BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 272/13

Verkündet am:
24. September 2015
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 1293, 1205 Abs. 1 Satz 1 und 2; DepotG § 9a

a) Inhaberaktien, die in einer bei einer Wertpapiersammelbank verwahrten Sammelurkunde verbrieft sind, können nach den Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen verpfändet werden; dies gilt auch, wenn es sich bei der Sammelurkunde um eine Dauerglobalurkunde handelt.

b) Durch die Verpfändung von Inhaberaktien begibt sich der Aktieninhaber regelmäßig nicht der verbrieften Mitgliedschaftsrechte.

InsO § 166 Abs. 1, § 173 Abs. 1

Der Insolvenzverwalter ist nicht zur Verwertung von Inhaberaktien, die vom Schuldner an einen Dritten verpfändet worden und in einer in Verwahrung einer Wertpapiersammelbank befindlichen Sammelurkunde verbrieft sind, berechtigt, wenn der Schuldner zwar zunächst Inhaber der verbrieften Mitgliedschaftsrechte geblieben war und der Aktienbesitz eine Unternehmensbeteiligung repräsentierte, er die Mitgliedschaftsrechte aber wegen ihrer Übertragung auf einen Treuhänder nicht wahrnehmen kann und darf, und die Übertragung auch bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens Bestand hat.

BGB § 328 Abs. 1; InsO §§ 115, 116

a) Die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Treugebers bleibt ohne Einfluss auf die Wirksamkeit einer doppel- oder mehrseitigen Treuhandvereinbarung, wenn dies zur Wahrung der Rechte eines Drittbegünstigten erforderlich ist.

b) Eine Treuhandvereinbarung mit schützender Drittwirkung ist anzunehmen, wenn Kreditgeber oder sonstige Dritte ihren Beitrag zu Sanierungs- oder Restrukturierungsmaßnahmen von der Übertragung der Gesellschaftsanteile des Treugebers auf einen Treuhänder abhängig machen, damit eine vom Einfluss des Treugebers unabhängige Durchführung der Maßnahme gewährleistet ist.

BGH, Urteil vom 24. September 2015 - IX ZR 272/13 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 24. September 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Vill, Grupp und Dr. Bär

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 8. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 8. November 2013, berichtigt durch Beschluss vom 12. Februar 2014, wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Als Verwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des S. (im Folgenden: Schuldner) verlangt der Kläger Schadensersatz von den beklagten Gläubigerbanken. Soweit für das Revisionsverfahren noch von Interesse, stützt er seine Klage auf einen rechtswidrigen Eingriff der Beklagten in das ihm gemäß § 166 InsO angeblich zustehende Verwertungsrecht.

2 Der Schuldner ist Gründer der M. AG (nachfolgend: AG), deren Vorstandsvorsitzender und Hauptaktionär er war. Mit rund 22,2 Millionen Stück Inhaberaktien hielt er etwa 35 v.H. des Grundkapitals der Gesellschaft. Diese Aktien waren in einer bei der C. AG verwahrten Sammelurkunde verbrieft. Die Beklagte zu 2 und die Rechtsvorgängerinnen der Beklagten

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

zu 1 und 3 (im Folgenden nur noch: die Beklagten) hatten dem Schuldner Darlehen zum Aktienerwerb gewährt. Besichert waren die Darlehen durch die Verpfändung der von den Beklagten für den Schuldner zwischenverwahrten Aktien.

3 Im Jahr 2002 geriet die AG in eine Krise, der Aktienkurs brach ein. Infolge des Kurssturzes waren die dem Schuldner gewährten Darlehen nicht mehr ausreichend besichert. Nachdem die Beklagten erfolglos eine Nachbesicherung der Darlehen gefordert hatten, stellten sie diese zur Rückzahlung fällig und drohten die Verwertung der verpfändeten Aktien an. Es kam zu Verhandlungen über die Sanierung der AG. Voraussetzung für die vorgesehene Sanierung war unter anderem der Abschluss eines Treuhandvertrags, mittels dessen der Schuldner die an die Beklagten verpfändeten Aktien an einen Treuhänder zu Eigentum übertrug. Die Übertragung erfolgte durch Abtretung der Herausgabeansprüche gegen die Beklagten sowie durch unwiderrufliche Anweisung an diese, die Depotkonten auf den Treuhänder umzuschreiben.

4 Die AG konnte gerettet werden, über das Vermögen des Schuldners wurde am 2. Mai 2003 das Insolvenzverfahren eröffnet. Die von den Beklagten zur Tabelle angemeldeten Darlehensforderungen wurden durch den Kläger für den Ausfall anerkannt. In der Zeit von Juni 2003 bis September 2003 verwerteten die Beklagten die an sie verpfändeten Aktien. Dadurch, so die Behauptung des Klägers, sei der von ihm verwalteten Masse ein Schaden in Höhe von mehreren hundert Millionen Euro entstanden.

5 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg gehabt. Mit seiner vom Senat wegen Grundsatzbedeutung zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision des Klägers bleibt ohne Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Kläger sei nicht zur Verwertung der an die Beklagten verpfändeten Aktien berechtigt gewesen. Eine solche Berechtigung ergebe sich nicht aus § 166 Abs. 1 InsO. Im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung habe der Schuldner weder mittelbaren noch unmittelbaren Besitz an den Aktien gehabt. Ein vormals bestehender mittelbarer Besitz des Schuldners sei mit Vollzug des Treuhandvertrags vom 14. November 2002 untergegangen, durch den der Treuhänder mittelbaren Eigenbesitz erworben habe. Auch nach Begründung der Treuhand hätten weder der Schuldner noch der Kläger eine Besitzposition erlangt. Zu einer Rückübertragung des Eigentums an den Aktien sei es nicht gekommen. Einen "automatischen" Rückfall des Eigentums habe der Vertrag nur für den Fall der Kündigung aus wichtigem Grund vorgesehen.

8 Selbst im Fall des Bestehens mittelbaren Besitzes des Schuldners oder des Klägers habe ein Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 1 InsO nicht bestanden. Nicht jeder mittelbare Besitz begründe ein Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 1 InsO. Der absonderungsberechtigte Gläubiger sei jedenfalls zur Verwertung solcher Gegenstände berechtigt, die er unmittelbar besitze. Gleiches gelte, wenn nicht der absonderungsberechtigte Gläubiger unmittelbar besitze, sondern ein Dritter in seinem Auftrag, jedenfalls wenn nicht der Schuldner selbst

unmittelbarer Besitzer sei. Zudem stehe das Pfandrecht bei wertender Betrachtung im Streitfall einem Faustpfand gleich. Sogar wenn das Pfand für eine Unternehmensfortführung oder eine geordnete Abwicklung benötigt werde, sei nicht von einem Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters auszugehen.

9 Dass die Aktien zur Fortführung des schuldnerischen Unternehmens benötigt worden seien, sei im Übrigen nicht belegt. Auch sei nichts Konkretes dafür vorgetragen oder sonst ersichtlich, warum allein die Veräußerung durch den Kläger hätte sachgerecht sein können. Schließlich hätten die Beklagten den verpfändeten Aktien besitzrechtlich näher gestanden als der Schuldner oder der Kläger.

II.

10 Diese Ausführungen halten rechtlicher Prüfung im Ergebnis stand. Auf einen rechtswidrigen Eingriff in das Verwertungsrecht nach § 166 InsO in Verbindung mit § 823 Abs. 2 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 20. November 2003 - IX ZR 259/02, WM 2004, 39, 41) oder auf die schuldhafte Verletzung eines gesetzlichen Schuldverhältnisses gemäß § 280 Abs. 1 BGB kann der geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht gestützt werden. Dem Kläger stand ein Verwertungsrecht nicht zu.

11 1. Eine Verletzung des möglichen Verwertungsrechts des Klägers aus § 166 InsO schon wegen fehlenden Pfandrechtserwerbs durch die Beklagten scheidet aus. Die verwerteten Aktien waren wirksam an die Beklagten verpfändet worden (§§ 1293, 1205 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB). Deshalb waren die Be-

klagten nach Maßgabe der §§ 166 bis 173 InsO zur abgesonderten Befriedigung berechtigt (§ 50 Abs. 1 InsO).

12 Im Streitfall sind die in Sammelverwahrung befindlichen streitgegenständlichen Aktien wirksam kurzer Hand (§ 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB) an die Beklagten verpfändet worden.

13 a) Die Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen erfolgt durch Einigung und - vorbehaltlich der Regelung des § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB - Übergabe (§ 1205 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Übergabe kann ersetzt werden (§ 1205 Abs. 2, § 1206 BGB). Geht es wie im Streitfall um Inhaberaktien, die in einer bei einer Wertpapiersammelbank verwahrten Sammelurkunde verbrieft sind, kommt eine Verpfändung kurzer Hand nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB in Betracht, wenn Pfandgläubiger die Depotbank werden soll. Soll die Verpfändung an einen Dritten erfolgen, ist eine Ersetzung der Übergabe gemäß § 1205 Abs. 2 BGB je nach den Besitzverhältnissen möglich. Für die Wirksamkeit der Pfandrechtsbestellung sind bei sammelverwahrten Aktien die Besitzverhältnisse an der Sammelurkunde maßgeblich. Ist die Depotbank nicht (mittelbare) Besitzerin der an diese zu verpfändenden Aktien, scheidet eine Pfandrechtsbestellung nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB aus; ist der Inhaber der Aktien nicht mittelbarer Besitzer, kann auch die Verpfändung an einen Dritten unter Ersetzung der Übergabe gemäß § 1205 Abs. 2 BGB nicht erfolgen.

14 b) Eine Sammelurkunde, in der die Aktien hier verbrieft waren, ist ein Wertpapier, das mehrere Rechte verbrieft, die jedes für sich in vertretbaren Wertpapieren einer und derselben Art verbrieft sein könnten (§ 9a Abs. 1 Satz 1 DepotG). Der Aktieninhaber erwirbt Miteigentum an der Sammelurkunde nach Bruchteilen. Für die Bestimmung des Bruchteils ist der Wertpapiernennbetrag

maßgebend, bei Wertpapieren ohne Nennbetrag die Stückzahl (§ 9a Abs. 2 iVm § 6 Abs. 1 DepotG). Der Miteigentümer oder Hinterleger kann grundsätzlich verlangen, dass ihm Wertpapiere in Höhe des Nennbetrags, bei Wertpapieren ohne Nennbetrag in Höhe der Stückzahl der in Verwahrung genommenen Wertpapiere ausgeliefert werden (§ 9a Abs. 2 iVm §§ 7, 8 DepotG; § 695 Satz 1, § 985 BGB). Hierzu hat der Aussteller die Sammelurkunde insoweit durch einzelne Wertpapiere zu ersetzen, als dies für die Auslieferung erforderlich ist (§ 9a Abs. 3 Satz 1 DepotG). Ist allerdings der Aussteller nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis nicht verpflichtet, an die Inhaber der in der Sammelurkunde verbrieften Rechte einzelne Wertpapiere auszugeben, kann auch von der Wertpapiersammelbank die Auslieferung von einzelnen Wertpapieren nicht verlangt werden (§ 9a Abs. 3 Satz 2 DepotG). Eine derart verfestigte Sammelurkunde wird als Dauerglobalurkunde bezeichnet (vgl. Mentz/ Fröhling, NZG 2002, 201, 208; Berger, WM 2009, 577).

15 c) Unmittelbare Fremdbesitzerin einer jeden von ihr verwahrten Sammelurkunde ist die Wertpapiersammelbank. Sie vermittelt den beteiligten Depotbanken gleichstufigen Mitbesitz an der Sammelurkunde. Die Depotbanken sind mittelbare Fremdbesitzer erster Stufe. Das gemäß § 868 BGB erforderliche Besitzmittlungsverhältnis folgt aus den vertraglichen Beziehungen zwischen der Wertpapiersammelbank und den Depotbanken. Nach diesen ist die Wertpapiersammelbank verpflichtet, den Depotbanken den Besitz an den bei ihr verwahrten Sammelbestandanteilen eines Girosammelbestands zu verschaffen (Nr. 8 Abs. 1 Satz 1 der AGB der C. AG; vgl. Berger, aaO S. 579). Der für das Besitzmittlungsverhältnis maßgebliche Herausgabeanspruch wird nach den im heutigen Massengeschäft geltenden Grundsätzen in der Regel ohne effektive Übertragung, das heißt ohne körperliche Bewegung von Wertpapierurkunden, im Effektengiroverkehr erfüllt. Dabei wird die Besitzverschaffung

mittels Übertragung der tatsächlichen Sachherrschaft durch die Umbuchung von Girosammel-Depotgutschriften ersetzt. Dies gilt unabhängig davon, ob herausgabefähige einzelne Wertpapiere existieren oder durch eine Sammelurkunde ersetzt sind. Insbesondere wenn die Auslieferung einzelner Wertpapiere wie im Falle einer Dauerglobalurkunde ausgeschlossen ist, kann der auf Verschaffung eines mittelbaren Mitbesitzes an der Sammelurkunde gerichtete Herausgabeanspruch nur durch eine Umbuchung erfüllt werden (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03, BGHZ 161, 189, 191 f; vom 30. November 2004 - XI ZR 49/04, NJW-RR 2005, 1135, 1136; jeweils für den Herausgabeanspruch des Aktieninhabers gegen die Depotbank). Dementsprechend sieht Nr. 8 Abs. 1 Satz 2 der AGB der C. AG vor, dass sich der Übergang des Mitbesitzes ihrer Kunden an Sammelbestandanteilen in Wertpapieren in der Weise vollzieht, dass es auf Anweisung einer Depotbank zu einer Belastung deren Depotkontos kommt, der entsprechende Sammelbestandanteil einer anderen Bank gutgeschrieben wird und die C. AG ihr Besitzmittlungsverhältnis von der einen auf die andere Bank umstellt.

16 d) Auch zwischen Depotbank und dem hinterlegenden Aktieninhaber besteht ein Verhältnis der in § 868 BGB bezeichneten Art. Der Aktieninhaber ist mittelbarer Eigenbesitzer zweiter Stufe (§ 871 BGB). Ob die Ansprüche aus den §§ 7, 8 DepotG bestehen oder eine Auslieferung von einzelnen Wertpapieren wie im Falle der Dauerglobalurkunde nicht verlangt werden kann (§ 9a Abs. 3 Satz 2 DepotG), ist dabei ohne Bedeutung (aA Canaris, Bankvertragsrecht, 2. Aufl., Rn. 2124 f, 2133; Habersack/Mayer, WM 2000, 1678, 1680 f; Mentz/Fröhling, aaO S. 210). Es kommt auch nicht darauf an, ob die Ansprüche aus den §§ 7, 8 DepotG das besitzrechtliche Korrelat zu den Miteigentumsanteilen des am Sammelbestand Mitberechtigten darstellen (so aber MünchKomm-HGB/Einsele, 3. Aufl., Depotgeschäft Rn. 93 f). Der Hinterleger ist auch

dann mittelbarer Besitzer, wenn die Rechte in einer (einfachen) Sammelurkunde oder einer Dauerglobalurkunde verbrieft sind. Die körperliche Bewegung von Wertpapierurkunden wird auch in diesem Rechtsverhältnis durch die Umbuchung von Girosammel-Depotgutschriften ersetzt (BGH, Urteil vom 30. November 2004 - XI ZR 200/03, aaO; vom 30. November 2004 - XI ZR 49/04, aaO). Diese Sicht betont die Verkehrsfähigkeit sammelverwahrter Wertpapiere und berücksichtigt den Willen des Gesetzgebers, der davon abgesehen hat, den Schritt zum Wertrecht unter Abkehr vom Wertpapier zu vollziehen (BT-Drucks. 13/10038 S. 25 zu § 10 Abs. 5 AktG in der Fassung vom 27. April 1998; vgl. auch Nodoushani, WM 2007, 289, 290). Auch die herrschende Ansicht im Schrifttum hat sich dem angeschlossen (etwa Berger, WM 2009, 577, 578 ff; Staudinger/Wiegand, BGB, 2009, § 1293 Rn. 5; Nodoushani, aaO S. 295 f; Hoffmann, WM 2007, 1547, 1549 f; KK-AktG/Lutter/Drygala, 3. Aufl., § 68 Rn. 45; Großkomm-AktG/Merkt, 4. Aufl., § 68 Rn. 166).

17 e) Danach war auch im Streitfall die C. AG unmittelbare Fremdbesitzerin. Jeweils in der Form des Mitbesitzes an der Sammelurkunde waren zudem die Beklagten mittelbare Fremdbesitzerinnen erster Stufe und der Schuldner mittelbarer Eigenbesitzer zweiter Stufe (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 1997 - XI ZR 127/96, WM 1997, 1136). Die streitbefangenen Aktien waren daher wirksam an die Beklagten verpfändet, und zwar kurzer Hand nach § 1205 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 1997, aaO; Großkomm-AktG/Merkt, aaO Rn. 163). Der nur mittelbare Besitz der Beklagten hinderte die Pfandrechtsbestellung gemäß § 1205 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB nicht, weil ihnen der Besitz nicht vom Schuldner vermittelt wurde (BGH, Urteil vom 22. April 1997, aaO; Hoffmann, aaO S. 1550 mwN).

18 2. Dem Kläger stand ein Verwertungsrecht aus § 166 InsO nicht deshalb zu, weil der Schuldner an den verpfändeten Aktien auch noch nach Abschluss des Treuhandvertrages mittelbaren Besitz hatte, der mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 80 InsO auf den Kläger überging.

19 a) Der direkte Anwendungsbereich des § 166 Abs. 1 InsO ist allerdings eröffnet, weil der Schuldner mittelbarer Besitzer der streitgegenständlichen Aktien war. Eine entsprechende Anwendbarkeit des § 166 InsO, die insbesondere für unverbriefte und daher den sachenrechtlichen Regelungen nicht unterfallende Rechte angenommen wird (vgl. hierzu Häcker, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2001, Rn. 1055 f; Hirte in Festschrift Gero Fischer, 2008, S. 239; Bitter/Alles, KTS 2013, 113, 138 ff), muss der Senat deshalb nicht in Erwägung ziehen.

20 aa) Seinem Wortlaut nach setzt § 166 Abs. 1 InsO den Besitz des Insolvenzverwalters voraus. Darunter fällt grundsätzlich auch der mittelbare Besitz (BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 Rn. 31; vgl. auch MünchKomm-InsO/Tetzlaff, 3. Aufl., § 166 Rn. 14 ff; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 14. Aufl., § 166 Rn. 14 ff). Vor der Verpfändung der Aktien war der Schuldner mittelbarer Eigenbesitzer zweiter Stufe (vgl. dazu oben unter 1.). Durch die Verpfändung nach den §§ 1293, 1205 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB hat sich die Besitzposition des Schuldners nicht verändert. Er ist mittelbarer Eigenbesitzer zweiter Stufe geblieben (vgl. BGH, Urteil vom 22. April 1997, aaO; Bitter/Alles, aaO S. 118).

21 bb) Den mittelbaren Eigenbesitz hat der Schuldner auch nicht dadurch verloren, dass er die Aktien durch Treuhandvertrag vom 14. November 2002 an einen Treuhänder zu Eigentum übertragen hat. Durch die Abtretung der Her-

ausgabeansprüche gegen die Beklagten und die unwiderrufliche Anweisung an diese, die Depotkonten auf den Treuhänder umzuschreiben, hat er zwar seine Besitzposition auf den Treuhänder übertragen. Der Treuhandvertrag vom 14. November 2002 stellt jedoch seinerseits ein Verhältnis der in § 868 BGB bezeichneten Art dar (vgl. MünchKomm-BGB/Joost, 6. Aufl., § 868 Rn. 81; GroßKomm-BGB/Götz, Stand 1. Juni 2015, § 868 Rn. 84.49; vgl. auch BGH, Urteil vom 2. Mai 1979 - VIII ZR 207/78, WM 1979, 758, 759). Im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners waren demnach die Beklagten mittelbare Fremdbesitzer erster Stufe, der Treuhänder mittelbarer Fremdbesitzer zweiter Stufe und der Schuldner mittelbarer Eigenbesitzer dritter Stufe (§ 871 BGB). Dem steht nicht entgegen, dass der Treuhänder neben den Interessen des Schuldners (und der weiteren Treugeberin) auch die Interessen weiterer an der Sanierung der AG Beteiligter zu wahren hatte. Dessen ungeachtet mittelte der Treuhänder allein dem Schuldner (und der weiteren Treugeberin) den Besitz. Diese blieben wirtschaftliche Eigentümer der Aktien (vgl. Vorbemerkung und Geschäftsgrundlage des Vertrags) und hatten allein einen Anspruch auf Rückübertragung der Aktien im Falle einer Beendigung des Treuhandvertrags.

22 b) Die Regelung des § 166 Abs. 1 InsO soll den Gläubigern den Zugriff auf die wirtschaftliche Einheit des Schuldnerunternehmens verwehren. Vorhandene Chancen für eine zeitweilige oder dauernde Fortführung des Unternehmens sollen so erhalten und dem Verwalter darüber hinaus ermöglicht werden, durch eine gemeinsame Verwertung zusammengehöriger, aber für unterschiedliche Gläubiger belasteter Gegenstände einen höheren Verwertungserlös zu erzielen (BT-Drucks. 12/2443 S. 178). Ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters nach § 166 Abs. 1 InsO ist danach dann anzunehmen, wenn die bewegliche Sache im maßgeblichen Zeitpunkt zur wirtschaftlichen Einheit des Schuld-

nerunternehmens gehört. Der Gesetzgeber hat davon abgesehen, dieses Erfordernis unmittelbar als Tatbestandsvoraussetzung zu regeln, und stattdessen an den Besitz angeknüpft. Nach dem Wortlaut des § 166 Abs. 1 InsO würde ein jeglicher Besitz das Verwertungsrecht begründen. Der Gesetzgeber ist aber selbst davon ausgegangen, dass es mittelbare Besitzlagen gibt, die ein Verwertungsrecht nicht begründen, etwa den vom Sicherungsgläubiger vermittelten Besitz (BT-Drucks. 12/2443, aaO; vgl. auch BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 Rn. 31). Der Anwendungsbereich des § 166 Abs. 1 InsO ist daher nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift zu begrenzen. Im Interesse der Rechtssicherheit ist dabei nach Möglichkeit auf eine typisierende Betrachtung abzustellen (vgl. Bitter/Alles, KTS 2013, 113, 122, 144).

23 c) Die erforderliche Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 166 Abs. 1 InsO führt vorliegend dazu, dass der auf den Kläger gemäß § 80 InsO übergegangene mittelbare Eigenbesitz dritter Stufe das Verwertungsrecht nicht für sich genommen gegenüber den Beklagten als mittelbaren Fremdbesitzern erster Stufe begründete.

24 aa) Nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats ist ein Verwertungsrecht des Verwalters bei nur mittelbarem Besitz jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Schuldner eine sicherungsübereignete Sache gewerblich vermietet oder verleast hat (BGH, Urteil vom 16. Februar 2006 - IX ZR 26/05, BGHZ 166, 215 Rn. 24). Die Vermietung muss nicht zum Unternehmensgegenstand des Schuldners gehören. Sie kann auch auf einer vorübergehenden Reduzierung des Fahrzeugparks beruhen, die im Bereich typischer unternehmerischer Disposition liegt und damit unmittelbar einen betriebsbezogenen Charakter aufweist (BGH, Urteil vom 16. November 2006 - IX ZR 135/05, WM 2007, 172 Rn. 7 f). Andererseits hat der Senat ein Verwertungsrecht des Insolvenz-

verwalters trotz mittelbaren Besitzes verneint, wenn der Absonderungsberechtigte selbst unmittelbarer Besitzer ist (BGH, Urteil vom 5. Mai 2011, aaO).

25 bb) Die Anwendung des § 166 Abs. 1 InsO auf verpfändete Inhaberaktien, die in einer in Verwahrung einer Wertpapiersammelbank befindlichen Sammelurkunde verbrieft sind, hat besitzrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen.

26 Der Umstand der Sammelverwahrung mit der damit einhergehenden besonderen Besitzlage unter Einbeziehung der Wertpapiersammelbank kann das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters weder begründen noch hindern. Auf der Sammelverwahrung beruht, dass der Pfandgläubiger im Regelfall mittelbarer Fremdbesitzer erster Stufe bleibt (Verpfändung an die Depotbank nach § 1205 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB) oder mittelbarer Fremdbesitzer zweiter Stufe wird (Verpfändung an einen Dritten nach § 1205 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 BGB). Befänden sich die Aktien dagegen als einzelne Wertpapiere in der Hand des Aktieninhabers, würden Bank oder sonstiger Dritter jeweils unmittelbarer Fremdbesitzer und es ergäbe sich die Besitzlage, die ein Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 1 InsO ausschließt (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2011, aaO). Dass es dazu aufgrund der Sammelverwahrung nicht kommt, kann ein Verwertungsrecht nicht begründen.

27 3. Ein Verwertungsrecht des Klägers hätte sich allerdings ergeben können, wenn die durch die Aktien verbrieften Mitgliedschaftsrechte beim Schuldner verblieben wären und von diesem auch nach Verpfändung weiterhin hätten ausgeübt werden können, nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Insolvenzverwalter.

28 a) Durch die Verpfändung begibt sich der Aktieninhaber grundsätzlich nicht der verbrieften Mitgliedschaftsrechte (Bamberger/Roth/Sosnitza, BGB, 3. Aufl., § 1293 Rn. 3; Bitter/Alles, KTS 2013, 113, 132 f; Hoffmann, WM 2007, 1547, 1553 f; MünchKomm-BGB/Damrau, 6. Aufl., § 1293 Rn. 8; Nodoushani, WM 2007, 289, 290). Der Pfandgläubiger ist regelmäßig nur zur Befriedigung aus dem Pfandgegenstand nach Eintritt der Pfandreife berechtigt, nicht zur Ausübung der Mitgliedschaftsrechte (vgl. RGZ 139, 224, 228; 157, 52, 54 f; BGH, Urteil vom 13. Juli 1992 - II ZR 251/91, BGHZ 119, 191, 194 f; jeweils für den GmbH-Anteil). Dies kann es rechtfertigen, die Aktien weiterhin der wirtschaftlichen Einheit des Schuldnerunternehmens zuzurechnen und deshalb ein Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters anzunehmen.

29 b) Im Schrifttum wird erwogen, das Verwertungsrecht davon abhängig zu machen, ob das verpfändete Aktienpaket besser durch den Verwalter zu verwerten ist (Bitter/Alles, aaO S. 146, 148, 149; Hirte/Knof, WM 2008, 49, 54 f). Angeknüpft wird dabei an die Größe des Aktienpakets, die im Einzelfall mit Blick auf das Verwertungsrecht zu bewerten (so Hirte/Knof, aaO S. 56) oder nach typisierender Betrachtung bei Erreichen der 5 v.H.-Grenze des § 21 WpHG gegeben sein soll (so Bitter/Alles, aaO S. 148 ff). Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als nicht der mittelbare Besitz einer einzelnen Aktie das Verwertungsrecht aus § 166 Abs. 1 InsO begründen kann. Zusätzlich erforderlich ist, dass die Aktienbeteiligung im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung (vgl. BGH, Urteil vom 16. Februar 2006 - IX ZR 26/05, BGHZ 166, 215 Rn. 27; vom 16. November 2006 - IX ZR 135/05, WM 2007, 172 Rn. 9; jeweils zu den Auswirkungen einer späteren Veränderung der Verhältnisse) der wirtschaftlichen Einheit des Schuldnervermögens zuzurechnen ist.

30 aa) Regelmäßig richtet sich die Zugehörigkeit einer beweglichen Sache zur wirtschaftlichen Einheit des Schuldnervermögens zwar nach den Besitzverhältnissen. Ohne eine Besitzposition, die auf eine Zugehörigkeit des Gegenstands zur wirtschaftlichen Einheit schließen lässt, kann ein Verwertungsrecht des Verwalters nicht angenommen werden. Hier steht aber die Herleitung des Verwertungsrechts bei lediglich mittelbarem Besitz wegen der erforderlichen einschränkenden Auslegung des § 166 Abs. 1 InsO gegenüber dem ein besseres Besitzrecht ausübenden Pfandgläubiger über die dem Aktieninhaber trotz Verpfändung verbleibenden Mitgliedschaftsrechte in Rede. Gelangt man zu einem Verwertungsrecht nur über die zusätzlich zum mittelbaren Besitz verbliebenen Mitgliedschaftsrechte, ist eine Verwertungsbefugnis des Verwalters durch Sinn und Zweck des § 166 Abs. 1 InsO nicht gedeckt, wenn der fragliche Aktienbesitz gar nicht durch die Mitgliedschaftsrechte geprägt ist, sondern allein der Vermögensanlage dient. Die dem Aktieninhaber verbliebenen Mitgliedschaftsrechte sind dann für den konkreten Aktienbesitz ohne Bedeutung.

31 bb) Diese Wertung ergibt sich auch aus dem sonstigen Regelungszusammenhang.

32 Gemäß § 104 Abs. 2 Satz 1, 2 Nr. 2 InsO kann der Verwalter die Erfüllung eines Wertpapiergeschäfts nicht verlangen, wenn nicht der Erwerb einer Beteiligung an einem Unternehmen zur Herstellung einer dauernden Verbindung zu diesem Unternehmen beabsichtigt ist. Der Gesetzgeber unterscheidet auch hier ausdrücklich zwischen einem Finanzgeschäft und dem Erwerb eines Unternehmensanteils (BT-Drucks. 12/7302 S. 168). Auf diesem Wege sollen Kursspekulationen durch den Verwalter verhindert werden (vgl. BT-Drucks. 12/7302 S. 167 f). Dies stützt die Ablehnung eines Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters mit Blick auf einen nur der Vermögensanlage dienenden Ak-

tienbesitz. Zur Möglichkeit einer Kursspekulation darf auch das Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 1 InsO nicht verhelfen.

33 Deshalb kann auf die von § 104 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 InsO getroffene Differenzierung zwischen Finanzgeschäft und Erwerb eines Unternehmensanteils auch für die Frage des Verwertungsrechts zurückgegriffen werden. Ein Verwertungsrecht kann danach angenommen werden, wenn der Aktienbesitz eine Unternehmensbeteiligung repräsentiert. Eine bestimmte Anteilsquote ist grundsätzlich nicht erforderlich. Allerdings gelten nach § 271 Abs. 1 Satz 3 HGB im Zweifel als Beteiligung Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die insgesamt den fünften Teil des Nennkapitals dieser Gesellschaft überschreiten. Diese Zweifelsregel kann auch für das Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 1 InsO herangezogen werden (vgl. Häcker, Abgesonderte Befriedigung aus Rechten, 2001, Rn. 439). Diese Grenze ist im vorliegenden Fall überschritten. Gelangte man nicht schon auf diesem Wege zur Annahme einer Unternehmensbeteiligung, spielten neben der Anteilsquote weitere Faktoren eine Rolle, etwa eine über den bloßen Aktienbesitz hinausgehende Verbindung des Schuldners zu der Aktiengesellschaft.

34 4. Im Streitfall scheidet ein Verwertungsrecht des Klägers nach § 166 Abs. 1 InsO trotz der Höhe der Unternehmensbeteiligung des Schuldners aus, weil dieser durch Treuhandvertrag vom 14. November 2002 und damit noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens die ihm trotz der Verpfändung verbliebenen Mitgliedschaftsrechte auf einen Treuhänder übertragen hatte und dieser bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte grundsätzlich keinen Weisungen des Schuldners unterlag. Damit fehlte es in seiner Person an dauerhaften Mitgliedschaftsrechten, die ein Verwertungsrecht des Verwalters hätten begründen können.

35 a) Die in Aussicht genommene Sanierung der AG sah die Übernahme von Verbindlichkeiten der AG in Höhe von rund sieben Milliarden Euro durch die T. vor, ferner die Gewährung eines Sanierungskredits in Höhe von 112 Millionen Euro durch ein aus der KfW und den Beklagten bestehendes Konsortium, für den sich die Bundesrepublik Deutschland und das Land Schleswig-Holstein verbürgen sollten. Voraussetzung dieser Sanierung war der Abschluss des Treuhandvertrags, mittels dessen sich der Schuldner und seine Ehefrau der Möglichkeit mitgliedschaftsrechtlicher Einflussnahmen auf die AG begaben. Ziffer III. 2. des Vertrags sah zudem die Verpflichtung für Treugeber und Treuhänder vor, dafür zu sorgen, dass weder der Schuldner noch seine Ehefrau Mitglied des Aufsichtsrats oder des Vorstands der AG werden oder eine sonstige Managementfunktion in einem Unternehmen der M. übernehmen oder erhalten. Die Möglichkeiten des Schuldners und seiner Ehefrau zur Einflussnahme auf die AG wurden ferner dadurch beschnitten, dass der Treuhänder grundsätzlich keinen Weisungen der Treugeber unterlag (Ziffer II. 3. des Vertrags) und - mit Ausnahme einer Möglichkeit zur Kündigung aus wichtigem Grund mit abschließend aufgezählten Kündigungsgründen (Ziffer VII. des Vertrages) - eine vorzeitige Beendigung des Treuhandvertrags nur mit schriftlicher Zustimmung aller kreditgebenden Banken, der öffentlichen Hand und der T. möglich war (Ziffer VI. des Vertrags).

36 b) Durch den Treuhandvertrag vom 14. November 2002 wurde demnach eine vom Einfluss des Schuldners und seiner Ehefrau unabhängige Sanierung der AG durch den Treuhänder als neutralem Dritten ermöglicht. Ungeachtet der ihm versprochenen Vergütung handelte der Treuhänder fremdnützig und hatte dabei die "wohlverstandenen Interessen" der Treugeber (Ziffer II. 2. des Vertrags) wahrzunehmen, aber auch die Interessen der Drittbegünstigten - der kre-

ditgebenden Banken, der öffentlichen Hand (der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Schleswig-Holstein) sowie der T. . Insoweit war der Treuhandvertrag ein Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 1989 - IX ZR 184/88, BGHZ 109, 47, 52).

37 5. Das Verwertungsrecht des Klägers hätte allerdings noch entstehen können, wenn der Treuhandvertrag mit Eröffnung des Insolvenzverfahren gemäß §§ 115, 116 InsO erloschen wäre. Dies schied aber wegen seines drittschützenden Charakters aus.

38 a) Im Schrifttum wird angenommen, dass derartige, als Sanierungs- oder Restrukturierungstreuhand bezeichnete Verträge Elemente sowohl einer Verwaltungstreuhand als auch einer Sicherungstreuhand aufwiesen (Bork, NZI 1999, 337; Bitter in Festschrift Ganter, 2010, S. 101, 103; Thole, KTS 2014, 45, 46 f; MünchKomm-InsO/Ganter, 3. Aufl., § 47 Rn. 388e; Stadler, NZI 2009, 878, 879; Hagebusch/Schiller, BankPraktiker 2008, 342, 346; Undritz, ZIP 2012, 1153, 1157). Die Verwaltungstreuhand wird darin erblickt, dass der Treuhänder die Gesellschaftsanteile der Treugeber zum Zwecke der Sanierung oder Restrukturierung der Gesellschaft übernehme. Sicherungscharakter komme der Sanierungstreuhand zu, weil der Treuhänder bei Eintritt eines im Vertrag geregelten Sicherungsfalls berechtigt sein solle, die Gesellschaftsanteile zugunsten der drittbegünstigten Gläubiger zu verwerten (vgl. Bitter, aaO; Thole, aaO; MünchKomm-InsO/Ganter, aaO). Der Treuhänder werde Vollrechtsinhaber von Anteilen an der zu sanierenden Gesellschaft und sei sowohl gegenüber den Gesellschaftern als auch gegenüber den Drittbegünstigten gebunden. Die Bindung gegenüber den Drittbegünstigten wird teilweise aus einem von allen Seiten unterzeichneten Treuhandvertrag abgeleitet (Bitter, aaO), mehrheitlich wird ein Vertrag zugunsten Dritter zwischen dem Treugeber als Versprechens-

empfänger und dem Treuhänder als Versprechendem für möglich gehalten (Thole, aaO S. 45 ff; Stadler, aaO S. 879; Undritz, aaO S. 1153; Hagebusch/ Schiller, aaO).

39 b) Ein drittschützender Treuhandvertrag ist auch dann anzunehmen, wenn es an einer vertraglichen Regelung fehlt, die den Treuhänder zur Verwertung des Treuguts zugunsten der Drittbegünstigten berechtigt. Wer eine Sanierungs- oder Restrukturierungsmaßnahme durch Kredite unterstützt oder sonstige Beiträge leistet, dem fehlt zuweilen das Vertrauen in die Führungskraft der Gesellschafter, die oft zugleich Geschäftsleiter sind (vgl. Bitter, aaO). Auch wird befürchtet, die bisherigen Gesellschafter könnten den Restrukturierungsprozess beeinträchtigen oder gar gefährden (vgl. Undritz, aaO S. 1154). Dann kann das Interesse der Kreditgeber und sonstigen Beteiligten an einer vom Einfluss der bisherigen Gesellschafter unabhängigen Durchführung der Maßnahme vordringlich sein. Schon die Verwaltung der Gesellschaftsanteile durch den Treuhänder liegt deshalb im Interesse der Drittbegünstigten und begründet die Mehrseitigkeit der Treuhand. Dabei muss sich das Interesse der Drittbegünstigten nicht auf den Erhalt oder die Steigerung des Werts der Gesellschaftsanteile zur Erzielung eines möglichst hohen Verwertungserlöses beziehen (so wohl Thole, aaO S. 56). Im Falle einer erfolgreichen Sanierung der Gesellschaft muss der Verwertungsfall gerade nicht eintreten; die Gesellschaft wird vielmehr in die Lage versetzt, etwaige Sanierungskredite und sonstige Schulden selbst zurückzuführen. Mit Aktien der Gesellschaft besicherte, von den Gesellschaftern aufgenommene Darlehen können dadurch wieder ausreichend gesichert sein. Das Interesse an der Erzielung eines Verwertungserlöses kann deshalb nachrangig sein. Es kann gänzlich fehlen, wenn der Drittbegünstigte bereits ausreichend gesichert ist oder der Beitrag zur Sanierung oder Restrukturierung nicht in der Begründung einer sicherungsfähigen Schuld, sondern in einem

Schuldenerlass oder der Übernahme einer Verbindlichkeit ohne Rückgriff auf die Gesellschaft besteht. Deshalb ist eine Sanierungstreuhand im mehrseitigen Interesse schon dann anzunehmen, wenn Kreditgeber oder sonstige Beteiligte ihren Beitrag zur Sanierung oder Restrukturierung der Gesellschaft von der Übertragung der Gesellschaftsanteile auf einen Treuhänder abhängig machen, um eine vom Einfluss des Treugebers unabhängige Durchführung der Sanierungs- oder Restrukturierungsmaßnahme zu gewährleisten (aA Wilhelm in Festschrift Wehr, 2012, S. 81, 92 ff). Diese Voraussetzungen lagen hier vor, wie oben im Einzelnen ausgeführt wurde.

40 c) Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners hat sich diese Lage nicht entscheidend verändert. Der Treuhandvertrag vom 14. November 2002 ist deshalb nicht gemäß den §§ 115, 116 InsO erloschen. Deshalb gehörten die Aktien weiterhin nicht zur wirtschaftlichen Einheit des Schuldnervermögens.

41 aa) Für die Beantwortung der Frage, ob ein Treuhandvertrag in der Insolvenz des Treugebers gemäß den §§ 115, 116 InsO erlischt, wird im Ausgangspunkt danach unterschieden, ob es sich um eine fremdnützige Verwaltungstreuhand oder eine eigennützige Sicherungstreuhand handelt (Uhlenbruck/Sinz, InsO, 14. Aufl., §§ 115, 116 Rn. 3; Schmidt/Ringstmeier, InsO, 18. Aufl., § 116 Rn. 11; Flöther/Wehner in Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier, InsO, 2. Aufl., § 116 Rn. 5). Der Treuhandvertrag erlischt, wenn der Treuhänder das Treugut, wie etwa im Falle der Inkassozession, im Interesse des Treugebers hält (vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2012 - IX ZR 74/11, BGHZ 193, 129 Rn. 12; Beschluss vom 12. Juli 2012 - IX ZR 213/11, WM 2012, 1496 Rn. 12). In diesem Fall kann der Insolvenzverwalter die Aufgaben des Treuhänders zugunsten des Schuldners als Treugeber wahrnehmen, zweier Treuhänder bedarf es nicht.

42 Der Vertrag bleibt dagegen wirksam, wenn der Treuhänder als Sicherungsgläubiger im eigenen Interesse handelt. Deshalb begründen die §§ 115, 116 InsO kein Verwertungsrecht des Verwalters nach § 166 Abs. 1 InsO, wenn der absonderungsberechtigte Gläubiger das Sicherungsgut treuhänderisch für den Schuldner hält (vgl. BGH, Urteil vom 5. Mai 2011 - IX ZR 144/10, BGHZ 189, 299 Rn. 31).

43 bb) Hält ein Dritter einen Vermögensgegenstand treuhänderisch sowohl für den späteren Schuldner als auch für einen oder mehrere Drittbegünstigte, stehen die §§ 115, 116 InsO jedenfalls nicht einer vertraglich vorgesehenen Verwertung des Vermögensgegenstands durch den Treuhänder zugunsten des oder der Drittbegünstigten entgegen (vgl. Bork, NZI 1999, 337, 341; Thole, KTS 2014, 45, 51 ff; Bitter in Festschrift Ganter, 2010, S. 101, 127 f; Ganter, NZI 2013, 769, 773; Undritz, ZIP 2012, 1153, 1159; Stadler, NZI 2009, 878, 879; Hagebusch/Schiller, BankPraktiker 2008, 342, 346; aA mit Blick auf eine als Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltete Doppeltreuhand Wilhelm in Festschrift Wehr, 2012, S. 81, 91). Der Senat hat die Konkurs- beziehungsweise Insolvenzfestigkeit von doppel- oder mehrseitigen Treuhandvereinbarungen im Verhältnis zum Drittbegünstigen mehrfach bestätigt (vgl. BGH, Urteil vom 12. Oktober 1989 - IX ZR 184/88, BGHZ 109, 47, 53 f; vom 24. Mai 2007 - IX ZR 105/05, WM 2007, 1221 Rn. 15). Daran ist festzuhalten, und zwar unabhängig davon, ob die mehrseitige Treuhand auf einem mehrseitigen Vertrag oder einem Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB zwischen Treugeber und Treuhänder beruht. Die vertraglichen Vereinbarungen bleiben wirksam, soweit dies zur Wahrung der Rechte der Drittbegünstigten erforderlich ist.

44 cc) Dies gilt auch, wenn sich das Sicherungsinteresse des Drittbegünstigten - wie im Streitfall - in der Durchführung einer Sanierungs- oder Restrukturierungsmaßnahme ohne Einfluss des Schuldners als (Haupt-)Gesellschafter erschöpft. Das Vertrauen dieses Drittbegünstigten in den seine Rechte wahrenden Fortbestand der Treuhandvereinbarung ist nicht weniger schutzwürdig als das Vertrauen desjenigen, dem ein Recht an dem Erlös aus der Verwertung des Treuguts zusteht. In jedem Fall macht der Drittbegünstigte seine Beteiligung an der Maßnahme - sei es durch Gewährung eines Sanierungsdarlehens, sei es durch einen sonstigen Beitrag - von dem Abschluss und der Aufrechterhaltung der Treuhandvereinbarung abhängig. Dieser Umstand begründet schon alleine die Schutzwürdigkeit des Vertrauens. Bei einer engeren Sicht müsste einem jeden Drittbegünstigten der Erlös aus der Verwertung des Treuguts oder ein Anteil an diesem versprochen sein, was eine zusätzliche Belastung für die Masse in der Insolvenz des Treugebers begründen könnte. Die übrigen Gläubiger des Treugebers werden dadurch nicht rechtlos gestellt. Dem Verwalter können mit Blick auf den Treuhandvertrag schuldrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet sein. Ferner kann das Treugut durch einen insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch zur Masse zu ziehen sein.

III.

45 Da sich die angefochtene Entscheidung somit als zutreffend erweist, ist die Revision gemäß § 561 ZPO zurückzuweisen.

Kayser Gehrlein Vill

Grupp Bär

Vorinstanzen:
LG Hamburg, Entscheidung vom 01.03.2010 - 313 O 432/07 -
OLG Hamburg, Entscheidung vom 08.11.2013 - 8 U 40/11 -