BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IV ZR 177/09

Verkündet am:
20. Juli 2011
Heinekamp
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

VAG § 77 Abs. 2; BGB § 394 Satz 1

1. Die zwischen Erstversicherer und Rückversicherer in einem proportionalen Rückversicherungsvertrag vereinbarte quartalsweise Saldierung ihrer wechselseitigen Forderungen im Sinne eines Periodenkontokorrentvertrages wird vom Vollstreckungsverbot des § 77 Abs. 2 VAG nicht erfasst.

2. Im Falle der Insolvenz des Erstversicherers ist die Aufrechnung des Rückversicherers mit rückständigen Prämienforderungen gegen vor der Insolvenzeröffnung entstandene Forderungen des Erstversicherers weder aufgrund einer entsprechenden Anwendung des § 77 Abs. 2 VAG in der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Fassung noch des § 394 Satz 1 BGB unzulässig.

BGH, Urteil vom 20. Juli 2011 - IV ZR 177/09 - OLG Köln
LG Köln

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch die Vorsitzende Richterin Dr. Kessal-Wulf, die Richterin Harsdorf-Gebhardt, die Richter Dr. Karczewski, Lehmann und die Richterin Dr. Brockmöller auf die mündliche Verhandlung vom 20. Juli 2011

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Beklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 7. Juli 2009 im Umfang der Zulassung der Revision aufgehoben, das Urteil des Landgerichts Köln vom 16. Oktober 2008 geändert und die Klage abgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist der Insolvenzverwalter einer Versicherungsgesellschaft (im Folgenden: Schuldnerin), die mit der Beklagten als Rückversicherer mehrere - obligatorische und fakultative - Rückversicherungsverträge geschlossen hatte. Noch vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1. September 2006 hatte die Beklagte diese Verträge am 16. August 2006 fristlos gekündigt. Der Kläger nimmt die Beklagte aus den obligatorischen proportionalen Rückversicherungsverträgen auf Grundlage zweier Abrechnungen vom 14. November 2006 (betreffend die Monate Juli und August 2006) und vom 25. Januar 2007 (betreffend die

Monate September bis Dezember 2006) auf Zahlung zum Ausgleich von Schadenleistungen für die Monate Juli bis Dezember 2006 in Höhe von 85.931,82 € in Anspruch. Die zugrunde liegenden, für alle proportionalen Rückversicherungsverträge vereinbarten Allgemeinen Bestimmungen enthalten zur Abrechnung in Art. 8 die folgenden Klauseln:

> "8.1. Abrechnung
>
> Spätestens sechs Wochen nach Quartalsende übermittelt der Rückversicherte dem Rückversicherer Quartalsabrechnungen in der Vertragswährung. Diese sind - getrennt nach den unter diesen Vertrag fallenden Versicherungszweigen oder -arten - nach Zeichnungs- bzw. Anfalljahren aufzugliedern.
>
> Der Rückversicherer bestätigt innerhalb von vier Wochen nach Zugang der Abrechnung deren Richtigkeit oder erhebt etwaige Einwendungen. Andernfalls gilt die Abrechnung als anerkannt.
>
> 8.2. Saldenausgleich
>
> Der Rückversicherte begleicht einen Saldo zugunsten des Rückversicherers mit der Abrechnung. Ein Saldo zugunsten des Rückversicherten wird vom Rückversicherer zusammen mit dem Richtigbefund, spätestens jedoch vier Wochen nach Zugang der Abrechnung, ausgeglichen. Werden vom Rückversicherer Einwendungen erhoben, hat der Rückversicherer den anerkannten Teilbetrag des Saldos unverzüglich zu begleichen. Der Differenzbetrag ist unverzüglich nach Klärung der Einwendung zu zahlen.
> ...
>
> 8.4. Aufrechnung
>
> Jede Partei hat das Recht, fällige Salden zu ihren Lasten gegen fällige Salden zu ihren Gunsten - auch wenn diese

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

aus anderen Verträgen oder Geschäften resultieren - aufzurechnen."

2 Die Beklagte hat die Aufrechnung mit unstreitigen Prämienansprüchen aus der Zeit vor Vertragskündigung in die Klageforderung weit übersteigender Höhe erklärt und hilfsweise die Berechtigung der geltend gemachten Forderungen bestritten. Der Kläger hält die Aufrechnung für unzulässig.

3 Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 84.971,46 € nebst Zinsen stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision "im Hinblick auf die Frage der Zulässigkeit der Aufrechnung" zugelassen.

4 Mit der Revision verfolgt die Beklagte die von ihr erklärte Aufrechnung weiter. Ihre Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision im Übrigen hat der Senat mit Beschluss vom heutigen Tage zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision ist begründet.

6 I. Das Berufungsgericht hat in seinem Urteil, das in VersR 2009, 1400 veröffentlicht ist, ausgeführt, dass die Beklagte Einwendungen gegen die Richtigkeit der Abrechnungen des Klägers vorprozessual nicht fristgerecht geltend gemacht und auch im Übrigen keine substantiierten Einwendungen gegen die Berechnung des Klägers vorgebracht habe. Ih-

re Aufrechnung sei unzulässig. Dies ergebe sich zum einen aus einer entsprechenden Anwendung von § 77 Abs. 2 VAG in der bis zum 31. Dezember 2007 gültigen Fassung (im Folgenden: VAG a.F.), jedenfalls aber auch aus einer entsprechenden Anwendung von § 394 Satz 1 BGB.

7 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

8 1. Das Erlöschen der streitbefangenen Forderungen, die Gegenstand der Abrechnung des Klägers vom 14. November 2006 sind, folgt jedenfalls für die bis zum Zugang der Kündigung vom 16. August 2006 fällig gewordenen Forderungen bereits daraus, dass die vertraglich vorgesehene Saldierung gemäß Ziffern 8.1. und 8.2. der Allgemeinen Bestimmungen einen Saldo zugunsten der Beklagten ergeben hat. Auf eine Aufrechnung der Beklagten mit weiteren Gegenansprüchen kommt es insoweit nicht an.

9 a) Die in der Saldierungsabrede vorgenommene antizipierte Verrechnung der wechselseitigen Einzelforderungen hat trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Schuldnerin hinsichtlich der vor dem 1. September 2006 entstandenen und fällig gewordenen Einzelforderungen Bestand.

10 Die Schuldnerin und die Beklagte hatten ein Periodenkontokorrent i.S. von § 355 HGB und eine automatische Verrechnung vereinbart, so dass nur der jeweilige Saldo aus den wechselseitigen Einzelforderungen geschuldet sein sollte. Diese Kontokorrentverträge endeten unabhängig von der durch die Beklagte ausgesprochenen Kündigung spätestens mit

der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (vgl. BGH, Urteile vom 25. Juni 2009 - IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 Rn. 10; vom 14. Dezember 2006 - IX ZR 194/05, BGHZ 170, 206, Rn. 19; vom 4. Mai 1979 - I ZR 127/77, BGHZ 74, 253, 254 f.; vom 7. Dezember 1977 - VIII ZR 164/76, BGHZ 70, 86, 92 f.). Damit standen sich ab dem Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung die nunmehr fällig werdenden jeweiligen Einzelforderungen wieder ohne Kontokorrentbindung gegenüber. Diese konnten außer durch Zahlung nur durch Aufrechnung zum Erlöschen gebracht werden. Hinsichtlich der bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstandenen und kontokorrentgebundenen fälligen Forderungen blieb die in der Kontokorrentabrede antizipierte Verrechnung dagegen wirksam. Insoweit führte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu einer kausalen Saldoforderung hinsichtlich der bis dahin entstandenen und kontokorrentgebundenen Forderungen (vgl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 2006 aaO).

11 b) Ein Aufrechnungsverbot, das diese antizipierte Verrechnung erfasste, lässt sich weder aus einer entsprechenden Anwendung von § 77 Abs. 2 VAG a.F. noch einer solchen von § 394 Satz 1 BGB herleiten. Dem steht entgegen, dass schon das Vollstreckungsverbot des § 77 Abs. 2 VAG a.F., wonach in das Sicherungsvermögen nur wegen solcher Ansprüche vollstreckt werden kann, "zu deren Gunsten" die Zuführung zum Sicherungsvermögen i.S. von § 66 Abs. 1a VAG vorgeschrieben ist, d.h. wegen Ansprüchen aus einem Versicherungsverhältnis (vgl. Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, VAG, 4. Aufl. § 77 Rn. 6; Prölss/Lipowsky, VAG 12. Aufl. § 77 Rn. 7), sich auf die in den kausalen Saldo eingestellten Einzelforderungen nicht erstreckt (vgl. BGH, Urteile vom 30. Juni 1982 - VIII ZR 129/81, BGHZ 84, 325, 330 ff. und vom 8. Juli 1982 - I ZR 148/80, BGHZ 84, 371, 375 ff. bezüglich der Pfändung von Girokonten).

12 Diese Vollstreckungsbeschränkung greift nach ihrem klaren Wortlaut nur ein, soweit eine Zuführung zum Sicherungsvermögen auch "tatsächlich erfolgt ist". Das ist hinsichtlich der kontokorrentgebundenen Einzelforderungen gerade nicht der Fall. Die Ansprüche der Schuldnerin gegen die Beklagte sind vielmehr von vornherein nur mit der Kontokorrentbindung begründet worden und fallen deshalb nur in dieser Form unter die Zuweisung zum Sicherungsvermögen gemäß § 66 Abs. 6a VAG. Anderes ergibt sich auch nicht aus Sinn und Zweck dieser Bestimmung.

13 aa) Das Sicherungsvermögen, zu dem nach der Neuregelung in § 66 Abs. 6a VAG durch das Gesetz zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten (KredSanG) vom 10. Dezember 2003 (BGBl. I S. 2478) auch die "Anteile der Rückversicherer an den versicherungstechnischen Brutto-Rückstellungen" gehören, stellt ein vom übrigen Vermögen des Versicherungsunternehmens getrenntes Sondervermögen dar, für dessen Verwaltung, Aufbewahrung und Anlage die besonderen Regelungen des § 66 Abs. 5 und 6 VAG und grundsätzlich die Anlagebestimmungen des § 54 VAG gelten.

14 Es setzt sich mithin im Grundsatz aus besonders werthaltigen Vermögenspositionen zusammen, zu denen ein wechselnder Forderungsbestand aus dem operativen Geschäft, wie es Versicherungsforderungen gegen Rückversicherer darstellen, nicht gehört. Der zunächst in § 66 Abs. 1 bis 4 VAG vorgeschriebene Umfang des Sicherungsvermögens (Sollwert) wird dabei unter anderem auch durch verschiedene, in § 66 Abs. 1a VAG bezeichnete Rückstellungen bestimmt.

15 Anlass für den Gesetzgeber, die "Anteile der Rückversicherer an den versicherungstechnischen Brutto-Rückstellungen des selbst abgeschlossenen Versicherungsgeschäfts" in § 66 Abs. 6a VAG zum Bestandteil des Sicherungsvermögens zu erklären, war der Umstand, dass bei Verabschiedung des KredSanG, das unter anderem der Umsetzung der Richtlinie 2001/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. März 2001 über die Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen (im Folgenden RL 2001/17/EG) diente, im Hinblick auf Art. 2 Buchst. k RL 2001/17/EG eine "Brutto-Sicherung" vorgeschrieben worden ist, indem etwaige Anteile der Rückversicherer in § 66 Abs. 1a VAG unberücksichtigt geblieben sind. Durch die gleichzeitige Erklärung der "Anteile der Rückversicherer" zum Bestandteil des Sicherungsvermögens sollte es den Versicherungsunternehmen erspart werden, infolge der Umstellung auf die Bruttobedeckung dem Sicherungsvermögen zusätzliche Vermögenswerte zuführen zu müssen, die nach Maßgabe von § 54 VAG anzulegen wären (vgl. RegE-KredSanG BT-Drucks. 15/1653 S. 25 re.Sp.). Somit handelt es sich bei § 66 Abs. 6a VAG um eine Bestimmung, die nicht den Sollwert des Sicherungsvermögens betrifft, sondern primär im Interesse der Versicherer den Istwert des Sicherungsvermögens erhöht, soweit eine Rückversicherung vorgenommen wurde.

16 bb) Vor diesem Hintergrund ist das Tatbestandsmerkmal "tatsächlich erfolgt" in § 77 Abs. 2 VAG a.F. so zu verstehen, dass Forderungen gegen den Rückversicherer nur in der Gestalt zum Bestandteil des Sicherungsvermögens geworden sind, wie sie vertraglich begründet wurden. Ist wie hier ein Periodenkontokorrent vereinbart worden, ist dies nur ein Anspruch auf den jeweiligen Saldenüberschuss. Solange die Kontokorrentabrede besteht, ist auch nur diese Forderung auf einen etwaigen

Saldenüberschuss ein bilanzierungsfähiges Aktivum, mit dem die Bedeckung des Mindestumfangs des Sicherungsvermögens dargestellt werden kann. Soweit auch wegen dieser Einschränkung die notwendige Bedeckung nicht erreicht sein sollte, besteht die Pflicht zur Ergänzung des Sicherungsvermögens nach § 66 Abs. 2 VAG. Dies ändert aber nichts daran, dass der Anspruch gegen den Rückversicherer nur als Forderung auf einen etwaigen Saldoüberschuss begründet und damit nur in dieser Form dem Vermögen des Versicherers und zugleich dem Sicherungsvermögen zugeführt worden ist. Selbst die privilegierten Gläubiger, deren Schutz das Vollstreckungsverbot des § 77 Abs. 2 VAG a.F. dienen soll, konnten vor der Insolvenzeröffnung nicht auf kontokorrentgebundene Einzelforderungen zugreifen.

17 2. Alle weiteren Forderungen, insbesondere diejenigen aus der Abrechnung des Klägers vom 25. Januar 2007, sind durch die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit rückständigen Prämienansprüchen erloschen, § 389 BGB. Dem steht kein Aufrechnungsverbot entgegen.

18 a) Insolvenzrechtliche Aufrechnungsverbote greifen nicht ein.

19 Einem Aufrechnungsverbot nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO steht die Bestimmung des § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO entgegen, die über den Anwendungsbereich des § 94 InsO hinaus die Aufrechnung zulässt und der Regelung des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO vorgeht (BGH, Urteil vom 29. Juni 2004 - IX ZR 147/03, BGHZ 160, 1, 3). Sie setzt zwar voraus, dass die aufzurechnende Forderung schon vor Insolvenzeröffnung entstanden ist und lediglich Fälligkeit oder Eintritt einer aufschiebenden Bedingung erst nach der Verfahrenseröffnung eingetreten sind. Diese Voraussetzungen

sind aber hinsichtlich aller noch im Streit befindlichen Forderungen erfüllt.

20 Die tatsächlichen Voraussetzungen eines Aufrechnungsverbots nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO hat der Kläger nicht dargelegt. Insbesondere ist nicht ersichtlich, durch welche anfechtbare Rechtshandlung die Beklagte die Aufrechnungsmöglichkeit erlangt haben soll.

21 b) Ein Aufrechnungsverbot ergibt sich auch nicht aus einer analogen Anwendung des § 77 Abs. 2 VAG a.F. oder des § 394 Satz 1 BGB.

22 aa) Allerdings ist die Saldierungsabrede mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Zukunft hinfällig geworden. Die danach fällig werdenden Forderungen der Schuldnerin standen den offenen Gegenforderungen der Beklagten jeweils als isolierte Einzelforderungen gegenüber. Eine nunmehr aufzustellende Bilanz der Schuldnerin würde deshalb nicht mehr den Saldobetrag aktivieren oder passivieren, sondern diese Einzelforderungen als Aktiva und die Gegenforderungen der Beklagten als Passiva ausweisen müssen. Die zu aktivierenden Einzelforderungen sind aber ein Vermögenswert, der durch § 66 Abs. 6a VAG dem Sicherungsvermögen zugewiesen ist. Sie werden deshalb vom Vollstreckungsverbot des § 77 Abs. 2 VAG a.F. erfasst.

23 bb) Eine analoge Anwendung des § 77 Abs. 2 VAG a.F. auf die Aufrechnung wäre aber nur im Falle einer planwidrigen Regelungslücke im Gesetz möglich. An dieser fehlt es.

24 (1) Sie lässt sich insbesondere nicht mit dem Inhalt der Gesetzesbegründung der Bundesregierung (BT-Drucks. 16/6518) und ihrer Ge-

genäußerung zur ablehnenden Stellungnahme des Bundesrates (BT-Drucks. 16/6966) im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum Neunten Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes begründen, das zur Einfügung von Satz 2 in § 77 Abs. 2 VAG mit Wirkung zum 1. Januar 2008 geführt hat. Danach gilt die Regelung des Satzes 1 über die Beschränkung der Zwangsvollstreckung in die Bestände des Sicherungsvermögens entsprechend für die Aufrechnung gegen Ansprüche, die zu den Beständen des Sicherungsvermögens gehören.

25 Zwar lässt sich den Gesetzesmaterialien entnehmen, dass die Bundesregierung in diesem Verfahren von einer bloßen Klarstellung der schon vorher bestehenden Rechtslage ausgegangen ist.

26 Für die Auslegung des zu ändernden Gesetzes sind als anerkannte Auslegungskriterien dessen Wortlaut, die Gesetzessystematik, der erkennbare Sinn und Zweck der Norm sowie der in den Gesetzgebungsmaterialien für das noch geltende Recht geäußerte Wille des Gesetzgebers heranzuziehen. Spätere Äußerungen des Gesetzgebers, insbesondere desjenigen einer anderen Legislaturperiode, sind dagegen nicht bindend (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2009 - X ZB 1/09, NJW 2010, 76 Rn. 23 [zu § 15a RVG]). Denn sie geben Aufschluss nur über die Vorstellungen und Ziele bei der Neuregelung und können ohne weiteres auf neuen Erkenntnissen oder Bewertungen beruhen.

27 (2) Die Vorschrift des § 77 Abs. 2 VAG a.F. ist wie § 66 VAG ebenfalls zwecks Umsetzung der Richtlinie 2001/17/EG durch das KredSanG mit Wirkung zum 17. Dezember 2003 neu gefasst worden.

28 In dieser Richtlinie ist es in Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) ausdrücklich dem nationalen Recht überlassen worden zu regeln, unter welchen Voraussetzungen eine Aufrechnung wirksam ist. Schon von daher erscheint es fern liegend, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie die Frage eines etwaigen Aufrechnungsverbots übersehen haben könnte; sein Schweigen zu diesem Punkt deutet vielmehr darauf hin, dass es hinsichtlich der Wirksamkeit von Aufrechnungen bei den allgemeinen Regeln der Insolvenzordnung sein Bewenden haben sollte. Zumindest gibt es keinen positiven Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber des KredSanG das Problem der Aufrechnung übersehen hätte.

29 Des Weiteren macht Art. 9 Abs. 2 Buchst. c) RL 2001/17/EG deutlich, dass der Richtliniengeber in der Wirksamkeit einer Aufrechnung keinen Konflikt mit dem Gebot vorrangiger Befriedigung von Versicherungsgläubigern nach Art. 10 RL 2001/17/EG sieht, mit dem der Erwägungsgrund 13 der Richtlinie umgesetzt wurde; anderenfalls wäre die Entscheidung hierüber nicht dem nationalen Recht vorbehalten geblieben. Hiermit korrespondiert weiter, dass Art. 9 Abs. 2 Buchst. a) RL 2001/17/EG es generell dem nationalen Recht überlässt, welche Vermögenswerte zur Masse gehören und damit für die in Art. 10 RL 2001/17/EG angeordnete vorrangige Befriedigung zur Verfügung stehen. Ferner wird in Art. 22 RL 2001/17/EG ein nach dem nationalen Recht bestehendes Aufrechnungsrecht im eröffneten Liquidationsverfahren - also auch ein solches nach §§ 94, 95 InsO - ausdrücklich anerkannt. Eine am Zweck der Umsetzung der Richtlinie orientierte Betrachtung gebietet deshalb ebenfalls keine ausdehnende analoge Anwendung des § 77 Abs. 2 VAG a.F.

30 Hinzu kommt, dass dem Gesetzgeber des KredSanG die Problematik der Bestimmung des Anteils der Rückversicherer im laufenden Geschäftsbetrieb aufgrund üblicher Parteivereinbarungen in Rückversicherungsverträgen im Grundsatz bewusst gewesen ist (s. RegE-KredSanG, BT-Drucks. 15/1653 S. 25 re.Sp. unten), er aber gleichwohl keinen Anlass zur Regelung eines Aufrechnungsverbots gesehen hat.

31 In Anbetracht dieser Umstände kann allein der allgemeine Zweck des § 77 Abs. 2 VAG a.F., das Sicherungsvermögen zugunsten der Gesamtheit der Bevorrechtigten vor einer Schmälerung durch den Zugriff einzelner Gläubiger zu schützen, dessen analoge Anwendung auf Aufrechnungen auch unter weiterer Berücksichtigung der Regelung des § 66 Abs. 6a VAG nicht rechtfertigen.

32 Hinzu kommt, dass eine Vergleichbarkeit von Zwangsvollstreckung und Aufrechnung, die eine Gleichbehandlung geböte, nicht gegeben ist. Der entscheidende Unterschied liegt darin, dass die Aufrechnung keine gerichtliche Zwangsmaßnahme darstellt und sich von einer echten Vollstreckungsmaßnahme dadurch unterscheidet, dass der Zugriff auf das Schuldnervermögen nur unter Aufopferung der eigenen Forderung möglich ist (ebenso BGH, Urteil vom 26. Mai 1971 - VIII ZR 137/70, WM 1971, 859 unter I zur Ablehnung einer analogen Anwendung des § 14 KO im Anschluss an RGZ 26, 66). Dies ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht deshalb anders zu beurteilen, weil sich die Forderung der Beklagten nicht gegen das Sicherungsvermögen richtet.

33 cc) Aus vorstehenden Erwägungen erhellt, dass es auch für eine entsprechende Anwendung des § 394 Satz 1 BGB an der notwendigen Regelungslücke im Gesetz fehlt. Nach dieser Vorschrift findet, soweit ei-

ne Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, eine Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt.

34 (1) Die Frage, ob von § 394 Satz 1 BGB auch Vollstreckungsverbote erfasst werden, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern es ist auf den Zweck des jeweiligen Vollstreckungsverbots abzustellen.

35 Demgemäß hat der Bundesgerichtshof nicht nur die analoge Anwendung des § 14 KO auf die Aufrechnung abgelehnt (Urteil vom 26. Mai 1971, aaO), sondern auch die Anwendbarkeit des § 400 BGB auf nach Konkurseröffnung begründete, gemäß § 14 Abs. 1 KO unpfändbare Forderungen des Gemeinschuldners verneint und dies mit der Entstehungsgeschichte der Norm begründet. Aus ihr ergebe sich, dass dem Abtretungsverbot des § 400 BGB nur solche nicht pfändbaren Forderungen unterlägen, deren Unpfändbarkeit auf ähnlichen Erwägungen beruhe wie diejenige nach §§ 850 ff. ZPO und vergleichbaren Vorschriften (Urteil vom 10. Februar 1994 - IX ZR 55/93, BGHZ 125, 116, 121 f.; ebenso Staudinger/Busche, BGB [2005] § 400 Rn. 1).

36 Die Entstehungsgeschichte des § 394 Satz 1 BGB ist mit der des § 400 BGB vergleichbar. Auch hier hatte der erste Entwurf der Bestimmung lediglich die Aufrechnung gegen die in § 749 CPO genannten unpfändbaren Ansprüche versagt (Jakobs/Schubert, Die Beratung des BGB, Recht der Schuldverhältnisse, S. 711 f.). Erst von der Zweiten Kommission ist auf Vorschlag der Vorkommission des Reichsjustizamts beschlossen worden, das Aufrechnungsverbot nicht auf die durch § 749 CPO der Pfändung entzogenen Forderungen zu beschränken (Jakobs/Schubert aaO S. 716 f.), ohne dass ein Anhaltspunkt erkennbar ist, dass damit andere als die der Sicherung des Lebensunterhalts des Be-

rechtigten dienende Forderungen erfasst werden sollen. Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof in einer späteren Entscheidung zu § 89 Abs. 1 InsO ausgeführt, dass die genannten Erwägungen zu § 400 BGB für § 394 Satz 1 BGB entsprechend gelten; auch das Aufrechnungsverbot solle im öffentlichen Interesse verhindern, dass dem Gläubiger der unpfändbaren Forderung der nötige Lebensunterhalt entzogen werde, oder aber, sofern dies nicht in Betracht komme, jedenfalls dem allgemeinen Wohl und dem Staatsinteresse dienen (Urteil vom 21. Juli 2005 - IX ZR 115/04, BGHZ 163, 391, 395 f.; kritisch gegenüber einer einengenden Auslegung der Norm Staudinger/Gursky, BGB [2006] § 394 Rn. 4).

37 Dagegen hat der Bundesgerichtshof auf das vollstreckungsrechtliche Verwertungsverbot des § 2 Abs. 4 GesO die §§ 394, 400 BGB angewendet. Er hat dies damit begründet, dass § 2 Abs. 4 GesO keine gleichermaßen begrenzte Aufgabe und Tragweite habe wie § 14 KO, sondern in Verbindung mit § 7 Abs. 3 Satz 1 GesO das der Gesamtvollstreckung unterliegende Schuldnervermögen möglichst frühzeitig schützen und den Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung stärker zur Geltung bringen solle als § 14 KO; er diene dem im allgemeinen Interesse liegenden Gesichtspunkt des Masseschutzes (Urteile vom 13. Juni 1995 - IX ZR 137/94, BGHZ 130, 76, 81 ff. und vom 24. Oktober 1996 - IX ZR 284/95, ZIP 1996, 2080 unter I).

38 (2) Nach diesen Maßstäben, denen der erkennende Senat beitritt, ist eine analoge Anwendung des § 394 Satz 1 BGB auf die Aufrechnung gegen die von § 77 VAG a.F. erfassten Ansprüche abzulehnen, weil der Gesetzgeber des KredSanG durch die unterbliebene Regelung eines Aufrechnungsverbots bei der Umsetzung der Richtlinie 2001/17/EG verdeutlicht hat, dass er insoweit einen über die Regelung der §§ 94, 95

InsO hinausgehenden Schutz der nach § 77a VAG privilegierten Gläubiger für nicht geboten erachtet. Da dieses, wie oben dargestellt, mit den Vorgaben der Richtlinie zu vereinbaren ist, kann eine durch die entsprechende Anwendung des § 394 Satz 1 BGB zu schließende Gesetzeslücke in diesem Punkt nicht angenommen werden.

39 c) Die vorstehenden Erwägungen, die gegen die von den Vorinstanzen und dem Kläger befürwortete Analogie von § 77 Abs. 2 VAG a.F. und § 394 Satz 1 BGB sprechen, schließen zugleich die vom Kläger gerügte Treuwidrigkeit auf Seiten der Beklagten "mit Rücksicht auf die besondere Natur der Rechtsbeziehungen der Parteien" aus.

40 3. Da weitere Feststellungen nicht zu treffen sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, § 563 Abs. 3 ZPO.

41 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO. Sie erfasst auch die Kosten des Verfahrens über die Nichtzulassungsbeschwerde. Eine gesonderte Kostenentscheidung mit einer abweichenden Kostenverteilung war insoweit nicht geboten, da die Rechtsverteidigung der Be-

klagten mit Hauptaufrechnung einerseits und hilfsweise erhobenen Einwendungen gegen den Klageanspruch andererseits infolge der Unstreitigkeit der Gegenforderung den Streitwert nicht erhöht hat.

Dr. Kessal-Wulf Harsdorf-Gebhardt Dr. Karczewski

Lehmann Dr. Brockmöller

Vorinstanzen:
LG Köln, Entscheidung vom 16.10.2008 - 24 O 124/08 -
OLG Köln, Entscheidung vom 07.07.2009 - 9 U 151/08 -