

Leitsätze des Gerichts:

1. Nach § 7 Abs. 5 GesO ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung schon in der Person des später aufrechnenden Gläubigers bestand. § 55 Nr. 3 KO gilt entsprechend.
2. Der Aufrechnende muss beweisen, dass die Aufrechnungslage schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestand. Die Kenntnis i. S. d. § 55 Nr. 3 KO muss der Verwalter beweisen.

BGH, Urt. v. 27. 2. 1997 – IX ZR 79/96, ZIP 1997, 649 (OLG Naumburg) +

**Kurzkomentar:**

*Christoph Georg Paulus, Dr. iur., LL.M., Universitätsprofessor in Berlin*

1.1 Es ist offenbar eine unendliche Geschichte – das Verhältnis von Aufrechnung zur Insolvenzanfechtung; und zwar für Wissenschaft und Praxis (zu Ersterem Paulus, ZIP 1997, 569 mit vielfachen Rechtsprechungsnachweisen, zu Letzterem die vorliegende Entscheidung des BGH). Das ist um so verständlicher, als derzeit die einzigartige und vom hier entscheidenden Senat weidlich genutzte Chance besteht, seine Argumente aus drei verschiedenen Gesetzen (KO, GesO und InsO) zusammenzuklauben. Der hierdurch eröffnete Freiraum erinnert in seiner Weite an die Gestaltungsmöglichkeiten, die ansonsten dem auf der Grundlage der equity entscheidenden US-amerikanischen Bankruptcy Judge vorbehalten zu sein scheint.

1.2 Der gegenwärtige Fall spielte sich im Anwendungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung ab: Die spätere Gemeinschuldnerin verkaufte an die Beklagte Waren, ohne dass diese sogleich bezahlte. 10 Tage vor der Stellung des Eigenantrags auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens erwarb die Beklagte im Wege der Abtretung von einer Gläubigerin deren Forderung gegen die spätere Gemeinschuldnerin. Als der klagende Verwalter des nunmehr eröffneten Insolvenzverfahrens den Kaufpreis von der Beklagten einforderte, rechnete diese mit der erworbenen Forderung auf.

2. Beschränkt man sich bei der Subsumtion des Falles auf die Gesamtvollstreckungsordnung, so verhilft dem Verwalter allenfalls eine Anfechtung nach deren § 10 zu dem von ihm angestrebten Ziel. Das empfindet der BGH jedoch offenbar als unbillig (das heißt also: als einen Verstoß gegen die aequitas oder equity), da er mit langen Ausführungen unter anderem zum künftigen § 96 Nr. 3 InsO die Anwendbarkeit des § 55 Nr. 2 und 3 KO auch im Beitrittsgebiet begründet. Auf diese Weise unterfällt die Aufrechnung der Beklagten einem strikten Verbot – und nicht der wegen der weiter reichenden subjektiven Voraussetzungen ohnedies

schwerer zu erlangenden Rechtsfolge der anfechtungsrechtlichen Rückgewährpflicht.

3. Die Entscheidung überrascht deswegen, weil sich der BGH in früheren Urteilen, die sich mit der Aufrechnung im Anwendungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung auseinandersetzen, explizit von seiner zur Rechtslage unter der Konkursordnung vertretenen Ansicht abgesetzt und auf die Eigenständigkeit der Gesamtvollstreckungsordnung verwiesen hatte (Nachweise bei *Paulus*, ZIP 1997, 569, 574 f mit Fußn. 45 und 47). Insoweit wäre dem BGH also dogmatische Inkonsequenz vorzuwerfen. Doch wies der vorliegende Fall eine zusätzliche, in der Praxis wohl nicht ganz unbekannt (um es dezent zu formulieren) Nuance auf, die das Billigkeitsstreben des Senats höchst nachvollziehbar macht und im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit rechtfertigt: Der Verwalter hatte nämlich vorgetragen, dass die Abtretung selbst erst nach Verfahrenseröffnung stattgefunden habe und dass lediglich die Abtretungsurkunde vordatiert worden sei.

Das Berufungsgericht, das offenbar allein von einer Anfechtbarkeit nach §10 GesO ausging, hatte die Beweislast für diese Behauptung konsequenterweise dem Verwalter auferlegt. Hinsichtlich der Beweislast des §55 KO jedoch differenziert der BGH: Bei dessen Nr. 1 und 2 gehöre der Zeitpunkt, zu dem die Aufrechnungslage entstanden ist, zu den vom Aufrechnenden zu beweisenden, weil ihm günstigen Umständen; nur bei Nr. 3 liege die Beweislast beim Verwalter. Sollte diese Variante einschlägig sein, so der BGH, müsse sich das Berufungsgericht mit der Behauptung des Klägers auseinandersetzen, der zufolge die Beklagte die Zahlungseinstellung bereits zum Zeitpunkt der datierten Abtretung gekannt habe. Diese Ermahnung ist deswegen befremdlich, weil die Vorinstanz das gesamte Vorbringen des Verwalters hinsichtlich des Fälschungsverdachts als unsubstantiiert zurückgewiesen und sich deswegen naturgemäß nicht mit der Frage der Kenntnis der Beklagten beschäftigt hat. Offenbar nimmt der BGH diesen Verdacht jedoch so ernst, dass er insoweit – und das ist für die Praxis höchst bedeutsam – die Anforderungen an die Substantiierungslast des beweispflichtigen Verwalters herunterschraubt.