Beklagte Eigentumsrechte der N. KG in Anspruch genommen, indem er seine Zustimmung in eine freihändige Veräußerung der Ware an eine Erlösbeteiligung zugunsten der Masse geknüpft hat. Ging der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter aufgrund der von ihm angestellten Erkundigungen mithin vom Eigentum der N. KG aus, kann er sich im vorliegenden Rechtsstreit nicht auf ein unsubstantiiertes Bestreiten der Eigentümerstellung beschränken. Aufgrund der von ihm gewonnenen Einblicke ist dem Beklagten vielmehr eine substantiierte Darstellung möglich und zumutbar (vgl. BGH, Urteil vom 11. März 2010 - IX ZR 104/08, WM 2010, 815 Rn. 16, 17).

26 c) Das danach zugunsten der A. GmbH begründete kaufmännische Zurückbehaltungsrecht gewährte ihr nach § 51 Nr. 3 InsO ein Absonderungsrecht.

27 Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht ist einem Pfandrecht angenähert, weil der Gläubiger über die Zurückbehaltung hinaus befugt ist, sich aus den betroffenen Gegenständen für seine Forderung zu befriedigen (§ 371 Abs. 1 Satz 1 HGB). Der Gläubiger kann die Durchsetzung seiner Forderung entweder auf der Grundlage eines Zahlungstitels (§ 371 Abs. 3 Satz 1 HGB, §§ 809, 814 ff ZPO) mittels einer Vollstreckungsbefriedigung oder durch eine Verkaufsbefriedigung nach den für das Pfandrecht geltenden Regelungen (§ 371 Abs. 2 HGB, § 1228 Abs. 1, § 1233 Abs. 1 BGB) erwirken (Lettl in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB 2. Aufl. § 371 Rn. 1). Wählt der Gläubiger - wie im Streitfall - den Weg der Verkaufsbefriedigung, muss er sich zunächst einen vollstreckbaren Titel für sein Befriedigungsrecht verschaffen (§ 371 Abs. 3 Satz 1 HGB). Auf der Grundlage des dinglichen Titels steht dem Gläubiger dann gemäß § 1233 BGB die Wahl offen, die Verwertung nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Pfandverkauf oder nach denen der Zivilprozessordnung über die Verwertung einer gepfändeten Sache vorzunehmen (MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl. § 51 Rn. 231).

28 3. Durch die Verweigerung seiner Zustimmung in den freihändigen Verkauf der Ware hat der Beklagte eine Pflichtwidrigkeit im Sinne von § 60 Abs. 1, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO begangen.

29 a) Für einen vorläufigen Insolvenzverwalter ordnet § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO insbesondere die entsprechende Geltung der Haftungsvorschriften der §§ 60 ff InsO an. Folglich ist der vorläufige Insolvenzverwalter einem Betei-

ligten zu Schadensersatz verpflichtet, wenn er diesem gegenüber wahrzunehmende insolvenzrechtliche Pflichten schuldhaft verletzt. Der vorläufige Insolvenzverwalter unterliegt im Verhältnis zu Aus- und Absonderungsberechtigten einer Schadensersatzpflicht, sofern er deren Rechte missachtet (BGH, Urteil vom 6. April 2000 - IX ZR 422/98, BGHZ 144, 192, 196 f; vom 21. Januar 2010 - IX ZR 65/09, BGHZ 184, 101 Rn. 33; vom 5. März 1998 - IX ZR 265/97, NJW 1998, 2213, 2215; Jaeger/Gerhardt, aaO § 22 Rn. 218; MünchKomm-InsO/Haarmeyer, 2. Aufl. § 22 Rn. 209, HK-InsO/Kirchhof, aaO § 22 Rn. 79).

30 b) Der Beklagte hat hier die Rechte der absonderungsberechtigten A. GmbH beeinträchtigt, weil er entgegen der Verpflichtung des § 1246 BGB Abs. 1 BGB im Oktober 2005 sein Einverständnis in einen freihändigen Verkauf verweigert hat.

31 aa) Vorliegend hatte die A. GmbH bei dem Oberlandesgericht Stuttgart gegen die N. KG, ohne dass der Beklagte als vorläufiger Insolvenzverwalter an dem Rechtsstreit zu beteiligen war (vgl. HK-InsO/Kirchhof, aaO § 22 Rn. 63), einen rechtskräftigen Titel auf Gestattung der Befriedigung erstritten. Danach war die A. GmbH berechtigt, die zurückbehaltene Ware im Wege der öffentlichen Versteigerung (§ 1235 Abs. 1, § 1233 Abs. 1, § 1228 Abs. 1 BGB) zu verwerten (Lettl in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, aaO § 371 Rn. 14). Als Besitzer der Ware, auf die sich das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht erstreckt, war die A. GmbH vor und nach Insolvenzeröffnung (§ 166 Abs. 1, § 173 Abs. 1 InsO) zu einer Verwertung außerhalb des Insolvenzverfahrens berechtigt (OLG Köln MDR 1999, 319; zustimmend Runkel EWiR 1999, 31; MünchKomm-InsO/Ganter, aaO § 51 Rn. 231). Zwar ist der Verwalter nach Insolvenzeröffnung zur Verwertung auch solcher Gegenstände befugt, die im mittelbaren Besitz des Schuldners stehen (BGH, Urteil vom

16. Februar 2006 - IX ZR 26/05, BGHZ 166, 215 Rn. 24; vom 16. November 2006 - IX ZR 135/05, WM 2007, 172 Rn. 9). Dies gilt aber nicht, wenn - wie im Streitfall - der Absonderungsberechtigte selbst unmittelbarer Besitzer ist (MünchKomm-InsO/Lwowski/Tetzlaff, aaO § 166 Rn. 15; HK-InsO/ Landfermann, aaO § 166 Rn. 14; Flöther in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 166 Rn. 8; HmbKomm-InsO/Büchler, aaO § 166 Rn. 5).

32 bb) Entspricht eine andere Art des Verkaufs nach billigem Ermessen den Interessen der Beteiligten, kann jeder von ihnen gemäß § 1246 Abs. 1 BGB verlangen, dass der Verkauf in dieser Art erfolgt. Die Bestimmung eröffnet den Beteiligten, mithin dem Pfandgläubiger, dem Eigentümer und anderen an der Pfandsache dinglich Berechtigten, deren Recht durch einen Verkauf gemäß § 1242 BGB erlischt (Staudinger/Wiegand, BGB, Bearbeitung 2009 § 1246 Rn. 3; MünchKomm-BGB/Damrau, aaO § 1246 Rn. 2), einen schuldrechtlichen Anspruch, eine abweichende Art des Pfandverkaufs zu verlangen (Bamberger/ Roth/Sosnitza, aaO § 1246 Rn. 1; Nobbe in Prütting/Wegen/Weinreich, BGB 5. Aufl. § 1246 Rn. 1). Der Anspruch ist begründet, wenn aus der abweichenden Art der Verwertung kein Beteiligter einen Nachteil erleidet, daraus aber ein Beteiligter einen Vorteil erzielen kann (Staudinger/Wiegand, aaO § 1246 Rn. 2; Soergel/Habersack, BGB 13. Aufl. § 1246 Rn. 2; vgl. BGH, Urteil vom 21. April 2005 - IX ZR 24/04, WM 2005, 1033, 1035 f). Da ein freihändiger Verkauf nach den Feststellungen des Berufungsgerichts einen wesentlich höheren Erlös als eine Versteigerung erwarten ließ, entsprach diese Form der Verwertung den Interessen aller Beteiligter, weil eine bessere Befriedigung der A. GmbH wegen der damit verbundenen Verringerung der Verbindlichkeiten auch der N. KG und ihren Gläubigern zu Gute gekommen wäre. Demgemäß konnte die A. GmbH die Zustimmung für diese Form der Verwertung verlangen (§ 1246 Abs. 1 BGB). Durch seine Weigerung, einem freihändigen Verkauf zu-

zustimmen, hat der Beklagte pflichtwidrig gehandelt. Schon mit Rücksicht auf das rechtskräftige Urteil des Oberlandesgerichts Stuttgarts, durch das die A. GmbH einen Titel auf Gestattung der Befriedigung erwirkt hatte, durfte sich der Beklagte im Herbst 2005 trotz der noch ausstehenden Verfahrenseröffnung einer Verwertung der betroffenen Massebestandteile nicht widersetzen.

33 4. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht indes eine Schadensersatzpflicht des Beklagten (§ 249 Abs. 1 BGB) mit der Erwägung abgelehnt, die A. GmbH habe keine Aufforderung zur Einwilligung in den freihändigen Verkauf an die N. KG gerichtet. Nachdem der Beklagte die Zustimmung verweigert hatte und schon damit einem freihändigen Verkauf die Grundlage entzogen war, brauchte die A. GmbH nicht mehr um das Einverständnis der N. KG nachzusuchen.

34 a) Die Verweigerung der freihändigen Veräußerung durch den Beklagten hat den hier geltend gemachten Schaden adäquat kausal verursacht.

35 aa) Das Grunderfordernis jeder Schadenszurechnung bildet die Verursachung des Schadens im logisch-naturwissenschaftlichen Sinn. Nach der Äquivalenztheorie ist jede Bedingung kausal, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele (allgemeine Meinung; vgl. nur BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126, 127 mwN; MünchKomm-BGB/Oetker, aaO § 249 Rn. 98; Bamberger/Roth/Schubert, aaO § 249 Rn. 45; Medicus in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO § 249 Rn. 48). Dabei ist zu beachten, dass zur Feststellung des Ursachenzusammenhangs nur die pflichtwidrige Handlung hinweggedacht, nicht aber weitere Umstände hinzugedacht werden dürfen (BGH, Urteil vom 4. Juli 1994, aaO).

36 bb) Die von dem Beklagten verweigerte Einwilligung in eine freihändige Veräußerung hat bereits für sich genommen den von der A. GmbH erlittenen Schaden ausgelöst.

37 (1) Im Zivilrecht werden unter Verfügungen solche Rechtsgeschäfte verstanden, durch die unmittelbar ein Recht begründet, übertragen, belastet, aufgehoben oder sonstwie in seinem Inhalt verändert wird (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - IX ZR 1/09, WM 2010, 222 Rn. 26). Da durch das Einverständnis das Verwertungsrecht des Gläubigers mit dinglicher Wirkung inhaltlich umgestaltet wird (Bamberger/Roth/Sosnitza, aaO § 1245 Rn. 4), handelt es sich dabei um eine Verfügung. Im eröffneten Insolvenzverfahren obliegt es allein dem Insolvenzverwalter, die Zustimmung zu einer anderen Art der Verwertung (§ 1246 Abs. 1 BGB) zu erklären (RG DJZ 1935, 581 Nr. 180; Staudinger/Wiegand, aaO § 1246 Rn. 7; Soergel/Habersack, aaO). Ist hingegen - wie im Streitfall - das Verfahren noch nicht eröffnet und ein nicht allein verfügungsberechtigter vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) eingesetzt worden, bedarf es auch der Zustimmung des Schuldners. Die Wirksamkeit der Einwilligung erfordert im Falle der Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) also eine übereinstimmende Willensentschließung von Schuldner und vorläufigem Verwalter. Darum hätte es hier sowohl der Einwilligung des Beklagten als auch der N. KG in die freihändige Veräußerung (§ 1246 Abs. 1 BGB) bedurft.

38 (2) Die Ablehnung einer freihändigen Veräußerung durch den Beklagten bildet die Ursache für den Schadenseintritt, weil sie die A. GmbH an einem derartigen Verkauf der Ware hinderte. Insoweit ist es ohne Bedeutung, dass für die freihändige Veräußerung der Ware außerdem die Zustimmung der N.

KG erforderlich war. Deren Einwilligung hätte wegen des notwendigen Zusammenwirkens von vorläufigem Verwalter und Schuldner nach der Verweigerung des Beklagten eine freihändige Veräußerung rechtlich nicht mehr ermöglichen können. Deswegen war die A. GmbH nach der Erklärung der Ablehnung seitens des Beklagten entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht mehr gehalten, um ein Einverständnis der N. KG nachzusuchen.

39 b) Auch die Adäquanz des Ursachenzusammenhangs ist hier zu bejahen. Der Beklagte hat sein Einverständnis in die freihändige Veräußerung vorsätzlich verweigert und die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile der A. GmbH bewusst in Kauf genommen. Vorsätzlich herbeigeführte Schadensfolgen sind stets als adäquat zu bewerten (BGH, Urteil vom 27. Januar 1981 - VI ZR 204/79, BGHZ 79, 259, 262; MünchKomm-BGB/Oetker, aaO § 249 Rn. 108; Gehrlein in Budewig/Gehrlein/Leipold, Der Unfall im Straßenverkehr 2008 Kap. 17 Rn. 5). Zwar hätte für die A. GmbH die Möglichkeit bestanden, zur Beseitigung eines Widerspruchs und Abwendung des Schadens unter Einbeziehung auch der N. KG das Verfahren nach § 1246 Abs. 2 BGB, § 410 Nr. 4 FamFG einzuleiten. Ein etwaiges Versäumnis lässt jedoch die Schadenskausalität unberührt und könnte allenfalls ein Mitverschulden (§ 254 BGB) begründen.

40 c) Der hier verfolgte Schaden ist dem Beklagten auch mit Rücksicht auf den Schutzzweck des § 1246 BGB zuzurechnen.

41 aa) Für den Bereich der deliktischen Haftung und anderer gesetzlicher Haftungsvorschriften ist allgemein anerkannt, daß ein Schaden nur dann zu ersetzen ist, wenn er in den Schutzbereich der verletzten Vorschrift fällt. Das ist dann der Fall, wenn es sich um Folgen handelt, die im Bereich der Gefahren

liegen, um derentwillen die Rechtsnorm erlassen wurde. Notwendig ist ein innerer Zusammenhang mit der durch den Schädiger geschaffenen Gefahrenlage, nicht nur eine bloß zufällige äußere Verbindung (BGH, Urteil vom 4. Juli 1994 - II ZR 126/93, NJW 1995, 126, 127 f). Die Abwägung nach Maßgabe des Schutzzwecks der haftungsbegründenden Norm soll sicherstellen, dass nur Schäden der Art ersetzt werden müssen, die durch Befolgung der verletzten gesetzlichen Regel beziehungsweise der verletzten Vertragspflicht verhindert werden sollten (BGH, Urteil vom 14. November 2000 - X ZR 203/98, NJW 2001, 514, 515).

42 bb) Macht ein Beteiligter den schuldrechtlichen Anspruch auf eine abweichende Art des Pfandverkaufs geltend und verständigen sich die Parteien auf eine andere Verkaufsart, liegt eine Vereinbarung im Sinne des § 1245 BGB vor (Staudinger/Wiegand, aaO § 1246 Rn. 4; MünchKomm-BGB/Damrau, aaO § 1246 Rn. 4). Scheitert eine Einigung, kann der Beteiligte, der eine andere Verkaufsart begehrt, gemäß § 1246 Abs. 2 BGB das Gericht anrufen; die Entscheidung erging im Jahre 2005 gemäß § 166 FGG (vgl. jetzt § 410 Nr. 4 FamFG) durch das Amtsgericht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Gemäß § 1243 BGB ist eine Veräußerung, die nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht, als nicht rechtmäßig einzustufen. Die Rechtswidrigkeit kann nur durch eine wirksame Abrede nach § 1245, 1246 BGB beseitigt werden (Bamberger/Roth/Sosnitza, aaO § 1243 Rn. 2; Nobbe in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO § 1243 Rn. 1). Fehlt es an der Rechtmäßigkeit, scheidet ein wirksamer Erwerb der Pfandsache - abgesehen von Fällen der Gutgläubigkeit - aus (MünchKomm-BGB/Damrau, aaO § 1243 Rn. 3; Bamberger/Roth/Sosnitza, aaO; Nobbe in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO). Verweigert ein Beteiligter sein Einvernehmen und schreitet der andere Beteiligte gleichwohl ohne Anrufung des Gerichts zu einer freihändigen Verwertung, kann dieses rechtswidrige Ver-

kaufsverfahren nicht nachträglich durch eine gerichtliche Entscheidung genehmigt werden (OLG Köln OLGReport 1995, 290, 292; Bamberger/Roth/Sosnitza, aaO § 1246 Rn. 3; jurisPK-BGB/Metzger, 5. Aufl. § 1246 Rn. 6; Nobbe in Prütting/Wegen/Weinreich, aaO § 1246 Rn. 2; MünchKomm-BGB/Damrau, aaO § 1246 Rn. 7). Deshalb ist ein den Interessen aller Beteiligter entsprechender freihändiger Verkauf gleichwohl als rechtswidrig einzustufen, wenn der Widerspruch eines Beteiligten nicht im Verfahren nach § 1246 Abs. 2 BGB ausgeräumt wurde. Andernfalls bestünde die nahe liegende Gefahr, dass Beteiligte in der - voreiligen - Annahme, im Interesse aller Beteiligter zu handeln, anstelle der Durchführung des Verfahrens nach § 1246 Abs. 2 BGB einen eigenmächtigen Verkauf vornehmen.

43 cc) Vor diesem Hintergrund erweist sich ein den Interessen aller Beteiligten entsprechender freihändiger Verkauf ebenfalls als rechtswidrig, wenn zuvor um das notwendige Einverständnis auch nur eines der Beteiligten überhaupt nicht nachgesucht wurde. War ein freihändiger Verkauf beabsichtigt, dessen Rechtmäßigkeit an der versäumten Einholung des Einverständnisses eines Beteiligten gescheitert wäre, fällt der aus der unterbliebenen Veräußerung herrührende Schaden nicht in den Schutzbereich der Norm. Folgerichtig kann der A. GmbH nach Verweigerung der Einwilligung durch den Beklagten wegen des Unterbleibens einer freihändigen Veräußerung nur dann ein Schadensersatzanspruch zustehen, wenn sie tatsächlich beabsichtigt hatte, sämtliche Voraussetzungen zur Sicherstellung einer rechtmäßigen anderweitigen Verwertung zu schaffen. Im Streitfall durfte sich die A. GmbH wegen der verbliebenen (Mit-)Verfügungsbefugnis der N. KG nicht darauf beschränken, lediglich das Einverständnis des Beklagten für eine freihändige Veräußerung einzuholen. Vielmehr hätte es daneben der Einwilligung der N. KG bedurft.

44 ee) Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die A. GmbH im Falle der Erteilung des Einverständnisses durch den Beklagten außerdem um eine Einwilligung der N. KG nachgesucht hätte. Dem Beklagten musste als mitbestimmendem Verwalter die Notwendigkeit einer Zustimmung auch der N. KG bekannt sein. Deswegen war der Beklagte neben der Erteilung seiner Einwilligung im Blick auf das von ihm uneingeschränkt zu beachtende Absonderungsrecht der A. GmbH verpflichtet, diese auf die für eine freihändige Veräußerung zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung auch des Einverständnisses der N. KG hinzuweisen. Auf der Grundlage der Vermutung beratungsgerechten Verhaltens (grundlegend BGH, Urteil vom 5. Juli 1973 - VII ZR 12/73, BGHZ 61, 118, 121 f) ist dann die Annahme gerechtfertigt, dass die A. GmbH tatsächlich die N. KG um ihre Einwilligung ersucht hätte.

45 ff) Nachdem der Beklagte seine Einwilligung in eine freihändige Veräußerung verweigert hatte, brauchte die A. GmbH nicht mehr um ein Einverständnis der N. KG nachzusuchen. Infolge der Ablehnung des Beklagten war der Schaden bereits entstanden. Darum hätte sich - was das Berufungsgericht verkannt hat - eine Anfrage gegenüber der N. KG als leerer Formalismus dargestellt, der nicht mehr geeignet gewesen wäre, den durch die Weigerungshaltung des Beklagten bereits entstandenen Schaden zu vermeiden.

46 5. Der Beklagte hat in der mündlichen Revisionsverhandlung geltend gemacht, die N. KG hätte ihre Einwilligung in die freihändige Veräußerung auch dann verweigert, wenn er zuvor selbst zugestimmt und die A. GmbH auf die Notwendigkeit der Einholung auch des Einverständnisses der N. KG hingewiesen hätte. Auch wenn man diesen Sachverhalt als richtig unterstellt, kommt eine Haftung des Beklagten in Betracht.

47 a) Da die freihändige Veräußerung in diesem Fall trotz pflichtgemäßen Verhaltens des Beklagten an dem fehlenden Einverständnis der - deshalb zunächst allein schadensersatzpflichtigen - N. KG gescheitert wäre, sind die Grundsätze des rechtmäßigen Alternativverhaltens zu beachten. Die Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten, nämlich der von dem Schädiger zu beweisende (BGH, Urteil vom 26. Juni 1990 - X ZR 19/89, NJW 1991, 166, 167 mwN) Einwand, der Schaden wäre auch bei rechtmäßigem Verhalten entstanden, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Frage der Zurechnung eines Schadenserfolges grundsätzlich beachtlich (BGH, Urteil vom 7. Februar 1984 - VI ZR 174/82, BGHZ 90, 103, 111; vom 26. Oktober 1999 - X ZR 30/98, NJW 2000, 661, 663 jeweils mwN). Indessen kann auch bei der nunmehr behaupteten tatsächlichen Gestaltung eine Schadensersatzpflicht des Beklagten durchgreifen, weil er wegen der jeden vorläufigen Insolvenzverwalter treffenden Verpflichtung zur Sicherung und Erhaltung der Masse (vgl. § 22 Abs. 2 Nr. 1 InsO) möglicherweise gehalten war, die A. GmbH für den Fall der Ablehnung einer freihändigen Veräußerung durch die N. KG darauf hinzuweisen, dass er durch ein Tätigwerden gegenüber dem Insolvenzgericht eine gerichtliche Einzelanordnung erwirken und auf diese Weise die Voraussetzungen eines freihändigen Verkaufs schaffen konnte.

48 b) Bei der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters sind im Blick auf seine Entscheidungsbefugnisse grundsätzlich drei Erscheinungsformen zu unterscheiden: Zum einen kommt die Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters in Betracht, auf den in Verbindung mit einem an den Schuldner gerichteten Verfügungsverbot die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 22 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 1 InsO) über das Vermögen des Schuldners übergeht. Zum anderen kann - wie es verbreiteter Praxis und auch dem Streitfall entspricht - ein vorläufiger Insolvenzverwalter mit Zustimmungs-

vorbehalt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) ernannt werden, ohne dessen Mitwirkung Verfügungen des Schuldners unwirksam sind (vgl. HK-InsO/ Kirchhof, aaO § 22 Rn. 52). Schließlich besteht die Möglichkeit, dass das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter ohne jede Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis einsetzt (vgl. MünchKomm-InsO/Haarmeyer, aaO § 22 Rn. 30). Das Insolvenzgericht kann auf der Grundlage von § 22 Abs. 2 InsO die Rechte und Pflichten eines vorläufigen Insolvenzverwalters ohne begleitendes allgemeines Verfügungsverbot näher konkretisieren.

49 c) Auch ein mitbestimmender vorläufiger Insolvenzverwalter oder ein vorläufiger Insolvenzverwalter ohne jede Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ist ungeachtet einer ergänzenden gerichtlichen Anordnung - wie sie im Streitfall tatsächlich ergangen ist - zur Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens verpflichtet. Eine solche Pflicht sieht § 22 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 InsO für den vorläufigen Insolvenzverwalter vor, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist. Sie gilt aber unabhängig von einer besonderen gerichtlichen Anordnung (§ 22 Abs. 2 InsO) auch für die anderen vorläufigen Insolvenzverwalter. Zwar sollten die Rechte und Pflichten solcher vorläufiger Insolvenzverwalter tunlichst von dem Insolvenzgericht ausdrücklich festgelegt werden (HK-InsO/Kirchhof, aaO § 22 Rn. 47). Kernaufgabe jedes, auch eines mitbestimmenden oder mit keiner Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis ausgestatteten vorläufigen Insolvenzverwalters ist jedoch die Überwachung des Schuldners (Pape in Kübler/Prütting/Bork, InsO § 22 Rn. 54; HK-InsO/Kirchhof, aaO § 22 Rn. 47; Stefan Meyer, Die Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters, 2003, S. 196 f). Aus dem Zweck der Überwachungspflicht folgt ohne weiteres, dass jedem vorläufigen Insolvenzverwalter ungeachtet einer spezifischen gerichtlichen Pflichtenzuweisung bereits kraft seiner Funktion als originäre Pflicht die Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens obliegt (Münch-

Komm-InsO/Haarmeyer, aaO § 22 Rn. 29; Uhlenbruck/Vallender, aaO § 22 Rn. 208a; Stefan Meyer, aaO S. 195; in diesem Sinne wohl auch Pape in Kübler/Prütting/Bork, aaO; a.A. HmbKomm-InsO/Schröder, aaO § 22 Rn. 105).

50 d) Mit Rücksicht auf seine Verpflichtung zur Erhaltung und Sicherung des Schuldnervermögens war der Beklagte hier möglicherweise gehalten, eine freihändige Veräußerung der dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht der A. GmbH unterliegenden Ware vor Verfahrenseröffnung zu ermöglichen. Dabei ist revisionsrechtlich zu unterstellen, dass in dem versäumten Weihnachtsverkauf 2005 deutlich höhere Erlöse erzielbar gewesen wären als bei einer späteren Veräußerung der Ware im Verlauf des Jahres 2006 und dies für den Beklagten auch erkennbar war.

51 aa) Der vorläufige Insolvenzverwalter ist grundsätzlich nicht zu einer Verwertung des Schuldnervermögens berechtigt, weil einerseits der Schuldner wegen der Möglichkeit der Ablehnung einer Verfahrenseröffnung vor unwiederbringlichen Vermögenseinbußen geschützt und andererseits der Entscheidung der Gläubiger nach Insolvenzeröffnung (§ 157 InsO) nicht vorgegriffen werden soll (BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2000 - IX ZB 105/00, BGHZ 146, 165, 172). Freilich kann die erlaubte Verwaltungstätigkeit eines vorläufigen Insolvenzverwalters auch Verfügungen über Betriebsvermögen des Schuldners erfassen. Die Grenze zu einer unzulässigen Verwertung ist erst überschritten, wenn mehr Massebestandteile abgegeben werden, als es der Erhalt des Schuldnervermögens als Ganzes erfordert, oder wenn Massebestandteile veräußert werden, die für die spätere Fortführung des Schuldnerunternehmens von wesentlicher Bedeutung sind (HK-InsO/Kirchhof, aaO § 22 Rn. 14). Eine Verwertung ist jedenfalls gerechtfertigt, wenn ein Aufschub bis nach der Insol-

venzeröffnung die künftige Insolvenzmasse schädigen würde (BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2000, aaO S. 173).

52 bb) Bei dieser Sachlage kann die im eröffneten Verfahren für den Verwalter geltende Verpflichtung, günstige Verwertungschancen wahrzunehmen (BGH, Urteil vom 22. Januar 1985 - VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423, 425; vom 5. Januar 1995 - IX ZR 241/93, ZIP 1995, 290, 293; MünchKomm-InsO/Brandes, aaO §§ 60, 61 Rn. 61, 65; HK-InsO/Lohmann, aaO § 60 Rn. 14; BT-Drucks. 12/2443 S. 179), auch einen vorläufigen Verwalter treffen, wenn für ihn erkennbar ist, dass es sich um keine Masseverwertung im technischen Sinne handelt, auch mit Rücksicht auf schützenswerte Belange des Schuldners entbehrliche Vermögensgegenstände betroffen sind und eine auch nur annähernd vergleichbar lukrative Veräußerungsmöglichkeit nach Verfahrenseröffnung aller Voraussicht nach nicht mehr zu erwarten ist. Angesichts des rechtskräftigen Urteils des Oberlandesgerichts Stuttgart, das der A. GmbH die Verwertung der Ware im Wege des Pfandverkaufs erlaubte, kann ein Interesse an dem Erhalt der Ware zugunsten des Schuldners oder der Masse nicht anerkannt werden. Ob vorliegend außerdem die Möglichkeit einer nicht wiederkehrenden gewinnbringenden freihändigen Veräußerung der Ware im Weihnachtsgeschäft oder im Rahmen einer anderen erfolgversprechenden Verkaufsaktion bestand, wird das Berufungsgericht gegebenenfalls festzustellen haben.

53 cc) Falls eine solche günstige Veräußerungsgelegenheit tatsächlich gegeben war, hätte ihre Wahrnehmung im Interesse aller Beteiligten gelegen: Der freihändige Verkauf hätte der A. GmbH eine höhere Befriedigung verschafft, die Verbindlichkeiten der N. KG reduziert und die Insolvenzquote der übrigen Gläubiger erhöht. Es sind auch Konstellationen denkbar, in denen eine freihändige Veräußerung von Absonderungsgut nach Befriedigung des

Berechtigten sogar zu einem Überschuss zu Gunsten der Masse führen kann. Aus dieser Erwägung besteht die Werterhaltungspflicht des vorläufigen Insolvenzverwalters gegenüber allen Beteiligten (Stefan Meyer, aaO S. 195, 28). Darum kann ein vorläufiger Insolvenzverwalter verpflichtet sein, etwaige Hindernisse für eine solche gewinnbringende Veräußerung - nach Maßgabe seiner Rechtsstellung - aus dem Weg zu räumen.

54 dd) Dabei kann sich ein starker vorläufiger Insolvenzverwalter darauf beschränken, die Zustimmung nach § 1246 Abs. 1 BGB zu erteilen. Der Beklagte als mitbestimmender vorläufiger Insolvenzverwalter hatte demgegenüber nicht nur seine Einwilligung (§ 1246 Abs. 1 BGB, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 InsO) zu geben, sondern außerdem für das Einverständnis der N. KG (§ 1246 Abs. 1 BGB) Sorge zu tragen. Ist ein Vermögensverlust zu Lasten der Gläubiger zu befürchten, hat der vorläufige Verwalter die massegefährdende Verweigerungshaltung des Schuldners dem Insolvenzgericht anzuzeigen, um etwa durch die Anordnung weitergehender Verfügungsbeschränkungen Abhilfe zu erwirken. Hätte die N. KG ihr Einverständnis verweigert, wäre der Beklagte verpflichtet gewesen, zwecks Verwirklichung eines gewinnbringenden freihändigen Verkaufs auf eine ergänzende Einzelanordnung des Insolvenzgerichts (§ 22 Abs. 2 Satz 2 InsO) hinzuwirken. Im Falle der Versäumung dieser Maßnahme hätte den Beklagten als vorläufigen Insolvenzverwalter eine Schadensersatzpflicht getroffen (vgl. Graeber in: Pape/Graeber, Handbuch der Insolvenzverwalterhaftung, 2009, Teil 2 Rn. 392; Stefan Meyer, aaO S. 198). Die Vernachlässigung der Überwachungspflicht führt zur Haftung des vorläufigen Insolvenzverwalters (Graeber, aaO Rn. 396).

55 ee) Da der Vermögensnachteil der A. GmbH jedenfalls aufgrund einer Einzelanordnung des Insolvenzgerichts, dessen rechtmäßiges Handeln

unterstellt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 18. Dezember 2008 - IX ZR 179/07, WM 2009, 324 Rn. 11), vermieden worden wäre, hätte der Beklagte der A. GmbH gemäß § 60 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 InsO den durch die verweigerte freihändige Veräußerung entstandenen Schaden zu ersetzen (vgl. Graeber, aaO Rn. 398).

IV.

56 Auf die - im Umfang ihrer Zulässigkeit - begründete Revision ist das angefochtene Urteil aufzuheben (§ 562 ZPO). Eine abschließende Entscheidung

(§ 563 Abs. 3 ZPO) ist dem Senat mangels hinreichender tatrichterlicher Feststellungen verwehrt.

Kayser Gehrlein Vill

Lohmann Fischer

Vorinstanzen:
LG Stuttgart, Entscheidung vom 13.11.2009 - 16 O 624/08 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 28.07.2010 - 4 U 191/09 -