

§ 18. Fälle zum Kontokorrent

Fall Nr. 30 – Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Kontokorrent

Verlag V beliefert den Buchgroßhändler G mit Büchern. Dabei ist folgende Klausel in den AGB des V enthalten:

„Der Verlag behält sich bis zur vollständigen Bezahlung seiner sämtlichen Forderungen aus Lieferung von Verlagswerken das Eigentum an den gelieferten Werken vor. Der Buchhändler ist zur Weiterveräußerung im ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr berechtigt. Alle Forderungen des Buchhändlers aus einer Weiterveräußerung der Verlagswerke werden bereits jetzt in voller Höhe an den Verlag abgetreten, und zwar bis zur Zahlung sämtlicher Forderungen des Verlags aus Lieferungen von Verlagswerken. Wird die Vorbehaltsware mit anderen nicht dem Verlag gehörenden Waren veräußert, so werden die so entstehenden Forderungen dem Verlag in der Höhe abgetreten, als die vom Verlag gelieferten Waren Gegenstände der Veräußerung an den Dritten sind. Der Buchhändler ist berechtigt, die abgetretenen Forderungen selbst einzuziehen, solange er seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommt und kein Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens gestellt ist.“

G steht seinerseits mit dem Bucheinzelhändler E in Geschäftsverbindung, aufgrund derer G dem E Bücher verschiedener Verlage liefert, aber auch nicht verkaufte Bücher gegen Erstattung des Kaufpreises zurücknimmt (sog. Remittenten). G und E haben vereinbart, die gegenseitigen Ansprüche in eine laufende Rechnung (Kontokorrent) mit monatlicher Verrechnung einzustellen. Der monatlich errechnete Saldo soll jeweils in die nächste Rechnungsperiode fortgetragen werden, wobei allerdings vereinbart ist, dass der Gesamtforderungsbetrag einer Seite gegen die andere Seite € 20.000 nicht übersteigen soll.

V liefert G im Mai Bücher zum Preis von € 10.000, die G seinerseits für € 11.000 an E veräußert. Anfang Oktober stellt G wegen Zahlungsunfähigkeit Insolvenzantrag. Da die Lieferung des V an G noch nicht bezahlt ist, fragt sich V, ob er wohl im eröffneten Insolvenzverfahren Rechte an der Forderung des G gegen E geltend machen kann. Falls dies nicht der Fall ist, möchte V wissen, wie er sich in Zukunft besser sichern kann.

Rechtsprechungshinweis: BGHZ 70, 86 = NJW 1978, 538

Auszug aus der Insolvenzordnung:

§ 47 InsO Aussonderung

Wer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, dass ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, ist kein Insolvenzgläubiger. Sein Anspruch auf Aussonderung des Gegenstands bestimmt sich nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten.

§ 48 InsO Ersatzaussonderung

Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung hätte verlangt werden können, vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner oder nach der Eröffnung vom Insolvenzverwalter unberechtigt veräußert worden, so kann der Aussonderungsberechtigte die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen, soweit diese noch aussteht. Er kann die Gegenleistung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit sie in der Masse unterscheidbar vorhanden ist.

§ 49 InsO Abgesonderte Befriedigung aus unbeweglichen Gegenständen

Gläubiger, denen ein Recht auf Befriedigung aus Gegenständen zusteht, die der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen unterliegen (unbewegliche Gegenstände), sind nach Maßgabe des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung zur abgesonderten Befriedigung berechtigt.

§ 50 InsO Abgesonderte Befriedigung der Pfandgläubiger

(1) Gläubiger, die an einem Gegenstand der Insolvenzmasse ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht, ein durch Pfändung erlangtes Pfandrecht oder ein gesetzliches Pfandrecht haben, sind nach Maßgabe der §§ 166 bis 173 für Hauptforderung, Zinsen und Kosten zur abgesonderten Befriedigung aus dem Pfandgegenstand berechtigt.

(2) Das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters oder Verpächters kann im Insolvenzverfahren wegen der Miete oder Pacht für eine frühere Zeit als die letzten zwölf Monate vor der Eröffnung des Verfahrens sowie wegen der Entschädigung, die infolge einer Kündigung des Insolvenzverwalters zu zahlen ist, nicht geltend gemacht werden. Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks unterliegt wegen der Pacht nicht dieser Beschränkung.

§ 51 InsO Sonstige Absonderungsberechtigte

Den in § 50 genannten Gläubigern stehen gleich:

1. Gläubiger, denen der Schuldner zur Sicherung eines Anspruchs eine bewegliche Sache übereignet oder ein Recht übertragen hat;
2. Gläubiger, denen ein Zurückbehaltungsrecht an einer Sache zusteht, weil sie etwas zum Nutzen der Sache verwendet haben, soweit ihre Forderung aus der Verwendung den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigt;
3. Gläubiger, denen nach dem Handelsgesetzbuch ein Zurückbehaltungsrecht zusteht;
4. Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände, soweit ihnen zoll- und steuerpflichtige Sachen nach gesetzlichen Vorschriften als Sicherheit für öffentliche Abgaben dienen.

Lösung

V kann im Insolvenzverfahren über das Vermögen des G ein Absonderungsrecht gemäß §§ 50, 51 Nr. 1 InsO zustehen. Dies setzt voraus, dass ihm i.S.v. § 51 Nr. 1 InsO zur Sicherung eines Anspruchs – hier des Anspruchs auf Kaufpreiszahlung – ein Recht – hier die Forderung des G gegen E – wirksam übertragen worden ist.

1. Absonderungsrecht beim verlängerten Eigentumsvorbehalt

Es ist anerkannt, dass der verlängerte Eigentumsvorbehalt mit Vorausabtretungsklausel ein solches Absonderungsrecht i.S.v. § 51 Nr. 1 InsO begründet, während der einfache Eigentumsvorbehalt sogar zur Aussonderung i.S.v. § 47 InsO berechtigt.¹ Bei einer Aussonderung gemäß § 47 InsO ist der Rechtsinhaber berechtigt, die Sache oder Forderung herauszuverlangen. Bei einem Absonderungsrecht kommt es hingegen in aller Regel zu einer Verwertung durch den Insolvenzverwalter gemäß §§ 166 ff. InsO. Der absonderungsberechtigte Gläubiger wird sodann aus dem Erlös vorab befriedigt, wobei allerdings zugunsten der Insolvenzmasse die Kostenbeiträge des § 171 InsO in Höhe von insgesamt 9 % abgezogen werden. Der Absonderungsberechtigte steht insoweit also finanziell schlechter da als der Aussonderungsberechtigte.

2. Forderungsabtretung von G an V (§ 398 BGB)

Voraussetzung des Absonderungsrechts ist, dass G seine Forderung gegen E wirksam gemäß § 398 BGB an V abgetreten hat.

a) Existenz der abzutretenden Forderung

Die dafür zunächst erforderliche Existenz der abzutretenden Forderung ist gegeben, da sich die Forderung des G gegen E aus dem zwischen ihnen geschlossenen Kaufvertrag ergibt (§ 433 II BGB).

¹ MüKoInsO/Ganter, § 47 Rn. 62, 105, 119 ff., insbesondere Rn. 149, § 51 Rn. 171.

b) Wirksame Einigung über den Übergang der Gläubigerstellung

Weiterhin ist eine wirksame Einigung zwischen V und G über den Übergang der Gläubigerstellung i.S.v. § 398 BGB erforderlich.

aa) Der dahingehende Abtretungsvertrag (Verfügungsvertrag) i.S.v. §§ 145 ff. BGB kann auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sein, wie es bei einem verlängerten Eigentumsvorbehalt der Fall ist (dazu sogleich cc).

bb) Die Einigung muss weiterhin dem **Bestimmtheitsersfordernis** genügen. Geht es, wie beim verlängerten Eigentumsvorbehalt, um die Abtretung einer zukünftigen Forderung, ist ausreichend, dass die künftige Forderung bei der Abtretung so konkret bezeichnet wird, dass sie bei ihrer Entstehung nach Schuldner, Schuldgrund und Inhalt zweifelsfrei bestimmt werden kann.

Der bloße Umstand, dass die Feststellung der im Einzelfall vorausabgetretenen Forderungen angesichts der Vielzahl der Abtretungen oder der Kompliziertheit ihrer Verbuchung einen erheblichen Arbeitsaufwand und Zeitaufwand erforderlich macht, steht jedenfalls dann einer Wirksamkeit der Abtretung künftiger Forderungen nicht entgegen, wenn die Geschäftsunterlagen zweifelsfreien Aufschluss über das rechtliche Schicksal der zedierten Forderungen geben.²

Da sich aus den Geschäftsunterlagen des G ermitteln lässt, dass die von V gelieferten Bücher an E weiterveräußert wurden, ist die vorausabgetretene Forderung klar erkennbar, die Abtretung daher hinreichend bestimmt.

cc) Ein verlängerter Eigentumsvorbehalt ist nach allgemeiner Ansicht auch in AGB wirksam vereinbar.³ Eine anfängliche **Übersicherung**,⁴ die zur Unwirksamkeit nach §§ 138 und 307 BGB führen könnte, lässt sich vermeiden, wenn – wie es in der Klausel von V geschieht – beim Weiterverkauf mit Sachen anderer Lieferanten die Abtretung auf den Betrag beschränkt wird, der aus dem Weiterverkauf der vom Lieferanten stammenden Sachen herrührt. Eine **Knebelung**, die ebenfalls zur Unwirksamkeit nach §§ 138 und 307 BGB führen könnte, wird dadurch ausgeschlossen, dass dem Käufer eine Einzugsermächtigung hinsichtlich der abgetretenen Forderungen erteilt wird.

Daher liegt eine wirksame Einigung zwischen V und G über den Forderungsübergang vor.

c) Berechtigung des G zur Abtretung

G war auch zur Abtretung berechtigt, da er die Forderung durch das Geschäft mit E erworben und nicht bereits anderweitig über diese verfügt hat.

d) Ausschluss der Abtretung (§ 399 Alt. 2 BGB)

Fraglich ist jedoch, ob nicht ein besonderer Ausschlussgrund eingreift. Ein solcher liegt insbesondere vor, wenn die Abtretung durch Vereinbarung zwischen Gläubiger und Schuldner der Forderung ausgeschlossen ist (§ 399 Alt. 2 BGB). Zwar haben sich G und E nicht ausdrücklich über ein Abtretungsverbot geeinigt, wie dies in der Praxis bisweilen in Einkaufsbedingungen vorkommt (beachte insoweit allerdings § 354a HGB und dazu → § 7 Rn. 45 ff.). Das **Abtretungsverbot** könnte sich jedoch aus der zwischen G und E geschlossenen **Kontokorrentabrede** ergeben. Die Kontokorrentabrede hat zur Folge, dass die Einzelforderungen „gelähmt“ werden. Sie

² BGHZ 70, 86, 90 f. = NJW 1978, 538, 539.

³ Siehe nur Grüneberg/Weidenkaff, § 449 Rn. 18.

⁴ Vgl. dazu BGH NJW 1998, 2047.

können nicht mehr einzeln geltend gemacht, abgetreten, verpfändet oder gepfändet werden. Das in der Kontokorrentabrede liegende Abtretungsverbot setzt sich trotz des Prioritätsprinzips sogar gegen eine zeitlich früher vereinbarte Vorauszession durch. Denn die Forderung gelangt nur so zur Entstehung, wie sie zwischen Gläubiger und Schuldner begründet worden ist – also als unabtretbare.⁵ Die Vorausabtretung der Forderungen im Rahmen des verlängerten Eigentumsvorbehalts geht also wegen der Unabtretbarkeit der ins Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen ins Leere.⁶

3. Ergebnis

Im Ergebnis hat V daher die Forderung nicht als Sicherheit erworben und damit auch kein Absonderungsrecht in der Insolvenz des G.

4. Zukünftige Sicherung des V

In Zukunft sollte sich V durch eine Klausel sichern, mit der sein Eigentumsvorbehalt für den Fall verlängert wird, dass der Vertragspartner mit seinen Abnehmern in laufender Rechnung steht. Eine solche Klausel könnte z.B. lauten:

„Besteht zwischen dem Buchhändler und dem Dritten ein Kontokorrentverhältnis und wird die Forderung des Buchhändlers gegen den Dritten aus dem Kaufvertrag in das Kontokorrent eingestellt, tritt der Buchhändler die sich aus dem Saldoanerkenntnis ergebende Forderung bis zu der Höhe des Betrages ab, den die ursprüngliche Forderung aus dem Kaufvertrag mit dem Dritten ausmachte.“

Bei einer solchen Abrede könnte V ein Absonderungsrecht an der Saldoforderung geltend machen. Dazu heißt es in BGHZ 70, 86, 92 ff. = NJW 1978, 538, 539 f. wörtlich: „Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß die aus der Weiterveräußerung der Vorbehaltsware entstehenden Forderungen der Gemeinschuldnerin infolge ihrer Einstellung in das Kontokorrent von vornherein nicht abtretbar waren [...]. Entsprechendes gilt hinsichtlich der – wenn auch an sich selbständig abtretbaren – anerkannten Saldoforderungen, weil sie [...] stets auf die neue Rechnungsperiode vorgetragen wurden und damit wieder kontokorrentgebunden geworden waren [...]. Anders war die Rechtslage dagegen hinsichtlich des mit Beendigung des Kontokorrentverhältnisses entstehenden Schlußsaldos. [...] Dieser nicht mehr in einer Kontokorrentbindung stehende Anspruch auf den saldenmäßigen Überschuß war unbeschränkt abtretbar und pfändbar. [...] Eine solche Vorausabtretung haben die Parteien durch die Vereinbarung der Lieferungsbedingungen und Zahlungsbedingungen des Klägers auch vorgenommen. Nach diesen Bedingungen trat die spätere Gemeinschuldnerin im Falle eines mit ihren Kunden bestehenden Kontokorrentverhältnisses die entsprechenden Kontokorrentforderungen in voller Höhe und nach erfolgter Saldierung die anerkannte Saldoforderung in entsprechender Höhe an die Klägerin im Voraus ab. Ersichtlich sollte die Sicherungsabtretung im Rahmen des rechtlich Zulässigen umfassend sein und insbesondere auch den Schlußsaldo einbeziehen. So legt das Berufungsgericht die Geschäftsbeziehungen aus. Anhaltspunkte dafür, daß lediglich der anerkannte „abstrakte“ Schlußsaldo von dieser Vorausabtretung erfaßt, dagegen der „kausale“ Schlußsaldo von ihr ausgeschlossen sein sollte, sind nicht ersichtlich [...]“.

⁵ Vgl. *Canaris*, HandelsR., § 25 Rn. 10 (S. 377).

⁶ BGHZ 70, 86, 92 = NJW 1978, 538, 539; *Ellenberger/Bunte/Schmieder*, § 26 Rn. 43.

Fall Nr. 31 – Tilgung beim Kontokorrent

Grundfall: G und S stehen miteinander in Geschäftsverbindung und haben dabei eine laufende Rechnung mit quartalsweiser Abrechnung vereinbart. Im Kontokorrent stehen zum Jahreswechsel aufgrund von Geschäften aus dem vierten Quartal zugunsten des G zwei Darlehensrückzahlungsforderungen gegen S in Höhe von je € 3.000, verzinslich mit 10 % bzw. 8 % p.a., und eine Kaufpreisforderung von € 4.000. Zugunsten des S steht im Kontokorrent eine Honorarforderung aus einer Geschäftsbesorgung von € 5.000. Alle Forderungen sind fällig. In den Darlehensverträgen ist vereinbart, dass die Darlehen auch nach Fälligkeit mindestens mit dem vereinbarten Satz zu verzinsen sind. Zu einem Saldoanerkenntnis kommt es im neuen Jahr nicht mehr, weil G und S über die Abwicklung eines neuen Geschäftes in Streit geraten. G möchte nun wissen, ob und ggf. welche Forderung/en er gegen S einklagen kann. (Fall nach *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 20 [S. 379 f.])

Abwandlung: B hat sich für beide Darlehen verbürgt.

Lösung

Maßgeblich für die Lösung des Falles ist die umstrittene Frage der Verrechnung beim Kontokorrent. Dabei ist einerseits zu fragen, ob ohne Saldoanerkenntnis überhaupt eine Verrechnung erfolgt, andererseits, wie eine Verrechnung ggf. aussieht.

1. Trennung zwischen Verrechnung und Saldoanerkenntnis

Nach einer Entscheidung des I. Zivilsenats⁷ sind Verrechnung und Saldoanerkenntnis Teile ein und desselben Rechtsaktes. Deshalb soll das Anerkenntnis des Saldos nicht von der sich „uno actu“ vollziehenden vertraglichen Verrechnung der Einzelposten getrennt werden können. Ohne Saldoanerkenntnis fände danach keine Verrechnung statt.

Beides ist jedoch zu trennen.⁸ Mit der sich nach der antizipierten Vereinbarung automatisch vollziehenden Verrechnung wird ein Saldo geschaffen, wie er nach § 355 III HGB bei Beendigung des Kontokorrentverhältnisses entsteht. Der besonderen Wirkungen des Anerkenntnisses bedarf es dazu nicht. Mit der Verrechnung werden die beiderseitigen Forderungen und Leistungen, soweit sie sich in ihrer Summe betragsmäßig decken, getilgt.

2. Anwendbare Tilgungsregel

Die zweite Frage ist sodann, nach welcher Regel diese Tilgung erfolgt. Gewöhnlich wird insoweit die Lehre von der „verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung“ (Mosaiktheorie), die der Rechtsprechung zugeschrieben wird, der h.L. gegenübergestellt, die eine Verrechnung nach dem Maßstab der §§ 366 ff., 396 BGB befürwortet.⁹

a) Mosaiktheorie

Nach der zuerst genannten Lehre wird jede Forderung anteilig getilgt, d.h. die Forderung des S in Höhe von € 5.000 anteilig auf alle drei Forderungen des G ange-

⁷ BGHZ 93, 307, 313 f. = NJW 1985, 1706, 1708.

⁸ *Mayen*, in: Schimansky/Bunte/Lwowski, 4. Aufl. 2011, § 47 Rn. 77; *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 17 (S. 379) m.w.N.

⁹ Vgl. ausführlich *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 21 ff. (S. 380 ff.).

rechnet. Der zugunsten des G verbleibende Saldo von € 5.000 würde sich folglich „mosaikartig“ aus den Resten der Forderungen des G zusammensetzen, also aus zwei Darlehensforderungen von je € 1.500, verzinslich zu 10 % bzw. 8 %, und einer Kaufpreisforderung von € 2.000, verzinslich zu 0 % (oder gemäß §§ 353, 352 I 1 HGB zu 5 %, falls G und S Kaufleute sind).

b) Tilgung nach der Reihenfolge des § 366 II BGB

Folgt man hingegen der h.L., ist für die Verrechnung gemäß § 366 II BGB zunächst zu fragen, ob einzelne Forderungen gesichert sind, weil dann zunächst die ungesicherte Forderung getilgt würde. In der **Fallabwandlung**, in der sich B für die Darlehen verbürgt hat, würden folglich die € 5.000 aus der Honorarforderung des S zunächst auf die ungesicherte Kaufpreisforderung des G in Höhe von € 4.000 angerechnet, der verbleibende Rest von € 1.000 auf das zu 10 % verzinsliche Darlehen, weil dies die dem S lästigere Schuld ist. Im Ergebnis würde sich daher die kausale Saldoforderung von € 5.000 in der Fallabwandlung in Höhe von € 3.000 aus dem zu 8 % verzinslichen Darlehen sowie in Höhe von € 2.000 aus dem zu 10 % verzinslichen Darlehen zusammensetzen.

Im **Grundfall**, in dem die Darlehen ungesichert sind, würde die Honorarforderung des S hingegen sogleich auf die Darlehen als die dem S lästigeren Forderungen angerechnet, wobei sie zunächst in Höhe € 3.000 auf das höher verzinsliche Darlehen und sodann mit dem Restbetrag von € 2.000 auf das niedriger verzinsliche Darlehen anzurechnen wäre. Die kausale Saldoforderung würde sich folglich zu € 1.000 aus dem zu 8 % verzinslichen Darlehen und zu € 4.000 aus der Kaufpreisforderung zusammensetzen.

c) Stellungnahme

Die von der h.L. vertretene Lösung ist vorzugswürdig, weil sie näher am Gesetz ist.¹⁰ Die Entwicklung der Rechtsprechung erscheint schon im Ansatz bemerkenswert. Schaut man sich einmal die für die Mosaiktheorie grundlegende Entscheidung BGHZ 49, 24, 30 = NJW 1968, 33, 35 näher an, fällt auf, dass die dort in Bezug genommene Rechtsprechung des RG exakt das Gegenteil sagt. Einerseits wird auf RGZ 56, 19 Bezug genommen, eine Entscheidung, in der sich gerade ein Hinweis auf § 366 II BGB findet, ferner auf RGZ 132, 218, wo der verhältnismäßigen Tilgung ausdrücklich widersprochen wird. Die ohnehin wenig überzeugende Rechtsprechung hat daher zusätzlich auch eine zweifelhafte Basis.

Fall Nr. 32 – Ersatzaussonderung

Grundfall: Kranhersteller K verkauft der Baufirma B im September einen Turmdrehkran für € 300.000 unter Eigentumsvorbehalt. B zahlt bis Mai des übernächsten Jahres insgesamt 20 monatliche Raten je € 10.000. Im nächsten Monat, dem Juni, wird B insolvent. Nachdem das Insolvenzverfahren am 1. September eröffnet ist, veräußert der Insolvenzverwalter I im Oktober den Kran mit dem sonstigen beweglichen Anlagevermögen, wobei von dem Gesamtkaufpreis auf den Kran anteilig € 50.000 entfallen. Der Kaufpreis wird auf ein allgemeines Insolvenzanderkonto (Girokonto mit quartalsweisem Rechnungsabschluss) eingezahlt, auf dem sich zunächst ein Guthaben von € 150.000 ergibt. Bis Ende Dezember ermäßigt sich das Guthaben auf € 70.000. Eine Abrechnung zum 31. Dezember schickt die konto-

¹⁰ Ausführlich *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 21 ff. (S. 380 ff.).

führende Bank dem I am 20. Januar des darauffolgenden Jahres mit der Bitte zu, den Saldo von € 70.000 durch Unterschrift anzuerkennen. Dies geschieht kurz darauf. K möchte nun wissen, welche Rechte ihm an dem Kontoguthaben zustehen.

Abwandlung: Wie wäre der Fall zu beurteilen, wenn das Guthaben zwischenzeitlich im November auf € 20.000 gesunken und sodann wieder bis zum Jahresende auf € 70.000 angestiegen wäre?

Rechtsprechungshinweis: BGHZ 141, 116 m. Anm. *Bitter*, WuB VI B. § 46 KO 1.00

Lösung zum Grundfall

Ein Anspruch des K auf das Guthaben auf dem Insolvenzanderkonto kann sich aus einer Ersatzaussonderung gemäß § 48 InsO (früher § 46 KO) ergeben. Ist ein Gegenstand, dessen Aussonderung hätte verlangt werden können, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Insolvenzverwalter unberechtigt veräußert worden, so kann der Aussonderungsberechtigte gemäß § 48 S. 1 InsO die Abtretung des Rechts auf die Gegenleistung verlangen, wenn diese noch aussteht. Satz 2 der Vorschrift ergänzt diesen Schutz für den Fall, dass die Gegenleistung bereits erbracht ist. In diesem Fall kann der Aussonderungsberechtigte die Gegenleistung aus der Insolvenzmasse verlangen, soweit sie in der Masse noch unterscheidbar vorhanden ist.

1. Ersatzaussonderung nach § 48 S. 1 InsO

K war als Vorbehaltsverkäufer ursprünglich zur Aussonderung gemäß § 47 InsO berechtigt, weil noch nicht alle Raten bezahlt waren und K folglich noch Eigentümer des Turmkranes war. Der Insolvenzverwalter wäre deshalb verpflichtet gewesen, den Kran an K gemäß §§ 47 InsO, 985 BGB herauszugeben. Die Veräußerung war aus diesem Grund unberechtigt i.S.v. § 48 S. 1 InsO. Nach dem Verkauf des Kranes hätte K folglich die Abtretung des Kaufpreisanspruchs in Höhe des auf den Kran entfallenden Teils verlangen können.

Da der Abkäufer jedoch den Kaufpreis bereits auf das Insolvenzanderkonto gezahlt hat und damit der Anspruch auf diese (Gegen-)Leistung erloschen ist, scheidet eine Ersatzaussonderung gemäß § 48 S. 1 InsO aus. Die Abtretung eines erloschenen und damit nicht mehr existenten Anspruchs kann nicht verlangt werden.

2. Ersatzaussonderung nach § 48 S. 2 InsO

Die Ersatzaussonderung gemäß § 48 S. 2 InsO setzt voraus, dass die **Gegenleistung noch unterscheidbar in der Insolvenzmasse** vorhanden ist. Die Frage ist also, ob eine Unterscheidbarkeit in diesem Sinne nach der Einzahlung auf ein Kontokorrentkonto noch gegeben ist und ob sie ggf. später entfällt, sobald von dem Konto Beträge abgebucht werden oder jedenfalls dann, wenn ein Rechnungsabschluss stattfindet. Ginge man mit der Rechtsprechung zum Kontokorrent davon aus, dass mit dem Rechnungsabschluss im Sinne der Novationstheorie alle bisherigen Forderungen untergehen und die abstrakte Saldoforderung an deren Stelle tritt, so ließe sich daraus der Schluss ziehen, dass spätestens mit dem Rechnungsabschluss die ursprüngliche Gegenleistung nicht mehr unterscheidbar auf dem Konto vorhanden ist.

Während der BGH früher in diesem Sinne entschieden hat,¹¹ hat sich der für Insolvenzrecht zuständige IX. Zivilsenat von dieser Sichtweise gelöst.¹² In dessen Urteil heißt es zur Frage der Unterscheidbarkeit wörtlich:

„Das Guthaben, das durch die belegmäßig dokumentierte Gutschrift des Entgelts für einen massefremden Gegenstand auf dem allgemeinen Konkurskonto entsteht, büßt [...] die Unterscheidbarkeit nicht allein dadurch ein, daß anschließend das Konto mit Zahlungsausgängen belastet wird. Die Soll- und die Haben-Posten eines laufenden Kontos sind keine realen Gegenstände, die miteinander vermischt oder voneinander getrennt werden könnten. Was zählt, ist das verfügbare Guthaben. Steht ein bestimmter dem Konto gutgeschriebener Betrag materiell nicht der Masse, sondern einem anderen zu, so muß er so lange als noch vorhanden gelten, wie das Konto eine ausreichende Deckung aufweist. Das gebietet der erforderliche Schutz der Interessen des Berechtigten. ...

Es trifft [...] zu, daß nach einer vom Reichsgericht übernommenen Rechtsprechung bei Kontokorrentverhältnissen durch die mit dem Rechnungsabschluß verbundene Saldoanerkennung die in die laufende Rechnung eingestellten Einzelforderungen untergehen und nur die durch das Schuldanerkenntnis begründete Saldoforderung übrigbleibt (BGHZ 26, 142, 150; 50, 277, 279; BGH, Urt. v. 27. März 1956 = WM 1956, 788, v. 28. April 1975 = WM 1975, 556, 557). Unabhängig vom Saldoanerkenntnis findet außerdem nach der Rechtsprechung mit Ablauf der Rechnungsperiode eine sogenannte „Gesamtaufrechnung“ statt, bei der alle Einzelforderungen oder -verbindlichkeiten, die in den Haben- oder den Soll-Saldo eingegangen sind, in dem Verhältnis getilgt werden, in dem die Summe der Haben-Buchungen zur Summe der Soll-Posten steht (BGHZ 49, 24, 30; vgl. auch BGHZ 117, 135, 141; Urt. v. 13. Dez. 1990 = WM 1991, 495, 497). Schon das allein könnte im Grundsatz dazu führen, das Guthaben, das durch die Überweisung des Erlöses aus den vom Beklagten veräußerten Anlagegegenständen entstanden ist, durch die Belastungsbuchungen jedenfalls teilweise als untergegangen anzusehen.

Diese Rechtsprechung wird im Schrifttum angegriffen (vgl. Großkommentar-HGB/Canaris 3. Aufl. § 355 Anm. 68 ff., 88 ff.; Schlegelberger/Hefermehl, HGB 5. Aufl. § 355 Rdnr. 54 ff., 57 ff.; Gundlach, DZWIR 1998, 12, 17 f., jeweils m.w.N.). Ob das zu Recht geschieht, ist hier nicht zu erörtern. Aus der Art und Weise, wie die sich aus Rechnungsabschluß und Saldoanerkennung regelmäßig ergebenden Rechtsfolgen begründet werden, dürfen nicht ohne weiteres Konsequenzen für die Lösung von Interessenkonflikten gezogen werden, die bei der Aufstellung jener Regeln keine Rolle gespielt haben. Die Rechtsprechung läßt aus diesem Grund auch nach einer Saldoanerkennung den Rückgriff auf Einzelforderungen, die zum Zustandekommen des Saldos beigetragen haben, zu, wenn ein wirtschaftliches Interesse an einer gesonderten Geltendmachung solcher Forderungen besteht und die in der Saldoanerkennung gesehene Schuldumschaffung für die Beteiligten zu wirtschaftlich unsinnigen und mit der Kontokorrentabrede nicht beabsichtigten Folgen führen würde (BGHZ 58, 257, 262 m.w.N.). Grundlage dafür ist vor allem der in § 356 HGB zum Ausdruck gekommene Rechtsgedanke; danach bleibt eine Sicherheit, die für eine in die laufende Rechnung aufgenommene Forderung bestellt worden ist, ungeachtet der Saldoanerkennung auch für den sich beim Rechnungsabschluß ergebenden Saldo bestehen. Die Frage, welchen Einfluß ein bestimmtes Verständnis des Rechnungsabschlusses in einem Kontokorrentverhältnis auf die Möglichkeit hat, eine in die laufende Rechnung aufgenommene Einzelforderung auszusondern, war bei der Interessenabwägung, die den obengenannten Lösungen zugrunde liegt, ohne Bedeutung; aus diesen kann deshalb für jene Frage nichts hergeleitet werden. Ist ein bestimmter Geldbetrag auf ein Bankkonto eingezahlt worden, so kann das Ersatzaussonderungsrecht desjenigen, dem dieser Betrag zusteht, nicht davon abhängig gemacht werden, nach welchen Regeln sich im Verhältnis zwischen der Bank und dem Kunden – hier also dem Konkursverwalter – unter anderem Geltendmachung, Verzinsung und Verjährung von Ansprüchen aus dem Bankvertrag richten. Nur zur Lösung solcher Probleme sind die Denkmodelle der verhältnismäßigen Gesamtaufrechnung und der Novation entwickelt worden. Für die Frage der Ersatzaus-

¹¹ BGHZ 58, 257 ff. = NJW 1972, 872 = WM 1972, 470.

¹² BGHZ 141, 116 = NJW 1999, 1709 = WM 1999, 784 m. zust. Anm. Bitter, WuB VI B. § 46 KO 1.00; im Ergebnis zust. auch Canaris, HandelsR., § 25 Rn. 31 (S. 383), allerdings mit grundsätzlicher Kritik an der Novationstheorie.

sonderung ist kein wirtschaftlich vernünftiger Grund erkennbar, warum das auf das Konto gelangte Geld, solange ein entsprechend hohes Guthaben vorhanden ist, nicht dem Ersatzaussonderungsberechtigten überlassen werden sollte (Jaeger/Lent, KO 8. Aufl. § 46 Rdnr. 17 a). Daß in der Zwischenzeit andere Gut- und Lastschriften vorgenommen worden sind, ist wirtschaftlich unerheblich, solange ein die Ersatzaussonderungsforderung deckender „Bodensatz“ (Gundlach aaO S. 13 unter Hinweis auf Moritz, Die Rechte des Vorbehaltsverkäufers nach § 46 KO im Konkurs des Käufers, Diss. Tübingen, 1970, S. 76) auf dem Konto vorhanden ist (so der Sache nach schon Wolff ZZP 22, 207, 241 Fn. 76). Ob der Konkursverwalter das Geld bewußt im Hinblick auf das Aussonderungsrecht auf dem Konto belassen hat, ist nicht entscheidend (a.A. Moritz aaO); von solchen subjektiven Erwägungen kann die Unterscheidbarkeit und damit die Aussonderungsfähigkeit nicht abhängen. [...]

Den Ausführungen im Urteil des VIII. Zivilsenats vom 8. März 1972 (BGHZ 58, 257 ff.) ist deshalb nicht zu folgen, soweit ihnen zu entnehmen ist, der auf ein Konto des Konkursverwalters geflossene Erlös aus der Veräußerung eines der Aussonderung unterliegenden Gegenstands könne nach § 46 S. 2 KO nicht mehr herausverlangt werden, sobald ein Rechnungsabschluß mit Saldoanerkennung stattgefunden habe. ...

Aus dem vorstehend Gesagten ergibt sich andererseits, daß die Ersatzaussonderungsmöglichkeit nur bis zur Höhe des in der Zeit danach eingetretenen niedrigsten Saldos besteht; eine spätere Wiederauffüllung des Kontos durch andere Gutschriften läßt den Anspruch nicht wieder aufleben (ebenso Gundlach aaO S. 18). Dabei ist nicht nur auf die jeweiligen Salden an den Rechnungsabschlußstichtagen abzustellen, sondern es ist jeder zwischenzeitliche niedrigere Tagessaldo von Bedeutung (vgl. zur Pfändung eines Kontokorrentguthabens BGHZ 80, 172, 176 ff.).“

Diese Begründung hat *Canaris* als „Verlegenheitslösung“ und „reine ad-hoc-Hypothese“ bezeichnet, mit deren Hilfe die Novationstheorie nach Belieben durchbrochen werden könne.¹³ Ob die Novationstheorie insgesamt überzeugt, kann hier jedoch offenbleiben. Rechtsprechung und Lehre sind sich nämlich im Ergebnis darin einig, dass das zwischenzeitlich erfolgte Saldoanerkennen keine negative Auswirkung auf das Ersatzaussonderungsrecht des § 48 S. 2 InsO hat, der Anspruch also nicht durch das Anerkennen vernichtet wird. K kann deshalb im Ausgangsfall € 50.000 des Guthabens in Höhe von € 70.000 im Wege der Ersatzaussonderung für sich beanspruchen.

Hinweis: Der IX. Zivilsenat konnte die Frage offenlassen, wie sich die Rechtslage darstellt, wenn das Guthaben nicht zur Begleichung aller Ersatzaussonderungsforderungen ausreicht. In einem solchen Fall ist das vorhandene Guthaben u.E. anteilig unter alle Gläubiger zu verteilen.¹⁴

Lösung zur Abwandlung

War das Guthaben auf dem Konto zwischenzeitlich auf € 20.000 gesunken, ist K nach der vom BGH vertretenen „Bodensatztheorie“, die den Ersatzaussonderungsanspruch stets auf den niedrigsten zwischenzeitlichen Tagessaldo beschränkt (s.o.), auch dann nur in Höhe von € 20.000 ersatzaussonderungsberechtigt, wenn das Guthaben später wieder auf € 70.000 ansteigt. Es kommt also im Einzelfall darauf an, ob auf dem Konto zunächst ein Ausgang und dann ein Eingang gebucht wird oder umgekehrt.¹⁵ Entfällt der Ersatzaussonderungsanspruch, ist allerdings noch ein Anspruch des vormals Aussonderungsberechtigten wegen Massebereicherung aus § 55 I Nr. 1, 3 InsO denkbar sowie ein Anspruch gegen den Verwalter persönlich aus § 60 InsO.¹⁶ Doch soll darauf hier nicht näher eingegangen werden.

¹³ *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 31 (S. 383).

¹⁴ *Bitter*, WuB VI B. § 46 KO 1.00 unter Ziff. 6.

¹⁵ Dazu kritisch *Bitter*, WuB VI B. § 46 KO 1.00 unter Ziff. 5.

¹⁶ Dazu *Ganter/Bitter*, ZIP 2005, 93, 97.

Fall Nr. 33 – Sicherheiten im Kontokorrent

G und S stehen miteinander in Geschäftsverbindung und haben dabei eine laufende Rechnung mit halbjährlicher Abrechnung vereinbart. Im Kontokorrent stehen zugunsten des G eine Darlehensrückforderung von € 10.000, die in monatlichen Raten von € 500 getilgt werden soll und für die sich B schriftlich verbürgt hat, sowie eine Kaufpreisforderung von € 5.000. Bis zum Ende des Halbjahrs zahlt S ordnungsgemäß sechsmal € 500, die ihm als Leistungen im Kontokorrent gutgebracht werden. Die Saldierung ergibt ein Guthaben von € 12.000 für G. In welcher Höhe haftet B, falls S nach der Saldoanerkennung insolvent werden sollte?

Literaturhinweis: Fall nach *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 39 (S. 385 f.)

Lösung

1. Bürgenhaftung für die abstrakte Saldoforderung

G kann gegen B einen Anspruch aus § 781 BGB (abstraktes Schuldanerkenntnis) i.V.m. § 765 BGB (Bürgschaft) haben. Dies ist der Fall, wenn einerseits die Hauptforderung existiert und sich B andererseits dafür wirksam verbürgt hat.

a) Hauptforderung aus Saldoanerkenntnis (§ 781 BGB)

Die Existenz der Hauptforderung, die gemäß § 767 BGB Voraussetzung für die Entstehung der Bürgschaftsforderung ist, ergibt sich im Verhältnis zwischen G und S aus dem Saldoanerkenntnis im Kontokorrent, das ein abstraktes Schuldanerkenntnis i.S.v. § 781 BGB darstellt.

b) Bürgenhaftung für die Hauptforderung

Fraglich ist jedoch, ob sich B für diese Forderung wirksam verbürgt hat.

Eine Einigung zwischen dem Bürgen B und dem Gläubiger G i.S.v. § 765 BGB ist zwar zustande gekommen. Ferner ist die Schriftform des § 766 BGB erfüllt. Jedoch bezieht sich diese Einigung nicht auf die Forderung aus dem Schuldanerkenntnis, sondern auf die Darlehensrückforderung des G gegen S, für die sich B verbürgt hat.

Möglicherweise ergibt sich jedoch anderes aus § 356 HGB. Wird eine Forderung, die durch Bürgschaft gesichert ist, in eine laufende Rechnung aufgenommen, so wird der Gläubiger nach dieser Vorschrift durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert, aus der Sicherheit insoweit Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken.

Man könnte aus dieser Regelung eine **gesetzliche Forderungsauswechslung** herauslesen: Sicherheiten, die für eine ins Kontokorrent eingestellte Einzelforderung bestellt wurden, würden dann nach dem Saldoanerkenntnis für die abstrakte Saldoforderung haften.¹⁷ Ob dieser Sichtweise bereits der Wortlaut des § 356 HGB entgegensteht,¹⁸ mag hier dahinstehen. Denn jedenfalls ist sie **mit der Privatautonomie nicht vereinbar**. Dem Sicherungsgeber (Bürgen) würde durch eine solche Konstruktion nämlich die Haftung für eine andere als die von ihm gesicherte Schuld aufgezungen und damit bei Drittsicherheiten wie der Bürgschaft gegen das Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter verstoßen.¹⁹

¹⁷ So grundlegend Ehrenberg/Wolff, Bd. IV/1, S. 66.

¹⁸ So *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 38 (S. 385).

¹⁹ Vgl. auch insoweit *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 38 (S. 385).

Demgemäß gehen die Rechtsprechung und h.L. mit Recht davon aus, dass § 356 HGB keine Forderungsauswechslung vorsieht. Die ins Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen werden vielmehr wegen der damit verbundenen Sicherheiten entweder – als Ausnahme von der Novationstheorie – als fortbestehend behandelt²⁰ bzw. – bei Ablehnung der Novationstheorie – als im kausalen Saldo enthalten angesehen. Anspruchsgrundlage für den Bürgschaftsanspruch ist nach beiden Lösungen jedenfalls nicht § 765 BGB i.V.m. § 781 BGB.

2. Bürgenhaftung für die kausale Saldoforderung

Damit kommt als Anspruchsgrundlage die sich aus den Einzelforderungen (§ 488 I 2 BGB und § 433 II BGB) zusammensetzende kausale Saldoforderung i.V.m. § 765 BGB in Betracht.

a) Hauptforderung aus Darlehen und Kaufvertrag (§§ 488 I 2, 433 II BGB)

Die Existenz der Hauptforderungen aus dem Darlehen (§ 488 I 2 BGB) und dem Kaufvertrag (§ 433 II BGB) müsste auf der Basis der Novationstheorie eigentlich entfallen, weil nach dieser Theorie die abstrakte Saldoforderung an die Stelle der in das Kontokorrent eingestellten Einzelforderungen tritt. Doch geht die Rechtsprechung **im Hinblick auf § 356 HGB** – wie gesagt – davon aus, dass **die Einzelforderungen** doch „in gewisser Hinsicht“ **fortbestehen** und weiterhin als Grundlage für die Sicherheiten dienen können.²¹ Lehnt man die Novationstheorie ab, ergibt sich kein anderes Ergebnis, weil die Einzelforderungen in der kausalen Saldoforderung fortbestehen, soweit sie nicht durch die Verrechnung erloschen sind.

b) Bürgenhaftung für die Hauptforderung

Steht damit grundsätzlich fest, dass die akzessorische Sicherheit Bürgschaft auch nach dem Saldoanerkennnis an die Einzelforderung anknüpfen kann, für die sie bestellt wurde, bleibt doch zu untersuchen, ob diese Hauptforderung teilweise erloschen ist und sich damit auch die Bürgschaftsforderung vermindert hat (§ 767 I 1 BGB).

aa) Die Rechtsprechung versteht die Regelung des § 356 HGB dahin, dass der Gläubiger auf die Sicherheit insoweit zurückgreifen kann, wie der anerkannte Saldo betragsmäßig stets höher lag als die gesicherte Forderung. Nach dieser Theorie haften die Sicherungsgeber immer auf den **niedrigsten anerkannten Saldo**, ohne einwenden zu können, die gesicherte Forderung sei in dem Saldo gar nicht mehr enthalten, sondern durch Tilgung erloschen.²² Für die Bürgschaftsverpflichtung des B bedeutet dies, dass B trotz der zwischenzeitlich gezahlten sechs Raten weiterhin in voller Höhe auf € 10.000 haftet, weil die Saldoforderung € 12.000 beträgt und damit nicht niedriger als die zugrunde liegende Einzelforderung von € 10.000 ist. Die Ratenzahlungen kommen dem B also wegen der Kontokorrentabrede nicht zugute.

bb) Nach Ansicht von *Canaris*²³ ist „evident“, dass dieses Ergebnis „absurd und geradezu verfassungswidrig“ ist, weil dem Bürgen B damit ohne sein Zutun im Ergebnis die Haftung für eine ganz andere Schuld – hier die Kaufpreisschuld – aufge-

²⁰ So BGHZ 29, 280, 283 f. = NJW 1959, 1127, 1128 = WM 1959, 370; BGH WM 1991, 495, 497 unter II 3 c.

²¹ So BGHZ 29, 280, 283 f. = NJW 1959, 1127, 1128 = WM 1959, 370.

²² BGHZ 26, 142, 150; BGHZ 50, 277, 284; BGH WM 1991, 495, 497.

²³ *Canaris*, HandelsR, § 25 Rn. 40 (S. 386).

zwungen und damit gegen das – durch Art. 2 I GG abgesicherte – Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter verstoßen wird. In der Tat erscheint zweifelhaft, warum der Bürge B selbst dann noch für den Saldo in Höhe von € 10.000 haften soll, wenn S alle Kreditraten gezahlt hat. Wendet man auf die Verrechnung im Kontokorrent § 366 BGB an, wie es die h.L. befürwortet, kommt es gemäß Absatz 1 der Vorschrift in erster Linie auf eine **Tilgungsbestimmung des Schuldners** an. Diese kann **auch konkludent** erfolgen und ist in der regelmäßigen, dem Darlehensvertrag entsprechenden Ratenzahlung zu sehen. Durch diese Ratenzahlung wird erkennbar, dass S auf das Darlehen und nicht auf die Kaufpreisschuld zahlen will. Im Ergebnis sind daher die sechs gezahlten Raten auf die Darlehensforderung von € 10.000 anzurechnen, weshalb im kausalen Saldo von € 12.000 nur noch eine durch Bürgschaft gesicherte Forderung von € 7.000 enthalten ist. Nur für diese Restforderung von € 7.000 haftet im Hinblick auf die in § 767 BGB zum Ausdruck kommende Akzessorietät der Bürgschaft der B.

c) Einrede der Vorausklage (§ 771 BGB)

Der Inanspruchnahme des B aus der Bürgschaft steht insoweit auch nicht die Einrede der Vorausklage aus § 771 BGB entgegen, weil der Hauptschuldner S insolvent ist. In einem solchen Fall greift die Ausnahme des § 773 I BGB jedenfalls dann ein, wenn das Insolvenzverfahren eröffnet wird (Nr. 3) oder die Eröffnung mangels Masse abgelehnt ist (Nr. 4).

§ 19. Fälle zum Handelsvertreter und Vertragshändler

Fall Nr. 34 – Provision

Grundfall: Handelsvertreter H ist für Unternehmer U tätig. U stellt auf vorherigen Kundenauftrag Spielwaren her, insbesondere Puzzles mit verschiedenen Motiven sowie Puppen, und liefert diese dann dem jeweiligen Besteller. H soll dem U dauerhaft (Vertragslaufzeit: 3 Jahre) Verträge mit bzw. Aufträge von Warenhäusern über Puzzles vermitteln und ist dabei in der Gestaltung seiner Arbeitszeit vollkommen frei. Bezahlt wird H nur nach erfolgreicher Vermittlung; ein erfolgsunabhängiges Grundgehalt bezieht er nicht. Bevollmächtigt hat U den H nicht. W ist Warenhausbetreiber, zu seinem Sortiment gehören auch Spielwaren.

Hat H in den nachfolgenden Fällen einen Provisionsanspruch gegen U? (Hinweis zur Fallbearbeitung: Ohne abweichende Angaben ist von einer erfolgreichen Vertragsdurchführung zwischen U und W, d.h. einer ordnungsgemäßen Herstellung und Lieferung des U und einer vereinbarungsgemäßen Zahlung des W auszugehen.)

Variante 1: H sucht W auf und überzeugt diesen, bei U 100 Puzzles mit Tiermotiven zu bestellen.

Variante 2: Zunächst wie Variante 1. Ohne nochmalige Ansprache seitens H bestellt W bei U weitere 50 Puzzles mit Tiermotiven.

Variante 3: Zunächst wie Variante 1. W ist überzeugt, dass sich auch andere Motive gut verkaufen lassen. Er gibt 100 Puzzles mit Landschaftsmotiven direkt bei U in Auftrag.

Variante 4: Zunächst wie Variante 1. W ist von der Qualität der Produkte des U begeistert und entschließt sich, diesmal 30 Puppen direkt bei U zu bestellen.