

Leitsätze des Gerichts:

1. Der Auftraggeber kann im Konkurs des Auftragnehmers gem. § 55 Nr.1 KO gegen den Vergütungsanspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B für den nach Konkurseröffnung erbrachten Leistungsteil nicht mit dem Anspruch auf Erstattung kündigungsbedingter Mehrkosten aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B aufrechnen.

2. Die Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch für den vor Konkurseröffnung erbrachten Leistungsteil ist zulässig. Die dadurch erlangte Befriedigung des Auftraggebers ist jedoch gem. § 30 Nr.1 Fall 2 KO anfechtbar, wenn die Geräte usw. durch den Auftraggeber in Kenntnis der Zahlungseinstellung in Anspruch genommen werden.

BGH, Urt. v. 28.9.2000 – VII ZR 372/99, ZIP 2000, 2207 (OLG Dresden)

Kurzkommentar:

Christoph G. Paulus, Dr. iur., Universitätsprofessor in Berlin (HU)

1. Die Gerätschaften eines Pleite gegangenen Bauunternehmens, genauer gesagt, deren Weiterbenutzung vor und nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, beschäftigen den Bundesgerichtshof in diesem Jahr bereits zum zweiten Mal. Zu entscheiden hatten unterschiedliche Senate, und es kam – innerhalb nur eines halben Jahres – zu durchaus unterschiedlichen Ergebnissen. Dieser für die Praxis wenig erfreuliche Befund entwickelte sich so: In seinem Urteil vom 9. März 2000 (IX ZR 355/98, ZIP 2000, 757, dazu EWiR § 54 KO 1/2000, 741 (Gerhardt)), hat der IX. Zivilsenat entschieden, dass bereits mit Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ein Anspruch auf Entschädigungszahlungen entsteht, der von der vertraglich vereinbarten Bedingung abhängt, dass eines der am Gesellschaftsvertrag beteiligten Unternehmen in Konkurs geht und gleichwohl laut Vertrag zur weiteren (entgeltlichen) Überlassung besagter Gerätschaften verpflichtet ist. Folge dieser Beurteilung war im konkreten Fall, dass sich der klagende Verwalter weder der Aufrechnung der Weiterbenutzer widersetzen konnte noch mit seiner Anfechtung Erfolg hatte.

In der hier zu kommentierenden, nur verkürzt darstellbaren Entscheidung des VII. Zivilsenats hatte nicht ein Mitgesellschafter, sondern der vom Entgelt verlangenden Verwalter verklagte Auftraggeber jene Gerätschaften vom Zeitpunkt seiner nach VOB/B gerechtfertigten Kündigung an weiterbenutzt. Diese Absicht erklärte er bei der – krisenbedingten (§ 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B) – Kündigung und rechtfertigte sie mit dem Hinweis, sich auf diese Weise eine Aufrechnungsmöglichkeit verschaffen zu wollen. Die Benutzung erfolgte von dieser Ankündigung an und dauerte weit über die als bald erfolgte Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen des Bauunternehmens hinaus. Anders als der IX. Zivilsenat, gleichwohl aber mit dessen Einverständnis, sieht der nunmehr entscheidende VII. Zivilsenat den Anspruch auf Entgelt nicht als mit Vertragsschluss bereits bedingt entstanden an, sondern verwehrt nach Maßgabe

der mitgeteilten Leitsätze dem Beklagten die Aufrechnung; gleichzeitig ermöglicht er dem Verwalter die Anfechtung.

2. Dieses Ergebnis erreicht der VII. Zivilsenat, indem er die Vertragsklausel (§ 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B), derzufolge die im Krisenfall kündigende Partei ein entgeltpflichtiges Weiterbenutzungsrecht habe, als einen eigenständigen Vertrag ansieht, dessen Vergütungsanspruch auch nicht in die Schlussabrechnung nach § 8 Nr. 6 VOB/B eingestellt werden müsse (dazu der hier nicht näher behandelte erste Teil der Entscheidung). Folge dieses Verständnisses ist, dass es sich um einen zur Zeit der Verfahrenseröffnung beiderseits noch nicht vollständig abgewickelten Vertrag handelt, auf den die vom IX. Zivilsenat aufgestellten Grundsätze der Neuentstehung der vertraglichen Pflichten anzuwenden seien, sofern nur der Verwalter die Erfüllung dieses Vertrages wählt (§ 17 KO). Dadurch kommt es sodann zwangsläufig zu der Aufspaltung des Entgeltanspruchs, je nachdem, ob er vor oder nach Eröffnung entstanden ist. Für die Zeit danach ist das Aufrechnungsverbot des § 55 Nr. 1 KO einschlägig, für die Zeit davor – und zwar (gemäß einem obiter dictum) unbeschadet einer eventuellen Sequestration (siehe dazu auch *Paulus*, ZIP 1997, 569, 572 ff.) – ist die Anfechtung möglich. Die Voraussetzungen der kongruenten Deckung ergeben sich nahezu zwangsläufig aus dem Umstand, dass die Erklärung der Kündigung durch den Eintritt der Krise ermöglicht und gerechtfertigt ist. Die ausdrückliche Ankündigung des Beklagten hat da nicht etwa einen neuen Weg gewiesen, sondern dem Verwalter lediglich den Nachweis noch weiter erleichtert.

3. Der Entscheidung ist in Begründung und Ergebnis vollständig beizupflichten. Nicht nur, dass sie die vom IX. Zivilsenat selbst eingeschlagene Linie (BGH, Urt. v. 4. 5. 1995 – IX ZR 256/93, ZIP 1995, 926, dazu EWiR § 55 KO 1/95, 691 (*Uhlenbruck*) sowie WuB VI B. § 17 KO 2.95, S. 1029 (*Paulus*)) konsequent fortsetzt; sie löst auch in der angemessenen Weise die Ungereimtheit auf, dass sich ein Insolvenzgläubiger nach Ansicht des IX. Zivilsenats in der Krise und gar erst im bereits eröffneten Verfahren ein Vorzugsrecht auf abgesonderte Befriedigung verschaffen darf.

Was den bei Entscheidungen zum alten Recht unerlässlichen prognostischen Teil anbelangt, wie nämlich der BGH den selben Fall unter der Ägide der InsO entscheiden wird, darf man nach der „Absegnung“ dieses Judizes durch den Insolvenzenat getrost davon ausgehen, dass die Entscheidung die Weichen zu Gunsten sowohl des § 96 Abs. 1 Nr. 1 als auch des § 105 InsO gestellt hat. Die Unangreifbarkeit der Weiterbenutzung von Baugerätschaften dürfte sich damit als eine (im betroffenen Einzelfall gewisslich schmerzhaft empfundene) Einzelfallepisode darstellen.