
Datum: 06.10.2010
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 2. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 2 U 27/08
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2010:1006.2U27.08.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 85 O 102/06

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 13. November 2007 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 85 O 102/06 – teilweise abgeändert und insgesamt wie folgt neu gefasst:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 384.904,84 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 2. September 2006 zu zahlen, davon 25.000 Euro nebst anteiligen Zinsen jedoch nur Zug-um-Zug gegen Erteilung von Auskunft über den vom Kläger erzielten Erlös (Netto-Betrag sowie ggf. angefallener Umsatzsteuer) aus der Verwertung des Fahrzeugs mit der Fahrgestell-Nummer XX0XX00X00XX00000. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 1.060.640,00 Euro nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den jeweiligen Basiszinssatz seit dem 23. April 2007 zu zahlen. Im Übrigen wird die Widerklage abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben der Kläger zu 85%, die Beklagte zu 15% zu tragen.

Die Kosten des Berufungsrechtszuges haben die Beklagte zu 10%, der Kläger zu 90% zu tragen.

Die weitergehende Berufung wird zurückgewiesen. Die Anschlussberufung der Beklagten (Erhöhung der Widerklage um 15.247,04 Euro) wird als unzulässig verworfen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Jede Partei kann die Vollstreckung gegen sich durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des insgesamt gegen sie vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die die Vollstreckung betreibende Partei vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe :	1
I.	2
Durch Beschluss des Amtsgerichts P. vom 1. August 2004 ist über das Vermögen der Firma B. I. GmbH Co.KG (im Folgenden: Schuldnerin) das Insolvenzverfahren eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Die Schuldnerin handelte mit Kraftfahrzeugen und stand in ständiger Geschäftsbeziehung mit der G. Bank Aktiengesellschaft. Die Parteien streiten mit Klage und Widerklage darüber, wem in welchem Umfang die Erlöse zustehen, die aufgrund einer Verwertung von Neu- und Gebrauchtfahrzeugen nach Insolvenzeröffnung von dem Kläger und der Beklagten erzielt worden sind.	3
Die Schuldnerin hatte mit der „G. Bank Aktiengesellschaft, L.“ am 3. Februar/5. April 1995 einen „Rahmenvertrag für die Finanzierung von neuen Fahrzeugen, gebrauchten Fahrzeugen und Vorführfahrzeugen“ getroffen (vgl. das vollständige Vertragsexemplar auf Bl. 98 ff. d.A., auf welches wegen weiterer Einzelheiten verwiesen wird). In dessen Ziff. 1 ist der Vertragsgegenstand wie folgt beschrieben:	4
„1. Vertragsgegenstand	5
Die Bank gewährt dem Händler auf Antrag zu den Bedingungen dieses Rahmenvertrages jeweils Einzeldarlehn	6
a) zur unmittelbaren Begleichung des Kaufpreises für Fahrzeuge, die der Händler von der G.-Werke Aktiengesellschaft bezieht („geordnete Lagerfahrzeuge“);	7
b) zur nachträglichen Kaufpreisfinanzierung von händlereigenen neuen und gebrauchten Fahrzeugen („händlereigene Lagerfahrzeuge“);	8
c) für Vorführfahrzeuge.	9
...“	10
In Ziff. 2 des Rahmenvertrages heißt es zum Abschluss eines Darlehensvertrages auszugsweise wie folgt:	11
„2. Darlehensantrag und –annahme	12
	13

1) Die Antragstellung erfolgt durch den Händler bei	
a) geordneten Lagerfahrzeugen mit der Bestellung des Fahrzeuges bei der G.-Werke Aktiengesellschaft. Die Bank zahlt den Darlehensbetrag für Rechnung des Händlers an die G.-Werke Aktiengesellschaft zur Begleichung der Fahrzeugrechnung.	14
b) händlereigenen Lagerfahrzeugen mit gesondertem Darlehensantrag, dem der Fahrzeugbrief beizufügen ist. Bei gebrauchten Fahrzeugen ist dem Darlehnsantrag der Vertrag über den Fahrzeugankauf mit Nachweis der Anmeldung beizufügen.	15
c) Vorführfahrzeugen mit gesondertem Darlehnsantrag, dem der Fahrzeugbrief beizufügen ist.“	16
Unter Ziff. 4 bestellte die Schuldnerin der G. Bank AG L. folgende Sicherheiten (vgl. Bl. 100 d.A.):	17
„1) Zur Sicherung aller bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche der Bank aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung überträgt der Händler hiermit auf die Bank:	18
a) Rechte an den finanzierten Fahrzeugen	19
bei geordneten Lagerfahrzeugen:	20
den Anspruch auf Übertragung des Eigentums an dem zu finanzierenden Fahrzeug nebst Bestandteilen und Zubehör. Dabei besteht Einvernehmen, dass die G.-Werke Aktiengesellschaft das Eigentum im Auftrag des Händlers unmittelbar ohne Zwischenerwerb des Händlers auf die Bank überträgt. Bei Bestehen eines Anwartschaftsrechtes überträgt der Händler hiermit dieses Anwartschaftsrecht. Die Übergabe wird dadurch ersetzt, daß die G.-Werke Aktiengesellschaft einen gegen Dritte bestehenden Herausgabeanspruch an die Bank abtritt. Die Auslieferung an den Händler erfolgt auf Anweisung der Bank. Der Händler nimmt das Fahrzeug für die Bank unentgeltlich in Verwahrung. Befindet sich das Fahrzeug im Besitz Dritter, tritt der Händler hiermit seinen Herausgabeanspruch an die Bank ab. Der Bank bleibt es unbenommen, an Stelle der Sicherungsübereignung ihre Ansprüche durch Einbeziehung in die Vereinbarung über den Eigentumsvorbehalt der G.-Werke Aktiengesellschaft zu sichern.	21
bei händlereigenen Lagerfahrzeugen:	22
das Eigentum, gegebenenfalls das Anwartschaftsrecht an dem zu finanzierenden Fahrzeug nebst Bestandteilen und Zubehör. Eigentum bzw. Anwartschaftsrecht gehen mit Eingang des Darlehensantrages bei der Bank auf diese über. Die Übergabe wird dadurch ersetzt, daß dem Händler das Fahrzeug zur unentgeltlichen Verwahrung überlassen wird. Befindet sich das Fahrzeug im Besitz Dritter, tritt der Händler hiermit seinen Herausgabeanspruch an die Bank ab.	23
bei Vorführfahrzeugen:	24
das Eigentum, gegebenenfalls das Anwartschaftsrecht an dem zu finanzierenden Fahrzeug nebst Bestandteilen und Zubehör. Eigentum bzw. Anwartschaftsrecht gehen mit Eingang des Darlehensantrages bei der Bank auf diese über. Ist das Fahrzeug bereits von der Bank als Lagerfahrzeug finanziert, bleibt das Sicherungseigentum der Bank bestehen. Die Übergabe wird dadurch ersetzt, daß dem Händler das Fahrzeug leihweise überlassen	25

wird. Befindet sich das Fahrzeug im Besitz Dritter, tritt der Händler hiermit seinen Herausgabeanspruch an die Bank ab.

....

26

3) Die zur Sicherung übertragenen Rechte an den jeweiligen Fahrzeugen und die fahrzeugbezogenen Forderungen gehen auf die Bank über unter der auflösenden Bedingung der Ablehnung bzw. Rücknahme des Darlehensantrages.

27

....“

28

Am 10. Juni 2004 ließ die Beklagte, die nach ihrem – allerdings vom Kläger bestrittenen – Vorbringen Rechtsnachfolgerin der G.-Bank AG ist, die am Stammsitz der Schuldnerin in P. befindlichen Fahrzeuge abholen. Ob dieser Abholung eine entsprechende Bitte des Geschäftsführers der Schuldnerin vorausgegangen war, ist zwischen den Parteien streitig. In zwei anderen Niederlassungen der Schuldnerin hatte die Beklagte bereits einen Tag zuvor, am 9. Juni 2004, Fahrzeuge abholen lassen. Ebenfalls am 10. Juni 2004 um 13.00 Uhr wurde die vorläufige Verwaltung des Vermögens der Schuldnerin angeordnet und der Kläger zum vorläufigen (schwachen) Insolvenzverwalter bestellt. Wegen der Einzelheiten des Anordnungsbeschlusses wird auf die Anlage K 3, Anlagenheft I (im Folgenden: AH I) verwiesen. Der Kläger suchte am frühen Nachmittag den Stammsitz der Schuldnerin auf und verhinderte den Abtransport weiterer Fahrzeuge.

29

Der Kläger und die Beklagte haben unter dem 2. Juli 2004 (vor Insolvenzeröffnung, Anlage K 7 AH I) sowie unter dem 31. August 2004 (nach Insolvenzeröffnung, Anlage K 8 AH I) Vereinbarungen dazu getroffen, wie mit den Fahrzeugen verfahren werden soll, die sich im jeweiligen Besitz der Parteien befanden. Zwischen den Parteien wurde am 31. August 2004 Einvernehmen erzielt, dass die Beklagte die Verwertung der Fahrzeuge vornehmen solle, die sich auf dem Gelände der Spedition F. – dorthin waren die von der Beklagten abgeholt Fahrzeuge verbracht worden – befanden. Der Kläger seinerseits sollte eine schnellstmögliche und bestmögliche Verwertung derjenigen Fahrzeuge vornehmen, die sich an den Betriebsstandorten der Schuldnerin befanden. Die Vereinbarungen erfolgten ausdrücklich ohne jegliches Präjudiz und unter Aufrechterhaltung der unterschiedlichen Rechtsauffassungen zu den geltend gemachten Sicherungsrechten der Beklagten. In der Vereinbarung vom 31. August 2004 haben sich die Parteien unter Ziff. 3.3 darüber hinaus verpflichtet, sich wechselseitig umfassend Auskunft und Abrechnung über die Verwertung der jeweiligen Fahrzeuge zu erteilen.

30

468 der streitgegenständlichen Fahrzeuge sind in den von den Parteien vorgelegte Listen B1 (AH I) und K1a (AH II) anhand der Fahrgestellnummern identifiziert und in der Anlage B1 mit laufenden Nummern versehen. Dabei betreffen die laufenden Nummern 1 bis 270 von der Schuldnerin bei den G.-Werken bestellte Neufahrzeuge. Bei den laufenden Nummern 271ff. handelt es sich dagegen um von der Schuldnerin anderweitig erworbene Gebrauchtfahrzeuge. Die Beklagte hat die von ihr vorgenommene farbliche Markierung der Fahrzeuge in der Liste B 1 wie folgt erläutert: Die blau und magenta eingefärbten Fahrzeuge seien vom Kläger selbst verwertet worden. Lediglich die gelb eingefärbten Fahrzeuge seien von der Beklagten verwertet worden. Die orange eingefärbten Fahrzeuge seien ohne Relevanz, da sie nie bei der Schuldnerin gestanden hätten und von einem anderen G.-Händler, der Fa. C. T. GmbH & Co. KG in P., an die Fa. J. veräußert worden seien. Die beiden rosa eingefärbten Fahrzeuge Nr. 44 und 132 seien nicht von der Beklagten verwertet worden, sondern von der Schuldnerin vor Insolvenzantragstellung an die Beklagte zur

31

Durchführung von Leasingverträgen mit Endkunden veräußert worden. Der Kläger hat erstinstanzlich unstreitig gestellt, dass die blau eingefärbten Fahrzeuge der Liste B1 von ihm selbst veräußert worden sind. Bestritten hat er dagegen, dass lediglich die gelb eingefärbten Fahrzeuge von der Beklagten verwertet worden sein sollen. Jedenfalls sei ihr auch der Erlös aus dem Verkauf der orange und rosa eingefärbten Fahrzeuge zugeflossen, so dass dem Kläger auch hieraus der geltend gemachte Anspruch zustehe. Im Zuge der Widerklage hat die Beklagte die Liste B1 um weitere 12 Fahrzeuge ergänzt, die nach ihrem Vortrag gleichfalls vom Kläger verwertet worden sein sollen. Hierüber verhält sich die als Anlage B22 (AH II) vorgelegte Liste.

Soweit im weiteren Verlauf dieses Urteils einzelne Fahrzeuge mit Nummern bezeichnet werden, handelt es sich jeweils um das entsprechende Fahrzeug aus den vorbenannten Listen B1 und B 22 bzw. der – hinsichtlich der Reihenfolge der aufgelisteten Fahrzeuge damit identischen - Liste B 49 (Bl. 734 ff. d.A.). 32

Der Kläger hat behauptet, die Beklagte habe sich den Besitz an den Fahrzeugen im Wege der verbotenen Eigenmacht verschafft. Alle Fahrzeuge seien nach 13.00 Uhr am 10. Juni 2004 abtransportiert worden. Es treffe nicht zu, dass zwischen dem Geschäftsführer der Schuldnerin und Mitarbeitern der Beklagten ein Gespräch dahingehend stattgefunden habe, dass die Fahrzeuge abgeholt werden könnten. Eine eventuell vom Geschäftsführer erklärte Zustimmung sei auch wegen der bereits am Vormittag des 10. Juni 2004 erfolgten Anordnung von Sicherungsmaßnahmen unwirksam. Ein Kündigungsgrund für die Finanzierungsdarlehen habe nicht vorgelegen; die Kündigung sei auch erst mit Schreiben vom 9. Dezember 2004 erklärt worden. Zumindest unterliege die Besitzerlangung der Beklagten der Insolvenzanfechtung. Die Beklagte habe auch nicht wirksam Sicherungseigentum an den Fahrzeugen erlangt. Es fehle zum einen an der erforderlichen Bestimmtheit der Sicherungsübereignung. Die in dem Rahmenvertrag enthaltenen Bezeichnungen „händler eigene Lagerfahrzeuge“ sowie Vorführwagen seien kein nach außen hin erkennbares „griffiges Abgrenzungskriterium“, welches die Merkmale des Bestimmtheitsgrundsatzes in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes erfüllen würden. Die Sicherungsübereignung sei zudem deshalb unwirksam, weil in dem Rahmenvertrag keine dingliche Teilverzichtsklausel enthalten sei. Unabhängig davon spreche für ihn, den Kläger, bereits die Eigentumsvermutung des § 1006 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Beklagten habe das Eigentum an den sog. geordneten Lagerfahrzeugen auch nicht von den G.-Werken übertragen werden können. Denn deren Eigentum sei aufgrund der Kaufpreiszahlung seitens der Beklagten wieder erloschen, noch bevor sie die Eigentumsansprüche auf die G.-Bank habe übertragen können (Bl. 37, 82 d.A.). Der Sicherungsvertrag beziehe sich darüber hinaus nicht auf Gebrauchtfahrzeuge; der Begriff der „händler eigenen Lagerfahrzeuge“ umfasse nach dem allgemeinen Sprachverständnis keine gebrauchten Fahrzeuge (Bl. 76 f. d.A.). 33

Die Beklagte sei mangels Eigentumserwerbs zur Auskehrung des von ihr nach Insolvenzeröffnung erzielten Verwertungserlöses verpflichtet. Mindestens aber stehe dem Kläger die Mehrwertsteuer sowie infolge der von der Beklagten ausgeübten verbotenen Eigenmacht die Feststellungs- und Verwertungspauschale zu. Der Kläger ist der Ansicht, er habe an den bei der Fa. F. verwahrten Fahrzeugen qualifizierten Mitbesitz ausgeübt. 34

Der Kläger hat seine Ansprüche zunächst im Wege einer Stufenklage (vgl. Bl. 1 ff. d.A.) verfolgt und ist im Verlaufe des Rechtsstreits durch Schriftsatz vom 2. Februar 2007 (vgl. Bl. 70 ff d.A.) auf die Leistungsstufe übergegangen. Seinen Zahlungsanspruch hat er auf einen Betrag in Höhe von 2.968.176,97 € beziffert (vgl. Bl. 70 d.A.). Diesen Anspruch hat der Kläger unter Hinweis auf die Anlagen K 1 und K 1 a (vgl. Anlagenheft I sowie Anlagenheft II) wie 35

folgt erläutert (Bl. 92 f. i.V.m. Bl. 140 d.A.):

Die Beklagte habe aus der Verwertung der in ihrem Gewahrsam befindlichen Fahrzeuge einen Gesamterlös erzielt in Höhe von 2.691.367,86 €. Hinzu kämen Zahlungen in Höhe von 267.537,07 € (vgl. Bl. 140 d.A.), die die Beklagte zu Unrecht von dem Kläger während des Insolvenzverfahrens erhalten habe. Dies betreffe Beträge, die der Kläger zur Auslösung einzelner von der Beklagten verwahrter Fahrzeuge bezahlt habe, um sie seitens des Klägers verwerten zu können. Schließlich habe die Beklagte noch nach Verfahrenseröffnung aus demselben Grund einen Betrag in Höhe von 9.272,04 € erhalten (vgl. Bl. 93 d.A.), so dass hieraus sich der geltend gemachte Gesamtbetrag errechne (2.691.367,86 + 267.537,07 + 9.292,04). 36

Der Kläger hat beantragt, 37

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.968.176,97 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % Punkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. August 2004 zu zahlen. 38

Die Beklagte hat beantragt, 39

die Klage abzuweisen. 40

Die Beklagte hat behauptet, dass der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Schuldnerin ihr – der Beklagten – gegenüber am 9. Juni 2004 erklärt habe, die Schuldnerin sei zahlungsunfähig; er bitte um Abholung der sicherungsübereigneten Fahrzeuge. Erst daraufhin sei die Abholung der Fahrzeuge erfolgt. Verbotene Eigenmacht liege deshalb nicht vor. Die Klage könne keinen Erfolg haben, weil die Beklagte Eigentümerin sämtlicher in den Listen der Parteien aufgeführten Fahrzeuge gewesen sei. Bei der Frage des Eigentumserwerbs müsse zwischen den Neufahrzeugen (= geordnete Lagerfahrzeuge im Sinne des Rahmenvertrages) und den Fahrzeugen im Übrigen (händler eigene Lagerfahrzeuge sowie Vorführfahrzeuge) unterschieden werden. Im Hinblick auf die Neufahrzeuge sei es so gewesen, dass die Schuldnerin diese bei den G.-Werken bestellt habe. Die Bestellungen seien online über das Programm „W.“ erfolgt (vgl. näherer Vortrag Bl. 115 ff). Parallel mit Abschluss der jeweiligen Kaufverträge zwischen der Schuldnerin und den G.-Werken über die noch herzustellenden Fahrzeuge hätten sich die Schuldnerin und die G.-Werke im Sinne des § 929 BGB über das noch zu übergebende Fahrzeug geeinigt, freilich unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung. Bei Abschluss des Rahmenvertrages zwischen der Schuldnerin und der Beklagten sei die Schuldnerin damit einverstanden gewesen, dass das jeweils künftige Anwartschaftsrecht an den noch herzustellenden Fahrzeugen bereits zu diesem Zeitpunkt auf die Beklagte übertragen werde. Im Übrigen hätten die Beklagte einerseits und die Schuldnerin andererseits seit mehr als 75 Jahren die Finanzierung der Neufahrzeuge dergestalt gehandhabt, dass diese zur Absicherung der Beklagten übereignet worden seien. 41

Im Hinblick auf die übrigen, von der Schuldnerin gebraucht angekauften Fahrzeuge gebe es einzelne Darlehensanträge der Schuldnerin, die die Beklagte als Anlagenkonvolut B 7 zu den Akten gereicht hat. Die Darlehensanträge beziehen sich auf die Fahrzeuge ab der laufenden Nr. 271. Allerdings fehlen die Darlehensanträge betreffend die Nummern 286, 287, 219, 314, 317, 318, 352, 353, 361, 373, 384, 394, 406, 421, 430 sowie 444. Die Beklagte hat jedoch behauptet, auch diese Fahrzeuge seien bei der Beklagten finanziert und an sie sicherungsübereignet worden. Nach Ansicht der Beklagten sei die hinreichende Individualisierung der sicherungsübereigneten Gebrauchtfahrzeuge anhand dieser 42

Darlehensverträge gegeben.

Soweit der Kläger 267.537,07 Euro zurückverlange, die er zur Ablösung einzelner Fahrzeuge an die Beklagte gezahlt habe, sei dieser Anspruch nach § 814 BGB ausgeschlossen. Im Übrigen betreffe nur ein Teil dieser Zahlungen in Höhe von 211.558,24 Euro Ablösezahlungen, während 55.978,83 Euro Zahlungen zum Gegenstand hätten, die der Kläger aufgrund von durch ihn noch getätigter Fahrzeugankäufe, z.B. Leasingausläufer, Darlehensablösen, zu leisten gehabt habe (vgl. Vortrag Bl. 121, Anlage B 17, AH II). Gleiches gelte für den nach Insolvenzeröffnung gezahlten Betrag von 9.272,04 Euro. 43

Die Beklagte hat sich im Hinblick auf die Klageforderung hilfsweise auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, da der Kläger nach wie vor nicht umfassend hinsichtlich der von ihm verwerteten Fahrzeuge Auskunft erteilt habe. Es fehlten noch Auskünfte zu über 80 Fahrzeugen (vgl. Bl. 205 ff. d.A.). 44

Im Wege der Widerklage beansprucht die Beklagte die Auskehr der von dem Kläger erzielten Verwertungserlöse, wobei sie dem Kläger die Feststellungs- und Verwertungspauschale sowie die angefallene Umsatzsteuer zugesteht. Die Beklagte hat ihren Zahlungsanspruch in erster Instanz zuletzt auf einen Betrag in Höhe von 1.294.812,64 € beziffert. Wegen der Einzelheiten kann insoweit auf die zu den Akten gereichte Anlage B 22 Bezug genommen werden (vgl. Anlagenheft II; siehe auch die Erläuterungen in dem Schriftsatz vom 21.8.2007, Bl. 203 ff. d.A.). 45

Zum Nachweis ihrer Aktivlegitimation hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 5. Dezember 2006 (vgl. Bl. 51 ff. d.A.) die Hintergründe für die Umwandlung der G. Bank AG in eine Kommanditgesellschaft unter der Firma „G. Kredit Europe PLC und CO Bank KG) vorgetragen. Die Umwandlung ist auch im Handelsregister des Amtsgerichts Köln eingetragen worden (vgl. im Einzelnen Bl. 51 ff d.A.). 46

Die Beklagte hat beantragt, 47

den Kläger zu verurteilen, an sie 1.294.812,64 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % Punkten über den jeweiligen Basiszinssatz aus 1.242.901,65 € seit dem 23.4.2007 und aus 51.910,99 € seit dem 24.8.2007 zu zahlen. 48

Der Kläger hat beantragt, 49

die Widerklage abzuweisen. 50

Der Kläger hat in Abrede gestellt, dass die Beklagte für die Ansprüche aus der Widerklage aktivlegitimiert sei. Der Rahmenvertrag sei mit der G. Bank geschlossen worden, nicht jedoch mit der Beklagten. Im übrigen stehe der Beklagten kein Zahlungsanspruch zu, weil sie an den Fahrzeugen kein Eigentum erworben habe. 51

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Zeugen O. (früherer Geschäftsführer der Komplementärin der Schuldnerin) sowie des Zeugen S. (Verkaufsleiter der Beklagten). Das Ergebnis der Beweisaufnahme ergibt sich aus dem Sitzungsprotokoll vom 26. April 2007 (vgl. Bl. 164 ff. d.A.). 52

Durch das angegriffene Urteil hat das Landgericht die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Der Verwertungserlös aus Klage und Widerklage stehe der Beklagten zu. Es sei durch Handelsregistrauszüge belegt, dass die Beklagte Rechtsnachfolgerin der G. Bank 53

Aktiengesellschaft sei. Weiter sei aufgrund der Vereinbarungen im Rahmenvertrag davon auszugehen, dass die Beklagte an den streitgegenständlichen Fahrzeugen das Sicherungseigentum erlangt habe. Aus den vorgelegten Darlehensverträgen ergebe sich für die Mehrzahl der Fälle eine einwandfreie Identifizierungsmöglichkeit der übereigneten Fahrzeuge, so dass die sachenrechtlich erforderliche Bestimmtheit gegeben sei. Über qualifizierten Mitbesitz habe der Kläger nicht verfügt, auch habe die Beklagte nicht in verbotener Eigenmacht gehandelt. Aufgrund der Beweisaufnahme sei bestätigt, dass der Geschäftsführer der Schuldnerin der Beklagten angeboten habe, die auf dem Hof befindlichen Fahrzeuge abzuholen. Diese sei auch infolge des Eingeständnisses der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin berechtigt gewesen, die Herausgabe der Fahrzeuge zu verlangen.

Ein Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer aus den von der Beklagten verwerteten Fahrzeugen stehe dem Kläger noch nicht zu, da er diese noch nicht an das Finanzamt abgeführt habe. 54

Wegen der weiteren Einzelheiten der Urteilsbegründung und des erstinstanzlichen Vortrags der Parteien wird auf das am 13. November 2007 verkündete Urteil des Landgerichts Bezug genommen (Bl 223 ff. d.A.). 55

Gegen das dem Kläger am 15. November 2007 zugestellten Urteil hat er durch einen am 4. Dezember 2007 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese durch einen am 15. Februar 2008 beim Oberlandesgericht eingegangenen Schriftsatz begründet, nachdem die Berufungsbegründungsfrist bis zu diesem Zeitpunkt verlängert worden war. 56

Der Kläger verfolgt mit seiner Berufung seine erstinstanzlichen Anträge auf Zahlung bzw. Abweisung der Widerklage weiter. Das Landgericht habe zu Unrecht eine wirksame Sicherungsübereignung zugunsten der Beklagten angenommen. Er bestreite, dass bei Vornahme der Bestellung eine vertretungsberechtigte Person gehandelt habe. Zudem fehle es an der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der Sicherungsübereignungen. Auch fehle eine Teilverzichtsklausel. Mit diesem Aspekt habe sich das Landgericht in seinem Urteil überhaupt nicht befasst. Zudem seien die G.-Werke als ursprüngliche Eigentümerin der neu hergestellten Fahrzeuge in den Rahmenvertrag zwischen der G.-Bank und der Schuldnerin nicht einbezogen gewesen. Eine weitere Rechtsverletzung ergebe sich daraus, dass das Landgericht im Hinblick auf die Kosten und die Verwertungspauschale sowie die Umsatzsteuer die Klage zu Unrecht abgewiesen habe. Selbst wenn ein Absonderungsrecht der Beklagten bestehe, habe der Kläger einen Anspruch auf diese Beträge gemäß den §§ 171 Abs. 1 und 2 InsO. Der Bundesgerichtshof habe mit Urteil vom 16.11.2006 entschieden, dass, wenn der absonderungsberechtigte Gläubiger eine bewegliche Sache verwerte, ohne dazu vom Insolvenzverwalter ermächtigt worden zu sein, er der Masse die Feststellungspauschale schulde (Bezugnahme auf BGH ZIP 2006, 2390). Im Übrigen habe auch qualifizierter Mitbesitz auf Klägerseite vorgelegen (vgl. wegen der näheren Einzelheiten Bl. 307 d.A.). 57

Vorsorglich werde darauf hingewiesen, dass der Beklagten auch kein Zurückbehaltungsrecht gegen den Kläger zustehe. Außer in den Fällen des § 51 Ziff. 2 und 3 bestehe ein Zurückbehaltungsrecht im Insolvenzrecht nicht. 58

Der Kläger hat im Verlauf des Berufungsverfahrens seine Klage erweitert mit der Begründung, aus den von der Beklagten im Verlauf des Prozesses erteilten Auskünften 59

ergebe sich nunmehr ein höherer Zahlungsanspruch. Es sei davon auszugehen, dass die Beklagte mindestens den noch offen stehenden Darlehensbetrag als Erlös erzielt habe. Daneben begehrt der Kläger zu sieben Fahrzeugen weitere Auskunft seitens der Beklagten.

Zu einzelnen Fahrzeugen trägt der Kläger im Übrigen noch wie folgt vor: 60

Zu den Fahrzeugen mit den lfd. Nrn. 197, 223, 224, 228, 234 und 235, welche von der Beklagten über die Fa. T. GmbH & Co. KG durch Verkauf an die Fa. J. verwertet worden seien, ist der Kläger der Ansicht, die Beklagte müsse ihm den erzielten Erlös auskehren. Die Fa. J. habe den Kaufpreis an die Beklagte gezahlt. Der Kläger habe zwar auch die Fa. J. auf Zahlung der Kaufpreise gerichtlich in Anspruch genommen, weil er sich als Berechtigten sieht. Dennoch sei auch die Beklagte zur Erstattung der zu Unrecht vereinnahmten Beträge verpflichtet. 61

Zum Fahrzeug Nr. 156 ist der Kläger der Ansicht, an die Beklagte keinen Erlös auskehren zu müssen, obwohl dieses unstreitig von ihm veräußert worden ist. Der Käufer des PKW habe sich von der Kaufpreisforderung jedoch durch Aufrechnung mit einer vor Insolvenzeröffnung bereits bestehenden Forderung befreien können (Bl. 786 d.A.). 62

Die Fahrzeuge mit Nrn. 225 und 226 seien zwar unstreitig vom Kläger verkauft worden, der Kaufpreis sei allerdings von den Käufern unmittelbar an die Beklagte gezahlt worden. 63

Der Kläger beantragt, 64

unter Abänderung des am 13. November 2007 verkündeten Urteils des Landgerichts Bonn – 85 O 102/06 - 65

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 4.725.417,45 € nebst Zinsen in Höhe von 8 % Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1.8.2004 zu zahlen, 66

2. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger gegenüber Auskunft und Abrechnung über die Verkaufsvorgänge über Neu- und Gebrauchtfahrzeuge mit der lfd. Nr. 8, 30, 80, 91, 179, 213 und 353 der Liste Anlage BB1 (Bl. 791 ff d.A.) zu erteilen, 67

3. die Widerklage abzuweisen. 68

Nach dem Eingang der Berufungsbegründung hat der Vorsitzende des Senats durch Verfügung vom 22. Februar 2008, die den Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 26. Februar 2008 zugestellt worden ist, eine Frist zur Berufungserwiderung bis zum 21. April 2008 gesetzt (Bl. 323, 325 d.A.) 69

Die Beklagte hat zunächst beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Mit Schriftsatz vom 30. September 2008, 5. Februar 2009 und vom 23. Juni 2009 hat sie die Widerklageforderung zunächst teilweise zurückgenommen und sodann wieder erhöht, jeweils mit der Begründung, aus den vom Kläger im Verlauf des Verfahrens erteilten Auskünften ergebe sich nunmehr ein Anspruch in anderer Höhe. Nach Ansicht der Beklagten müsse die Erweiterung der Widerklage auch nach Ablauf der Anschlussberufungsfrist zulässig sein, da auch der Kläger seine Klageforderung weiter erhöht habe. 70

Die Beklagte beantragt nunmehr, 71

1. die Berufung zurückzuweisen und 72

2. den Kläger zusätzlich zu verurteilen, an die Beklagte 15.247,04 € nebst Zinsen in Höhe von 8 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 11.2.2009 zu zahlen.	73
Die Beklagte verteidigt das angegriffene Urteil im Wesentlichen. Ihrer Auffassung nach habe man allerdings noch etwas deutlicher differenzieren können zwischen den geordneten Lagerfahrzeugen (= Neufahrzeuge) einerseits und den übrigen Fahrzeugen andererseits (händler eigene Lagerfahrzeuge und Vorführfahrzeuge). Bezüglich der zuletzt genannten Fahrzeuge sei das Sicherungseigentum aufgrund der vorgelegten Darlehensanträge – bis auf 16 – hinreichend nachgewiesen worden. Im Übrigen sei Beweis angetreten worden. Aber auch für die Neufahrzeuge sei eine Sicherungsübereignung erfolgt. Unstreitig hätten die Beklagte und die Gemeinschuldnerin in entsprechender Art und Weise über 75 Jahre zusammengearbeitet.	74
Im Übrigen stünden dem Kläger hinsichtlich der von der Beklagten verwerteten Fahrzeuge keine Feststellungs- bzw. Verwertungskostenpauschalen zu. Der Kläger habe an den von der Klägerin verwerteten Fahrzeugen insbesondere auch keinen qualifizierten Mitbesitz gehabt (vgl. Bl. 331 d.A.). Was die Umsatzsteuer anbelange, sei zunächst zu beachten, dass nicht in Bezug auf alle Fahrzeuge, die die Beklagte verwertet habe, überhaupt Umsatzsteuer angefallen sei. Im Übrigen könne gemäß § 171 Abs. 2 Satz 3 InsO der Anspruch des Insolvenzverwalters erst entstehen, wenn der Kläger eine entsprechende Umsatzsteuererklärung abgebe und danach durch das Finanzamt die Umsatzsteuer zu Lasten der Masse festgesetzt werde. Hieran mangle es. Im Übrigen greife auch insoweit das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten ein. Der Kläger habe nach wie vor nicht umfassend hinsichtlich der von ihm verwerteten Fahrzeuge Auskunft erteilt. Auf der Anlage B 22 seien die rund 80 Fahrzeuge, hinsichtlich derer die Auskunft noch fehle, hellblau eingefärbt.	75
Die Rechtsinhaberschaft der Beklagten sei in der ersten Instanz nachgewiesen worden. Auf die von dem Kläger beanstandete „Zuweisungserklärung“ komme es für die Rechtsnachfolge nicht an (vgl. Bl. 327 d.A.).	76
Zu den Fahrzeugen mit den lfd. Nrn. 197, 223, 224, 228, 234 und 235, welche von der Beklagten über die Fa. T. GmbH & Co. KG durch Verkauf an die Fa. J. verwertet worden sind, ist die Beklagte der Auffassung, der Kläger könne nicht gleichzeitig die Fa. J. auf erneute Zahlung des Kaufpreises in Anspruch nehmen und gegen die Beklagte auf Auskehrung des von der Fa. J. vereinnahmten Kaufpreises vorgehen. Hiermit mache der Kläger dieselbe Forderung doppelt geltend.	77
Entgegen der Behauptung des Klägers seien die Fahrzeuge mit den lfd. Nrn. 399 und 418 nicht von der Beklagten verwertet worden, sondern vom Kläger selbst (Bl. 650 d.A.).	78
Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung mehrerer Zeugen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der Sitzungen vom 14. April und 23. Juni 2010 verwiesen. Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der von den Parteien in beiden Rechtszügen bis zum Verhandlungstermin am 23. Juni 2010 gewechselten Schriftsätze einschließlich der mit diesen Schriftsätzen als Anlagen (in Kopie) vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.	79
II.	80
Die zulässige Berufung bleibt in der Sache überwiegend ohne Erfolg.	81
	82

A.

Die Klage ist einschließlich der in der Berufungsinstanz vorgenommenen Klageerhöhung zulässig. Über die der Klageerhöhung zugrunde liegende Forderung kann gemäß § 533 Nr. 2 ZPO aufgrund von Tatsachen entschieden werden, welche der Entscheidung über die Berufung im Übrigen ohnehin zugrunde zu legen sind. Auch hält es der Senat für sachdienlich im Sinne des § 533 Nr. 1 ZPO, die zwischen den Parteien bestehenden Streitpunkte soweit wie möglich im vorliegenden Verfahren zu erledigen. 83

Die Klage ist weitgehend unbegründet. Ein über den tenorierten Betrag hinausgehender Anspruch steht dem Kläger nicht zu. 84

1. 85

Der Kläger hat lediglich in Höhe von **41.500,00 Euro** einen Anspruch auf Auskehrung der von der Beklagten erzielten Verkaufserlöse aus § 816 Abs. 1 Satz 1 BGB. 86

a) Der Kläger hat einen Anspruch auf Auskehrung der gesamten von der Beklagten erzielten Erlöse aus der Verwertung der Fahrzeuge 314, 352, 384 und 421, also diejenigen „händler eigenen Lagerfahrzeuge“, für welche die Beklagte keinen Darlehensantrag der Schuldnerin vorlegen konnte und die von der Beklagten verwertet worden sind. 87

Hinsichtlich dieser Fahrzeuge hat die Beklagte nicht nachweisen können, dass sie Sicherungseigentum an ihnen erlangt hat. Sie hat daher bei der durch sie vorgenommenen Verwertung als Nichtberechtigte gehandelt. Diese von ihr vorgenommenen Verfügungen hat der Kläger jedenfalls durch Erhebung der Zahlungsklage konkludent genehmigt, so dass sie ihm als Berechtigtem (§ 80 Abs. 1 InsO) gegenüber wirksam geworden sind mit der Folge, dass die Beklagte den Erlös aus der Verfügung herauszugeben hat. 88

Unstreitig war die Schuldnerin zunächst Besitzerin dieser Fahrzeuge. Die Beklagte hat die hieraus nach § 1006 Abs. 2 BGB folgende Vermutung, dass die Schuldnerin auch Eigentümerin dieser PKW war, nicht widerlegen können. Bei den genannten Fahrzeugen handelt es sich nicht um neu hergestellte Fahrzeuge, sondern um von der Schuldnerin angekaufte Gebrauchtwagen bzw. Vorführwagen. Hieran hätte die Beklagte nur Sicherungseigentum erwerben können entsprechend der Regelung in Ziff. 4 des Rahmenvertrages durch Eingang eines Darlehensantrages der Schuldnerin bei ihr. Dass hinsichtlich der genannten Fahrzeuge ein solcher Darlehensantrag bei ihr eingegangen ist, hat sie nicht zu beweisen vermocht. Ein schriftlicher Darlehensantrag liegt nicht vor. Auch die Vernehmung der Zeugen und des Klägers persönlich hierzu blieb unergiebig. Der Zeuge O. hat zwar zunächst bekundet, dass sämtliche Fahrzeugeinkäufe der Schuldnerin über die Beklagte finanziert worden seien. Er hat dies aber sodann dahingehend eingeschränkt, dass zumindest Gebrauchtwagenankäufe mit einem Kaufpreis von unter 2.000,00 Euro nicht über die Beklagte finanziert worden seien. Er konnte auch nichts dazu angeben, ob konkret die hier bezeichneten Fahrzeuge über die Beklagte finanziert worden seien. Nach seiner Aussage hätten sich in diesem Fall entsprechende Darlehensunterlagen in der Ablage der Schuldnerin befinden müssen, was jedoch nach der Aussage des als Partei vernommenen Klägers u.a. gerade hinsichtlich der Fahrzeuge 314, 352, 384 und 421 nicht der Fall war. Insgesamt reicht dem Senat die pauschal gehaltene Aussage des Zeugen O., alle Fahrzeugankäufe über 2.000,00 Euro seien über die Beklagte finanziert worden, nicht aus, um einen Darlehensabschluss und damit eine Vereinbarung über eine Sicherungsübereignung betreffend die Fahrzeuge 314, 352, 384 und 421 als bewiesen 89

anzusehen. Zugunsten der Beklagten ist auch nicht § 1006 Abs. 1 BGB anzuwenden. Denn sie hat – unabhängig von der Frage der verbotenen Eigenmacht – sich den Besitz unstreitig nicht im Zuge einer gleichzeitigen Verfügung der Schuldnerin oder des Klägers über das Eigentum an den Fahrzeugen verschafft. Vielmehr wollte sie Besitz nur an den Fahrzeugen begründen, deren Sicherungseigentümerin sie bereits zuvor war. Soweit ein solches Sicherungseigentum zuvor nicht bestand, behauptet die Beklagte selbst nicht, bei Erwerb des Besitzes unbedingtes Eigentum auf andere Art und Weise erworben zu haben.

Die Forderung berechnet sich demnach wie folgt:

Lfd. Nr.	Fahrgestell-Nr.	Nettoerlös	Ggf. MwSt.	
314	XX0XXXXXX0X 00000	7.672,41	1.227,59	
352	XX00000000 00000	9.800,00		
384	XX0WXXXXXXX0 00000	10.258,62	1.641,38	
421	XX0XXXXXXX0X 00000	9.396,55	1.503,45	
Gesamt:		37.127,58	4.372,42	41.500,00

Hierbei waren die Erlöse zugrunde zu legen, wie sie von der Beklagten selbst angegeben worden sind. Diese waren hinsichtlich der Nummern 314, 352 und 421 auch unstreitig. Soweit der Kläger bei dem Fahrzeug Nr. 384 die Erzielung eines höheren Erlöses behauptet hat, konnte dies nicht berücksichtigt werden.

Der Kläger hat hier den finanzierten Darlehensbetrag anstelle des von der Beklagten erzielten Erlöses in die Berechnung seiner Klageforderung eingestellt (Vortrag Bl. 777 und Anlage BB1a). Er rechtfertigt dies damit, dass er von der Beklagten keine Auskunft erhalten habe und daher davon ausgehe, dass die Beklagte zumindest den finanzierten Betrag erlöst haben werde. Dies allein vermag aber die Mehrforderung nicht zu begründen. Die Beklagte hat durch Vorlage von Gutschriftsanzeigen in der Anlage B 2 (AH I), spätestens aber nun in der Berufungsinstanz durch Vorlage der Tabelle B37, Bl. 666 ff. d.A., zu den von ihr erzielten Erlösen Auskunft erteilt.

Dem Beweisangebot des Klägers dafür, dass die Beklagte stets mindestens den ursprünglichen Darlehensbetrag erlöst habe, war nicht nachzugehen. Der Vortrag ist unsubstantiiert; eine Beweisaufnahme hierzu würde einen unzulässigen Ausforschungsbeweis darstellen. Der Kläger ist für die Voraussetzungen seiner Klageforderung, also auch die Höhe des vom Nichtberechtigten erlangten Erlöses darlegungsbelastet. Die Behauptung, die Beklagte habe stets mindestens den Darlehensbetrag erzielt, erfolgt ersichtlich ins Blaue hinein und wird auch vom Kläger selbst als Mutmaßung bezeichnet. Die Beklagte ist einer eventuell ihr obliegenden sekundären Darlegungslast zu dem von ihr erzielten Erlös in ausreichendem Maße nachgekommen. Sie hat Auskunft nicht nur über den jeweils erzielten Erlös, sondern in den Gutschriftsanzeigen der Anlage B 2 auch über den jeweiligen Aufkäufer erteilt. Dies war in einer erheblichen Anzahl von Fällen – so auch bei dem hier streitgegenständlichen Fahrzeug Nr. 384 entsprechend der Gutschriftsanzeige vom 13. Oktober 2004 – das Nachfolgeunternehmen

der Schuldnerin, die Autohaus I. GmbH „neu“. Der Kläger hätte somit zumindest stichprobenartig recherchieren können, ob die Angaben der Beklagten zutreffen bzw. die von ihm behaupteten höheren Beträge bei dem jeweiligen Aufkäufer verifizieren können.

Soweit der Kläger in seinem Schriftsatz vom 12.6.2008 in Verbindung mit der Anlage BB 3 (Bl. 421, 588 d.A.) behauptet hat, daneben sei auch das Fahrzeug Nr. 353 möglicherweise von der Beklagten verwertet worden, war dieser Vortrag nicht zugrunde zu legen. Erstinstanzlich war unstreitig, dass der Kläger die in der Anlage B 1 blau eingefärbten Fahrzeuge verwertet hat, die Beklagte dagegen die gelb eingefärbten Fahrzeuge. Streitig waren nur die orange eingefärbten Fahrzeuge sowie die später hinzugefügten Fahrzeuge aus der Anlage B 18/ B 22, um welche es sich hier jedoch nicht handelt. So hat der Kläger in seinem Schriftsatz vom 2. Februar 2007, dort Seite 19 (Bl. 88 d.A.) ausgeführt: „Hinsichtlich der Verwertungserlöse verhält es sich so, dass die Verwertungserlöse zu den blau markierten Fahrzeugen von Klägerseite vereinnahmt wurden. Alle übrigen in der Liste ersichtlichen Fahrzeuge, die nicht blau eingefärbt gewesen sind, sind an die Beklagtenseite geflossen. Dabei bleibt es.“ Der entgegenstehende Sachvortrag des Klägers in der Berufungsinstanz kann nicht mehr berücksichtigt werden. Er ist mit dem neuen Vorbringen nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Es ist nicht ersichtlich, warum der Kläger seinen jetzigen Vortrag zu einer Verwertung durch die Beklagte nicht bereits erstinstanzlich hätte vorbringen können. Unstreitig war die gesamte Verwertung aller streitgegenständlicher Fahrzeuge vor Klageerhebung abgeschlossen. Der Kläger hätte daher anhand seiner eigenen Unterlagen bereits in erster Instanz überprüfen können, ob die Behauptung der Beklagtenseite zur Verwertung durch sie selbst bzw. den Kläger zutrifft. Dies hat er jedoch betreffend das hier genannte Fahrzeug Nr. 353 nicht getan. 95

Soweit der Kläger an gleicher Stelle weiter behauptet, es fehlten auch die Darlehensanträge zu den von der Beklagten verwerteten Fahrzeugen Nr. 399 und 418, ist diese Darstellung unzutreffend. Die Darlehensanträge zu den genannten Fahrzeugen hat die Beklagte im Anlagenkonvolut B 7 vorgelegt. 96

b) Hinsichtlich der übrigen von der Beklagten verwerteten Fahrzeuge steht dem Kläger ein Anspruch auf Auskehrung des Erlöses dagegen mit Ausnahme eines Anspruchs auf Erstattung der Umsatzsteuer nicht zu. 97

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Beklagte an den in der Tabelle B 1 gelb unterlegten Fahrzeugen – mit Ausnahme der vorerwähnten Fahrzeuge Nrn. 314, 352, 384 und 421 - Sicherungseigentum erlangt hatte. Sie war somit absonderungsberechtigt im Sinne des § 50 InsO. Zudem war der Kläger nicht im Besitz dieser Fahrzeuge mit der Folge, dass nicht dem Kläger das Verwertungsrecht nach § 166 Abs. 1 InsO zustand und die Beklagte nicht als „Nichtberechtigte“ im Sinne des § 816 Abs. 1 BGB über diese verfügt hat. 98

aa) Der Erwerb von Sicherungseigentum an den von der Schuldnerin bestellten Neufahrzeugen (Nrn. 1 bis 270) vollzog sich ausweislich der Aussagen der Zeugen O., S., H. und K. wie folgt: Auf generelle Anweisung des Geschäftsführers der Schuldnerin sollte bei der Bestellung von Neufahrzeugen bei den G.-Werken stets eine Finanzierung bei der Beklagten erfolgen. Dies wurde technisch in der Weise umgesetzt, dass in der der Schuldnerin zur Verfügung gestellten Bestellsoftware „W.“ die Finanzierungsart „Finanz G. Bank AG“ durch Auswahl aus dem entsprechenden Menü und Anklicken des entsprechenden Feldes gewählt wurde. Nach Aussage der Zeugin K. wurde bei der Ausführung der Bestellungen stets entsprechend verfahren. Zwar hat die Zeugin als Mitarbeiterin in der Disposition nur ca. die 99

Hälfte aller Bestellungen selbst veranlasst. Dass aber alle Bestellungen von Neufahrzeugen so gehandhabt worden sind, ergibt sich zum einen aus der allgemeinen Anweisung des Geschäftsführers, von der abzuweichen auch die zweite in der Disposition beschäftigte Mitarbeiterin der Schuldnerin keinen Anlass hatte, und zum zweiten daraus, dass die Zeugin K. alle in der Beweisfrage 1. aufgelisteten Fahrzeuge (Nrn. 1 bis 270) bei der Vorbereitung ihrer Vernehmung in das Computersystem der Schuldnerin eingegeben und dort aufgefunden hat. Dabei sei festzustellen gewesen, dass bei allen Bestellvorgängen betreffend die in der Beweisfrage 1. aufgeführten Fahrzeuge die Finanzierungsart „Finanz G. Bank AG“ gewählt worden sei.

Eine derartige Bestellung seitens der Schuldnerin wurde sodann online an die G.-Werke übertragen, einschließlich der Wahl der Finanzierungsart über Lastschrift oder der Finanzierung über die G. Bank. Im Fall einer Finanzierung über die G. Bank wurden zum einen die Daten an die G. Bank übermittelt (Anlage B 61, schwarzer Leitzordner), zum anderen wurde der Fahrzeugbrief zu dem bestellten Fahrzeug an einen Provider als Treuhänder übermittelt, welcher erst auf Anforderung der G. Bank diesen an den bestellenden Händler herausgab. Die G. Bank erhielt eine Rechnung über das Fahrzeug, der jeweilige Besteller erhielt eine Kopie hiervon (Anlage B 33, grüner Leitzordner). Der Zeuge H. hat bis auf 7 Fahrzeuge alle anderen in der Buchhaltung der G. Werke aufgefunden. Auf diese 7 Fahrzeuge wird weiter unten gesondert eingegangen. Der Zeuge S. hat zu den in der Beweisfrage 1. genannten Fahrzeugen anhand einer Recherche im Computersystem der Beklagten festgestellt, dass dort alle Fahrzeuge der Nrn. 1 bis 270 als von der Schuldnerin bestellt gebucht waren. 100

Das Gericht hat keinen Anlass, an der Glaubwürdigkeit der Zeugen zu zweifeln. Die Zeugen H., K. und S. waren offensichtlich bemüht, die Beweisfrage durch Recherchen vor dem Gerichtstermin so genau und zutreffend wie möglich beantworten zu können. Von einem solchen Bemühen um Genauigkeit kann zwar bei dem Zeugen O. nicht die Rede sein, der beispielsweise seine pauschale Angabe, alle Fahrzeuge seien finanziert worden, auf Nachfrage hinsichtlich der Gebrauchtfahrzeuge unter 2.000,00 Euro einschränken musste. Soweit seine Aussage hier von Belang ist, nämlich hinsichtlich der generellen Anweisung, alle Neufahrzeuge über die Beklagte zu finanzieren, ist seine Aussage aber bestätigt sowohl durch die Aussage der Zeugin K. wie auch durch die Zeugen S. und H. sowie den vom Zeugen H. zur Verfügung gestellten Datenauszug aus dem Buchhaltungsprogramm der G.-Werke. Die Glaubhaftigkeit der Aussagen der Zeugen S., H. und K. wird auch nicht dadurch gemindert, dass der Zeuge H. 7 Fahrzeuge im Buchhaltungssystem der G. Werke nicht gefunden hat, welche aber nach Aussage der Zeugin K. sowohl von der Schuldnerin bestellt wie auch nach Aussage des Zeugen S. bei der Beklagten als für die Schuldnerin finanziert worden sein sollen. Hinsichtlich der Fahrzeuge Nr. 40 und 43 mag dies entsprechend der Aussage des Zeugen H. auf einen Eingabefehler zurückzuführen sein. Hinsichtlich der Fahrzeuge Nr. 223, 224, 228, 234 und 235 lässt sich die Diskrepanz auf eine spätere Stornierung der ursprünglichen Bestellung der Schuldnerin zurückführen, wie unten noch näher ausgeführt wird. Jedenfalls gibt diese Differenz keinen Anlass daran zu zweifeln, dass die von den Zeugen recherchierten Daten in den jeweiligen Computersystemen der Schuldnerin, der Beklagten und der G. Werke auf tatsächliche Bestellvorgänge zurückzuführen sind. 101

Diese von den Zeugen geschilderten tatsächlichen Abläufe sind in rechtlicher Hinsicht wie folgt zu würdigen: 102

(1) Die Bestellung eines Neufahrzeuges bei der G. Werke Aktiengesellschaft unter der Angabe, dass das Fahrzeug über die Beklagte finanziert werden solle, stellt jeweils einen Darlehensantrag im Sinne von Ziff. 2. 1a) des Rahmenvertrages dar. Zugleich tritt hiermit der Händler die in Ziff. 4. 1) a) des Rahmenvertrages bezeichneten Rechte an die Beklagte ab, insbesondere den Anspruch auf Übereignung des noch herzustellenden Fahrzeuges gegenüber der G.-Werke Aktiengesellschaft.

Es kommt auch eine Sicherungsübereignung an beweglichen Sachen in Betracht, die im Zeitpunkt der Übereignungserklärung noch gar nicht existieren. Insoweit verweist der Senat auf die grundlegende Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 24. Juni 1958 (BGHZ 28, 16 ff = NJW 1958, 1133 ff). Diese Rechtsprechung ist durch das Urteil vom 13. Januar 1992 (vgl. BGH NJW 1992, 1161 ff.) näher erläutert worden. Der Senat schließt sich der darin zum Ausdruck gekommenen Auffassung des Bundesgerichtshofes an. 104

Entgegen der Ansicht des Klägers war die G.-Werke Aktiengesellschaft auch in die im Rahmenvertrag getroffene Regelung zwischen der Schuldnerin und der Beklagten mit einbezogen. Hierzu hat die Beklagte das Blanko eines Händlervertrages vorgelegt (Anlage B 10) und unwidersprochen behauptet, dieses Blanko entspreche auch dem konkret zwischen der Schuldnerin und der G.-Werke Aktiengesellschaft abgeschlossenen Vertrag. In diesem Händlervertrag ist unter Ziff. V geregelt, dass bei einer Finanzierung der bestellten Neufahrzeuge über die Beklagte die vertraglichen Vereinbarungen zwischen Händler und Bank auch im Verhältnis zum Hersteller gelten sollen. Damit sind also die Vereinbarungen aus dem Rahmenvertrag auch in den Händlervertrag einbezogen, insbesondere stellt die Abtretung der Ansprüche des Händlers gegen die G.-Werke auf Übereignung der noch herzustellenden Fahrzeuge entgegen der Ansicht des Klägers keinen Vertrag zu Lasten Dritter dar. 105

Die Übertragung des Eigentums erfolgte entsprechend Ziff. 4. 1a) des Rahmenvertrages gemäß §§ 929, 930 BGB und war zweifach antizipiert: Zum einen war die Einigung antizipiert, zum anderen aber auch das Besitzmittlungsverhältnis. Die Vereinbarung des konkreten Darlehens anlässlich der Bestellung ist im Zusammenhang mit Ziffer 4.1 a) des Rahmenvertrages zu sehen. 106

Der Kläger macht geltend, dass bei dem von der Beklagten geschilderten Vorgang es an einem rechtsgeschäftlichen Erklärungsbewusstsein der Insolvenzschuldnerin gefehlt habe (Bl. 136 d.A.). Das Ausfüllen eines Online-Bestellformulars für ein Neufahrzeug unter Angabe des Finanzierungswunsches durch die G.-Bank kann jedoch nach Ziff. 2. 1) a) und 4. 1) des Rahmenvertrages (Bl. 98 ff. d.A.) in Verbindung mit dem G.-Händlervertrag von den übrigen Vertragsbeteiligten, der G.-Werke Aktiengesellschaft und der Beklagten, nicht anders verstanden werden als die gleichzeitige Vereinbarung eines Sicherungseigentums zu Gunsten der Beklagten. Da Erklärungen aus dem Empfängerhorizont auszulegen sind, kommt es auf ein evtl. fehlendes Erklärungsbewusstsein der Insolvenzschuldnerin nicht an. Eine Anfechtung seiner Willenserklärungen wegen eines Erklärungsirrtums im Sinne des § 119 BGB hat der Zeuge O. zudem nicht erklärt. 107

Der Kläger wendet weiter gegen die Wirksamkeit einer Sicherungsübereignung auf diesem Wege ein, der Rahmenvertrag regle nicht, was mit dem bereits vereinbarten Sicherungseigentum geschehe, wenn der Darlehensantrag nicht seitens der Beklagten angenommen werde (Bl. 412 d.A.). Dieser Einwand geht schon deswegen fehl, weil der Rahmenvertrag für diesen Fall eine Regelung unter Ziff. 4. 3) vorsieht: Wird der Darlehensantrag nicht angenommen, so stellt dies eine auflösende Bedingung für die 108

Übertragung der in Ziff. 4. 1) genannten Sicherungsrechte dar; der Anspruch gegen die G. Werke Aktiengesellschaft würde somit wieder dem bestellenden Händler, hier der Schuldnerin zustehen. Es ist im Übrigen auch für die Wirksamkeit eines Vertrages nicht erforderlich, dass er für alle Fälle denkbarer Leistungsstörungen eine vertragliche Regelung enthält. Notfalls müsste eine derartige Lücke im Vertrag unter Rückgriff auf das allgemeine Schuldrecht geschlossen werden.

Darüber hinaus bedarf der einzelne Bestellvorgang entgegen der Ansicht des Klägers auch nicht der Schriftform. Das Schriftformerfordernis aus Ziff. 15. 2) des Rahmenvertrages bezieht sich ersichtlich nur auf die Änderung/ Ergänzung des Rahmenvertrages selbst, nicht aber auf die Ausfüllung des Rahmens durch die einzelnen Sicherungsübereignungsverträge. Die einzelnen Darlehens- und Sicherungsübereignungsverträge konnten daher auch durch die Übermittlung von Daten über ein Online-System erfolgen. 109

(2) Dass auf Seiten der Schuldnerin jeweils ein zur Vornahme dieser Bestellungen ermächtigter Mitarbeiter die Bestellung vorgenommen hat, ist nachgewiesen durch die Aussage der Zeugin K.. Demnach haben sie selbst und eine weitere Mitarbeiterin die Bestellvorgänge in der Dispositionsabteilung der Schuldnerin ausgeführt, also in der Abteilung, die nach Aussage des Geschäftsführers der Komplementärin der Schuldnerin hierfür zuständig war. Im Übrigen läge auch eine konkludente Genehmigung der Bestellungen bzw. eine Duldungsvollmacht vor, selbst wenn die Zeugin K. und ihre Kollegin, Frau U., nicht zur Vornahme der Bestellungen befugt gewesen wären. Unstreitig sind nämlich die Bestellungen aus dem Betrieb der Insolvenzschuldnerin heraus unter Benutzung des G.-Bestellsystems VISTA getätigt worden. Selbst wenn daher eine nicht berechnete Person die Bestellungen vorgenommen haben sollte, hätte dies dem Verantwortlichen, dem Zeugen O., spätestens nach Auslieferung der ersten nicht von ihm oder einer autorisierten Person bestellten Fahrzeuge auffallen müssen. Da er aber nicht eingeschritten ist, liegt für die ersten Bestellungen eine konkludente Genehmigung, für alle weiteren Bestellungen auch eine Duldungsvollmacht für die Zeugin K. und ihre Kollegin vor. 110

(3) Die Beklagte ist in die mit der G. Bank Aktiengesellschaft begründeten Vertragsbeziehungen eingetreten, insbesondere also in den zwischen der Schuldnerin und der G. Bank Aktiengesellschaft geschlossenen Rahmenvertrag. Insoweit hat das Landgericht in der angegriffenen Entscheidung zutreffend auf die von der Beklagten vorgelegten Handelsregistrauszüge hingewiesen, woraus sich ergibt, dass sie Rechtsnachfolgerin der G. Bank Aktiengesellschaft ist. 111

Die zunächst erfolgte Umwandlung der G. Bank Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft hat die Identität der Beklagten nicht berührt. Bei einem Formwechsel sind nach § 202 Abs. 1 UmwG der alte und der neue Rechtsträger identisch, es handelt sich – anders als im Fall einer Verschmelzung – nicht um einen Fall der Rechtsnachfolge. Änderungen in der Binnenorganisation und in den Rechtsbeziehungen im Außenverhältnis ergeben sich aus einem Formwechsel nur insoweit, als dies durch die Änderung der Rechtsform und die damit geltende Rechtsordnung zwingend vorgegeben ist (vgl. Semler/Stengel-Kübler, UmwG, 2. Aufl. 2007, § 202 Rn 7 ff.; Lutter, UmwG, § 202 Rn. 7 ff.). Insbesondere bleiben schuldrechtliche Beziehungen mit Dritten durch einen Formwechsel in aller Regel unberührt; der Rechtsträger neuer Rechtsform bleibt Schuldner und Gläubiger der mit dem Rechtsträger alter Rechtsform abgeschlossenen Verträge. Vorliegend macht die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine Kommanditgesellschaft keine Änderung eines Rahmenvertrages über Darlehensverträge und Sicherungsübereignungen notwendig; derartige Verträge können mit einer Aktiengesellschaft ebenso gut wie mit einer 112

Kommanditgesellschaft abgeschlossen werden.

Nach der Umwandlung ist durch Austritt des einzigen Kommanditisten aus der Kommanditgesellschaft das Vermögen der Gesellschaft der verbleibenden Komplementärin, der G. Credit Europe plc, angewachsen. Beide Vorgänge sind durch Registerauszugskopie belegt (Anlagen B3 und B4), deren Richtigkeit auch vom Kläger nicht bezweifelt wird. 113

Die Zuweisungserklärung, Anlage B 5, ist nur ein interner Organisationsakt, mit welchem die Regelung aller früheren Rechtsbeziehungen der G. Bank Aktiengesellschaft der hiesigen Zweigniederlassung der G. Credit Europe plc überlassen wird. Eine dingliche Übertragung von Rechtspositionen ist hiermit nicht verbunden. 114

Der spätere Namenswechsel ist unstreitig und wird zusätzlich gestützt durch die Kopie des Auszuges der Eintragung der Beklagten im Companies House, Bl. 336 f. d.A.. 115

(4) Die Sicherungsübereignung war auch hinsichtlich der einzelnen bestellten Fahrzeuge jeweils hinreichend konkret. Dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz ist genügt. Dadurch, dass nach Eingang der Bestellung und Freigabe durch die Beklagte durch die G.-Werke Aktiengesellschaft eine Fahrgestellnummer generiert wird, unter welcher dann das Fahrzeug tatsächlich hergestellt wird, ist eine ausreichende Bestimmbarkeit gegeben. Es steht über die Fahrgestellnummer schon zu Beginn der Produktion fest, ob das herzustellende Fahrzeug Gegenstand der Sicherungsübereignung sein wird oder nicht. Diese Nummer wird in den täglich der Beklagten übermittelten Listen aller finanziert bestellten Fahrzeuge (Anlagenkonvolut B 61) dieser mitgeteilt, so dass sie über den Gegenstand des einzelnen Darlehensvertrags informiert ist. Dabei ermöglicht diese Liste auch eine Zuordnung zu dem jeweiligen Händler. Zusätzlich erhält sie die Rechnung über die einzelnen Fahrzeuge. Über die der Schuldnerin zugeleitete Rechnungsduplikate (Anlagenkonvolut B 33) steht die Fahrgestellnummer ihr ebenfalls zur Identifizierung der sicherungsübereigneten Fahrzeuge zur Verfügung. 116

Entgegen der Ansicht des Klägers ist eine Sicherungsübereignung nicht nur dann hinreichend bestimmt, wenn ein Außenstehender auf den ersten Blick erkennen kann, ob eine bestimmte Sache aus einer Sachmenge – wie hier allen auf dem Betriebsgelände der Schuldnerin stehenden Fahrzeugen - zu den sicherungsübereigneten Gegenständen gehört oder nicht. Es ist nicht erforderlich, dass die Sicherungsübereignung dem Fahrzeug quasi „auf der Stirn (oder auf der Motorhaube) geschrieben steht“. Wie der Kläger zunächst zutreffend ausführt, dann aber ignoriert, reicht eine Bestimmbarkeit *bei Kenntnis der vertraglichen Vereinbarungen der Parteien*. Eine solche vertragliche Vereinbarung stellt hier neben dem Rahmenvertrag auch der jeweilige konkrete Antrag auf Abschluss eines Darlehensvertrages, sei es schriftlich, sei es – bei den Neufahrzeugen - durch Anklicken des „Finanzierungs-Buttons“ und die Annahme des Darlehensvertrages durch die Beklagte durch Freigabeerklärung gegenüber den G. Werken und Auszahlung des Darlehensbetrages dar. Wer die Darlehensverträge in Verbindung mit dem Rahmenvertrag, also die Gesamtheit aller Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien kennt, kann anhand der Fahrgestellnummern ohne weiteres die sicherungsübereigneten Fahrzeuge von den anderen unterscheiden. Dem sachenrechtlichen Bestimmtheitserfordernis ist damit genüge getan. 117

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der vom Kläger zitierten Entscheidung BGH NJW 1992, 1161. Diese befasst sich nämlich mit der nach außen hin erkennbaren Zuordnung einer einzelnen Sache zu einer sicherungsübereigneten Sachgesamtheit, die nur generalisierend beschrieben ist. Darum geht es hier aber nicht. In den einzelnen Darlehensverträgen sind die 118

einzelnen sicherungsübereigneten Fahrzeuge jeweils konkretisiert und damit individuell erkennbar.

119
Etwas anderes folgt auch nicht unter Berücksichtigung der vom Kläger vorgelegten Entscheidung des OLG Oldenburg vom 24. Oktober 2003 – 6 U 92/03, Bl. 425 ff. d.A. Dort war die Ablehnung eines Absonderungsrechts der M. Bank damit begründet, dass sie nach den – im Einzelnen nicht mitgeteilten - vertraglichen Vereinbarungen nicht wirksam das Vorbehaltseigentum von den M. Werken erworben hatte. Diese Frage stellt sich hier aber nicht, da die G. Werke hier eben nicht zunächst unter Eigentumsvorbehalt an die Schuldnerin ausgeliefert hat, sondern ihr Eigentum unmittelbar an die Beklagte übertragen hat. Im Übrigen ist dieses Urteil durch das Urteil des BGH vom 18. Januar 2005 - XI ZR 340/03 aufgehoben und die Sache an das OLG Oldenburg zurückverwiesen worden. Auf die erneute Revision hat der BGH dann unter dem Aktenzeichen IX ZR 220/05 entschieden, dass die M. Bank sehr wohl das Vorbehaltseigentum erworben habe, dies aber dennoch nur zu einem Absonderungs-, nicht zu einem Aussonderungsrecht führe (BGH NZI 2008, 347, 348f.; zum Verfahrensverlauf vgl. *juris*). Dem Senat ist nicht verständlich, warum der Kläger seine Auffassung auf derartige nicht rechtskräftige und – wie er als Partei jenes Rechtsstreits wissen musste – schon zum Zeitpunkt ihrer Einreichung aufgehobene Urteile stützt.

120
Auch die weiter vom Kläger vorgelegte Entscheidung des OLG Hamm vom 6. November 2007 – 27 U 28/07, Bl. 434 ff. d.A., betrifft einen anders gelagerten Fall. Dort waren die Forderungen, welche Gegenstand einer betragsmäßig begrenzten Globalzession sein sollten, nicht näher bestimmbar. Hier aber sind die einzelnen Fahrzeuge, die zur Sicherheit übereignet werden, durch einen jeweils individuellen Bestellakt mit konkret zuzuordnender Fahrgestellnummer festgelegt.

121
(5) Der Eigentumserwerb der Beklagten scheitert entgegen der Auffassung des Klägers nicht an der fehlenden dinglichen Teilverzichtsklausel. Eine Nichtigkeit nach § 138 BGB liegt hier nicht vor. Die von dem Kläger insoweit zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (ZIP 1999, 977 sowie Beschluss vom 12. Oktober 2006 – IX ZR 105/03 –) haben die Nichtigkeit einer Globalzession in den Fällen zum Gegenstand, in denen die Abtretung auch solche Forderungen umfassen soll, die der Schuldner seinen Lieferanten aufgrund verlängerten Eigentumsvorbehalts künftig abtreten muss und abtritt. Derartige Forderungen sind nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Abgesehen davon führt das Fehlen einer dinglichen Teilverzichtsklausel in derartigen Fällen nicht zur Gesamtnichtigkeit der Globalzession. Vielmehr bleiben die Forderungen wirksam abgetreten, die nicht Gegenstand des verlängerten Eigentumsvorbehalts sind (vgl. BGHZ 72, 308).

122
Der Kläger macht hierzu noch geltend, es liege eine ähnlich gelagerte Situation vor wie bei der Kollision zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt (Bl. 413 d.A.). Es bestehe eine Kollision zwischen dem Sicherungseigentum der Beklagten und einem Raumsicherungsvertrag zugunsten der Sparkasse P.. Dieser beziehe sich auf die von ihr finanzierten Ersatzteile, die ggf. in die sicherungsübereigneten Fahrzeuge eingebaut würden mit der Folge, dass die Sparkasse P. ihr Sicherungseigentum an den eingebauten Teilen verliere. Nach Ansicht des Senats kann aber auch mit dieser Argumentation eine Nichtigkeit des Rahmenvertrages nicht hergeleitet werden. Die hier vorliegende Kollision zwischen zwei im Prinzip gleichartigen Sicherheiten (Sicherungsübereignung beweglicher Sachen) kann nicht mit der Kollision zwischen Globalzession und verlängertem Eigentumsvorbehalt verglichen werden; die zu Letzterem ergangene Rechtsprechung ist nicht übertragbar. Wer sich ein Ersatzteillager sicherungsübereignen lässt, der weiß, dass diese Gegenstände dazu bestimmt sind, in zu reparierende Fahrzeuge eingebaut zu werden. Dementsprechend hat die

Sparkasse P. den Fall vorhergesehen, dass sie ihr Eigentum durch Verarbeitung verliert, und hierfür eine vertragliche Regelung vorgesehen, die jedenfalls nicht dem Sicherungsgeber die Verarbeitung der übereigneten Waren im normalen Geschäftsgang untersagt (Bl. 590, Ziff. 4.3 des Vertrages). Der Sicherungsgeber wird daher nicht durch die beiden konkurrierenden Sicherheiten zum Vertragsbruch gezwungen. Genau dies war aber der maßgebliche Grund dafür, dass die Rechtsprechung Globalzessionen ohne dingliche Teilverzichtsklausel für unwirksam erachtet hat (vgl. grundlegend BGH NJW 1959, 1533, 1536).

Sonstige Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit der Sicherungsübereignung werden von dem Kläger nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich. Insbesondere kann von einer gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) verstoßenden Übersicherung der Beklagten nicht ausgegangen werden. Nach der grundlegenden Entscheidung des Großen Senats für Zivilsachen vom 27. November 1997 (BGHZ 137, 212) sind bei revolvingierenden Globalsicherungen auch in Gestalt von Sicherungsübereignungen weder eine ausdrückliche Freigaberegung noch eine zahlenmäßig bestimmte Deckungsgrenze Wirksamkeitsvoraussetzung für die Sicherungsübertragung. Dies beruht darauf, dass der Sicherungsgeber im Falle nachträglicher Übersicherung auch dann einen ermessensunabhängigen Freigabeanspruch hat, wenn der Sicherungsvertrag keine oder eine ermessensabhängig ausgestaltete Freigabeklausel enthält 123

bb) Der Erwerb des Sicherungseigentums an den geordneten Lagerfahrzeugen (lfd. Nrn. 271 bis 480) vollzog sich wie folgt: 124

Entsprechend der Regelung in Ziff. 4. 1) des Rahmenvertrages wurden händlereigene Lagerfahrzeuge und Vorführfahrzeuge in der Weise sicherungsübereignet, dass die Schuldnerin der Beklagten einen Darlehensantrag zusammen mit dem KfZ-Brief des jeweiligen Fahrzeuges übersandte. Aus den Darlehensanträgen ergeben sich die Fahrzeuge mit hinreichender Deutlichkeit, so dass an der Bestimmbarkeit der sicherungsübereigneten Gegenstände kein Zweifel besteht. Zwischen der Schuldnerin und der Beklagten ist insoweit auch ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 930 BGB zustande gekommen. Gemäß Ziff. 4. 1 a) des Vertrages ist die Übergabe dadurch ersetzt worden, dass der Schuldnerin das jeweilige Fahrzeug zur unentgeltlichen Verwahrung bzw. leihweise überlassen worden ist. 125

Entgegen der Auffassung des Klägers sind unter dem Begriff der „händlereigenen Lagerfahrzeuge“ auch Gebrauchtwagen zu verstehen. Es kann dahinstehen, ob nach dem allgemeinen oder dem in der KfZ-Branche üblichen Sprachgebrauch auch gebrauchte Fahrzeuge unter den Begriff der „händlereigenen Lagerfahrzeuge“ fallen. Denn im Rahmenvertrag ist unter Ziff. 1. b) definiert, dass unter „händlereigenen Lagerfahrzeugen“ auch gebrauchte Fahrzeuge verstanden werden können. Ein entsprechender Sprachgebrauch gilt damit jedenfalls zwischen der Schuldnerin und der Beklagten als vereinbart. Der Rahmenvertrag hat somit auch Gültigkeit für von der Schuldnerin angekaufte und über die Beklagte finanzierte Gebrauchtfahrzeuge. 126

Soweit der Kläger in der Berufungsbegründung noch ausführt, dass gerade Gebrauchtfahrzeuge oft nicht händlereigen seien, da sie in Kommission verkauft werden, ist dies zwar richtig. Aber in Kommission genommene Fahrzeuge müssen auch vom Autohändler nicht finanziert werden, da er sie gerade nicht selbst ankauft. Somit befasst sich der Rahmenvertrag logischerweise nicht mit dieser Konstellation. Er beschränkt sich eben auf die Regelung der Finanzierung von neuen und gebrauchten händlereigenen(!) Lagerfahrzeugen. 127

Zu einem möglichen Erklärungsirrtum auf Seiten der Schuldnerin, der Einhaltung des Bestimmtheitsgrundsatzes, der Erforderlichkeit einer dinglichen Teilverzichtsklausel, der Rechtsnachfolge der Beklagten und dem Schriftformerfordernis gilt das vorstehend unter aa) Ausgeführte entsprechend.

cc) Der Kläger hat auch keinen Anspruch auf Zahlung der Feststellungspauschale nach § 171 Abs. 2 InsO an den von der Beklagten verwerteten Fahrzeugen, da er diese nicht in Besitz hatte und somit nicht zur Verwertung nach § 166 Abs. 1 InsO berechtigt war. Voraussetzung für die Anwendung der §§ 170, 171 InsO ist stets, dass der Insolvenzverwalter zur Verwertung des Sicherungsgutes nach § 166 InsO berechtigt war (vgl. HK-Büchler, InsO, 3. Aufl. 2009, § 170 Rn. 2; MüKo-Lwowski/Tetzlaff, InsO, 2. Aufl. 2008; § 170 Rn. 13; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 13. Aufl. 2010, § 170 Rn. 1 – 3 mit lediglich rechtspolitischen Bedenken). Dies war hier gerade nicht der Fall, da er die später von der Beklagten verwerteten Fahrzeuge niemals in Besitz hatte.

(1) Die von den Parteien eingereichten Listen enthalten unstreitig alle Fahrzeuge, die am 9. Juni und 10. Juni 2004 von der Beklagten von drei Betriebsstätten der Schuldnerin abgeholt worden sind (vgl. Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 2. Februar 2007, dort Seite 5, Bl. 73 f. d.A.). Dabei sind ebenso unstreitig (vgl. den Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 15. November 2006, dort Seite 3, Bl. 27 d.A.) alle an den Betriebsstätten der Schuldnerin in R. und Q. befindlichen Fahrzeuge bereits am 9. Juni 2004 abgeholt worden. Nachdem die Bestellung des Klägers zum vorläufigen Insolvenzverwalter erst am 10. Juni 2004, 13.00 Uhr erfolgt ist, konnte er daher an den bereits am Vortag abgeholten Fahrzeugen einen unmittelbaren Besitz nicht mehr begründen.

Aber auch an den am 10. Juni 2004 abgeholten Fahrzeugen hat er keinen unmittelbaren Besitz begründet, soweit er nicht mit dem Anhalten des letzten Transports vor Ort die Verbringung einzelner Fahrzeuge verhindert und diese Fahrzeuge tatsächlich auf dem Betriebsgelände der Schuldnerin gehalten hat. Ein vorläufiger Insolvenzverwalter erhält nach § 22 Abs. 1 InsO nur die *Befugnis*, sich in den Besitz des Schuldnervermögens zu setzen (vgl. Kreft/Kirchhof, InsO, 5. Aufl. 2008, § 22 Rn. 9; HK-Schröder, InsO, 3. Aufl. 2009, § 22 Rn. 31; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl. 2010, § 22 Rn. 19), der Besitz geht aber nicht automatisch mit Erlass eines Sicherungsbeschlusses auf ihn über (vgl. auch den Wortlaut des § 148 Abs. 1 InsO).

Eine Anordnung nach § 21 Abs. 1 Nr. 5 InsO enthält der Beschluss vom 10. Juni 2004 nicht und konnte sie auch nicht enthalten, da diese Bestimmung erst mit Wirkung ab 1. Juli 2007 in die InsO eingefügt wurde.

Eine Inbesitznahme des Klägers nach §§ 148 Abs. 1, 166 Abs. 1 InsO kommt daher nur insoweit in Betracht, als ihm einzelne von der Beklagten zunächst abtransportierte Fahrzeuge später wieder zur Verwertung überlassen worden sind. Diese sind aber im Rahmen der Klageforderung nicht von Bedeutung, da der Kläger seine Ansprüche hier gerade aus der Verwertung durch die Beklagte herleitet. Dass hierunter auch Fahrzeuge waren, an denen der Kläger entsprechend den obigen Ausführungen zunächst den unmittelbaren Besitz erlangt hatte, hat er nicht dargelegt.

Hinsichtlich der am 10. Juni 2004 vom Stammsitz des Schuldnerin in P. abtransportierten Fahrzeuge hat der Kläger im Übrigen auch nicht dargelegt, welche hiervon vor und welche nach 13.00 Uhr abtransportiert worden sind. Selbst wenn aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts – Insolvenzgerichts – vom 10. Juni 2004 ein unmittelbarer Besitz des Klägers

an den noch bei der Schuldnerin befindlichen Fahrzeugen begründet worden wäre oder der alleinige Besitz der Schuldnerin relevant wäre, kann daher auch nicht beurteilt werden, auf welche der streitgegenständlichen Fahrzeuge dies zutrifft. Die Darlegungs- und Beweislast für alle anspruchsbegründenden Voraussetzungen, also auch für seinen Besitz an einer verwerteten Sache als Voraussetzung für den Anspruch auf Zahlung einer Feststellungspauschale trifft nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen (vgl. dazu BGH NJW 1991, 1052, 1053; Zöller/Greger, ZPO, 28. Aufl. 2010, vor § 284 Rn. 17a) den Kläger. Es kommt hier nicht in Betracht, die Darlegungs- und Beweislast der Beklagten aufzubürden. Zwar können im Einzelfall Beweiserleichterungen gewährt werden. Eine sekundäre Darlegungslast des Gegners der beweisbelasteten Partei kann dann in Betracht kommen, wenn (nur) der Gegner über Informationen verfügt, deren die beweisbelastete Partei zur Darlegung der Anspruchsvoraussetzungen bedürfte (vgl. hierzu Zöller/Greger, a.a.O., Rn. 22 ff., 34 mit zahlreichen Beispielen und Nachweisen aus der Rechtsprechung). Die Annahme einer sekundären Darlegungslast des Gegners setzt aber voraus, dass zunächst die nach den allgemeinen Regeln beweisbelastete Partei ihrer Darlegungslast soweit wie möglich nachkommt. Denn nur dann kann entschieden werden, in welchem Umfang er zur Aufklärung des Sachverhalts der Informationen der Gegenseite bedarf. Dieser originären Darlegungslast ist der Kläger hier nicht hinreichend nachgekommen. Es wäre ihm möglich gewesen, anhand der Geschäftsunterlagen der Schuldnerin diejenigen Fahrzeuge zu identifizieren, welche sich an den Standorten Q. und R. befanden, somit unstreitig schon am 9. Juni 2004 abgeholt worden waren und deshalb keinesfalls am 10. Juni 2004 in den Besitz des Klägers gelangt sein konnten. Ebenso wäre es ihm möglich gewesen, die Fahrzeuge zu spezifizieren, deren Abtransport er am 10. Juni 2004 noch verhindert hat und die somit unstreitig in seinen unmittelbaren Besitz gelangt sind. Nur hinsichtlich der restlichen Fahrzeuge wäre er auf eine genauere Darlegung seitens der Beklagten angewiesen gewesen (die im Übrigen behauptet hat, alle anderen Fahrzeuge des Standortes P. seien vor 13.00 Uhr abtransportiert worden!). Die Zuerkennung einer umfassenden sekundären Darlegungslast für alle abtransportierten Fahrzeuge kommt dagegen nicht in Betracht, da der Kläger ihrer in weiten Teilen nicht bedarf.

Dem Beweisantritt des Klägers im Schriftsatz vom 2. Februar 2007, dort Seite 18 (Bl. 87 d.A.) 135 dafür, dass alle hier streitgegenständlichen Fahrzeuge am 10. Juni 2004 nach 13.00 Uhr abtransportiert worden seien, war nicht nachzugehen. Es handelt sich um einen unzulässigen offensichtlichen Beweisantritt „ins Blaue hinein“, nachdem der Kläger zuvor bereits unstreitig gestellt hatte, dass von den Betriebsstätten in R. und Q. bereits am 9. Juni 2004 die Fahrzeuge weggeschafft worden waren.

Unabhängig davon, ob es rechtlich relevant wäre (vgl. dazu Uhlenbruck/Brinkmann, a.a.O., § 136 166, Rn. 4c ff.), hat die Beklagte bei der Abholung von Fahrzeugen auch keine verbotene Eigenmacht geübt. Die Insolvenzschriftschuldnerin hatte nach den aufgrund des Ergebnisses der erstinstanzlichen Beweisaufnahme nicht zu beanstandenden Feststellungen des Landgerichts bereits am 9. Juni 2004 durch Abgabe der Gestattungserklärung über alle Fahrzeuge verfügt. Die spätere Anordnung eines Zustimmungsvorbehalts für den vorläufigen Insolvenzverwalter konnte hieran rückwirkend nichts mehr ändern. Ob die Gestattungserklärung eventuell auf Druck der Beklagtenseite abgegeben wurde oder sich die Beklagte durch Behauptung falscher Tatsachen die Gestattungserklärung „erschlichen“ hat, ist dabei irrelevant. Entsprechende Vorkommnisse hätten möglicherweise zu einer Anfechtbarkeit der Gestattungserklärung nach §§ 119, 123 BGB führen können. Eine Anfechtung ist hier aber nicht erklärt worden, so dass die Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB nicht eingetreten ist. Hinzu kommt, dass die Beklagte auch einen Anspruch auf

Herausgabe der Fahrzeuge jedenfalls bis zur Anordnung von Sicherungsmaßnahmen am 10. Juni 2004, 13.00 Uhr hatte. Das Eingeständnis der Zahlungsunfähigkeit durch den Geschäftsführer der Schuldnerin gab der Beklagten einen Anspruch auf Herausgabe des Sicherungsgutes aus Ziff. 10. 1) Satz 2 i.V.m. Ziff. 11 – 2) b) und c) des Rahmenvertrages.

(2) Der Kläger hat auch im weiteren Verlauf keinen mittelbaren Besitz an den bei der Fa. F. verwahrten Fahrzeugen begründet. Er war nicht (Mit-)Auftraggeber des Verwahrungsvertrages über die bei der Fa. F. eingelagerten Fahrzeuge, so dass zwischen ihm und der Fa. F. ein Besitzmittlungsverhältnis im Sinne des § 868 BGB nicht zustande gekommen ist. Die Einräumung einer entsprechenden Position ist nicht in den zwischen den Parteien abgeschlossenen Vereinbarungen über die weitere Abwicklung der Verwertung der streitgegenständlichen Fahrzeuge enthalten. Die Vereinbarung vom 2. Juli 2004 (Anlage K 7, AH I) befasst sich nicht mit dem Besitz an den streitgegenständlichen Fahrzeugen mit Ausnahme der Regelung, dass die Schuldnerin die über die Fa. T. zu verwertenden Fahrzeuge für die Beklagte verwahren solle. In der weiteren Vereinbarung vom 31. August 2004 (Anlage K 8, AH I) gibt der Kläger unter Ziff. 3.1. die bei der Fa. F. untergestellten Fahrzeuge ausdrücklich zur Auslieferung an die Beklagte frei, so dass hierin eine Vereinbarung eines mittelbaren Mitbesitzes des Klägers gerade nicht gesehen werden kann. 137

Zur Begründung eines mittelbaren Mitbesitzes an den dort eingelagerten Fahrzeugen beruft sich der Kläger auch darauf, dass für eine gewisse Zeit die Fa. F. die bei ihr eingelagerten Fahrzeuge nur auf beiderseitige Zustimmungserklärungen sowohl des Klägers wie der Beklagten hin freigegeben hat (vgl. das Schreiben der Fa. F. vom 2.7.2004, Bl. 593, und das Schreiben vom 19.8.2004, Anlage B 15). Auch aus der zwischenzeitlichen Einräumung einer „Blockadeposition“ zugunsten des Klägers durch die Fa. F. folgt jedoch noch kein Besitzmittlungsverhältnis. Ein Besitzmittlungsverhältnis setzt voraus, dass der Besitzmittler für den mittelbaren Besitzer in Anerkennung eines Herausgabeanspruches besitzen will (vgl. BGHZ 161, 90, Rz 68 in *juris*; Staudinger/Bund, BGB - Neubearbeitung 2007, § 868 Rn. 24; MüKo-Joost, BGB, 5. Aufl. 2009, § 868 Rn. 15). Ein Besitzmittlungsverhältnis kann dadurch beendet werden, dass der Besitzmittler beschließt, nicht mehr für den mittelbaren Besitzer zu besitzen und diesen Entschluss nach außen erkennbar kundtut (BGH NJW-RR 1999, 1239; Staudinger/Bund, a.a.O., Rn. 86). Aus dem Schreiben der Fa. F. vom 2. Juli 2004 folgt entsprechend den vorstehenden Grundsätzen kein Besitzmittlungswille zugunsten des Klägers in diesem Sinne und keine (Teil-)Aufgabe des Besitzmittlungswillens zugunsten der Beklagten. Sie betont vielmehr zunächst, dass die Beklagte ihre Auftraggeberin sei und sie somit an deren Weisungen gebunden sei. Sie könne nicht beurteilen, wer rechtmäßiger Eigentümer der Fahrzeuge sei. Auf Grund der Weisungsgebundenheit werde sie ab sofort nur noch Fahrzeuge herausgeben, für welche eine gleichlautende Freigabeerklärung/Weisung beider Seiten vorliege. Aus diesen Ausführungen ist zu schließen, dass sich die Fa. F. weiterhin zuerst der Beklagten als ihrer Auftraggeberin gegenüber verpflichtet sah und die Fahrzeuge (nur) für sie besitzen wollte. Die Einräumung einer Blockadeposition zugunsten des Klägers war nur einer rechtlichen Unsicherheit über dessen Befugnisse und Rechte geschuldet und sollte vor allem der Vermeidung der eigenen Inanspruchnahme auf Schadensersatz dienen. Auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Einräumung der Blockadeposition auf einer ausdrücklichen Weisung der Beklagten beruhte, dem Kläger eine solche einzuräumen. Hierfür spricht neben der vorgenannten Formulierung im Schreiben vom 2. Juli 2004 auch das weitere Schreiben vom 19. August 2004 (Anlage B 15), in welchem die Fa. F. auf Weisung der Beklagten dem Kläger die Blockadeposition wieder entzieht. Nach alledem kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Fa. F. auch für den Kläger besitzen und einen eigenständigen Herausgabeanspruch des Klägers unabhängig von einer Weisung 138

der Beklagten anerkannt hätte.

(3) Einen Anspruch auf Zahlung der Feststellungs- oder Verwertungspauschale kann der Kläger auch nicht auf eine Insolvenzanfechtung gemäß den §§ 130, 131, 143 InsO stützen. Dies ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH NZI 2005, 165 f; ZIP 2004, 42 ff), der sich der Senat anschließt, anerkannt. Der Kläger kann die Besitzergreifung der Beklagten nicht im Wege der Insolvenzanfechtung angreifen. Die Anfechtung ist nicht zulässig zu dem Zweck, die Verwertungspauschale zu erhalten. Diese dient nur der Kostenerstattung, es liegt daher bei einer Inbesitznahme vor Anordnung von Sicherungsmaßnahmen keine Gläubigerbenachteiligung vor (vgl. BGH ZIP 2005, 40; Uhlenbruck/Brinkmann, a.a.O., § 166 Rn. 7). Die Anfechtung ist nur zulässig hinsichtlich der Umsatzsteuer (vgl. BGH ZIP 2007, 1126), die dem Kläger aber ohnehin zusteht (s. unten unter lit.. dd).

Soweit sich der Kläger in der Berufungsbegründung auf ein Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16.11.2006 (ZIP 2006, 2390) beruft, rechtfertigt dies keine abweichende Beurteilung. Dieser Entscheidung lässt sich nämlich nicht entnehmen, dass der Sicherungsgläubiger auf jeden Fall – auch ohne Besitz - Kosten der Feststellung der Sicherungsrechte zu tragen habe. In der zitierten Entscheidung war die Schuldnerin zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mittelbare Besitzerin des später verwerteten verfahrensgegenständlichen Baggers. Vorliegend fehlte es jedoch an einem derartigen mittelbaren Besitz.

dd) Dem Kläger steht hinsichtlich der von der Beklagten verwerteten sicherungsübereigneten Fahrzeuge lediglich ein Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer aus § 13b Abs. 1 Nr. 2 UStG in Verbindung mit §§ 170 Abs. 2, 171 Abs. 2 Satz 3 InsO analog in Höhe von **343.404,84 Euro** zu.

(1) Nach der grundlegenden Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 29.3.2007 (vgl. ZIP 2007, 1126 = NZI 2007, 394) hat der Kläger im Hinblick auf die von der Beklagten verwerteten Fahrzeuge - soweit hierfür Umsatzsteuer angefallen ist -, einen Erstattungsanspruch. Der Bundesgerichtshof wendet insoweit die §§ 13b Abs. 1 Nr. 2 UStG, 170 Abs. 2 sowie 171 Abs. 2 Satz 3 InsO analog an. Dass ein derartiger Anspruch im Grundsatz besteht, wird auch von der Beklagten nicht in Abrede gestellt. Streitig ist lediglich, ob der Anspruch des Klägers bereits besteht, obwohl er die insoweit die Masse belastende Umsatzsteuer noch nicht an das Finanzamt abgeführt hat. Nach Ansicht des Senats hängt der Zahlungsanspruch des Klägers jedoch nicht von einer vorherigen Abführung der Umsatzsteuer an das Finanzamt ab. Vielmehr genügt bereits die „Belastung der Masse mit Umsatzsteuer“. Eine derartige Belastung ist aber schon mit Entstehen der Umsatzsteuerverpflichtung eingetreten. Die Steuer entsteht nach § 13 UStG bereits mit den dort genannten tatsächlichen Handlungen (Lieferung, Ausstellen der Rechnung etc.), nicht aber etwa erst mit einer Umsatzsteuererklärung des Steuerschuldners oder gar erst mit der Festsetzung. § 13c UStG begründet sodann nur eine Haftung des Sicherungsnehmers für die Steuerschuld, die aber originär beim Sicherungsgeber, hier also der Insolvenzmasse, begründet wird.

Zwar ist der Beklagten darin Recht zu geben, dass die Umsatzsteuer-Erstattung nach § 171 InsO zweckgebunden ist und daher vom Kläger nur für die Zahlung an das Finanzamt verwendet werden darf. Richtig ist, dass allein eine Erstattungsleistung der Beklagten an den Kläger die Haftung nach § 13c UStG nicht zum Erlöschen bringt. Sollte also der Kläger die Umsatzsteuer tatsächlich nicht abführen (können), würde sich das Finanzamt trotzdem an die

Beklagte halten können. Hieraus allein folgt aber nicht, dass die Beklagte die Erstattung erst nach Festsetzung der Steuer durch einen Bescheid gegenüber dem Kläger leisten müsste. Zum einen ließe sich durch eine derartige zeitliche Verzögerung auch nicht sicher stellen, dass der Insolvenzverwalter das dann – nach Erstellung des Bescheides - gezahlte Geld an das Finanzamt auskehrt. Zum zweiten folgt nicht aus jedem Treuhandverhältnis ein Recht des Treugebers, so lange mit seiner Zahlung zu warten, bis die ordnungsgemäße Verwendung des Betrages durch den Treuhänder ohne Zweifel gesichert ist. Denn dann wäre die Einschaltung eines Treuhänders nicht mehr notwendig. Das Korrektiv zur Möglichkeit einer zweckwidrigen Verwendung anvertrauter Mittel liegt vielmehr in der Schadensersatzverpflichtung des Treuhänders, hier also eines Insolvenzverwalters, der zwar eine Erstattung der Umsatzsteuer von dem Absonderungsberechtigten entgegennimmt, sie dann aber gleichwohl nicht an das Finanzamt meldet und abführt.

(2) Bei der Berechnung des Anspruchs der Höhe nach waren wiederum die Angaben der Beklagten in den Tabellen B1 und B 49 zugrunde zu legen. Der Kläger hat seinen weitergehenden Anspruch zum Teil nicht dargelegt bzw. unter Beweis gestellt, zum Teil war sein Vorbringen in der Berufungsinstanz nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen. 144

(2.1) Es ist davon auszugehen, dass die Beklagte nur diejenigen Fahrzeuge selbst verwertet hat, welche in der Liste B 1 bzw. B 49 gelb eingefärbt sind. Wie oben bereits ausgeführt, war erstinstanzlich unstreitig, dass der Kläger die blau eingefärbten Fahrzeuge der lfd. Nrn. 1 bis 468 selbst verwertet hat, so dass er mit seinem teilweise abweichenden Vortrag in der Berufungsinstanz ausgeschlossen ist. 145

(2.1.1) Dasselbe gilt im Ergebnis auch für die von der Beklagten mit der Anlage B 18 (Bl. 169 ff. d.A.) noch zusätzlich aufgelisteten 12 Fahrzeuge, die später als lfd. Nrn. 469 bis 480 in die Gesamtliste B 49 aufgenommen sind. Hierzu hatte der Kläger zwar zunächst bestritten, diese selbst verwertet zu haben (vgl. Schriftsatz vom 10. Oktober 2007, dort Seite 3, Bl. 218 d.A. Mitte: die in der Anlage B 18 aufgeführten Fahrzeuge seien nicht vom Kläger verwertet worden). Im Hinblick auf die von der Beklagten in der Anlage B 20 und B 21 vorgelegten Unterlagen hat der Kläger jedoch ausdrücklich eingeräumt, die darin aufgeführten Fahrzeuge selbst veräußert zu haben (vgl. Schriftsatz vom 10. Oktober 2007, dort Seite 3, Bl. 218 d.A. unten). Diese in den Anlagen B 20 und B 21 aufgeführten Fahrzeuge sind mit den lfd. Nrn. 469 bis 480 der Liste B 49 (und der Anlage B 18, soweit dort hinter den lfd. Nrn. 1 bis 468 weitere 12, noch unnummerierte PKW aufgelistet sind) identisch. Die Fahrzeuge Nr. 469 bis 480 können daher ebenso wenig wie andere blau eingefärbte Fahrzeuge bei der Berechnung der Klageforderung berücksichtigt werden. 146

(2.1.2) Die beiden Fahrzeuge mit den lfd. Nrn. 44 und 132 (in der Liste B 1 rosa gefärbt) sollen nach der Behauptung der Beklagten schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Schuldnerin an die Beklagte zur Durchführung von Leasingverträgen veräußert worden sein. Hierzu legt die Beklagte betr. das Fahrzeug Nr. 132 zusätzlich das Angebot der Schuldnerin auf Abschluss eines derartigen Kaufvertrages vor, das vom 26. Mai 2004 datiert (Bl. 744f. d.A.). Diesem Vorbringen ist der Kläger nicht substantiiert entgegen getreten. Hinsichtlich des Fahrzeugs Nr. 44 führt der Kläger in seiner eigenen Tabelle BB 1 eine Verwertung über „G. Bank/Leasing U. 27.05.2004“ auf, was für die Richtigkeit des Beklagtenvorbringens spricht. Sofern das Vorbringen der Beklagten zutrifft, bestünde kein Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer, da die Beklagte dann diese Fahrzeuge nicht aufgrund ihres Sicherungsrechtes verwertet hätte. Der Kläger ist aber, wie bereits ausgeführt, darlegungs- und beweispflichtig für die anspruchsbegründenden Tatsachen, somit auch für 147

eine Verwertung, welche die Umsatzsteuerpflicht nach § 13b UStG auslöst. Möglicherweise stünde dem Kläger noch ein Kaufpreisanspruch gegen die Beklagte zu; hierzu ist jedoch nichts vorgetragen. Vorgetragen ist lediglich ein angeblich von der Beklagten erzielter Verwertungserlös.

Darüber hinaus hat die Beklagte beide Fahrzeuge in der später erstellten Tabelle B 49 als „vom Kläger verwertet“ geführt und bei der Berechnung der Widerklageforderung einen den jeweiligen Umsatzsteuerbetrag übersteigenden Übererlös von der Widerklageforderung abgezogen. Der Anspruch des Klägers wäre somit jedenfalls durch die Aufrechnung der Beklagten mit der Widerklageforderung erloschen. 148

Die beiden Fahrzeuge Nr. 44 und 132 müssen daher bei der Berechnung der Klageforderung außer Betracht bleiben. 149

(2.1.3) Bei den 7 im Beweisbeschluss des Senats aufgeführten, aber vom Zeugen H. in der Buchhaltung der G.-Werke Aktiengesellschaft nicht gefundenen Fahrzeugen handelt es sich, wie ein Abgleich zwischen der Liste B 49 und der vom Zeugen H. überreichten Liste ergibt, um die Fahrzeuge mit den laufenden Nummern 40, 43, 223, 224, 228, 234 und 235. 150

(2.1.3.1) Zu den Fahrzeugen Nr. 223, 224, 228, 234 und 235 hatte die Beklagte behauptet, diese seien nie an die Schuldnerin ausgeliefert worden, vielmehr seien sie nach einer Stornierung des Auftrags der Schuldnerin an die Fa. T. ausgeliefert und von dieser an die Fa. J. verkauft worden. Damit stimmt die Aussage des Zeugen H. überein, wonach bei einer Stornierung und Umbuchung des Auftrags auf einen anderen Händler bei den G.-Werken die Fahrzeuge unter einem anderen Händlerkennzeichen geführt würden und daher in der Liste des Zeugen H. nicht mehr erscheinen würden. Es spricht somit viel für die Richtigkeit des Beklagtenvorbringens zu diesen Fahrzeugen. In diesem Fall bestünde kein Anspruch des Klägers auf Erstattung der Umsatzsteuer. Wenn die Fahrzeuge nach der Herstellung durch die G.-Werke nicht an die Schuldnerin, sondern an einen anderen Händler ausgeliefert worden sind, hat die Schuldnerin niemals Besitz erlangt und es ist niemals ein Besitzkonstitut begründet worden. In diesem Fall bestand auch kein Sicherungseigentum der Beklagten, jedenfalls nicht im Verhältnis zur Schuldnerin (wenn auch möglicherweise im Verhältnis zum Händler T. als Sicherungsgeber). Eine Verwertung durch die Beklagte würde dann auch im Verhältnis zur Schuldnerin keine Verwertung darstellen, welche eine Umsatzsteuerpflicht der Schuldnerin bzw. des Klägers nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 UStG auslöst, da keine Lieferung der Schuldnerin als Sicherungsgeber erfolgt wäre. 151

Der Kläger ist, wie bereits mehrfach ausgeführt, darlegungs- und beweispflichtig für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Er hat hier aber weder genauer dargelegt, aufgrund welcher Absprachen zwischen den Parteien die Schuldnerin als Sicherungsgeberin auch für unmittelbar an die Fa. T. ausgelieferte Fahrzeuge gelten sollte noch hat sie hierfür Beweis angeboten. Der Verweis auf die Vereinbarung vom 2. Juli 2004, Anlage K 7, hilft dem Kläger hier nicht weiter. Denn dort ist eine Einbeziehung der Fa. T. als Treuhänder nur für die Fahrzeuge vereinbart, die zu diesem Zeitpunkt bereits angeliefert waren (letzter Satz des zweiten Absatzes der Vereinbarung). Dass die hier streitgegenständlichen Fahrzeuge dazu gehörten und überhaupt irgendwann bei der Schuldnerin standen, hat er nicht vorgetragen. 152

Die Fahrzeuge Nr. 223, 224, 228, 234 und 235 sind daher bei der Berechnung der Klageforderung nicht zu berücksichtigen. 153

(2.1.3.2.) Jeder Vortrag der Parteien fehlt jedoch dazu, warum entsprechend der Aussage des Zeugen H. die Fahrzeuge Nr. 40 und 43 bei den G.-Werken nicht als vom Schuldner bestellt geführt wurden. Während des gesamten Prozesses war unstreitig, dass diese beiden Fahrzeuge von der Beklagten verwertet worden sind; die Beklagte hat hierüber dem Kläger eine Gutschriftsanzeige übersandt. Es ist daher anzunehmen, dass diese beiden Fahrzeuge vom Zeugen H. lediglich aufgrund eines Eingabefehlers oder aus einem ähnlichen rechtlich unbeachtlichen Grund nicht aufgefunden wurden. Sie sind daher bei der Berechnung der Klageforderung zu berücksichtigen.

(2.1.4) Die Ausführungen zu 2.1.3.1. gelten auch hinsichtlich der Fahrzeuge mit den lfd. Nrn. 1, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 19, 24, 25, 26, 27, 30, 33, 34, 45, 46, 47, 53, 56, 61, 62, 66, 70, 71, 74, 76, 78, 87, 121, 128, 135, 161, 256, 257, 263, 264, 266, 267 und 268. Auch hier war streitig geworden (allerdings erst in der Berufungsinstanz; erstinstanzlich war eine Verwertung durch den Kläger unstreitig), welche der Parteien die Fahrzeuge verwertet hat. Nach Angabe der Beklagten (Bl. 647 d.A.) sollen sie direkt von den G.-Werken an den jeweiligen Endkäufer ausgeliefert worden sein, die dann den Kaufpreis an die Beklagte überwiesen haben. Unabhängig davon, ob hierdurch entsprechend der Farbgebung der Beklagten als blau in der Liste B 49 eine „Verwertung durch den Kläger“ eingetreten ist, so hat jedenfalls andererseits auch der Kläger nicht dargelegt, dass und wodurch hier noch ein Besitzkonstitut der Schuldnerin begründet worden ist und warum hinsichtlich dieser Fahrzeuge ein Tatbestand vorliegen sollte, der die Umsatzsteuerverpflichtung der Schuldnerin nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 UStG auslöst. Auch sie sind daher bei der Berechnung der Klageforderung nicht zu berücksichtigen. 155

(2.1.5) Hinsichtlich der beiden Fahrzeuge 134 und 197 hat die Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz behauptet, diese beiden KfZ seien von der Schuldnerin unmittelbar an die Fa. J. veräußert und daher nicht – entgegen einer früheren Annahme der Beklagten – von ihr verwertet worden (Nr. 134) bzw. von der Fa. T. an die Fa. J. verkauft worden (Nr. 197), vgl. den Vortrag im Schriftsatz vom 1. Dezember 2008, dort Seite 2, Bl. 719 d.A.. Hierzu hat die Beklagte die Unterlagen B 51 und B 52 vorgelegt (Bl. 746 ff. d.A.). Die Beklagte hat hierzu ausgeführt, die Unterlagen erst in der Berufungsinstanz erhalten zu haben. Der Kläger ist diesem durch die schriftlichen Unterlagen untermauerten Vortrag der Beklagten nicht substantiiert entgegen getreten, so dass er als unstreitig auch in der Berufungsinstanz noch zuzulassen und zu verwerten ist. Mangels einer Verwertung durch die Beklagte besteht somit auch kein Anspruch gegen sie auf Erstattung der Umsatzsteuer. 156

(2.1.6) Soweit die Beklagte jetzt bei den Fahrzeugen Nr. 399 und 418 erstmals bestreitet, dass diese von ihr selbst verwertet worden seien (Bl. 650 d.A.), kann sie damit nicht mehr gehört werden. Erstinstanzlich waren die KfZ in der von ihr selbst erstellten Tabelle gelb eingefärbt und damit unstreitig von ihr verwertet worden. Zudem liegt eine Buchungsanzeige der Beklagten vom 13.10.2004 Nr. 544817 im Anlagenkonvolut B 2 (auch) über diese Kfz vor. Weshalb sie nun erstmals in der Berufungsinstanz anderes behauptet, hat sie nicht mitgeteilt. Sie ist daher mit diesem Vortrag gemäß § 531 Abs. 2 ZPO in der Berufungsinstanz ausgeschlossen; die beiden Fahrzeuge sind bei der Berechnung der Klageforderung zu berücksichtigen. 157

(2.1.7) Hinsichtlich der magentafarben getönten Fahrzeuge in der Anlage B 1 (Nr. 273, 275, 286, 287 und 291) gilt Folgendes: Hierzu hatte die Beklagte unter dem 5. Januar 2005 zunächst eine Gutschrift erteilt, diese jedoch später storniert mit der Begründung, dass letztlich die genannten Fahrzeuge doch vom Kläger verwertet worden seien. Hinsichtlich der Fahrzeuge 286, 287 und 291 ist dies ausweislich der vom Kläger vorgelegten Tabelle BB 1 158

auch unstreitig, so dass diese Fahrzeuge im Rahmen der Klageforderung nicht zu berücksichtigen sind. Nur hinsichtlich der Fahrzeuge Nr. 273 und 275 hatte der Kläger zunächst weiterhin behauptet, sie seien von der Beklagten verwertet worden; darüber hinaus stelle die Gutschrift ein konstitutives Schuldanerkenntnis dar. Mit Schriftsatz vom 5. Februar 2009, dort Seite 7, Bl. 948 d.A., hat die Beklagte sodann den von ihr geschilderten Ablauf noch einmal präzisiert dargestellt und mit der Anlage B 57 (Blatt 956 ff. d.A.) eine Rechnung des Klägers an die Fa. Autohaus I. GmbH über mehrere Fahrzeuge vorgelegt. In der Anlage findet sich ein handschriftlicher Vermerk, wonach es sich bei zweien der dort angegebenen 11 Fahrzeuge um diejenigen handeln soll, welche in den von den Parteien vorgelegten Listen unter Nr. 273 und 275 geführt sind. Der Kläger ist diesem durch die Vorlage von Unterlagen präzisierten Vortrag nicht mehr entgegen getreten. Es hätte ihm jedoch nach § 138 Abs. 2 ZPO obliegen, sich zu der von ihm selbst gestellten Rechnung nebst Anlage detailliert zu äußern. Das einfache Bestreiten einer Verwertung durch ihn selbst war jedenfalls nach Vorlage der Anlage B 57 nicht mehr ausreichend. Der Vortrag der Beklagten ist somit als zugestanden und damit unstreitig anzusehen; er ist somit auch in der Berufungsinstanz noch zu berücksichtigen.

Der Kläger kann sich demgegenüber nach § 242 BGB nicht darauf berufen, die Beklagte habe mit der Gutschrift ein konstitutives Schuldanerkenntnis abgegeben. Der Kläger hat hier die tatsächliche Grundlage für das Schuldanerkenntnis durch seinen eigenen Verkauf obsolet werden lassen und den von dem Erwerber geschuldeten Kaufpreis selbst eingezogen. Die Forderung nach einer Auskehr der von ihm selbst bereits vereinnahmten Umsatzsteuer durch die Beklagte verstößt bei dieser Sachlage gegen Treu und Glauben. Demnach sind auch die Fahrzeuge Nr. 273 und 275 bei der Klageforderung nicht zu berücksichtigen. 159

(2.1.8) Zu dem Fahrzeug Nr. 378 hat der Kläger geltend gemacht, aus der Anlage B 42 (Bl. 679 d.A.) ergebe sich, dass das Fahrzeug bereits vor Stellung des Insolvenzantrages von der späteren Schuldnerin verkauft worden sei. Hieraus ergibt sich aber noch nicht, warum daraus folgen sollte, dass die Beklagte das Fahrzeug „verwertet“ hat und dem Kläger die Umsatzsteuererstattung schuldet. Aus dem Lieferdatum in der Anlage B 42, das dort mit 11.06.2004 angegeben ist, ergibt sich vielmehr, dass dieser PKW zwar möglicherweise vor Stellung des Insolvenzantrages veräußert, jedoch erst – nach Durchführung von Wartungsarbeiten - nach Antragstellung ausgeliefert und im Zweifel auch erst zu diesem späteren Zeitpunkt vom Käufer bezahlt worden ist. Es bleibt daher dabei, dass der Kläger sich an seinem erstinstanzlichen Vortrag festhalten lassen muss, er selbst habe die blau gekennzeichneten Fahrzeuge, und somit auch das Fahrzeug Nr. 378, verwertet, was in diesem Fall bedeutet, dass er den Kaufpreis aus dem bereits abgeschlossenen Kaufvertrag eingezogen hat. Es kann daher bei der Berechnung der Klageforderung nicht berücksichtigt werden. Gleiches gilt sinngemäß für die Fahrzeuge Nr. 426 und 429 entsprechend den Anlagen B 40 und B 41. 160

(2.1.9) Der Erlös für das Fahrzeug Nr. 222, der in der von der Beklagten erstellten Tabelle nicht aufgeführt ist, ist der Tabelle des Klägers entnommen, und stimmt mit der Gutschriftsanzeige der Beklagten vom 7. Oktober 2004 – Nr. 544760 überein (Anlage B 2); die Beträge sind zwischen den Parteien unstreitig. 161

Für das Fahrzeug Nr. 136, für welchen in der Tabelle der Beklagten eine ausgewiesene Umsatzsteuer fehlt, wurde entsprechend der Tabelle des Klägers die Umsatzsteuer mit aufgenommen. Dies entspricht den Angaben der Beklagten in der Gutschriftsanzeige vom 7. Oktober 2004 – Nr. 544760. Der Senat geht davon aus, dass die Umsatzsteuerpflicht für diese Verwertung unstreitig ist, nachdem in der genannten Gutschrift auch im übrigen nur 162

Fahrzeuge mit Umsatzsteuer auf den Verwertungserlös aufgeführt sind. Es dürfte sich bei der fehlenden Angabe in der Tabelle B 49 somit um ein Versehen handeln.

Der Erlös für das Fahrzeug Nr. 189 wurde der Tabelle der Beklagten entnommen, die hier zugunsten des Klägers einen höheren Erlös einräumt, als der Kläger angesetzt hat. 163

(2.2) Die Umsatzsteuer ist, sofern die Beträge nicht unstreitig waren, aus den Beträgen zu errechnen, welche die Beklagte als erzielten Erlös angegeben hat. Soweit der Kläger einen höheren Betrag behauptet mit der Begründung, es sei davon auszugehen, dass die Beklagte mindestens den ursprünglichen Darlehensbetrag erzielt habe, ist diese Behauptung unsubstantiiert und damit unbeachtlich. Hierzu wird auf die Ausführungen unter Ziff. A. 1 a) verwiesen. 164

(2.3) Der Kläger trägt im Zusammenhang mit der Umsatzsteuerfrage noch vor, hinsichtlich der Ablösebeträge müsse "vermutlich" ebenfalls noch die Umsatzsteuer gezahlt werden (Bl. 421 d.A.). Dieser Vortrag kann nicht berücksichtigt werden. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, aufgrund von Vermutungen des Klägers die berechnete Klageforderung zu ermitteln. Vielmehr ist es Aufgabe des Klägers, die Klageforderung zu berechnen und darzulegen, ob und wenn ja in welchen in einer Tabelle eingestellten Beträgen bereits die Umsatzsteuer enthalten ist oder nicht und worauf ggf. die ergänzende Umsatzsteuererstattungsforderung gestützt wird. Konkreter Vortrag zur Umsatzsteuer auf Ablösebeträge fehlt jedoch. 165

(2.4) Der Kläger rechtfertigt den Umstand, dass er nun in seiner Berechnung in der Anlage BB1 bei weit mehr Fahrzeugen als erstinstanzlich die Umsatzsteuer ausgewiesen hat, er habe „aus Gründen anwaltlicher Vorsorge die Regelbesteuerung zugrunde gelegt, soweit nicht eindeutig die Differenzbesteuerung richtig war“ (Bl. 785 ff. d.A.). Hiermit ist jedoch nicht erklärt, warum der Kläger dies nicht bereits erstinstanzlich hätte tun können. Er hat lediglich darauf abgestellt, dass die Neuberechnung erfolgt sei, weil ein Anspruch des Klägers gegen die Beklagte auf Erstattung der Steuer besteht. Dies ist hier aber nicht die entscheidende Frage. Es kommt vielmehr darauf an, ob der Kläger die Umsatzsteuer dem Finanzamt schuldet. Welche Fahrzeuge die Beklagte als differenzbesteuert ansah, hat sie bereits erstinstanzlich in den Gutschriftsanzeigen der Anlage B 2 mitgeteilt. Der Kläger hätte daher bereits erstinstanzlich prüfen können, ob die Voraussetzungen für eine Ausnahme von der Regelbesteuerung vorlagen und ggf. von der Beklagten schlüssig dargelegt waren. Mit dem neuen Vortrag, soweit man ihn überhaupt als substantiiert ansehen wollte, kann er daher in der Berufungsinstanz gemäß § 531 Abs. 2 ZPO nicht mehr gehört werden. 166

(2.5) Somit ergibt sich folgende Forderung: 167

lfd. Nr.	Fahrgestell-Nr.		Verwertungserlös netto bzw. USt-neutral nach Bekl. Vortrag	USt, soweit ausweisbar
3	XX00XXXXXX00X	00216	16.831,48	2.693,04
4	XX0XXXXXXX0X	00251	17.256,85	2.761,10
5	XX0XXXXXXX0X	00287	10.258,62	1.641,38
15	XX0XXXXXXX0X	03016	11.671,82	1.867,49

 168

16	XX0XXXXXXXXX0X	03091	11.671,82	1.867,49
28	XX0XXXXXXXXX0X	08489	19.642,35	3.142,78
36	XX00XXXXXXXX00X	12451	17.948,83	2.871,81
37	XX0XXXXXXXXX0X	12725	11.588,83	1.854,21
38	XX0XXXXXXXXX0X	13290	22.943,90	3.671,02
39	XX0XXXXXXXXX0X	13632	14.410,20	2.305,63
40	XX0XXXXXXXXX0X	14160	22.749,00	3.639,84
43	XX0XXXXXXXXX0X	14618	22.749,00	3.639,84
48	XX0XXXXXXXXX0X	17855	23.041,70	3.686,67
50	XX0XXXXXXXXX0X	18070	17.554,57	2.808,73
52	XX0XXXXXXXXX0X	18298	9.051,72	1.448,28
58	XX0XXXXXXXXX0X	20334	18.802,56	3.008,41
59	XX0XXXXXXXXX0X	20423	22.564,14	3.610,26
60	XX0XXXXXXXXX0X	20425	15.989,05	2.558,25
64	XX0XXXXXXXXX0X	22253	6.939,66	1.110,34
68	XX0XXXXXXXXX0X	24740	17.125,72	2.740,12
77	XX0XXXXXXXXX0X	27778	17.749,72	2.839,96
79	XX0XXXXXXXXX0X	29189	19.662,95	3.146,07
83	XX0XXXXXXXXX0X	30498	18.118,96	2.899,03
85	XX0XXXXXXXXX0X	30582	17.741,76	2.838,68
86	XX0XXXXXXXXX0X	30981	18.881,47	3.021,04
88	XX0XXXXXXXXX0X	33055	7.715,52	1.234,48
92	XX0XXXXXXXXX0X	35044	11.787,36	1.885,98

93	XX0XXXXXXXXX0X	35052	11.479,59	1.836,73
94	XX0XXXXXXXXX0X	35284	10.979,46	1.756,71
98	XX0XXXXXXXXX0X	35883	11.479,59	1.836,73
118	XX0XXXXXXXXX0X	36641	7.586,21	1.213,79
119	XX0XXXXXXXXX0X	36714	11.671,95	1.867,51
120	XX0XXXXXXXXX0X	36716	11.479,59	1.836,73
124	XX0XXXXXXXXX0X	37258	11.364,18	1.818,27
125	XX0XXXXXXXXX0X	37979	14.503,46	2.320,55
127	XX0XXXXXXXXX0X	38087	8.982,79	1.437,25
130	XX0XXXXXXXXX0X	38808	6.034,48	965,52
133	XX0XXXXXXXXX0X	39169	14.503,46	2.320,55
136	XX0XXXXXXXXX0X	39646	17.772,98	2.843,68
138	XX0XXXXXXXXX0X	40871	15.546,06	2.487,37
139	XX0XXXXXXXXX0X	41223	13.367,63	2.138,82
141	XX0XXXXXXXXX0X	41935	13.011,26	2.081,80
143	XX0XXXXXXXXX0X	42732	11.549,97	1.847,99
145	XX0XXXXXXXXX0X	43812	10.098,46	1.615,75
146	XX0XXXXXXXXX0X	43999	11.087,70	1.774,03
147	XX0XXXXXXXXX0X	44281	14.615,47	2.338,48
149	XX0XXXXXXXXX0X	44481	10.098,45	1.615,75
150	XX0XXXXXXXXX0X	45482	16.052,11	2.568,34
151	XX0XXXXXXXXX0X	46806	8.882,48	1.421,20
153	XX0XXXXXXXXX0X	47983	14.615,47	2.338,48

154	XX0XXXXXXXXX0X	48105	23.495,53	3.759,28
157	XX0XXXXXXXXX0X	50176	15.808,67	2.529,39
159	XX0XXXXXXXXX0X	50405	17.870,08	2.859,21
163	XX0XXXXXXXXX0X	53507	23.495,53	3.759,28
164	XX0XXXXXXXXX0X	53508	15.808,67	2.529,39
165	XX0XXXXXXXXX0X	53510	15.808,67	2.529,39
166	XX0XXXXXXXXX0X	53567	13.011,26	2.081,80
167	XX0XXXXXXXXX0X	53595	19.576,83	3.132,29
168	XX0XXXXXXXXX0X	53596	19.576,83	3.132,29
169	XX0XXXXXXXXX0X	53598	19.576,83	3.132,29
170	XX0XXXXXXXXX0X	53836	14.805,13	2.368,82
172	XX0XXXXXXXXX0X	54277	12.700,38	2.032,06
174	XX0XXXXXXXXX0X	55012	8.012,14	1.281,94
175	XX0XXXXXXXXX0X	55267	13.121,20	2.099,39
182	XX0XXXXXXXXX0X	59319	8.527,65	1.364,42
183	XX0XXXXXXXXX0X	59368	17.914,44	2.866,31
184	XX0XXXXXXXXX0X	59384	17.914,44	2.866,31
185	XX0XXXXXXXXX0X	59408	17.914,44	2.866,31
186	XX0XXXXXXXXX0X	59534	15.325,71	2.452,11
188	XX0XXXXXXXXX0X	60457	13.488,96	2.158,23
189	XX0XXXXXXXXX0X	60933	13.784,66	2.205,55
190	XX0XXXXXXXXX0X	60938	13.784,66	2.205,55
191	XX0XXXXXXXXX0X	61600	15.325,71	2.452,11

193	XX0XXXXXXXXX0X	61629	19.031,09	3.044,97
194	XX0XXXXXXXXX0X	61632	19.031,09	3.044,97
195	XX0XXXXXXXXX0X	61635	19.511,18	3.121,79
196	XX0XXXXXXXXX0X	62050	12.334,13	1.973,46
198	XX0XXXXXXXXX0X	62408	15.054,70	2.408,75
200	XX0XXXXXXXXX0X	63282	17.438,11	2.790,10
201	XX0XXXXXXXXX0X	63296	17.438,11	2.790,10
203	XX0XXXXXXXXX0X	63722	20.339,12	3.254,26
204	XX0XXXXXXXXX0X	63789	16.546,98	2.647,52
205	XX0XXXXXXXXX0X	63800	16.546,98	2.647,52
206	XX0XXXXXXXXX0X	63913	13.784,66	2.205,55
207	XX0XXXXXXXXX0X	63928	12.514,62	2.002,34
208	XX0XXXXXXXXX0X	64019	13.784,66	2.205,55
209	XX0XXXXXXXXX0X	64028	13.488,96	2.158,23
210	XX0XXXXXXXXX0X	64295	14.448,11	2.311,70
214	XX0XXXXXXXXX0X	65276	16.546,98	2.647,52
215	XX0XXXXXXXXX0X	65277	16.546,98	2.647,52
216	XX0XXXXXXXXX0X	65796	15.718,15	2.514,90
218	XX0XXXXXXXXX0X	68294	14.598,06	2.335,69
219	XX0XXXXXXXXX0X	68303	14.558,06	2.329,29
220	XX0XXXXXXXXX0X	68309	14.558,06	2.329,29
222	XX0XXXXXXXXX0X	71044	15.718,15	2.514,90
230	XX0XXXXXXXXX0X	73123	15.435,21	2.469,63

236	XX0XXXXXXXXX0X	73727	7.413,79	1.186,21
237	XX0XXXXXXXXX0X	74021	13.160,43	2.105,67
238	XX0XXXXXXXXX0X	74022	13.160,43	2.105,67
240	XX0XXXXXXXXX0X	74788	14.472,73	2.315,64
242	XX0XXXXXXXXX0X	76979	12.778,89	2.044,62
245	XX0XXXXXXXXX0X	77650	14.430,60	2.308,90
251	XX0XXXXXXXXX0X	82990	14.023,50	2.243,76
252	XX0XXXXXXXXX0X	83466	12.380,80	1.980,93
254	XX0XXXXXXXXX0X	84319	17.745,99	2.839,36
260	XX0XXXXXXXXX0X	86927	10.045,60	1.607,30
270	XX0XXXXXXXXX0X	89987	17.948,82	2.871,81
271	XX0XXXXXXXXX0X	00234	10.258,62	1.641,38
272	XX0XXXXXXXXX0X	02534	9.482,76	1.517,24
277	XX0XXXXXXXXX0X	11123	10.258,62	1.641,38
278	XX0XXXXXXXXX0X	11209	9.482,76	1.517,24
280	XX0XXXXXXXXX0X	17288	14.224,14	2.275,86
281	XX0XXXXXXXXX0X	17945	10.258,62	2.364,49
282	XX0XXXXXXXXX0X	20861	12.500,00	2.000,00
284	XX0XXXXXXXXX0X	24797	6.034,48	965,52
285	XX0XXXXXXXXX0X	25335	5.258,62	841,38
289	XX0XXXXXXXXX0X	35416	11.120,69	1.779,31
294	XX0XXXXXXXXX0X	41759	5.258,62	841,38
295	XX0XXXXXXXXX0X	44029	13.103,45	2.096,55

296	XX0XXXXXXXXX0X	44849	14.568,97	2.331,03
298	XX0XXXXXXXXX0X	45856	15.905,17	2.544,83
299	XX0XXXXXXXXX0X	48968	10.474,14	1.675,86
300	XX0XXXXXXXXX0X	51571	12.284,48	1.965,52
301	XX0XXXXXXXXX0X	58492	10.775,86	1.724,14
304	XX0XXXXXXXXX0X	59848	7.672,41	1.227,59
307	XX0XXXXXXXXX0X	69564	6.034,48	965,52
309	XX0XXXXXXXXX0X	72220	12.500,00	2.000,00
310	XX0XXXXXXXXX0X	73015	12.500,00	2.000,00
312	XX0XXXXXXXXX0X	81715	8.448,28	1.351,72
313	XX0XXXXXXXXX0X	86281	9.525,86	1.524,14
315	XX0XXXXXXXXX0X	87288	10.258,62	1.641,38
316	XX0XXXXXXXXX0X	87493	8.534,48	1.365,52
319	XX0XXXXXXXXX0X	92791	11.982,76	1.917,24
322	XX0XXXXXXXXX0X	01101	6.400,00	0,00
323	XX0XXXXXXXXX0X	01112	8.448,28	1.351,72
324	XX0XXXXXXXXX0X	01248	4.500,00	0,00
325	XX0XXXXXXXXX0X	01342	3.300,00	0,00
326	XX0XXXXXXXXX0X	01608	6.379,31	1.020,69
328	XX0XXXXXXXXX0X	03543	5.250,00	0,00
329	XX0XXXXXXXXX0X	04642	15.500,00	0,00
332	XX0XXXXXXXXX0X	06539	1.724,14	275,86
333	XX0XXXXXXXXX0X	06628	6.600,00	0,00

334	XX0XXXXXXXXX0X	07194	8.750,00	1.400,00
335	XX0XXXXXXXXX0X	08315	10.603,45	1.696,55
338	XX0XXXXXXXXX0X	12250	4.800,00	0,00
340	XX0XXXXXXXXX0X	13407	6.206,90	993,10
341	XX0XXXXXXXXX0X	14718	7.672,41	1.227,59
342	XX0XXXXXXXXX0X	15932	7.672,41	1.227,59
343	XX0XXXXXXXXX0X	16360	10.948,28	1.751,72
347	XX0XXXXXXXXX0X	20411	3.600,00	0,00
349	XX0XXXXXXXXX0X	21199	5.948,28	951,72
351	XX0XXXXXXXXX0X	23092	11.000,00	0,00
354	XX0XXXXXXXXX0X	24641	8.870,69	1.419,31
355	XX0XXXXXXXXX0X	25869	11.982,76	1.917,24
359	XX0XXXXXXXXX0X	28629	9.900,00	0,00
360	XX0XXXXXXXXX0X	28940	11.034,48	1.765,52
362	XX0XXXXXXXXX0X	29694	6.300,00	0,00
366	XX0XXXXXXXXX0X	32096	3.500,00	0,00
367	XX0XXXXXXXXX0X	32106	10.258,62	1.641,38
368	XX0XXXXXXXXX0X	32734	5.560,34	889,66
370	XX0XXXXXXXXX0X	34371	4.000,00	800,00
371	XX0XXXXXXXXX0X	36389	1.950,00	0,00
374	XX0XXXXXXXXX0X	37547	1.900,00	0,00
375	XX0XXXXXXXXX0X	37770	3.500,00	0,00
376	XX0XXXXXXXXX0X	37824	6.900,00	0,00

380	XX0XXXXXXXXX0X	38519	10.775,86	1.724,14
381	XX0XXXXXXXXX0X	38835	5.850,00	0,00
385	XX0XXXXXXXXX0X	39854	7.672,41	1.227,59
386	XX0XXXXXXXXX0X	41616	7.500,00	1.200,00
387	XX0XXXXXXXXX0X	41881	1.700,00	0,00
388	XX0XXXXXXXXX0X	42150	3.300,00	0,00
389	XX0XXXXXXXXX0X	42177	8.534,48	1.365,52
390	XX0XXXXXXXXX0X	42472	7.650,00	0,00
392	XX0XXXXXXXXX0X	43035	7.068,97	1.131,03
396	XX0XXXXXXXXX0X	45943	1.700,00	0,00
397	XX0XXXXXXXXX0X	46631	5.258,62	841,38
398	XX0XXXXXXXXX0X	46678	5.301,72	848,28
399	XX0XXXXXXXXX0X	46780	5.818,97	931,03
400	XX0XXXXXXXXX0X	46876	5.344,83	855,17
401	XX0XXXXXXXXX0X	47079	5.086,21	813,79
403	XX0XXXXXXXXX0X	48070	1.500,00	0,00
405	XX0XXXXXXXXX0X	49964	1.300,00	0,00
410	XX0XXXXXXXXX0X	54247	2.900,00	0,00
411	XX0XXXXXXXXX0X	55080	7.262,93	1.162,07
412	XX0XXXXXXXXX0X	55383	9.500,00	0,00
413	XX0XXXXXXXXX0X	57508	9.500,00	0,00
415	XX0XXXXXXXXX0X	58161	8.362,07	1.337,93
418	XX0XXXXXXXXX0X	62580	3.965,52	634,48

420	XX0XXXXXXXXX0X	64287	9.000,00	0,00
422	XX0XXXXXXXXX0X	65169	7.491,38	1.198,62
423	XX0XXXXXXXXX0X	66310	5.500,00	0,00
427	XX0XXXXXXXXX0X	68078	4.900,00	0,00
428	XX0XXXXXXXXX0X	68870	8.103,45	1.296,55
432	XX0XXXXXXXXX0X	70853	6.500,00	0,00
433	XX0XXXXXXXXX0X	71125	6.810,34	1.089,66
436	XX0XXXXXXXXX0X	72337	8.534,48	1.365,52
438	XX0XXXXXXXXX0X	73117	4.741,38	758,62
440	XX0XXXXXXXXX0X	73720	6.810,34	1.089,66
443	XX0XXXXXXXXX0X	76573	3.850,00	0,00
445	XX0XXXXXXXXX0X	79275	6.810,34	1.089,66
449	XX0XXXXXXXXX0X	83193	1.500,00	0,00
450	XX0XXXXXXXXX0X	83353	7.068,97	1.131,03
451	XX0XXXXXXXXX0X	83441	6.600,00	0,00
453	XX0XXXXXXXXX0X	84491	2.800,00	0,00
458	XX0XXXXXXXXX0X	86798	19.000,00	262,07
463	XX0XXXXXXXXX0X	90095	7.500,00	0,00
468	XX0XXXXXXXXX0X	99786	1.637,93	262,07
?				343.404,84

c) Damit beträgt die Forderung des Klägers insgesamt 384.904,84 Euro. Gegenüber einer Teilforderung hieraus in Höhe von 25.000,00 Euro steht der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs. 1 BGB zu.

169

aa) Mit Ausnahme des Fahrzeugs Nr. 8 verfügte die Beklagte jedenfalls zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung hinsichtlich aller vom Kläger verwerteten Fahrzeuge über

170

Angaben zum Verkaufserlös, aus denen sie die ihr zustehende Widerklageforderung errechnen konnte. Bereits in der Anlage B 47 waren mit Ausnahme der lfd. Nr. 8 für alle vom Kläger verwerteten Fahrzeuge bestimmte Beträge eingestellt.

bb) Der aus der Vereinbarung zwischen den Parteien vom 31. August 2004 (Anlage K 8) folgende Anspruch auf gegenseitige Auskunfterteilung über die Verwertung der Fahrzeuge beschränkt sich somit auf die noch fehlende Mitteilung des Verwertungserlöses betreffend das Fahrzeug Nr. 8. Diesbezüglich steht der Beklagten ein Auskunftsanspruch zu. Zwar hat der Kläger hierzu vorgetragen, dass die Beklagte die von ihm in dem Klageantrag genannten Fahrzeuge verwertet habe. Erstinstanzlich war jedoch unstreitig, dass der Kläger dieses Fahrzeug verwertet hat. Dass der abweichende Vortrag des Klägers in der Berufungsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden kann, wurde bereits ausgeführt. Zudem ist durch den Frachtbrief der Fa. F., Anlage B 54 (Bl. 953 d.A.) belegt, dass das KfZ am 17. Juni 2004 von der Spedition F. an den Kläger auf das Betriebsgelände der Schuldnerin in P. ausgeliefert worden ist. Der Kläger ist daher aus der Vereinbarung vom 31. August 2004 verpflichtet, der Beklagten Auskunft darüber zu erteilen, ob das Fahrzeug verwertet ist und ggf. wieviel er hieraus erlöst hat. 171

cc) Der Anspruch der Beklagten auf Auskunfterteilung steht in dem für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes notwendigen Zusammenhang mit dem Anspruch des Klägers auf Erstattung der Umsatzsteuer. Für die Annahme desselben rechtlichen Verhältnisses im Sinne des § 273 Abs. 1 Satz 1 BGB ist es erforderlich, aber auch ausreichend, dass dem Anspruch des Gläubigers und des Schuldners ein innerlich zusammenhängendes einheitliches Lebensverhältnis zu Grunde liegt (BGHZ 115, 103; Palandt/Grüneberg, BGB, 68. Aufl. 2010, § 273 Rn. 9). 172

Hier beruhen sowohl der Anspruch des Klägers auf Erstattung der Umsatzsteuer wie auch der Anspruch der Beklagten auf Auskunfterteilung auf demselben rechtlichen Verhältnis, nämlich der Verwertung der an die Beklagte sicherungsübereigneten Fahrzeuge der Schuldnerin während des Insolvenzverfahrens und der zwischen den Parteien hierüber geschlossenen Vereinbarung vom 31. August 2004. 173

dd) Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes ist nicht ausgeschlossen durch das Insolvenzverfahren. Der Kläger hat sich durch die Vereinbarung vom 31. August 2004 zur Auskunftserteilung verpflichtet; hierbei handelt es sich um eine Masseverbindlichkeit nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 InsO, die der Kläger in seiner Eigenschaft als Insolvenzverwalter eingegangen ist. Gegenüber einer derartigen Verbindlichkeit kann – jedenfalls solange eine Masseunzulänglichkeit nicht angezeigt ist – ein Zurückbehaltungsrecht nach den allgemeinen Regeln des Zivilrechts geltend gemacht werden (vgl. Uhlenbruck/Sinz, a.a.O., § 53 Rn. 6 für die Aufrechnung und die Anwendbarkeit der §§ 94 ff. InsO auf Masseverbindlichkeiten; für die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes kann nichts anderes gelten). Die Sondervorschriften der §§ 103 ff. InsO sind entgegen der Ansicht des Klägers hierauf nicht anzuwenden, da sie nur solche Verbindlichkeiten betreffen, die noch vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens begründet worden sind. Auch die hierzu ergangenen Entscheidungen des BGH zum Ausschluss des Zurückbehaltungsrechtes im Insolvenzverfahren betreffen, soweit ersichtlich, ausschließlich die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes durch Insolvenzgläubiger (vgl. BGH NJW 2002, 2313; NJW 2005, 884). 174

Auf § 51 Nr. 2 und Nr. 3 InsO kann sich der Kläger ebenfalls nicht berufen. Hierin werden nur die Inhaber bestimmter Zurückbehaltungsrechte den Absonderungsberechtigten gleichgestellt. Dies schließt aber nicht aus, dass andere Absonderungsberechtigte ein 175

Zurückbehaltungsrecht aus einem anderen Grund haben und in der Insolvenz geltend machen können.

ee) Das Zurückbehaltungsrecht kann jedoch der Höhe nach nur eingeschränkt anerkannt werden. Eine wertvolle Leistung kann nach § 242 BGB nicht wegen eines relativ geringfügigen Gegenanspruchs zurückgehalten werden (allgM, vgl. nur Staudinger/Bittner, BGB, Neubearbeitung 2009, § 273 Rn. 100 f.; und Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 273 Rn. 17, jeweils auch mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). Daher kann der Beklagten hier kein Zurückbehaltungsrecht an der gesamten Umsatzsteuererstattungsforderung zugewilligt werden, deren Betrag den für die Beklagte zu beziffernden weiteren Anspruch aus § 170 Abs. 1 Nr. 1 InsO nach Auskunfterteilung über ein einziges Fahrzeug bei weitem übersteigt. 176

Nach Ansicht des Senats ist dem Sicherungsinteresse der Beklagten hinreichend genügt, wenn sie einen Betrag von 25.000,00 Euro im Hinblick auf die noch fehlende Auskunft zurückbehalten kann. Dabei ist berücksichtigt, dass es sich bei diesem Fahrzeug ausweislich der Anlage B 55 um einen relativ hochpreisigen G. N. handelt, welcher von der Beklagten mit 23.107,23 Euro finanziert worden ist (ausweislich der Anlage B 61). 177

ff) Das Bestehen eines Zurückbehaltungsrechts führt nicht die Abweisung der Klage, sondern hat gem. § 274 Abs. 1 BGB lediglich eine Zug um Zug-Verurteilung zur Folge. 178

d) Der Zinsanspruch folgt aus dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit, §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Soweit sich der Kläger für die Forderung von Zinsen ab Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf die Entscheidung des BGH vom 1. Februar 2007, ZIP 2007, 488 beruft, ist diese nicht einschlägig. Sie bezieht sich ausschließlich auf die Rückforderung von anfechtbar erworbenem Geld zur Insolvenzmasse. Der Anspruch des Klägers folgt hier jedoch nicht aus einer Insolvenzanfechtung, sondern aus § 170 Abs. 2, 171 Abs. 2 Satz 3, 13b UStG analog. 179

Der höhere Zinssatz des § 288 Abs. 2 war nicht zuzusprechen, da es sich bei dem Anspruch auf Erstattung der Umsatzsteuer nicht um eine Entgeltforderung handelt. Sie wird nicht als Gegenleistung für eine von dem Kläger erbrachte Leistung oder der Lieferung von Waren erbracht (vgl. zu der Definition nur Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 286 Rn. 26 m.w.N.). 180

2. 181

Der geltend gemachte Anspruch auf Rückzahlung von sogenannten Ablösebeträgen steht dem Kläger nicht zu. 182

a) Der Kläger berechnet die Klageforderung insoweit anhand der Anlagen K 15 und K 16 bzw. in der Berufungsinstanz anhand der Anlage BB 2a (Bl. 865 ff. d.A.). Leider hat der Kläger hierzu nicht mitgeteilt, auf welche Fahrzeuge der Liste BB 1 sich die dort genannten Beträge beziehen. Ein Vergleich der Namen der Käufer/Leasingnehmer und der Beträge in den Listen BB 1 und BB 2a ergab folgende Zuordnung, die sich in großen Teilen mit den Angaben der Beklagten in der Anlage B 49 deckt: 183

Belegnr. der Anlage BB 2a	Name	Betrag in Euro	Lfd. Nr. der Liste BB1 / B 49
---------------------------	------	----------------	----------------------------------

 184

96	v.d. A1, B1	2.300,00	417
97	C1	2.400,00	416
99	D1, Q.	2.600,00	467
100	E1, B1	3.850,00	434
102	F1, B1	8.300,00	358
103	G1 H1	21.067,87	84
117	I1	6.200,00	321
261	J1, Q.	1.430,07	29
263	K1/B1	5.803,24	414
409	L1/ neu M1/ N1	5.322,30	426
658	O1	66,68	348
660	P1 Anzahlung	3.480,00	160
661	P1 Anzahlung	3.480,00	262
662	Q1	3.700,00	42
663	R1	4.872,20	90
664	S1/T1	5.000,00	320
665	U1	5.700,00	377
667	V1	7.722,00	462
668	KI W1	8.500,00	140
669	X1	10.000,00	187
670	Y1	11.300,00	81
671	Z1	11.907,88	82
672	A2	12.687,00	181

673	B2	13.000,00	72
788	C2	2.400,00	356
789	D2 WTM	10.469,00	129
790	E2 WTM	18.500,00	69
292	F2	1.000,00	394
	Summe:	193.058,24	

b) Aus dieser Tabelle sind folgende Beträge unstreitig vom Kläger als „Ablöse“ gezahlt worden, die dementsprechend auch in der von der Beklagten vorgelegten Tabelle B 49 eingestellt sind:

185

Belegnr. der Anlage BB 2a	Name	Betrag in Euro	Lfd. Nr. der Liste BB1 / B 49
99	D1, Q.	2.600,00	467
100	E1, B1	3.850,00	434
103	G1 H1	21.067,87	84
117	I1	6.200,00	321
261	J1, Q.	1.430,07	29
409	L1/ neu M1/ N1	5.322,30	426
658	O1	66,68	348
660	P1 Anzahlung	3.480,00	160
661	P1 Anzahlung	3.480,00	262
662	Q1	3.700,00	42
663	R1	4.872,20	90
664	S1/T1	5.000,00	320
665	U1	5.700,00	377

186

667	V1	7.722,00	462
668	KI W1	8.500,00	140
669	X1	10.000,00	187
670	Y1	11.300,00	81
671	Z1	11.907,88	82
672	A2	12.687,00	181
673	B2	13.000,00	72
788	C2	2.400,00	356
789	D2 WTM	10.469,00	129
790	E2 WTM	18.500,00	69
	Summe:	173.255,00	

In folgenden Fällen hat die Beklagte den vom Kläger angegebenen Betrag zwar nicht ausdrücklich als „Ablöse“, aber als „bereits gezahlt“ gebucht, so dass die Zahlung als solche ebenfalls unstreitig ist:

187

Belegnr. der Anlage BB 2a	Name	Betrag in Euro	Lfd. Nr. der Liste BB1 / B 49
96	v.d. A1, B1	2.300,00	417
97	C1	2.400,00	416
102	F1, B1	8.300,00	358
263	K1/B1	5.803,24	414
	Summe:	18.803,24	

188

In den vorgenannten Fällen hat die Beklagte die vom Kläger gezahlten Beträge auf ihren Anspruch auf Auskehrung des Verwertungserlöses nach § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO verrechnet; ein eventuell verbleibender Überschuss ist durch Einstellung als Negativbetrag zugunsten des Klägers in die Abrechnung der Beklagten gegen die Widerklageforderung (zu deren Berechtigung vgl. die Ausführungen unter B.) aufgerechnet worden.

189

Ein dem Kläger ursprünglich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehender Zahlungsanspruch von 192.058,24 Euro ist daher insgesamt durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung erloschen. 190

Streitig ist demnach nur die Zahlung eines Betrages von 1.000,00 Euro aus folgender Position: 191

Belegnr. der Anlage BB 2a	Name	Betrag in Euro	Lfd. Nr. der Liste BB1 / B 49
292	F2	1.000,00	394

 192

Ein Anspruch hinsichtlich dieses Betrages steht dem Kläger nicht zu. Die Beklagte hatte hierzu erstinstanzlich behauptet, es habe zwar eine Zahlung über 1.000,00 Euro gegeben, diese habe aber nicht das Fahrzeug Nr. 394 betroffen (Bl. 207 d.A.). Zweitinstanzlich hat sie vorgetragen, eine Zahlung in Höhe von 1.000,00 Euro nicht erhalten zu haben, offenbar beziehe sich diese Zahl auf eine Anzahlung des Käufers an den Kläger (Bl. 648 d.A.). Der Kläger hat hierzu lediglich auf die Anlagen BB 10 und BB 2a verwiesen (Bl. 790, Bl. 865 und 889 d.A.), aus denen sich der „Beleg Nr. A 292“ ergeben solle. Die beiden vorbezeichneten Anlagen enthalten jedoch keinen Beleg, sondern nur eine Aufstellung der vom Kläger behaupteten Zahlungen. Die einzige Anlage, die einen „Beleg“ über eine Zahlung von 1.000,00 Euro enthält, ist die Anlage BB 8 (Bl. 884 d.A.), die sich aber zu einer „Barzahlung O1“ verhält, während das Fahrzeug Nr. 394 an einen Käufer namens F2 verkauft worden sein soll. Überdies geht aus der Anlage BB 8 nicht hervor, wer 1.000,00 Euro an wen gezahlt haben soll und wer diesen Beleg angefertigt hat. Er ist daher zum Nachweis der Zahlung einer Ablösesumme für das Fahrzeug Nr. 394 nicht geeignet. Auch die hierfür benannte Zeugin V. war nicht zu der behaupteten Zahlung zu vernehmen. Es ist nicht dargelegt, von wem, in welcher Weise und mit welchen Angaben die streitige Zahlung an die Beklagte erfolgt sein soll, so dass auch nicht beurteilt werden kann, ob die Beklagte aus dem Empfängerhorizont eine eventuell erfolgte Zahlung von 1.000,00 Euro als Zahlung auf eine Ablösesumme für das Fahrzeug Nr. 394 hätte verstehen müssen. Es kann daher auch nicht beurteilt werden, ob sich diese Zahlung nun als rechtsgrundlos darstellt und ein Rückforderungsrecht des Klägers bestehen könnte. 193

b) Folgende Vorgänge konnten dagegen keinem der hier streitgegenständlichen Fahrzeuge zugeordnet werden: 194

Belegnr. der Anlage BB 2a	Name	Betrag in Euro	Bemerkungen
66	G2 & H2 GmbH	4.831,59	Bl. 866 d.A.
101	I2, Q..	7.324,99	Bl. 867 d.A.
342	J2/R.	5.053,66	

 195

577	Leasingübern. K2 L2/M2	14.704,59	Bl. 869 d.A.
666	N2/H1	6.198,54	Bl. 872 d.A.
674	O2	19.500,00	Lfd. Nr. 155? Bl. 873 d.A.:
971	P2/Q2	5.845,27	Bl. 874 d.A.
1252	R2	6.220,00	Bl. 876 f d.A.
1305	S2 GmbH	5.800,19	Bl. 878 d.A.
	Summe:	75.478,83	

a) Ein Rückzahlungsanspruch hinsichtlich dieser Beträge besteht schon deshalb nicht, weil der Kläger eine Anspruchsgrundlage nicht schlüssig dargelegt hat. Die Darlegungs- und Beweislast für einen Anspruch aus § 812 BGB trägt grundsätzlich der Bereicherungsgläubiger (vgl. Palandt/Sprau, BGB, 68. Aufl. 2010, § 812 Rn. 76). Hier hat der Kläger lediglich behauptet, diese Beträge gezahlt zu haben, um für diese Fahrzeuge die Freigabe aus der Verwahrung der Beklagten zu erreichen und sie verwerten zu können. Es fehlt aber jede Angabe dazu, warum die Zahlung an die Beklagte ohne Rechtsgrund erfolgt sein soll. Da die in der zweiten Tabelle genannten Fahrzeuge nicht zugeordnet werden können, ist nicht ersichtlich, welche vertraglichen Grundlagen hierfür bestanden, weshalb die Beklagte die Fahrzeuge in Verwahrung hatte und woraus sich ein Rückzahlungsanspruch des Klägers ergeben soll. Auch anhand der vorgelegten Anlagen lässt sich nicht einmal für alle der Fahrzeuge erkennen, ob sie aus der Insolvenz der Schuldnerin Autoverkehr I. GmbH & Co. KG stammen, da zum Teil nur Zahlungsanweisungen des Klägers an seine Mitarbeiter vorgelegt werden mit der Angabe eines nicht näher erläuterten Verwendungszwecks.

3. 197

Ein Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises für die Fahrzeuge Nr. 225 und 226 steht dem Kläger nicht zu. 198

Die Nrn. 225 und 226 führt der Kläger als „von der Beklagten verwertet“. Unstreitig sind diese beiden Autos aber vom Kläger verkauft worden. Der Kläger behauptet allerdings unter Beweisantritt, der Kaufpreis sei vom Käufer direkt an die Beklagte gezahlt worden (Bl. 784 d.A.). Zumindest in tabellarischer Form war dies schon erstinstanzlich vorgetragen, Anlage K1. Die Beklagte hat den Erhalt des Erlöses ebenso tabellarisch bestritten, Anlage B18, Bl. 171 d.A. („bereits gezahlt“ = 0,00 Euro). Die Zeugen werden vom Kläger aber erst jetzt benannt. Dem erstmals in der Berufungsinstanz angebotenen Beweisen ist nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht nachzugehen. Es ist nicht ersichtlich, warum er die Zeugen nicht bereits erstinstanzlich benannt hat. 199

Damit ist der Kläger für seine Behauptung, die Beklagte habe den Kaufpreis zu Unrecht vereinnahmt, beweisfällig geblieben. Die Beweislast dafür, dass die Beklagte die Zahlung 200

erhalten hat, liegt beim Kläger. Dies ergibt sich aus Folgendem: Unstreitig hat der Kläger den Kaufvertrag geschlossen. Ihm stand daher auch der Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises zu. Wenn der Käufer stattdessen an die Beklagte zahlt, ist dies keine Erfüllung gegenüber dem Kläger. Er könnte daher gegen den Käufer vorgehen und nochmalige Zahlung verlangen. Dies will er hier aber offenbar nicht; vielmehr geht er gegen die Beklagte selbst vor. Dies kann er nach § 816 Abs. 2 BGB, wenn er die Kaufpreiszahlung an die Beklagte als Nichtberechtigte genehmigt. Dass er dies mit der Klage konkludent getan hat, kann zu seinen Gunsten unterstellt werden. Die Beweislast für alle Voraussetzungen des § 816 Abs. 2 BGB einschließlich des Umfangs des Erlangten trägt der Anspruchsteller (vgl. Staudinger-Lorenz, BGB, Neubearbeitung 2007, § 816 Rn. 34; Palandt-Sprau, BGB, 68. Aufl. 2010, § 816 Rn. 22), hier also der Kläger. Auch wenn man davon ausgeht, dass das Fahrzeug an die Beklagte sicherungsübereignet war, ergibt sich nichts anderes. Dann würde die Genehmigung des Klägers zugleich bedeuten, dass die Zahlung als Erfüllung des Anspruchs der Beklagten aus § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO gelten soll bzw. der Anspruch durch Aufrechnung erloschen ist. Für die Erfüllung dieses gegen ihn gerichteten Anspruchs ist aber ebenfalls der Kläger beweisbelastet. Einen zulässigen Beweis hat er aber, wie oben ausgeführt, nicht angetreten.

Soweit der Kläger erstinstanzlich moniert hat, dass die nur tabellarisch aufgestellte Behauptung der Beklagten unsubstantiiert gewesen sei, verhilft auch dies seinem Vortrag nicht zum Erfolg. Zum einen ist bei der Vielzahl der hier streitgegenständlichen Fahrzeuge ein Verweis auf eine tabellarische Anlage, aus welcher die für den jeweiligen Vortrag zu den einzelnen Fahrzeugen maßgeblichen Umstände nachvollziehbar hervorgehen, nach Ansicht des Senats zulässig. Eine Übernahme dieser Angaben in den Fließtext eines Schriftsatzes brächte keine größere Übersichtlichkeit. Wollte man aber der Argumentation des Klägers folgen, dann wäre auch seine eigene, ebenso tabellarische Behauptung der Zahlung an die Beklagte unsubstantiiert gewesen. Es würde sich folglich bei der nunmehr erstmals schriftsätzlich aufgestellten Behauptung um unzulässigen neuen Sachvortrag in der Berufungsinstanz handeln, über welchen erst recht nicht Beweis zu erheben wäre. 201

4. 202

Der vom Kläger im Wege der Klageerweiterung geltend gemachte Auskunftsanspruch ist unbegründet. Zwar war die Klageerweiterung nach § 533 ZPO zulässig. Über sie kann aufgrund von Umständen entschieden werden, welche der Entscheidung des Senats ohnehin zugrunde zu legen sind. Der Senat hält die Zulassung auch für sachdienlich, da hierdurch ein weiterer Streitpunkt zwischen den Parteien ausgeräumt wird. 203

Ein Auskunftsanspruch steht dem Kläger hinsichtlich der zuletzt noch im Klageantrag aufgeführten Fahrzeuge Nr. 8, 30, 80, 91, 179, 213 und 353 nicht zu. 204

a) Zu dem Fahrzeug Nr. 8 trägt der Kläger vor, dass die Beklagte die von ihm in dem Klageantrag genannten Fahrzeuge verwertet habe. Erstinstanzlich war jedoch unstreitig, dass der Kläger dieses Fahrzeug verwertet hat. Dass der abweichende Vortrag des Klägers in der Berufungsinstanz nicht mehr berücksichtigt werden kann, wurde bereits ausgeführt. Zudem ist durch Vorlage des Frachtbriefs der Fa. F., Anlage B 54 (Bl. 953 d.A.) belegt, dass das Kfz am 17. Juni 2004 von der Spedition F. an den Kläger auf das Betriebsgelände der Schuldnerin in P. ausgeliefert worden ist. Es wäre daher an dem Kläger selbst, die weitere Verwertung dieses Fahrzeugs zu recherchieren. 205

b) Zu den Fahrzeugen Nr. 80, 91, 179, 213 und 353 hat der Kläger schon deswegen keinen Auskunftsanspruch, weil nach dem erstinstanzlich unstreitigen und damit auch in der 206

Berufungsinstanz maßgeblichen Vortrag er selbst diese Fahrzeuge verwertet hat. Dennoch hat die Beklagte hierzu auch die gewünschte Auskunft jeweils erteilt. Die erzielten Erlöse, ggf. nebst Umsatzsteuer, sind in der Tabelle B 49, Blatt 734 ff. aufgeführt – einschließlich der Angabe, in welcher Höhe der Kläger den Erlös bereits an die Beklagte ausgezahlt hat. Welche Auskunft der Kläger hier noch vermisst, ist dem Senat nicht ersichtlich.

c) Zum Fahrzeug Nr. 30 hat zwar die Beklagte nicht den Erlös, sondern nur den vom Kläger ihrer Ansicht nach abzuführenden Betrag angegeben (Anlage B 49, Bl. 743 d.A.); dieser Betrag soll auch bereits bezahlt sein. Dennoch besteht kein Auskunftsanspruch hinsichtlich weiterer Angaben. Nach dem erstinstanzlich unstreitigen und damit auch in der Berufungsinstanz maßgeblichen Vortrag der Parteien ist das Fahrzeug Nr. 30 vom Kläger verwertet worden, so dass ein Auskunftsanspruch gegenüber der Beklagten nicht besteht.

B. 208

Die Berufung ist auch insoweit nur zu einem geringen Teil begründet, als sie sich gegen die Verurteilung auf die Widerklage wendet. Der Beklagten steht der mit der Widerklage geltend gemachte Anspruch in Höhe von 1.060.640,00 Euro aus § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO zu.

1. 210

Dass die Beklagte hinsichtlich des überwiegenden Teils der streitgegenständlichen Fahrzeuge absonderungsberechtigt ist, wurde oben unter A. 1. b) bereits ausgeführt. Soweit an einzelnen Fahrzeugen kein Sicherungseigentum anzunehmen ist, wird dies nachfolgend noch im Einzelnen ausgeführt.

Wegen der Aktivlegitimation der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der G. Bank Aktiengesellschaft wird auf die Ausführungen unter A. A. 1. b) aa) (3) verwiesen.

Der Kläger hat an den von ihm verwerteten Fahrzeugen unabhängig von einer vorherigen Abholung durch die Beklagte jedenfalls später wieder Besitz erlangt. Er war somit zur Verwertung berechtigt nach § 166 Abs. 1 InsO. Daher sind von dem erzielten Verwertungserlös neben der ggf. angefallenen Mehrwertsteuer auch die Feststellungs- und die Verwertungspauschale vorweg abzuziehen (§§ 170 Abs. 1 Satz 1, 171 InsO). Die Feststellungs- und Verwertungspauschale sind entsprechend der Berechnung der Parteien als prozentuale Beträge des Bruttoerlöses zu berechnen (HK-Büchler, InsO, 3. Aufl. 2009, § 170 Rn. 3; Uhlenbruck/Brinkmann, InsO, 13. Aufl. 2010, § 171 Rn. 2, 3).

a) Bei der Berechnung des Widerklageanspruchs der Höhe nach können die Fahrzeuge mit den lfd. Nrn. 1, 6, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 19, 24, 25, 26, 27, 30, 33, 34, 45, 46, 47, 53, 56, 61, 62, 66, 70, 71, 74, 76, 78, 87, 121, 128, 135, 161, 256, 257, 263, 264, 266, 267, 268 und 274 außer Betracht gelassen werden. Hier war streitig, ob diese Fahrzeuge vom Kläger oder von der Beklagten verwertet worden sind. Nach Angabe der Beklagten (Bl. 647 d.A.) sollen sie direkt von den G.-Werken an die jeweiligen Endkäufer ausgeliefert worden sein, die dann den Kaufpreis an die Beklagte überwiesen haben. Unabhängig davon, ob hierdurch entsprechend der Farbgebung der Beklagten als blau in der Liste B 49 eine „Verwertung durch den Kläger“ eingetreten ist, hat die Beklagte für diese Fahrzeuge jedenfalls ihren Anspruch auf Zahlung des Verwertungserlöses jeweils für bereits ausgeglichen erklärt; die Widerklageforderung beträgt jeweils 0,00 Euro.

Gleiches gilt jedenfalls im Ergebnis auch für das Fahrzeug Nr. 414; auch hier erklärt die Beklagte ihren Anspruch auf Auskehrung eines Erlöses bereits für ausgeglichen.

b) Ein Anspruch auf Zahlung des Verwertungserlöses hinsichtlich der Fahrzeuge mit den lfd. Nrn. 286, 287, 291, 317, 318, 353, 361, 373, 394, 406, 430 und 444 steht der Beklagten nicht zu. Hinsichtlich dieser Fahrzeuge hat sie nicht nachweisen können, ein Aussonderungsrecht zu haben. Wie oben bereits ausgeführt wurde, liegen hierzu keine Darlehensanträge vor; die Aussage des Zeugen O. und des Klägers selbst erbringen keinen ausreichenden Beweis dafür, dass eine Finanzierung des Kaufpreises bei der Beklagten erfolgt ist. 216

c) Die im Folgenden aufgeführten Erlöse sind zwischen den Parteien der Höhe nach unstreitig, woraus sich ein Anspruch der Beklagten in Höhe von 989.040,09 Euro ergibt. Als unstreitig hat der Senat auch solche Angaben der Beklagten erachtet, denen keine abweichenden Angaben des Klägers entgegenstanden und die auch im Übrigen von ihm nicht bestritten worden sind (hinsichtlich der lfd. Nr. 7, 17, 80, 91, 246 und 247): 217

lfd. Nr.	Fahrgestell-Nr.		Verwertungserlös netto bzw. USt-neutral	USt, soweit ausweisbar	Feststellungspauschale 4%	Verwertungspauschale 5 %	218 Verwertungserlös ./. MWSt und Pauschale
2	XX0XXXXXX0X	00186	16.831,23	2.692,99	780,97	976,21	15.074,05
7	XX0XXXXXX0X	861449	17.806,28	2.849,00	826,21	1.032,76	15.947,00
17	XX0XXXXXX0X	03233	184480,1	2950,88	855,96	1069,94	16522,11
18	XX0XXXXXX0X	03259	13.180,59	2.108,89	611,58	764,47	11.804,54
20	XX0XXXXXX0X	03501	26.293,10	4.206,90	1.220,00	1.525,00	23.548,10
21	XX0XXXXXX0X	03874	13.933,91	2.229,43	646,53	808,17	12.479,21
22	XX0XXXXXX0X	04187	17.241,38	2.758,62	800,00	1.000,00	15.441,38
23	XX0XXXXXX0X	04592	16.372,25	2.619,56	759,67	949,59	14.662,99
31	XX0XXXXXX0X	09849	14.655,17	2.344,83	680,00	850,00	13.125,17
32	XX0XXXXXX0X	10184	12.586,21	2.013,79	584,00	730,00	11.272,21
35	XX0XXXXXX0X	11265	11.564,66	1.850,35	536,60	670,75	10.357,31
41	XX0XXXXXX0X	14208	23.176,11	3.708,18	1.075,37	1.344,21	20.756,52
49	XX0XXXXXX0X	17867	18.122,63	2.899,62	840,89	1.051,11	16.230,63

51	XX0XXXXXXX0X	18292	17.164,59	2.746,33	796,44	995,55	15.372,61
54	XX0XXXXXXX0X	18763	14.871,51	2.379,44	690,04	862,55	13.318,92
55	XX0XXXXXXX0X	19218	13.989,38	2.238,30	649,11	811,38	12.528,89
57	XX0XXXXXXX0X	19814	16.529,85	2.644,78	766,99	958,73	14.804,13
63	XX0XXXXXXX0X	21242	18.443,21	2.950,91	855,76	1.069,71	16.517,74
67	XX0XXXXXXX0X	24227	15.322,63	2.451,62	710,97	888,71	13.722,95
73	XX0XXXXXXX0X	25322	7.629,31	1.220,69	354,00	442,50	6.832,81
75	XX0XXXXXXX0X	26179	23.176,11	3.708,18	1.075,37	1.344,21	20.756,52
80	XX0XXXXXXX0X	29218	12051,72	1928,28	559,20	699,00	10793,52
82	XX0XXXXXXX0X	29420	10.265,41	1.642,47	476,32	595,39	9.193,70
84	XX0XXXXXXX0X	30515	20.120,00	3.219,20	933,57	1.166,96	18.019,47
89	XX0XXXXXXX0X	34199	12.093,80	1.935,01	561,15	701,44	10.831,21
91	XX0XXXXXXX0X	34701	10.939,23	1.750,28	507,58	634,48	9.797,17
95	XX0XXXXXXX0X	35630	12.464,47	1.994,32	578,35	722,94	11.163,18
97	XX0XXXXXXX0X	35866	8.982,79	1.437,25	416,80	521,00	8.044,99
117	XX0XXXXXXX0X	36594	12.081,28	1.933,00	560,57	700,71	10.819,99
122	XX0XXXXXXX0X	36957	13.011,26	2.081,80	603,72	754,65	11.652,88
123	XX0XXXXXXX0X	37012	8.694,25	1.391,08	403,41	504,27	7.786,57
126	XX0XXXXXXX0X	38084	10.979,46	1.756,71	509,45	636,81	9.833,20
129	XX0XXXXXXX0X	38603	9.025,00	1.444,00	418,76	523,45	8.082,79
144	XX0XXXXXXX0X	42741	11.509,96	1.841,59	534,06	667,58	10.308,32
148	XX0XXXXXXX0X	44364	14.271,08	2.283,37	662,18	827,72	12.781,18
173	XX0XXXXXXX0X	54465	16.930,00	2.708,80	785,55	981,94	15.162,51

176	XX0XXXXXX0X	55384	10.541,30	1.686,81	489,12	611,41	9.440,77
178	XX0XXXXXX0X	57142	16.163,00	2.586,08	749,96	937,45	14.475,58
180	XX0XXXXXX0X	58184	11.871,99	1.899,52	550,86	688,58	10.632,55
181	XX0XXXXXX0X	59177	10.937,07	1.749,93	507,48	634,35	9.795,24
192	XX0XXXXXX0X	61627	19.031,09	3.044,97	883,04	1.103,80	17.044,24
199	XX0XXXXXX0X	62941	8.209,16	1.313,47	380,91	476,13	7.352,12
221	XX0XXXXXX0X	69933	13.954,84	2.232,77	647,50	809,38	12.497,96
232	XX0XXXXXX0X	73331	14.404,05	2.304,65	668,35	835,44	12.900,27
233	XX0XXXXXX0X	73335	14.404,05	2.304,65	668,35	835,44	12.900,27
239	XX0XXXXXX0X	74621	8.209,16	1.313,47	380,91	476,13	7.352,12
241	XX0XXXXXX0X	75100	9.349,20	1.495,87	433,80	542,25	8.373,14
243	XX0XXXXXX0X	77241	9.349,20	1.495,87	433,80	542,25	8.373,14
244	XX0XXXXXX0X	77644	14.430,60	2.308,90	669,58	836,98	12.924,05
246	XX0XXXXXX0X	77655	14.430,50	2.308,90	669,58	836,97	12.924,04
247	XX0XXXXXX0X	79264	13.765,70	2.202,51	638,73	798,41	12.328,56
248	XX0XXXXXX0X	80797	13.207,36	2.113,18	612,82	766,03	11.828,51
249	XX0XXXXXX0X	82202	13.823,95	2.211,83	641,43	801,79	12.380,73
250	XX0XXXXXX0X	82831	19.642,35	3.142,78	911,41	1.139,26	17.591,69
253	XX0XXXXXX0X	83660	10.519,25	1.683,08	488,09	610,12	9.421,04
255	XX0XXXXXX0X	84377	10.545,79	1.687,33	489,32	611,66	9.444,81
261	XX0XXXXXX0X	87964	25.632,12	4.101,14	1.189,33	1.486,66	22.956,13
265	XX0XXXXXX0X	89394	12.478,80	1.996,60	579,02	723,77	11.176,01
269	XX0XXXXXX0X	89911	18.374,15	2.939,86	852,56	1.065,70	16.455,89

276	XX0XXXXXX0X	08518	4.525,86	724,14	210,00	262,50	4.053,36
288	XX0XXXXXX0X	28946	11.810,34	1.889,66	548,00	685,00	10.577,34
290	XX0XXXXXX0X	36709	11.637,93	1.862,07	540,00	675,00	10.422,93
292	XX0XXXXXX0X	38521	10.905,17	1.744,83	506,00	632,50	9.766,67
293	XX0XXXXXX0X	38856	6.982,76	1.117,24	324,00	405,00	6.253,76
297	XX0XXXXXX0X	45175	9.358,45	1.496,55	434,20	542,75	8.381,50
302	XX0XXXXXX0X	58679	11.939,66	1.910,34	554,00	692,50	10.693,16
303	XX0XXXXXX0X	58842	11.034,48	1.765,52	512,00	640,00	9.882,48
305	XX0XXXXXX0X	60447	8.663,79	1.386,21	402,00	502,50	7.759,29
306	XX0XXXXXX0X	62584	12.370,69	1.979,31	574,00	717,50	11.079,19
311	XX0XXXXXX0X	73823	12.543,10	2.006,90	582,00	727,50	11.233,60
320	XX0XXXXXX0X	00832	4.655,17	744,83	216,00	270,00	4.169,17
321	XX0XXXXXX0X	01028	6.887,93	1.102,07	319,60	399,50	6.168,83
327	XX0XXXXXX0X	03223	9.913,79	1.586,21	460,00	575,00	8.878,79
330	XX0XXXXXX0X	05081	1.500,00		60,00	75,00	1.365,00
331	XX0XXXXXX0X	05613	900,00		36,00	45,00	819,00
336	XX0XXXXXX0X	09934	400,00		16,00	20,00	364,00
337	XX0XXXXXX0X	10873	6.810,34	1.089,66	316,00	395,00	6.099,34
339	XX0XXXXXX0X	12477	10.517,24	1.682,76	488,00	610,00	9.419,24
344	XX0XXXXXX0X	17647	7.155,17	1.144,83	332,00	415,00	6.408,17
345	XX0XXXXXX0X	18273	9.741,38	1.558,62	452,00	565,00	8.724,38
346	XX0XXXXXX0X	18574	3.200,00		128,00	160,00	2.912,00
350	XX0XXXXXX0X	22677	1.000,00		40,00	50,00	910,00

356	XX0XXXXXX0X	26240	2.068,97	331,03	96,00	120,00	1.852,97
357	XX0XXXXXX0X	27626	8.620,69	1.379,31	400,00	500,00	7.720,69
363	XX0XXXXXX0X	30052	3.500,00		140,00	175,00	3.185,00
364	XX0XXXXXX0X	30292	11.700,00		468,00	585,00	10.647,00
369	XX0XXXXXX0X	33558	7.887,93	1.262,07	366,00	457,50	7.064,43
372	XX0XXXXXX0X	36987	1.225,00		49,00	61,25	1.114,75
377	XX0XXXXXX0X	37889	6.500,00		260,00	325,00	5.915,00
379	XX0XXXXXX0X	38180	6.767,24	1.082,76	314,00	392,50	6.060,74
382	XX0XXXXXX0X	39549	3.650,00		146,00	182,50	3.321,50
383	XX0XXXXXX0X	39600	2.800,00		112,00	140,00	2.548,00
391	XX0XXXXXX0X	42755	2.300,00		92,00	115,00	2.093,00
393	XX0XXXXXX0X	43196	12.050,00		482,00	602,50	10.965,50
395	XX0XXXXXX0X	44842	9.200,00		368,00	460,00	8.372,00
402	XX0XXXXXX0X	47123	5.862,07	937,93	272,00	340,00	5.250,07
404	XX0XXXXXX0X	48464	2.000,00		80,00	100,00	1.820,00
407	XX0XXXXXX0X	53004	6.077,59	972,41	282,00	352,50	5.443,09
408	XX0XXXXXX0X	53493	7.155,17	1.144,83	332,00	415,00	6.408,17
409	XX0XXXXXX0X	53729	5.517,24	882,76	256,00	320,00	4.941,24
419	XX0XXXXXX0X	63211	2.200,00		88,00	110,00	2.002,00
424	XX0XXXXXX0X	66345	3.150,00		126,00	157,50	2.866,50
425	XX0XXXXXX0X	66919	8.275,86	1.324,14	384,00	480,00	7.411,86
429	XX0XXXXXX0X	68995	15.500,00		620,00	775,00	14.105,00
431	XX0XXXXXX0X	701449	1.200,00		48,00	60,00	1.092,00

434	XX0XXXXXX0X	71395	3.879,31	620,69	180,00	225,00	3.474,31
437	XX0XXXXXX0X	72786	9.000,00		360,00	450,00	8.190,00
441	XX0XXXXXX0X	73877	5.200,00		208,00	260,00	4.732,00
446	XX0XXXXXX0X	79535	10.818,97	1.731,03	502,00	627,50	9.689,47
448	XX0XXXXXX0X	81512	5.800,00		232,00	290,00	5.278,00
452	XX0XXXXXX0X	83843	13.318,97	2.131,03	618,00	772,50	11.928,47
454	XX0XXXXXX0X	85557	2.000,00		80,00	100,00	1.820,00
455	XX0XXXXXX0X	86290	9.741,38	1.558,62	452,00	565,00	8.724,38
456	XX0XXXXXX0X	86539	3.600,00		144,00	180,00	3.276,00
457	XX0XXXXXX0X	86755	9.224,14	1.475,86	428,00	535,00	8.261,14
459	XX0XXXXXX0X	87256	11.206,90	1.793,10	520,00	650,00	10.036,90
460	XX0XXXXXX0X	89102	9.000,00		360,00	450,00	8.190,00
461	XX0XXXXXX0X	89232	9.353,45	1.496,55	434,00	542,50	8.376,95
462	XX0XXXXXX0X	89334	8.000,00		320,00	400,00	7.280,00
464	XX0XXXXXX0X	90568	1.200,00		48,00	60,00	1.092,00
465	XX0XXXXXX0X	91298	3.450,00		138,00	172,50	3.139,50
467	XX0XXXXXX0X	94744	2.900,00		116,00	145,00	2.639,00
469	XX0XXXXXX0X	01866	1.850,00		74,00	92,50	1.683,50
472	XX0XXXXXX0X	20213	5.850,00		234,00	292,50	5.323,50
473	XX0XXXXXX0X	25169	7.300,00		292,00	365,00	6.643,00
474	XX0XXXXXX0X	26903	2.225,00		89,00	111,25	2.024,75
475	XX0XXXXXX0X	27130	2.400,00		96,00	120,00	2.184,00
477	XX0XXXXXX0X	45144	6.750,00		270,00	337,50	6.142,50

479	XX0XXXXXX0X	79340	1.800,00		72,00	90,00	1.638,00
480	XX0XXXXXX0X	84752	5.800,00		232,00	290,00	5.278,00
?			1.215.581,31	167.595,64	55.327,08	69.158,85	1.092.095,46

e) Die Verwertung bzw. der erzielte Erlös ist dagegen streitig hinsichtlich der Fahrzeuge mit den lfd. Nrn. 29, 42, 44, 65, 69, 72, 81, 90, 96, 99 – 116, 131, 132, 132, 137, 140, 142, 152, 155, 158, 160, 162, 171, 177, 179, 187, 197, 202, 211 – 213, 217, 225 – 227, 229, 231, 258, 259, 262, 273, 275, 279, 283, 308, 348, 358, 365, 378, 414, 416, 417, 426, 435, 439, 442, 447, 466, 470, 471, 476 und 478. 219

aa) Bei den Fahrzeugen Nr. 29, 42, 69, 72, 81, 90, 140, 160, 187, 262, 348, und 426 weichen die Angaben der Parteien voneinander ab, welcher Anspruch der Beklagten noch nach Berücksichtigung einer gezahlten Ablösesumme des Klägers zusteht. 220

Hier können – mit Ausnahme der Fahrzeuge Nr. 160, 262, 348 und 426 - lediglich die Angaben des Klägers in die Berechnung eingestellt werden. Die Beklagte hat weder mitgeteilt, auf welcher Mitteilung oder Abrechnung des Klägers oder sonstigen Information ihre abweichenden Angaben beruhen, noch hat sie die von ihr behaupteten höheren Erlöse unter Beweis gestellt. 221

Zu den Fahrzeugen Nr. 160 und 262 hat der Kläger in der Tabelle BB1a unklare Angaben gemacht: er führt diese Fahrzeuge als von beiden Parteien verwertet und weist zum Teil einen vom Kläger, zum Teil einen angeblich von der Beklagten erzielten Erlös aus. Dies ist nicht nachvollziehbar. Es sind daher die Angaben der Beklagten zugrunde zu legen, die vom Kläger nicht substantiiert bestritten worden und damit als unstreitig anzusehen sind. 222

Zu dem Fahrzeug Nr. 348 hat die Beklagte den Kaufvertrag vorgelegt (Anlage B 39, Bl. 676 d.A.), woraus sich die Richtigkeit des von der Beklagten behaupteten Erlöses von 10.400,00 Euro ergibt. Dieser Betrag ist zugrunde zu legen. Die Angaben des Klägers hierzu, der in der Tabelle BB 1a einen sowohl von ihm wie von der Beklagten erzielten Erlös angibt, sind nicht nachvollziehbar. Selbst die Summe der vom Kläger angegebenen Beträge lässt sich nicht mit der Anlage B 39 in Übereinstimmung bringen. 223

Gleiches gilt sinngemäß für das Fahrzeug Nr. 426. Auch hier hat die Beklagte durch Vorlage des Kaufvertrages (Anlage B 40, Bl. 677) nachgewiesen, dass der Kläger einen Erlös von 11.300,00 Euro erzielt hat. Die Angaben des Klägers, der sowohl einen von ihm selbst, als auch von der Beklagten erzielten Erlös ausweist, sind nicht nachvollziehbar. 224

bb) Die beiden Fahrzeuge mit den lfd. Nrn. 44 und 132 (in der Liste B 1 rosa gefärbt) sollen nach der eigenen Behauptung der Beklagten schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens von der Schuldnerin an die Beklagte zur Durchführung von Leasingverträgen veräußert worden sein. Hierzu legt die Beklagte betr. das Fahrzeug Nr. 132 zusätzlich das Angebot der Schuldnerin auf Abschluss eines derartigen Kaufvertrages vor, das vom 26. Mai 2004 datiert (Bl. 744f. d.A.). Sofern das Vorbringen der Beklagten zutrifft, hätte – wie bereits oben unter A. 1. b) dd) (2.1.2) ausgeführt – keine Verwertung aufgrund eines Sicherungsrechtes stattgefunden, und zwar weder von der Beklagten noch vom Kläger. Vielmehr hätte der Kläger mit einer Lieferung der beiden Fahrzeuge einen noch von der Schuldnerin 225

abgeschlossenen Kaufvertrag erfüllt. Dies führt jedoch nicht zu einer Reduzierung der Widerklageforderung. Bei beiden Fahrzeugen hat die Beklagte zugunsten des Klägers einen Überschuss eingestellt und von der Widerklageforderung abgezogen. Hierdurch wird der Kläger also nicht beschwert.

cc) Hinsichtlich der Fahrzeuge Nr. 65, 96, 99 – 115, 131, 137, 152, 212, 213, 217, 227, 229, 231, 259, 378, 466 ist streitig, wer sie verwertet hat. Wie zur Klageforderung bereits mehrfach ausgeführt, muss sich der Kläger an seinem erstinstanzlich unstreitigen Vortrag, er habe alle blau gekennzeichneten Fahrzeuge verwertet - wozu auch die vorgenannten gehören - festhalten lassen. Im Übrigen stellt die Beklagte hier in ihre Berechnung aber auch nur Beträge zugunsten des Klägers ein, so dass der Kläger durch den abweichenden Vortrag nicht beschwert ist. 226

dd) Die Fahrzeuge Nr. 116, 202 und 211 sind mit den vom Kläger mitgeteilten Erlösen in die Berechnung einzustellen. Nach dem unstreitig gebliebenen Vortrag des Klägers sind diese Fahrzeuge über den Insolvenzverwalter eines anderen Autohauses, RA X., verwertet worden, welcher den Erlös abzüglich einer Provision an den Kläger ausgekehrt hat. Die vom Kläger hierzu in seiner Tabelle eingestellten Verwertungserlöse entsprechen der Abrechnung der Anlage BB 7 (Bl. 882 f. d.A.). Die für die Höhe der Widerklageforderung darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat weder mitgeteilt, auf welchen Informationen die abweichenden von ihr behaupteten Erlösangaben beruhen, noch hat sie für die von ihr behaupteten höheren Verwertungserlöse Beweis angetreten. 227

ee) Hinsichtlich der beiden Fahrzeuge 134 und 197 hat die Beklagte erstmals in der Berufungsinstanz behauptet, diese beiden KfZ seien von der Schuldnerin unmittelbar an die Fa. J. veräußert und daher nicht – entgegen einer früheren Annahme der Beklagten – von ihr selbst verwertet worden (Nr. 134) bzw. von der Fa. T. an die Fa. J. verkauft worden (Nr. 197), vgl. den Vortrag im Schriftsatz vom 1. Dezember 2008, dort Seite 2, Bl. 719 d.A.. Wie bereits oben unter A. 1. b) dd) (2.1.5) ausgeführt, ist dieser nicht substantiiert bestrittene Vortrag jedoch als unstreitig in der Berufungsinstanz noch zu berücksichtigen. Die Forderung aus der Verwertung dieser beiden Fahrzeuge ist daher bei der Berechnung der Widerklageforderung einzubeziehen. 228

ff) Hinsichtlich der Fahrzeuge mit den laufenden Nummern 142, 171, 177, 258, 365, 435, 439, 442 und 447 ist der Beklagtenvortrag zur Höhe der erzielten Erlöse sowie zu einer eventuell angefallenen Umsatzsteuer der Widerklageforderung zugrunde zu legen. Die jetzigen Angaben der Beklagten befinden sich bereits in der erstinstanzlich vorgelegten Anlage B 18, wobei die Beklagte lediglich bei einigen der vorgenannten Fahrzeuge nunmehr zugunsten des Klägers noch eine Regelbesteuerung annimmt. 229

Der Kläger hatte den Vortrag aus der Anlage B 18, Bl. 169 ff. d.A., erstinstanzlich lediglich als verspätet gerügt und als unsubstantiiert bestritten. Auf eine Verspätung des Vortrages kommt es dann nicht mehr an, wenn er – wie hier – vom erstinstanzlichen Gericht noch berücksichtigt worden ist und die Gegenseite des verspätet Vortragenden noch ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme hatte. Weshalb der Kläger hinsichtlich der vorgenannten Fahrzeuge erstmals in der Berufungsinstanz einen anderen Erlös behauptet, hat er nicht mitgeteilt. Er ist daher mit seinem jetzigen Vorbringen nach § 531 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen. Eine Zulassung des neuen Vorbringens ist nicht nach § 531 Abs. 2 Nr. 2 geboten. Dem Kläger ist vom Landgericht ein Schriftsatznachlass von mehr als einem Monat zur Stellungnahme auf die Widerklageschrift gewährt worden (vgl. Protokoll der Sitzung vom 26. April 2007, Bl. 166 d.A.). Er hatte damit hinreichend Gelegenheit, sich zu den darin 230

aufgestellten Behauptungen der Beklagten zu äußern. Selbst wenn in der Zulassung des Vortrags der Beklagtenseite ein Verfahrensfehler gelegen haben sollte, wäre dieser nicht ursächlich dafür geworden, dass die Angabe abweichender Erlöse nicht schon in erster Instanz erfolgt ist. Der Vorwurf des unsubstantiierten Vortrags der Beklagten geht schon deshalb fehl, weil die Beklagte nicht mehr als den vom Kläger erzielten Erlös und ggf. die Umsatzsteuer mitteilen muss, um die Widerklageforderung berechnen und nachvollziehbar darzustellen zu können. Vielmehr sind die Angaben der Beklagten als unstreitig anzusehen, da in der Anlage B 18 die vom *Kläger* erzielten Verwertungserlöse aufgeführt sind, und ihm deshalb ein substantiiertes Bestreiten der von der Beklagten behaupteten Erlöse innerhalb der ihm eingeräumten Schriftsatzfrist möglich gewesen wäre.

gg) Hinsichtlich des Fahrzeugs Nr. 155 war erstinstanzlich unstreitig, dass es vom Kläger für 19.800,00 Euro differenzbesteuert veräußert worden ist. Weder hat die Beklagte mitgeteilt, warum sie nunmehr einen höheren Erlös ansetzt, noch hat der Kläger mitgeteilt, warum er jetzt eine Regelbesteuerung annimmt. Würde man jedoch in die Berechnung der Widerklageforderung den erstinstanzlich unstreitigen Betrag von 19.800,00 Euro differenzbesteuert ansetzen, ergäbe sich lediglich eine Rückzahlung zugunsten des Klägers in Höhe von 1.482,00 Euro (19.800,00 abzgl. 9% Verwertungskosten in Höhe von 1.782,00 Euro abzüglich bereits gezahlter 19.500,00 Euro). Der Kläger ist daher durch die Berechnung der Beklagten nicht beschwert, die zu einem Aufrechnungsbetrag zu seinen Gunsten von 3.054,93 Euro führt. 231

Dasselbe gilt für das Fahrzeug Nr. 158; auch hier ist der von der Beklagten eingestellte Erlös für den Kläger günstiger als die Angaben des Klägers selbst. 232

Ferner gilt das gleiche für das Fahrzeug Nr. 308; auch hier hat die Beklagte einen geringeren Erlös angesetzt als der Kläger. Soweit der Kläger in der Berufungsinstanz erstmals bestritten hat, dieses Fahrzeug verwertet zu haben, gilt das unter A. 1.a) bereits Ausgeführte. Hiermit kann der Kläger nicht mehr gehört werden. 233

hh) Zu der lfd. Nummer 156 hat der Kläger seinen Erlös mit Null angegeben, obwohl das Fahrzeug unstreitig von ihm veräußert worden ist, da der Käufer, die Fa. U., mit einer vor Insolvenzeröffnung bestehenden Forderung habe aufrechnen können. Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, dass hierdurch der „Erlös“ in Höhe der Kaufpreisforderung nicht geschmälert worden ist. Geht man vom Vortrag des Klägers aus, so bestünde eine Forderung der Beklagten nicht. Fraglich ist also, was genau unter dem „Verwertungserlös“ im Sinne des § 170 InsO zu verstehen ist. Aus dem Wortlaut der §§ 170, 171 InsO ergibt sich, dass mit dem „Verwertungserlös“ nur der tatsächlich in die Insolvenzmasse geflossene Betrag gemeint ist, nicht aber schon eine bloße Kaufpreisforderung aus dem zur Verwertung abgeschlossenen Vertrag. Eine solche Zahlung ist hier aber nicht anzunehmen. Die für die Widerklageforderung darlegungs- und beweispflichtige Beklagte hat keinen Beweis dafür angeboten, dass ein Erlös in die Masse geflossen ist. Soweit man eine sekundäre Darlegungslast des Insolvenzverwalters annimmt hinsichtlich der Durchführung der Verwertung und der Umstände, die eine Einziehung der Forderung aus der Verwertungshandlung verhindert haben, ist der Kläger dem hier nachgekommen. 234

Ob die Beklagte stattdessen einen Massebereicherungsanspruch wegen der weggefallenen Belastung mit der Gegenforderung oder einen Schadensersatzanspruch gegen den Kläger persönlich hat (vgl. hierzu Uhlenbruck/Brinkmann, a.a.O., § 170 Rn. 9 zu dem vergleichbaren Fall einer ununterscheidbaren Vermengung des Verwertungserlöses mit der Masse), braucht hier nicht entschieden zu werden, da ein solcher Anspruch nicht geltend gemacht ist. 235

- ii) Bei dem Fahrzeug Nr. 162 ist entsprechend dem erstinstanzlichen Vortrag davon auszugehen, dass es vom Kläger verwertet worden ist. Allerdings kann hier nur der vom Kläger angegebene Erlös angesetzt werden. Die Beklagte hat weder mitgeteilt, worauf ihre abweichenden Angaben beruhen, noch hat sie diese unter Beweis gestellt. 236
- jj) Wie erstinstanzlich noch unstreitig war, hat der Kläger auch das Fahrzeug Nr. 179 verwertet. Die Angaben der Beklagten hierzu beruhen auf der erstinstanzlich in der Anlage K1a vom Kläger erteilten Auskunft. Sie sind daher der Berechnung zugrunde zu legen. Warum der Kläger nun in der Berufungsinstanz von seinen erstinstanzlichen Angaben abweicht, hat er nicht erklärt; sein Vortrag ist demnach unbeachtlich nach § 531 Abs. 2 ZPO. 237
- kk) Für die Fahrzeuge Nr. 225 und 226 steht der Beklagten ein Anspruch nicht zu. Zwar sind diese Fahrzeuge unstreitig vom Kläger verwertet worden. Allerdings soll laut der Behauptung des Klägers die zwischengeschaltete (?) Autohaus I. GmbH („I. neu“) unmittelbar an die Beklagte gezahlt haben. Ein Anspruch der Beklagten auf Auskehrung des nach Abzug der Kosten verbleibenden Erlöses aus § 170 Abs. 1 Satz 2 InsO besteht aber erst dann, wenn der Insolvenzverwalter den Erlös auch tatsächlich erzielt hat. Ob dies der Fall war, ist hier gerade streitig. Die Beweislast für den erfolgreichen Forderungseinzug liegt als Anspruchsvoraussetzung bei dem Absonderungsberechtigten, hier also bei der Beklagten. Die Beklagte muss daher hier die im Rahmen der sekundären Darlegungslast von dem Kläger aufgestellte Behauptung, die Beklagte habe den Erlös seitens der Fa. „I. neu“ selbst vereinnahmt, widerlegen. Die Beklagte hat den Erhalt des Erlöses zwar bereits erstinstanzlich tabellarisch bestritten, Anlage B18, Bl. 171 d.A. („bereits gezahlt“ = 0,00 Euro). Der Zeuge Y. wird von ihr aber erst jetzt benannt. Dem erstmals in der Berufungsinstanz angebotenen Beweis ist nach § 531 Abs. 2 ZPO nicht nachzugehen. Es ist nicht ersichtlich, warum die Beklagte den Zeugen nicht bereits erstinstanzlich benannt hat. 238
- ll) Wie bereits oben unter A. 1. b) dd) (2.1.7) ausgeführt, geht das Gericht davon aus, dass der Kläger auch die Fahrzeuge Nr. 273 und 275 verwertet hat. Hinsichtlich der Höhe der Forderung sind die Erlösangaben der Beklagten für den Kläger günstig, so dass sie zugrunde zu legen sind. 239
- mm) Aus denselben Gründen wie unter ff) ausgeführt ist dagegen bei den Fahrzeugen Nr. 279 und 283 der Klägervortrag zugrunde zu legen. Die jetzt streitige Differenzbesteuerung war erstinstanzlich vom Kläger behauptet worden (vgl. Anlage K 1a, Angabe des Verkaufspreises jeweils „incl. 16% MwSt“) und von der Beklagten in ihre Anlage B 18 ebenso eingestellt worden. Warum die Beklagte zweitinstanzlich hiervon abgewichen ist, hat sie nicht mitgeteilt. 240
- nn) Bei den Fahrzeugen Nr. 358, 416 und 417 stimmen die jetzigen Behauptungen der Beklagten (Erlös jeweils 2.900,00 Euro differenzbesteuert) mit der erstinstanzlich vom Kläger erstellten Tabelle K 1a überein. Weshalb der Kläger jetzt von seinem erstinstanzlichen Vortrag erstmals abweichen möchte und stattdessen die Regelbesteuerung ansetzt, hat er nicht nachvollziehbar dargelegt. Wie bereits oben unter A. 1. b) dd) (2.4) ausgeführt, ist er mit seinem jetzigen Vortrag ausgeschlossen. 241
- oo) Die Fahrzeuge Nr. 470, 471, 476, 478 sind mit den von der Beklagten angegebenen Erlösen in die Widerklageforderung einzustellen. Der Kläger hatte hierzu keine Angaben gemacht. Erstinstanzlich hatte der Kläger zunächst bestritten, diese Fahrzeuge selbst verwertet zu haben (vgl. Schriftsatz vom 10. Oktober 2007, dort Seite 3, Bl. 218 d.A. Mitte: die in der Anlage B 18 aufgeführten Fahrzeuge seien nicht vom Kläger verwertet worden). Im 242

Hinblick auf die von der Beklagten in der Anlage B 20 und B 21 vorgelegten Unterlagen hat der Kläger jedoch später in erster Instanz ausdrücklich eingeräumt, die darin aufgeführten Fahrzeuge selbst veräußert zu haben (vgl. Schriftsatz vom 10. Oktober 2007, dort Seite 3, Bl. 218 d.A. unten). Die in der Anlage B 21 aufgeführten Fahrzeuge sind mit den lfd. Nrn. 470, 471, 476 und 478 der Liste B 49 (und der Anlage B 18, soweit dort hinter den lfd. Nrn. 1 bis 468 weitere 12, noch unnummerierte PKW aufgelistet sind) identisch. Soweit daher der Kläger auf Seite 5 seines Schriftsatzes vom 1. Dezember 2008 (Bl. 780 d.A.) wiederum nur von den 8 Fahrzeugen der Anlage B 20 spricht, stellt dies kein Bestreiten der erstinstanzlich bereits zugestandenen Verwertung der vier Fahrzeuge aus der Anlage B 21 dar. Zudem wäre – wollte man den Vortrag zu den acht Fahrzeugen der Anlage B 20 als Bestreiten der Verwertung der vier Fahrzeuge aus Anlage B 21 werten - auch nicht erklärt, warum ein solches Bestreiten nicht bereits erstinstanzlich erfolgt ist; dieses Bestreiten wäre somit gemäß § 531 Abs. 2 ZPO ohnehin nicht mehr im Berufungsrechtszug zu berücksichtigen.

pp) Insgesamt ergibt sich damit aus den streitigen Positionen folgende Widerklageforderung: 243

lfd. Nr.	Fahrgestell-Nr.		Verwertungserlös netto bzw. USt-neutral	USt, soweit ausweisbar	Feststellungs-Pauschale 4%	Verwertungspauschale 5 % ²⁴⁴	Verw. Kläg. und
29	XX0XXXXXXXX0X	08618	2.155,17	344,83	100,00	125,00	1.93
42	XX0XXXXXXXX0X	14232	3.189,66	510,34	148,00	185,00	2.85
44	XX0XXXXXXXX0X	15689	13.720,63	2.195,30	636,64	795,80	12.2
65	XX0XXXXXXXX0X	22309	17.470,69	2.795,31	810,64	1.013,30	15.6
69	XX0XXXXXXXX0X	24755	15.948,28	2.551,72	740,00	925,00	15.5
72	XX0XXXXXXXX0X	25247	11.206,90	1.793,10	520,00	650,00	10.0
81	XX0XXXXXXXX0X	29374	9.741,38	1.558,62	452,00	565,00	8.72
90	XX0XXXXXXXX0X	34662	4.200,17	672,03	194,89	243,61	3.76
96	XX0XXXXXXXX0X	35634	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
99	XX0XXXXXXXX0X	36108	11.372,41	1.819,59	527,68	659,60	10.1
100	XX0XXXXXXXX0X	36118	6.510,01	1.041,60	302,06	377,58	5.83
101	XX0XXXXXXXX0X	36129	6.510,01	1.041,60	302,06	377,58	5.83
102	XX0XXXXXXXX0X	36148	6.510,01	1.041,60	302,06	377,58	5.83

103	XX0XXXXXXXXX0X	36159	6.510,01	1.041,60	302,06	377,58	5.83
104	XX0XXXXXXXXX0X	36166	6.510,01	1.041,60	302,06	377,58	5.83
105	XX0XXXXXXXXX0X	36177	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
106	XX0XXXXXXXXX0X	36185	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
107	XX0XXXXXXXXX0X	36194	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
108	XX0XXXXXXXXX0X	36205	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
109	XX0XXXXXXXXX0X	36215	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
110	XX0XXXXXXXXX0X	36225	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
111	XX0XXXXXXXXX0X	36234	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
112	XX0XXXXXXXXX0X	36253	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
113	XX0XXXXXXXXX0X	36262	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
114	XX0XXXXXXXXX0X	36315	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
115	XX0XXXXXXXXX0X	36324	5.900,00	944,00	273,76	342,20	5.28
116	XX0XXXXXXXXX0X	36477	7.620,69	1.219,31	353,60	442,00	6.82
131	XX0XXXXXXXXX0X	39076	11.565,95	1.850,55	536,66	670,83	10.3
132	XX0XXXXXXXXX0X	39101	11.437,50	1.830,00	530,70	663,38	10.2
134	XX0XXXXXXXXX0X	39422	12.891,99	2.062,72	598,19	747,74	11.5
137	XX0XXXXXXXXX0X	39789	19.297,24	3.002,76	892,00	1.115,00	17.2
140	XX0XXXXXXXXX0X	41513	7.327,59	1.172,41	340,00	425,00	6.56
142	XX0XXXXXXXXX0X	42462	10.215,52	1.634,48	474,00	592,50	9.14
152	XX0XXXXXXXXX0X	47877	9.378,78	1.500,60	435,18	543,97	8.39
155	XX0XXXXXXXXX0X	48137	18.362,07	2.937,93	852,00	1.065,00	16.4
156	XX0XXXXXXXXX0X	48570	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00

158	XX0XXXXXXXXX0X	50378	17.025,07	2.724,01	789,96	987,45	15.2
160	XX0XXXXXXXXX0X	51572	21.003,92	3.360,63	974,58	1.218,23	18.8
162	XX0XXXXXXXXX0X	52466	10.129,31	1.620,69	470,00	587,50	9.07
171	XX0XXXXXXXXX0X	54253	13.836,21	2.213,79	642,00	802,50	12.3
177	XX0XXXXXXXXX0X	55595	17.543,10	2.806,90	814,00	1.017,50	15.7
179	XX0XXXXXXXXX0X	57568	11.300,00		452,00	565,00	10.2
187	XX0XXXXXXXXX0X	59657	8.620,69	1.379,31	400,00	500,00	7.72
197	XX0XXXXXXXXX0X	62054	13.760,31	2.201,65	638,48	798,10	12.3
202	XX0XXXXXXXXX0X	63622	8.055,07	1.288,81	373,76	467,19	7.21
211	XX0XXXXXXXXX0X	64387	10.287,93	1.646,07	477,36	596,70	9.21
212	XX0XXXXXXXXX0X	64439	19.324,64	3.091,94	896,66	1.120,83	17.3
213	XX0XXXXXXXXX0X	64453	9.349,28	1.495,88	433,81	542,26	8.37
217	XX0XXXXXXXXX0X	66567	6.956,90	1.113,10	322,80	403,50	6.23
225	XX0XXXXXXXXX0X	72661	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
226	XX0XXXXXXXXX0X	72755	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00
227	XX0XXXXXXXXX0X	72789	13.057,21	2.089,15	605,85	757,32	11.6
229	XX0XXXXXXXXX0X	73067	13.057,21	2.089,15	605,85	757,32	11.6
231	XX0XXXXXXXXX0X	73147	13.057,21	2.089,15	605,85	757,32	11.6
258	XX0XXXXXXXXX0X	86365	9.310,35	1.489,66	432,00	540,00	8.33
259	XX0XXXXXXXXX0X	86772	21.944,44	3.519,11	1.018,54	1.273,18	19.6
262	XX0XXXXXXXXX0X	88525	20.621,40	3.299,42	956,83	1.196,04	18.4
273	XX0XXXXXXXXX0X	03227	15.517,24	2.482,76	720,00	900,00	13.8
274	XX0XXXXXXXXX0X	06627			0,00	0,00	13.2

279	XX0XXXXXXXXX0X	17004	6.637,93	1.062,07	308,00	385,00	5.94
283	XX0XXXXXXXXX0X	20869	14.100,00		564,00	705,00	12.8
308	XX0XXXXXXXXX0X	69589	19.139,90	3.062,38	888,09	1.110,11	17.1
348	XX0XXXXXXXXX0X	20651	10.400,00		416,00	520,00	9.46
358	XX0XXXXXXXXX0X	28404	9.580,00		383,20	479,00	8.71
365	XX0XXXXXXXXX0X	31445	13.900,00		556,00	695,00	12.6
378	XX0XXXXXXXXX0X	38180	10.775,86	1.724,14	500,00	625,00	9.65
416	XX0XXXXXXXXX0X	60276	2.900,00		116,00	145,00	2.63
417	XX0XXXXXXXXX0X	62523	2.900,00		116,00	145,00	2.63
426	XX0XXXXXXXXX0X	67927	11.300,00		452,00	565,00	10.2
435	XX0XXXXXXXXX0X	72223	9.956,90	1.593,10	462,00	577,50	8.91
439	XX0XXXXXXXXX0X	73712	8.250,00		330,00	412,50	7.50
442	XX0XXXXXXXXX0X	74009	8.650,00		346,00	432,50	7.87
447	XX0XXXXXXXXX0X	80984	4.350,00		174,00	217,50	3.95
466	XX0XXXXXXXXX0X	92178	5.212,51	834,48	241,88	302,35	4.66
470	XX0XXXXXXXXX0X	03233	2.000,00		80,00	100,00	1.82
471	XX0XXXXXXXXX0X	30372	3.500,00		140,00	175,00	3.18
476	XX0XXXXXXXXX0X	68105	8.350,00		334,00	417,50	7.59
478	XX0XXXXXXXXX0X	92353	2.800,00		112,00	140,00	2.54
?			707.734,38	94.876,33	32.104,43	40.130,54	635

Die Beklagte hat in ihrer Berechnung die vom Kläger gezahlten Ablösesummen selbst abgezogen, so dass es auf ihren Einwand, ein Rückforderungsanspruch des Klägers sei nach § 814 BGB ausgeschlossen, nicht ankommt. Im Übrigen liegen die Voraussetzungen für einen derartigen Ausschluss auch nicht vor. Aufgrund der Vereinbarung der Parteien vom 31. August 2004 war klar, dass jede Seite bei ihrem Rechtsstandpunkt hinsichtlich der

Berechtigung der Beklagten zur Verwertung bleibt. Jegliche Zahlungen des Klägers, die erfolgten, um Fahrzeuge zur Verwertung seinerseits frei zu bekommen, erfolgten damit unter dem konkludenten Vorbehalt der Rückforderung.

2. 246

Der Zinsanspruch folgt aus dem Gesichtspunkt der Rechtshängigkeit, §§ 291, 288 Abs. 1 BGB. Der höhere Zinssatz des § 288 Abs. 2 war nicht zuzusprechen, da es sich bei dem Anspruch auf Auskehrung des Erlöses nach § 170 Abs. 1 InsO nicht um eine Entgeltforderung handelt. Sie wird nicht als Gegenleistung für eine von der Beklagten erbrachte Leistung oder der Lieferung von Waren erbracht (vgl. zu der Definition nur Palandt/Grüneberg, a.a.O., § 286 Rn. 26 m.w.N.), sondern als Ausgleich für den Verlust des Sicherungseigentums des Absonderungsberechtigten durch den zur Verwertung berechtigten Insolvenzverwalter. 247

C. 248

Die von der Beklagten mit Schriftsatz vom 23. Juni 2009 vorgenommene Widerklageerhöhung ist unzulässig, soweit sie den erstinstanzlich bereits zuerkannten Betrag übersteigt. Es handelt sich in der Sache um eine nach Ablauf der Frist des § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO unzulässige Anschlussberufung. 249

1. 250

Die von der Beklagten im Schriftsatz vom 30. September 2008 (Bl. 651 d.A.) erklärte teilweise Rücknahme der Widerklage von einem Ursprungsbetrag in Höhe von 1.294.812,64 € auf einen Betrag in Höhe von 1.254.693,64 € ist gemäß § 269 Abs. 1 ZPO unwirksam, weil sie nach Schluss der mündlichen Verhandlung in erster Instanz vorgenommen worden ist und der Kläger seine erforderliche Zustimmung nicht erklärt hat. Das Zustimmungserfordernis des § 269 Abs. 1 ZPO wirkt in der Berufungsinstanz fort (vgl. Zöller/Heßler, a.a.O., § 516 Rn. 1). 251

2. 252

Mit der weiteren Änderung des Widerklageantrages im Schriftsatz vom 1. Dezember 2008 (Bl. 722 d. A.) von einem Betrag von 1.254.693,64 € auf einen Betrag in Höhe von 1.281.570,34 € war daher nur scheinbar eine Erweiterung der Widerklage verbunden. Da nämlich die vorangegangene Rücknahme unwirksam war, war Gegenstand der Widerklageforderung weiterhin ein Betrag in Höhe von 1.294.812,64 €. Deshalb stellt auch die weitere Antragsänderung eine – wenn auch wiederum unwirksame – Teilrücknahme der Widerklage gemäß § 269 Abs. 1 ZPO dar. 253

3. 254

Mit der Änderung der Widerklageforderung auf einen Betrag in Höhe von 1.310.059,68 € durch Schriftsatz der Beklagten vom 23. Juni 2009 (Bl. 951 d. A.) hat die Beklagte die Widerklage im Vergleich zu dem erstinstanzlich gestellten Widerklageantrag um 15.247,04 Euro erweitert. Eine solche Klageerweiterung ist für den Berufungsbeklagten aber – unabhängig von den Voraussetzungen des § 533 ZPO - nur innerhalb der Frist der Anschlussberufung § 524 Abs. 2 Satz 2 ZPO zulässig. Diese Frist war jedoch im Zeitpunkt der Einreichung des Schriftsatzes vom 23. Juni 2009 längst abgelaufen. 255

256

Der Senat hat bereits in der mündlichen Verhandlung vom 11. Mai 2009 auf die Unzulässigkeit einer derartigen Widerklageerhöhung hingewiesen. Hiergegen kann sich die Beklagte nicht darauf berufen, dass auch die Klägerseite ihren Klageantrag weiter erhöht habe. Das Gesetz sieht für die Anschlussberufung in § 524 Abs. 2 ZPO eine bestimmte (Ausschluss)Frist ohne Prüfung der Sachdienlichkeit oder ein Ermessen des Berufungsgerichts vor, während für die Erweiterung der Berufung nur die Voraussetzungen des § 533 ZPO zu beachten sind, die der Senat vorliegend bejaht hat.

D. 257

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. 258

Anlass für die Zulassung der Revision besteht nicht. 259

Streitwert für das Berufungsverfahren: 260

für die Klage:	4.735.917,45 Euro	261
für die Widerklage:	<u>1.310.059,68</u> Euro	
insgesamt (entsprechend dem Beschluss des Senats vom 2. Juli 2009, Bl. 1043 d.A.):	6.045.977,13 Euro	