

Für das Nachschlagewerk!
Für die amtliche Sammlung!

2508 088

Gesetz: KO § 17, § 54 Abs 1, § 55 Nr 1

Rechtssatz: Lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung eines Kaufvertrags ab und hat der Gemeinschuldner vor der Konkurseröffnung eine Kaufpreiszahlung geleistet, so bestand die Rückzahlungsschuld des Verkäufers schon vor der Eröffnung als bedingte.

Aktenzeichen: V ZR 96/53

Urt des BGH vom 3. Dezember 1954

I. LG Oldenburg

II. OLG Oldenburg

Verkündet
am 3. Dezember 1954
Vize-Regierungs-
präsident, Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Georg W. [REDACTED], Ne [REDACTED] i.O. H. [REDACTED] L. [REDACTED] Str. [REDACTED],
Beklagten, Berufungsbeklagten
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Schauspieler Wolf Li [REDACTED], Ob [REDACTED], Fa [REDACTED] Str. [REDACTED],
Franz P. [REDACTED], O [REDACTED], N [REDACTED] Str. [REDACTED],
Paul K. [REDACTED], O [REDACTED], Gi [REDACTED] weg [REDACTED],
Arthur M. [REDACTED], O [REDACTED], C [REDACTED] Str. [REDACTED],
Rektor a.D. Wilhelm Ba [REDACTED], O [REDACTED], No [REDACTED] Str. [REDACTED],

Nebenintervenienten des
Beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter II. Instanz: Rechtsanwalt [REDACTED],
[REDACTED], [REDACTED]. -

g e g e n

den Rechtsanwalt Dr. Karl F. [REDACTED], B. [REDACTED], Bi [REDACTED] Str. [REDACTED],
als Konkursverwalter über das Vermögen der Ar [REDACTED]
schaft d. D. [REDACTED] A. [REDACTED]-G. [REDACTED] eGmbH, B. [REDACTED],

Kläger, Berufungskläger
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 19. November 1954 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundes-
richter Dr. von Normann, Schuster, Dr. Großmann und Dr. Spieler

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Oldenburg
vom 22. Juli 1953 aufgehoben. Die Sache wird zur
anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das
Berufungsgericht zurückverwiesen, dem auch die
Entscheidung über die Kosten der Revision über-
tragen wird.

Von Rechts wegen

- 2 -

Tatbestand:

Der Kläger ist Konkursverwalter über das Vermögen der Ar [REDACTED] d [REDACTED] D [REDACTED] A [REDACTED]-G [REDACTED] eGmbH, Bremen. Diese hatte mit notariellem Vertrag vom 11. Juli 1950 vom Beklagten, der dabei auch seinen Schwager Johannes Bi [REDACTED] vertrat, ein Baugelände von etwa 10 000 qm gekauft und am 2. August 1950 7 000 DM angezahlt. Weitere Zahlungen unterblieben, auch der Beklagte erfüllte den Vertrag nicht. Die Gemeinschuldnerin beantragte am 15. Dezember 1950 infolge von Zahlungsschwierigkeiten das Verfahren nach der Bremer Vertragshilfeverordnung vom 13. Juli 1945 (GVBl S 18 - 1952 durch § 21 Nr 12 Vertragshilfegesetz aufgehoben -). Das Vertragshilfegericht setzte am 19. Dezember 1950 einen Treuhänder zur Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Betriebes der Gemeinschuldnerin ein. Mit Beschluß vom 27. Dezember 1950 legte das Vertragshilfegericht der Gemeinschuldnerin eine allgemeine Verfügungsbeschränkung auf, wonach sie Rechtsgeschäfte, insbesondere Veräußerungsgeschäfte, nur mit Zustimmung des Treuhänders abschliessen durfte. Dieser Beschluß wurde der Gemeinschuldnerin, ihrem Vertreter und dem Treuhänder zugestellt. Ferner wurde der Gemeinschuldnerin durch Beschluss vom 30. April 1951 für alle von der Vertragshilfe betroffenen Verbindlichkeiten eine Stundung bis zum 31. Juli 1951 gewährt. Ein unter dem 30. Juli 1951 gestellter Antrag auf Verlängerung der Stundung um ein Jahr wurde am 30. August 1951, bevor eine gerichtliche Entscheidung ergangen war, zurückgenommen. Das von der Gemeinschuldnerin am 31. August 1951 beantragte Konkursverfahren wurde am 1. September 1951 eröffnet.

Da die Gemeinschuldnerin das Restkaufgeld innerhalb der im Vertrag vorgesehenen Frist - bis zum 31. Dezember 1950 -



und auch in der Folge nicht bezahlt hatte, trat der Beklagte mit Schreiben vom 10. Februar 1951 vom Vertrag zurück und erklärte gleichzeitig die Aufrechnung mit Forderungen zu insgesamt 7000 DM, die sich der Beklagte von sechs Bauanzahlern der Gemeinschaftsdnerin hatte abtreten lassen. Der Kläger, der die Aufrechnung für unwirksam hält, forderte mit Schreiben vom 9. Juli 1952 die Anzahlung vergeblich zurück. Er hat daraufhin Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen an den Kläger 7000 DM nebst 4 % Zinsen seit 24. Juli 1952 zu bezahlen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, das Berufungsgericht ihr stattgegeben.

Mit der Revision erstrebt der Beklagte die Zurückweisung der Berufung. Der Kläger beantragt die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

1. a) Der Beklagte konnte durch sein Schreiben vom 10. Februar 1951, wie das Berufungsgericht richtig erkannt hat, nicht wirksam aufrechnen, weil die Gemeinschaftsdnerin gegen ihn noch keine unbedingte Forderung auf Rückzahlung der 7000 DM hatte (RGRKomm 10. Aufl § 387 BGB Anm 4; AG JW 1903 Beilage 124, 275; Palandt 13. Aufl § 387 Anm 7). Der Beklagte hatte kein Rücktrittsrecht. Seine Rücktrittserklärung verpflichtete ihn daher nicht zur Rückgewähr der Anzahlung (§ 346 Satz 1 BGB). Voraussetzung für das Rücktrittsrecht war Verzug der (späteren) Gemeinschaftsdnerin (§ 326 BGB). Daran fehlte es aber. Nach dem Vertrag mußte sie allerdings die zweite Kauf-

preisrate spätestens am 31. Dezember 1950 erbringen und wäre, wenn sie nicht leistete, ohne Mahnung in Verzug gekommen (§ 284 Abs 2 S 1 BGB). Bereits am 15. Dezember 1950 hatte die Gemeinschuldnerin aber den Antrag auf Stundung für ihre sämtlichen Verbindlichkeiten gestellt, dem das Amtsgericht später auch stattgegeben hat. Nach § 11 der Bremer Vertragshilfeverordnung (BrVHV) durfte die Gemeinschuldnerin von der Stellung des Antrages an nicht mehr zahlen, eine einschneidende Regelung, wie sie in der bis dahin geltenden Vertragshilfeverordnung vom 30. November 1939 (RGBl I, 2939) nicht enthalten war. Die Rate vom 31. Dezember 1950 wurde infolgedessen überhaupt nicht fällig. Schon deswegen kam die Gemeinschuldnerin nicht in Verzug. Die Revision will das nicht gelten lassen, weil der Schuldner für den Mangel an Geldmitteln immer einzustehen habe (§ 279 BGB) und dieser Mangel das Vertragshilfeverfahren veranlasst habe. Bei der Würdigung dieser Rüge sowie der weiteren war auch die Anwendung der Bremer Vertragshilfeverordnung nachzuprüfen, da sie, als in das reichsrechtlich geordnete Vertragshilfe- und Konkursrecht eingreifend, Bundesrecht geworden ist (Art 125 Nr 2, Art 74 Nr 1 GrundG). Die vom Gericht bewilligte Stundung hat aber für das Schuldverhältnis dieselbe Wirkung wie eine vertragsmässige, indem sie die Fälligkeit hinausschiebt. Ob die gerichtliche Stundung früher oder später ausgesprochen wird, hängt oft von zufälligen Umständen ab. Daher ist mindestens für den Fall der später sich anschliessenden gerichtlichen Stundung schon von der Stellung des Antrages an die Möglichkeit des Verzuges zu verneinen, weil der Schuldner, wie sich herausstellt, den Umständen nach ein Recht hatte, die Leistung zu verweigern. Die Frage, ob die Gemeinschuldnerin ihre ungünstige Finanzlage schuldhaft herbeigeführt hat, was das Oberlandesgericht als nicht be-

wiesen verneint, ist daher, jedenfalls wenn Stundung gewährt worden ist, für die Entscheidung über das Vorliegen des Verzugs nicht zu untersuchen, umsoweniger als die Würdigkeit des Gemeinschuldners im Rahmen der §§ 1 und 8 BrVHV vom Vertragshilfegericht zu prüfen ist. Dafür, daß trotz des Zahlungsverbotes des § 11 der Schuldner doch noch in Verzug kommen könne, beruft sich die Revision auf § 6 BrVHV, aus der sich in Verbindung mit § 9 der Vertragshilfeverordnung vom 30. November 1939 die Befugnis des Vertragshilfegerichts ergab, anzuordnen, daß ungünstige Rechtsfolgen, die zu Lasten des Schuldners an die nicht rechtzeitige Vertragserfüllung geknüpft sind, als nicht eingetreten galten (entsprechende Vorschrift im Vertragshilfegesetz: § 5). Hier ist schon zunächst zweifelhaft, ob § 6 BrVHV, der im Abschnitt "Vertragshilfe für einzelne Verbindlichkeiten" steht, auch für die Vertragshilfe für sämtliche Verbindlichkeiten (III. Abschnitt) gilt. Die Vorschrift hat aber auch Bedeutung, wenn der Antrag auf Vertragshilfe schon eine den Verzug hindernde Stundung bewirkt; denn auch in diesem Falle können Verzugsfolgen, z.B. die Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen und Verzugszuschlägen, vorzeitige Fälligkeit eines Kapitals infolge Verfallklausel, Kündigungs- oder Rücktrittsrecht bereits vor der Stellung des Vertragshilfeantrags eingetreten sein und beseitigt werden müssen. Wenn endlich nach § 10 BrVHV die Stundung gegen alle Gläubiger wirkt, die zur Zeit des Stundungsbeschlusses einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Schuldner haben, so ist damit lediglich der Kreis der vom Beschluss selbst betroffenen Forderungen umschrieben, über das Wesen und die Wirkung des (durch § 24 BrVHV im Sinne einer Stundung gemäß § 202 Abs 1 BGB weiter aus-

gestalteten - vgl auch RGZ 100, 62 (65) zu § 7 der Geschäftsaufsichtsverordnung vom 14. Dezember 1916 [RRGBL 1363] Zahlungsverbotes des § 11 BrVHV für den Verzug jedoch nichts gesagt. Dieser ist auch nicht, wie die Revision meint, für die Zeit nach dem Zahlungsverbot des § 11 deswegen zu bejahen, weil das Gericht - auch ohne Antrag - einzelne Forderungen aus besonderen Gründen nach § 8 Satz 3 BrVHV von der Stundung ausnehmen kann und die Gemeinschuldnerin eine solche Ausnahme nicht angeregt hat. Entscheidend ist, daß das Vertragshilfegericht eine Ausnahme der Stundung eben nicht bewilligt hat.

b) Die Revision vertritt den Standpunkt, der Rücktritt sei zumindest dadurch wirksam geworden, daß die Gemeinschuldnerin der Rücktrittserklärung nicht widersprochen habe. Ob diese Auffassung richtig ist, kann hier zunächst noch dahingestellt bleiben, da eine etwaige vertragsmässige oder durch Verwirkung herbeigeführte Aufhebung des Kaufvertrages immer zeitlich später als die Aufrechnungserklärung vom 10. Februar 1951 läge.

Bis zur Eröffnung des Konkursverfahrens hatte demnach der Beklagte nicht wirksam aufgerechnet.

2. Der Beklagte hat aber im Rechtsstreit, nämlich mit Schriftsatz vom 7. Juli 1953, die Aufrechnung wiederholt. Nach § 55 Nr 1 KO ist eine Aufrechnung im Konkursverfahren unzulässig, wenn jemand vor der Eröffnung des Verfahrens eine Forderung an den Gemeinschuldner erworben hat, selbst aber erst nach der Eröffnung etwas zur Konkursmasse schuldig geworden ist. Diesen Unzulässigkeitsgrund hält das Berufungsgericht für gegeben.

a) Es erachtet eine vertragliche, zweiseitige Auflösung des Grundstückskaufvertrages bis zur Konkursöffnung für nicht bewiesen. Das Schreiben des Beklagten vom 10. Februar 1951 sei eine einseitige Erklärung und kein Vertragsangebot gewesen. Überdies sei ein etwa doch gemachtes Vertragsangebot von der Gemeinschuldnerin und ihrem Treuhänder, der hätte zustimmen müssen, nicht angenommen worden, insbesondere auch nicht etwa dadurch, daß sie auf das Schreiben geschwiegen hätten. Angesichts der tiefgreifenden Wirkung der Vertragsauflösung habe der Beklagte das Schweigen nicht als Zustimmung werten dürfen.

Diese Ausführungen lassen keinen Rechtsirrtum erkennen. Solange die Gemeinschuldnerin, wie der Vertragshilfeantrag zeigt, noch auf Sanierung zu hoffen schien, konnte sie, ohne gegen Treu und Glauben zu verstoßen und ohne zu ihren Lasten den Rechtsschein der Zustimmung zu begründen, den Brief vom 10. Februar 1951 unbeantwortet lassen, und der Beklagte musste auf seine Gefahr die Wirksamkeit seines Rücktritts beurteilen. Die Rücktrittserklärung des Beklagten und das Verhalten der Gemeinschuldnerin bis zur Konkursöffnung haben demnach einen Rückzahlungsanspruch der Gemeinschuldnerin in der Zeit von der Aufrechnungserklärung des Beklagten bis zur Konkursöffnung nicht entstehen lassen.

b) Das Berufungsgericht ist der Meinung, der Kläger habe stillschweigend oder doch durch sein Mahnschreiben vom 9. Juli 1952, mit dem er die Rückzahlung verlangte, nach § 17 KO die Vertragserfüllung abgelehnt. Allerdings sei der Kläger nach dem Inhalt seines Schreibens vom 9. Juli 1952 und seinem Vortrag im Prozeß davon ausgegangen, daß der Grundstückskaufvertrag schon vor der Konkursöffnung

unwirksam geworden sei. Wolle man deswegen die Erklärungen des Klägers nicht als Erfüllungsablehnung gelten lassen, so habe doch, meint das Berufungsgericht, das Verhalten der Parteien nach der Konkursöffnung den Vertrag infolge übereinstimmender Erklärungen beendet, weil beide Parteien davon ausgegangen seien, daß der Vertrag nicht mehr zu erfüllen sei und daß der Beklagte grundsätzlich zur Zahlung von 7000 DM verpflichtet sei.

Dazu ist zu sagen: Die nachträgliche Zustimmung des Klägers zum Rücktritt des Beklagten würde den Rücktritt nicht nach rückwärts wirksam machen und die Rückzahlungspflicht für die Vergangenheit entstehen lassen, noch weniger wäre dies die Wirkung einer bloßen Meinungsäußerung des Klägers, der Rücktritt sei wirksam gewesen. Für die Ablehnung der Erfüllung nach § 17 KO als einer einseitigen Willenserklärung genügt es hingegen, wenn der Wille, den Vertrag nicht zu erfüllen, nach der Konkursöffnung zum Ausdruck kam, insbesondere in der Rückforderung der bereits teilweise erbrachten Vertragsleistung. Daß der Wille, nicht zu erfüllen, möglicherweise auf der irrigen Annahme beruhte, der Vertrag sei schon unwirksam, ist unschädlich. Die Erfüllungsablehnung ist es demnach, die den Beklagten zur Rückgewähr der Anzahlung verpflichtet hat. Eine vertragsmäßige Wiederaufhebung des Kaufvertrags scheidet dagegen für die Beurteilung der Zulässigkeit der Aufrechnung aus, weil das Berufungsgericht sie nur für den Fall fehlender Erfüllungsablehnung hilfsweise angenommen hat, so daß auch eine Nachprüfung dieser Annahme nicht erforderlich ist.

c) Es ist unbezweifelbar, daß der Beklagte erst von der durch den Kläger ausgesprochenen Ablehnung der Erfüllung an verpflichtet war, die Kaufpreisanzahlung zurückzuerstatten, bzw. vom Standpunkt der Hilferwägungen des Berufungsgerichts aus erst nach der vertragsmäßigen Beendigung des Vertrages. Beide Vorgänge liegen nach der Eröffnung des Konkursverfahrens. Daraus leitet das Berufungsgericht die Unzulässigkeit der Aufrechnung ab, weil der Beklagte also erst nach der Konkurseröffnung zur Zahlung an die Masse verpflichtet worden sei (§ 55 Nr 1 KO). Die Revision bezeichnet diese Auffassung mit Grund als rechtsirrig.

Im Einklang mit der Regelung der §§ 65 - 67 KO wird nach § 54 KO die Aufrechnung nicht dadurch ausgeschlossen, daß zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens die aufzurechnenden Forderungen oder eine von ihnen noch bedingt oder betagt waren. Diese Vorschrift wird durch § 55 Nr 1 KO nicht ausgeschlossen (RGZ 79, 129). Auch gegen eine Forderung der Masse, die bei Konkurseröffnung nur als bedingte entstanden war, kann also trotz der Vorschrift des § 55 Nr 1 KO aufgerechnet werden. Das gilt nicht nur für rechtsgeschäftlich, sondern auch für gesetzlich bedingte Forderungen (RG LZ 1911, 635). Die Forderung auf Rückgewähr der Anzahlung von 7000 DM ist eine solche aus ungerechtfertigter Bereicherung, weil infolge der Ablehnung der Vertragserfüllung der Rechtsgrund für eine Erfüllungsleistung nachträglich weggefallen ist. Sie besteht von vornherein, d. h. ohne Aufrechnung, nur in der Höhe, als sie den Schadensersatzanspruch, der dem Beklagten infolge der Ablehnung der Erfüllung erwuchs, überstieg (§ 26 Satz 2 KO; Jaeger KO 6. Aufl § 17 Anm 46). Die Darlegung eines entsprechenden Schadens wäre

vom Beklagten als dem Geschädigten zu erwarten gewesen, so daß mangels solcher Darlegung anzunehmen ist, daß die Rückzahlungsforderung nicht durch Schadensersatzansprüche des Beklagten gemindert ist. Im allgemeinen ist eine Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung, die für die Masse nach der Konkurseröffnung entstanden ist, nicht als bedingt bereits bei der Konkurseröffnung entstanden anzusehen, beispielsweise eine Forderung, die dadurch entsteht, dass ein vom Konkursverwalter geschlossenes Geschäft erfolgreich angefochten wird und nun von der Konkursmasse erbrachte Leistungen zurückgefordert werden können, oder ein Anspruch der Konkursmasse, der sich aus §§ 951, 812 BGB ergibt, weil zur Konkursmasse gehörige Ziegel in ein fremdes Haus eingemauert worden sind. Hier verwirklicht sich der volle Entstehungstatbestand nach der Konkurseröffnung. Hinsichtlich der Anzahlung, die aufgrund eines schon vor der Konkurseröffnung geschlossenen Rechtsgeschäftes geleistet worden war, war es aber schon damals klar, daß sie würde zurückerstattet werden müssen, wenn im Konkursfalle der Verwalter die Erfüllung ablehnen würde. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung kann bei Ablehnung der Erfüllung durch den Konkursverwalter der Vertragsgegner mit seinem Anspruch auf Schadensersatz gegen Forderungen, die zur Konkursmasse gehören, trotz der Vorschrift des § 55 Nr 2 KO aufrechnen, obwohl erst die nach der Konkurseröffnung ausgesprochene Ablehnung diesen Schadensersatzanspruch auslöst (RGZ 140, 16). Nun hat der Schadensersatzanspruch des Vertragsgegners allerdings der rechtlichen Konstruktion nach eine andere Grundlage als der Anspruch auf Kaufpreisrückzahlung, indem er entweder unmittelbar aus den §§ 27 und 29 KO (so Jaeger KO § 26 Anm 21) oder nach dem bürgerlichen Recht aus dem Vertrage abzuleiten ist (Nachweise bei

Jaeger KO § 26 Anm 20), während der Bereicherungsanspruch sich aus dem Wegfall des Erfüllungsanspruchs ergibt (zu seiner Entstehung s.a. Saage, Vertragshilfegesetz S 41). Entscheidend ist aber, daß dieselbe Handlung, nämlich die Ablehnung der Erfüllung durch den Konkursverwalter in beiden Fällen die Ansprüche auslöst. Es geht daher nicht an, sie verschieden zu behandeln. Allerdings beruht § 55 KO - vgl seine Nr 2 - auf dem Gedanken, daß nach der Eröffnung des Verfahrens die Masse nicht geschmälert werden soll (s. auch § 15 KO), auch nicht durch eine Aufrechnung, die dem Aufrechnenden ja mehr als die Konkursquote einbringen würde. Aber die Rückzahlungsforderung gehörte eben schon zur Zeit der Konkurseröffnung nur mit der Aufrechnungsmöglichkeit des Beklagten belastet zur Masse. Mit dem Rückgewähranspruch aus Konkursanfechtung (§ 37 KO), gegen den eine Aufrechnung nach § 55 Nr 1 KO für unzulässig erklärt worden ist (WarnRspr 1927 Nr 101) kann der hier in Frage stehende Rückforderungsanspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht auf eine Stufe gestellt werden. Der Anfechtungsanspruch ist kein Bereicherungsanspruch (Jaeger KO § 29 Anm 7; § 37 Anm 8; Mentzel KO 5. Aufl § 29 Anm 25), sondern ein Anspruch, der gerade nach dem Willen des Gesetzgebers der Vermehrung der Masse dienen soll. Er entsteht mit der Konkurseröffnung, was für die Zwecke des § 55 Nr 1 KO der Entstehung nach der Konkurseröffnung gleichsteht (Mentzel § 55 Anm 5). Es ist daher eine Auslegung gerechtfertigt, die den zurückzugewährenden Vermögensgegenstand für die Zwecke des Konkursverfahrens bei Konkursanfechtung so ansieht, als hätte er schon bei der Eröffnung zur Masse gehört und wäre überhaupt nicht weggegeben worden. Das schliesst eine Aufrechnung aus.

d) Steht § 55 Nr 1 KO nach dem eben Ausgeführten der Aufrechnung des Beklagten nicht entgegen, so ist noch zu prüfen, ob die Aufrechnung etwa deswegen unzulässig wäre, weil nach der Behauptung des Klägers, die der Beklagte als rechtlich unerheblich bezeichnet, der Beklagte die Forderungen, mit denen er aufgerechnet hat, in Kenntnis einer Zahlungseinstellung der Gemeinschuldnerin oder ihres Vertragshilfsantrages erworben haben soll. Aus § 55 Nr 3 KO folgt die Unzulässigkeit nicht, wenn diese Vorschrift (mit § 33 KO) allein betrachtet wird. Zwar war der Beklagte dem Kläger, d.h. der Gemeinschuldnerin, schon bedingt zur Rückzahlung des Kaufpreises verpflichtet und hat die von ihm aufgerechneten Forderungen mindestens möglicherweise erst nach Entrichtung der Kaufpreisanzahlung erworben (§ 4 des Berufungsurteils enthält darüber keine klare Angabe, nach dem Schriftsatz des Beklagten vom 7.7.1953 ist die Abtretung "vor dem 9. 2. 1951 erfolgt"). Für die von Beulke und Bamberger stammenden Forderungsteile ist sogar gewiß, daß sie erst nach der Kaufpreisanzahlung entstanden sind, da beide ihre Bauanzahlung erst am 20. bzw. 6. September 1950 geleistet haben (Schriftsatz des Beklagten vom 5. Januar 1953 S 8). Spätester Zeitpunkt des Erwerbs der Forderungen durch den Beklagten war aber der 5. Februar 1951, so daß der Erwerb mehr als ein halbes Jahr vor der Konkurseröffnung lag und infolgedessen für § 55 Nr 3 KO in Verbindung mit § 33 KO nicht zählt.

Es fragt sich aber, ob die Frist dadurch verlängert worden ist, daß die Gemeinschuldnerin einer etwaigen Pflicht zur Stellung des Konkursantrages (§ 140 GenG) mit dem Antrag auf gerichtliche Vertragshilfe für ihre sämtlichen Verbindlichkeiten genügte und daß über einen etwaigen Konkursantrag von der Stellung

des Vertragshilfeantrages an für die Dauer der Zahlungsfrist nach § 23 BrVHV nicht zu entscheiden war. Diese Vorschriften können die Eröffnung des Konkursverfahrens verzögern und eine wirksame Aufrechnung mit einer an sich unter das Verbot des § 55 Nr 3 KO fallenden Forderung ermöglichen, obgleich die frühere durch die Bremer Vertragshilfeverordnung verhinderte Konkurseröffnung die Aufrechnung unwirksam gemacht hätte. Für den Anschlusskonkurs ist in § 107 Vergleichsordnung (früher § 87) bestimmt, daß im Falle der Eröffnung des Anschlusskonkurses die Frist des § 55 Nr 3 KO vom Tage der Eröffnung des Vergleichsverfahrens berechnet wird, und nach § 75 der Geschäftsaufsichtsverordnung vom 14. Dezember 1916 (RGBl 1363) wurde die Zeit der Geschäftsaufsicht in die Frist des § 55 Nr 3 KO nicht eingerechnet (RGZ 124, 346). Die Bremer Vertragshilfeverordnung enthält in dieser Richtung keine Bestimmung. Ihr Schweigen kann jedoch als eine bewusste Ablehnung nicht gewertet werden, weil die Zeitumstände eine sorgfältige Durcharbeitung nicht werden gestattet haben. Die bestehende Lücke muß dem Bedürfnis entsprechend ausgefüllt werden, wie das auch in der Entscheidung RGZ 124, 346 ff zur Geschäftsaufsichtsverordnung näher dargelegt worden ist. Die Frist wie in § 107 Vergleichsordnung überhaupt statt von der Konkurseröffnung vom Anfangszeitpunkt der vom Vertragsgericht bewilligten Stundung nach rückwärts zu rechnen geht nicht an, da der Konkurs auf die - ohne Erfolg gebliebene - Vertragshilfe nicht wie der Anschlußkonkurs auf das Vergleichsverfahren notwendig folgt. Richtig erscheint eine Regelung, die nur die vom Gericht ausgesprochene Stundungszeit nicht in die Frist des § 55 Nr 3 KO einrechnet. Die Frist vom Antrag bis zur gerichtlichen

Stundung ist dagegen, obwohl die Hemmung der Konkurs-
eröffnung schon mit der Antragstellung eintritt,
der Halbjahresfrist nicht zuzusetzen; weil dies der
Regelung für das Vergleichsverfahren widerspräche, wo
der Antrag auch hemmende Wirkung hat (§ 46 Vergleichs-
ordnung).

Die gerichtliche Stundung dauerte vom 30. April
bis 31. Juli 1951. Eine Abtretung vom 5. Februar 1951
würde demnach noch in die vom 1. September 1951 unter
Abzug der Stundung zurückzurechnende Sechsmonats-
frist fallen.

Es kommt demnach darauf an, ob die Forderungen
innerhalb der verlängerten Halbjahresfrist abgetreten
worden sind und ob zur Zeit der Abtretung der Forde-
rungen der Bauanzahler die Gemeinschuldnerin ihre Zah-
lungen eingestellt hatte und dies dem Beklagten bekannt
war. Es genügt aber auch für die Unzulässigkeit der
Aufrechnung die Kenntnis vom Antrag auf Vertragshilfe,
wie das auch für den Antrag auf Eröffnung des Ver-
gleichsverfahrens angenommen wird (Mentzel aaO § 56
Anm 19), aber nur dann, wenn es sich um den Antrag
auf Vertragshilfe für alle Verbindlichkeiten handelt,
da nur dieses Verfahren konkursähnlichen Charakter
hat und der Antrag dann auf eine Krise schließen läßt.

Der Kläger hält die Abtretung der Forderungen an
den Beklagten nach § 26 Br VHV i.V. mit § 134 BGB
für nichtig, aber zu Unrecht. Nach § 26 wird bestraft,
wer als Schuldner oder Gläubiger entgegen den Bestim-
mungen der Br. VertragshilfeVO Vereinbarungen trifft,
durch die einzelne Gläubiger begünstigt werden. Diese

Vorschrift ist jedoch auf die Abtretung nicht anwendbar, weil der Kläger, wie dargetan, erst nach der Konkursöffnung und Ablehnung Rückzahlung fordern konnte, der Beklagte vor der Konkursöffnung nicht aufrechnen konnte, die Abtretung also die Stundung der abgetretenen Forderungen nicht beeinträchtigt hat.

Auch unter dem Gesichtspunkt des § 26 BrVHV kann der erkennende Senat also nicht in der Sache selbst entscheiden. Sie muß vielmehr an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit zur Frage der Abtreuungszeit und der Kenntnis des Beklagten von der Zahlungseinstellung und von dem Antrag auf Vertragshilfe die nötigen Feststellungen getroffen werden.

Die Entscheidung über die Kosten der Revision war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Tasche Dr. v. Normann Schuster

Dr. Großmann Dr. Spieler