BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 249/09

Verkündet am:
15. März 2012
Preuß
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

InsO §§ 21, 22

a) Das Insolvenzgericht kann den vorläufigen Insolvenzverwalter im Wege des besonderen Verfügungsverbots ermächtigen, eine Forderung des Schuldners im eigenen Namen einzuziehen.

b) Der vorläufige Insolvenzverwalter darf nur dann ermächtigt werden, außerhalb des laufenden Geschäftsbetriebs des Schuldners dessen Forderungen einzuziehen, wenn deren Verjährung oder Uneinbringlichkeit droht.

c) Der vorläufige Insolvenzverwalter ist kraft des auf eine Schuldnerforderung bezogenen besonderen Verfügungsverbots zur Entgegennahme aller Erklärungen befugt, welche die von ihm einzuziehende Forderung betreffen.

InsO § 96 Abs. 1 Nr. 3

Das aus der Anfechtbarkeit der Aufrechnungslage folgende Aufrechnungsverbot wirkt nicht im Eröffnungsverfahren.

BGH, Urteil vom 15. März 2012 - IX ZR 249/09 - LG Berlin
KG Berlin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. März 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Raebel und Vill, die Richterin Lohmann und den Richter Dr. Pape

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 13. August 2009 im Kostenpunkt sowie insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist mit Beschluss vom 13. Oktober 2006 zum vorläufigen Insolvenzverwalter über das Vermögen der W. GmbH & Co. KG (fortan: Schuldnerin) bestellt worden. Im Beschluss ist angeordnet worden, dass Verfügungen der Schuldnerin nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Die Schuldnerin hatte aufgrund eines Distributionsvertrages vom 12. Januar 2006 Software an die Beklagte geliefert, welche diese unter eigenem Namen weiter verkaufen sollte. Im Vertrag heißt es:

2 "Bei Defekten und Retouren erfolgt Gutschrift. Der Distributor [= die Beklagte] hat beim Publisher [= die Schuldnerin] Retourenrecht ab einer Minimum Garantie von 1000 Stücken."

3 Am 7. Dezember 2006 erließ das zuständige Insolvenzgericht folgenden Beschluss:

> "Der vorläufige Insolvenzverwalter Rechtsanwalt Dr. A. R. wird ermächtigt, im Wege des besonderen Verfügungsverbots zur gerichtlichen Geltendmachung der Forderung gegenüber der [Firma der Beklagten].
>
> Gründe
>
> Die Anordnung ist erforderlich, um bis zur Entscheidung über die Eröffnung des Verfahrens eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage der Schuldnerin zu verhüten (§ 21 Abs. 1 InsO)."

4 Auf der Grundlage dieses Beschlusses hat der Kläger von der Beklagten Kaufpreiszahlungen in Höhe von insgesamt 130.407,10 € nebst Zinsen verlangt. Die Beklagte hat sich auf das Retourenrecht berufen und hilfsweise die Aufrechnung mit Ansprüchen aus der Ausübung dieses Rechts erklärt. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszug hat die Beklagte die Hilfsaufrechnung fallen gelassen, nachdem das Berufungsgericht den Hinweis erteilt hatte, das Retourenrecht sei als einseitiges Rückgabe- und Gutschriftverlangen zur Reduzierung der Rechnungsbeträge zu verstehen. Auf die Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung von 112.543,70 € nebst Zinsen verurteilt. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision will die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen.

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

ANDROID APP ON Google play
JLaw – für Android

Available on the App Store
JLaw – für iOS

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

6 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Kläger habe eine Kaufpreisforderung in Höhe von 112.543,70 € schlüssig dargelegt. Zahlungen über den vom Kläger berücksichtigten Betrag von 58.904,90 € hinaus habe die Beklagte nicht konkret dargelegt. Retouren habe es insoweit nicht gegeben. Die Voraussetzungen einer Verrechnung des Anspruchs mit Erstattungsansprüchen aus Retouren hinsichtlich anderer Lieferungen habe die Beklagte nicht dargelegt. Die Beklagte sei zwar berechtigt gewesen, Lieferungen der Schuldnerin ohne Angabe von Gründen zurückzusenden und Erstattung des bereits gezahlten Kaufpreises zu verlangen. Dieses Recht habe sie jedoch nicht gegenüber der Schuldnerin als der richtigen Erklärungsempfängerin ausgeübt. Der Kläger habe den Zugang einer entsprechenden Erklärung bei der Schuldnerin zulässig mit Nichtwissen bestritten. Erklärungen im Rahmen des vorliegenden Rechtsstreits reichten nicht aus, weil der Kläger als vorläufiger Insolvenzverwalter nicht empfangszuständig gewesen sei. Der Kläger sei lediglich zur klageweisen Geltendmachung der Kaufpreisforderungen ermächtigt worden. Materiellrechtliche Willenserklärungen seien hiervon nicht erfasst. Ein allgemeines Verfügungsverbot sei nicht angeordnet worden. Selbst wenn der Kläger das Schreiben der Beklagten, welches die Retouren betreffe, an die Schuldnerin weitergeleitet habe, was nicht bewiesen sei, reiche dies nicht aus, weil eine empfangsbedürftige Willenserklärung zielgerichtet abgegeben werden müsse. Die Voraussetzungen

einer treuwidrigen Vereitelung des Zugangs durch die Schuldnerin seien nicht hinreichend dargetan.

II.

7 Die Ausführungen halten einer rechtlichen Überprüfung in wesentlichen Punkten nicht stand.

8 1. Die Klage ist zulässig. Der Kläger ist prozessführungsbefugt.

9 a) Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO hat das Insolvenzgericht alle Maßnahmen zu treffen, um bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Es kann insbesondere dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegen oder anordnen, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 InsO). Der nur mit einem Zustimmungsvorbehalt ausgestattete vorläufige Insolvenzverwalter ist nicht prozessführungsbefugt. Das Insolvenzgericht kann ihn jedoch ermächtigen, zur Sicherung und Erhaltung des Schuldnervermögens Prozesse zu führen. Eine solche Anordnung kann nicht allgemein, sondern nur im Wege der Einzelanordnung (§ 22 Abs. 2 InsO; vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2002 - IX ZR 195/01, BGHZ 151, 353, 366 f; vom 5. Mai 2011 - IX ZR 144/10, NZI 2011, 602 Rn. 54, zVb in BGHZ 189, 299) mit oder nach Erlass eines besonderen Verfügungsverbots bezüglich des hiervon betroffenen Vermögensgegenstandes ergehen (HK-InsO/Kirchhof, 6. Aufl., § 22 Rn. 63; Jaeger/Gerhardt, InsO, § 22 Rn. 144; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 22 Rn. 195;

HmbKomm-InsO/Schröder, 3. Aufl., § 22 Rn. 175; Gottwald/Uhlenbruck/Vuia, Insolvenzrechtshandbuch, 4. Aufl., § 14 Rn. 114).

10 Der Beschluss vom 7. Dezember 2006, welcher den Kläger "im Wege des besonderen Verfügungsverbots zur gerichtlichen Geltendmachung" der streitgegenständlichen Kaufpreisforderungen ermächtigte, ist dahingehend auszulegen, dass er neben der Übertragung der Prozessführungsbefugnis die materiellrechtliche Einziehungsermächtigung (vgl. hierzu OLG Köln, ZIP 2004, 2450, 2451) sowie ein Verfügungsverbot hinsichtlich dieser Forderungen umfasste. Ohne die Einziehungsermächtigung hätte der Kläger auf Zahlung an die Schuldnerin antragen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 1994 - VII ZR 34/93, BGHZ 125, 196, 204 unter d); ohne das Verfügungsverbot wäre die Schuldnerin nicht daran gehindert gewesen, ihrerseits die gerichtliche Durchsetzung der Kaufpreisforderungen zu betreiben. Beides war im Zweifel nicht gewollt.

11 b) Entgegen § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO und trotz des gegenteiligen Wortlauts des Beschlusses vom 7. Dezember 2006 dient die dem Kläger erteilte Ermächtigung zur Einziehung der Kaufpreisforderungen allerdings nicht dazu, eine den Gläubigern nachteilige Veränderung in der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Die von der Beklagten bestrittenen Forderungen stellen die einzigen Vermögensgegenstände der Schuldnerin dar. Der Kläger will sie seiner eigenen Darstellung nach einziehen, um so Masse zur Deckung der Verfahrenskosten zu schaffen. Dies ist in der Insolvenzordnung nicht vorgesehen. Der vorläufige Verwalter hat nicht die Aufgabe, das Schuldnervermögen zu verwerten (BGH, Beschluss vom 14. Dezember 2000 - IX ZB 105/00, BGHZ 146, 165, 176 unter d; vom 13. Juli 2006 - IX ZB 104/05, BGHZ 168, 321 Rn. 22; HK-InsO/Kirchhof, 6. Aufl., § 22 Rn. 14, 16). Fällige Forderungen des Schuld-

ners gegen Drittschuldner darf er außerhalb des laufenden Geschäftsbetriebs, den es im vorliegenden Fall nicht gab, nur einziehen, um drohender Verjährung oder Uneinbringlichkeit vorzubeugen, nicht jedoch allein zur Masseanreicherung (BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2003 - IX ZB 28/03, NZI 2004, 381, 382; Uhlenbruck/Vallender, InsO, 13. Aufl., § 22 Rn. 35a).

12 Die Frage der Verfahrenskostendeckung ist in § 26 InsO geregelt. Das Verfahren ist zu eröffnen, wenn das Vermögen des Schuldners voraussichtlich ausreichen wird, um die Kosten des Verfahrens zu decken, oder wenn ein ausreichender Vorschuss geleistet wird. Ist dies nicht der Fall, ist der Eröffnungsantrag abzuweisen. Auf den Sonderfall des § 26 Abs. 3, 4 InsO braucht in diesem Zusammenhang nicht eingegangen zu werden. Wenn die streitgegenständlichen Forderungen also eine ausreichende Grundlage für die Eröffnung des Verfahrens boten, hätte das Verfahren eröffnet werden müssen; war dies aus Rechtsgründen oder wegen Uneinbringlichkeit nicht der Fall, hätte der Eröffnungsantrag abgewiesen werden müssen.

13 c) Eine Anordnung, welche eine Behörde innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises trifft, darf aus Gründen der Rechtssicherheit in ihrer Wirksamkeit jedoch nicht allein deshalb in Frage gestellt werden, weil sie mit dem Verfahrensrecht nicht im Einklang steht (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 - IX ZR 206/08, NZI 2010, 99 Rn. 13). Nichtig und ohne jede rechtliche Wirkung ist die Anordnung nur dann, wenn sie offensichtlich jeder gesetzlichen Grundlage entbehrt (BGH, Urteil vom 17. Dezember 1992 - IX ZR 226/91, BGHZ 121, 98, 101; vom 24. Mai 2007 - IX ZR 97/04, BGHZ 172, 278 Rn. 15; vom 20. März 2008 - IX ZR 2/07, WM 2008, 838 Rn. 8; vom 10. Dezember 2009, aaO). Das ist hier nicht der Fall, weil ein Verfügungsverbot hinsichtlich der streitgegenständlichen Kaufpreisansprüche und die Ermächtigung, diese Ansprüche ge-

richtlich geltend zu machen, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 Abs. 1 Satz 1 InsO rechtlich zulässig gewesen wäre.

14 2. Die Schuldnerin hat der Beklagten von dieser bestellte Waren geliefert und mit insgesamt 189.312 € in Rechnung gestellt. Abzüglich des vertraglich vereinbarten Einbehalts für künftige Retouren sowie einer Zahlung von 58.904,90 € ergibt sich der zugesprochene Betrag von 112.543,70 €. Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt stehen der Beklagten jedoch weitere Gegenrechte aus Retouren zu.

15 a) Die Vertragsparteien hatten ein voraussetzungsloses und unbefristetes Retourenrecht vereinbart. Feststellungen dazu, ob dieses durch Erklärung auszuüben war oder ob zusätzlich die retournierte Ware zurückgesandt werden musste, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Die Beklagte hat hierzu unwidersprochen und unter Beweisantritt vorgetragen, eine Rücksendung der Waren sei nicht erforderlich gewesen, weil die Schuldnerin kein eigenes Lager vorgehalten habe. Hiervon ist im Folgenden auszugehen. Auf den weiteren Vortrag der Beklagten, das Geschäftslokal der Schuldnerin sei geschlossen, und der Kläger habe trotz mehrfacher Nachfragen abgelehnt, eine Lieferanschrift für die Rücksendung der Waren anzugeben, kommt es angesichts dessen nicht an.

16 b) Das Berufungsgericht hat gemeint, den Zugang der Belastungsanzeige vom 28. Juni 2007 bei der Schuldnerin nicht feststellen zu können, weil der Kläger ihn zulässig mit Nichtwissen bestritten habe (§ 138 Abs. 4 ZPO). Ein Bestreiten mit Nichtwissen war jedoch unzulässig. Der Insolvenzverwalter muss die Geschäftsunterlagen des Schuldners sichten und erforderlichenfalls den Schuldner (hier: den Geschäftsführer der Schuldnerin) befragen. Erst wenn seine Erkundigungen keinen Aufschluss erbracht haben, darf sich der Insolvenz-

verwalter unter nachvollziehbarer Darlegung der von ihm unternommenen Bemühungen pauschal mit Nichtwissen erklären (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2005 - IX ZR 95/04, ZIP 2006, 192, 194). Für den vorläufigen Insolvenzverwalter gilt nichts anderes. Seine Möglichkeiten, Informationen einzuholen, entsprechen denjenigen eines Insolvenzverwalters. Gemäß § 22 Abs. 3 Satz 2 InsO hat der Schuldner dem vorläufigen Insolvenzverwalter Einsicht in seine Bücher und Geschäftspapiere zu gestatten. Er hat ihm alle erforderlichen Auskünfte zu erteilen und ihn bei der Erfüllung seiner Aufgaben zu unterstützen; die Vorschriften der §§ 97, 98 und 101 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 2 InsO gelten entsprechend.

17 c) Ob die Belastungsanzeige bei der Schuldnerin eingegangen ist oder nicht, ist überdies aus Rechtsgründen nicht von Bedeutung. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts reicht der Zugang der Erklärung bei den vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Klägers aus.

18 aa) Der Kläger ist kraft der ihm erteilten Einzelermächtigung zur Entgegennahme aller Erklärungen befugt, welche die von ihm einzuziehenden Forderungen betreffen. Wie gezeigt, umfasst die Ermächtigung die Prozessführungsbefugnis, die Einziehungsermächtigung und die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis hinsichtlich der streitgegenständlichen Forderungen. Jede einzelne Befugnis begründet schon für sich genommen die Empfangszuständigkeit des Klägers für Rückgabe- und Verrechnungserklärungen der Beklagten entsprechend § 388 BGB. Wird eine Forderung im Wege der Prozessstandschaft geltend gemacht, kann der Prozessgegner im Verfahren mit Forderungen gegen den Ermächtigenden aufrechnen (Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., Vor § 50 Rn. 57; Wieczorek/Schütze/Hausmann, ZPO, 3. Aufl., Vor § 50 Rn. 96); denn die gewählte Art der Prozessführung darf den Prozessgegner nicht unbillig be-

nachteiligen. Liegt eine materiellrechtliche Einziehungsermächtigung vor, wird die Rechtsstellung des Schuldners nicht dadurch beeinträchtigt, dass ihm statt des Gläubigers der Ermächtigte gegenübertritt. Rechtshandlungen zwischen ihm und dem Ermächtigten muss der Ermächtigende ebenso gegen sich gelten lassen, als wenn er sie selbst oder durch einen Bevollmächtigten mit dem Schuldner vorgenommen hätte (RGZ 73, 306, 309; RGRK/Weber, BGB, 12. Aufl., § 398 Rn. 165; vgl. zu § 166 Abs. 2 InsO BGH, Beschluss vom 24. März 2009 - IX ZR 112/08, WM 2009, 814 Rn. 4). Der Schuldner kann dem Ermächtigten alle Einwendungen entgegenhalten, die ihm dem Gläubiger gegenüber zustehen (Palandt/Grüneberg, BGB, 71. Aufl., § 398 Rn. 35; Erman/H.P. Westermann, BGB, 13. Aufl., § 398 Rn. 39). Im Falle einer Aufrechnung hat der Schuldner den Ermächtigten als Adressaten seiner Aufrechnungserklärung zu betrachten, während sich die Gegenseitigkeit nach der Person des Ermächtigenden bemisst, der Inhaber der Forderung geblieben ist (Nörr/Scheyhing, Sukzessionen, 1. Aufl., § 11 IV d (S. 192); Staudinger/Gursky, BGB [2011], § 387 Rn. 23; § 388 Rn. 7; MünchKomm-BGB/Roth, BGB, 5. Aufl., § 398 Rn. 49). Wer verfügungsbefugt ist, ist gemäß § 388 Satz 1 BGB Adressat der Aufrechnungserklärung (RGZ 56, 362, 364). Das gilt für den (endgültigen) Insolvenzverwalter (BGH, Urteil vom 12. Oktober 1983 - VIII ZR 19/82, NJW 1984, 357, 358 unter bb; Staudinger/Gursky, BGB [2011], § 388 Rn. 7) ebenso wie für den "starken" vorläufigen Verwalter (§ 21 Abs. 2 Nr. 2 Fall 1, § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO) sowie den vorläufigen Verwalter, dem eine Einzelermächtigung erteilt worden ist, in Bezug auf den hiervon betroffenen Vermögensgegenstand.

19 bb) Die anwaltliche Prozessvollmacht berechtigt regelmäßig zur Abgabe und Entgegennahme aller Erklärungen, die zum Angriff und zur Verteidigung erforderlich sind, auch wenn sie zugleich materiellrechtliche Wirkung haben (vgl. RGZ 50, 426, 427; 53, 148; 53, 212, 213; 63, 411, 413; BGH, Urteil vom

12. Oktober 1983 - VIII ZR 19/82, NJW 1984, 357, 358 unter bb; Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Aufl., § 81 Rn. 10; Zöller/Greger, aaO, § 145 Rn. 11; MünchKomm-BGB/Schlüter, 5. Aufl., § 388 Rn. 2; Soergel/Schreiber, BGB, 13. Aufl., § 388 Rn. 2; jeweils zu Aufrechnungserklärungen).

III.

20 Das angefochtene Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

21 1. Die Revisionserwiderung meint, die Verrechnungsabrede, welche das Berufungsgericht angenommen hat, sei durch die Anordnung einer Verfügungsbeschränkung im Beschluss vom 13. Oktober 2006 unwirksam geworden; gleiches gelte für etwaige Vorausverfügungen der Schuldnerin im Distributionsvertrag. Sie verweist hierzu auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Kontokorrentabrede. Danach hat die Anordnung von Verfügungsbeschränkungen im Eröffnungsverfahren keinen Einfluss auf die (schuldrechtliche) Kontokorrentabrede. Diese erlischt vielmehr gemäß §§ 115, 116 InsO erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens (BGH, Urteil vom 25. Juni 2009 - IX ZR 98/08, BGHZ 181, 362 Rn. 10). Verfügungsbeschränkungen wirken sich jedoch auf die im Kontokorrentvertrag enthaltenen antizipierten Verrechnungsvereinbarungen aus (grundlegend BGH, Urteil vom 4. Mai 1979 - I ZR 127/77, BGHZ 74, 253, 254 f). Ist ein Zustimmungsvorbehalt angeordnet worden, kann die kontoführende Bank weiterhin Überweisungsverträge mit dem Schuldner schließen. Ohne die Zustimmung des vorläufigen Verwalters kann sie den Überweisungsbetrag jedoch nicht mehr in das Kontokorrent einstellen (BGH, Urteil vom 5. Februar 2009 - IX ZR 78/07, NZI 2009, 307 Rn. 21; Jaeger/Gerhardt, InsO,

§ 24 Rn. 6; HK-InsO/Kirchhof, 6. Aufl., § 24 Rn. 5 a.E.). Die im Kontokorrentvertrag enthaltenen Verfügungsvereinbarungen besagen, dass künftige Forderungen lediglich zur Verrechnung zu stellen sind mit der Folge, dass sie nicht mehr selbständig geltend gemacht oder abgetreten werden können und als gestundet zu geltend haben; der antizipierte Verrechnungsvertrag sieht vor, dass sich die Verrechnung am Ende einer Rechnungsperiode automatisch vollzieht (BGH, Urteil vom 4. Mai 1979, aaO). Beides ist nicht mehr möglich, wenn der Schuldner nicht mehr uneingeschränkt verfügungsbefugt ist.

22 2. Ein Kontokorrentverhältnis war zwischen der Schuldnerin und der Beklagten jedoch nicht vereinbart worden. In § 3 Abs. 1 des Distributionsvertrags war für die einzelnen Warenlieferungen ein Zahlungsziel von 30 Tagen vorgesehen. Die einzelnen Ansprüche aus § 433 Abs. 2 BGB, die der Kläger im vorliegenden Verfahren geltend macht, sollten ihre rechtliche Selbständigkeit danach gerade nicht verlieren. Auch Rechnungsabschlüsse waren nicht vorgesehen. Das Retourenrecht hat das Berufungsgericht nachvollziehbar und von keiner Partei beanstandet dahingehend ausgelegt, dass die Beklagte gelieferte Waren ohne Angabe von Gründen an die Schuldnerin zurückgeben durfte. Sie sollte dafür eine Gutschrift erhalten, in deren Höhe sie die von ihr zu leistenden Zahlungen kürzen durfte. Es handelte sich damit um eine rein schuldrechtliche Vereinbarung, die von der Anordnung der Verfügungsbeschränkung gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 2 Fall 2 InsO unberührt blieb.

23 3. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung steht die Vorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO der von der Beklagten vorgenommenen Verrechnung nicht entgegen.

24 a) Der Senat hat bereits entschieden, dass § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO auf eine im Eröffnungsverfahren begründete Aufrechnungslage auch dann keine Anwendung findet, wenn das Insolvenzgericht einen vorläufigen Insolvenzverwalter bestimmt und Sicherungsmaßnahmen nach § 21 Abs. 2 InsO getroffen hat (BGH, Urteil vom 29. Juni 2004 - IX ZR 195/03, BGHZ 159, 388, 390 ff; vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. Juni 1998 - IX ZR 165/97, ZIP 1998, 1319 zu § 55 Nr. 1 KO).

25 b) Die Vorschrift des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO, auf welche die Revision verweist, scheidet von vornherein aus, weil das Insolvenzverfahren noch nicht eröffnet worden ist. Die §§ 94 bis 96 InsO stehen im Ersten Abschnitt des Dritten Teils der Insolvenzordnung, welcher die allgemeinen Wirkungen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens behandelt. Im Eröffnungsverfahren sind sie nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar. Aufrechnungserklärungen von Gläubigern, die nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens Insolvenzgläubiger wären, sind bis zur Eröffnung gemäß den allgemeinen Vorschriften der §§ 387 ff BGB auch dann uneingeschränkt zulässig und wirksam, wenn ein allgemeines Verfügungsverbot angeordnet worden ist (Jaeger/Gerhardt, InsO, § 21 Rn. 67 ff; HK-InsO/Kirchhof, 6. Aufl., § 24 Rn. 10; HmbKomm-InsO/Schröder, 3. Aufl., § 24 Rn. 10; FK-InsO/Schmerbach, 6. Aufl., § 24 Rn. 12; Gerhardt in Kölner Schrift zur Insolvenzordnung, 2. Aufl., S. 193 ff Rn. 11; aA wohl Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl., § 24 Rn. 7; unklar auch Graf-Schlicker/Voß, InsO, 2. Aufl., § 24 Rn. 6). Da der Anfechtungsanspruch erst mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens entsteht (RGZ 30, 71, 74; BGH, Urteil vom 3. Dezember 1954 - V ZR 96/53, BGHZ 15, 333, 337; vom 9. Juli 1987 - IX ZR 167/86, BGHZ 101, 286, 288; Beschluss vom 29. April 2004 - IX ZB 225/03, WM 2004, 1390; vom 18. Dezember 2008 - IX ZB 46/08, ZInsO 2009, 495 Rn. 10; vom 23. September 2010 - IX ZB 204/09, NZI 2011, 73 Rn. 11) und die Vorschriften der

§§ 129 ff InsO erst von der Eröffnung des Insolvenzverfahrens an anwendbar sind (BT-Drucks. 12/2443, S. 156), kann das auf die Anfechtbarkeit der Entstehung der Aufrechnungslage gestützte Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO erst mit dem Eröffnungsbeschluss in Kraft treten.

IV.

26 Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben. Es ist aufzuheben; die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Dieses wird sich mit den Voraussetzungen und dem Umfang des von der Beklagten eingewandten Retourenrechts zu befassen haben.

Kayser Raebel Vill

Lohmann Pape

Vorinstanzen:
LG Berlin, Entscheidung vom 22.12.2008 - 5 O 53/07 -
KG Berlin, Entscheidung vom 13.08.2009 - 19 U 8/09 -