

Diederich Eckardt*

Zur Aufrechnungsbefugnis des Konkursverwalters

Der gesetzlich nicht geregelten Aufrechnung des Konkursverwalters gegen Konkursforderungen werden in der Entscheidung BGHZ 100, 122 = ZIP 1987, 725 enge Grenzen gesetzt: Der Verwalter soll erst nach der Forderungsfeststellung zur Tabelle und nur gegen den Anspruch auf die Konkursdividende aufrechnen können. Dieses Urteil ist dem Verfasser Anlaß für eine umfassende Klärung der Aufrechnungsbefugnisse des Konkursverwalters. Dabei geht es vor allem um die ungeschriebenen konkursrechtlichen Grenzen einer Aufrechnung gegen Konkursforderungen sowie um die verfahrensrechtlichen Grenzen einer nach der Feststellung geltend gemachten Aufrechnung im besonderen.

I. Die Problemstellung

Die Aufrechenbarkeit von Konkursforderungen wird in der insolvenzrechtlichen Diskussion praktisch ausschließlich als Problem der durch einen Konkursgläubiger erklärten Aufrechnung gesehen. Eine Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1987¹ hat demgegenüber deutlich gemacht, daß auch die Aufrechnung des Verwalters gegen Konkursforderungen² erhebliche rechtliche Probleme birgt. Sie sollen hier zunächst kurz aufgezeigt werden.

1. Zur Anwendbarkeit der Bestimmungen über die Aufrechnung im Konkurs

Anerkannt ist, daß die geltenden Bestimmungen zur Aufrechnung im Konkurs- beziehungsweise Gesamtvollstreckungsverfahren (§§ 53 ff KO, § 7 Abs. 5 GesO) ebenso wie das jüngst Gesetz gewordene künftige Insolvenzrecht (§§ 94 ff InsO) nur die Aufrechnungsbefugnis eines Konkursgläubigers betreffen, nicht dagegen die des Verwalters.³ Für eine solche Beschränkung des Geltungsbereichs dieser schon dem Wortlaut nach allein die Rechtsstellung des Gläubigers behandelnden Vorschriften spricht in der Tat deren wesentlicher Sinn und Zweck: Die Aufrechnungsmöglichkeit gewährt dem Konkursgläubiger eine Sicherung gleich dem Pfandrecht („Pfandrecht an eigener Schuld“).⁴ Ebenso wie für die echten Sicherungsrechte war daher im Gesetz klarzustellen, daß eine wohlerworbene Aufrechnungsbefugnis auch im Konkurs keine Beeinträchtigung erleidet; zugleich und vor allem aber war zu verhindern, daß sich ein Konkursgläubiger dem Gedanken der *par condicio creditorum* zuwider nachträglich noch diese Sicherung und aus jener wiederum die volle Deckung für seine Forderung verschafft. Soweit also die konkursrechtlichen Aufrechnungsregeln verhindern sollen, daß sich ein Gläubiger nach Eingreifen der Gleichbehandlungspflicht, das heißt nach Eintritt der Krise und erst recht nach Verfahrenseröffnung, noch durch Herbeiführung einer Aufrechnungslage eine Vorzugsstellung verschafft (§ 55 KO, § 7 Abs. 5 GesO, § 96 InsO), passen sie nicht auf die vom Verwalter erklärte Aufrechnung. Ob das gleiche aus Gründen der Konsequenz auch für die Aufrechnungserleichterungen des § 54 KO (§ 95 InsO) zu gelten hat, ist dagegen so sicher nicht; hier wird zu erörtern sein, ob nicht der Gesetzeszweck eine Gleichbehandlung der Verwalteraufrechnung mit der des Gläubigers erfordert (dazu unten sub IV 2).

ZIP 1995, 258

2. Materiellrechtliche Grenzen der Aufrechnung des Verwalters

Die materiellrechtlichen Grenzen der Aufrechnungsbefugnis des Verwalters sind nach dem eben Gesagten – neben den allgemeinen konkursrechtlichen Beschränkungen der Rechtsmacht des Verwalters – allein den §§ 387 ff BGB zu entnehmen. Daß dies nicht bedeutet, die Aufrechnung des Verwalters jedenfalls mit eigenen fälligen Geldforderungen sei ohne

weiteres zulässig, machte – damit einer lange völlig einhelligen Auffassung entgegentretend – der erstmals mit dem Problem befaßte Konkursssenat des BGH in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1987⁵ klar. Der BGH befand nämlich, daß der Konkursforderung jedenfalls bis zur Feststellung zur Tabelle die *Erfüllbarkeit* fehle: Die vorherige Aufrechnung müsse ebenso wie eine Leistung auf die Forderung unzulässig sein, weil sie den übrigen Konkursgläubigern jede Möglichkeit nehme, der Feststellung der angemeldeten Forderung der Gläubigerin zu widersprechen. Eine Aufrechnung des Verwalters vor diesem Zeitpunkt hätte zudem die Teilungsmasse um den Nennbetrag dieser Forderung gemindert und den Gläubiger in dieser Höhe voll befriedigt; dies aber verstoße gegen den Grundsatz gleichmäßiger Befriedigung der Konkursgläubiger. Diese Erwägungen haben fraglos Gewicht. Jedoch bestehen Zweifel, ob der BGH mit dieser juristischen „Entdeckung“ den richtigen rechtlichen Ansatz gewählt und die Grenzen der Verwalteraufrechnung zutreffend bestimmt hat; ihnen soll unten sub III nachgegangen werden.

3. Prozeßrechtliche Beschränkungen der Verwalteraufrechnung

In engem Zusammenhang mit dem zuletzt Angesprochenen steht die Frage nach den prozeßrechtlichen Grenzen der Geltendmachung des Aufrechnungseinwands. Eine Aufrechnung des Verwalters gegen festgestellte Konkursforderungen ist, auch wenn sie materiellrechtlich zulässig ist, nur sinnvoll, wenn der Verwalter mit ihr gegen den in der Tabelle mit Rechtskraftwirkung (§ 145 Abs. 2 KO, § 178 Abs. 3 InsO) titulierten Anspruch des Gläubigers vorgehen kann. Dem setzt das Prozeßrecht indes Grenzen. Denn zwar besteht die Möglichkeit, Einwendungen, die – wie auch die Aufrechnung – den Bestand der festgestellten Forderung selbst in Abrede stellen, entsprechend § 767 ZPO mit der Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen.⁶ Jedoch ist der klagende Verwalter nach dem ebenfalls entsprechend anzuwendenden § 767 Abs. 2 ZPO mit allen Einwendungen ausgeschlossen, die vor dem Zeitpunkt entstanden sind, zu dem er die letzte Möglichkeit eines Vorbringens der Einwendung hatte; dies ist eben der Zeitpunkt der Feststellung der Forderung zur Tabelle (§ 144 Abs. 1 KO, § 178 Abs. 1 InsO).⁷ Diese zeitliche Schranke hat für die Aufrechnung deshalb große praktische Bedeutung, weil nach Ansicht des BGH der Grund für den Einwand der Tilgung der Forderung durch Aufrechnung bereits durch den Eintritt der Aufrechnungslage und nicht erst durch die Abgabe der Aufrechnungserklärung entstanden ist.⁸ Aus diesem Grund ist in der Rechtsprechung bisher stets geprüft worden, ob der Verwalter schon vor der Feststellung die Befugnis zur Aufrechnung gegen die Konkursforderung gehabt hätte. Die bisher ganz herrschende Meinung einschließlich des RG hatte diese Befugnis stillschweigend bejaht (und deshalb die nachträgliche Aufrechnung mit einer vor der Feststellung schon einredefrei bestehenden Masseforderung unter Hinweis auf § 767 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen),⁹ während der BGH und die ihm folgende jüngere Literatur nun umgekehrt die Aufrechnung vor der Feststellung für generell unzulässig erklären (und damit der Präklusion des Aufrechnungseinwands die Grundlage entziehen).¹⁰ Dementsprechend wird auch hier zunächst zu klären sein, welche Grenzen § 767 Abs. 2 ZPO der nachträglichen Geltendmachung von Einwendungen gegen festgestellte Forderungen zieht (unten sub II 2.1) und welche Konsequenzen sich hieraus für die nachträgliche Geltendmachung speziell des Aufrechnungseinwands ergeben (unten sub II 2.2).

4. Zum Gang der Darstellung

Hinsichtlich des *Gegenstands* der Aufrechnung sind zwei Fallgestaltungen grundsätzlich zu unterscheiden. In Betracht kommt zum einen eine Aufrechnung des Verwalters gegen die Konkursforderung als solche: Bei ihr soll die Konkursforderung zum Nennbetrag gegen die Masseforderung verrechnet werden, so daß die Masseforderung dann auch in dieser Höhe erlischt. Dem ist die Aufrechnung des Verwalters gegen den Anspruch auf Zahlung der Konkursdividende gegenüberzustellen: Nach Durchlaufen des Prüfungsverfahrens kann der Verwalter, statt den Anspruch des Gläubigers auf Erhalt der Quote für eine bei der Verteilung zu berücksichtigende Forderung durch Zahlung einer Geldsumme zu befriedigen, auch die Aufrechnung mit einer eigenen, womöglich jetzt erst entstandenen oder entdeckten Gegenforderung der Masse erklären wollen. Die Aktivforderung der Masse soll in diesem Fall nur in Höhe der auszahlenden Quote erlöschen, nicht aber in Höhe des Nennbetrages der angemeldeten Konkursforderung.

Den unterschiedlichen Rechtsfolgen beider Aufrechnungsvarianten korrespondieren verschiedene Zulässigkeitsvoraussetzungen. Deshalb soll im folgenden zunächst die Aufrechnung gegen den Anspruch auf die Konkursquote (sub II) und davon getrennt die Aufrechnung gegen die Konkursforderung als solche (sub III) behandelt werden.

II. Die Aufrechnung gegen den Anspruch auf Auszahlung der Konkursdividende

1. Materiellrechtliche Aufrechnungsvoraussetzungen

Der Anspruch auf Auszahlung der Konkursdividende hat eine den Massegläubigerrechten vergleichbare Qualität, da der Gläubiger für diesen Anspruch, das heißt in Höhe der Quote, voll aus der Masse zu befriedigen ist.¹¹ Wenn der Verwalter, statt aus der „baren Masse“ zu leisten, mit einer massezugehörigen Forderung aufrechnet, so ist dies deshalb nicht nur im Regelfall zweckmäßig – ja im Hinblick auf das Risiko der Undurchsetzbarkeit der eigenen Forderung unter Umständen sogar geboten –, sondern auch konkursrechtlich jedenfalls bedenkenfrei. Die konkursrechtlichen Einschränkungen der Aufrechnung können ihrem Sinn und Zweck nach einer Verwalteraufrechnung hier nicht entgegenstehen (ebensowenig wie sie jetzt noch auf eine Aufrechnung des *Gläubigers* anwendbar sind): Ist der Dividendenanspruch ohnehin vollwertig, so bedeutet seine Verrechnung gegen einen nachträglich entstandenen Masseanspruch keine ungerechtfertigte Besserstellung des Konkursgläubigers, wie das Gesetz sie mit § 55 KO (§ 7 Abs. 5 GesO, § 96 InsO) verhindern will.¹²

Auch im Hinblick auf die bürgerlich-rechtlichen Aufrechnungsvoraussetzungen nach § 387 BGB ist eine Aufrechnung gegen den Anspruch des Gläubigers auf Zahlung der Konkursquote unproblematisch, sofern die Aktivforderung der Masse fällig und einredfrei sowie gleich dem Dividendenanspruch auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist. Mit einer bedingten, betagten oder nicht auf Geld gerichteten Aktivforderung der Masse kann der Verwalter dagegen entsprechend den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen erst dann aufrechnen, wenn die eigene Forderung unbedingt und fällig geworden ist, beziehungsweise sich in eine Geldforderung umgewandelt hat. Daß schließlich die Aufrechnung einer massezugehörigen Forderung gegen eine Konkursforderung keinen Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit unterliegt, hat bereits der BGH hervorgehoben: Da die Konkursmasse mangels eigener Rechtspersönlichkeit Vermögen des Gemeinschuldners bleibe, sei die Konkursforderung des Gläubigers ebenso weiterhin gegen den Gemeinschuldner gerichtet wie dieser Inhaber der Masseforderungen werde;¹³ dies gilt nicht minder für den Anspruch auf Zahlung der Konkursdividende.

2. Die Grenzen der Aufrechnung nach § 767 Abs. 2 ZPO

2.1 Zum Umfang der Einwendungspräklusion im Konkursfeststellungsverfahren

Das praktisch bedeutsamste Hindernis für die Aufrechnung des Verwalters gegen den Anspruch auf die Konkursdividende ist nach alledem die Einwendungspräklusion nach § 767 Abs. 2 KO; dies gilt zumal in der Handhabung durch die Rechtsprechung, wonach der hiernach maßgebliche „Grund“ für den Aufrechnungseinwand bereits durch den Eintritt der Aufrechnungslage entstanden ist.¹⁴ Zwar ist diese Auffassung bekanntlich alles andere als unstrittig.¹⁵ Ihr ist aber jedenfalls für die vorliegende Fallgestaltung zu folgen, und zwar nicht allein im Hinblick auf den Umfang der hierdurch abzusiichernden materiellen Rechtskraft,¹⁶ sondern vor allem im Hinblick auf den zusätzlichen Zweck der Vorschrift, in einem weiteren Sinne die Infragestellung des einmal erzielten Prozeßergebnisses zu verhindern:¹⁷ Der Zweck speziell des konkursrechtlichen Feststellungsverfahrens beziehungsweise der darin zu erzielenden Rechtskraftwirkung ist in größerem Maße als im normalen zivilprozessualen Erkenntnisverfahren in der Gewährleistung einer *abschließenden* Erörterung der Konkursforderungen im Prüfungstermin zu sehen. Die Gesetzesverfasser erstrebten, das Verfahren so zu konstruieren, daß Einwendungen gegen angemeldete Forderungen im Prüfungstermin vorzubringen waren (mit der Folge einer

Klärung durch das Prozeßgericht), widrigenfalls sie auf Dauer ausgeschlossen sein sollten.¹⁸ Diese Gewährleistung wäre aber unvollständig, be-

zöge man sie nur auf den Bestand der Forderung im engeren Sinne und nicht auch auf das Nichtbestehen rechtsverrichtender Gestaltungsrechte wie des Aufrechnungsrechts. Ließe man nämlich die nachträgliche Geltendmachung solcher Einwendungen zu, so würde der verfahrensverzögernden „Unzuträglichkeit nachträglicher Widersprüche“,¹⁹ der die Gesetzesverfasser mit der Ausgestaltung des Feststellungsverfahrens gerade begegnen wollten, Tür und Tor geöffnet und die Klärung der konkursmäßigen Befugnisse auf unbestimmte Zeit verschoben. Der Aufrechnungseinwand ist daher hier in Übereinstimmung mit dem BGH nur dann zuzulassen, wenn die Aufrechnungslage erst nach der Forderungsfeststellung entstanden ist.

2.2 Die Konsequenzen für die Aufrechnung gegen den Dividendenanspruch

2.2.1 Zur Unterscheidung zwischen der Konkursforderung als solcher und dem Anspruch auf die Konkursdividende

Wie gesehen, zieht der BGH – ebenso wie schon das RG, aber im Gegensatz zu diesem mit negativem Ergebnis – aus dem Vorgesagten die Konsequenz, zu prüfen, ob der Verwalter vor der Feststellung gegen die (zum Nennwert angesetzte) Konkursforderung als solche hätte aufrechnen können.²⁰ Berücksichtigt man indes die Verschiedenheit von Konkursforderung und Dividendenanspruch (oben sub I 4), so wird deutlich, daß dies gar nicht die „Einwendung“ ist, welche der Verwalter nunmehr erhebt und deren früheres Bestehen deshalb im Hinblick auf § 767 Abs. 2 ZPO zu erörtern ist: Wenn der Verwalter ausdrücklich nicht mehr gegen die zum Nennwert angesetzte Konkursforderung aufrechnen will, sondern gegen den Anspruch auf die Quote (und auch nur in deren Höhe seinen eigenen Anspruch opfern will), so muß die Aufrechnung gegen die Quote auch als maßgebliche Einwendung im Sinne der Präklusionsvorschrift behandelt werden. Das Vorgehen des BGH, die vorherige Zulässigkeit einer Aufrechnung gegen die Konkursforderung als solche zu prüfen, würde dem nur dann gerecht, wenn die Konkursforderung mit dem Anspruch auf die Konkursdividende *identisch* wäre, wenn es sich also in beiden Fällen um ein und dieselbe Forderung in lediglich unterschiedlichem „Aggregatzustand“ handelte.

Dies scheint der BGH in der Tat anzunehmen, wie auch daraus hervorgeht, daß er für die Frage nach dem Gegenstand der Aufrechnung allein auf den Zeitpunkt der Feststellung der Forderung zur Konkurstabelle abstellt: Vor der Feststellung soll hiernach offenbar nur die Konkursforderung als solche Gegenstand der Aufrechnung sein können, nachher allein der Anspruch auf die Quote.

Richtigerweise wird man demgegenüber jedoch annehmen müssen, daß der Anspruch auf Zahlung der Konkursdividende als Aufrechnungssubstrat selbständig *neben* der fortbestehenden Konkursforderung steht. Dies ergibt sich aus den spezifischen Auswirkungen der Dichotomie von Schuld und Haftung im Konkurs. Unter der „Haftung“ ist das selbständige, wenn auch aus der Forderung fließende und jener im allgemeinen einhergehende Recht des Gläubigers zum Zugriff auf das Schuldnervermögen zu verstehen; es bildet zugleich die materiellrechtliche Grundlage der Zwangsvollstreckung.²¹ Die Übereinstimmung der Schicksale von Forderungs- und „Haftungs“-Recht endet nun im Konkurs; dieser führt zu einer Verselbständigung des Haftungsrechts: Die Forderung gegen den Gemeinschuldner besteht fort (und kann unter bestimmten Voraussetzungen zur Aufrechnung verwendet werden), kann aber bis zum Verfahrensabschluß nicht mehr eingeklagt oder vollstreckt werden. Das Haftungsrecht dagegen wird zunächst in einem besonderen Verfahren geprüft (indem die zugrundeliegende Forderung durch Anerkennung seitens der Mitgläubiger und des Verwalters „festgestellt“ wird²²); sodann wird der Erlös, der durch die Versilberung des zuvor als „Konkursmasse“ umfangmäßig fixierten Haftungssubstrats entstanden ist, den einzelnen Gläubigern nach Maßgabe von Betrag und Rang ihres Haftungsrechts individuell zugeordnet, so daß sich das Haftungsrecht in einen auf Geldzahlung gerichteten „Haftungsanspruch“ des ein-

zelenen Gläubigers umwandelt, eben den Anspruch auf Zahlung der Konkursdividende.²³

Dieser ist, um dies nochmals zu betonen, ein Ausfluß der Konkursforderung und hängt in Entstehung und Fortbestand von jener ab (so daß etwa die Tilgung der Konkursforderung durch Aufrechnung seitens des Verwalters oder des Gläubigers zugleich den „Haftungsanspruch“ zum Erlöschen bringt). Er ist aber mit der Konkursforderung nicht identisch und steht im Verteilungsverfahren in verselbständigter Form neben ihr.

Die Richtigkeit dieser Deutung wird nicht allein dadurch bestätigt, daß nach Verfahrensbeendigung die vormalige Konkursforderung unter bloßer Anrechnung der erhaltenen Quote fortbesteht (§ 164 Abs. 1 KO, § 18 Abs. 2 Satz 1 GesO, § 201 Abs. 1 InsO), sondern vor allem durch die anerkannten Aufrechnungsmöglichkeiten des *Gläubigers*: Auch der Konkursgläubiger kann mit seinem Anspruch auf Auszahlung der ermittelten Quote gegen eine Masseforderung aufrechnen.²⁴ Für den Fall, daß ihm gemäß §§ 53 ff KO (§ 7 Abs. 5 GesO, §§ 94 ff InsO) die Aufrechnungsbefugnis auch hinsichtlich seiner Konkursforderung zustand, ist ihm *zugleich* aber jene Befugnis erhalten geblieben: Ein Konkursgläubiger – der seine Forderung, soweit er zur Aufrechnung befugt ist, zwar nicht anzumelden braucht, dies aber tun *kann* – verliert seine Auf-

ZIP 1995, 262

rechnungsbefugnis durch die Anmeldung nicht,²⁵ ebensowenig durch die Feststellung zur Tabelle;²⁶ er kann deshalb auch nach der Feststellung zur Tabelle noch mit seiner Konkursforderung zum Nennbetrag aufrechnen, ja sogar die Dividende auf den vollen Forderungsbetrag entgegennehmen²⁷ und mit der Restforderung aufrechnen. Droht letzteres, so ist es zudem ausnahmsweise auch für den Verwalter zweckmäßig, seinerseits gegen die Konkursforderung (wiederum: zu deren vollem Nennbetrag) aufzurechnen, um dem geschilderten Vorgehen des Gläubigers zuvorzukommen.²⁸

2.2.2 Folgerungen für die Präklusion des Aufrechnungseinwands gegen die festgestellte Forderung

Stehen dem Verwalter demzufolge im Verteilungsverfahren zwei nebeneinander stehende Ansprüche verschiedenen Inhalts als Aufrechnungssubstrat zur Wahl, so hängt es allein von seinem Willen ab, gegen welchen er aufrechnet (vgl. § 396 Abs. 1 Satz 1 BGB); dies ist gegebenenfalls durch Auslegung der Aufrechnungserklärung zu ermitteln. Führt die Auslegung zu dem Ergebnis, daß auch nach der Feststellung zur Tabelle noch eine Aufrechnung gegen die Konkursforderung als solche gewollt ist, so ist in der Tat im Hinblick auf § 767 Abs. 2 ZPO zu prüfen, ob diese Aufrechnungsmöglichkeit schon vor der Feststellung bestand. Auch dann, wenn eine entsprechende ausdrückliche Willensbekundung fehlt, wird aufgrund der Interessenlage allerdings regelmäßig anzunehmen sein, daß gegen den Anspruch auf die Konkursdividende aufgerechnet werden soll. Ist dies so – wie auch im Fall des BGH –, dann muß aber auch unter dem Gesichtspunkt der Einwendungspräklusion lediglich gefragt werden, ob der Verwalter schon vor der Feststellung bereits gegen *diesen* Anspruch aufrechnen konnte.

Diese anders gestellte Frage ist allerdings, freilich aus ganz anderen Gründen, ebenfalls generell zu verneinen: Zwar entstand die die „Haftung“ des Schuldnervermögens als solche bereits zugleich mit der Begründung der persönlichen Verpflichtung des späteren Gemeinschuldners. Finanziell werthaltig ist dieses Haftungsrecht im Konkurs aber nur, wenn und soweit Teilungsmasse auf den von ihm zu beanspruchenden Rang entfällt. Da sich letzteres aber erst dann beurteilen läßt, wenn feststeht, welche Forderungen von Mitgläubigern vor- oder gleichrangig zu berücksichtigen sind, ist der Anspruch auf Auszahlung der Konkursdividende bis zur Beendigung des Prüfungsverfahrens lediglich aufschiebend bedingt entstanden,²⁹ jedenfalls aber noch nicht auf Geld gerichtet und aus diesem Grund auch noch nicht gegen Geldforderungen der Masse aufrechenbar (§ 387 BGB). Für dieses Ergebnis spricht auch, daß eine Aufrechnung gegen den Dividendenanspruch vor Beendigung des Prüfungsverfahrens unauflösliche praktische Schwierigkeiten herbeiführen würde: die Aufrechnung müßte, da sie zu einer zumindest partiellen Tilgung der angemeldeten Forderung führt, insoweit auch der Feststellung der Forderung zur Tabelle entgegenstehen (und so der Grundlage für die Zahlung der Konkursdividende gleich wieder den Boden entziehen).³⁰

Im Ergebnis hat der BGH den Fall daher jedenfalls richtig entschieden: Gegen den aus der „Haftung“ fließenden Anspruch des Gläubigers auf Zahlung der Konkursdividende kann der Verwalter *stets* noch mit einer Masseforderung aufrechnen, mag auch die Masseforderung schon vor der Feststellung der Forderung des Gläubigers durchsetzbar entstanden sein. Damit, daß der Konkursforderung als solcher vor der Feststellung die Aufrechenbarkeit gemangelt hätte, hat dies aber – insoweit entgegen der Ansicht des BGH – nichts zu tun. Auf diese Frage kommt es aber immerhin dann an, wenn der Verwalter gegen die Insolvenzforderung als solche, also zu deren Nennwert, aufrechnet: Erfolgt die Aufrechnung vor der Feststellung, so hängt unmittelbar die Wirksamkeit der Aufrechnung von der Beantwortung dieser Frage ab, erfolgt sie nach diesem Zeitpunkt, so kommt es für die Einwendungspräklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO hierauf an. Ob die Begründung des BGH, die mangelnde Aufrechenbarkeit der nicht festgestellten Konkursforderung, für sich genommen zutrifft, wird deshalb im folgenden (sub III) zu behandeln sein.

III. Die Aufrechnung gegen die Konkursforderung als solche

1. Konkursrechtliche Einschränkungen der Aufrechenbarkeit von Konkursforderungen

Wie gesehen, nahm eine lange unangefochtene Auffassung³¹ an, die Aufrechnung des Verwalters unterliege – unbeschadet der sich aus § 387 BGB ergebenden Anforderungen (dazu noch sogleich sub 2) – keinerlei konkursrechtlichen Beschränkungen. Der Verwalter sollte also mit einer vor der Feststellung der Gläubigerforderung zur Tabelle vollwirksam und durchsetzbar entstandenen Gegenforderung gegen Konkursforderungen uneingeschränkt auch vor deren Feststellung zur

ZIP 1995, 263

Tabelle aufrechnen können (und dies wegen § 767 Abs. 2 ZPO zugleich auch müssen). Demgegenüber wollen der BGH und die ihm folgende Literatur, wie dargestellt,³² „jedenfalls bis zur Feststellung zur Tabelle“ die Erfüllbarkeit der Konkursforderung i.S.v. § 387 BGB verneinen (und den Aufrechnungseinwand in diesen Fällen deshalb nicht für präkludiert halten). Zur Begründung verweist diese neuere Auffassung auf spezifisch konkursrechtliche Erwägungen: im Hinblick auf die Rechte der konkurrierenden Gläubiger, die durch eine vorzeitige und zudem vollständige Erfüllung der Konkursforderung verletzt würden, könne der Verwalter überhaupt erst nach der Feststellung der Forderung des Gläubigers zur Tabelle und nur gegen den Anspruch auf die Konkursdividende wirksam aufrechnen. Die Richtigkeit dieser Argumentation gilt es im folgenden zu überprüfen. Dabei wird es zunächst darum gehen, ob das „Erfüllbarkeits“-Kriterium i.S.v. § 387 BGB als Ansatz für die genannten Bedenken taugt (sub 1.1). Sodann wird auf die Einschränkungen der Aufrechnungsbefugnis einzugehen sein, die sich aus den allgemeinen konkursrechtlichen Grenzen der Verwaltermacht ergeben (sub 1.2, 1.3).

1.1 Mangelnde „Erfüllbarkeit“ von Konkursforderungen vor Durchlaufen des Prüfungsverfahrens?

Unter dem Erfordernis der „Erfüllbarkeit“ der Hauptforderung i.S.v. § 387 BGB wird herkömmlich verstanden, daß diese wirksam entstanden sowie entweder bereits fällig oder immerhin nach § 271 Abs. 2 BGB vorzeitig tilgbar ist.³³ Wie gesehen, geht der BGH jedoch bei der Frage der „Erfüllbarkeit“ der Konkursforderung auf deren Fälligkeit gar nicht ein; vielmehr interpretiert er dieses Merkmal anders, zumindest aber strenger als herkömmlich: an der Erfüllbarkeit fehle es im Hinblick auf die Rechte der anderen Konkursgläubiger, die nicht durch die eigenmächtige Tilgung einer Konkursforderung geschmälert werden dürften.

Dieses Verständnis widerspricht indes nicht nur der bisher einhelligen Interpretation dieses Merkmals, sondern auch den Vorstellungen der Gesetzesverfasser zu Sinn und Zweck des § 387 BGB und seiner Tatbestandsmerkmale. Der Wortlaut des späteren § 387 BGB hatte im 1. Kommissionentwurf³⁴ noch die Fälligkeit *beider* aufzurechnenden Forderungen vorausgesetzt. Schon damals hatten der Redaktor und die Kommissionsmitglieder jedoch gemeint, es folge aus allge-

meinen Grundsätzen, daß der Schuldner einer betagte Forderung, deren Betagtheit „allein zu seinem Vorteil gesetzt sei“, nicht nur vorzeitig erfüllen könne, sondern auch gegen eine solche Forderung aufrechnen könne.³⁵ Entgegen der Ansicht v. Kübels, der eine ausdrückliche Regelung insofern für entbehrlich gehalten hatte, entschied sich die 1. Kommission später für den heutigen Wortlaut, da „nach der bisherigen Fassung i. V. m. ... § 158 Abs. 1 (KE = § 198 BGB) das Mißverständnis nicht ausgeschlossen sei, als ob ... die Aufrechnung mit einer Forderung, welcher eine gemäß ... § 229 Abs. 2 (KE = § 231 Abs. 2 des 1. Entwurfs = § 271 Abs. 2 BGB) zu beurteilende Zeitbestimmung beigefügt sei, dem Schuldner versagt sein sollte“; einem Alternativantrag, wonach in einem Satz² die entsprechende Anwendung von § 229 Abs. 2 KE angeordnet werden sollte, bescheinigte die Kommission, ihm liege dieselbe, „zweifelloso richtige“ Auffassung zugrunde.³⁶ Hieraus geht mithin eindeutig hervor, daß es bei der „Erfüllbarkeit“ i.S.v. § 387 BGB nur um die sogenannte Leistungszeit gehen sollte. Maßgeblich sollte danach die entsprechend § 271 Abs. 2 BGB zu beantwortende Frage sein, ob der Gläubiger der Hauptforderung – da die Betagtheit allein im Interesse des Schuldners bestimmt war – sich die vorzeitige Erfüllung seiner an sich noch nicht fälligen Forderung gefallen lassen müsse oder ob ein durch die Zeitbestimmung geschütztes Interesse des Gläubigers vorrangig sei. Die Interpretation des BGH widerspricht dieser gesetzgeberischen Zwecksetzung zum einen insofern, als der *sachliche* Schutzbereich des Aufrechnungshindernisses über das rein zeitlich zu verstehende Verbot verfrühter Leistung hinaus um das Verbot der Leistung auf ungeprüfte Konkursforderungen erweitert wird. Vor allem aber wird der *persönliche* Schutzbereich der Norm über die Intention der Gesetzesverfasser hinaus ausgedehnt, bezweckt doch die Vorschrift nach der Absicht ihrer Schöpfer allein den Schutz des *Aufrechnungsgegners*. Auch die bisherige Rechtsprechung hat dies immer anerkannt, indem sie zuließ, daß der Aufrechnungsgegner durch Abschluß eines Aufrechnungsvertrags auf den Schutz durch die gesetzlichen Einschränkungen der Aufrechenbarkeit verzichtet; in diesem Fall finden die Aufrechnungsvoraussetzungen des § 387 BGB – einschließlich des Erfordernisses der „Erfüllbarkeit“ – nach allgemeiner Auffassung keine Anwendung.³⁷ Zu diesen Grundsätzen setzt sich der BGH deshalb gleichfalls in Widerspruch, indem er die mangelnde Erfüllbarkeit und die hierauf beruhende Unwirksamkeit der Aufrechnung aus verletzten Interessen *Dritter* folgert und damit zugleich ein den Interessen des Aufrechnungsgegners sogar eindeutig zuwiderlaufendes Ergebnis rechtfertigt.

Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, im Konkurs werde die Leistungszeit für Konkursforderungen eben allgemein dahin modifiziert, daß erst nach Durchlaufen des Prüfungsverfahrens i.S.v. § 271 BGB der Gläubiger die Leistung verlangen und der Schuldner sie bewirken dürfe. Denn auch für die Aufrechnung des Gläubigers *mit* dessen Konkursforderung (gegen eine Aktivforderung der Masse) gilt, daß die Konkursforderung „erfüllbar“ sein muß; als Gegenforderung, mit der aufgerechnet wird, muß sie lediglich *zusätzlich* sogar durch-

ZIP 1995, 264

setzbar, also etwa einredefrei sein. Diese Argumentation müßte deshalb folgerichtig auch eine Aufrechnung des anmeldenden Gläubigers ausschließen, was indes eindeutig den gesetzlichen Regelungen zur Aufrechnungsbefugnis eines Konkursgläubigers widerspräche; hiernach verliert ein Konkursgläubiger seine Aufrechnungsbefugnis durch die Anmeldung *nicht*, sondern kann auch danach noch, ja sogar noch nach der Feststellung zur Tabelle aufrechnen, sei es mit dem vollen Nennbetrag seiner Konkursforderung, sei es – nach Entgegennahme der Dividende – mit seiner Restforderung.³⁸ Aus dem gleichen Grund kann die mangelnde „Erfüllbarkeit“ entgegen der Argumentation des BGH nicht daraus gefolgert werden, daß vor der Feststellung weder der Verwalter Zahlungen auf die Forderung leisten noch der Konkursgläubiger klagen und vollstrecken darf.

Vielmehr ergibt sich, wie gesehen, aus den konkursrechtlichen Aufrechnungsvorschriften, daß die Aufrechenbarkeit hier gerade anderen Regeln folgt als Zahlungsbefugnis und Klagbarkeit; auch die vom BGH herangezogene, an sich durchaus gerechtfertigte Parallele Zwangsvollstreckung/Aufrechnung versagt nach dem Gesetz gerade in diesem Punkt.³⁹

Wäre die mangelnde „Erfüllbarkeit“ wirklich der zutreffende rechtliche Ansatzpunkt für die Bedenken des BGH, so müßte schließlich in der behandelten Situation ein mit dem Gläubiger geschlossener Aufrechnungsvertrag zulässig gewesen

sein; wie gesehen,⁴⁰ gelten für Aufrechnungsverträge die Einschränkungen des § 387 BGB nicht. Es sind aber diese Bedenken, gerade weil sie sich aus Rechten Dritter herleiten, nicht von der Frage der Einseitigkeit oder Beidseitigkeit der Verrechnung abhängig; sie gelten für Aufrechnungsverträge des Verwalters mit dem Gläubiger nicht minder als für einseitige Aufrechnungserklärungen des Verwalters.⁴¹

Deshalb soll – selbstverständlich – mit dem eben Ausgeführten dem Hinweis des BGH auf die Rechte der Mitgläubiger, die nicht durch die eigenmächtige Tilgung einer Konkursforderung geschmälert werden dürfen, nicht seine Berechtigung abgesprochen werden. Nur ist § 387 BGB nicht der zutreffende rechtliche Ansatz für diese Bedenken, so sehr auch das Bemühen um einen positiv-rechtlichen Ansatzpunkt verständlich ist. Maßgeblich kann vielmehr nur die im folgenden näher zu behandelnde ungeschriebene Beschränkung der Verwaltermacht durch den Verfahrenszweck sein. Hier ist freilich zu unterscheiden: Fraglich ist, ob, wie der BGH meint, die Aufrechnung vor der Feststellung unter diesem Gesichtspunkt schon deshalb unzulässig sein muß, weil dadurch das Widerspruchsrecht der anderen Gläubiger praktisch leerläuft (dazu sogleich sub 1.2), oder ob die Unzulässigkeit allein dadurch begründet wird, daß die Befriedigung eine vollumfängliche ist, also der Gläubiger zum Nachteil der Gläubigergesamtheit für sein nur zur quotalen Befriedigung berechtigendes Haftungsrecht gleichwohl volle, dem Nennwert der Forderung entsprechende Befriedigung erhalte (sub 1.3).

1.2 Zum Eingriff in die Rechte der Widerspruchsberechtigten

Richtig ist in der Tat, daß der anmeldende Gläubiger sein Konkursgläubigerrecht nicht mehr weiterverfolgen (und die Anmeldung unterlassen beziehungsweise zurücknehmen oder auf die Rechte aus der Anmeldung verzichten) wird, nachdem der Verwalter die Aufrechnung erklärt hat: Er hat durch das Erlöschen der gegen ihn selbst gerichteten Forderung der Masse volle Deckung erhalten und von der Masse nichts mehr zu beanspruchen. Zu einer Prüfung der Forderung kommt es dann nicht mehr, so daß die konkurrierenden Gläubiger zugleich rein tatsächlich die Möglichkeit eingebüßt haben, im Prüfungstermin und anschließend im Feststellungsprozeß Einwendungen gegen Grund oder Betrag der angemeldeten Forderung vorzubringen. Ein generelles Argument gegen die Aufrechnung vor Beendigung des Prüfungsverfahrens, wie der BGH meint, läßt sich hieraus aber schon deshalb nicht gewinnen, weil der Einwand nicht auch die Aufrechnung innerhalb des Prüfungsverfahrens trifft: Daß der Verwalter seinen Widerspruch mit der Tilgung der angemeldeten Forderung durch Aufrechnung begründet,⁴² hindert weder ihn selbst noch die anderen widersprechenden Gläubiger daran, im Feststellungsrechtsstreit geltend zu machen, die Forderung bestehe schon gar nicht; hierüber muß in diesem Fall – gegebenenfalls auch unter Beweisaufnahme – selbst dann entschieden werden, wenn die Aufrechnung jedenfalls durchgreifen würde.⁴³ Aus dem gebotenen Schutz der Rechte der Widerspruchsberechtigten könnte daher allenfalls ein Argument gegen eine Aufrechnung *außerhalb* des Prüfungsverfahrens folgen.

Auch hiergegen spricht aber, daß diese Möglichkeit für die Aufrechnung gerade vom Gesetz gewollt ist: Das „Leerlaufen“ der Widerspruchsrechte der konkurrierenden Gläubiger ist die vom Gesetzgeber bewußt in Kauf genommene Folge des Umstands, daß der Aufrechnungsstreit generell außerhalb des Konkursverfahrens auszutragen und deshalb der Beeinflussung durch die konkurrierenden Gläubiger entzogen ist. Im Hinblick auf die Aufrechnung durch den Konkursgläubiger

ZIP 1995, 265

selbst sieht das Gesetz nur für Ausnahmefälle (etwa § 106 Abs. 5 GenG) vor, daß eine Konkursforderung erst nach deren Feststellung zur Tabelle aufgerechnet werden kann; grundsätzlich soll es der Anmeldung und Feststellung demgegenüber gerade nicht bedürfen (§ 53 KO). Daß dadurch die Widerspruchsrechte der konkurrierenden Gläubiger entfallen, war ein schon in der gemeinrechtlichen Literatur⁴⁴ erhobener Einwand; die Gesetzesverfasser verwarfen ihn mit der Erwägung, der aufrechnungsbefugte Gläubiger suche und erlange keine gemeinschaftliche Befriedigung aus der Konkursmasse, sondern abgesonderte Befriedigung, die er wie bei echten Absonderungsrechten allein mit dem Konkursverwalter ausmachen müsse.⁴⁵

Die Aufrechnung durch den Verwalter ist nun der Sache nach nichts anderes als die Anerkennung der bevorzugten, von

der Verpflichtung zur par condicio befreienden Rechtsstellung des Gläubigers. Sie kann nicht anders behandelt werden als die „Anerkennung“ einer bereits erfolgten Aufrechnung des Gläubigers oder eines geltend gemachten Absonderungsrechts: Der rechtfertigende Grund für die Befreiung von der Teilnahme am Konkursfeststellungsverfahren ist hier wie dort der gleiche, nämlich die Sicherstellung des Gläubigers durch die wohlerworbene Aufrechnungslage, während nicht wesentlich ist, ob die Aufrechnung nun durch Erklärung des Gläubigers oder des Verwalters vollzogen wird. Hier wie dort muß deshalb gelten, daß die Abwicklung in diesen Fällen dem Einflußbereich der Gläubiger entzogen ist und allein dem Verwalter übertragen ist (der hierfür allerdings den Gläubigern verantwortlich ist, § 82 KO, § 8 Abs. 1 Satz 2 GesO, § 60 InsO). Macht dieser einen Fehler, indem er – auch durch eigene Aufrechnung – ein nicht bestehendes Aufrechnungs- oder sonstiges Sicherungsrecht „anerkennt“, so ist dieser Fehler allein in der materiellen Konkurszweckwidrigkeit dieser Verwalterhandlung und nicht zusätzlich in der Verletzung des Mitspracherechts der konkurrierenden Gläubiger begründet.

1.3 Der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

Soweit die aufgerechnete Forderung des Konkursgläubigers überhaupt nicht besteht, entstehen den konkurrierenden Gläubigern dadurch, daß sie die Widerspruchsmöglichkeit gegen diese einbüßen, nicht einmal endgültige Rechtsnachteile: Weder begehrt der Aufrechnungsgegner Quote oder Stimmrecht, noch ist, da die Aufrechnung ins Leere gegangen ist, die Masse um die Forderung gegen den Konkursgläubiger geschmälert worden.

Die eigene Forderung kann deshalb weiterhin uneingeschränkt durchgesetzt werden,⁴⁶ wozu der Verwalter im Weigerungsfall durch das aufsichtsführende Gericht anzuhalten ist (§§ 83 f KO, § 8 Abs. 3 GesO, § 58 InsO); äußerstenfalls muß ein neuer Verwalter gewählt werden, der die Forderung der Masse gegen den Konkursgläubiger oder, falls dies nicht mehr möglich ist, die Haftung des alten Verwalters durchsetzt. Nachteilig für den Umfang der Masse und damit für die Rechte der Gläubigersamtheit ist die Aufrechnung des Verwalters aber unter Umständen dann, wenn die Forderung des Konkursgläubigers tatsächlich bestand; in diesem Fall sind nämlich die Forderungen des Gläubigers und der Masse, soweit sie sich deckten, erloschen. Dies könnte, soweit der Gläubiger dadurch volle Deckung für seine Konkursforderung erhalten hat, die doch nach Eingreifen des par-condicio-Grundsatzes nur mehr zu anteiliger Befriedigung berechnigte, in der Tat als dem Konkurszweck widersprechend unwirksam sein. Bei der Beantwortung dieser Frage ist indessen danach zu differenzieren, ob der Gläubiger seinerseits hätte aufrechnen können.

1.3.1 Zur Aufrechnung gegen Forderungen selbst aufrechnungsbefugter Gläubiger

Wäre der Gläubiger nach §§ 53 ff KO (§ 7 Abs. 5 GesO, §§ 94 ff InsO) befugt gewesen, seiner Konkursforderung durch eigene Aufrechnung Deckung zu verschaffen, so läßt sich die Unzulässigkeit der Verwalteraufrechnung entgegen der Ansicht des BGH nicht mit einem Verstoß gegen die Verpflichtung des Verwalters zur Gleichbehandlung der Gläubiger begründen: Soweit sich die Aufrechnungsbefugnis des Konkursgläubigers daraus rechtfertigt, daß die Aufrechnungslage bereits vor Verfahrenseröffnung bestanden hatte, greift schon vom Ansatz her der par-condicio-Grundsatz gar nicht ein; der Gläubiger hat sich vielmehr bereits mit Entstehen der Aufrechnungslage eine konkursfeste Sicherheit verschafft. Im Ergebnis nichts anderes gilt auch, soweit sich die Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers aus besonderer gesetzlicher Vorschrift ergibt, die die Aufrechnung auch dann zuläßt, wenn die Aufrechnungslage erst nach Verfahrenseröffnung entstanden ist (§ 54 KO, vgl. auch § 95 InsO); hier gäbe der seinerseits aufrechnende Verwalter dem Gläubiger zumindest nichts, was jener sich nicht nach dem Gesetz auch selbst hätte nehmen dürfen. Ist die Rechtsstellung des Gläubigers mithin dergestalt privilegiert, so ist kein rechtlicher Ansatz ersichtlich, dem Verwalter die Aufrechnung zu untersagen; der Aufrechnungsgegner bekommt ebenso wie die Gläubigersamtheit (nur) das, was das Gesetz vorsieht.⁴⁷

1.3.2 Zur Verwalteraufrechnung bei fehlender Aufrechnungsbefugnis des Gläubigers

(1) Auch wenn der Konkursgläubiger nicht selbst hätte aufrechnen dürfen, ist eine Aufrechnung des Verwalters nicht notwendig pflichtwidrig; so vor allem dann nicht, wenn der Gläubiger seinerseits insolvent ist,⁴⁸ so daß für die Forderung der Masse kein oder jedenfalls kein die geschuldete Quote übersteigender Ertrag zu erwarten ist. In diesen Fällen ist es zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile (Quotendifferenz zugunsten des Gläubigers) unter Umständen geboten, zumindest aber aus verfahrensökonomischen Gründen zweckmäßig, sogleich gegen die Konkursforderung aufzurechnen, um ein unnötiges Durchlaufen des Prüfungsverfahrens zu ersparen. Da hier vorausgesetztermaßen der Anspruch gegen den Gläubiger wirtschaftlich wertlos ist (oder jedenfalls von geringerem Wert als dessen eigene Konkursforderung), erhält jener durch die Aufrechnung keine dem Gleichbehandlungsgebot widersprechende volle Deckung für seine Forderung, sondern im Gegenteil sogar weniger als die Quote; dies begegnet mithin keinen Bedenken im Hinblick auf den Verfahrenszweck.

(2) Im Ergebnis das gleiche muß gelten, wenn zwar die Forderung der Masse gegen den Gläubiger, aber eben auch die Konkursforderung des Gläubigers „vollwertig“ ist; dies ist etwa dann der Fall, wenn – wie es vor allem bei bevorrechtigten Konkursforderungen vorkommt – eine Quote von 100 % auf die betreffende Forderung zu erwarten ist. Zwar dispensiert dies den Gläubiger nicht von den Aufrechnungsverboten des § 55 KO (§ 7 Abs. 5 GesO, § 96 InsO).⁴⁹ Konkurszweckwidrig kann die Aufrechnung des Verwalters deshalb aber nicht genannt werden: Der Gläubiger erhält nicht mehr, als ihm nach dem Wert seiner haftungsrechtlichen Berechtigung gebührt. Ebenso wenig dürfte sich die Konkurszweckwidrigkeit der Aufrechnung hier aus dem Verstoß gegen die Vorschrift des § 170 KO ergeben, wonach Vorauszahlungen auf bevorrechtigte Forderungen erst nach der Feststellung und nur mit Zustimmung des Gerichts zulässig sind;⁵⁰ dieser Verstoß kann wie bei einer vorzeitigen Auszahlung der Konkursdividende allenfalls zu Schadensersatzansprüchen gegen den Verwalter, nicht aber zur Unwirksamkeit der Zahlung/Aufrechnung oder zu (Bereicherungs-)Ansprüchen gegen den Gläubiger führen.⁵¹

(3) Ist die Forderung der Masse gegen den Konkursgläubiger dagegen vollwertig und auf die Konkursforderung eine unter 100 % liegende Quote zu erwarten, so gäbe eine Aufrechnung durch den Verwalter dem Gläubiger mehr, als jener zu beanspruchen hat; hiermit verstieße der Verwalter gegen die ihm obliegende Verpflichtung, Konkursgläubiger nur nach Maßgabe des Ranges ihrer Forderung gleichmäßig an der Verteilung der Haftungsmasse teilhaben zu lassen. In diesen Fällen darf der Verwalter mithin nicht zum Nennwert gegen die Konkursforderung des Gläubigers aufrechnen (sondern nur im Verteilungsverfahren gegen den Anspruch auf Auszahlung der Quote), so daß dem BGH insofern recht zu geben ist.

Anders, als es wenigstens die Wortwahl des BGH (der „Können“ und „Dürfen“ einander gleichsetzt) nahelegt, führt der Umstand, daß der Verwalter – quasi im Innenverhältnis zur Gläubigerschaft – nicht aufrechnen *darf*, jedoch nicht automatisch dazu, daß er es auch nicht „*kann*“ im Sinne der Unwirksamkeit einer etwa gleichwohl erklärten Aufrechnung. Zwar können konkurszweckwidrige Verfügungen des Verwalters nach allgemeiner Meinung auch ohne eine dies ausdrücklich regelnde gesetzliche Vorschrift nichtig sein. Die herrschende Meinung verlangt hierfür aber im Hinblick auf das dem Verwalter in § 6 Abs. 2 KO (§ 8 Abs. 2 GesO, § 80 Abs. 1 InsO) eingeräumte umfassende Verwaltungs- und Verfügungsrecht, daß der Verstoß unter allen Gesichtspunkten für jeden Kundigen offensichtlich ist;⁵² „bloß“ pflichtwidrige oder unzweckmäßige Verfügungen sollen dagegen wirksam sein und nur, sofern der Pflichtverstoß erkennbar und damit schuldhaft war, den Verwalter gemäß § 82 KO (§ 8 Abs. 1 Satz 2 GesO, § 60 InsO) zum Schadensersatz verpflichten. Danach wäre eine Aufrechnung gegen eine Konkursforderung nur dann nichtig, wenn über das Nichtvorliegen der gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen kein vernünftiger Zweifel bestehen kann.⁵³ Vorzugswürdig erscheint es freilich, jedenfalls dann, wenn die Verwalterhandlung einem Konkursbeteiligten Rechte ver-

ZIP 1995, 267

schaft, die ihm nach den konkursrechtlichen Vorschriften nicht zukommen, auf das Evidenzerfordernis zu verzichten:⁵⁴ Da die konkursrechtlichen Vorschriften zwingend sind, ist das Vertrauen des Empfängers auf den Bestand der Verfügung

gegenüber der Masse nicht schutzwürdig (allenfalls mag er seinerseits Schadensersatzansprüche gegen den Verwalter persönlich haben).

Ebenso, wie der Gläubiger eine auf die Konkursforderung erhaltene vollständige Leistung auch dann nicht behalten dürfte, wenn die Unrichtigkeit der Einstufung als Masseschuld statt als Konkursforderung nicht „evident“ war, muß deshalb auch eine Aufrechnung durch den Verwalter ohne weiteres unwirksam sein, wenn sie dem Gläubiger in unzulässiger Weise volle Befriedigung beschert.⁵⁵

(4) Nochmals hervorzuheben ist, daß es für die Konkurszweckwidrigkeit und damit die Unwirksamkeit der Aufrechnung des Verwalters gegen eine Konkursforderung nicht relevant ist, ob die Aufrechnung vor oder nach der „Feststellung zur Tabelle“⁵⁶ erfolgte. Ist die Aufrechnung wegen des Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot konkurszweckwidrig, so gilt dies vor wie nach diesem Zeitpunkt in gleichem Maße; auch nach der Feststellung kann daher nicht wirksam gegen die Konkursforderung als solche aufgerechnet werden (sondern nur gegen den Anspruch auf Auszahlung der Quote). Ist die Aufrechnung dagegen nicht konkurszweckwidrig, weil auch der Gläubiger aufrechnen dürfte, so kann der Verwalter materiellrechtlich sowohl vor als auch nach der Feststellung gegen die Konkursforderung als solche aufrechnen; der prozessualen Geltendmachung des Aufrechnungseinwands steht im zuletzt genannten Fall allerdings das Hindernis des § 767 Abs. 2 ZPO entgegen.⁵⁷

2. Bürgerlich-rechtliche Aufrechnungsvoraussetzungen

Im Hinblick auf die bürgerlich-rechtlichen Aufrechnungserfordernisse nach § 387 BGB bietet die Aufrechnung gegen Konkursforderungen vergleichsweise weniger Probleme. Hier geht es vor allem darum, inwieweit bei diesen Erfordernissen im Konkurs Erleichterungen eingreifen.

So kommt eine Aufrechnung des Verwalters nach geltendem Konkursrecht⁵⁸ unter dem Gesichtspunkt der *Gleichartigkeit* nicht nur dann in Betracht, wenn die beiderseitigen Forderungen jeweils auf DM (oder die gleiche vertretbare Sache) gerichtet sind, sondern auch dann, wenn nur die Forderung der Masse auf DM gerichtet ist, die des Konkursgläubigers dagegen nicht. Zwar gilt § 54 Abs. 4 KO nicht unmittelbar für die Aufrechnung des Verwalters. Jedoch ist die Forderung des Gläubigers im Konkursverfahren in DM geltend zu machen (§§ 69, 70 KO). Dies soll nach allgemeiner Ansicht auch dem Verwalter zugute kommen, so daß dieser auch gegen eine nicht auf Geld gerichtete Forderung des Konkursgläubigers aufrechnen könne.⁵⁹ Dies läßt sich allerdings nicht einfach damit begründen, die unter §§ 69, 70 KO fallenden Forderungen würden durch die Verfahrenseröffnung „umgewandelt“: Denn zwar soll der herrschenden Meinung zufolge in der Tat eine materiellrechtliche „Umwandlung“ dieser Forderungen stattfinden, jedoch erst mit deren Feststellung zur Tabelle.⁶⁰ Indes ist den genannten Vorschriften immerhin zu entnehmen, daß solche Forderungen im Konkursverfahren und soweit es für konkursrechtliche Rechtsfolgen auf sie ankommt, als Geldforderung *behandelt* werden sollen;⁶¹ dies muß dann aber auch für die Aufrechnung des Verwalters gegen eine solche Forderung gelten.⁶² Umgekehrt, also wenn die aufzurech-

ZIP 1995, 268

nende Gegenforderung der Masse nicht auf DM gerichtet ist, kann dies aber nicht gelten (schon § 54 KO schafft hier keine Befreiung vom Gleichartigkeitserfordernis); die Aufrechnungsmöglichkeit besteht daher entsprechend den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen nur und erst dann, wenn sich die Forderung der Masse in eine Geldforderung umwandelt.⁶³

Unter dem Gesichtspunkt der *Erfüllbarkeit* der Hauptforderung setzt die Aufrechnung, wie gesehen,⁶⁴ lediglich voraus, daß die Hauptforderung wirksam entstanden sowie entweder bereits fällig oder immerhin nach § 271 Abs. 2 BGB vorzeitig tilgbar ist. Insofern ist die Aufrechnung gegen Konkursforderungen nach geltendem Recht⁶⁵ aber ebenfalls unproblematisch: Zwar kommen § 54 Abs. 2, Abs. 3 KO auch insoweit dem Verwalter nicht zugute; es sind jedoch entsprechend dem eben Ausgeführten die Vorschriften, nach denen Konkursforderungen für die konkursmäßige Behandlung wie fällige

Geldforderungen behandelt werden, nach geltendem Recht auch anwendbar, soweit es um die Aufrechnung des Verwalters geht. Dieser kann daher mit den betreffenden Maßgaben auch gegen eine betagte Forderung des Konkursgläubigers aufrechnen.⁶⁶ Zulässig ist ferner die Aufrechnung gegen eine aufschiebend bedingte Konkursforderung, da diese nach Maßgabe des § 67 KO am Verfahren teilnimmt.⁶⁷

Umgekehrt, also im Hinblick auf die Aufrechnung *mit* einer betagten oder bedingten Masseforderung, kann dies auch hier nicht gelten. Zwar ist nach der Bestimmung des § 54 Abs. 1 KO für die Aufrechnung des Konkursgläubigers auch die Forderung der Masse als fällig oder unbedingt zu behandeln. Diese Regelung kann indes auf die durch den Verwalter erklärte Aufrechnung nicht entsprechend angewendet werden: Die Zulassung der Aufrechnung des Gläubigers gegen eine aufschiebend bedingte oder betagte Forderung der Masse rechtfertigt sich durch den in der Aufrechnungserklärung des Gläubigers enthaltenen Verzicht auf den Schutz durch die Bedingung und die mangelnde Fälligkeit;⁶⁸ für die Zulässigkeit der eigenen Aufrechnung des Verwalters gibt dies nichts her. Die Gegenforderung der Masse muß daher in jedem Fall zum Zeitpunkt der Aufrechnung bereits durchsetzbar, also unbedingt, fällig und einredefrei sein.⁶⁹

Praktisch läuft dies auf eine partielle Analogie zu § 54 KO (§ 95 InsO) hinaus: Der Verwalter kann in den Fällen auch selbst aufrechnen, in denen diese Bestimmung die Anforderungen hinsichtlich der Forderung des Konkursgläubigers gegenüber § 387 BGB absenkt, dagegen nicht, wo dies hinsichtlich der aufzurechnenden Masseforderung geschieht.

IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die gesetzlichen Vorschriften über die Aufrechnungsbefugnis von Konkursgläubigern (§§ 53 ff KO, § 7 Abs. 5 GesO, §§ 94 ff InsO) erlauben und begrenzen mittelbar auch die Aufrechnung des Konkursverwalters: Der Verwalter kann mit einer fälligen und auf DM gerichteten Masseforderung dann zum Nennbetrag gegen eine Konkursforderung aufrechnen, wenn der Gläubiger seinerseits wirksam aufrechnen könnte. Zur Vermeidung der Einwendungspräkklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO (i. V. m. § 145 Abs. 2 KO, § 178 Abs. 3 InsO) muß der Aufrechnungseinwand hierfür aber bereits im Feststellungsverfahren geltend gemacht werden.

Von der Konkursforderung als solcher ist der im Verteilungsverfahren selbständig neben dieser stehende Anspruch des Gläubigers auf Auszahlung der Konkursdividende zu unterscheiden: Gegen jenen kann der Verwalter uneingeschränkt mit fälligen Masseforderungen aufrechnen; eine Präklusion des Aufrechnungseinwands ist hier ausgeschlossen.

* Dr. iur., Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Bonn

1 BGHZ 100, 222 = ZIP 1987, 725 = EWiR 1987, 1011 (Gerhardt).

2 Gegenstand dieses Beitrags ist nur die Aufrechnung des Verwalters gegen Konkursforderungen. Die Aufrechenbarkeit von Forderungen aus Masseschulden und Massekosten wirft spezifische Probleme namentlich im Fall der Masseinsuffizienz auf, die hier nicht behandelt werden können.

3 RG LZ 1910, Sp.231, 232; RG JW 1915, 1029, 1031; *Baur/Stürner*, Zwangsvollstreckungs-, Konkurs- und Vergleichsrecht, Bd. II, Insolvenzrecht, 12. Aufl., 1990, Rz. 16.2; *Fitting*, Das Reichs-Konkursrecht, 3. Aufl., 1904, S. 258 f; *Gottwald/Gottwald*, Insolvenzrechts-Handbuch, 1990, § 47 Rz. 82; *Hess*, KO, 4. Aufl., 1993, § 53 Rz. 1; *Jaeger/Lent*, KO, 8. Aufl., 1958 ff, § 53 Anm. 33; *Kilger/Karsten Schmidt*, KO, 16. Aufl., 1993, § 54 Anm. 10; *Kuhn/Uhlenbruck*, KO, 11. Aufl., 1994, § 53 Rz. 3; *Lang*, Das Aufrechnungsrecht nach bürgerlichem Recht, 1906, S. 230 f, 289 f; *Oetker*, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Bd. I, 1891, S. 231; *Pagenstecher/Grimm*, Der Konkurs, 4. Aufl., 1968, S. 179; v. *Sarwey/Boßert*, KO, 4. Aufl., 1900, § 53 Anm. 4; *Seuffert*, Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899, S. 234 Bem. 9; v. *Wilmowski/Kurlbaum*, KO, 6. Aufl., 1906, Vorbem. 2 zu § 53, § 53 Anm. 1.

4 Vgl. insbesondere *Böttcher*, in: Festschrift Schima, 1969, S. 100; speziell zur Aufrechnung im Konkurs bereits die Motive zur KO, S. 226 f = *Hahn*, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. IV, S. 216 f; ferner RGZ 80, 411, 414; RGZ 124, 8, 10; BGH NJW 1960, 1295; BGH ZIP 1991, 110, 112, dazu EWiR 1991, 181 (Lüke); *Gerhardt*,

Vollstreckungs- und Insolvenzrecht, 1985, Rz. 330; *Gottwald/Gottwald* (Fußn. 3), § 47 Rz. 3; *Jaeger/Lent* (Fußn. 3), § 53 Anm. 29; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 53 Anm. 1; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 53 Rz. 1, 15; anders (Aufrechnungslage als *Erfüllungsäquivalent*) *Häsemeyer*, Insolvenzrecht, 1993, S. 382.

- 5 BGHZ 100, 222, 226 f = ZIP 1987, 725, 726 r. Sp.; zust. *Gerhardt*, EWIR 1987, 1012; *Gottwald/Gottwald* (Fußn. 3), § 47 Rz. 83; *Hess* (Fußn. 3), § 53 Rz. 3; ders., WuB VI B. § 145 KO 1.87; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 54 Anm. 10; *Mohrbutter/Mohrbutter*, Handbuch der Konkurs- und Vergleichsverwaltung, 6. Aufl., 1990, Rz. 504, 787a; *Palandt/Heinrichs*, BGB, 54. Aufl., 1995, § 387 Rz. 12.
- 6 St. Rspr., vgl. zuletzt BGH ZIP 1984, 1509, 1510; BGHZ 100, 222, 224 = ZIP 1987, 725, 726 I. Sp.; BGHZ 113, 381, 382 = ZIP 1991, 456 r. Sp., dazu EWIR 1991, 493 (*Brehm*); ebenso *Gottwald/Eickmann* (Fußn. 3), § 64 Rz. 33; *Jaeger/Weber* (Fußn. 3), § 145 Anm. 11; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 145 Anm. 3, 6; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 145 Rz. 9; *Mohrbutter/Mohrbutter* (Fußn. 5), Rz. 786, 791; *Pagenstecher/Grimm* (Fußn. 3), § 40 II.
- 7 S. die Nachweise oben Fußn. 6. Maßgeblich ist danach nicht der Zeitpunkt des Tabellenvermerks, sondern, da „die Feststellung“ regelmäßig durch Unterlassen eines Widerspruchs im Prüfungstermin durch die hierzu Berechtigten bewirkt wird, der Schluß des Prüfungstermins, in dem die angemeldete Forderung erörtert worden ist; in Betracht kommt aber auch der Zeitpunkt der Zurücknahme eines zunächst erklärten Widerspruchs oder der Schluß der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung im Feststellungsprozeß; vgl. *Gottwald/Eickmann* (Fußn. 3), § 64 Rz. 33; *Jaeger/Weber* (Fußn. 3), § 145 Anm. 11a.
- 8 St. Rspr. seit RGZ 64, 228, 229 f; zuletzt BGHZ 100, 222, 225 = ZIP 1987, 725, 726 I. Sp.; BGHZ 103, 362, 366 = ZIP 1988, 1065, 1067 I. Sp., dazu EWIR 1988, 725 (*v. Feldmann*); BGH NJW 1994, 2769, 2770.
- 9 RG LZ 1907, Sp.835, 836; RG LZ 1910, Sp.231, 232; OLG Dresden SächsAnnalen 1, 539 f; OLG Karlsruhe BadRspr 1910, 257; *Jaeger*, KO, 6./7. Aufl., 1931/36, § 145 Anm. 11; *Jaeger/Weber* (Fußn. 3), § 145 Anm. 11a; ebenso nach dem Urteil des BGH vom 19.3.1987, BGHZ 100, 122 = ZIP 1987, 725 noch *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 145 Rz. 9.
- 10 Siehe oben Fußn. 5.
- 11 Im Hinblick darauf, daß eine Verteilung auf Konkursforderungen nur bei hinreichender Masse vorgenommen wird, kann hier nicht einmal der – bei der Aufrechnung mit und gegen Forderungen echter Massegläubiger problematische – Fall der Masseinsuffizienz vorkommen.
- 12 Vgl. *Jaeger/Lent* (Fußn. 3), § 55 Anm. 5; *Lang* (Fußn. 3), S. 292; *Petersen/Kleinfeller*, KO, 4. Aufl., 1900, § 55 Anm. 3, 5; *Seuffert* (Fußn. 3), § 38 Fußn. 8.
- 13 BGHZ 100, 222, 226 = ZIP 1987, 725, 726 r. Sp. Verlangt man demgegenüber, daß zur Identität des Rechtsträgers von Forderung und Verbindlichkeit in den Fällen der Sonderung von Vermögensmassen die Identität der Vermögensmassen hinzutreten muß (vgl. *Jaeger/Henckel*, KO, 9. Aufl., 1977 ff, § 6 Anm. 40; *Spellenberg*, Zum Gegenstand des Konkursfeststellungsverfahrens, 1973, S. 93 f; weitergehend *Hanisch*, Die Rechtszuständigkeit der Konkursmasse, 1973, S. 102 ff, 235 ff), so ergeben sich keine darüber hinausgehenden Bedenken, da der Gemeinschuldner auch gerade in seiner Eigenschaft als Träger der Masse Subjekt von Forderung und Schuld ist; letzteres gilt im übrigen sowohl im Hinblick auf den Anspruch auf die Konkursdividende als auch im Hinblick auf die Konkursforderung selbst.
- 14 Siehe oben Fußn. 8; zust. etwa *Ernst*, NJW 1986, 401; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 53. Aufl., 1995, § 767 Rz. 53; MünchKomm-Karsten Schmidt, ZPO, 1993, § 767 Rz. 82; *Zöller/Herget*, ZPO, 19. Aufl., 1995, § 767 Rz. 14; speziell für die Aufrechnung auch *Blomeyer*, Zivilprozeßrecht – Vollstreckungsverfahren, 1975, § 33 IV 2; *Häsemeyer*, in: Festschrift Weber, 1975, S. 227 ff; *Henckel*, ZZP 74 (1961), 169.

- 15 So wird von der wohl herrschenden Lehre im Anschluß an *Lent*, DR 1942, 868, auf die Abgabe der Aufrechnungserklärung abgestellt, vgl. *Becker*, AcP 188 (1988), 48; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, 4. Aufl., 1994, Rz. 1346; *Gerhardt*, Vollstreckungsrecht, 2. Aufl., 1982, § 15 II 1, S. 208; *Otto*, Die Präklusion, 1970, S. 163 ff; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl., 1993, § 155 I; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 20. Aufl., 1977 ff, § 767 Rz. 32. Von einigen wird dies aber durch eine entsprechende Anwendung der Präklusionsvorschriften der §§ 296, 528 ff ZPO wieder eingeschränkt, so zum Beispiel von *Jauernig*, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, 19. Aufl., 1990, § 12 II; *Gaul*, in: *Rosenberg/Gaul/Schilken*, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl., 1987, § 40 V 2b.
- 16 Der insofern speziell zur Aufrechnung von Vertretern der herrschenden Lehre (vgl. *Gaul* (Fußn. 15), § 40 V 2 b m. w. N.) gezogene Gegenschluß aus § 322 Abs. 2 ZPO – Rechtskraftwirkung nur bei „geltend gemachter“ Aufrechnung – läßt unberücksichtigt, daß diese Vorschrift die Rechtskraftwirkung der Aufrechnung nur im Hinblick auf die aberkannte Gegenforderung regelt, aber keine Aussage über die („unselbständige“) Rechtskraftwirkung der Aufrechnung im Hinblick auf die zuerkannte Klageforderung trifft.
- 17 Vgl. *MünchKomm-Karsten Schmidt* (Fußn. 14), § 767 Rz. 73, 82; *Otto* (Fußn. 15), S. 67 f.
- 18 Vgl. Motive zur KO, S. 357 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 322: „Der Entwurf sei bestrebt, einmal dem Verfahren eine (im Vergleich zur preußKO 1855) noch größere Beschleunigung ... zu geben, sodann dasselbe so zu konstruieren, daß dadurch ... für alle späteren Verhandlungen im Konkurse ... eine judikatsmäßig feste ... Grundlage gewonnen werde“.
- 19 Motive zur KO, S. 364 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 327.
- 20 BGHZ 100, 222, 227 = ZIP 1987, 725, 726 f.
- 21 Vgl. etwa *Gernhuber*, Handbuch des Schuldrechts, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 65 f; *Henckel*, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozeß, 1961, S. 62 ff; *Larenz*, Schuldrecht, Allg. Teil, 14. Aufl., 1987, § 2 IV; *Spellenberg* (Fußn. 13), S. 47 ff, 55 ff; zur historischen Entwicklung zusammenfassend *Diestelkamp*, Die Lehre von Schuld und Haftung, in: *Coing/Wilhelm* (Hrsg.), Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert, Bd. VI, 1982, S. 21 ff.
- 22 Vgl. *Eckardt*, ZIP 1993, 1766, 1771 f; dort auch dazu, daß man deshalb richtigerweise das Haftungsrecht und nicht, wie die herrschende Meinung meint, die Konkursforderung selbst als Gegenstand des Feststellungsverfahrens ansehen sollte (so vor allem *Spellenberg* (Fußn. 13), S. 81 ff); für die vorliegende Frage ist dieser Streitpunkt allerdings ohne Relevanz.
- 23 Zum Ganzen vgl. *Henckel*, in: *Festschrift Michaelis*, 1972, S. 165 f; ders., in: *Festschrift Weber*, 1975, S. 243, 252; ders., in: *Jaeger* (Fußn. 13), § 3 Anm. 3; *Spellenberg* (Fußn. 13), S. 81 ff, 143 ff.
- 24 Die gesetzlichen Einschränkungen der Aufrechnung mit Konkursforderungen gelten insoweit nicht (siehe oben sub II 1 m. Fußn. 12).
- 25 So bereits Motive zur KO, S. 233 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 222; ferner RGZ 26, 110, 116; *Gottwald/Huber* (Fußn. 3), § 47 Rz. 19; *Jaeger/Lent* (Fußn. 3), § 53 Anm. 14; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 53 Anm. 8; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 53 Rz. 2a; *Lang* (Fußn. 3), S. 96; *Oetker* (Fußn. 3), S. 246 f; *Petersen/Kleinfeller* (Fußn. 12), § 53 Anm. 3; v. *Wilmowskil/Kurlbaum* (Fußn. 3), § 53 Anm. 5.
- 26 RGZ 26, 110, 116; *Lang* (Fußn. 3), S. 96; v. *Wilmowskil/Kurlbaum* (Fußn. 3), § 53 Anm. 5.
- 27 *Lang* (Fußn. 3), S. 96; v. *Wilmowskil/Kurlbaum* (Fußn. 3), § 53 Anm. 5; offenlassend RGZ 26, 110, 116. Das für Absonderungsrechte geltende Ausfallprinzip findet nach ganz herrschender Meinung auf die Aufrechnung jedenfalls keine Anwendung, vgl. RGZ 26, 110, 116; BGH NJW 1960, 1295; *Gottwald/Gottwald* (Fußn. 3), § 47 Rz. 19;

Kilger/Karsten Schmidt (Fußn. 3), § 53 Anm. 1; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 53 Rz. 1; *Oetker* (Fußn. 3), S. 247 Fußn. 3; a. A. *Häsemeyer*, KTS 1982, 566.

- 28 In diesem Fall ist eine Aufrechnung des Verwalters gegen die Konkursforderung als solche anerkanntermaßen zulässig und zweckmäßig, vgl. etwa *Baur/Stürner* (Fußn. 3), Rz. 16.2; *Gerhardt* (Fußn. 4), Rz. 330; *Häsemeyer* (Fußn. 4), S. 384, 393; *Seuffert* (Fußn. 3), S. 234 Fußn. 6. Kann der Gläubiger dagegen nicht selbst aufrechnen, so ist die Aufrechnung des Verwalters dagegen in der Regel nicht nur untunlich, sondern konkurszweckwidrig; dazu und zu den Konsequenzen siehe unten sub III 1.3.
- 29 Vgl. auch RGZ 145, 13, 15; BGH NJW 1975, 304; BGH NJW 1988, 3204, 3205; OLG Frankfurt MDR 1984, 148; *Becker-Eberhard*, Grundlagen der Kostenerstattung bei der Verfolgung zivilrechtlicher Ansprüche, 1985, S. 38 ff; MünchKomm-Belz (Fußn. 14), § 104 Rz. 39; *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 21. Aufl., 1992 ff, § 104 Rz. 15 (alle zur Beingtheit des prozessualen Kostenerstattungsanspruchs vor Ergehen der Kostengrundscheidung).
- 30 Vgl. erneut RGZ 145, 13, 15; OLG Frankfurt MDR 1984, 148; MünchKomm-Belz (Fußn. 14), § 104 Rz. 39.
- 31 Siehe oben Fußn. 9.
- 32 Siehe oben sub I 2 m. Fußn. 5.
- 33 Vgl. nur BGHZ 17, 19, 29; BGHZ 103, 362, 367 = ZIP 1988, 1065, 1067 I. Sp., dazu EWIR 1988, 725 (v. *Feldmann*); *Gernhuber*, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 1983, § 12 V 1, S. 231 ff; MünchKomm-v. *Feldmann*, BGB, 3. Aufl., 1994, § 387 Rz. 21; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 5), § 387 Rz. 12; *Staudinger/Kaduk*, BGB, 12. Aufl., 1978 ff, § 387 Rz. 105; zu den Folgerungen, die sich hieraus für die Aufrechnung des Verwalters gegen eine Konkursforderung ergeben, s. unten sub 2.2.
- 34 § 279 KE im Anschluß an § 1 des v. *Kübel*'schen TE-OR Nr. 28.
- 35 Vgl. v. *Kübel*, S. 14 der Begründung zu §§ 1, 2, 4, 6 TE-OR Nr. 28 = *Schubert* (Hrsg.), Die Vorentwürfe der Redaktoren zum BGB, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1, 1980, S. 1088 f.
- 36 *Jakobs/Schubert*, Die Beratung des BGB, Das Recht der Schuldverhältnisse, Bd. I, 1978, S. 695. Zum Verständnis der „Erfüllbarkeit“ i.S.v. § 231 d. 1. Entw. = § 271 BGB vgl. auch die Motive (zum BGB) II, S. 104: Die Aufrechnung verlange (nur) „die Fälligkeit der beiden Forderungen in dem Sinne, daß der Aufrechnende die ihm gebührende Leistung muß fordern können und die ihm obliegende Leistung zu bewirken befugt ist (§§ 158, 231 (d. 1. Entw.))“.
- 37 Vgl. nur RGZ 72, 377, 378; BGH NJW 1970, 41, 42; BGH ZIP 1985, 745, 747, dazu EWIR 1985, 363 (*Crezelius*); MünchKomm-Mertens (Fußn. 33), § 387 Rz. 17; *Palandt/Heinrichs* (Fußn. 5), § 387 Rz. 20.
- 38 Vgl. bereits oben sub II 2.2.1 m. N. in Fußn. 25 ff.
- 39 Vgl. BGHZ 99, 36, 38 = ZIP 1987, 626, 627 f, dazu *Grub*, EWIR 1987, 823; ferner die ganz herrschende Meinung zur Zulässigkeit der Aufrechnung gegen eine konkursfreie Forderung des Gemeinschuldners (in die nach § 14 KO, § 89 InsO gleichfalls nicht vollstreckt werden darf), etwa RGZ 26, 66, 67; BGH WM 1971, 859; BGH ZIP 1994, 474 = EWIR 1994, 337 (*Henckel*); *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 14 Anm. 1; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 14 Rz. 3; a. A. freilich *Gottwald/Gerhardt* (Fußn. 3), § 34 Rz. 10; *Jaeger/Henckel* (Fußn. 13), § 14 Anm. 12; *Müller*, Die Aufrechnung mit Konkurs- und Masseforderungen, 1981, S. 81 ff.
- 40 Siehe oben Fußn. 37.
- 41 Dem entspricht es, daß nach allgemeiner Ansicht in den Fällen, in den nach der hier vertretenen Auffassung eine durch den Verwalter erklärte Aufrechnung unwirksam ist (immer dann, wenn die Voraussetzungen einer Gläubigeraufrechnung nicht vorliegen, s. unten sub 1.3), auch ein Aufrechnungsvertrag unzulässig und unwirksam ist

(vgl. bereits die Motive zur KO, S. 228 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 218; ferner BGHZ 116, 156, 160 = ZIP 1991, 48, 49 I. Sp., dazu EWIR 1991, 71 (*Marotzke*); *Börner*, NJW 1961, 1508; *Jaeger/Lent* (Fußn. 3), § 55 Anm. 2; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 55 Anm. 1; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 55 Rz. 4; *Lang* (Fußn. 3), S. 250, 290).

- 42 Hierfür muß er im Feststellungsprozeß den Aufrechnungseinwand geltend machen; der Widerspruch als solcher bedarf überhaupt keiner Begründung; *Gottwald/Huber* (Fußn. 3), § 64 Rz. 5; *Jaeger/Weber* (Fußn. 3), § 141 Anm. 9; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 144 Anm. 1; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 144 Rz. 2a. Diese Form der Geltendmachung des Aufrechnungseinwands im Feststellungsverfahren ist jedenfalls dann notwendig, wenn bereits der spätere Gemeinschuldner vor Verfahrenseröffnung die Aufrechnung erklärt hatte; so mit Recht RG JW 1915, 1437.
- 43 Denn die Aufrechnung wäre für den Fall des Nichtbestehens der Hauptforderung ins Leere gegangen (so die heute allg. M., vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald* (Fußn. 15), § 105 II 2, S. 594 m. w. N.).
- 44 Nachweise in: Motive zur KO, S. 229 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 218 Fußn. 4.
- 45 Motive zur KO, S. 229 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 219. Nicht anders ist es dementsprechend beim echten Absonderungsrecht (wenn ein – angeblich – Absonderungsberechtigter zugleich persönlicher Gläubiger des Schuldners ist): Der Absonderungsstreit als solcher ist ebenfalls außerhalb des Konkurs(feststellungs)verfahrens auszutragen (§ 4 Abs. 2 KO); die Gläubiger können nicht das Absonderungsrecht selbst, sondern nur die hierdurch gesicherte persönliche Forderung anerkennen und bestreiten. Zu deren Anmeldung ist der Gläubiger indessen nicht verpflichtet, sondern lediglich berechtigt (§ 64 KO, § 52 InsO), wovon er aber regelmäßig absehen wird, wenn die persönliche Forderung vom Wert des Absonderungsrechts voll gedeckt wird und der Verwalter das Sicherungsgut alsbald zum Zwecke der abgesonderten Befriedigung an den Sicherungsnehmer herausgibt.
- 46 Aus diesem Grund ist es eher der Gläubiger, auf dessen Seite das Risiko liegt; stellt sich später heraus, daß die Aufrechnung aus konkursrechtlichen oder bürgerlich-rechtlichen Gründen unwirksam war, droht ihm aufgrund des Zeitablaufs die Undurchsetzbarkeit seiner konkursrechtlichen Befugnisse (vgl. §§ 142, 155 KO, § 14 Abs. 1 GesO, § 192 InsO). Ihm ist daher zu empfehlen, seine Forderung bei Zweifeln an der Wirksamkeit der Aufrechnung sicherheitshalber anzumelden.
- 47 Richtig deshalb RG LZ 1907, Sp.835, wo die Aufrechnungslage schon vor Konkurseröffnung bestanden hatte. Auch im Fall des BGH (BGHZ 100, 222 = ZIP 1987, 725) wäre aber die Zulässigkeit einer Gläubigeraufrechnung wohl zu bejahen gewesen: Dort machte der Verwalter gegen die festgestellte Konkursforderung die Aufrechnung mit einem massezugehörigen Bereicherungsanspruch geltend, den er daraus herleitete, daß die Konkursgläubigerin während des dem Anschlußkonkurs vorangegangenen Vergleichseröffnungsverfahrens entgegen einem allgemeinen Veräußerungsverbot und ohne Kenntnis oder gar Zustimmung des vom Gericht eingesetzten vorläufigen Vergleichsverwalters Zahlungen von der Schuldnerin erhalten hatte. Diese Zahlung aus der Zeit vor Verfahrenseröffnung war gemäß § 12 Satz 2, 3 i. V. m. § 62 Abs. 1 VgIO „den Vergleichsgläubigern gegenüber unwirksam“, so daß mangels Tilgungswirkung ein von dem (Vergleichs-)Verwalter geltend zu machender Bereicherungsanspruch auf Rückzahlung bestand; dieser war vor Verfahrenseröffnung bereits entstanden. Allenfalls mag dieser Anspruch durch die spätere Eröffnung des Vergleichs- oder Anschlußkonkursverfahrens aufschiebend bedingt gewesen sein; dies indes wäre unschädlich, da bei der Interpretation des § 55 KO implizit immer die (nach einer in st. Rspr. gebrauchten Formulierung „vorrangige“) Regelung des § 54 Abs. 1 KO mitberücksichtigt und deshalb als vor Verfahrenseröffnung „entstandene“ Forderung auch diejenige Forderung angesehen wird, die lediglich „im Kern“ bereits vor Konkurseröffnung „angelegt“ gewesen war (vgl. zum Beispiel BGHZ 89, 189, 192 = ZIP 1984, 190, 191 r. Sp.; BGH ZIP 1988, 1545, 1546). Da auch der Anspruch der Gläubigerin bereits vor Verfahrenseröffnung vollwirksam und durchsetzbar entstanden war, hätte diese selbst und folglich auch der Verwalter aufrechnen können. Zu betonen bleibt aber, daß dies für die Einwendungspräklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO hinsichtlich der

Aufrechnung gegen den Anspruch auf Auszahlung der Quote jedenfalls unschädlich war (s. oben sub II 2.2.2).

- 48 So in RG LZ 1907, Sp.835, wo der Konkursgläubiger seinerseits in Konkurs gefallen war.
- 49 So jedenfalls die Motive zur KO, S. 235 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 223; zust. *Jaeger/Lent* (Fußn. 3), § 55 Anm. 3; *Lang* (Fußn. 3), S. 253; *Petersen/Kleinfeller* (Fußn. 12), § 55 Anm. 7.
- 50 Genau genommen ist § 170 KO freilich schon deswegen nicht anwendbar, weil der Verwalter hier vorausgesetztermaßen nicht gegen den Anspruch auf Auszahlung der Konkursdividende aufrechnet (das könnte vor Durchlaufen des Prüfungsverfahrens auch gar nicht wirksam geschehen, da dieser Anspruch zuvor noch nicht besteht (s. o. sub II 2.2.2)), sondern gegen die Konkursforderung als solche.
- 51 Vgl. KG KuT 1930, 84; *Jaeger/Weber* (Fußn. 3), § 170 Anm. 4; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 170 Anm. 2; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 170 Rz. 4.
- 52 Vgl. insbesondere BGH ZIP 1983, 589, 590; OLG Düsseldorf ZIP 1995, 55, 56 f; ferner RGZ 53, 190, 192; BGH WM 1979, 475; BGH NJW 1992, 2894; *Jauernig*, in: Festschrift Weber, 1975, S. 318 ff; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 6 Rz. 37; im Ergebnis ähnlich (Anwendbarkeit der Grundsätze über den „Mißbrauch der Vertretungsmacht“) *Lent*, KTS 1956, 161; ders., in: *Jaeger* (Fußn. 3), § 6 Anm. 25; *Karsten Schmidt*, KTS 1984, 389; ders., in: *Kilger* (Fußn. 3), § 6 Anm. 6 a aa.
- 53 Auch hiernach könnte indes die Einwendungspräklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO nicht davon abhängen, ob die gesetzlichen Aufrechnungsvoraussetzungen „offenkundig“ nicht gegeben waren, so daß die vor der Feststellung erklärte Aufrechnung nicht nur pflichtwidrig, sondern sogar nichtig gewesen wäre. Denn Sinn der Feststellungswirkung nach §§ 144, 145 Abs. 2 KO (§ 178 InsO) kann es nicht sein, den Verwalter nur die Wahl zu lassen, die vollwertige massezugehörige Forderung unzweckmäßigerweise zum Nennwert gegen eine nicht vollwertige Konkursforderung herzugeben, oder auf die in der Aufrechnungsmöglichkeit liegende Sicherung für die eigene Forderung gegen den Gläubiger zu verzichten und die selbständige Geltendmachung der gegen jenen gerichteten Forderung zu versuchen.
- 54 So *Jaeger/Henckel* (Fußn. 13), § 6 Anm. 153 ff; *Jaeger/Weber* (Fußn. 3), §§ 207, 208 Anm. 50, 58; *Lippok*, Die Grenzen der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Konkursverwalters, 1972, S. 91 ff, 125 ff; hierfür wohl auch BGH BB 1955, 76.
- 55 Jedenfalls unrichtig entschieden ist deshalb auch der Fall RG LZ 1910, Sp.231: Da hier der Masseanspruch erst nach Verfahrenseröffnung entstanden war, hätte der Konkursgläubiger nicht aufrechnen können (§ 55 Nr. 1 KO) und deshalb auch nicht der Verwalter.
- 56 So die – sogar in den amtlichen Leitsatz aufgenommene – Formulierung des BGH (BGHZ 100, 222 = ZIP 1987, 725). An ihr ist über das im Text Ausgeführte hinaus terminologisch zu bemängeln, daß der Verwalter unter Umständen auch berechtigt und verpflichtet ist, Zahlungen auf nicht festgestellte Forderungen zu leisten: dann nämlich, wenn eine titulierte Forderung bestritten wird und der Widersprechende nicht den Feststellungsprozeß betreibt (§§ 152, 168 Nr. 1 KO, § 179 Abs. 2, § 189 InsO); in diesem Fall muß der Verwalter die Leistung aber auch durch Aufrechnung bewirken können. Entscheidend kann mithin auch auf der Grundlage der Auffassung des BGH nur sein, daß die Forderung nach Durchlaufen des Prüfungsverfahrens zur Teilnahme an den Verteilungen berechnete.
- 57 Es sei denn, die Masseforderung wäre erst nach der Feststellung entstanden beziehungsweise fällig und einredefrei geworden (s. sogleich sub III 2); in diesem Fall hat der Verwalter die Wahl, wogegen er aufrechnet. Rechnet er gegen die Konkursforderung als solche auf, so entfällt jene und damit auch die Grundlage des Haftungsanspruchs, was mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden kann. Zwar erlischt in diesem Fall auch die Masseforderung in Höhe des Nennbetrags der Konkursforderung; indes würde auch eine Aufrechnung gegen

den Dividendenanspruch die Masse hier nicht besser stellen, da dem Gläubiger das Recht verbliebe, mit seiner Restforderung gegen die Masseforderung aufzurechnen.

- 58 Nach künftigem Recht (§ 96 Abs. 2 InsO) gilt die Aufrechenbarkeit einer nicht auf Deutsche Mark gerichteten Forderung des Insolvenzgläubigers demgegenüber nur noch dann, wenn die Ungleichartigkeit darauf beruht, daß die Forderung auf Zahlung einer Geldsumme in ausländischer Währung gerichtet ist. Im übrigen darf nach § 96 Abs. 1 InsO in Zukunft auch der Insolvenzgläubiger erst aufrechnen, wenn die Forderungen gleichartig geworden sind (Satz 1); den Schluß aus der allgemeinen Umrechnung von Insolvenzforderungen in DM (§ 45 InsO) auf die Aufrechnungsbefugnis wird klarstellend ausgeschlossen (Satz 2). Obwohl dies an sich nur die Aufrechnung des Insolvenzgläubigers betrifft, kann für die Aufrechnung durch den Verwalter nichts anderes gelten; jedenfalls muß hier der Gedanke eingreifen, daß eine Verwalteraufrechnung regelmäßig dann als konkurszweckwidrig unwirksam ist, wenn der Gläubiger nicht seinerseits aufrechnen konnte. Die Aufrechnung gegen den Anspruch auf Zahlung der Konkursdividende wird hiervon freilich nicht betroffen sein: Dieser Anspruch ist ohne weiteres auf Zahlung einer Geldsumme in DM gerichtet.
- 59 Vgl. *Gottwald/Gottwald* (Fußn. 3), § 47 Rz. 83; *Jaeger/Lent* (Fußn. 3), § 53 Anm. 33; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 53 Anm. 10; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 53 Rz. 3; *Lang* (Fußn. 3), S. 232; *Oetker* (Fußn. 3), S. 231 Fußn. 1, S. 249; v. *Wilmowski/Kurlbaum* (Fußn. 3), § 53 Anm. 1.
- 60 St. Rspr., zuletzt BGH ZIP 1984, 1509, 1510; BGHZ 108, 123, 128 = ZIP 1989, 926, 928 r. Sp., dazu EWiR 1989, 919 (*Hanisch*); BGHZ 113, 207, 213 = ZIP 1991, 235, 237 r. Sp., dazu EWiR 1991, 389 (*Molkenbur*); BGH ZIP 1992, 342, 343 I. Sp., dazu EWiR 1992, 489 (*Molkenbur*); ebenso *Jaeger/Weber* (Fußn. 3), § 164 Anm. 10 f; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 69 Rz. 5b, § 145 Rz. 3, § 164 Rz. 8.
- 61 Durch die Rechtskraft der Feststellung zur Tabelle erfolgt insoweit lediglich eine betragsmäßige Fixierung, während eine endgültige „Umwandlung“ des materiellen Rechts entgegen der herrschenden Meinung richtiger Ansicht nach überhaupt nicht stattfindet (so mit Recht *Arend*, ZIP 1988, 72; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 69 Anm. 5; *Karsten Schmidt*, in: Festschrift Merz, 1992, S. 533, 542 ff; *Spellenberg* (Fußn. 13), S. 161 ff). Denn die Rechtskraft nach § 145 Abs. 2, § 147 KO, 178 Abs. 3 InsO wirkt, wie sonst auch, nur prozessual, nicht aber materiellrechtlich; obendrein ist ihr Gegenstand gar nicht die Forderung als solche, sondern nur die aus jener fließende haftungsrechtliche Befugnis (vgl. oben Fußn. 22).
- 62 Schon § 54 KO will in erster Linie die Konsequenz daraus ziehen, daß für die Zwecke der konkursmäßigen Haftungsverwirklichung ohnehin eine Umrechnung der Konkursforderung des Gläubigers vorgenommen wird, vgl. Motive zur KO, S. 233 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 221 f.
- 63 Vgl. *Jaeger/Lent* (Fußn. 3), § 53 Anm. 33; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 53 Rz. 3; *Lang* (Fußn. 3), S. 232; *Pagenstecher/Grimm* (Fußn. 3), S. 179.
- 64 Vgl. oben sub III 1.1.
- 65 Nach künftigem Recht gilt dies aus den bereits erwähnten Gründen nicht mehr (Fußn. 58): Nachdem in Zukunft auch der Insolvenzgläubiger jedenfalls erst dann aufrechnen darf, wenn seine Forderung unbedingt und fällig geworden ist (§ 96 Abs. 1 Satz 1, 2 i. V. m. § 41 InsO), wird man Gleiches auch für die Aufrechnung des Insolvenzverwalters annehmen müssen.
- 66 Vgl. *Gottwald/Gottwald* (Fußn. 3), § 47 Rz. 83; *Jaeger/Lent* (Fußn. 3), § 53 Anm. 33; *Kilger/Karsten Schmidt* (Fußn. 3), § 53 Anm. 10; *Kuhn/Uhlenbruck* (Fußn. 3), § 53 Rz. 3; *Lang* (Fußn. 3), S. 232.
- 67 *Lang* (Fußn. 3), S. 232. Fällt die Bedingung später aus, so ist die Masse freilich auf einen Bereicherungsanspruch gegen den Konkursgläubiger verwiesen, weswegen die Aufrechnung des Verwalters in diesen Fällen in der Regel unzweckmäßig ist und als haftungsträchtig (§ 82 KO) besser unterbleiben sollte.

68 Vgl. Motive zur KO, S. 233 = *Hahn* (Fußn. 4), S. 222.

69 Siehe Nachweise oben Fußn. 63.

[» zurück](#)

© 2018 RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH

