

Nachschlagewerk: ja

BGHZ : ja

KO § 17

Erhält das gewerbliche Unternehmen des Gemeinschuldners, das mit dem Stromlieferanten einen Sonderabnehmervertrag geschlossen hatte, auch nach Konkurseröffnung Strom geliefert, so kann dem Umstand, daß der Konkursverwalter sich nicht ausdrücklich gemäß § 17 KO erklärt hatte, nicht ohne weiteres entnommen werden, er habe stillschweigend Erfüllung des Vertrages gewählt.

BGH, Urteil vom 1. Juli 1981 - VIII ZR 168/80 - OLG Hamm
LG Bochum

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 168/80

URTEIL

Verkündet am

1. Juli 1981

S c h n u r r,
Justizhauptsekretärin

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Stadtwerke H[REDACTED] AG, G[REDACTED]weg [REDACTED], H[REDACTED], vertreten
durch den Vorstand, Dipl.-Ing. Klaus B[REDACTED], Dipl.-Ing. Klaus P[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Dr. Wulf-Gerd J[REDACTED], Hu[REDACTED]platz [REDACTED],
Bo[REDACTED], als Konkursverwalter der Firma M[REDACTED] Handelsgesellschaft
mbH & Co. KG, H[REDACTED]

- Konkursverfahren [REDACTED] N [REDACTED]/79 AG Bo[REDACTED] -

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juli 1981 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Dr. Hiddemann, Hoffmann, Merz und Treier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Hamm vom 7. Mai 1980 wird auf Kosten
der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Aufgrund eines Stromlieferungsvertrages vom 20. Oktober 1971, in den die Firma M. [REDACTED] Handelsgesellschaft mbH (nachfolgend: Gemeinschuldnerin) im Jahre 1975 eingetreten war, belieferte die Klägerin die Gemeinschuldnerin als Sondervertragskundin mit Strom. Über das Vermögen der Gemeinschuldnerin wurde am 3. April 1979 das Konkursverfahren eröffnet; am selben Tage wurde der Beklagte zum Konkursverwalter bestellt.

Mit Rundschreiben vom 6. April 1979 verständigte der Beklagte die Vertragspartner der Gemeinschuldnerin, daß er die Erfüllung nicht oder nicht vollständig erfüllter Verträge ablehne. Dieses Rundschreiben hat die Klägerin nach ihrer Behauptung nicht erhalten.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Am 11. April 1979 stellte die Klägerin der Gemeinschuldnerin für Stromlieferungen bis 30. März 1979 6.973,34 DM und am 2. Mai 1979 für Stromlieferungen bis 26. April 1979 4.740,51 DM in Rechnung.

Mit Schreiben vom 7. Mai 1979 teilte der Beklagte der Klägerin mit, daß er gemäß § 17 KO in den laufenden Strombezugsvertrag nicht eintrete. Die Parteien schlossen in der Folgezeit mit Wirkung ab 26. April 1979 einen Kleinabnehmervertrag.

Die Klägerin meint, die beiden noch nicht bezahlten Rechnungen beträfen Masseschulden, und verlangt von dem Beklagten Zahlung von 11.713,85 DM nebst Zinsen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Das Oberlandesgericht erkannte der Klägerin nur 7.096,54 DM nebst Zinsen für Lieferungen von Strom nach Konkurseröffnung zu und wies die weitergehende Klage ab.

Mit der zugelassenen Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils. Der Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht billigt der Klägerin einen Anspruch gegen die Konkursmasse als Masseforderung nach § 59 Abs. 1 Nr. 1 KO für die Stromlieferungen zu, die nach

Konkurseröffnung erfolgt sind. Diese errechnet es unter Anwendung des Kleinverbrauchertarifes auf 7.096,34 DM. Im Revisionsrechtszug ist nur noch im Streit, ob auch die Ansprüche der Klägerin, die Stromlieferungen vor Konkurs-eröffnung betreffen, als Masseschulden vorweg zu befriedigen sind. Das Berufungsgericht verneint das, weil der Beklagte als Konkursverwalter die Erfüllung des bei Konkurseröffnung laufenden Stromlieferungsvertrages abgelehnt habe. Zwar habe er nach Konkurseröffnung noch Strom bezogen, hieraus könne indessen nicht gefolgert werden, daß er die Erfüllung des ursprünglichen Strombezugsvertrages verlangt habe.

II. Diese Ausführungen halten den Revisionsangriffen stand.

1. Der Strombezugsvertrag als Sonderkundenvertrag, aufgrund dessen die Gemeinschuldnerin von der Klägerin Strom bezog, stellt - was auch die Revision nicht in Zweifel zieht - ein einheitliches Schuldverhältnis, einen Sukzessivlieferungsvertrag, dar (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 1960 - VIII ZR 206/59 = LM Nr. 3 zu § 17 KO = WM 1960, 1410; Böhle-Stamschräder/Kilger, KO, 13. Aufl. § 17 Anm. 3 a; Jaeger/Henckel, KO, 9. Aufl. § 17 Rdn. 86; Dieker/Grünberg, Rechte und Pflichten der Stromkunden nach den neuen allgemeinen Versorgungsbedingungen und der Bundestarifordnung, Erläuterung zu § 32 S. 113), auf den, wenn er von beiden Seiten noch nicht vollständig erfüllt ist, § 17 KO anzuwenden ist. Wählt der Konkursverwalter die Erfüllung, so muß auch er den Vertrag erfüllen und somit gemäß § 59 Abs. 1 Nr. 2 KO Lieferungen als Masseschulden begleichen, die vor Konkurseröffnung erfolgt sind. Lehnt er die Erfüllung ab, so sind jedenfalls die Forderungen

des Stromlieferanten für Lieferungen vor Konkurseröffnung Konkursforderungen gemäß § 3 KO.

2. Dem Berufungsgericht ist darin zu folgen, daß der Beklagte die Erfüllung des Strombezugsvertrages zwischen Klägerin und Gemeinschuldnerin abgelehnt hat. Die Ablehnung ist im Schreiben vom 7. Mai 1979 enthalten. Zu diesem Zeitpunkt konnte der Beklagte als Konkursverwalter noch von dem Wahlrecht des § 17 KO Gebrauch machen.

a) Eine ausdrückliche Erklärung gemäß § 17 Abs. 1 KO hat der Beklagte gegenüber der Klägerin erst am 7. Mai 1979 abgegeben. Daß die Klägerin das Rundschreiben vom 6. April 1979 erhalten hat, ist nicht festgestellt. Das in § 17 Abs. 1 KO dem Konkursverwalter eingeräumte Wahlrecht kann zwar auch durch Stillschweigen oder durch sog. konkludentes Verhalten ausgeübt werden (vgl. RGZ 96, 292, 295; BGHZ 15, 333, 335; BGH, Urteil vom 29. Oktober 1976 - V ZR 4/75 = NJW 1977, 146, 147 = WM 1976, 1360). Ein Erfüllungsverlangen durch Stillschweigen oder konkludentes Verhalten des beklagten Konkursverwalters kann hier jedoch nicht angenommen werden.

aa) Der Gesetzgeber hat in § 17 Abs. 1 KO dem Konkursverwalter keine Erklärungspflicht auferlegt, sondern ihm ein Wahlrecht gegeben, wie sich schon aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt (Kübler ZIP 1980, 101). Damit wird dem vom Konkursverwalter zu wahrenen Interesse der Konkursgläubiger an der Erhaltung der Konkursmasse zur gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger Rechnung getragen. Die Entscheidung, ob er Erfüllung wählen will, ist für den Konkursverwalter oft nicht einfach. Sie hängt häufig von nicht alsbald nach Konkurseröffnung zu beantworteten Fragen ab, ob der Betrieb des Gemeinschuldners zunächst weitergeführt werden kann. Es läßt sich vielfach auch im Hinblick auf d

Marktlage, die Absatzverhältnisse und dergleichen Umstände schlecht voraussehen, ob sich die Erfüllung eines zweiseitigen Rechtsgeschäftes günstig oder ungünstig für die Konkursmasse auswirkt. Hier kam es für die Entscheidung des Konkursverwalters darauf an, ob es für die Konkursmasse vorteilhafter ist, die Stromlieferungen nach dem günstigeren Sondertarif als Masseverbindlichkeiten oder nach dem ungünstigeren Regeltarif als Konkursforderungen zu begleichen. Der Konkursverwalter kann bei dieser Sachlage bestrebt sein, die Entscheidung darüber, ob er Erfüllung verlangen will, hinauszuzögern.

bb) Andererseits ist der andere Teil, der Vertragspartner des Gemeinschuldners, meist interessiert, alsbald nach Konkurseröffnung zu erfahren, ob der Konkursverwalter Erfüllung verlangt oder nicht, um danach seine Dispositionen zu treffen. Das Gesetz hat ihm daher in § 17 Abs. 2 KO ermöglicht, eine Klärung zu erreichen. Er kann den Konkursverwalter zur Erklärung auffordern, ob er Erfüllung verlangen will. Erklärt der Konkursverwalter darauf nicht "ohne Verzug", daß er Erfüllung verlangen wolle, so kann er nicht mehr Erfüllung des Vertrages begehren.

cc) Schweigt der Konkursverwalter und macht der andere Teil von der ihm in § 17 Abs. 2 KO gegebenen Möglichkeit keinen Gebrauch, so ist der Schwebezustand grundsätzlich nicht zeitlich begrenzt (vgl. zu dem ähnlich gelagerten Fall des § 108 Abs. 2 BGB Staudinger/Dilcher, BGB, 12. Aufl. § 108 Rdn. 17; BGB - RGRK - Krüger-Nieland, 12. Aufl. § 108 Rdn. 10). Ob im Schweigen des Konkursverwalters eine Erklärung i.S. des § 17 Abs. 1 KO gesehen werden kann, ist nur von Fall zu Fall je nach den gegebenen Umständen zu entscheiden.

Keinesfalls ist davon auszugehen, daß Schweigen und Zeitablauf allein schon die Annahme einer stillschweigenden Erklärung, Erfüllung des Vertrages verlangen zu wollen, rechtfertigen. Da der andere Teil durch die an den Konkursverwalter gerichtete Aufforderung, sich zu erklären, dessen Entscheidung erreichen kann, besteht keine Veranlassung, ihn etwa in seinem Vertrauen zu schützen, daß der Konkursverwalter stillschweigend Erfüllung gewählt habe. Ihm erwächst dadurch, daß der Konkursverwalter ohne Aufforderung eine Erklärung nicht abgibt, auch kein unzumutbarer Nachteil, weil er den Schwebezustand durch die Aufforderung des Konkursverwalters zu einer Erklärung beenden kann.

b) Hier liegt die Annahme einer stillschweigend erfolgten Erklärung, Erfüllung zu verlangen, allerdings deswegen nicht ganz fern, weil der Konkursverwalter den "automatisch" weitergelieferten Strom abgenommen hatte.

aa) Indessen ist zu berücksichtigen, daß der Konkursverwalter ungeachtet des Schwebezustands und der noch ungeklärten Regelung der künftigen Vertragsbeziehungen den Strom entnehmen konnte, weil er nach § 6 Energiewirtschaftsgesetz einen Anspruch auf Stromlieferung und auf Abschluß eines neuen Belieferungsvertrages, wenn auch nicht zu Sonderkundenbedingungen, hatte, und zwar selbst dann, wenn er die Erfüllung des alten Vertrages ablehnte (vgl. Jaeger/Henckel, aaO, Rdn. 86; Mentzel/Kuhn/Uhlenbruck, KO, 9. Aufl., § 17 Rdn. 27).

bb) Unter Berücksichtigung von Treu und Glauben kann dem passiven Verhalten des Konkursverwalters ein Erklärungswille, auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen, deshalb nur dann entnommen werden, wenn für ihn im Hinblick auf

besondere Umstände Anlaß bestand, sich zu entscheiden und ein Wahlrecht auszuüben. Das kann beispielsweise dann angenommen werden, wenn er die weitere Lieferung mit Strom veranlaßte oder wenn er alsbald nach Konkurseröffnung zur Zahlung aufgefordert wurde (Kübler aaO).

Hier war weder das eine noch das andere der Fall. Der Strom wurde dem Beklagten ohne sein Zutun "automatisch" weitergeliefert. Die Klägerin stellte der Gemeinschuldnerin zwar unter dem 11. April 1979 den bis 30. März 1979 gelieferten Strom in Rechnung. Der Beklagte mußte jedoch dieses Schreiben nicht zum Anlaß nehmen, nunmehr der Klägerin die Ablehnung der Erfüllung des Strombezugsvertrages zu erklären, weil er annehmen durfte, die Klägerin habe sein Rundschreiben vom 6. April 1979 erhalten, mit dem er die Erfüllung der nicht oder nicht vollständig erfüllten Verträge der Gemeinschuldnerin abgelehnt hatte.

cc) Im vorliegenden Fall hatte der Beklagte allerdings länger als einen Monat Strom bezogen, ohne der Klägerin gegenüber eine Erklärung in dem einen oder anderen Sinn abgegeben zu haben. Die Revision will unter Hinweis auf Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. OLG Düsseldorf KTS 1965, 44, 45; OLG Zweibrücken KTS 1972, 116, 117; OLG Köln ZIP 1980, 100; Jaeger/Henckel, aaO, § 17 Rdn. 86; Böhle-Stamschräder/Kilger, aaO, § 17 Anm. 4 a) annehmen, daß dem Konkursverwalter für die Entscheidung, ob er die Erfüllung nicht oder nicht vollständig erfüllter Verträge ablehnen oder verlangen will, lediglich eine kurze Überlegungsfrist zuzubilligen sei und daß der Konkursverwalter mit Ablauf dieser kurz bemessenen Spanne Erfüllung gewählt habe. Dem kann im Hinblick auf die erörterte in § 17 Abs. 2 KO getroffene Regelung nicht gefolgt werden. Denn daraus ergibt sich, daß es Sache des Vertragspartners des Gemeinschuldners ist, bei einem Schweigen des Konkursverwalters auf eine

Beendigung des mit der Konkurseröffnung eingetretenen Schwebestandes hinzuwirken. Der Klägerin wäre das auch möglich gewesen. Die Konkurseröffnungen werden in den Tageszeitungen bekannt gemacht. Einem Energieversorgungsunternehmen wie der Klägerin, das regelmäßig von einer Konkurseröffnung betroffen wird, ist es möglich und zuzumuten, alsbald nach einer Konkurseröffnung den Konkursverwalter anzuschreiben und ihn zur Beendigung des Schwebestandes zu einer Erklärung aufzufordern. Unterläßt es dieses und gibt der Konkursverwalter infolgedessen keine Erklärung ab, so kann, falls nicht besondere Umstände vorliegen, nicht angenommen werden, daß der Konkursverwalter Erfüllung gewählt habe.

III. Da das Berufungsgericht demnach zu Recht angenommen hat, daß der Beklagte mit dem Schreiben vom 7. Mai 1979 die Erfüllung des Strombezugsvertrages ablehnen konnte, war die Revision der Klägerin mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Merz

Treier