

## Insolvenzrecht

### OLG Düsseldorf: Geltendmachung einer vor Konkursöffnung fällig gewordenen Abschlagszahlung eines der VOB unterliegenden Bauvertrages durch Konkursverwalter

**Leitsätze des Gerichts:** 1. Der formgültig namens einer BGB-Gesellschaft – hier einer Bau-ARGE – ausgestellte Scheck ist als von den Gesellschaftern dieser Gesellschaft ausgestellt anzusehen, da die im Namen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts abgegebenen Willenserklärungen regelmäßig im Namen der Gesellschafter abgegeben sind. Jeder der Gesellschafter haftet daher für die Scheckverbindlichkeit.

2. Das einzelne in Anspruch genommene, gesamtschuldnerisch haftende Mitglied einer BGB-Gesellschaft kann gegenüber dem gegen ihn gerichteten Anspruch jedenfalls dann nicht mit einer Gegenforderung der Gesellschaft aufrechnen, wenn es nicht zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist.

3. Wird ein Bauvertrag, für den die Geltung der Verbindungsordnung für Bauleistungen (VOB) vereinbart worden ist, in Ansehung der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Werkunternehmers vom anderen Teil nach Maßgabe des § 8 Nr. 2 I VOB/B gekündigt, so kann eine bereits vor Konkursöffnung fällig gewordene Abschlagszahlung auch nach der Kündigung des Vertrags als „unbestrittenes Guthaben“ i.S. des § 16 Nr. 3 I 3 VOB/B isoliert als Abschlagszahlung geltend gemacht werden.

4. Gegenüber einem vor Konkursöffnung bestandenem Vergütungsanspruch eines in Konkurs geratenen Werkunternehmers kann der Vertragspartner nicht mit einem ihm etwa nach Maßgabe des § 8 II 2 VOB/B zustehenden Schadensersatzanspruchs aufrechnen; einer derartigen Aufrechnung steht § 55 Nr. 2 KO entgegen, da der Schadensersatzanspruch erst nach Konkursöffnung entstanden ist.

5. Dem Aufrechnungsverbot des § 55 Nr. 2 KO unterliegt auch ein Schadensersatzanspruch, der zeitgleich mit der Konkursöffnung dadurch entstanden ist, daß sich ein gegenseitiger Vertrag zwischen dem Gemeinschuldner und einem Dritten durch die Verfahrenseröffnung in der Weise umgestaltet hat, daß die Erfüllungsansprüche erloschen sind und an ihre Stelle der vorgenannte einseitige Anspruch des Dritten auf Schadensersatz getreten ist.

Urteil vom 2. 5. 1996 – 6 U 8/95 (nicht rechtskräftig)

**Aus den Gründen:** II. In der Sache hat die Berufung der Beklagten keinen Erfolg, weil das Landgericht die Beklagte im Ergebnis zu Recht zur Zahlung des mit der Klage geltend gemachten Betrags in Höhe von 186 618 DM verurteilt hat. Dem Kläger steht nämlich aus dem von der S-Bau-AG namens der ARGE S am 19. 10. 1992 ausgestellten Scheck gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung der Schecksumme zu.

1. Dieser Zahlungsanspruch findet seine Rechtsgrundlage in Art. 12 ScheckG in Verbindung mit Art. 40, 45 Nr. 1 ScheckG, wobei sich die Anspruchsberechtigung des Klägers als Konkursverwalter aus § 6 KO ergibt, während die Haftung der Beklagten daraus herzuleiten ist, daß sie eine der Gesellschafterinnen der ARGE S ist.

a) In ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der ARGE S ist die Beklagte als Ausstellerin des im übrigen formgültigen und wirksam begebenen Schecks anzusehen.

Zwar ist der in Rede stehende Scheck nach seinem Wortlaut namens der „ARGE S“ ausgestellt worden, bei der es sich um einen vorübergehenden Zusammenschluß von selbständigen Unternehmen zur gemeinsamen Ausführung eines bestimmten Bauauftrags, mithin um eine als Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu qualifizierenden Gelegenheitsgesellschaft mit Gesamthandsvermögen handelt. ... Dies steht jedoch einer Haftung der Beklagten aus dem Scheck letztlich nicht entgegen. Vielmehr ist der formgültig namens der Gesellschaft „ARGE S“ ausgestellte Scheck als von den Gesellschaftern dieser Gesellschaft ausgestellt anzusehen, da die

im Namen einer BGB-Gesellschaft abgegebenen Willenserklärungen regelmäßig im Namen der Gesellschafter abgegeben sind. ...

b) Ist mithin die Beklagte als Scheckverpflichtete i.S. des Art. 12 ScheckG anzusehen, so liegen auch die weiteren in Art. 40 ScheckG normierten Voraussetzungen für eine Haftung der Beklagten im Wege des Rückgriffs vor. Der am 19. 10. 1992 ausgestellte Scheck ist am 23. 10. 1992 und damit innerhalb der in Art. 29 I, 41 I ScheckG normierten Vorlegungsfrist vorgelegt und nicht eingelöst worden, wobei dieser Vorgang auch durch eine dem Art. 40 Nr. 2 ScheckG entsprechende schriftliche Erklärung der bezogenen Bank auf den Scheck festgestellt worden ist.

2. Die somit wirksam entstandene scheckrechtliche Rückgriffsforderung des Klägers ist auch nicht nach §§ 387, 389 BGB durch Aufrechnung mit einem Gegenanspruch erloschen. ...

a) Ohne Erfolg beruft die Beklagte sich insbesondere darauf, sie könne aus eigenem Recht den der Gesamthand der in der ARGE S zusammengeschlossenen BGB-Gesellschaften zustehenden Schadensersatzanspruch geltend machen und dementsprechend auch mit ihm aufrechnen. Eine Aufrechnung setzt die Gegenseitigkeit von Haupt- und Gegenforderung voraus, was einschließt, daß der Schuldner nur mit einer ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderung aufrechnen kann (vgl. *Palandt/Heinrichs*, BGB, 55. Aufl., § 387 Rdn. 5 u. 6 m. w. Nachw.). Diese Voraussetzung ist hier ... nicht erfüllt. Denn der zur Aufrechnung gestellte Schadensersatzanspruch stand, sieht man von der umstrittenen Abtretung ab, nicht der Beklagten (allein), sondern gegebenenfalls der Gesamthand der in der ARGE S zusammengeschlossenen BGB-Gesellschaftern zu. (*Wird ausgeführt.*)

3. Dem somit weiterhin bestehen gebliebenen Scheckanspruch kann die Beklagte auch nicht nach Maßgabe des § 821 BGB die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung entgegenhalten.

In einem Fall wie dem vorliegenden, in dem der Scheck durch die bezogene Bank nicht eingelöst worden ist, kann nach herrschender Meinung, der der Senat folgt, der Aussteller des Schecks gegenüber dem scheckrechtlichen Rückgriffsanspruch, dem er auch ausgesetzt ist, dann nach §§ 821, 812 II BGB die Bereicherungseinrede erheben, wenn für die Hingabe des Schecks kein Rechtsgrund besteht, etwa weil das Grundgeschäft wegen eines Willens-, Form- oder sonstigem Mangels nichtig ist, oder wenn der Rechtsgrund für die Begebung des Schecks später weggefallen ist (vgl. RGZ 124, 65 [67]; BGHZ 57, 292 [300]; BGH, WM 1960, 253 [255]; *Baumbach/Hefermehl*, WLV ScheckG, 10. Aufl., Einl. WG, Rdn. 38 und Art. 17 WG, Rdn. 67 und Einl. ScheckG, Rdn. 18; *Hueck/Canaris*, Recht der Wertpapiere, 12. Aufl., § 20 I 1, S. 146; *Zöllner*, Wertpapierrecht, 14. Aufl., § 5 II und III, S. 29 ff.). Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht gegeben. Denn die der Scheckbegebung zugrundeliegende Werklohnforderung ist sowohl wirksam entstanden als auch in der Folgezeit bestehen geblieben. (*Wird ausgeführt.*)

b) ... aa) ... Zwar wird nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, der auch der Senat folgt, ein gegenseitiger Vertrag, der – wie hier – zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens noch nicht vollständig erfüllt ist, durch die Verfahrenseröffnung grundsätzlich in der Weise umgestaltet, daß der Erfüllungsanspruch erlischt und an seine Stelle der einseitige Anspruch des anderen Teils auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 26 KO) tritt (vgl. BGHZ 103, 250 [252]; BGHZ 106, 236 [342]; BGHZ 116, 156 [158]; BGH, NJW 1995, 1966 [1967]). Dabei bleibt der Erfüllungsanspruch prinzipiell auch dann erloschen, wenn der Konkursverwalter von dem ihm nach § 17 KO eingeräumten Wahlrecht in der Weise Gebrauch macht, daß er die weitere Vertragserfüllung verlangt. Denn dies führt nur dazu, daß der untergegangene Anspruch gegen den Vertragspartner wieder entsteht, indem der Anspruch mit seinem bisherigen Inhalt neu begründet wird (vgl. BGH, aaO).

Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht ohne Einschränkung. Die mit der Konkursöffnung und dem etwaigen Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters verbundenen Rechtsfolgen sind vielmehr – wie der BGH in seiner Entscheidung vom 4. 5. 1995 einschränkend festgestellt hat (vgl. BGH, NJW 1995, 1966) – im Falle einer teilbaren Leistung auf den Teil der Gegenleistung zu beschränken, der auf die zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch ausstehende Erfüllungsleistung der Masse entfällt. Dies bedeutet, daß bei teilweise erbrachten Leistungen des Gemeinschuldners mithin die auf diesen Teil entfallende Gegenleistung

weder durch die Eröffnung des Konkursverfahrens noch durch das etwaige Erfüllungsverlangen des Konkursverwalters berührt wird (vgl. BGH, NJW 1995, 1966 [1967]; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl., § 17 KO, Rdn. 71 ff. und 80). Der Anspruch auf die der erbrachten Teilleistung entsprechende Gegenleistung bleibt daher als Erfüllungsanspruch bestehen. (Wird ausgeführt.)

dd) Schließlich steht der Beklagten auch kein Leistungsverweigerungsrecht zu, auf welches sie sich hilfsweise für den Fall berufen hat, daß eine wirksame Abtretung der Schadensersatzforderung an sie nicht nachgewiesen werden könne. Zwar ist in der Tat in Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, daß der von einem Gesellschaftsgläubiger im Rahmen seiner gesamtschuldnerischen Mithaftung in Anspruch genommene Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts die von ihm geschuldete Leistung mit Rücksicht auf eine der Gesellschaft wegen einer Gegenforderung zustehende Aufrechnungsbefugnis verweigern darf, wobei dieses Leistungsverweigerungsrecht teilweise aus einer analogen Anwendung des § 129 III HGB und teilweise aus dem Wesen der sogenannten Doppelverpflichtung der Gesamthand sowie der einzelnen Gesellschafter hergeleitet wird (vgl. BGHZ 38, 122 [127 f.] für Erbengemeinschaft; BGHZ 42, 396 [397]; Palandt/Thomas, § 719 Rdn. 6; Ulmer, in: MünchKomm, 2. Aufl., § 714 Rdn. 41 und § 719 Rdn. 11 m. w. Nachw.; v. Gamm, in: RGRK, 12. Aufl., § 719 Rdn. 10). Voraussetzung ist aber, daß der Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Gegenforderung zusteht und sie mit dieser auch aufrechnen kann (vgl. BGHZ 38, 122 [128]; BGHZ 42, 396 [397]; Palandt/Thomas, aaO). Gerade letzteres ist hier jedoch nicht der Fall.

Auch in diesem Zusammenhang braucht dabei nicht entschieden zu werden, ob der ARGE S gegenüber dem Kläger der geltend gemachte Schadensersatzanspruch zusteht oder nicht. Denn der ARGE S wäre eine Aufrechnung mit diesem Schadensersatzanspruch jedenfalls nach § 55 Nr. 2 KO versagt. Nach dieser Vorschrift ist eine Aufrechnung dann ausgeschlossen und unzulässig, wenn jemand dem Gemeinschuldner vor Konkurseröffnung etwas schuldig war und nach derselben eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, auch wenn diese Forderung vor der Eröffnung des Konkursverfahrens bereits für einen anderen Gläubiger entstanden war. Diese Situation ist im Streitfall gegeben.

Wie bereits in anderem Zusammenhang (vgl. Ziffer II. 3. a der Entscheidungsgründe) ausgeführt worden ist, ist der hier in Rede stehende Anspruch der Gemeinschuldnerin auf Teilvergütung bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens über ihr Vermögen entstanden und fällig geworden, wobei er auch anlässlich der Konkurseröffnung als Erfüllungsanspruch erhalten geblieben ist (vgl. Ziffer II. 3. b. aa der Entscheidungsgründe). An dem vorgenannten Zeitpunkt der Entstehung und der Fälligkeit des Teilvergütungsanspruchs hat sich, sollte hier die Verdingungsordnung für Bauleistungen Anwendung finden, im übrigen auch nichts dadurch geändert, daß der zunächst nach Maßgabe des § 16 Nr. 1 VOB/B entstandene und fällig gewordene Anspruch auf Abschlagszahlung infolge der Vertragskündigung in dem Anspruch auf Schlußzahlung aufgegangen ist und nunmehr lediglich als Abschlagszahlung eines „unbestrittenen Guthabens“ nach § 16 Nr. 3 I S. 3 VOB/B isoliert geltend gemacht werden kann (vgl. hierzu Ziffer II. 3. b. bb der Entscheidungsgründe). Denn in der Schlußrechnung ist der Anspruch auf Abschlagszahlung als ein bereits vor Entstehung des Schlußabrechnungsverhältnisses entstandener und fälliger Forderungsteil eingeflossen, der in bezug auf den Entstehens- und Fälligkeitszeitpunkt auch sein Wesen nicht verändert hat, sondern lediglich in bezug auf seine Geltendmachung den Regeln der Schlußabrechnung unterliegt (vgl. BGH, NJW 1985, 1840 [1841]).

Die Schadensersatzforderung, deren Aufrechnungsmöglichkeit hier in Rede steht, haben die in der ARGE S gesamthänderisch zusammengeschlossenen BGB-Gesellschafter jedoch erst zu einem Zeitpunkt erlangt, der es ihnen nach § 55 Nr. 2 KO versagt, mit ihr gegenüber dem Werklohnanspruch des Klägers aufzurechnen. Dabei kann hier offen bleiben, welche Rechtsgrundlage für die Geltendmachung des etwaigen Schadensbegehrens der ARGE S in Betracht kommt. Denn in jedem Fall ist das Schadensersatzbegehren rechtlich als nach der Eröffnung des Konkursverfahrens entstanden anzusehen.

Dies gilt namentlich, soweit die Beklagte sich vor allem darauf beruft, der ARGE S stehe ein Anspruch aus § 8 Nr. 2 II 2 VOB/B

zu. Denn jener Anspruch setzt – wie sich aus § 8 Nr. 2 I VOB/B ergibt – sowohl die Eröffnung eines Konkursverfahrens als auch eine darauf gestützte Vertragskündigung voraus (vgl. Ingenstau/Korbion, VOB, 12. Aufl., § 8 VOB/B, Rdn. 65 ff.). Entgegen einer in der Literatur vertretenen Ansicht (vgl. Kubn/Uhlenbruck, KO, 11. Aufl., § 55 Rdn. 10 g; Heidland, BauR 1981, 21 [25]; Rosenberger, BauR 1975, 233) kann daher mit dem Schadensersatzanspruch aus § 8 Nr. 2 S. 2 VOB/B nicht gegenüber einem vor Konkurseröffnung entstandenen und fällig gewordenen Werklohnanspruch der Gemeinschuldnerin aufgerechnet werden. Soweit in diesem Zusammenhang die Auffassung vertreten wird, der Schadensersatzanspruch sei bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens aufschiebend bedingt entstanden, kann dem nicht gefolgt werden. Auch wenn man in Übereinstimmung mit der in Literatur und Rechtsprechung herrschenden Meinung davon ausgeht, daß unter dem Begriff der Bedingung im Sinne des § 54 KO nicht nur rechtsgeschäftlich begründete, sondern auch gesetzlich normierte Bedingungen fallen (vgl. BGHZ 15, 333 [335]; BGH, WM 1960, 720; Kubn/Uhlenbruck, aaO, § 54 Rdn. 5 m. w. Nachw.), handelt es sich bei dem Schadensersatzanspruch aus § 8 Nr. 2 II 2 VOB/B nicht um einen solchen bereits vor Konkurseröffnung bedingt entstandenen Anspruch. Zu berücksichtigen ist nämlich, daß das den Regreßanspruch begründende Rechtsverhältnis nicht bereits – auch nicht ansatzweise – mit dem Abschluß des Bauvertrages, sondern erst dann entsteht, wenn über das Vermögen eines der Vertragspartner das Konkursverfahren eröffnet worden ist und der andere Teil deshalb das Vertragsverhältnis gekündigt hat. Vor der Konkurseröffnung bestehen hingegen lediglich die beiderseitigen Erfüllungsansprüche aus dem Bauvertrag, bei denen es sich jedoch um völlig andere, vom Schadensersatzanspruch verschiedene Ansprüche handelt, denen der Schadensersatzanspruch auch nicht latent in „bedingter Form“ innewohnt. Dies hat zur Folge, daß der Schadensersatzanspruch des § 8 Nr. 2 II 2 VOB/B hier erst aufgrund der Kündigung der ARGE S und damit nach Konkurseröffnung entstanden ist, so daß mit ihm gemäß § 55 Nr. 2 KO nicht gegenüber dem vor Konkurseröffnung entstandenen Werklohnanspruch der Gemeinschuldnerin aufgerechnet werden kann.

Im Ergebnis gleiches gilt auch, soweit § 8 Nr. 2 VOB/B aus irgendwelchen Gründen nicht zum Zuge kommt. Denn auch in bezug auf die Entstehung eines Schadensersatzbegehrens auf der Basis einer etwa in Betracht zu ziehenden gesetzlichen Anspruchsgrundlage – wie etwa aus § 26 KO oder aus dem Rechtsinstitut der positiven Vertragsverletzung – kommen hier nur solche Ereignisse in Betracht, die jedenfalls in rechtlicher Hinsicht als nach Konkurseröffnung geschehen anzusehen sind. Wie bereits in anderem Zusammenhang ausgeführt worden ist, wird ein gegenseitiger Vertrag, der – wie hier – zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht vollständig erfüllt ist, durch die Verfahrenseröffnung grundsätzlich in der Weise umgestaltet, daß der Erfüllungsanspruch erlischt und an seine Stelle der einseitige Anspruch des anderen Teils auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung tritt (vgl. BGHZ 68, 379 [380]; BGHZ 89, 189 [195]; BGHZ 96, 392 [394]; BGHZ 103, 250 [252]; BGHZ 106, 236 [242]; BGHZ 116, 156 [258]; BGH, NJW 1995, 1966 [1967]). Dies bedeutet, daß der Schadensersatzanspruch zeitgleich mit der Konkurseröffnung als ein mit Rücksicht auf das dem Konkursverwalter nach § 17 KO eingeräumte Wahlrecht bedingter Anspruch entsteht. Was seine Aufrechnungseignung gegenüber vorkonkurslichen Forderungen des Gesamtschuldners angeht, läßt der Anspruch sich folglich unmittelbar weiter unter § 55 Nr. 2 KO subsumieren, der von einer nach Konkurseröffnung erworbenen Forderung spricht, noch läßt er sich dem Anwendungsbereich des § 54 I KO zuordnen, der voraussetzt, daß die Forderung bereits vor Konkurseröffnung wenigstens bedingt entstanden ist. Es stellt sich folglich die Frage, welcher der beiden vorgenannten gesetzlich normierten Fallgestaltungen der hier zu beurteilende Fall zuzuordnen ist.

Der BGH hat diesbezüglich in zwei älteren Entscheidungen aus den Jahren 1954 und 1978 – allerdings ohne nähere Begründung – die Auffassung vertreten, daß der Konkursgläubiger mit einem anlässlich der Konkurseröffnung entstandenen Schadensersatzanspruch gegenüber einer vorkonkurslichen Forderung des Gemeinschuldners aufrechnen können, weil sein Anspruch bei der Konkurseröffnung bereits aufschiebend bedingt entstanden gewesen sei mit der Folge, daß eine Aufrechnung nach § 54 I KO zulässig

sei (vgl. BGHZ 15, 333 [336]; BGH, NJW 1978, 2508 [2509]). Dieser Ansicht kann jedoch nach Auffassung des Senats jedenfalls bei der hier gegebenen Fallkonstellation nicht gefolgt werden. Wie auch der BGH in zahlreichen späteren Entscheidungen klargestellt hat, bestehen bei einem gegenseitigen Vertrag bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen eines der Vertragspartner allein die beiderseitigen vertraglichen Erfüllungsansprüche (vgl. BGHZ 89, 189 [195]; BGHZ 96, 392 [394]; BGHZ 103, 250 [252]; BGHZ 106, 236 [242]; BGHZ 116, 156 [158]). Erst durch die Konkurseröffnung werden diese in der beschriebenen Weise umgestaltet, so daß infolge der Konkurseröffnung der Schadensersatzanspruch in bedingter Form entsteht. Zuvor hingegen war er auch nicht als bedingte Forderungen existent; dies ergibt sich daraus, daß nach der Gesamtgestaltung des Zivilrechts nichts die Annahme rechtfertigt, jedem vertraglichen Erfüllungsanspruch wohne für den Fall der Nichterfüllung des Vertrages latent ein entsprechender Schadensersatzanspruch inne. Die rechtliche Ausgestaltung der Vorschriften über die Sekundäransprüche spricht vielmehr gegen eine solche Sichtweise.

Läßt sich also die vorliegend zu beurteilende Fallkonstellation nicht unmittelbar dem Anwendungsbereich des § 54 I KO zuordnen, so sprechen im vorliegenden Fall darüber hinaus die überwiegenden Argumente dafür, den in der ARGE S zusammengeschlossenen BGB-Gesellschaftern die hier geltend gemachte Aufrechnungsmöglichkeit in entsprechender Anwendung des § 55 Nr. 2 KO zu versagen. Die Schadensersatzforderung, deren Aufrechnungsmöglichkeit von der Beklagten geltend gemacht wird, ist gegebenenfalls aufgrund, das heißt infolge der Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Gemeinschuldnerin entstanden, so daß sie logisch der Verfahrenseröffnung nachfolgte. Bereits diese logische Nachrangigkeit legt es nahe, die im Zeitpunkt der Konkurseröffnung erfolgte Anspruchsentstehung eher dem Fall einer auch zeitlich nach der Verfahrenseröffnung erfolgten Forderungsentstehung gleichzustellen als sie als eine bereits vor der Eröffnung des Konkursverfahrens entstandene Forderung zu behandeln. Vor allem – und dies ist letztlich entscheidend – ist es aber auch interessengerecht, in einem Fall wie dem vorliegenden es dem Konkursgläubiger zu versagen, mit einem ihm infolge der Konkurseröffnung erwachsenen Anspruch gegen eine Forderung aufzurechnen, die der Gemeinschuldner aus der Zeit vor der Eröffnung des Konkursverfahrens zusteht. § 55 KO beruht nach allgemeiner Meinung auf dem Gedanken, daß die Konkursmasse nach Eröffnung des Verfahrens nicht geschmälert werden soll. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es daher – zusammen mit § 15 KO sowie § 30 KO –, die Masse möglichst vollständig für eine gleichmäßige Befriedigung der Konkursgläubiger zu erhalten und einer ungerechten Benachteiligung der Konkursmasse entgegenzutreten (vgl. RGZ 124, 349; BGHZ 15, 333 [337]; BGHZ 30, 250; *Kuhn/Uhlenbruck*, aaO, § 55 Rdn. 2). Dabei soll durch § 55 Nr. 2 KO verhindert werden, daß jemand nach Eröffnung des Konkursverfahrens durch den Erwerb einer Konkursforderung eine Aufrechnungsmöglichkeit erlangt, durch deren Ausnutzung er sich oder einem anderen zum Nachteil der übrigen Konkursgläubiger volle Befriedigung verschafft (vgl. BGHZ 15, 333 [337]; *Kuhn/Uhlenbruck*, aaO). Wendet man diesen Schutzgedanken konsequent und umfassend an, so erscheint es sach- und interessengerecht, die hier zeitgleich mit der Konkurseröffnung entstandene Schadensersatzforderung dem Aufrechnungsverbot des § 55 Nr. 2 KO zu unterwerfen. Zu beachten ist nämlich insoweit, daß gerade in Fällen der teilweisen Vertragserfüllung das zuvor einheitliche Vertragsverhältnis durch die Konkurseröffnung in zwei Teile aufgespalten wird, von denen der seitens der Gemeinschuldnerin vorkonkurslich erfüllte Teil, für den sie noch die Gegenleistung zu fordern hat, durch den Konkurs möglichst unberührt bleiben soll (vgl. BGH, NJW 1995, 1966 [1967]). Da diese Forderung vor Konkurseröffnung weder rechtlich noch wirtschaftlich mit einer Aufrechnungsmöglichkeit der hier in Rede stehenden Art belastet war, ist es unter Berücksichtigung des vorgenannten Schutzgedankens nicht mehr als billig und gerecht, sie auch nach der Eröffnung des Konkursverfahrens vor einem Erlöschen im Wege der Aufrechnung zu bewahren, um ihren Wert zugunsten aller Konkursgläubiger gleichermaßen realisieren zu können. Billig und gerecht erscheint dies dabei nicht zuletzt auch deshalb, weil ansonsten der aufgrund der Konkurseröffnung etwa zum Schadensersatz berechnete Konkursgläubiger, der hinsichtlich seiner

eigenen vorkonkurslichen Schuld säumig war, infolge der ihm anlässlich der Konkurseröffnung erwachsenen Aufrechnungsmöglichkeit besser stünde als derjenige, der vor Konkurseröffnung seinen Verpflichtungen rechtzeitig nachgekommen ist und seine Schuld gegenüber der späteren Gemeinschuldnerin durch eine Erfüllungshandlung im Fälligkeitszeitpunkt getilgt hat.

Die somit nach Maßgabe des § 55 Nr. 2 KO fehlende Aufrechnungsbefugnis der ARGE S führt hier folglich im Ergebnis dazu, daß die Beklagte sich auch nicht auf ein Leistungsverweigerungsrecht berufen kann. ...

**Anmerkung:** Das OLG Düsseldorf wendet sich in bezug auf die Frage, ob der Schadensersatzanspruch gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B nach erfolgter Kündigung zur Aufrechnung gegen vorkonkursliche Verpflichtungen des Auftraggebers berechtigt, gegen die einheitliche Meinung in der Literatur (vgl. *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., § 55 KO, Rdn. 10 g m. w. Nachw.; vgl. *Ingenstau/Korbion*, VOB, 12. Aufl., § 8 VOB/B, Rdn. 73). Das OLG Düsseldorf beschreitet insoweit in erheblichem Umfang neue Wege. Auch in bezug auf die Frage, ob gegen den Anspruch des Konkursverwalters auf Abschlagszahlung mit dem gemäß § 17 KO entstehenden Schadensersatzanspruch aufgerechnet werden kann, beschreitet das OLG Düsseldorf neue Wege und stellt das bisherige Verhältnis in Rechtsprechung und Literatur insbesondere des § 17 KO auf den Kopf (vgl. BGH, NJW 1978, 2508; *Kuhn/Uhlenbruck*, aaO, § 17 KO Rdn. 36 a; *Korbion/Ingenstau*, aaO). Einheitlich ist man in Rechtsprechung und Literatur davon ausgegangen, daß bei Nichterfüllungswahl gemäß § 17 KO, das Vertragsverhältnis sich in ein Abrechnungsverhältnis umgestaltet, in das die gegenseitigen Leistungen einzustellen sind und nur noch derjenige mit der höheren Leistung etwas beanspruchen kann. In dem das OLG Düsseldorf den Anspruch auf Abschlagszahlung gemäß § 16 VOB/B isoliert herausarbeitet und § 55 Nr. 2 KO anwendet, weil das Abrechnungsverhältnis logisch erst nach Konkurseröffnung entsteht, kommt das OLG Düsseldorf zu einem völlig neuen Verständnis des § 17 KO. Der vor Konkurseröffnung fällige Anspruch der Konkursmasse auf Abschlagszahlung wird zwar noch als Verrechnungsposition in das Abrechnungsverhältnis gemäß § 17 KO eingestellt. Durch die Anwendung des § 55 Nr. 2 KO erhält der Konkursverwalter jedoch das Recht, unabhängig von dieser Einstellung in das Abrechnungsverhältnis den Anspruch geltend zu machen und Zahlung zu verlangen.

Mit Spannung wird zu verfolgen sein, ob sich der Rechtsgedanke des OLG Düsseldorf schließlich durchsetzen wird. Hinsichtlich bereits fälliger Teilleistungen bzw. Abschlagszahlungen erleichtert die Auffassung des OLG Düsseldorf die praktische Durchsetzung dieser Ansprüche in Konkursverfahren erheblich. Während die bisherige Auffassung bei der Geltendmachung von Abschlagszahlungen in Konkursverfahren stets dazu führte, daß eine Flut von Einwänden und Mängeln geltend gemacht wurden, könnte dies durch die Auffassung des OLG Düsseldorf abgeschnitten sein. Zwar könnte der Auftraggeber in das Abrechnungsverhältnis nach wie vor Schadensersatzansprüche und Mängelgewährleistungen einstellen. Bezüglich der Abschlagszahlungen wäre er jedoch zunächst einmal zur Zahlung an die Konkursmasse verpflichtet. Wegen der dann aus dem Abrechnungsverhältnis bestehenden Ansprüche wäre der Auftraggeber auf die Anmeldung zur Konkurstabelle verwiesen. Dort wird er regelmäßig ausfallen. Die praktischen Konsequenzen für den Bauherrn und Auftraggeber sind ebenfalls enorm. Nicht nur, daß er seine Schäden und Gewährleistungen in der Konkurstabelle wiederfindet und damit meistens nicht befriedigt erhält. Nein, der Bauherr und Auftraggeber müßte auch noch die fälligen Abschlagszahlungen voll in die Masse leisten. Es läßt sich erkennen, daß dies in der praktischen Abwicklung von Konkursverfahren einem Bauherrn nur schwerlich klarzumachen sein wird.

Dem OLG Düsseldorf ist insoweit zuzustimmen, als daß das Abrechnungsverhältnis gemäß § 17 KO logisch erst nach Konkurseröffnung entsteht. Es stellt sich allerdings die Frage, ob nicht das Vertragsverhältnis als einheitliches Ganzes gesehen werden muß, welches seinen Ursprung eben vor Konkurseröffnung hatte. Auch stellt sich die Frage, ob nicht § 17 KO im Verhältnis zu § 55 KO die speziellere Norm ist. Schließlich ist daran zu denken, daß bei § 17 KO es nicht um gegenseitige Aufrechnungen geht, sondern gegenseitige Leistungen in ein Abrechnungsverhältnis einge-

stellt werden und dort zur Verrechnung kommen. Sollte sich die Auffassung des OLG Düsseldorf durchsetzen, ergibt sich ein neues Verständnis des § 17 KO und die Auswirkungen blieben nicht auf Bauverträge beschränkt.

Bei Zugrundelegung der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf ergibt sich zudem die Frage, ob der Bauherr und Auftraggeber die Aufrechenbarkeit dadurch herbeiführen kann, daß er gemäß § 8 VOB/B bereits vor Konkurseröffnung kündigt und damit die Aufrechnungslage bereits vor Konkurseröffnung herstellt. Nach dem Wortlaut des § 8 Nr. 2 VOB/B könnte der Auftraggeber bereits kündigen, wenn der Auftragnehmer seine Zahlungen einstellt. Unter Zugrundelegung der Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf ergäbe sich das Problem, in welchem Verhältnis § 8 VOB/B zu § 17 KO steht. Nach dem Verständnis des OLG Düsseldorf wäre daran zu denken, ob nicht § 17 KO i. V. mit § 55 Nr. 2 KO im Interesse der Gleichbehandlung der Gläubiger ein vorkonkursliches Kündigungsrecht gemäß § 8 Nr. 2 VOB/B ausschließen. Der BGH hat in NJW 1986, 255 zur Frage der Abdingbarkeit des § 17 KO durch § 8 Nr. 2 VOB/B entschieden, daß das Kündigungsrecht des Auftraggebers nach VOB selbst dann Bestand hat, wenn der Konkursverwalter nach § 17 den Eintritt erklärt hat (vgl. auch *Ingenstau/Korbion*, § 8 VOB/B Rdn. 51). Hier ergeben sich Divergenzen zwischen dem Verständnis des OLG Düsseldorf und der Haltung des BGH zu § 8 VOB/B im Verhältnis zu § 17 KO. – **Dokumentation:** BGH, NJW 1985, 1840; NJW 1986, 255; NJW 1995, 1966; NJW 1978, 2508. – *Kuhn/Uhlenbruck*, § 55 KO, Rdn. 10 g, § 17 KO, Rdn. 36 a; *Korbion/Ingenstau*, § 8 VOB/B, Rdn. 65 ff., Rdn. 51.

*Rechtsanwalt Klaus Siemon, Düsseldorf*