

## Insolvenz- und Verfahrensrecht

### BGH: Anspruch des Werkbestellers auf Sicherstellung der Gewährleistungsansprüche im Konkurs des Unternehmers

Dargestellt und erläutert von Rechtsanwalt Klaus Simon, Düsseldorf

Gem. § 54 III KO kann der Gläubiger einer aufschiebend bedingten Forderung Sicherstellung verlangen. Der BGH befaßt sich mit der Frage, ob bisher nicht bekannte, allenfalls mögliche Mängel eine Bedingung i. S. des § 54 III KO darstellen und dem Werkbesteller ein Sicherstellungsanspruch gegen den Konkursverwalter im Verfahren über das Vermögen des Unternehmers zusteht.

**Leitsatz des Gerichts:** Ein Werkbesteller kann im Konkurs des Unternehmens nicht Sicherstellung verlangen wegen bisher nicht bekannter, allenfalls möglicher Mängel des abgenommenen Werks.

BGH, Urteil vom 24. 3. 1994 – IX ZR 149/93

**Sachverhalt:** Der Kl. macht als Verwalter im Konkurs über das Vermögen der W-GmbH eine unstrittige Restwerklohnforderung aus Tiefbauarbeiten gegen die Bekl. als Bestellerin geltend. Die Gemeinschuldnerin hatte die zugrundeliegenden Arbeiten vor Konkursöffnung vollständig ausgeführt. Mängel sind daran bisher nicht aufgetreten. Ein Sicherheitseinbehalt für den Gewährleistungsfall war vertraglich nicht vereinbart worden. Die Bekl. meint, sie könne gem. § 54 III KO in Höhe der Klageforderung Sicherstellung auch wegen früherer, bereits voll bezahlter Werkleistungen verlangen. LG und OLG haben sich dieser Auffassung angeschlossen und der Klage auf Zahlung von 55 830 DM nur ohne Zinsen und Zug um Zug gegen Sicherstellung in gleicher Höhe stattgegeben. Dagegen richtet sich die zugelassene Revision des Kl.

**Entscheidungsinhalt:** Die Revision des Klägers hatte Erfolg. Nach Auffassung des BGH kann der Kläger Zahlung des restlichen Werklohns (§ 631 I BGB) fordern, ohne daß die Beklagte Sicherstellung verlangen darf.

1. Gem. § 54 I KO wird die Aufrechnung im Konkursfälle u. a. nicht dadurch ausgeschlossen, daß die aufzurechnende Forderung zur Zeit der Verfahrenseröffnung noch bedingt war. Mit einer aufschiebend bedingten Forderung kann zwar erst bei Bedingungseintritt aufgerechnet werden (RGZ 68, 340 [342]; Jaeger/Lent, KO, 8. Aufl., § 54 R.dn. 6). Ihr Gläubiger kann aber schon vorher nach § 54 III KO Sicherstellung insoweit verlangen, als die Forderung der von ihm einzuzahlenden Schuld gleichkommt.

a) Eine Forderung ist nicht nur dann bedingt i. S. des § 54 KO, wenn sie unter einer rechtsgeschäftlichen Bedingung (§ 158 BGB) steht. Vielmehr ist der Begriff der Bedingung gemäß dem Zweck der Vorschrift weit auszulegen und kann auch gesetzliche Voraussetzungen für das Entstehen einer Forderung umfassen (RGZ 58, 11; BGH, NJW 1990, 1301; Jaeger/Lent, § 54 R.dn. 9; Kuhn/Uhlenbruck, § 54 R.dn. 5). Unter diesem Gesichtspunkt sind als bedingt angesehen worden:

Ersatzansprüche gem. §§ 17, 26 KO durch den Fall der Konkursöffnung (BGHZ 15, 333 [335] = NJW 1995, 259 = LM § 55 KO Nr. 1; vgl. aber auch BGHZ 116, 156 [158f.] = NJW 1992, 507 = LM H. 3/1992, § 17 KO Nr. 29),

Rückgriffsansprüche des Bürgen oder Hypothekenbestellers nach §§ 774, 1143 BGB durch den Fall der erfolgreichen Inanspruchnahme (RG, JW 1936, 3126; BGH, NJW 1960, 1295 = LM § 68 KO Nr. 2 = WM 1960, 720f.),

künftige Ansprüche des Gesellschafters auf das Auseinandersetzungsgut haben (BGH, NJW 1989, 453 = LM § 738 BGB Nr. 13 = ZIP 1988, 1545 [1546])

sowie die Verpflichtung des Beauftragten nach § 667 BGB für den Fall, daß er aus der Geschäftsbesorgung etwas erlangt (BGHZ 71, 380 [384f.] = NJW 1978, 1802).

Es muß aber stets ein Element am rechtlichen Entstehen des Anspruchs selbst fehlen. Nach Ansicht des Senats handelt es sich bei der Ungewißheit, ob ein Gewährleistungsanspruch be-

steht oder als solcher innerhalb eines bestimmten künftigen Zeitraums tatsächlich erkannt werden wird, nicht um eine derartige Bedingung. Dieses bloße Aufklärungsrisiko soll § 54 KO dem Gläubiger nicht abnehmen oder erleichtern.

b) Nur darum geht es beim Einbehalt zur Sicherung wegen denkbarer Werkmängel (ebenso i.E. OLG Hamburg, WM 1988, 1895 f.; *Kilger/K. Schmidt*, § 54 Anm. 3b; *Hess/Kropshofer*, KO, 4. Aufl., § 54 Rdn. 18). Der Mängelbeseitigungsanspruch nach § 633 BGB sowie weitergehende Gewährleistungsrechte (§§ 634 f. BGB) entstehen spätestens mit der Abnahme des Werks. Der Unternehmer hat das Werk so herzustellen, daß es jedenfalls zur Zeit der Abnahme vertragsgemäß und mangelfrei ist (*Ganzmann*, in: RGRK, 12. Aufl., § 633 Rdn. 4). Bis dahin trägt er gem. § 644 I 1 BGB die Vergütungsgefahr. Allein eine Beschaffenheit, die das Werk wenigstens im Keim schon im Zeitpunkt der Abnahme (§ 640 BGB) hat, kann ein Gewährleistungsrecht begründen. Mit der Abnahme entsteht der Nachbesserungsanspruch (vgl. BGHZ 96, 111 [117 f.]). Von diesem Augenblick an können dem Besteller Forderungen gem. §§ 633 ff. BGB zustehen. Demgemäß beginnen nach § 638 I 2 BGB mit der Abnahme auch die Ansprüche des Bestellers zu verjähren. Daß eine Fehlerhaftigkeit möglicherweise erst später an ihren Auswirkungen erkennbar wird, berührt das Bestehen des Anspruchs nicht. Insbesondere hängt dieser nicht im Sinne einer Bedingung davon ab. Schwierigkeiten in der Ermittlung derartiger Ansprüche rechtfertigen dementsprechend keine Feststellungsklage wegen bisher nicht erkannter weiterer Werkmängel (BGH, NJW 1992, 697).

c) Allein dieses Verständnis entspricht auch dem Zweck des § 54 KO. Die dem Gläubiger durch §§ 53 ff. KO eingeräumte Aufrechnungsbefugnis wirkt im Konkurse wie ein Absonderungsrecht, da sich der Berechtigte aus seiner eigenen Schuld an die Masse unter Ausschluß der übrigen Konkursgläubiger voll befriedigen darf (BGH, NJW 1960, 1295; *Kuhn/Uhlenbruck*, § 53 Rdn. 15). Sie schützt das Vertrauen desjenigen Gläubigers dessen Gegenforderungen rechtlich – sei es auch nur bedingt – bestehen, in die Sicherung, die ihm die Aufrechnungslage sogar im Konkursfalle bietet (BGHZ 2, 300 [305 f.]). Dieser Gesichtspunkt begrenzt zugleich den Kreis von Rechtspositionen, die einen solchen Schutz verdienen. Denn es geht jeweils darum, daß eine bloße Konkursforderung ausnahmsweise eine bevorzugte Befriedigung im Konkurse erhält. Wegen der darin liegenden Einschränkung des Gebots der Gleichbehandlung aller Gläubiger im Konkurse darf die Sicherungswirkung der Aufrechnungslage nicht zu weit ausgedehnt werden. Sie ist nur gegeben, wenn gegenwärtig wenigstens der rechtliche Bestand eines – sei es auch aufschiebend bedingten – Anspruchs gewiß ist. Wer hingegen nicht einmal mit Sicherheit dartun kann, daß ihm eine Gegenforderung zusteht, kann nicht gem. § 387 BGB aufrechnen. Ihm gewährt auch § 54 III KO nicht die Befugnis, eine Sicherung lediglich für den Fall durchzusetzen, daß ihm später eine Gegenforderung möglicherweise noch bekannt werden wird. Durch derartige Zufälligkeiten darf die Abwicklung des Konkurses nicht verzögert werden. Schwierigkeiten allein in der Ermittlung möglicher Gegenforderungen rechtfertigen keine Besserstellung gegenüber anderen Konkursgläubigern.

**Anmerkung:** Der BGH entscheidet erstmalig zu vorliegender Fragestellung und nimmt an, daß mögliche bisher nicht tatsächlich in Erscheinung getretene Mängel es nicht rechtfertigen, die Zahlung des Werklohns im Konkurs an den Konkursverwalter zu verweigern. Bereits das OLG Hamburg hatte ebenso entschieden (WM 1988, 1895). Die Literatur war dem OLG Hamburg gefolgt (*Kilger/K. Schmidt*, § 54 Anm. 3b; *Hess/Kropshofer*, § 54 Rdn. 18). Die bloße Möglichkeit des Eintritts eines Gewährleistungsfalles stellt laut BGH keine Bedingung i. S. d. § 54 III KO dar. Zutreffend weist der BGH darauf hin, daß derartige Zufälligkeiten die Abwicklung des Konkursverfahrens nicht verzögern dürfen.

Für den Konkursverwalter ergibt sich aus dem Urteil die Notwendigkeit, Werklohnansprüche zügig geltend zu machen. Je länger er abwartet, desto eher dürften sich Mängel am Werk zeigen, die dann dem Werklohnanspruch entgegen gesetzt werden können. Für den Werkbesteller ist die Rechtslage unbefriedigend. Für den Zeitraum des Laufs der Gewährleistungsfristen hat er ein Sicherungsbedürfnis, das er nicht befriedigt erhält. Solange er Mängel nicht substantiiert darlegen kann, hat er den Werklohn zu zahlen. Tritt nach Zahlung ein Mangel auf, kann er den Gewährleistungsanspruch nur noch zur Konkurstabelle anmelden. Diesen Nachteil hat der Werkbesteller wegen der Konkurszwecke, die eine zügige Abwicklung fordern, hinzunehmen. Offen bleibt, ob der Werkbesteller sich – anders als im vorliegenden Fall geschehen – durch Vereinbarung der gemeinhin üblichen Sicherheitseinbehalte helfen kann. Aber auch insoweit ergeben sich Zweifel. Fraglich ist nämlich, ob der vertraglich vereinbarte Sicherheitseinbehalt dem Sicherungsbedürfnis genügt. Wählt der Konkursverwalter gem. § 17 KO Erfüllung des Vertrages oder wurde der Vertrag von einer Seite vollständig erfüllt, so daß § 17 KO kein Wahlrecht gewährt, dann gilt der vertraglich vereinbarte Sicherheitseinbehalt und der Konkursverwalter ist daran gebunden. Diese Konstellation ist aber die Ausnahme. Regelmäßig wählt der Konkursverwalter nicht die Erfüllung gem. § 17 KO. Eine beiderseits nicht vollständige Erfüllung, mithin das Wahlrecht ist bereits gegeben, wenn der vertraglich vereinbarte Sicherheitseinbehalt auf Bestellerseite aussteht und Mängel auf Unternehmerseite zu beseitigen sind (*Kuhn/Uhlenbruck*, § 17 KO, Rdn. 18 u. a. E.). Mit dem Nichteintritt durch den Konkursverwalter wandelt sich das Vertragsverhältnis in ein Abrechnungsverhältnis (BGH, ZIP 1986, 382). Der Sicherheitseinbehalt wird zu einer von anderen Positionen, die in das Abrechnungsverhältnis einzustellen sind (*Kuhn/Uhlenbruck*, § 17 KO, Rdn. 36 a). Der Sicherungszweck des Einbehalts droht verloren zu gehen, weil der Sicherheitseinbehalt auszuzahlen ist, wenn sich in der Abrechnung ein Saldo zugunsten des Unternehmers ergibt. Obwohl vom BGH noch nicht ausdrücklich entschieden, ist ein solches, den Sicherheitseinbehalt zunichte machendes Ergebnis im Hinblick auf BGH ZIP 1986, 382 zu erwarten. Dem Besteller hilft dann nur noch die Gewährleistungsbürgschaft.

**Dokumentation:** Urteil des BGH vom 24. 3. 1994 – IX ZR 149/93 (Vorinstanz OLG Hamm), Originalabdruck in NJW 1994, 1649. – Aus der Rechtsprechung: BGH ZIP 1986, 382; OLG Hamburg WM 1988, 1895 f.; BGH NJW 1992, 507. – Aus der Literatur: *Kuhn/Uhlenbruck*, § 54 KO, Rdn. 4f. und § 17 KO, Rdn. 18 u. 36 a; *Hess/Kropshofer*, § 54 Rdn. 18; *Kilger/K. Schmidt*, § 54 Anm. b.