

OLG Celle EWiR § 55 KO 1/93, 697 (Paulus)

Leitsatz des Verfassers:

Die geänderte Rechtsprechung des BGH zur Aufrechnungsbefugnis gegenüber vertraglichen Ansprüchen, die auf Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters beruhen, gilt nicht gegenüber dem Teil solcher Ansprüche, für welche im Zeitpunkt des Erfüllungsverlangens von dem Gemeinschuldner oder der Masse bereits eine Leistung erbracht war.

OLG Celle, Urt. v. 28. 1. 1993 – 22 U 279/91 (nicht rechtskräftig), ZIP 1993, 845

**Kurzkomentar:**

*Christoph Paulus, Dr. iur, LL.M., Universitätsprofessor in Augsburg*

1.1 Die Fallkonstellation ist gewissermaßen klassisch: Zwischen Bauherrn (hier: die BRD = Beklagte) und -unternehmer ist die Geltung der VOB/B vereinbart; der Unternehmer fällt in Konkurs; der Konkursverwalter entscheidet sich gem. § 17 KO für Erfüllung; der Bauherr kündigt gem. § 8 Nr. 2 VOB/B und rechnet mit dem daraus resultierenden Schadensersatzanspruch sowie weiteren Forderungen auf. Der bisherige Stand der Rechtsprechung zu diesem Problemkomplex ist folgender: Der VII. Senat des BGH hat den Schadensersatzanspruch des § 8 Nr. 2 Abs. 2 Satz 2 VOB/B für konkursfest erklärt (BGH EWiR § 17 KO 1/86, 87 (Kilger) = ZIP 1985, 1509 = JZ 1986, 295 mit einschränkender Anm. von Henckel). Der IX. BGH-Senat hat die Aufrechnung mit einer Forderung als unzulässig erklärt, die (erst) aus dem Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters entstanden ist, sofern die eigene Forderung schon vor Konkurseröffnung existierte (BGH EWiR § 55 KO 1/92, 71 (Marotzke) = ZIP 1992, 48; der Leitsatz enthält die weitere – dann aber nicht diskutierte – Einschränkung, daß die Forderung außerhalb des Vertragsverhältnisses begründet war).

1.2 Der vom OLG Celle entschiedene Fall gleicht dem vorerwähnten des IX. BGH-Senates in den entscheidenden Passagen eklatant. Am Tage der Baustelleneinrichtung reicht die Unternehmerin und spätere Gemeinschuldnerin den Konkursantrag ein. Beide Parteien prüfen daraufhin für einige Zeit die Kündigungsmöglichkeiten, kommen aber noch vor Konkurseröffnung überein, daß weitergebaut werden solle. Verhandlungspartner auf seiten der Unternehmerin war der Sequester, der als nachheriger Konkursverwalter den vorliegenden Prozeß geführt hat. Wenige Tage nach Baubeginn wird das Verfahren eröffnet, was aber den Fortgang der Arbeiten nicht beeinträchtigt. 10 weitere Tage später jedoch erklärt die Bauherrin die Kündigung und macht die ihr hierdurch entstehenden Mehrkosten (§ 8 Nr. 2 VOB/B) geltend. Gegenstand der Klage des Verwalters ist der Werklohn, gegen den die Beklagte ihre besagte Schadensersatzforderung und Steuerforderungen aufrechnen will. Weil das OLG Celle den Schadensersatzanspruch nicht

zuspricht, sollte man meinen, daß sein Ergebnis dem des BGH, d. h. Unzulässigkeit der Aufrechnung, entspricht.

2. Das Gegenteil ist der Fall; das Gericht sieht die Klageforderung als durch Aufrechnung erloschen an. Dies wird in anglo-amerikanischer Manier des *distinguishing* erreicht, ohne freilich überzeugen zu können. Das Erfüllungsverlangen liege nämlich nicht als konkludente Willenserklärung in der Fortführung der Bauarbeiten und damit gleich zu Beginn des Konkursverfahrens, sondern erst in dem Antwortschreiben auf die Kündigung der Bauherrin. Die auf die Zeit zwischen Verfahrenseröffnung und Erklärung entfallende Werklohnforderung sei demgemäß als vor Eröffnung, vgl. § 55 Nr. 1 KO, entstanden anzusehen.

Soweit der Hauptstrang der Begründung; im einzelnen wird sie folgendermaßen abgestützt: Das Gericht versagt den Schadensersatzanspruch aus § 8 Nr. 2 VOB/B deswegen, weil die Beklagte sich damit in Gegensatz zu ihrem vorherigen Baufortsetzungsverlangen setze, § 242 BGB; statt dessen liege ein Kündigung nach § 8 Nr. 1 VOB/B vor, § 140 BGB. Die erwogene Nichtigkeit des Schadensersatzanspruchs gem. §§ 134, 138 BGB brauchte daher nicht geprüft zu werden (dazu *Henckel*, aaO). Ferner: Das Problem, daß die Beklagte kündigte, bevor der Verwalter die Fortsetzung verlangte, umgeht das Gericht mit der Feststellung, die Kündigung sei „erkennbar“ bedingt auf das Erfüllungsverlangen gewesen; freilich ergibt sich derlei aus den mitgeteilten Fakten keineswegs. Schließlich: Die Versagung der Aufrechnung wäre bei bereits erbrachten Teilleistungen unbillig. Der zur Begründung angeführte Schluß läuft auf die alte Faustregel: „§ 54 vor § 55 KO“ hinaus und widerspricht diametral dem *raisonnement* des BGH. Infolgedessen sieht das Gericht auch kein Problem darin, daß die außerhalb des Vertragsverhältnisses begründete Steuerforderung bevorzugt befriedigt wird, obgleich sie ohne Aufrechnung nur eine Konkursforderung gewesen wäre.

3. Der Kern der Problematik liegt in der Bewertung der konkursrechtlichen Aufrechnungsmöglichkeit. Die vorliegende (in wenig erfreulichem Juristendeutsch abgefaßte) Entscheidung bemüht sich dabei um möglichst weitreichenden Schutz für den einzelnen Gläubiger. Anstatt aber auf diese Weise dogmatisch kaum zu rechtfertigende Privilegien zu erweitern, ist es vorzugswürdiger, den vom BGH vorgezeigten Weg weiterzubeschreiten und nach dem haftungsrechtlichen Zweck des Erfüllungsverlangens zu fragen: Soll er der Gesamtheit der Gläubiger mehr Masse bringen oder dem Vertragspartner die Chance einer Sonderbefriedigung verschaffen (s. *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, S. 381 ff)? Allein die erste Alternative entspricht den Anforderungen des *rigor iuris* des Haftungsrechts und dem damit einhergehenden Gleichbehandlungsgebot. Richtigerweise hätte also die Aufrechnung als unzulässig beurteilt werden müssen; dies um so mehr, als die „Fallbesonderheit“ nur mit Hilfe einer wenig überzeugenden Verschiebung des Zeitpunkts des Erfüllungsverlangens erreicht wurde.