re Durchsetzbarkeit, soweit sie nicht auf die anteilige Gegenleistung für vor Verfahrenseröffnung erbrachte Leistungen gerichtet sind. Wählt der Verwalter Erfüllung, so erhalten die zunächst nicht durchsetzbaren Ansprüche die Rechtsqualität von originären Forderungen der und gegen die Masse.

GesO § 8 Abs. 2; KO § 6 Abs. 2; InsO § 80 Abs. 1

Die Unwirksamkeit der Rechtshandlung eines Insolvenzverwalters wegen Insolvenzzweckwidrigkeit ist grundsätzlich in Anlehnung an die Regeln über den Mißbrauch der Vertretungsmacht zu beurteilen. Voraussetzung für die Unwirksamkeit ist danach außer einer Evidenz der Insolvenzzweckwidrigkeit, daß sich dem Geschäftspartner aufgrund der Umstände des Einzelfalls ohne weiteres begründete Zweifel an der Vereinbarkeit der Handlung mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen mußten.

BGH, Urteil vom 25. April 2002 - IX ZR 313/99 - OLG Dresden
LG Zwickau

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Kreft und die Richter Kirchhof, Raebel, Kayser sowie die Richterin Dr. Vézina

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Schlußurteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 5. August 1999 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Verwalter in der Gesamtvollstreckung über das Vermögen der Z. GmbH (im folgenden: Schuldnerin). Das Gesamtvollstreckungsverfahren wurde am 1. Februar 1997 eröffnet, nachdem zuvor am 16. Dezember 1996 die Sequestration angeordnet und der Beklagte zum Sequester bestellt worden war.

Die Schuldnerin erbrachte in den Jahren 1996/97 für die ARGE im folgenden: ARGE) Rohbauarbeiten

zur Erstellung eines Einkaufszentrums in F. /Sachsen. Sie schloß mit der Klägerin am 13. September 1996 einen Subunternehmervertrag über die Herstellung und Anlieferung von Betonfertigteilen. In einer weiteren Vereinbarung vom selben Tage trat die Schuldnerin zur Sicherung der Werklohnforderung ihre Ansprüche gegen die ARGE an die Klägerin ab. Zugleich wurde die Schuldnerin ermächtigt, die Forderungen im eigenen Namen auf ein Konto einzuziehen, über das beide Parteien nur gemeinsam verfügen konnten.

Bis zum 30. Januar 1997 lieferte die Klägerin sämtliche von ihr geschuldeten Fertigbauteile, die jedoch zum Teil mit Mängeln behaftet waren, auf der Baustelle an. Das Eigentum behielt sie sich nicht vor. Am 25. Februar 1997 stellte die Klägerin die Schlußrechnung für ihre Leistungen aus dem Subunternehmervertrag. Aufgrund von Rechnungskorrekturen und Abschlagszahlungen verblieb eine Restwerklohnforderung von 694.563,45 DM.

Die ersten drei Abschlagszahlungen der ARGE auf das gemeinsame Konto wurden zwischen Klägerin und Schuldnerin einvernehmlich aufgeteilt. Während der Sequestration zahlte die ARGE auf die vierte Abschlagsrechnung vom 19. Dezember 1996 einen Betrag von 200.488,75 DM am 15. Januar 1997 auf ein Sequesteranderkonto des Beklagten. Nach Verfahrenseröffnung leistete die ARGE weitere Zahlungen: auf die fünfte Abschlagsrechnung vom 24. Januar 1997 einen Betrag von 181.474,31 DM am 14./15. Februar 1997, auf die sechste Abschlagsrechnung aus April 1997 einen Betrag von 169.619 DM am 23. Juli 1997 und auf die Schlußrechnung vom 11. November 1997 einen Betrag von 361.223,10 DM am 28. November 1997. Diese Zahlungen erfolgten auf ein Anderkonto, das der Beklagte für die Masse führte.

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

Bereits vor der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens kam es zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu Unstimmigkeiten über den Einzug und die Verteilung der sicherungsabgetretenen Forderung. Die Klägerin widerrief mit Schreiben vom 10. Dezember 1996 die der Schuldnerin erteilte Einziehungsvollmacht. Nach Eröffnung des Verfahrens schlossen die Parteien am 11. Februar 1997 zur Abwicklung des Sicherungsvertrages die nachfolgend auszugsweise wiedergegebene Vereinbarung:

"2. Ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und unter Verzicht auf etwaige Einreden, Einwendungen und Zurückbehaltungsrechte verspricht die ... (Schuldnerin), den Betrag von 200.488,75 DM (4. Abschlagszahlung der ARGE) auf das gemeinsame Konto Nr. ... bei der Sparkasse Z. (BLZ: ...) bis spätestens 15. März 1997 einzuzahlen ...

3. Nach Eingang des Geldes, das gemäß Ziffer 1 dieser Vereinbarung an die ... (Klägerin) auszuzahlen ist, ist die ... (Klägerin) verpflichtet, die ... (Schuldnerin) bzw. Herrn Rechtsanwalt ... (Beklagter) zu bevollmächtigen, Rechnungen der ... (Schuldnerin) an die ARGE ... zu stellen, so wie dies in der Zusatzvereinbarung vom 13.09.1996 vorgesehen ist. Diese Vollmacht wird unter der Bedingung stehen, daß ausschließlich Zahlung auf das gemeinsame Konto Nr. ... bei der Z. Sparkasse (BLZ: ...) begehrt wird.

   Bereits heute verspricht Herr Rechtsanwalt ... (Beklagter), im Falle der Vollmachtserteilung, die noch von der ... (Klägerin) nach Eingang des Geldes ausdrücklich zu erklären ist, ausschließlich Zahlung an das eben bestimmte Konto zu fordern.

   Die spätere Aufteilung der Gelder zwischen der ... (Schuldnerin) und der ... (Klägerin) wird gemäß der Zusatzvereinbarung vom 13.9.1996 getroffen werden."

Diese Vereinbarung hat die Klägerin mit Schreiben vom 18. Februar 1997 wegen arglistiger Täuschung angefochten. Zur Einzahlung des in Nummer 2 erwähnten Geldbetrages und zur Erteilung der in Nummer 3 genannten Vollmacht kam es nicht mehr.

Die Klägerin hat aufgrund der Sicherungsabtretung von dem Beklagten verlangt, die von der ARGE auf das Anderkonto des Beklagten überwiesenen Beträge auf das gemeinsame Konto der Parteien bei der Sparkasse Z. einzuzahlen. Sie hat ihren Anspruch - nach einem entsprechenden Hinweis des Berufungsgerichts - hilfsweise auf die Vereinbarung vom 11. Februar 1997 gestützt.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin ursprünglich unter anderem Zahlung von 912.804,42 DM auf das gemeinsame Konto bei der Sparkasse Z. begehrt. Das Berufungsgericht hat der Zahlungsklage durch Teilurteil vom 14. Januar 1999 in Höhe von 181.474,31 DM (fünfte Abschlagszahlung) stattgegeben und sie insoweit abgewiesen, als die Klageforderung den Betrag von 694.563,45 DM (Restwerklohnforderung der Klägerin) übersteigt. Der Bundesgerichtshof hat die gegen dieses Urteil von beiden Parteien eingelegten Revisionen (Verfahren IX ZR 62/99) nicht zur Entscheidung angenommen.

Den nach dem Teilurteil noch offenen Differenzbetrag von 513.089,14 DM [694.563,45 abzgl. 181.474,31] hat das Berufungsgericht der Klägerin mit Schlußurteil vom 5. August 1999 zugesprochen. Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner Revision.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I.

Das Berufungsgericht meint, ein Anspruch auf Einzahlung von 513.089,14 DM auf das gemeinsame Konto der Klägerin und der Schuldnerin bei der Sparkasse Z. ergebe sich aus der Vereinbarung vom 11. Februar 1997. Dort seien die Parteien überein gekommen, den Einzug und die Verteilung der Forderungen der Schuldnerin gegen die ARGE auf der Grundlage der Sicherungsvereinbarung vom 13. September 1996 durchzuführen. Dies begründe zu Gunsten der Klägerin einen Anspruch, der in seinen Wirkungen einem Ersatzabsonderungsrecht entspreche. Die Anfechtungserklärung der Klägerin vom 18. Februar 1997 greife nicht durch, weil die von dem Berufungsgericht durchgeführte Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte für ein arglistiges Verhalten des Beklagten ergeben habe.

II.

Diese Begründung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand.

1. In bezug auf die vierte Abschlagszahlung über 200.488,75 DM besteht ein Ersatzabsonderungsrecht unabhängig davon, wann die dieser Zahlung zugrundeliegenden Leistungen der Schuldnerin erbracht wurden, bereits deshalb nicht, weil die entsprechende Zahlung bereits am 15. Januar 1997 und damit vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung auf ein Anderkonto des Beklag-

ten als Sequester gelangt ist. Ein Ersatzabsonderungsrecht entsprechend § 46 KO setzt voraus, daß entweder das "Recht auf die Gegenleistung" noch vorhanden ist oder daß die Gegenleistung nach Konkurseröffnung zur Masse gezogen wurde (BGHZ 139, 319, 321; 144, 192, 194; BGH, Urt. v. 5. März 1998 - IX ZR 265/97, ZIP 1998, 655, 657).

Bei der Einziehung einer Forderung ist eine Gegenleistung, die an den Berechtigten abgetreten werden könnte, nicht vorhanden (BGHZ 144, 192, 194 m.w.N.). Im Streitfall stellt die Gutschrift der vierten Abschlagszahlung auf dem Anderkonto des Sequesters zwar eine Gegenleistung i.S.d. § 46 KO dar; deren Gegenwert ist dem Vermögen der Schuldnerin aber bereits vor der Eröffnung der Gesamtvollstreckung zugeflossen. Damit fehlt es insoweit an den Voraussetzungen für eine Ersatzabsonderung.

2. Die Sicherungsabtretung vom 13. September 1996 gewährt der Klägerin nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt kein Ersatzabsonderungsrecht in bezug auf die sechste Abschlagszahlung oder die Schlußzahlung.

a) Das Berufungsgericht hat die Wirksamkeit des Sicherungsvertrages vom 13. September 1996 bejaht. Es hat diese Auffassung im Teilurteil vom 14. Januar 1999 näher begründet. Die Revision des Beklagten erhebt dagegen keine Einwände. Der Senat sieht zu einer anderen rechtlichen Bewertung keinen Anlaß.

b) Die Sicherungsabtretung erfaßt nur solche Ansprüche der Schuldnerin gegen die ARGE, die auf Leistungen entfallen, welche von der Schuldnerin

vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung über ihr Vermögen am 1. Februar 1997 gegenüber der ARGE erbracht wurde. Dies ergibt sich aus § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO, der in gleicher Weise auszulegen ist wie § 17 Abs. 1 KO (BGHZ 135, 25, 29).

aa) § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO ist im Streitfall anwendbar. Bei dem Bauvertrag zwischen der Schuldnerin und der ARGE handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag, der von beiden Vertragsparteien im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht vollständig erfüllt war.

Die beiderseitig geschuldeten Leistungen waren teilbar. Das gilt auch für die der Schuldnerin geschuldete Werkleistung. Die restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 36 Abs. 2 VerglO (BGHZ 67, 242, 249; 125, 270, 274) ist auf § 17 Abs. 1 KO, § 9 Abs. 1 Satz 1 GesO nicht übertragbar. Vielmehr wird in den neueren Entscheidungen des Senats die Teilbarkeit von Bauleistungen für den Regelfall bejaht (BGHZ 129, 336, 344 f; 147, 28, 33). Für die Teilbarkeit reicht es grundsätzlich aus, wenn sich die erbrachte Leistung feststellen und bewerten läßt (vgl. BGHZ 147, 28, 34; MünchKomm-InsO/Kreft § 105 Rn. 14). Die Rohbauarbeiten, welche die Schuldnerin der ARGE schuldete und die weitgehend in der Montage der von der Klägerin angelieferten Bauteile bestanden, waren danach teilbar. Der Umfang der vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung von der Schuldnerin erbrachten Leistungen kann grundsätzlich - gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe - ermittelt und bewertet werden.

bb) Mit der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens verloren die Ansprüche der ARGE auf weitere Leistungen der Schuldnerin und die entspre-

chenden Gegenleistungsansprüche der Schuldnerin gegen die ARGE zunächst ihre Durchsetzbarkeit. Soweit der Bundesgerichtshof bislang davon gesprochen hat, daß derartige Ansprüche mit der Eröffnung des Insolvenzverfahren erlöschen (vgl. etwa BGHZ 129, 336, 338; 135, 25, 26 m.w.N.), wird dies der Rechtslage nicht voll gerecht. Die Verfahrenseröffnung bewirkt keine materiellrechtliche Umgestaltung des gegenseitigen Vertrages, sondern hat wegen der beiderseitigen Nichterfüllungseinreden der Vertragspartner (§ 320 BGB) nur zur Folge, daß diese ihre noch ausstehenden Erfüllungsansprüche, soweit es sich nicht um Ansprüche auf die Gegenleistung für schon erbrachte Leistungen handelt, nicht durchsetzen können (vgl. MünchKomm-InsO/Kreft § 103 Rn. 13, 18, 25, 32, 38; auch BGH, Urt. v. 22. Dezember 1995 - V ZR 52/95, ZIP 1996, 426, 427). Mit der Wahl des Beklagten als Gesamtvollstreckungsverwalter, den Bauvertrag zwischen Schuldnerin und ARGE zu erfüllen, wurde den Ansprüchen der ARGE auf die noch ausstehenden Werkleistungen der Schuldnerin und deren Anspruch auf eine entsprechende Gegenleistung die Rechtsqualität von originären Masseverbindlichkeiten und -forderungen beigelegt (vgl. MünchKomm-InsO/Kreft § 103 Rn. 39 ff, 47, 51, 54). An dem Anspruch der Schuldnerin/Gesamtvollstreckungsmasse gegen die ARGE auf Werklohn für solche Leistungen, welche nach Verfahrenseröffnung für die ARGE erbracht wurden, konnte die Klägerin aufgrund der vor Eröffnung des Gesamtvollstrekkungsverfahrens erfolgten Sicherungszession Rechte gegenüber der vom Beklagten verwalteten Masse nicht wirksam erwerben (vgl. BGHZ 106, 236, 243; 135, 25, 26; MünchKomm-InsO/Kreft § 103 Rn. 51, 54; auch BGHZ 147, 28, 31 f).

c) Das Berufungsgericht hat - wie die Revision zu Recht rügt - keine Feststellungen getroffen, ob und inwieweit die der sechsten Abschlagszahlung

und der Schlußzahlung zugrundeliegenden Leistungen von der Schuldnerin vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens erbracht und die entsprechenden Gegenleistungsansprüche demzufolge von der Sicherungsabtretung vom 13. September 1996 erfaßt worden sind. Zugunsten der Revision ist deshalb davon auszugehen, daß die genannten Leistungen gegenüber der ARGE erst nach Eröffnung des Konkursverfahrens erfolgten. Dann fehlt es wegen der Forderungen der Schuldnerin/Masse, die der sechsten Abschlagszahlung und der Schlußzahlung zugrunde lagen, an einer wirksamen Sicherungsabtretung und damit an der Grundlage für die Entstehung eines Ersatzabsonderungsrechts.

3. Auf die Vereinbarung vom 11. Februar 1997 kann sich die Klägerin wegen keiner der Zahlungen stützen. Sie ist unwirksam.

a) Zwar steht dem Insolvenzverwalter wegen der mit seinem Amt verbundenen vielfältigen und schwierigen Aufgaben bei der Ausübung seiner Tätigkeit grundsätzlich ein weiter Ermessensspielraum zu. Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs ist die Rechtsmacht des Verwalters jedoch durch den Insolvenzzweck beschränkt. Deshalb sind solche Rechtshandlungen des Verwalters, welche der vornehmsten Aufgabe des Insolvenzverfahrens - der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger (vgl. nunmehr § 1 Satz 1 InsO) - klar und eindeutig zuwiderlaufen, unwirksam; sie verpflichten die Masse nicht (RGZ 57, 195, 199 f; 63, 203, 213; 76, 244, 249 f; BGH, Urt. v. 8. Dezember 1954 - VI ZR 189/53, LM § 6 KO Nr. 3 = WM 1955, 312 f; v. 3. Februar 1971 - VIII ZR 94/69, WM 1971, 346, 347; v. 13. Januar 1983 - III ZR 88/81, WM 1983, 500, 502; v. 28. Oktober 1993 - IX ZR 21/93, NJW 1994, 323, 326, insoweit in BGHZ 124, 27 nicht abge-

druckt; Jauernig, Festschrift für Friedrich Weber S. 307 ff; Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 6 Rn. 150 ff; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 6 Rn. 37). Dies trifft dann zu, wenn der Widerspruch zum Insolvenzzweck unter allen in Betracht kommenden Gesichtspunkten für jeden verständigen Beobachter ohne weiteres ersichtlich ist (BGH, Urt. v. 13. Januar 1983 aaO; v. 28. Oktober 1993 aaO; Jaeger/Henckel aaO § 6 Rn. 158 f).

Eine im Schrifttum im Vordringen befindliche Auffassung zieht demgegenüber für die Abgrenzung, wann eine Überschreitung der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters zur Unwirksamkeit der Rechtshandlung führt, die zum Mißbrauch der Vertretungsmacht entwickelten Grundsätze heran (vgl. Spickhoff KTS 2000, 15 ff; MünchKomm-InsO/Ott, § 80 Rn. 61; H.K.-InsO/Eickmann, 2. Aufl. § 80 Rn. 12; Kilger/K. Schmidt, Insolvenzgesetze 17. Aufl. § 6 KO Anm. 6 a aa). Danach ist Voraussetzung für die Unwirksamkeit der Handlung des Verwalters außer einer objektiven Evidenz der Insolvenzzweckwidrigkeit, daß sich dem Geschäftspartner aufgrund der Umstände des Einzelfalls ohne weiteres begründete Zweifel an der Vereinbarkeit der Handlung mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen mußten (vgl. BGHZ 127, 239, 241; BGH, Urt. v. 17. September 1998 - III ZR 174/97, NJW-RR 1999, 361, 362; v. 29. Juni 1999 - XI ZR 277/98, NJW 1999, 2883; v. 30. Januar 2002 - IV ZR 23/01, zur Veröffentlichung bestimmt; MünchKomm-InsO/Ott aaO). Dem Geschäftspartner des Verwalters muß somit der Sache nach zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen sein (vgl. MünchKomm-BGB/Schramm, 4. Aufl. § 164 Rn. 115; Soergel/Leptien, BGB 13. Aufl. § 177 Rn. 18).

Der Senat schließt sich dieser Auffassung im Grundsatz an, ohne daß damit eine Festlegung auf eine der Theorien zur Stellung des Insolvenzverwalters verbunden wäre (vgl. Spickhoff KTS 2000, 15, 25). Mit dem grundsätzlichen Rückgriff auf die bewährten Regeln zum Mißbrauch der Vertretungsmacht wird den Interessen an einem hinreichenden Schutz der Masse einerseits und an dem gebotenen Vertrauensschutz des redlichen Geschäftspartners andererseits jeweils in angemessener Weise Rechnung getragen.

b) Im Streitfall hat sich der Beklagte nach der rechtsfehlerfreien Auslegung des Berufungsgerichts in der Vereinbarung vom 11. Februar 1997 verpflichtet, die Klägerin so zu stellen, wie wenn ihr aufgrund der Sicherungsvereinbarung vom 13. September 1996 jedenfalls in Höhe ihrer Werklohnforderung ein Ersatzabsonderungsrecht wegen sämtlicher Zahlungen der ARGE zugestanden hätte. Wie dargelegt, bestand aber wegen der vierten und - nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt - wegen der sechsten Abschlagszahlung sowie der Schlußzahlung der ARGE ein Ersatzabsonderungsrecht der Klägerin nicht. Durch die Vereinbarung vom 11. Februar 1997 wurden somit von dem Beklagten für die Masse Verbindlichkeiten in Höhe der Restforderung der Klägerin von 694.563,45 DM begründet, denen ein materieller Anspruch der Klägerin nur in Höhe der fünften Abschlagszahlung von 181.474,31 DM gegenüberstand. Für ein finanzielles Zugeständnis dieser Größenordnung gab es keinen rechtfertigenden Grund, insbesondere keine Gegenleistung der Klägerin oder einen anderen Vorteil für die Masse. Vielmehr hatte die Klägerin bereits vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung und vor Abschluß der Vereinbarung sämtliche Bauteile angeliefert und damit ihre vertraglichen Verpflichtungen bis auf Mängelbeseitigungsarbeiten erfüllt.

Ohne Erfolg macht die Revisionserwiderung geltend, die Vereinbarung sei abgeschlossen worden, um Beweisschwierigkeiten zu vermeiden. Davon war in den Tatsacheninstanzen nicht die Rede. Im übrigen vermöchten etwaige Beweisschwierigkeiten es jedenfalls nach dem zu unterstellenden Sachverhalt nicht zu rechtfertigen, die Klägerin ohne jede Differenzierung in der geschehenen einseitigen Weise materiell-rechtlich zu bevorzugen.

Der Beklagte hat infolgedessen durch den Abschluß der Vereinbarung vom 11. Februar 1997 den ihm als Verwalter zuzubilligenden Ermessensspielraum weit überschritten. Die Bevorzugung der Klägerin gegenüber der Gesamtheit der Insolvenzgläubiger, die sich nach der Vereinbarung mit einer um mehr als 500.000 DM geringeren Verteilungsmasse begnügen müssen, läuft einer gleichmäßigen Gläubigerbefriedigung evident zuwider.

c) Diese offensichtliche Überschreitung der dem Verwalter eingeräumten Rechtsmacht durch den Abschluß der Vereinbarung vom 11. Februar 1997 mußte sich der Klägerin aufdrängen. Die Rechtslage war durch die Entscheidung des Senats vom 4. Mai 1995 (BGHZ 129, 336) geklärt. Die Klägerin hatte Kenntnis von den Tatsachen, aus denen sich das Nichtbestehen eines (Ersatz-)
Absonderungsrechts ergibt. Sie lieferte die von ihr gefertigten Betonteile zum Teil erst wenige Tage vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung auf der Baustelle an. Es lag deshalb nahe, daß jedenfalls der Einbau dieser Elemente erst nach Verfahrenseröffnung erfolgte, so daß die darauf entfallende Werklohnforderung der Schuldnerin gegen die ARGE ebenfalls erst nach diesem Zeitpunkt werthaltig und deshalb von der Sicherungsabtretung nicht erfaßt wurde.

Auf die Unkenntnis der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Durchsetzbarkeit von Sicherungsrechten in der Insolvenz (BGHZ 129, 336) kann die Klägerin sich nicht mit Erfolg berufen. Die Verschaffung der notwendigen Rechtskenntnisse gehört zu den grundlegenden Pflichten, die nach der Verkehrsanschauung die am Rechtsverkehr Beteiligten treffen (vgl. Staudinger/Löwisch, BGB 13. Bearb. § 276 Rn. 53; Soergel/Wolf, BGB 12. Aufl. § 276 Rn. 103 f). Bei der Abwicklung einer Insolvenz gilt dies in besonderem Maße, weil sowohl für den Insolvenzverwalter als auch für dessen Geschäftspartner die Kenntnis der rechtlichen Grundlagen zwingende Voraussetzung für sachgerechte Entscheidungen im Einzelfall ist. Der Streitfall belegt dies in eindrücklicher Weise. Die Klägerin war anwaltlich vertreten und arbeitete über einen Zeitraum von zwei Monaten nach Stellung des Antrags auf Gesamtvollstreckung weiter mit der Schuldnerin zusammen, wobei Forderungen in einer Größenordnung von über 1 Mio. DM in Rede standen. Wenn sie sich in dieser Situation gleichwohl nicht über die höchstrichterliche Rechtsprechung zu §§ 15, 17 KO unterrichtete (die Entscheidung BGHZ 129, 336 war mehr als 1 ½ Jahre vor der Vereinbarung vom 11. Februar 1997 ergangen), stellt dies eine schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt dar.

III.

1. Infolge der Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 11. Februar 1997 ist die Klage wegen des auf die vierte Abschlagszahlung entfallenden Teils der Klageforderung ohne weiteres abzuweisen. Wie dargelegt, konnte insoweit aufgrund der Sicherungsabtretung vom 13. September 1996 ein Ersatzabsonderungsrecht nicht entstehen. Der Rechtsstreit ist insoweit jedoch nicht zur En-

dentscheidung reif, weil es an Feststellungen fehlt, welcher Teil der Klageforderung von der vierten Abschlagszahlung erfaßt wird.

2. Wegen derjenigen Forderungen der Schuldnerin/Masse, die der sechsten Abschlagszahlung und der Schlußzahlung der ARGE zugrunde lagen, wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, daß der Klägerin aufgrund der Sicherungsabtretung der Werklohnanspruch der Schuldnerin gegen die ARGE nur wegen der vor Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens von der Schuldnerin erbrachten Leistungen zustand. Denn das Verlangen des Beklagten, den Vertrag mit der ARGE zu erfüllen, hat diejenigen Ansprüche der Schuldnerin, welche auf die bei Verfahrenseröffnung bereits erbrachten Werkleistungen entfielen, nicht berührt (vgl. BGHZ 147, 28, 31 f; MünchKomm-InsO/Kreft § 103 Rn. 51, 54). Dies gilt auch, wenn diese Ansprüche im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung noch nicht fällig waren (§§ 641, 640 BGB).

Die vor Eröffnung des Verfahrens erfolgten Leistungen der Schuldnerin sind daher gesondert abzurechnen. Bei der Ermittlung des anteiligen Werklohns sind dieselben Maßstäbe anzuwenden, wie wenn der Bauvertrag im Zeitpunkt der Eröffnung der Gesamtvollstreckung aus wichtigem Grund gekündigt worden wäre (vgl. Thode ZfBR 1999, 116, 121 ff; ZfIR 2000, 165, 179; auch BGHZ 147, 28, 34).

Die Beweislast dafür, welche Leistungen die Schuldnerin vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung erbracht hat, liegt bei der Klägerin als derjenigen, welche sich zu ihrem Vorteil auf diesen Umstand beruft. Da die Klägerin jedoch aus eigener Erkenntnis den Fortschritt der der Schuldnerin obliegenden Lei-

stungen möglicherweise nicht oder nur schwer überblicken kann, trifft gegebenenfalls den Beklagten als denjenigen, welcher als Sequester und als Gesamtvollstreckungsverwalter mit den Verhältnissen der Schuldnerin vertraut war und sich von ihr Auskunft verschaffen kann, eine gesteigerte Substantiierungslast (vgl. MünchKomm-ZPO/Peters, 2. Aufl. § 138 Rn. 18 ff; ferner in diesem Zusammenhang BGH, Urt. v. 11. Mai 2000 - IX ZR 262/98, WM 2000, 1209, 1211 ff zur Auskunftspflicht des Insolvenzverwalters).

3. Sollte das Berufungsgericht feststellen, daß die sechste Abschlagszahlung oder die Schlußzahlung sich ganz oder teilweise auf Leistungen beziehen, welche die Schuldnerin vor Verfahrenseröffnung erbracht hat, wird es insoweit die weiteren Voraussetzungen eines Absonderungsrechts zu prüfen haben.

a) Da die ARGE die den Abschlagsrechnungen und der Schlußrechnung zugrundeliegenden Forderungen - soweit berechtigt - beglichen hat, kommt allenfalls ein Ersatzabsonderungsrecht in Betracht. Ersatzabsonderungsrechte entstehen in der Gesamtvollstreckung entsprechend den Voraussetzungen der Konkursordnung; § 12 Abs. 1 GesO enthält eine Zusammenfassung der §§ 43-48 KO (BGHZ 139, 319, 323).

b) Ob sich die Zahlungen der ARGE insoweit noch unterscheidbar auf dem für die Masse geführten Anderkonto befinden, wird das Berufungsgericht anhand der vom Senat im Urteil vom 11. März 1999 (BGHZ 141, 116) aufgestellten Grundsätze zu klären haben. Gelder, welche auf ein allgemeines, im Kontokorrent geführtes Konkurskonto eingezahlt wurden, bleiben danach grundsätzlich aussonderungsfähig, weil sie aufgrund der Buchungen und der

dazu gehörigen Belege von dem übrigen dort angesammelten Guthaben unterschieden werden können (BGHZ aaO 118; BGH, Urt. v. 15. November 1988 - IX ZR 11/88, NJW-RR 1989, 252).

Nach der in der Gerichtsakte befindlichen Drittschuldnererklärung der Commerzbank vom 19. Mai 1998 wies das Anderkonto des Beklagten und die damit verbundene Eurogeldanlage seinerzeit insgesamt ein Guthaben von 1.421.933,79 DM auf. Dies könnte dafür sprechen, daß die von der ARGE gezahlten Beträge sich noch unterscheidbar auf diesem Konto befinden.

c) Sollte ein Ersatzabsonderungsrecht mangels Unterscheidbarkeit zu verneinen sein, wäre ein Bereicherungsanspruch der Klägerin gegen die Masse zu prüfen (vgl. BGHZ 139, 319, 324 f).

4. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht auch Gelegenheit, der erstmals von der Revision erhobenen Rüge nachzugehen, dem Klageantrag fehle das Rechtsschutzinteresse, weil Zahlung auf das gemeinsame Konto, nicht aber unmittelbar an die Klägerin begehrt werde. Sollte - wie die Revision geltend macht - der Rechtsstreit mit einer Zahlung auf das gemeinsame Konto nicht endgültig bereinigt werden, wird der Klägerin Gelegenheit zu geben sein, den Klageantrag umzustellen.

Kreft Kirchhof Raebel

Kayser Vézina