

# Der Sanierungs- Berater

www.sanierungsberater.de

Betriebs-Berater für Interimsmanagement und Restrukturierung

SanB

1/2024

Seiten 1–44

5. Jahrgang

- **Prof. Dr. Daniel Graewe, LL.M.**  
Dawn of the Dead, oder: wann stirbt der Zombie Karstadt-Kaufhof? 1
- **Prof. Dr. Christoph Thole und Dr. Christian Holzmann**  
Konzerninterne Cost-Plus-Verträge im Sanierungsverfahren und der Umgang mit dem Insolvenzgeldeffekt 2
- **Ulrich Stinnertz und Dr. Knut Karnapp**  
Kennst Du den Mailserver, kennst Du das Unternehmen 7
- **Daniel Blazek**  
Zur Anfechtung von Scheinguthaben bei stillen Gesellschaften 9
- **Dr. Carl Höfer**  
„Warnsignal“ zur strengen Beachtung des Bestimmtheitsgebots – Unwirksamkeitsrisiken beim Asset Deal und Gestaltungsmöglichkeiten für die Sanierungspraxis 12
- **Kerstin Bontschev**  
Zur Haftung von Geschäftsführern gegenüber nachrangigen Darlehensgläubigern – durch die Verwendung einer unwirksamen Nachrangabrede – Teil 2 15
- **Lutz Tiedemann**  
Crowdinvestments und das Problem mit dem „Trick“ der qualifizierten Nachrangklausel 17
- **AG Essen, Beschluss vom 03.01.2024 – 165 RES 1/23**  
Cross-Class-Cramdown im Restrukturierungsverfahren (StaRUG) 35
- **Dr. Leonard Szabó und Ole Schudwitz**  
Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.10.2023 – IX ZR 112/22 – KG Berlin; LG Berlin 37

**Herausgegeben von**  
Prof. Dr. Daniel Graewe  
Dr. Martin Heidrich  
Rüdiger Weiß

**Beirat**

Prof. Dr. Christian Berger  
Maximilian Dressler  
Martin Hammer  
Prof. Dr. Michael Hippeli  
Béla Knof  
Prof. Dr. Rolf-Dieter Mönning  
VRiLG Dr. Martin Pellens  
Dr. Johan Schneider

**Schriftleitung**  
Sascha Borowski  
Thorsten Petersen

Klauseln nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der üblicherweise beteiligten Kreise dahin auszulegen sind, dass die materiellen Voraussetzungen der Ausschüttungen sich nach der objektiven (wahren) Ertragslage der Schuldnerin bestimmen und nicht nach den – fehlerhaften – festgestellten Jahresabschlüssen der Schuldnerin und ihrer Wirksamkeit nach dem Aktiengesetz (vgl. BGH, Urt. v. 1.10.2020 – IX ZR 247/19, Rn. 21). Aus der Verwendung des Begriffs „festgestellter Jahresabschluss“ (hier der Schuldnerin) ist nicht zu folgern, dass die Anleger an diesen – gleich Aktionären – solange gebunden sind, wie er nicht nach § 256 AktG nichtig ist.

Der IX. Zivilsenat bestätigte das Berufungsgericht auch darin, dass sich der Anfechtungsanspruch auf für die Scheingewinne einbehaltene Steuern bzw. den Solidaritätszuschlag erstreckt. Insoweit rügte die Revision, das Berufungsgericht habe nicht den Vortrag des Beklagten berücksichtigt, dass eine Abführung an das Finanzamt durch die Schuldnerin nicht erfolgt sei. Diesbezüglich ist jedoch positives Wissen erforderlich, eine Vermutung reicht nicht. Auch das Wissen darum, dass es voraussichtlich nicht zur Abführung kommen wird, reicht nicht aus (BFH, Beschl. v. 7.1.2004 – I B 197/03,

Gründe II. 1. c) cc)). Entsprechender Sachvortrag des Beklagten fehlte.

#### IV. Fazit

Das Urteil des IX. Zivilsenats des BGH vom 14.12.2023 schließt in bestimmter Hinsicht an das Versäumnisurteil des Senats vom 22.4.2010 an (IX ZR 225/09) an. Verdeutlicht wird, dass nicht alle Auszahlungen auf die Einlage (stiller) Gesellschafter schlechthin unanfechtbar sind bzw. die Gegenleistung für die Einlage darstellen. Dies ist nur insoweit der Fall, wie tatsächlich ein Anspruch auf Rückzahlung der Einlage bestand. Sehen die vertraglichen Regelungen eine Verlustbeteiligung der Einlage – wobei typischerweise die objektive (wahre) Ertragslage maßgeblich ist – und nur die Auszahlung des ggfls. verminderten Einlagebetrages vor, handelt es sich bei Überzahlung um Scheinguthaben. Scheinguthaben sind unter denselben Bedingungen anfechtbar wie Scheingewinne. Dabei muss ein Kondiktionsanspruch des Schuldners gesperrt und auch sonst kein Rückforderungsanspruch in das Vermögen des Schuldners gelangt sein (beispielsweise ein vertraglicher Rückzahlungsanspruch in Bezug auf etwaige Überzahlungen).

Rechtsanwalt Dr. Carl Höfer\*

## „Warnsignal“ zur strengen Beachtung des Bestimmtheitsgebots – Unwirksamkeitsrisiken beim Asset Deal und Gestaltungsmöglichkeiten für die Sanierungspraxis

Zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 16.12.2022 – V ZR 174/21\*\*

### I. Sachverhalt und Bedeutung des Bestimmtheitsgebots in Sanierungs- und Insolvenzverfahren

Das auf S. 28 abgedruckte Urteil ist eines der Wenigen, in denen sich der BGH intensiv mit dem Bestimmtheitsgebot bei der Übertragung von Gegenständen, insbesondere von Sachgesamtheiten, zu befassen hatte. Das Bestimmtheitsgebot ist ein tragendes Prinzip für die Übereignung von Gegenständen und daher für jeden Verfügungsvertrag zentral. Dennoch sind Rechtsstreitigkeiten darüber eine Seltenheit, da Übertragungsfehler oft erst virulent werden, wenn dies Auswirkungen auf Rechte Dritter entfaltet. Dies zeigt auch die vorliegend vom BGH entschiedene Konstellation, bei der die Wirksamkeit einer Übereignung im Wege eines Asset Deals erst nach langer Zeit (mehr als 10 Jahre nach Durchführung des Asset Deals) und inzident im Rahmen eines Unterlassungsanspruchs aus § 1004 BGB zu prüfen war.

Stark vereinfacht, lag dem Urteil ein Sachverhalt zugrunde, wonach die Klägerin als (vermeintliche) Eigentümerin von Flüssiggastanks, die sie an Endkunden vermietete und exklusiv mit Gas befüllten sollte, von der Beklagten die Unterlassung der Fremdbefüllung (wie sie in den Jahren 2016 und 2017 erfolgt war) verlangte. Die Flüssiggastanks waren von einer

(vermeintlichen) Rechtsvorgängerin der Klägerin in die Grundstücke der Kunden eingebaut und mit Eigentumsaufklebern versehen worden. Nach mehreren Umwandlungs- und Übertragungsvorgängen meinte die Klägerin, Eigentümerin der entsprechenden Flüssiggastanks geworden sein.

Jedenfalls revisionsrechtlich stand streitentscheidend allein die Frage im Raum, ob die Klägerin wirksam Eigentümerin der Flüssiggastanks geworden war. Streitig war die Wirksamkeit einer Eigentumsübertragung im Wege eines im September 2005 durchgeführten Asset Deals.

Diese – einzig – vom BGH zu beantwortende Rechtsfrage hat über den Fall hinaus für die Sanierungs- und Insolvenzpraxis große Bedeutung, ist doch der Asset Deals in Insolvenz- und insolvenznahen Fällen meist das einzig taugliche Mittel zur Unternehmensübertragung. Die Ausführungen des BGH zum Bestimmtheitsgrundsatz können zudem auch bei der Bestellung von Sicherungsrechten, beispielsweise bei der Sicherungsübergang von Sachgesamtheiten, praktische Bedeutung erlangen.

Im Ergebnis zeigt das Urteil des BGH deutlich, dass mit dem Bestimmtheitsgebot bei der Übereignung von Gegenständen und Sachgesamtheiten in der Praxis zu sorglos umgegangen wird, auch wenn dieses im Grundsatz jedem Juristen als tragende Säule einer Übereignung bekannt sein dürfte.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. III.

\*\* Urteil abgedruckt auf S. 28, in diesem Heft.

## II. „Anleitung“ des BGH zur wirksamen Übereignung von Sachgesamtheiten

Der BGH hob das stattgebende Urteil des Berufungsgerichts auf, da die Klägerin nach den (unvollständigen) Feststellungen des Berufungsgerichts bei der Durchführung des Asset Deals nicht Eigentümerin der Flüssiggastanks geworden sei und daher nicht die Unterlassung deren Befüllung von der Beklagten verlangen könne. Der Rechtsstreit wurde an das Berufungsgericht zurückverwiesen, um weitere Feststellungen hinsichtlich der möglichen Wirksamkeit der Übereignung der Flüssiggastanks auf die Klägerin zu treffen.

### 1. Zusammenfassung der allgemeinen Anforderungen an die Bestimmtheit des Verfügungsvertrags

Das Urteil ist besonders praxisrelevant, weil der BGH darin „Lehrbuchmäßig“ seine bisherige Rechtsprechung rekapituliert, im Sinne einer „Bedienungsanleitung“ rechtssichere Übertragungsmöglichkeiten und Fallstricke bei der Übertragung von Sachgesamtheiten auflistet und sogar mit Tipps an die Gestaltungspraxis schließt.

Ausgangspunkt der Entscheidung ist der allgemeine Grundsatz, dass bei der Übereignung einer Sachgesamtheit die Einigung dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nur dann genügt, wenn eindeutig ist, auf welche einzelnen Gegenstände aus der Gattung sich der Übereignungswille der Parteien erstreckt. Hierfür genügt nicht jede irgendwie ermittelbare Abgrenzung der übereigneten von nicht übereigneten Gegenständen. Vielmehr muss ein einfaches, äußeres Abgrenzungskriterium gewählt werden, nach dem für jeden, der die Parteiabrede kennt, ohne Weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind (BGH, Rn. 10). Hierfür reiche es nicht aus, sich auf außervertragliche Erkenntnisquellen wie Warenbücher oder Rechnungen zur Unterscheidung solcher Sachgesamtheiten oder auf rechtliche Unterscheidungsmerkmale wie das Eigentum des Veräußerers an den Gegenständen zu beziehen, da dies eine weitere Aufarbeitung der Sach- oder Rechtslage zur Individualisierung erfordere. Untauglich sei zudem eine Bezugnahme auf eine quantitativ zu bestimmende Teilmenge einer Sachgesamtheit. Vielmehr müsse, wenn kein anderes taugliches Unterscheidungsmerkmal vorliege, zumindest eine räumliche Abgrenzung zur Individualisierung vorgenommen werden (BGH, Rn. 12, 13).

### 2. Mangels Bestimmtheit im vorliegenden Fall keine wirksame Übereignung an die Klägerin

Bei der (versuchten) Übereignung der Flüssiggastanks an die Klägerin hatten die Vertragsparteien festgelegt, dass Flüssiggastanks, die an Endkunden vermietet und in deren Besitz seien, an die Klägerin übereignet würden. Diese Individualisierung genüge dem Bestimmtheitsgrundsatz nicht, da nicht ohne Weiteres erkennbar sei, welche einzelnen Flüssiggastanks von der Übereignung erfasst seien. Weder sei für einen Dritten ohne Weiteres ersichtlich, ob es sich bei den unmittelbaren Besitzern der Flüssiggastanks um Kunden des Veräußerers handle, noch, ob die Tanks den Kunden vom Veräußerer überlassen worden seien. Ähnlich wie bei der Wahl eines rechtlichen Unterscheidungsmerkmals (z. B. Eigentum) sei daher eine Vorprüfung erforderlich, die dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz widerspricht (BGH, Rn. 19). Letztlich war also nicht allein aus der Parteiabrede (allgemein) ersichtlich, welche Gegenstände übereignet worden sein sollen. Daher sei nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts die Klägerin nicht Eigentümerin der Flüssiggastanks und die Klage daher abzuweisen, wenn eine wirksame Übereignung nicht

durch weitere Sachverhaltsfeststellungen nachgewiesen werden könne.

### 3. Taugliche Individualisierungsmöglichkeiten waren vorhanden, aber nicht Teil der dinglichen Einigung

Zugleich hielt der BGH fest, dass es durchaus Möglichkeiten gegeben hätte, die Flüssiggastanks wirksam an die Klägerin zu übereignen. Ein taugliches Unterscheidungsmerkmal hätten die auf den Flüssiggastanks angebrachten Eigentumsaufkleber sein können. Darauf hätten sich die Parteien aber bei der Übereignung nicht bezogen, so dass dieses Unterscheidungsmerkmal nicht final zu prüfen sei (BGH, Rn. 21). Auch sei nicht nachgewiesen, dass die Kundenliste, die als Verzeichnis für die Individualisierung der zu übereignenden Flüssiggastanks dienen könnte, bei der Einigung tatsächlich vorgelegen habe und Bestandteil des Verfügungsvertrags geworden sei (BGH, Rn. 23). Unterscheidungsmerkmale dürften nicht nur vorliegen, sondern müssten bewusst und erkennbar Teil der Einigung der Parteien sein, um als Maßstab für die Bestimmtheit des Verfügungsgeschäfts herangezogen werden zu können. Hierzu müsse das Berufungsgericht noch ergänzend Beweis erheben.

Der BGH schloss daher mit der Empfehlung, dass insbesondere bei einem Unternehmenskauf regelmäßig die Bezugnahme auf Verzeichnisse üblich und auch praktisch notwendig sei, um die rechtlichen Anforderungen zu erfüllen, die sich aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ergeben (BGH, Rn. 23).

## III. „Warnsignal“ für die strenge Beachtung des Bestimmtheitsgebots

Das Urteil des BGH sollte ein Warnsignal an die Praxis sein, das Bestimmtheitsgebot bei der Übertragung von Sachgesamtheiten (insbesondere beim Asset Deal) ernst zu nehmen. Auch wenn die exakte Abgrenzung der zu übertragenden Gegenstände als unliebsame „Fleißarbeit“ erscheint, ist sie doch eine unbedingt zu beachtende, zwingende Übertragungsvoraussetzung. Das Urteil zeigt daher zweierlei: Zum einen, wie gravierend die Folgen einer unsauberen Arbeitsweise bei der Übertragung von Sachgesamtheiten – auch noch nach Jahrzehnten – sein können. Zum anderen aber auch, dass es oftmals naheliegende Lösungen gibt, auf deren Einhaltung Rechtsberater konsequent achten müssen. So hätte es in dem vorliegenden Fall wohl schon genügt, die Abgrenzung im Rahmen der dinglichen Einigung explizit auf die an den Flüssiggastank angebrachten Eigentumsaufkleber zu beziehen (andeutungsweise BGH, Rn. 21; zu Unrecht ablehnend Kittner, GWR 2023, 119). Jedenfalls in Kombination mit der Beifügung der Kundenliste hätte eine solche Individualisierung der zu übertragenden Flüssiggastanks mit Sicherheit den Anforderungen des Bestimmtheitsgebots genügt. Die entsprechenden Merkmale hätten nachweisbar Teil der dinglichen Einigung sein müssen. Da die Unterscheidung aber anhand anderer – zu unbestimmter – Kriterien vorgenommen wurde, war die Übereignung im Ergebnis unwirksam.

## IV. Praxistipps für die rechtssichere Gestaltung von Asset Deal-Kaufverträgen

Mit seinem jüngsten Urteil verschärft der BGH nicht etwa die Anforderungen an die Bestimmtheit (anders Berger, WuB 2023, 376). Vielmehr fasst er die bisherige Rechtsprechung zusammen und wendet diese konsequent auf den vorliegenden Sachverhalt an. Dass die streitgegenständliche Übereignung der Bestimmtheit nicht genüge, wäre bei gewissenhafter Beachtung der bisherigen Rechtsprechung erkennbar gewesen.

Für die Gestaltungspraxis sind daher folgende Aspekte beachtlich:

### 1. Vermeidung ungenügender Abgrenzungsmerkmale

Bei der Abgrenzung der zu übereignenden Gegenstände einer Sachgesamtheit sollten also insbesondere außervertragliche Erkenntnisquellen, die nicht – wie beispielsweise Eigentumsmarkierungen – auf den ersten Blick erkennbar sind, ebenso vermieden werden wie das Abstellen auf funktionale Begriffe (wie Vorräte oder Anlagevermögen) oder rechtliche Unterscheidungsmerkmale. Dies ist insbesondere zu beachten, wenn beispielsweise „alle im Eigentum des Veräußerers stehenden“ Gegenstände eines Warenlagers veräußert oder nicht im Eigentum stehende (geleaste oder unter Eigentumsvorbehalt erworbene) Gegenstände von der Veräußerung ausgenommen werden sollen. Allein der Bezug auf die Eigentumslage kann dabei zu einer Unwirksamkeit der Übereignung aufgrund der Verletzung des Bestimmtheitsgebots führen (so auch Tamcke/Gerbautet, DStR 2023, 965). Gleiches gilt – was unmittelbar ersichtlich sein dürfte – für quantitative Unterscheidungsmerkmale. „Die Hälfte des Lagerbestands“, „Kies im Wert von 1 Mio. €“ oder „10 kg Kartoffeln“ zu übereignen, genügt der Bestimmtheit offensichtlich nicht. Auch sog. „All-Formeln“ sind tückisch: diese genügen dem Bestimmtheitsgebot nur, wenn tatsächlich alle (überhaupt) vorhandenen Gegenstände dieser Gattung übereignet werden sollen. Andernfalls sind weitere Individualisierungsmerkmale oder – in der Praxis wohl zielführend – eine zusätzliche räumliche Abgrenzung nötig.

### 2. Kennzeichnung, Inventarlisten oder räumliche Abgrenzung als taugliche Bestimmungsmerkmale

Rechtssicherheit bieten insbesondere eine exakte räumliche Abgrenzung (z. B. in verschiedenen Lagern) oder die Bestimmung anhand von Markierungen (z. B. Eigentumsaufklebern oder Seriennummern). Auch die vollständige Auflistung der zu übertragenden Gegenstände in einem Verzeichnis bietet Rechtssicherheit. Jedoch ist zu beachten, dass ein solches Verzeichnis bei der Einigung tatsächlich vorliegen und Bestandteil des Verfügungsvertrags werden muss. Eine körperliche Verbindung des Verzeichnisses mit der Vertragsurkunde ist dabei nicht erforderlich (BGH, Rn. 23), jedoch in der Praxis insbesondere zu Nachweiszwecken empfehlenswert. Zu beachten ist aber, dass aus dem Verzeichnis die zu übertragenden Gegenstände zweifellos individualisierbar sein müssen. Diese Individualisierung ist notfalls durch die zusätzliche Angabe von Inventarnummern oder dem Belegenheitsort herzustellen. Eine bloße Angabe des Warentyps und Mengenzahl reicht nicht aus, wenn andere Teile derselben Gattung nicht übereignet werden sollen. Dies kommt einer quantitativen Bestimmung nahe, wenn nicht zusätzlich eine klare räumliche Abgrenzung vorliegt. Ob eine Individualisierung mittels Fotos ausreicht, hängt zum einen davon ab, ob sich die zu übereignenden von den nicht zu übereignenden Gegenständen optisch unterscheiden. Das ist beispielsweise der Fall, wenn anhand der Farbe eine eindeutige Individualisierung möglich ist, nicht aber bei identisch verpackten Warenbeständen. Zudem sollten sich die Gegenstände zumindest durch die Umgebung von weiteren bei Dritten etwa vorhandenen Gegenständen derselben Gattung individualisieren lassen, was insbesondere bei fest stehenden Gegenständen (Schränke, Bilder usw.) denkbar ist, nicht aber beispielsweise bei einem auf der Straße stehenden PKW, wenn dieser sich nicht optisch von allen anderen Gegenständen derselben Gattung (gleich ob beim Veräußerer oder bei Dritten belegen) unterscheidet, z. B. durch Aufschriften.

### 3. Ausdrückliche Bezugnahme auf das Individualisierungsmerkmal im Rahmen der dinglichen Einigung

Schließlich ist darauf zu achten, dass die Individualisierungsmerkmale nicht nur vorhanden, sondern tatsächlich Teil der dinglichen Einigung der Parteien werden müssen. Dies hat der BGH im vorliegenden Fall nochmals eindringlich angemahnt. Allein deren fehlende Nennung führte im vorliegend vom BGH entschiedenen Fall zur Unwirksamkeit der dinglichen Einigung, obwohl taugliche Unterscheidungsmerkmale vorlagen (BGH Rn. 21, 23). Auch wenn solche Merkmale für die involvierten Parteien oft auf der Hand liegen und daher nicht explizit genannt werden (Tamcke/Gerbautet, DStR 2023, 965), sollte insbesondere der Rechtsberater eine „distanziertere“ Sichtweise einnehmen und auf eine möglichst umfangreiche Bezeichnung der Individualisierungsmerkmale im Vertrag selbst drängen, die auch ein objektiver Dritter allein auf Grundlage des Vertragstexts nachvollziehen kann.

### 4. Zusammenfassung

Die eindeutige Botschaft der BGH-Entscheidung lautet also: Die Individualisierung zu übertragender Gegenstände im Rahmen der dinglichen Einigung ist ernst zu nehmen. Auch wenn dies lästig erscheinen mag, birgt doch jede „Vermeidung“ von Aufwand hohe Unwirksamkeitsrisiken, die den Parteien noch Jahrzehnte später auf die Füße fallen können. Bei der Individualisierung der zu übertragenden Gegenstände und der Erstellung von Verzeichnissen sowie der Darlegung von Unterscheidungsmerkmalen im Übertragungsvertrag ist daher größte Sorgfalt geboten.

Der einfachste Weg zur Individualisierung ist die wörtliche Beschreibung der Abgrenzungsmerkmale. Dies wird aber, insbesondere bei Rohstoffen und Handelsware, meist nicht ausreichen. Wenn keine Möglichkeit zu einer rein beschreibenden Individualisierung besteht, müssen die entsprechenden Gegenstände entweder (durch klar individualisierende Merkmale, z. B. Eigentumsaufkleber oder Inventarnummern) gekennzeichnet und inventarisiert oder eindeutig räumlich separiert werden. Dies ist sicherlich aufwendig und gerade in zeitkritischen Sanierungssituationen oder beim Mangel an personellen Kapazitäten schwer zu bewerkstelligen – aber oftmals die einzige Möglichkeit, die dingliche Übertragung rechtssicher zu gestalten.

Sollten auch die räumliche Trennung oder die Kennzeichnung in Einzelfällen nicht bei allen zu übertragenden Gegenständen möglich oder wirtschaftlich sinnvoll sein, so sollte der beratende Anwalt darauf achten, dass zumindest die zentralen zu übertragenden Vermögensgegenstände ausreichend individualisiert (und im Vertrag konkret bezeichnet) werden und nur hilfsweise bezüglich wirtschaftlich weniger bedeutsamer Gegenstände auf sogenannte All-Klauseln ohne zusätzliche Abgrenzung zurückgegriffen wird (so auch Fuhrmann, EWIR 2023, 398).

derungen an die Widerlegung der Vermutung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO.

(24) III. Das Urteil ist nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Andere Umständen, die zur Widerlegung der Vermutung des § 133 Abs. 1 S. 2 InsO führen könnten, sind nicht ersichtlich. Das Urteil ist danach aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

## Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes bei einer Übereignung einer Gesamtheit von Gegenständen

§ 929 BGB; § 931 BGB; § 1004 BGB

BGH, Urteil vom 16.12.2022 – V ZR 174/21

1. Soll eine Gesamtheit von Gegenständen, die nicht räumlich zusammengefasst sind, unter Verwendung eines Gattungsbegriffs übereignet werden, ist der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nur dann gewahrt, wenn sich die Vertragsparteien bewusst und erkennbar über Merkmale einigen, aufgrund deren die übereigneten Gegenstände der Gattung individualisierbar sind (Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 4. Oktober 1993 – II ZR 156/92, NJW 1994, 133). (Rn. 18)

2. Eine Einigung, nach der nur diejenigen Gegenstände einer bestimmten Gattung übereignet werden sollen, die der Veräußerer nicht näher bezeichneten Dritten überlassen hat, genügt für sich genommen den Anforderungen an den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht (hier: Flüssiggastanks, die nicht näher bezeichneten Kunden überlassen worden sind). (Rn. 19)

### Tenor

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 20. Juli 2021 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten entschieden worden ist.

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) Die Parteien handeln mit Flüssiggas. Die Klägerin ist aufgrund Verschmelzung Rechtsnachfolgerin der V. F. GmbH (nachfolgend: VFG). Diese war u. a. von der V. G und O. GmbH & Co. KG (nachfolgend: VGO) im August 2005 gegründet worden. Mit Vertrag vom 1. September 2005 verkaufte die VGO der VFG u. a. das zu den Wirtschaftsgütern des Flüssiggasgeschäfts gehörende Sachanlagevermögen, zu dem gemäß Ziffer II.1.a) des Kaufvertrags u. a. Flüssiggastanks gehörten. Flüssiggastanks, die an Endkunden vermietet und in deren Besitz waren, sollten durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übereignet werden. Wegen der Beschreibung des Sachanlagevermögens wurde auf einen Anhang verwiesen, dessen Inhalt nicht festgestellt ist. Mit weiterem Vertrag vom 1. September 2005 verpachtete die VGO den Kundenstamm ihres Flüssiggasgeschäfts an die VFG. Der Kundenstamm war in einem Anhang zu dem Pachtvertrag beschrieben. Zu den dort genannten Kunden gehört Herr R. S. Dieser hatte zuletzt 1999 mit der VGO einen Versorgungsvertrag unter Vereinbarung

eines Fremdbefüllungsverbots geschlossen. Der dafür von der VGO gelieferte und in das Grundstück eingebaute Flüssiggastank sollte in deren Eigentum verbleiben und ist mit einem Eigentumsaufkleber versehen. Die Beklagte befüllte im Mai 2016 und im Juli 2017 diesen Tank.

(2) Mit der Klage nimmt die Klägerin die Beklagte darauf in Anspruch, es bei Meidung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, ohne ihre Einwilligung in ihrem Eigentum stehende Flüssiggasbehälter zu befüllen oder befüllen zu lassen. Sie verlangt ferner den Ersatz von Abmahnkosten nebst Zinsen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist, mit Ausnahme eines Teils der Zinsen, erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will die Beklagte die vollständige Klageabweisung erreichen. Die Klägerin beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

### Entscheidungsgründe

#### I.

(3) Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne von der Beklagten gemäß § 1004 Abs. 1 BGB Unterlassung verlangen. Die Klägerin sei Eigentümerin des auf dem Grundstück des Kunden S. befindlichen Flüssiggastanks, und die Befüllung des Tanks durch die Beklagte stelle eine Eigentumsbeeinträchtigung dar. Die VGO als ursprüngliche Eigentümerin des Tanks habe mit den im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag vom 1. September 2005 erfolgten Übereignungserklärungen das Eigentum daran auf die VFG übertragen. Die Bezeichnung der zu übereignenden Flüssiggastanks in der Einigungserklärung genüge dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz. Für den Kenner des Vertrags sei klar ersichtlich, dass das gesamte Endkundengeschäft der Flüssiggassparte und damit alle von der VGO an ihre Kunden überlassenen Flüssiggastanks in das Eigentum der VFG hätten übergehen sollen. Dass das Eigentum der VGO an dem bei dem Kunden S. befindlichen Tank nicht allein aus dem Vertrag und seinen Anlagen hervorgehe, mache die Vereinbarung nicht unbestimmt. Für die notwendige Einzelübertragung genüge die Sammelbezeichnung „Flüssiggastanks“. Es sei nur notwendig zu klären, ob die VGO auch dem Kunden S. einen Gastank überlassen habe. Das sei der Fall, weil der Kunde zu dem Kundenstamm der VGO gehöre und der Aufkleber auf dem Tank auf deren Eigentum hinweise.

#### II.

(4) Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

(5) 1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Die Befüllung eines im fremden Eigentum stehenden Flüssiggastanks während der Laufzeit des Liefervertrags zwischen dem Eigentümer des Tanks und dessen Kunden ohne Einwilligung des Eigentümers stellt eine Eigentumsbeeinträchtigung im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB dar, die der Eigentümer des Tanks nicht nach § 1004 Abs. 2 BGB zu dulden hat. Die „Fremdbefüllung“ begründet auch die tatsächliche Vermutung für eine Wiederholungsgefahr (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 15. September 2003 – II ZR 367/02, NJW 2003, 3702; Urteil vom 9. Februar 2004 – II ZR 131/03, BGH-Report 2004, 972; Urteil vom 24. Oktober 2005 – II ZR 56/04, WM 2006, 334).

(6) 2. Das Berufungsgericht legt – von der Revision unbeanstandet – zugrunde, dass ursprüngliche Eigentümerin des auf dem Grundstück des Kunden S. befindlichen Flüssiggastanks die VGO gewesen ist. Diese hat ihr Eigentum daran nicht durch den Einbau in das Grundstück verloren, weil die Verbindung mit dem Grund und Boden für die Dauer des Versorgungsvertrags und damit nur zu einem vorübergehenden Zweck

erfolgt ist (§ 95 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 15. September 2003 – II ZR 367/02, NJW 2003, 3702).

(7) 3. Mit der gegebenen Begründung kann der Erwerb des Eigentums an dem Flüssiggastank durch die VFG, der infolge der Verschmelzung sodann zu dem Übergang des Eigentums auf die Klägerin geführt hätte (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG), jedoch nicht bejaht werden.

(8) a) Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist allerdings die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung der in Ziffer II.1.a) des Kaufvertrags vom 1. September 2005 enthaltenen Einigung zwischen der VGO und der VFG, wonach alle von der VGO an ihre Kunden überlassenen Flüssiggastanks übereignet werden sollen. Sie entspricht dem von dem Berufungsgericht festgestellten Ziel des Vertrags, das gesamte Endkundengeschäft der Flüssiggassparte von der VGO im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf die VFG übergehen zu lassen (sog. asset deal; vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2013 – XII ZR 38/12, NJW 2013, 1083 Rn. 16; Grüneberg/Weidenkaff, BGB, 82. Aufl., § 453 Rn. 7). Damit sollten nicht nur die Flüssiggastanks übereignet werden, die sich als Lagerbestand auf dem Betriebsgelände der VGO befanden, sondern auch solche, die bestimmungsgemäß Kunden zur Verfügung gestellt worden waren, um im Rahmen der Versorgungsverträge mit Gas befüllt zu werden.

(9) b) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, mit der Sammelbezeichnung „alle von der VGO an ihre Kunden überlassenen Flüssiggastanks“ seien die zu übereignenden Sachen bestimmt bezeichnet worden, während die Frage, ob der bei dem Kunden S. befindliche Flüssiggastank von der VGO überlassen worden sei und deshalb von der Übereignung erfasst werde, nicht die Bestimmtheit, sondern die Beweisbarkeit betreffe.

(10) aa) Der Inhalt der Einigung gemäß § 929 S. 1 BGB erschöpft sich – anders als das Verpflichtungsgeschäft – im Einigsein über die vereinbarte dingliche Rechtsänderung (vgl. Senat, Urteil vom 8. April 2016 – V ZR 73/15, NJW 2016, 2035 Rn. 17). Die Einigung gemäß § 929 S. 1 BGB muss sich deshalb auf eine individuell bestimmte Sache beziehen. Soll, wie hier, nicht lediglich eine einzelne Sache, sondern eine Sachgesamtheit übereignet werden, genügt die Einigung dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nur dann, wenn klar ist, auf welche einzelnen Gegenstände aus der Sachgesamtheit sich der Übereignungswille der Parteien erstreckt. Das bedeutet aber nicht, dass jeder einzelne Gegenstand genau bezeichnet werden muss. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird dem Bestimmtheitsgrundsatz auch dann ausreichend Rechnung getragen, wenn es infolge der Wahl einfacher äußerer Abgrenzungskriterien für jeden, der die Parteiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kennt, ohne Weiteres ersichtlich ist, welche individuell bestimmten Sachen übereignet worden sind (BGH, Urteil vom 31. Januar 1979 – VIII ZR 93/78, BGHZ 73, 253, 254; Urteil vom 13. Januar 1992 – II ZR 11/91, NJW 1992, 1161; Urteil vom 3. Juli 2000 – II ZR 314/98, WM 2000, 1704, 1706; Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 47/05, WM 2008, 1442 Rn. 27; jeweils mwN).

(11) (1) Die Bestimmtheit einer Sachgesamtheit kann durch die Verwendung einer Sammelbezeichnung sichergestellt werden, nach der alle Gegenstände von der Übereignung erfasst sein sollen, die ein bestimmtes Merkmal erfüllen. Soll eine danach eindeutig zu kennzeichnende Gesamtheit vollständig oder eine qualitativ beschreibbare Teilmenge hiervon übereignet werden, bedarf es der räumlichen Abgrenzung nicht (sog. All-Formel; vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 1979 – VIII ZR 93/78, BGHZ 73, 253, 254 f.: bejaht für „Hausinventar des gemeinsam bewohnten Einfamilienhauses“; Urteil vom 13. Januar 1992 – II ZR 11/91, NJW 1992, 1161: verneint für „Handbibliothek

Kunst“; Urteil vom 4. Oktober 1993 – II ZR 156/92, NJW 1994, 133, 134: bejaht für Container mit einem bestimmten Volumen; vgl. auch Staudinger/C. Heinze, BGB [2020], Anhang zu §§ 929 ff. Rn. 27 ff.; Ganter in Ellenberger/Bunte, BankR-HdB, 6. Aufl., § 74 Rn. 40 mwN).

(12) (2) Nicht ausreichend ist hingegen die Bezugnahme auf ein rechtliches Unterscheidungsmerkmal, z. B. das Eigentum des Übertragenden. Sollen bei einer Übereignung einer Vielzahl von Gegenständen unter einer Sammelbezeichnung solche Gegenstände von der Übereignung ausgenommen werden, die zwar der Sammelbezeichnung unterfallen, aber nicht dem Veräußerer gehören, ist der Bestimmtheitsgrundsatz nicht gewahrt. Ein außenstehender Dritter kann nämlich nicht ohne außervertragliche Erkenntnisquellen (Warenbücher, Rechnungen) bestimmen, welche der Sammelbezeichnung unterfallenden Gegenstände dem Veräußerer gehören (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juni 1956 – IV ZR 24/56, BGHZ 21, 52, 56; Urteil vom 20. März 1986 – IX ZR 88/85, NJW 1986, 1985; Urteil vom 11. Dezember 1997 – IX ZR 341/95, BGHZ 137, 267, 277 mwN).

(13) (3) Auch Formeln, die nur mit Hilfe außervertraglicher Erkenntnisquellen geeignet sind, die übereigneten von den anderen Gegenständen zu unterscheiden, oder Kennzeichnungen durch rein funktionale Begriffe machen für einen Dritten nicht deutlich, welche Gegenstände übereignet werden sollen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 47/05, WM 2008, 1442 Rn. 27 zu „Vorräte“). Ist eine eindeutige Feststellung der zu übereignenden Gegenstände nicht auf andere Weise gewährleistet, z. B. bei Warenlagern mit wechselndem Bestand oder bei Beschränkung der Sicherungsübereignung auf eine nur quantitativ zu bestimmende Teilmenge der Sachgesamtheit, ist eine räumliche Abgrenzung erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1983 – VIII ZR 191/82, NJW 1984, 803, 804 mwN; Urteil vom 18. April 1991 – IX ZR 149/90, NJW 1991, 2144, 2146).

(14) bb) Gemessen daran genügt die Sammelbezeichnung „alle von der VGO an ihre Kunden überlassenen Flüssiggastanks“ für sich genommen den Anforderungen an den Bestimmtheitsgrundsatz nicht.

(15) (1) Das folgt entgegen der Ansicht der Revision allerdings nicht daraus, dass mit dieser Vereinbarung solche Flüssiggastanks von der Übereignung ausgenommen gewesen wären, die nicht im Eigentum der VGO gestanden hätten. Zwar war Kaufgegenstand des Vertrags vom 1. September 2005 das zu den Wirtschaftsgütern des Flüssiggasgeschäfts gehörende Sachanlagevermögen der VGO. Unter den bilanzrechtlichen Begriff des Sachanlagevermögens fallen nur diejenigen Gegenstände, die dem Bilanzpflichtigen gehören oder ihm jedenfalls wirtschaftlich zuzurechnen sind (§ 246 Abs. 1 S. 2 HGB; vgl. Heyes/Thelen in Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl., § 246 Rn. 34 mwN). Die Vertragsparteien haben in dem Kaufvertrag zur näheren Beschreibung der von der Einigung gemäß § 929 S. 1 BGB erfassten Gegenstände aber nicht die Sammelbezeichnung „Sachanlagevermögen“, sondern die Sammelbezeichnung „Flüssiggastanks“ gewählt. Damit sollten nach der tatrichterlichen Würdigung des Berufungsgerichts die Flüssiggastanks übereignet werden, die die VGO ihren Kunden überlassen hatte (vgl. oben Rn. 8). Auf die Eigentümerstellung der Veräußerin sollte es dagegen nicht ankommen. Dann bereitet eine fehlende Eigentümerstellung unter dem Gesichtspunkt des Bestimmtheitsgrundsatzes keine Probleme (vgl. dazu BGH, Urteil vom 24. Juni 1958 – VIII ZR 205/57, BGHZ 28, 16, 20; Urteil vom 20. März 1986 – IX ZR 88/85, BGH NJW 1986, 1985, 1986). Insoweit geht es nicht um die Bestimmtheit der Übereignung, sondern um einen möglichen gutgläubigen Erwerb.

(16) (2) Die Sammelbezeichnung „alle von der VGO an ihre Kunden überlassenen Flüssiggastanks“ genügt jedoch für sich

genommen deshalb dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht, weil nicht erkennbar ist, welche einzelnen Flüssiggastanks von der Übereignung erfasst sind.

(17) (a) Allerdings hat der II. Zivilsenat für die Sicherungsübereignung gemäß §§ 929, 930, 931 BGB entschieden, dass eine Einigungserklärung, nach der alle Gegenstände einer näher bezeichneten Gattung zur Sicherheit übereignet werden sollen, dem Bestimmtheitsgebot auch dann genügen kann, wenn die Gegenstände nicht räumlich zusammengefasst sind (Urteil vom 4. Oktober 1993 – II ZR 156/92, NJW 1994, 133, 134; kritisch Ott, WuB I F 5 Sicherungsübereignung 5.94; Serick, EWiR § 930 BGB 1/94). Dies hat er jedoch, anders als der zu weit gefasste Leitsatz vermuten lässt, nicht allgemein, sondern nur für die Sicherungsübereignung von Containern einer genau bezeichneten Größe entschieden. Er hat dabei zugrunde gelegt, dass alle Gegenstände, die ein bestimmtes Merkmal erfüllen, übereignet werden, und dass es sich bei der Containergröße um ein bestimmtes Merkmal handelt.

(18) (b) Das bedeutet jedoch nicht, dass der Gattungsbegriff für sich genommen stets dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entspricht. Ob eine Sammelbezeichnung erkennen lässt, welche konkreten Gegenstände von der Übereignung erfasst sein sollen, beurteilt sich nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung vielmehr danach, ob nach dem allgemeinen oder rechtlichen Sprachgebrauch für jeden, der die Parteiabreden in dem für den Eigentumsübergang vereinbarten Zeitpunkt kennt, ohne Weiteres ersichtlich ist, welche Einzelsachen damit gemeint sind (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 1991 – IX ZR 149/90, NJW 1991, 2144, 2146; Urteil vom 26. Juni 2008 – IX ZR 47/05, WM 2008, 1442 Rn. 28). Welche individuellen Sachen einer Gattung übereignet werden sollen, ist für einen Dritten zwar ohne Weiteres dann ersichtlich, wenn ein gesamter Lagerbestand veräußert wird. Soll dagegen – wie hier – eine Gesamtheit von Gegenständen, die nicht räumlich zusammengefasst sind, übereignet werden, ist der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz nur dann gewahrt, wenn sich die Vertragsparteien bewusst und erkennbar über Merkmale einigen, aufgrund deren die übereigneten Gegenstände der Gattung individualisierbar sind (vgl. BGH, Urteil vom 21. November 1983 – VIII ZR 191/82, NJW 1984, 803, 804; Urteil vom 17. Juli 2008 – IX ZR 96/06, NJW 2008, 3142 Rn. 17). So hat der IX. Zivilsenat die Bezeichnung von Sicherungsgut lediglich nach der Gattung („Bleche“, „Formstahl“, „Rohre“) selbst dann nicht als ausreichend angesehen, wenn der Lagerhalter und eine Order-Nummer genannt werden (vgl. BGH, Urteil vom 18. April 1991 – IX ZR 149/90, NJW 1991, 2144, 2146; Staudinger/C. Heinze, BGB [2020], Anhang zu §§ 929 ff. Rn. 27 ff.). Ob durch eine zusätzliche Beschreibung von Merkmalen das Bestimmtheitserfordernis erfüllt ist, ist eine Frage des Einzelfalls (zur Größenangabe bei Containern vgl. BGH, Urteil vom 4. Oktober 1993 – II ZR 156/92, NJW 1994, 133, 134).

(19) (c) An einer solchen Individualisierung der übereigneten Flüssiggastanks fehlt es hier. Ein Dritter kann, weil die Tanks nicht räumlich zusammengefasst sind, der Gattungsbezeichnung „Flüssiggastanks“ allein nicht entnehmen, welche Flüssiggastanks von der Übereignung erfasst werden sollen. Die sachenrechtliche Bestimmtheit wird auch nicht dadurch sichergestellt, dass von den Flüssiggastanks, die sich nicht auf dem Betriebsgelände der VGO befinden, nur solche übereignet werden sollten, die die VGO ihren Kunden überlassen hatte. Die Überlassung der Flüssiggastanks an Kunden der VGO ist kein bestimmtes Merkmal, mit dem die zu übereignende Menge der Flüssiggastanks qualitativ beschrieben wird. Für einen Dritten ist nämlich ohne Weiteres weder ersichtlich, ob es sich bei den unmittelbaren Besitzern von Flüssiggastanks um Kunden der VGO handelt, noch, ob die Tanks von der VGO überlassen worden sind. Insoweit ist die Vereinbarung vergleichbar mit

derjenigen, die ein rechtliches Unterscheidungsmerkmal verwendet, was nicht ausreichend ist (vgl. oben Rn. 12). Eine Einigung, nach der nur diejenigen Gegenstände einer bestimmten Gattung übereignet werden sollen, die der Veräußerer nicht näher benannten Dritten überlassen hat, genügt für sich genommen den Anforderungen an den sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht.

(20) 4. Das Berufungsurteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

(21) a) Nach den getroffenen Feststellungen trägt der auf dem Grundstück des Kunden S. befindliche Flüssiggastank zwar einen Aufkleber, der auf das Eigentum der VGO hinweist. Darauf kommt es aber nicht an. Die Einigung der Kaufvertragsparteien vom 1. September 2005 ist nicht auf die Übereignung derjenigen Flüssiggastanks gerichtet, die einen Eigentumsaufkleber tragen.

(22) b) Nach den weiteren tatrichterlichen Feststellungen lag dem ebenfalls am 1. September 2005 geschlossenen Pachtvertrag zwischen der VGO und der VFG eine Kundenliste bei, in der der Kunde S. aufgenommen ist. Auch das ist für die Bestimmtheit der Einigung nicht ausreichend.

23 aa) Allerdings kann bei der Übereignung einer Sachgesamtheit die Bezugnahme auf ein Verzeichnis dem Bestimmtheitsgebot genügen, wenn das Verzeichnis bei der Einigung tatsächlich vorgelegen hat und Bestandteil des die Einigung enthaltenen Vertrages geworden ist. Das Verzeichnis muss mit der Vertragsurkunde nicht körperlich verbunden werden (vgl. zum Ganzen BGH, Urteil vom 20. Dezember 1978 – VIII ZR 288/77, WM 1979, 300, 301; Urteil vom 11. Mai 1995 – IX ZR 170/94, WM 1995, 1394, 1396; Urteil vom 17. Juli 2008 – IX ZR 96/06, NJW 2008, 3142 Rn. 17 f. mwN). Die übereigneten Gegenstände müssen nämlich nicht notwendig in der über die Übereignung aufgenommenen Vertragsurkunde selbst genügend bestimmt bezeichnet sein; Einigung und Übergabe können auch formlos erfolgen. Der Inhalt der schriftlichen Vereinbarung über die Übereignung kann deshalb durch weitere mündliche Vereinbarungen und sogar stillschweigend ergänzt werden (vgl. BGH, Urteil vom 10. Oktober 1956 – IV ZR 71/56, WM 1956, 1467, 1468 f.; Urteil vom 8. Februar 1961 – VIII ZR 20/60, WM 1961, 431, 433). Auch dafür ist aber erforderlich, dass die Vertragspartner sich bewusst und erkennbar auf Merkmale einigen, auf Grund deren die übereigneten Sachen eindeutig festzustellen sind (vgl. oben Rn. 18). Insbesondere bei einem Unternehmenskauf ist die Bezugnahme auf Verzeichnisse zur näheren Bezeichnung der zu übereignenden Gegenstände üblich und praktisch notwendig, um die rechtlichen Anforderungen, die sich aus dem Bestimmtheitsgrundsatz ergeben, zu erfüllen (Schulz in Hölters, Handbuch Unternehmenskauf, 10. Aufl., Kapitel D. II Rn. 9.88).

(24) bb) Dass dem Kaufvertrag vom 1. September 2005 die Kundenliste als Anhang beigelegt war oder die Kaufvertragsparteien bei Abschluss des Kaufvertrags darüber einig waren, dass die in der Anlage zu dem am selben Tag geschlossenen Pachtvertrag bezeichneten Flüssiggastanks übereignet werden sollen, ist nicht festgestellt. Mit dieser Frage hat sich das Berufungsgericht – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – nicht befasst.

(25) 5. Da nach alledem nicht feststeht, ob ein Unterlassungsanspruch gegeben ist, steht auch nicht fest, ob die Klägerin Abmahnkosten gemäß § 683 S. 1, § 670 BGB verlangen kann. III.

(26) Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil des Beklagten entschieden worden ist. In diesem Umfang ist es aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen,

da er nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 ZPO). Das Berufungsgericht wird auf der Grundlage des gegebenenfalls noch zu ergänzenden Sachvortrags der Parteien zu prüfen haben, ob sich die VGO und die VFG bei Abschluss des Kaufvertrags am 1. September 2005 durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Bezugnahme auf den Pachtvertrag vom 1. September 2005 bzw. auf die diesem beigefügte Kundenliste gemäß § 929 S. 1 BGB darüber einig waren, dass diejenigen Flüssiggastanks übereignet werden sollten, die sich bei den in dieser Kundenliste im einzelnen genannten Kunden befanden.

## Persönliche Haftung des Geschäftsführers bei Verwendung unwirksamer Nachrangabrede – keine Exculpation durch Einschaltung eines fachkundigen Rechtsanwalts

§ 823 Abs. 2 BGB; §§ 54 Abs. 1 Nr. 2, 32 Abs. 1 S. 1 KWG; § 31 BGB

OLG Köln, Urteil vom 14.07.2023 – 13 U 17/23; LG Aachen, Urteil vom 12.01.2023 – 1 O 370/21

Der Investor nahm den beklagten Geschäftsführer auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 32 KWG in Anspruch. Der § 32 KWG ist als Schutzgesetz i. S. des § 823 Abs. 2 BGB anerkannt. Der Geschäftsführer kann sich nicht auf einen unvermeidbaren Verbotsirrtum berufen, wenn er vorträgt, einen fachkundigen Rechtsanwalt eingeschaltet zu haben, der die Klausel entworfen hat.

Das OLG Köln verweist auf die hohen Anforderungen der Rechtsprechung an das Vorliegen eines unvermeidbaren Verbotsirrtums als Schuldaußschließungsgrund. Insbesondere hatte der beklagte Geschäftsführer kein Gutachten zu dieser Rechtsfrage erstellen lassen.

### I. Tenor

Die Berufung des Beklagten zu 2) gegen das am 12.1.2023 verkündete Urteil des Landgerichts Aachen – 1 O 370/21 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Beklagte zu 2).

Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts sind vorläufig vollstreckbar.

### Gründe:

Von der Darstellung eines Tatbestandes wird gemäß § 522 Abs. 2 S. 4 ZPO i. V. m. § 544 Abs. 2 Nr. 1 ZPO abgesehen.

#### II.

Die zulässige Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg.

1. Die Klägerin kann von dem Beklagten zu 2) gemäß § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 32 Abs. 1 S. 1 KWG Schadensersatz wegen des mit der K Verwaltungs-GmbH (nachfolgend GmbH) geschlossenen Darlehensvertrages verlangen.

a) Der Beklagte hat als damaliger Geschäftsführer der Gesellschaft gegen § 32 Abs. 1 Satz KWG verstoßen, indem er für diese ohne aufsichtsbehördliche Erlaubnis gewerbsmäßig und unter anderem durch den Abschluss des Darlehensvertrags mit der Klägerin Bankgeschäfte betrieben hat. Bei der Annahme der Darlehen handelte es sich um Einlagengeschäfte im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KWG und damit um Bankgeschäfte. Dem stünde die in allen Darlehensverträgen verwendete

Nachrangklausel nur entgegen, wenn sie wirksam wäre. Die Klausel ist jedoch nach § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 S. 2 BGB unwirksam, weil die Voraussetzungen des Anwendungsbereichs der Nachrangabrede nicht hinreichend klar umrissen werden. Das hat der Senat in einem von einem anderen Darlehensgeber gegen die GmbH geführten Rechtsstreit (13 U 174/19) entschieden:

Die Verwendung einer qualifizierten Rangrücktrittsklausel in einem Darlehensvertrag bewirkt eine Wesensänderung der Geldhingabe vom bankgeschäftstypischen Darlehen mit unbedingter Rückzahlungsverpflichtung hin zur unternehmerischen Beteiligung mit einer eigenkapitalähnlichen Haftungsfunktion. Diese Wesensänderung muss für die angesprochenen Verkehrskreise, insbesondere Anleger ohne Erfahrung in Fragen der Unternehmensfinanzierung oder des Insolvenzrechts, hinreichend deutlich zutage treten, um von einer Geldhingabe unter bewusster Inkaufnahme eines unternehmerischen Geschäftsrisikos über das ohnehin bestehende allgemeine Insolvenzausfallrisiko hinaus auszugehen (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 – IX ZR 77/19, juris Rn. 23 mit Verweis auf das BaFin-Merkblatt: Hinweise zum Tatbestand des Einlagengeschäfts, Stand: März 2014, NZG 2014, 379, 381). Nach § 307 Abs. 1 S. 2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragsgegners auch daraus ergeben, dass eine Bestimmung nicht klar und verständlich ist. Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist nach den Grundsätzen von Treu und Glauben verpflichtet, Rechte und Pflichten seiner Vertragspartner möglichst klar und durchschaubar darzustellen. Der Verwender muss folglich einerseits die tatbestandlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen so genau beschreiben, dass für ihn keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen. Der Vertragspartner soll andererseits ohne fremde Hilfe möglichst klar und einfach seine Rechte feststellen können, damit er nicht von deren Durchsetzung abgehalten wird. Dies gilt auch für die Bestimmungen zu den Hauptleistungspflichten (§ 307 Abs. 3 S. 2 BGB; so BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 – IX ZR 143/17, juris Rn. 35). Angesichts der Verwendung der Darlehensbedingungen gegenüber Verbrauchern sind die Verständnismöglichkeiten des typischerweise bei Verträgen der geregelten Art zu erwartenden – juristisch unvorgebildeten – Durchschnittskunden maßgeblich (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 – IX ZR 77/19 –, juris Rn. 24).

In allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern ist eine qualifizierte Nachrangvereinbarung nur dann hinreichend transparent, wenn aus ihr die Rangtiefe, die vorinsolvenzliche Durchsetzungssperre, deren Dauer und die Erstreckung auf die Zinsen klar und unmissverständlich hervorgehen (BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 – IX ZR 77/19 juris Rn. 25). Dies erfordert auch, dass die Voraussetzungen der vorinsolvenzlichen Durchsetzungssperre hinreichend deutlich erläutert werden, insbesondere die Klausel klarstellt, inwieweit die Ansprüche aus dem Darlehen bereits dann nicht mehr durchsetzbar sind, wenn die Gesellschaft zum Zeitpunkt des Leistungsverlangens bereits zahlungsunfähig oder überschuldet ist oder dies zu werden droht (BGH, Urteil vom 6. Dezember 2018 – IX ZR 143/17, juris Rn. 36).

[...] Diesen rechtlichen Anforderungen wird das hier zu beurteilende Klauselwerk der Beklagten nicht gerecht.

(1) Schon die Überschrift der Klausel 7 „Qualifizierter Rangrücktritt“ begegnet Bedenken. Der Begriff „Qualifizierter Rangrücktritt“ ist den angesprochenen Verkehrskreisen fremd (vgl. BGH, Urteil vom 12. Dezember 2019 – IX ZR 77/19 –, juris Rn. 28). Eine hinreichende Erläuterung findet in den folgenden Ausführungen nicht statt. Soweit die Geltendmachung des Anspruchs auf Zahlung in Klausel 7a davon abhängig gemacht wird, dass ein „Grund für die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Beklagten“ nicht herbeigeführt