

## § 17 KO 2/90

*Paulus*, BGH EWiR § 17 KO 2/90, 590

---

4. Gegen eine rückwirkende Rechtsgrundbeseitigung sprechen mehrere Gründe, von denen hier nur folgendes systematische Argument genannt werden soll (ausführlicher *Paulus*, JR 1990, Heft 6 oder 7, sub B 2 m. w. N.): Das Rückforderungsrecht des Konkursverwalters verschafft der Masse einen vom Gemeinschuldner bereits rechtsgültig weggegebenen Gegenstand zurück, wie das sonst nur ein Anfechtungsanspruch kann, dann allerdings mit entsprechenden gläubigerschützenden Einschränkungen. Eine solche Auslegung der §§ 17, 26 KO paßt daher nicht in den 2. Titel der KO über die Erfüllung von Rechtsgeschäften, sondern müßte im 3. Titel über die Anfechtung angesiedelt sein. Infolgedessen muß der klägerische Anspruch der normale, vertragliche Anspruch sein, der immer dann entsteht, wenn der Gegenpartei die Erfüllung ihrer Verpflichtung unmöglich wird, d. h. §§ 323 ff BGB (der BGH hat die Sache an das OLG zurückverwiesen). Diese Anspruchsgrundlagen implizieren, daß die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters ex nunc wirkt.

Nach herrschender Meinung schließt eine Erfüllung die Anwendbarkeit des § 17 KO aus, auch wenn die Leistung aufgrund eines zukünftigen Ereignisses sollte zurückverlangt werden können oder wenn sie unter Vorbehalt erfolgt (*Hess/Kropshofer*, KO, 3. Aufl., 1988, § 17 Rz. 16). Das gilt wohl nicht, wenn das entsprechende Ereignis oder der vorbehaltene Umstand noch vor Konkurseröffnung eintritt; dann ist § 17 KO (wieder) anwendbar. So verhielt es sich im vorliegenden Fall: Die aus der verweigerten Genehmigung des Gesellschafters resultierende Unmöglichkeit, den Unternehmensanteil zu übertragen, führte noch vor Eröffnung des Konkursverfahrens zu der vertraglich vorgesehenen Konfliktlösung. Doch hat es der BGH unterlassen, darzutun, wie sich aus der Abrede, „gegebenenfalls“ würden neue Verhandlungen erforderlich, eine Pflicht zu entsprechenden Verhandlungen ergeben soll, deren Nichterfüllung die Anwendbarkeit des § 17 KO rechtfertigen würde.