BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 183/06

Verkündet am:
16. Oktober 2008
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

GG Art. 101 Abs. 1 Satz 2; GVG § 21e

Zu den Voraussetzungen der Übertragung eines anhängigen Verfahrens auf einen anderen Spruchkörper durch Präsidiumsbeschluss.

BGH, Urteil vom 16. Oktober 2008 - IX ZR 183/06 - OLG Karlsruhe
LG Baden-Baden

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2008 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Ganter, die Richter Prof. Dr. Gehrlein und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Klägerin und des Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 26. Juli 2006, berichtigt durch Beschluss vom 22. Januar 2007, aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Karlsruhe zurückverwiesen.

Gerichtskosten für das Revisionsverfahren werden nicht erhoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Beklagte war Verwalter im Konkursverfahren über das Vermögen der zur "R. -Gruppe", einem Zulieferbetrieb der Automobilindustrie, gehörenden R. GmbH (fortan: Gemeinschuldnerin). Die klagende Bank wirft ihm vor, durch Veräußerung eines ihr sicherungsübereigneten Warenlagers und unbefugtes Einziehen ihr zur Sicherheit abgetretener Forderungen Absonderungsrechte vereitelt zu haben, die sie zugleich für andere, mit ihr in

einem Sicherheitenpool zusammengeschlossene Banken gehalten habe. Im vorliegenden Prozess hat sie Schadensersatz in Höhe von zuletzt 9.468.361,05 € verlangt. Das Landgericht hat den Beklagten unter Abweisung der weitergehenden Klage zur Zahlung von 6.740.597,98 € nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Abtretung von Ansprüchen gegen einen Dritten, verurteilt. Der Beklagte hat Berufung, die Klägerin Anschlussberufung eingelegt. Die Berufung ist zunächst dem 10. Zivilsenat des Berufungsgerichts zugeschrieben worden und dann auf den 12. Zivilsenat übergegangen. Mit Präsidiumsbeschluss vom 31. Januar 2005 ist sie schließlich dem 15. Zivilsenat zugewiesen worden. Das Berufungsgericht - 15. Zivilsenat - hat die Klage bis auf einen Betrag von 138.465,43 € nebst Zinsen abgewiesen und die Revision zugelassen. Mit ihrer Revision verfolgt die Klägerin ihren bisherigen Antrag weiter; der Beklagte will mit seiner Revision die vollständige Abweisung der Klage erreichen.

Entscheidungsgründe:

I.

2 Beide Revisionen führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Die von beiden Parteien - vom Beklagten hilfsweise - erhobene Rüge des Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) ist berechtigt. Der Präsidiumsbeschluss vom 31. Januar 2005 war rechtswidrig.

3 1. Nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Welcher Richter (oder Spruchrichter) des sachlich, örtlich und funktionell zuständigen Gerichts der "gesetzliche Richter" im Sinne

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

der Verfassung ist, ist durch einen Geschäftsverteilungsplan im Voraus generell-abstrakt, aber zugleich hinreichend bestimmt zu regeln, so dass Manipulationen und damit verbunden sachfremde Einflüsse auf die Rechtsprechung ausgeschlossen sind (BVerfG NJW 1997, 1497, 1498). Genügt die Geschäftsverteilung diesen Anforderungen nicht, ist das Gericht, welches seine Zuständigkeit aus ihm ableitet, nicht ordnungsgemäß besetzt (BVerfG NJW 2005, 2689, 2690). Die Rechts- und Verfassungsmäßigkeit der Geschäftsverteilung ist - anders als die Auslegung und Würdigung des Geschäftsverteilungsplans durch das erkennende Gericht - nicht nur auf Willkür, sondern auf jeden Rechtsverstoß zu untersuchen (BVerfG NJW 2005, 2689, 2690; BVerwG NJW 1987, 2031, 2032; Zöller/Lückemann, ZPO 27. Aufl. § 21e GVG Rn. 52).

4 2. Der Präsidiumsbeschluss vom 31. Januar 2005, durch den das Verfahren an den 15. Zivilsenat abgegeben worden ist, ist rechtswidrig.

5 a) Das Präsidium des Oberlandesgerichts hat am 31. Januar 2005 beschlossen, dass 34 einzeln aufgeführte Berufungsverfahren, darunter das vorliegende Verfahren, vom 12. Senat auf den 15. Senat übergehen sollten. Die Verfahren hatte der selbst dem Präsidium angehörende Vorsitzende des 12. Senats vorgeschlagen. In einem Schreiben an das Präsidium vom 19. Januar 2005 hatte er die Auswahl wie folgt erläutert: Wegen Ausscheidens einer Beisitzerin, deren Stelle fortan zwischen dem 12. und dem 15. Senat geteilt werde, solle auch deren Dezernat zwischen dem 12. und dem 15. Zivilsenat geteilt werden. Die 26 der insgesamt 66 in dem Dezernat befindlichen Berufungsverfahren, die in die Spezialzuständigkeit des Senats fielen, sollten nicht abgegeben werden. Von den übrigen Verfahren sollten "vorrangig diejenigen beim Senat verbleiben, in denen bereits verhandelt worden ist bzw. die sachlich bereits

bearbeitet worden sind". Es handele sich um insgesamt sechs Verfahren. Die übrigen 34 Verfahren könnten abgegeben werden.

6 b) Zweifelhaft ist bereits, ob die Abgabe anhängiger Verfahren überhaupt sachlich gerechtfertigt war.

7 aa) Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG steht einer Änderung der Zuständigkeit für bereits anhängige Verfahren dann nicht entgegen, wenn die Neuregelung generell gilt, zum Beispiel mehrere anhängige Verfahren und eine unbestimmte Vielzahl künftiger, gleichartiger Fälle erfasst und nicht aus sachwidrigen Gründen geschieht (BVerfG NJW 2003, 345). Ob es darüber hinaus Konstellationen gibt, in denen die Umverteilung ausschließlich bereits anhängiger Verfahren als ultima ratio geboten ist, um die konfligierenden Verfassungsgüter des Rechts auf Gewährleistung von Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit einerseits, des Rechts auf den gesetzlichen Richter andererseits zur Geltung zu bringen, hat das Bundesverfassungsgericht dagegen offen gelassen (BVerfG NJW 2005, 2689, 2690). In einem solchen Fall werde es jeweils "nahe liegen, die Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern, zu dokumentieren und den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis zu geben, um dem Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung entgegen zu wirken" (BVerfG, aaO).

8 bb) Grundlage des Präsidiumsbeschlusses vom 31. Januar 2005 war die Jahresgeschäftsverteilung für das Jahr 2005, in der es hieß: "Mit der Neubesetzung der AO-Stelle nach Ende der AO (Abordnung) von Frau RiLG ... zum 1. Februar 2005 wird diese AO-Stelle zwischen dem 12. und dem 15. Zivilsenat unter Mitnahme von ca. 50 % der auf das AO-Dezernat entfallenden Bestandsverfahren - mit Ausnahme der in die Spezialzuständigkeit des 12. Zivilsenats fallenden Verfahren, die bei ihm verbleiben - geteilt, wie vom Präsidium im Ein-

zelnen noch zu beschließen sein wird." Die Verringerung der Besetzung eines Spruchkörpers kann zu dessen Überlastung führen und ein Eingreifen des Präsidiums rechtfertigen, damit die anhängigen Verfahren innerhalb angemessener Zeit entschieden werden können. Das gilt auch dann, wenn die Geschäftsverteilung im Laufe des Geschäftsjahres geändert wird (§ 21e Abs. 3 GVG; vgl. BGHSt 30, 371, 373 f; 44, 161, 165). Ob die Abgabe der beim 12. Zivilsenat anhängigen Verfahren an den 15. Zivilsenat erforderlich war, ob der Verlust der halben Stelle also hinsichtlich der anhängigen Verfahren nicht senatsintern hätte aufgefangen werden können, und ob der 15. Zivilsenat über zusätzliche Kapazitäten verfügte und deshalb eher in der Lage war, die fraglichen Sachen zügig zu entscheiden, lässt sich dem Präsidiumsbeschluss nicht entnehmen. Die Entscheidung des vorliegenden Falles ist durch die Abgabe an den 15. Zivilsenat jedenfalls deutlich verzögert worden. Es handelte sich um das älteste im zu teilenden Dezernat befindliche Verfahren. Der Vorsitzende des 12. Zivilsenats hatte Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 19. Oktober 2004 anberaumt. Gemäß Verfügung vom 13. Oktober 2004 hatte er den Termin "wegen Erkrankung der Berichterstatterin" auf den 18. Januar 2005, dann auf Antrag einer Partei nochmals auf den 3. Mai 2005 verlegt. Diesen Termin hob er unter Hinweis auf den Präsidiumsbeschluss vom 31. Januar 2005 auf. Im 15. Zivilsenat blieb die Sache zunächst liegen. Mit Verfügung vom 14. März 2006 wurde Termin auf den 17. Mai 2006 bestimmt; das Urteil erging schließlich auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juli 2006.

9 c) Jedenfalls war die Abgabe der 34 Verfahren unzulässig.

10 aa) Eine Geschäftsverteilung darf nicht in der Weise geändert werden, dass einzeln ausgesuchte Sachen einem anderen Spruchkörper zugewiesen werden (BGHSt 7, 23, 24 f; 44, 161, 166; BFH BFH/NV 2006, 1873, 1874). Zum

Begriff des gesetzlichen Richters gehört gerade, dass die Zuteilung der Sachen sich nach allgemeinen Merkmalen richtet, um auf diese Weise eine willkürliche Besetzung des Gerichts zu vermeiden.

11 bb) Wäre das Schreiben des Vorsitzenden des 12. Zivilsenats vom 19. Januar 2005 über die Auswahl der abzugebenden Verfahren auch ohne Bezugnahme Teil des Präsidiumsbeschlusses vom 31. Januar 2005 geworden, änderte sich im Ergebnis nichts. Das Kriterium der "sachlichen Befassung", das in diesem Schreiben zur Rechtfertigung der getroffenen Auswahl herangezogen wird, ist nicht hinreichend bestimmt und zudem nicht geeignet zu erläutern, warum das vorliegende Verfahren nicht beim 12. Zivilsenat verblieben, sondern an den 15. Zivilsenat abgegeben worden ist. Der Begriff "sachliche Befassung" hat keinen feststehenden Inhalt. Das Berufungsgericht (15. Zivilsenat) hat eine Parallele zur "Tätigkeit in einer Sache" gesehen, die nach § 21e Abs. 4 GVG eine Ausnahmeregelung hinsichtlich des Verbleibs einer Sache bei dem zuerst zuständig gewordenen Richter oder Spruchkörper rechtfertigt. War der Beschluss vom 31. Januar 2005 in dieser Weise zu verstehen, hätte das vorliegende Verfahren keinesfalls abgegeben werden dürfen. Bei der Auslegung des § 21e Abs. 4 GVG ist streitig, ob der Begriff "Tätigkeit" eine vorbereitende Entscheidung oder eine sonstige Prozesshandlung des Richters beschreibt (so Meyer-Goßner, StPO 51. Aufl. § 21e Rn. 17; Löwe/Rosenberg/Breidling, StPO 25. Aufl. § 21e GVG Rn. 55) oder ob auch jede andere Befassung mit der Sache ausreicht (so Kissel/Mayer, GVG 5. Aufl. § 21e Rn. 149). Die Anberaumung eines Termins zur mündlichen Verhandlung stellt aber sowohl eine Prozesshandlung als auch eine Befassung mit der Sache dar. Offensichtlich war anderes gemeint, etwa eine inhaltliche Bearbeitung der Sache durch ein Mitglied des Spruchkörpers. Dann hätte der Begriff jedoch jegliche Kontur verloren und wäre für die Parteien - um deren Grundrecht auf den gesetzlichen Richter es geht - in

keiner Weise mehr nachzuvollziehen. Im Übrigen ist die Sache kurzfristig vor dem zunächst anberaumten Termin verlegt worden; dass sich bis dahin noch niemand inhaltlich mit dieser doch recht umfangreichen Sache befasst haben soll, wäre angesichts ihres Umfangs und auch im Hinblick auf die Regelungen der §§ 273, 525 ZPO ungewöhnlich.

12 d) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts folgt eine Zuständigkeit des 15. Zivilsenats schließlich nicht daraus, dass dem Urteil eine mündliche Verhandlung vorausgegangen ist und nach Ziff. III.15 des Geschäftsverteilungsplans die Zuständigkeit eines Senats durch die Anberaumung eines Termins begründet wird. Der fehlerhafte Präsidiumsbeschluss über die Abgabe eines bereits anhängigen Verfahrens wird nicht durch eine anschließende mündliche Verhandlung geheilt.

13 3. Der Beklagte hat bereits in der Berufungsinstanz die Fehlerhaftigkeit des Präsidiumsbeschlusses vom 31. Januar 2005 und die daraus resultierende Unzuständigkeit des 15. Zivilsenats gerügt. Die Klägerin hat dagegen rügelos verhandelt. Gleichwohl ist sie nicht mit ihrer jetzt erhobenen Rüge des Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter ausgeschlossen. Das Recht auf den gesetzlichen Richter ist unverzichtbar. Die Vorschrift des § 295 ZPO findet auf einfache Fehler bei der Auslegung und Würdigung des Geschäftsverteilungsplanes Anwendung (vgl. etwa Zöller/Greger, aaO § 295 Rn. 3; Stein/Jonas/Leipold, ZPO 22. Aufl. § 295 Rn. 21), nicht jedoch bei Verstößen gegen Art. 101 Abs. 1 GG (BGHZ 6, 178, 181; BGH, Urt. v. 19. Oktober 1992 - II ZR 171/91, NJW 1993, 600, 601; Beschl. v. 30. September 1997 - X ZB 17/96, NJW-RR 1998, 699; MünchKomm-ZPO/Zimmermann, 3. Aufl. § 21e GVG Rn. 66; MünchKomm-ZPO/Prütting, aaO § 295 Rn. 22; Hk-ZPO/Saenger, 2. Aufl. § 295 Rn. 4; Musielak/Huber, ZPO 5. Aufl. § 295 Rn. 3).

II.

14 Das Berufungsurteil ist daher ohne Sachprüfung aufzuheben (§ 562 Abs. 2 ZPO). Die Sache wird an den 12. Zivilsenat des Oberlandesgerichts zurückverwiesen (§ 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Für die neue Verhandlung und Entscheidung weist der Senat auf folgende rechtliche Gesichtspunkte hin:

15 1. Grundlage des Begehrens der Klägerin ist § 82 KO. Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, Absonderungsrechte an einem sicherungsübereigneten Warenlager und an sicherungsabgetretenen Forderungen missachtet zu haben. Ihre Absonderungsrechte führt die Klägerin auf den am 5. Juni 1996 zwischen ihr und der Gemeinschuldnerin geschlossenen "Sicherungsübereignungsvertrag" zurück.

16 a) Gegen die Wirksamkeit dieses Vertrages erhebt die Revision des Beklagten zu Recht keine Bedenken. Gegenstand des Vertrages waren die der Gemeinschuldnerin zustehenden Rechte; Rechte der Lieferanten aus einfachen oder verlängerten Eigentumsvorbehaltslieferanten blieben unberührt.

17 b) Das Berufungsgericht hat nicht für erforderlich gehalten, die Rechte der Klägerin einerseits, der Lieferanten andererseits zu trennen. Es hat gemeint, die Klägerin könne auch hinsichtlich der vereitelten Lieferantenrechte Schadensersatz aus eigenem Recht verlangen. Dies folge aus einer "Vereinbarung über die Abgrenzung der Sicherheiten am Umlaufvermögen" vom 24. Juli 1996 zwischen der Gemeinschuldnerin, dem zugleich für bestimmte Lieferanten handelnden Kreditversicherer, weiteren Lieferanten, welche der Vereinbarung beitreten konnten, und den kreditgebenden Banken, in der es u.a. hieß:

> "Die beitretenden Lieferanten verpflichten sich mit dem Beitritt gegenüber der DG-Bank als Treuhänderin, ihre individuellen Rechte aller Art aus dem vereinbarten einfachen, erweiterten und verlängerten Eigentumsvorbehalt sowie ihre Zurückbehaltungsrechte und Pfandrechte während der Gültigkeit dieser Vereinbarung nicht geltend zu machen. Die Lieferanten ermächtigen mit ihrem Beitritt die DG-Bank (Klägerin) jedoch, alle ihnen zustehenden Sicherungsrechte, soweit dies zu deren Durchsetzung erforderlich ist, gegenüber der Firma (Gemeinschuldnerin), ihren Drittschuldnern und sonstigen Personen geltend zu machen."

18 Das Berufungsgericht hat diese Vertragsbestimmung dahingehend ausgelegt, dass "die Klägerin unter den schuldrechtlichen Bindungen der Treuhandschaft Inhaberin der Sicherungsrechte der Lieferanten werden und nicht nur ermächtigt werden sollte, die Lieferantenrechte als fremde Rechte in eigenem Namen geltend zu machen". Die Vertragsauslegung obliegt grundsätzlich dem Tatrichter. Sie kann in der Revisionsinstanz nur daraufhin überprüft werden, ob der Auslegungsstoff vollständig berücksichtigt wurde, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt wurden und ob die Auslegung auf einem von der Revision gerügten Verfahrensfehler beruht (z.B. BGH, Urt. v. 26. März 2004 - V ZR 90/03, NJW-RR 2004, 952, 953). Die Revision des Beklagten erhebt insoweit keine Einwände.

19 c) Der Beklagte hat unter Beweisantritt behauptet, dass die Abgrenzungsvereinbarung durch die im August 1998 geschlossene "Vereinbarung über die Abgeltung der Sicherungsrechte der Warenlieferanten" aufgehoben worden sei. Für die Frage der Anspruchsvoraussetzungen - der Absonderungsrechte der Klägerin also - kommt es darauf nicht an. Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, Absonderungsrechte missachtet und vernichtet zu haben. Es kann damit nur um Rechte gehen, die bis zum Ende der Tätigkeit des Beklagten am

14. August 1997 entstanden und untergegangen sind. Die Abgeltungsvereinbarung kann sich allenfalls auf den Umfang des Schadensersatzanspruchs auswirken.

20 d) Der Beklagte hat außerdem behauptet, es habe Lieferanten gegeben, die unter Eigentumsvorbehalt geliefert hätten, der "Abgrenzungsvereinbarung" aber nicht beigetreten seien; er hat bestritten, dass der Versicherer berechtigt gewesen sei, diese Lieferanten zu vertreten.

21 aa) Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen für nicht hinreichend substantiiert gehalten. Ob dies zutrifft, erscheint zweifelhaft, nachdem der Beklagte tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorgetragen hat, dass auch Zahlungen an einzelne Lieferanten erfolgt sind, die ihre Sicherungsrechte selbst durchgesetzt haben ("Erpressungskosten"). Grundsätzlich ist die Klägerin darlegungs- und beweispflichtig für die tatsächlichen Voraussetzungen des Anspruchs aus § 82 KO. Entgegen ihrer in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußerten Ansicht reicht hierfür nicht aus, dass ein möglicher Erwerbstatbestand - die Verbringung einer beweglichen Sache in das sicherungsübereignete Warenlager - für sich genommen außer Streit steht. Durch die Einbringung in das Warenlager wurden der Klägerin nämlich nur solche Waren übereignet, die nicht im Eigentum Dritter (insbesondere der unter Eigentumsvorbehalt liefernden Lieferanten) standen. Der Beklagte kann aber nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast gehalten sein, Einzelheiten zu den von ihm behaupteten Rechten Dritter vorzutragen, soweit es sich um Umstände handelt, die er im Verlauf seiner Verwaltertätigkeit erfahren hat oder hätte erfahren müssen. Verstöße gegen die einem Verwalter gegenüber den Absonderungsberechtigten obliegenden Pflichten dürfen prozessual der Klägerin nicht zum Nachteil und dem Beklagten nicht zum Vorteil gereichen. Hinsichtlich solcher Umstände,

die auch einem sorgfältig handelnden Verwalter verborgen geblieben wären, bleibt es bei der Darlegungs- und Beweislast der Klägerin.

22 bb) Gegebenenfalls wird die Vorschrift des § 287 ZPO anzuwenden sein. Dass die Verletzung von Absonderungsrechten der Klägerin nicht nur die Höhe des entstandenen Schadens bestimmt, sondern zugleich zu den Voraussetzungen eines Anspruchs nach § 82 KO gehört, steht nicht entgegen. Die Verpflichtung zum Schadensersatz beruht in tatsächlicher Hinsicht darauf, dass ein bestimmtes Ereignis, durch das der Anspruchsteller betroffen worden ist, zu einem Schaden geführt hat. Das dem Anspruchsgegner zuzurechnende schadenstiftende Ereignis sowie die Betroffenheit des Anspruchstellers bilden den konkreten Haftungsgrund, der nach § 286 ZPO zu beweisen ist (BGHZ 4, 192, 196; BGH, Urt. v. 24. Februar 1987 - VI ZR 111/86, NJW-RR 1987, 1019, 1020; v. 24. Februar 2005 - VII ZR 141/03, NJW 2005, 1653, 1654; Stein/Jonas/Leipold, aaO § 287 Rn. 11; Hk-ZPO/Saenger, aaO § 287 Rn. 4). Im vorliegenden Fall hat der Beklagte unbefugt ein Warenlager veräußert, eine Sachgesamtheit also, die jedenfalls auch aus der Klägerin sicherungsübereigneten Gegenständen bestand. Er hat im Zeitraum vom 1. Februar bis zum 14. August 1997 Forderungen eingezogen, welche der Klägerin zustanden, ohne die Erlöse zu separieren. Steht der konkrete Haftungsgrund fest, hat das Gericht über die Höhe des dadurch entstandenen Schaden unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden. Jede andere Lösung würde in einem Fall wie dem vorliegenden entweder dem Verwalter kaum zu erfüllende Aufklärungs- und Dokumentationspflichten hinsichtlich der im Zeitpunkt der Übernahme der Verwaltung bestehenden Aus- und Absonderungsrechte der Vorbehaltsverkäufer und der Sicherungsgläubiger auferlegen oder aber die Aus- und Absonderungsberechtigten nicht hinreichend vor Pflichtverletzungen des Verwalters schützen.

23 2. Bei der Frage der Pflichtverletzungen des Beklagten ist zwischen dem Warenlager und den Forderungen zu unterscheiden.

24 a) Hinsichtlich des Warenlagers hat das Berufungsgericht angenommen, der Beklagte sei aufgrund der Vereinbarung über die Aufrechterhaltung der Liquidität während des Konkursantragsverfahrens vom 29. November/4. Dezember/8. Dezember 1996 auch nach der Eröffnung des Konkursverfahrens noch zur Veräußerung der Waren im laufenden Geschäftsbetrieb berechtigt gewesen. Eine Pflichtverletzung hat es erst in der Veräußerung des Warenlagers an eine Auffanggesellschaft (fortan: RTG) gesehen.

25 aa) Der Einwand der Klägerin, der Beklagte hätte die Sicherheiten nach der Eröffnung des Konkursverfahrens nur noch verwerten, nicht aber verarbeiten und den erzielten Erlös entsprechend der "Liquiditätsvereinbarung" zur Fortsetzung der Produktion verwenden dürfen, ist unberechtigt. Ihrem Wortlaut nach galt die "Liquiditätsvereinbarung" nur für das Konkursantragsverfahren. Die an ihr beteiligten Sicherungsnehmer haben sich nach der Eröffnung des Konkursverfahrens jedoch so verhalten, als gälte sie fort. Ein Verbot der Weiterverarbeitung des Sicherungsguts und der Verwendung der Erlöse im laufenden Geschäftsbetrieb hätte notwendig dessen sofortige Einstellung zur Folge gehabt. Das wollte auch die Klägerin nicht. Ob die Überlegungen des Berufungsgerichts zur berechtigten Fortführung des Unternehmens des Gemeinschuldners und der damit verbundenen Verwertung von Sicherungsgut verallgemeinerungsfähig sind, braucht nicht entschieden zu werden.

26 bb) Der Beklagte war auch bei Fortgeltung der "Liquiditätsvereinbarung" nicht berechtigt, das Warenlager insgesamt an die RTG zu veräußern. Der Be-

klagte hatte sich in der "Liquiditätsvereinbarung" verpflichtet, den Bestand der Sicherheiten zu erhalten. Die Erlöse aus der Veräußerung der Waren sollten nur insoweit für die Produktion zur Verfügung stehen, "wie neue Sicherheitenwerte zuwachsen". Nach der Veräußerung des Warenbestandes an die RTG fand eine Ergänzung des Bestandes an Sicherheiten nicht mehr statt. Das hat das Berufungsgericht zutreffend gesehen. Die RTG war an die vertraglichen Vereinbarungen, welche die Gemeinschuldnerin mit den Sicherungsnehmern abgeschlossen hatte, nicht gebunden. Sie erwarb, produzierte und verkaufte in eigenem Namen. Von ihr neu erworbene oder hergestellte Waren gingen nicht in das Eigentum der Klägerin über; die Vorausabtretung der Kaufpreisforderungen erfasste die Forderungen aus den von ihr abgeschlossenen Verträgen nicht.

27 b) Gegenstand des Rechtsstreits ist außerdem das Einziehen von der Klägerin zur Sicherheit abgetretenen Forderungen im Zeitraum 1. Februar 1997 (Eröffnung des Konkursverfahrens) bis zum 14. August 1997 (Ende des Amtes des Beklagten).

28 aa) Hinsichtlich der nach der Eröffnung des Konkursverfahrens neu entstandenen Forderungen hat das Berufungsgericht zu Unrecht die Voraussetzungen einer in der Berufungsinstanz zulässigen Klageänderung (§ 533 ZPO) verneint.

29 (1) Nach § 533 ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn das Gericht sie für sachdienlich hält und sie auf Tatsachen gestützt werden kann, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung über die Berufung ohnehin nach § 529 ZPO zugrunde zu legen hat. Das Berufungsgericht hat die Sachdienlichkeit der Klageänderung in Zweifel gezogen, weil der Prozessstoff

durch sie nicht unerheblich erweitert werde. Diese Zweifel sind unbegründet. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kommt es nicht auf die beschleunigte Erledigung des anhängigen Prozesses, sondern darauf an, ob und inwieweit die Zulassung der geänderten Klage den sachlichen Streit im Rahmen des anhängigen Verfahrens ausräumt und einem anderenfalls zu gewärtigenden weiteren Rechtsstreit vorbeugt. Deshalb steht der Sachdienlichkeit einer Klageänderung nicht entgegen, dass im Falle ihrer Zulassung Beweiserhebungen nötig werden und dadurch die Erledigung des Prozesses verzögert wird. Bei der gebotenen prozesswirtschaftlichen Betrachtungsweise kann sie nur verneint werden, wenn ein völlig neuer Streitstoff in den Rechtsstreit eingeführt werden soll, bei dessen Beurteilung das Ergebnis der bisherigen Prozessführung nicht verwertet werden kann (BGH, Urt. v. 27. September 2006 - VIII ZR 19/04, NJW 2007, 2414, 2415 Rn. 10 f mit weiteren Nachweisen). Das ist hier nicht der Fall.

30 (2) Die Klägerin hat den geänderten Antrag auf Tatsachen gestützt, die das Berufungsgericht seiner Verhandlung und Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zu Grunde zu legen hat. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gelangt mit dem zulässigen Rechtsmittel grundsätzlich der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff erster Instanz ohne weiteres in die Berufungsinstanz. Das gilt auch für solches Vorbringen, das vom Gericht erster Instanz für unerheblich gehalten worden ist und im Tatbestand keine ausdrückliche Erwähnung gefunden hat (BGH, Urt. v. 27. September 2006, aaO S. 2416 Rn. 16 mit weiteren Nachweisen).

31 Die Klägerin hat in erster Instanz ihren Schaden auf der Grundlage des Bestandes ihrer Sicherheiten bei der Eröffnung des Konkursverfahrens am 1. Februar 1997 berechnet, weil der Beklagte ihrer Ansicht nach von da an nicht

mehr berechtigt war, Waren zu veräußern und Forderungen einzuziehen. Nachdem das Berufungsgericht den rechtlichen Hinweis erteilt hatte, aufgrund der ihrem Wortlaut nach nur für die Dauer des Sequestrationsverfahrens geschlossenen "Liquiditätsvereinbarung" sei der Beklagte auch nach der Eröffnung noch zur Veräußerung der Waren im ordentlichen Geschäftsverkehr berechtigt gewesen, hat sie ihre Klage hilfsweise auf die Einziehung der im Zeitraum 1. Februar 1997 bis 13. August 1997 neu entstandenen, ihr im Voraus abgetretenen Forderungen gestützt.

32 Dieser Sachverhalt war nicht "neu" und stand zudem außer Streit. Dass der Beklagte den Geschäftsbetrieb der Gemeinschuldnerin über den 1. Februar 1997 hinaus fortgeführt, vorhandene, der Klägerin sicherungsübereignete Warenbestände weiterverarbeitet und daraus entstandene Forderungen über allgemeine Konten eingezogen hat, hat die Klägerin schon in der Klageschrift vorgetragen. Der Beklagte hat dies nicht bestritten. Gegenüber dem Vorwurf der unberechtigten Verwertung des sicherungsübereigneten Warenlagers hat er sich damit verteidigt, die Erlöse seien für die Betriebsfortführung verwandt worden; hierdurch seien neue Vorräte und Forderungen entstanden, die der Klägerin wiederum als Sicherheiten zur Verfügung gestanden hätten. Das Zahlenwerk der Klägerin beruht auf der vom Beklagten zur Stützung seines Vorbringens überreichten Anlage B 9. Der Beklagte hat mit diesem Vorbringen mündlich verhandelt; er kann sich nur unter den Voraussetzungen des § 290 ZPO, die bisher weder dargetan noch sonst aus den Akten ersichtlich sind, von ihm lösen. Das im ersten Rechtszug abgelegte gerichtliche Geständnis behält seine Wirksamkeit auch für die Berufungsinstanz (§ 535 ZPO). Unstreitiger Vortrag ist hier selbst dann zu berücksichtigen, wenn er neu ist und durch seine Zulassung eine Beweisaufnahme erforderlich wird (BGHZ 161, 138, 142 ff; offen gelassen von BGH, Beschl. v. 23. Juni 2008 - GSZ 1/08, WM 2008, 2131 Rn. 10).

33 bb) Das Berufungsgericht hat angenommen, der Beklagte sei aufgrund der zunächst fortgeltenden "Liquiditätsvereinbarung" bis zum 31. März 1997 (also bis zur Übertragung des operativen Geschäfts der Gemeinschuldnerin auf die Auffanggesellschaft, die RTG) berechtigt gewesen, die zur Sicherheit abgetretenen Forderungen einzuziehen und den Erlös im in der "Liquiditätsvereinbarung" vorgesehenen Umfang zur Fortsetzung der Produktion zu verwenden. Auch dies trifft grundsätzlich zu. Zu welchem Zweck die Erlöse im Betrieb der Gemeinschuldnerin eingesetzt werden durften, ob etwa neben der Ersatzbeschaffung von Material auch sonstige Produktionskosten beglichen werden durften, was einem neuen Kredit gleichgekommen wäre, ist eine Frage der Auslegung der "Liquiditätsvereinbarung", welche das Berufungsgericht erneut vorzunehmen haben wird. Entgegen der Ansicht des Beklagten war die Einhaltung der in der "Liquiditätsvereinbarung" übernommenen Pflichten nicht von vornherein unmöglich. Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der Sicherheiten der Vorbehaltslieferanten einerseits, der Banken andererseits hätte der Beklagte dadurch begegnen können, dass er die jedenfalls nicht der Masse zustehenden Erlöse insgesamt separierte und ihre Verwendung nachwies. Daraus, dass er dies unterließ, kann er nun keine prozessualen Vorteile herleiten.

34 c) Dass - wie der Beklagte vorträgt - die Fortführung der Produktion den Wert der Sicherheiten erhielt und dieser Wert durch den Verkauf des gesamten Unternehmens realisiert werden konnte, während durch einen Einzelverkauf nach Betriebseinstellung nur ein Bruchteil des Wertes hätte erzielt werden können, ändert nichts an der Rechtswidrigkeit des Vorgehens des Beklagten. Dem Beklagten wird nicht die Fortführung des Betriebs unter Missachtung der Rechte der Sicherungsnehmer vorgeworfen, sondern die Veräußerung des Warenlagers an die Auffanggesellschaft und die fehlende Separierung der Erlöse aus

dem Einzug von Forderungen. Die Einstellung der Produktion war nicht die einzige Alternative, welche sich dem Beklagten bot.

35 d) Die vom Beklagten behaupteten Äußerungen des Vertreters der Klägerin im Gläubigerausschuss ändern ebenfalls nichts an der Rechtswidrigkeit seines Vorgehens. Dass die betreffende natürliche Person berechtigt war, die Klägerin rechtsgeschäftlich zu vertreten, oder dass er dies angenommen habe, behauptet der Beklagte nicht. Nicht einmal eine Zustimmung des gesamten Gläubigerausschusses - die der Beklagte ebenfalls nicht behauptet hat - wäre geeignet, den Beklagten zu entlasten.

36 3. Der Verlust von Absonderungsrechten hätte dann nicht zu einem Schaden geführt, wenn die gesicherten Darlehen den Tatbestand des § 32a Abs. 1 GmbHG erfüllt hätten und die Klägerin demzufolge den Rückzahlungsanspruch gegenüber dem Konkursverwalter nicht mit Erfolg hätte geltend machen können. Sicherheiten für ein eigenkapitalersetzendes Darlehen sind aufgrund des Zwecks der Kapitalerhaltungsregelungen unverwertbar (BGHZ 133, 298, 305; 173, 129, 142 Rn. 51). Ihr Verlust schadet folglich nicht. Die Voraussetzungen, unter denen ein von einem Dritten gewährtes Darlehen einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entspricht und damit den Eigenkapitalersatzregelungen unterfällt (§ 32a Abs. 3 GmbHG), hat das Berufungsgericht jedoch im Ergebnis zutreffend verneint. Die Klägerin ist nicht Normadressatin des § 32a Abs. 3 GmbHG. Entgegen der Ansicht der Revision des Beklagten handelt es sich bei der Gemeinschuldnerin nicht um ein von der Klägerin beherrschtes Unternehmen.

37 a) Adressat der Regeln über den Eigenkapitalersatz ist der Gesellschafter der GmbH (vgl. § 32a GmbHG). Nach ständiger Rechtsprechung des Bun-

desgerichtshofs können die Eigenkapitalersatzregelungen aber auch auf Finanzierungshilfen Dritter anzuwenden sein, dann nämlich, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtung einem Gesellschafter gleichsteht. Dies kann insbesondere auf Unternehmen zutreffen, die mit einem Gesellschafter horizontal oder vertikal verbunden sind. Die Verbindung kann unter anderem in der Weise bestehen, dass der Dritte an einer Gesellschafterin der Schuldnerin beteiligt ist; dies führt jedenfalls dann zur Anwendung der Eigenkapitalersatzvorschriften, wenn der Dritte aufgrund einer qualifizierten Mehrheit der Anteile oder Stimmrechte einen bestimmenden Einfluss auf den Gesellschafter ausüben kann (BGH, Urt. v. 21. November 2005 - II ZR 277/03, ZIP 2006, 279, 282 Rn. 20, insoweit in BGHZ 165, 106 ff nicht abgedruckt; v. 5. Mai 2008 - II ZR 108/07, ZIP 2008, 1230, 1231 Rn. 9).

38 b) Die Gemeinschuldnerin ist eine 100%ige Tochter der R. Holding GmbH (RTH), die wiederum zu 100 % von der I. gesellschaft mbH (I.) gehalten wird. Die Revision des Beklagten errechnet eine durch verschiedene andere Gesellschaften (D. , K. , A.) vermittelte Beteiligungsquote der Klägerin an der I. und damit an der RTH und der Gemeinschuldnerin von 54 %. Diese Berechnung trifft jedoch nicht zu. Der Klägerin können nur Anteile von solchen Unternehmen zugerechnet werden, die von ihr abhängig sind (§ 16 Abs. 4 AktG). Von einem im Mehrheitsbesitz stehenden Unternehmen wird vermutet, dass es von dem an ihm mit Mehrheit beteiligten Unternehmen abhängig ist (§ 17 Abs. 2 AktG). Mehrheitlich (nämlich zu 100 %) beteiligt ist die Klägerin an der D. . Die D. hält 50 % der Anteile an der K. , diese wiederum 44,3 % der Anteile an der I. . An der A. ist die Klägerin nach den eigenen Angaben des Beklagten nur zu 46 % beteiligt.

39 c) Den durch Antrag auf Parteivernehmung des Vorstands der Klägerin unter Beweis gestellten Vortrag des Beklagten, dass die Klägerin die A. aufgrund eines mit der anderen Gesellschafterin dieser Gesellschaft geschlossenen "Grundlagenvertrags" beherrsche, hat das Berufungsgericht zu Recht für unbeachtlich gehalten. Eine Partei ist von Rechts wegen nicht gehindert, Tatsachen zu behaupten, über die sie eine genaue Kenntnis nicht haben kann, die sie aber nach Lage der Verhältnisse für wahrscheinlich oder möglich hält. Sie darf also Tatsachen als Behauptung in den Rechtsstreit einführen, deren Richtigkeit sie nur vermutet (BGH, Urt. v. 30. Januar 1989 - II ZR 175/88, BGHR ZPO § 373 Ausforschungsbeweis 4; BGH, Urt. v. 20. Juni 2002 - IX ZR 177/99, WM 2002, 1690, 1692). Unzulässig wird ein solches prozessuales Vorgehen erst dort, wo die Partei ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich Behauptungen "aufs Geratewohl" oder "ins Blaue hinein" aufstellt, wobei in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt ist, dass in der Regel nur das Fehlen jeglicher tatsächlicher Anhaltspunkte die Annahme von Willkür rechtfertigen kann (BGH, Urt. v. 20. Juni 2002, aaO). In Zweifelsfällen hat die Partei die tatsächlichen Anhaltspunkte oder ihre Erkenntnisquellen darzulegen (BGH, Urt. v. 8. Mai 2002 - I ZR 28/00, WM 2003, 587, 590). Das ist hier nicht erfolgt. Entsprechenden Vortrag in den Tatsacheninstanzen zeigt die Revisionsbegründung des Beklagten nicht auf.

40 4. Ein Schaden der Klägerin käme nicht in Betracht, wenn die vereitelten Absonderungsrechte anfechtbar gewesen wären. Ein Anfechtungsrecht ist zwar innerhalb der Anfechtungsfrist des § 41 Abs. 1 KO weder vom Beklagten noch von dem neu gewählten Verwalter Rechtsanwalt H. ausgeübt worden (vgl. § 36 KO). Gegenüber dem Anspruch des Inhabers einer anfechtbar erlangten Sicherheit auf Herausgabe der Sicherheit oder des vom Konkursverwalter eingezogenen Verwertungserlöses kann sich der Konkursverwalter jedoch auch

nach Ablauf der Anfechtungsfrist auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen (§ 41 Abs. 2 KO; vgl. BGHZ 30, 238, 239; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 41 KO Anm. 8). Hätte sich die Klägerin aus bestimmten Sicherheiten nicht befriedigen können, weil der jeweilige Konkursverwalter die Einrede der Anfechtbarkeit der Bestellung der Sicherheiten hätte erheben können, wäre ihr aus dem Verlust dieser Sicherheiten kein Schaden entstanden. Zu prüfen sind insbesondere die Voraussetzungen einer Absichtsanfechtung nach § 31 Nr. 1 KO.

41 a) Die Klägerin leitet ihre Absonderungsrechte aus dem "Sicherungsübereignungsvertrag" vom 5. Juni 1996 her, mit dem die Gemeinschuldnerin ihr das Warenlager "zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche ... aus der Geschäftsverbindung" übereignet hat. Zum Hintergrund dieses Vertrages hat das Berufungsgericht folgende Feststellungen getroffen: Die Klägerin war neben anderen Banken Kreditgeberin der R. Holding GmbH (fortan: RTH), der Muttergesellschaft der R. -Gruppe. Mit "Spaltungsvertrag" vom 29. August 1995 übertrug die RTH ihr operatives Geschäft auf die Gemeinschuldnerin. Mit den Kreditgebern wurde am 7. März 1996 eine "Vereinbarung" über die "Neuordnung der Kreditverhältnisse" (Nr. 2.3 des Vertrages) geschlossen, nach welcher die Kreditschulden der RTH "unter Anpassung der Sicherheitenabsprachen" (Nr. 2.3.2 des Vertrages) von der Gemeinschuldnerin übernommen werden sollten. Mit Vertrag vom 29. August 1996 vereinbarten Klägerin und Gemeinschuldnerin, dass die von der Klägerin an die RTH ausgereichten Darlehen auf die Schuldnerin übergehen sollten, wie es bereits im Spaltungsvertrag vorgesehen gewesen sei.

42 Auf dieser tatsächlichen Grundlage hat das Berufungsgericht eine der Klägerin bekannte Gläubigerbenachteiligungsabsicht der Gemeinschuldnerin

mit folgender Begründung verneint: Der "Sicherungsübereignungsvertrag" vom 5. Juni 1996 habe keine inkongruente Sicherheit gewährt. Er dürfe nicht isoliert betrachtet werden, sondern stehe in einem von allen Beteiligten gewollten Sinnzusammenhang mit der Neuordnungsvereinbarung und dem Vertrag vom 29. August 1996. Mit dem konventionellen Geschäft der RTH habe die Gemeinschuldnerin auch deren Kredite übernehmen und neue Sicherheiten bestellen sollen. Aus dem wirtschaftlichen Zusammenhang aller Verträge ergebe sich, dass es sich dabei nur um das Umlaufvermögen habe handeln können, nämlich um dieselbe Sicherheit, welche zuvor die RTH gestellt gehabt habe. Das Umlaufvermögen habe zu keinem Zeitpunkt frei werden und dem Zugriff ungesicherter Gläubiger zur Verfügung stehen sollen. Außerdem komme selbst eine inkongruente Deckung als Beweisanzeichen für eine Benachteiligungsabsicht nicht mehr in Betracht, wenn sie im Rahmen eines erfolgversprechenden Sanierungskonzepts gewährt werde. Die Banken hätten im Rahmen der Neuordnung Gegenleistungen erbracht, insbesondere auf Kreditforderungen in Höhe von 20 Mio. DM verzichtet und die Kredite bis mindestens zum 31. Dezember 1996 prolongiert.

43 b) Nach § 31 Nr. 1 KO sind Rechtshandlungen anfechtbar, welche der Gemeinschuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.

44 aa) Voraussetzung jedes Insolvenzanfechtungsrechts ist, dass die angefochtene Rechtshandlung zu einer Gläubigerbenachteiligung geführt hat. Diese Voraussetzung, die bisher nicht geprüft worden ist, ist unter folgendem Gesichtspunkt zweifelhaft: Bereits der an die RTH - die Rechtsvorgängerin der Gemeinschuldnerin, die von jener abgespalten worden ist - ausgereichte Kredit war durch eine Sicherungsübereignung "des Vorratsvermögens mit wechseln-

dem Bestand und Forderungsabtretung" gesichert. War diese Sicherungsübereignung wirksam und handelt es sich um dasselbe Warenlager, was wahrscheinlich ist, wenn die Gemeinschuldnerin das operative Geschäft der RTH übernommen hat, "gehörte" das Warenlager am 5. Juni 1996 bereits der Klägerin. Der Spaltungsvertrag vermochte daran nichts zu ändern. Die Eintragung der Spaltung führt nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG zu einem Übergang der Rechte des übertragenden auf den abgespaltenen Rechtsträger. Was dem übertragenden Rechtsträger nicht gehörte, kann auch nicht übergehen.

45 bb) Der Begriff der Benachteiligungsabsicht i.S.v. § 31 Nr. 1 KO entspricht demjenigen des Benachteiligungsvorsatzes in § 133 InsO (HK-InsO/Kreft, 4. Aufl. § 133 Rn. 2; Jaeger/Henckel, InsO § 133 Rn. 1, 21; G. Fischer NZI 2008, 588 f). Benachteiligungsabsicht ist danach gegeben, wenn der Schuldner bei Vornahme der Rechtshandlung die Benachteiligung seiner Gläubiger im Allgemeinen als Erfolg seiner Rechtshandlung gewollt oder als mutmaßliche Folge seiner Rechtshandlung erkannt und gebilligt hat (BGHZ 124, 76, 81 f; 162, 143, 153; HK-InsO/Kreft, aaO Rn. 10). Es genügt, dass der Schuldner die Benachteiligung der Gläubiger als mögliche Folge seines Handelns vorausgesehen und billigend in Kauf genommen hat, sei es auch als unvermeidliche Nebenfolge eines an sich erstrebten anderen Vorteils. Dabei lässt sich aus dem Bewusstsein und der Vorstellung des Schuldners, dass die Gläubigerbenachteiligung die notwendige Folge seines Tuns ist, regelmäßig auf seinen darauf gerichteten Willen schließen.

46 Bei einem Schuldner, der seine Zahlungsunfähigkeit kennt, ist ein Gläubigerbenachteiligungsvorsatz regelmäßig zu bejahen (BGHZ 155, 75, 84; 162, 143, 153). Der Beklagte hat unter Beweisantritt behauptet, der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin habe schon bei Abschluss des Sicherungsübereig-

nungsvertrages mit der drohenden Insolvenz gerechnet, nämlich angenommen, dass dann, wenn nicht ein Wunder geschehe, die Gesellschaft in die Insolvenz gehen und dies bei den ungesicherten Konkursgläubigern zu erheblichen Forderungsausfällen führen werde. Voraussetzung einer Absichtsanfechtung nach § 31 Nr. 1 KO ist jedoch auch, dass der andere Teil - hier also: die Klägerin - Kenntnis von der Gläubigerbenachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners hatte.

47 cc) Unabhängig davon könnte die Frage erheblich werden, ob die Sicherungsübereignung des Umlaufvermögens im Vertrag vom 5. Juni 1996 inkongruent war. Eine inkongruente Sicherung oder Deckung stellt in der Regel ein (starkes) Beweisanzeichen für eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners dar (BGHZ 123, 320, 326; 137, 267, 283). Ob die Übereignung des Warenlagers nebst Anschlusszession eine kongruente oder inkongruente Sicherheit darstellte, lässt sich den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts allerdings nicht entnehmen.

48 (1) Kongruent ist eine Sicherung oder Deckung dann, wenn ein hinreichend bestimmter Anspruch auf sie bestand. Wird zugleich mit der Gewährung eines Kredits die Stellung einer bestimmten Sicherheit vereinbart, so ist deren Stellung kongruent (BGH, Urt. v. 5. November 1964 - VII ZR 2/63, WM 1965, 84, 87). Am 5. Juni 1996 haben die Klägerin und die Gemeinschuldnerin die Sicherungsübereignung des Warenlagers vereinbart, nicht aber einen Darlehensvertrag geschlossen. Dazu kam es erst am 29. August 1996. Diese Verträge könnten als Einheit gewollt gewesen sein.

59 (2) Möglicherweise ist der zuvor zwischen der Klägerin und der RTH bestehende Darlehensvertrag aber auch gem. § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG auf die

Gemeinschuldnerin übergegangen. Der Darlehensvertrag soll im Spaltungsvertrag aufgeführt gewesen sein. Zu prüfen wäre dann, ob der Vertrag zwischen der Klägerin und der RTH eine Sicherheit in Form der Übereignung des Warenlagers vorsah. Unabhängig davon könnte ein Anspruch auf Bestellung von Sicherheiten auch aus § 22 Abs. 1, § 125 Satz 1 UmwG folgen. Nach § 22 Abs. 1, § 125 Satz 1 UmwG ist den Gläubigern der an der Spaltung beteiligten Rechtsträger Sicherheit zu leisten, wenn sie binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung der Eintragung der Umwandlung (vgl. § 22 Abs. 1, § 19 Abs. 3 UmwG) ihren Anspruch nach Grund und Höhe schriftlich anmelden. Der Anspruch richtet sich auf die Bestellung einer Sicherheit nach §§ 232 f BGB (Kallmeyer/Marsch-Barner, UmwG 3. Aufl. § 22 Rn. 12; Stratz in Schmitt/Hörnagel/Stratz, UmwG 4. Aufl. § 22 Rn. 20; Semler/Stengel/Maier-Reimer, UmwG 2. Aufl. § 22 Rn. 52; Lutter/Hommelhoff/Schwab, UmwG 3. Aufl. § 133 Rn. 97). Er führt jedenfalls dann zur Kongruenz der Sicherheit, wenn die Ansprüche des Gläubigers gegen den übertragenden Rechtsträger gesichert waren und diese Sicherheit durch die Spaltung entfallen ist.

50 (aa) Dass dem Schuldner ein Ermessen bei der Auswahl der Sicherheit zusteht, steht der Annahme einer kongruenten Sicherheit nicht entgegen. Das folgt aus dem Sinn und Zweck des § 22 Abs. 1 UmwG. Diese Vorschrift soll den Sicherungsinteressen des Gläubigers Rechnung tragen, der die Spaltung und den damit verbundenen Übergang des Vertrages auf einen anderen Rechtsträger nicht verhindern kann. Würde sein Anspruch gegen den aufnehmenden Rechtsträger wegen des Auswahlermessens des Schuldners stets nur zu einer inkongruenten Sicherheit führen, würde dieses Ziel nicht erreicht. Der Gläubiger stünde vielmehr schlechter als vor der Spaltung.

51 (bb) § 232 BGB sieht eine Sicherheitsleistung durch Sicherungsübereignung beweglicher Sachen nicht vor. Sicherheit kann nach dieser Vorschrift (u.a.) durch Verpfändung beweglicher Sachen geleistet werden. Da die Sicherungsübereignung die Verpfändung einer beweglichen Sache im Wirtschaftsleben weitgehend ersetzt hat (vgl. MünchKomm-InsO/Ganter, 2. Aufl. § 50 Rn. 4, § 51 Rn. 50), kann jedoch auch sie kongruent sein, obwohl nur ein Anspruch auf Verpfändung besteht (vgl. RG JW 1909, 734, 735; Gerhardt/Kreft, Aktuelle Probleme der Insolvenzanfechtung 10. Aufl. Rn. 429).

52 (3) Wird eine Sicherheit für einen bereits ausgereichten, bisher unbesicherten Kredit bestellt, ist dieses Rechtsgeschäft inkongruent (BGH, Urt. v. 14. Februar 2008 - IX ZR 38/04, ZIP 2008, 706, 709 Rn. 31). Das in der Gewährung einer inkongruenten Sicherung oder Deckung liegende Beweisanzeichen für eine Benachteiligungsabsicht des Gemeinschuldners ist allerdings schon in seiner Bedeutung wesentlich herabgesetzt, wenn die Inkongruenz nur gering ist. Es ist entkräftet, wenn die angefochtene Rechtshandlung in unmittelbarem Zusammenhang mit einem Sanierungskonzept stand, das mindestens in den Anfängen schon in der Tat umgesetzt war und die ernsthafte Aussicht auf Erfolg begründete (BGH, Urt. v. 12. November 1992 - IX ZR 236/91, ZIP 1993, 276, 279; v. 4. Dezember 1997 - IX ZR 47/97, WM 1998, 248, 250; ausf. Jaeger/Henckel, aaO § 133 Rn. 34). Entscheidend ist der Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung, hier also des Vertrages vom 5. Juni 1996.

53 5. Entgegen der Ansicht des Beklagten ist der Schadensersatzanspruch nicht auf den Wert der Darlehensforderungen der Klägerin beschränkt.

54 a) Die Klägerin ist dadurch geschädigt worden, dass ihr zur Sicherheit übereignete Waren veräußert und ihr zur Sicherheit abgetretene Forderungen

eingezogen worden sind. Grundsätzlich entspricht der ihr entstandene Schaden daher dem Wert der Sicherheiten. Wäre sie jedoch zur (teilweisen) Rückgewähr der Sicherheiten oder nach deren Verwertung zur (teilweisen) Auskehrung des Erlöses an die Konkursmasse verpflichtet gewesen, wäre ihr insoweit durch den Verlust der Sicherheiten kein Schaden entstanden.

55 b) Diese Voraussetzung ist nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand nicht erfüllt.

56 aa) Der Sicherungsübereignung des Warenlagers mit Anschlusszession lag nicht nur der Sicherungsübereignungsvertrag vom 5. Juni 1996 zugrunde, nach welchem die Sicherheiten alle bestehenden und künftigen Ansprüche der Klägerin gegen die Gemeinschuldnerin aus der Geschäftsverbindung sichern sollten. Am 29. August 1996 haben acht Banken und die Gemeinschuldnerin in einem "Sicherheiten-Poolvertrag" vereinbart, dass die Sicherungsübereignung der Warenbestände nebst Anschlusszession gemäß Vertrag vom 5. Juni 1996 auch die von den beteiligten Banken ausgereichten, im Einzelnen aufgeführten Kredite sichern sollte (Abschnitt II.1). Diese Vereinbarung ergänzte die Zweckerklärung des Sicherungsübereignungsvertrages vom 5. Juni 1996.

57 bb) Bedenken gegen die rechtliche Wirksamkeit dieser Vereinbarung bestehen nicht. Eine Sicherungszweckerklärung kann jederzeit durch individuelle Abrede erweitert werden (Ganter in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 3. Aufl. § 90 Rn. 113; vgl. auch BGH, Urt. v. 14. Juli 1988 - V ZR 308/86, WM 1988, 1259, 1260; v. 21. Februar 2008 - IX ZR 255/06, ZIP 2008, 703, 705 Rn. 17 f, jeweils zur Grundschuld). Die tatsächlichen Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes hat der Beklagte in Bezug auf die Vereinbarung vom 29. August 1996 nicht dargetan. Auf die von der Revisionsbegründung des

Beklagten aufgeworfene und unter Hinweis auf das Senatsurteil vom 2. Juni 2005 (IX ZR 181/03, ZIP 2005, 1651, 1653) in Zweifel gezogene Frage, ob den übrigen Poolbanken aufgrund der genannten Vereinbarung ein eigenes Absonderungsrecht an dem sicherungsübereigneten Warenlager zustand, kommt es nicht an. Wären die Sicherheiten nicht untergegangen, hätte die Klägerin aus ihnen abgesonderte Befriedigung wegen aller in der zweiten Sicherungszweckerklärung genannten Forderungen verlangen können. Einen allgemeinen Rechtssatz dahingehend, dass aus einer treuhänderischen Verwaltung eines Sicherungsrechts kein eigenes Recht auf abgesonderte Befriedigung hergeleitet werden kann, gibt es nicht (vgl. BGH, Urt. v. 21. Februar 2008, aaO S. 706 Rn. 22).

58 6. Entgegen der Ansicht des Beklagten lässt sich ein Schaden der Klägerin auch aus anderen Gründen nicht von vornherein verneinen.

59 a) Der Anspruch aus § 82 KO setzt nicht voraus, dass die Insolvenzmasse zur Erfüllung des Schadensersatzanspruchs wegen des Verlusts der Absonderungsrechte nicht ausreicht. Der Schadensersatzanspruch gegen den Verwalter wegen Verletzung insolvenzspezifischer Pflichten ist gegenüber einem Schadensersatzanspruch gegen die Masse nicht subsidiär (BGH, Urt. v. 1. Dezember 2005 - IX ZR 115/01, ZIP 2006, 194, 195 f). Die Klägerin war also nicht verpflichtet, zunächst Schadensersatzansprüche gegen die Masse geltend zu machen. Gegenteiliges findet sich auch nicht an der vom Beklagten zitierten Kommentarstelle MünchKomm-InsO/Hefermehl, 2. Aufl. § 55 Rn. 34.

60 b) Derjenige Betrag, den der Beklagte bereits an den ihm nachfolgenden Konkursverwalter H. gezahlt hat, ist jedenfalls insoweit auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, als er an die Klägerin (oder andere Poolbanken,

deren Ansprüche durch das Warenlager nebst Anschlusszession gesichert waren) gelangt ist. Nach der Zurückverweisung mag der Beklagte klarstellen, ob er gegenüber den Angaben des Zeugen K. bei seiner Anhörung am 26. Juli 2006 an seiner ursprünglichen Behauptung festhalten will, der gesamte Betrag sei bereits an die Klägerin ausgezahlt worden.

Ganter Gehrlein Vill

Lohmann Fischer

Vorinstanzen:
LG Baden-Baden, Entscheidung vom 20.08.2003 - 1 O 19/03 -
OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 26.07.2006 - 15 U 6/05 -