



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 372/99

Verkündet am:
28. September 2000
Werner,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: _____ ja

VOB/B § 8 Nr. 3 Abs. 3

Die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs für die Nutzung von Geräten, Gerüsten, auf der Baustelle vorhandenen anderen Einrichtungen sowie von angelieferten Stoffen hängt nicht davon ab, daß der Auftragnehmer nach der Kündigung eine Schlußrechnung gemäß § 8 Nr. 6 VOB/B erteilt.

KO § 55 Nr. 1

Der Auftraggeber kann im Konkurs des Auftragnehmers gemäß § 55 Nr. 1 KO gegen den Vergütungsanspruch aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B für den nach Konkurseröffnung erbrachten Leistungsteil nicht mit dem Anspruch auf Erstattung kündigungsbedingter Mehrkosten aus § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B aufrechnen.

KO § 30 Nr. 1 Fall 2

Die Aufrechnung gegen den Vergütungsanspruch für den vor Konkurseröffnung erbrachten Leistungsteil ist zulässig. Die dadurch erlangte Befriedigung des Auftraggebers ist jedoch gemäß § 30 Nr. 1 Fall 2 KO anfechtbar, wenn die Geräte usw. durch den Auftraggeber in Kenntnis der Zahlungseinstellung des Auftragnehmers in Anspruch genommen werden.

BGH, Urteil vom 28. September 2000 - VII ZR 372/99 - OLG Dresden
LG Dresden

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 2000 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Dr. Wiebel, Dr. Kuffer, Dr. Kniffka und Wendt

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 29. September 1999 aufgehoben.

Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil der 1. Zivilkammer des Landgerichts Dresden vom 19. April 1999 wird zurückgewiesen.

Von den Kosten des ersten Rechtszuges tragen der Kläger 14 % und der Beklagte 86 %. Die Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens trägt der Beklagte.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger macht als Verwalter im Konkurs über das Vermögen der Jacob T. KG (Gemeinschuldnerin) einen Anspruch auf Vergütung für die Nutzung von Baucontainern gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B geltend.

Der Beklagte beauftragte die Gemeinschuldnerin mit Rohbauarbeiten am Bauvorhaben "Technische Universität D. ". Die VOB/B wurde vereinbart. Der Beklagte kündigte den Vertrag am 18. November 1997 gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B wegen der Arbeitseinstellung der Gemeinschuldnerin. Er kündigte an, die zur Weiterführung der Arbeiten erforderlichen Geräte, Gerüste, auf der Baustelle vorhandenen anderen Einrichtungen sowie angelieferte Stoffe und Bauteile in Anspruch zu nehmen und gegen den dafür entstehenden Vergütungsanspruch mit den ihm zustehenden Ansprüchen aufrechnen zu wollen. Am 30. Dezember 1997 wurde über das Vermögen der Gemeinschuldnerin das Anschlußkonkursverfahren eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt. Eine Schlußrechnung über die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen der Gemeinschuldnerin hat er bisher nicht vorgelegt.

Der Beklagte nutzte 13 Container der Gemeinschuldnerin vom 18. November 1997 bis zum 5. Oktober 1998 bei der Fortführung der Arbeiten. Die Parteien vereinbarten eine Vergütung von 420 DM pro Container und Monat.

Der Kläger hat mit der am 17. Dezember 1998 bei Gericht eingegangenen Klage die für den genannten Zeitraum berechnete Vergütung zuzüglich 16 % Mehrwertsteuer, insgesamt 66.291,68 DM, und 4 % Zinsen daraus seit dem 23. Oktober 1998 verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, die von der Beklagten angekündigte Aufrechnung mit kündigungsbedingten Mehrkostenerstattungsansprüchen sei gemäß § 55 Nr. 1 KO ausgeschlossen. Für den Zeitraum bis zur Konkurseröffnung komme die Aufrechnung auch deshalb nicht in Betracht, weil der Beklagte sich in Kenntnis der bereits am 18. November 1997 erfolgten Zahlungseinstellung durch die Nutzung der Container und der beabsichtigten Aufrechnung eine Befriedigungsmöglichkeit verschafft habe und insoweit gemäß § 30 Nr. 1 Fall 2 KO die Konkursanfechtung erklärt werde.

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, die Vergütung für die Container müsse mit dem gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/B abzurechnenden Anspruch auf Erstattung der kündigungsbedingten Mehraufwendungen verrechnet werden und sei solange nicht fällig, wie dieser Anspruch nicht beziffert werden könne. Eine endgültige Abrechnung der Drittfirmen liege noch nicht vor, so daß ihm eine Bezifferung zur Zeit nicht möglich sei. Hilfsweise mache er ein Zurückbehaltungsrecht geltend, bis er die Mehrkostenerstattungsansprüche abrechnen könne. Die nach seiner Auffassung unbegründete Konkursanfechtung sei verspätet, weil die Klage mangels ordnungsgemäßer Zustellung an seine Prozeßvertretung die Jahresfrist des § 41 Abs. 1 KO nicht gewahrt habe.

Das Landgericht hat den Beklagten zur Zahlung von 57.148 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 23. Oktober 1998 verurteilt und die Klage wegen der Forderung auf Zahlung von Mehrwertsteuer abgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten ist die Klage insgesamt als zur Zeit nicht begründet abgewiesen worden. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Der Beklagte ist verpflichtet, an den Kläger 57.148 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 23. Oktober 1998 zu zahlen. Die Berufung ist deshalb zurückzuweisen.

I.

Das Berufungsgericht meint, der Kläger müsse die Vergütung für die Nutzung der Container in eine prüfbare Schlußrechnung über sämtliche erbrachten Leistungen der Gemeinschuldnerin einstellen. Die Vergütung sei nur unselbständiger Rechnungsposten dieser Schlußrechnung und könne nicht isoliert gefordert werden. Erst durch die einheitliche Schlußrechnung sei der Auftraggeber in der Lage zu überprüfen, ob dem Auftragnehmer überhaupt Vergütungsansprüche zustünden, insbesondere keine Überzahlungen vorlägen. An der Verpflichtung, eine prüffähige Schlußrechnung vorzulegen, ändere sich auch nichts durch den Konkurs.

II.

Das hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Der Kläger kann gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B die Zahlung von 57.148 DM als Vergütung für die Nutzung der Container beanspruchen (unter 1.). Die vom Beklagten beabsichtigte Aufrechnung mit Ansprüchen wegen kündigungsbedingter Mehraufwendungen ist weder gegenüber dem Teil des Vergütungsanspruchs zulässig, der auf die Nutzung der Container nach Konkurseröffnung entfällt (unter 2.), noch gegenüber dem Teil, der dem Kläger wegen der Nutzung vor Konkurseröffnung zusteht (unter 3.). Deshalb steht dem Beklagten im Hinblick auf derartige Mehraufwendungen auch kein Zurückbehaltungsrecht zu. Der Kläger hat gemäß § 288 Abs. 1 BGB Anspruch auf 4 % Zinsen seit dem 23. Oktober 1998 (unter 4.).

1. Der Vergütungsanspruch für die Nutzung der Container ist gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B berechtigt.

a) Die Fälligkeit dieses Vergütungsanspruchs hängt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht von der Erteilung der Schlußrechnung ab. Im Ansatz zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß der Auftragnehmer nach der Kündigung eines VOB-Vertrages unverzüglich eine prüfbare Rechnung über die ausgeführten Leistungen vorzulegen hat, § 8 Nr. 6 VOB/B. Die Fälligkeit des Anspruchs für diese Leistungen und aller sich aus dem Vertrag ergebenden vergütungsgleichen Ansprüche des Auftragnehmers hängt grundsätzlich von der Erteilung der Schlußrechnung ab (BGH, Urteil vom 9. Oktober 1986 - VII ZR 249/85 = BauR 1987, 95, 96 = ZfBR 1987, 38).

Der Grundsatz, daß alle Vergütungsansprüche aus dem Bauvertrag in einer Schlußrechnung abzurechnen sind, gilt jedoch nicht uneingeschränkt (vgl. auch BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97 = BGHZ 140, 365, 378). Er ist nicht anwendbar auf solche Forderungen, die bei vertragsgrechtem Verhalten nicht in die Schlußrechnung eingestellt werden können. Dazu gehört die sich aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B ergebende Vergütungsforderung für die Nutzung der Geräte, Gerüste, der auf der Baustelle vorhandenen anderen Einrichtungen und angelieferten Stoffe und Bauteile. Diese wird unabhängig von der Erteilung der Schlußrechnung fällig.

aa) Die Schlußrechnung ist nach der Regelung der VOB/B unverzüglich nach der Kündigung zu erteilen. Durch diese zeitliche Komponente ist es in der VOB/B von vornherein angelegt, daß Ansprüche gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B für die Nutzung der Geräte usw. mit der Schlußrechnung regelmäßig noch nicht abgerechnet werden können. Denn die Nutzung erfolgt erst nach der Kündigung. Sie kann sich unter Umständen über einen langen Zeitraum hinziehen. Die Fälligkeit des Vergütungsanspruchs kann deshalb nicht davon abhängen, daß eine Schlußrechnung erteilt wird. Die Vergütung gemäß § 8

Nr. 3 Abs. 3 VOB/B kann nicht unselbständiger Rechnungsposten der Schlußrechnung sein.

bb) Daran ändert sich auch nichts, wenn eine Schlußrechnung zu dem Zeitpunkt, in dem die Vergütung geltend gemacht wird, noch nicht vorliegt. Die VOB/B enthält in § 16 Nr. 3 Abs. 1 eine Fälligkeitsregelung nur für die mit der Schlußrechnung abzurechnenden Forderungen. Dazu gehört die Vergütung nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B nicht.

b) Dem Berufungsgericht ist allerdings darin zuzustimmen, daß der Auftraggeber nach einem gemäß § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B gekündigten Bauvertrag ein Interesse daran haben kann, daß ihm die prüfbare Rechnung gemäß § 8 Nr. 6 VOB/B vorliegt, bevor er die Vergütung für in Anspruch genommene Geräte usw. bezahlen muß. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber befürchten muß, auf die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen bereits zu viel gezahlt zu haben, so daß er seinen Anspruch wegen der Überzahlung der Forderung aus § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B entgegenhalten könnte.

aa) Diesem Interesse des Auftraggebers kann dadurch genügt werden, daß ihm gemäß § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht für den Fall zuerkannt wird, daß die Schlußrechnung für die bis zur Kündigung erbrachten Leistungen noch nicht erteilt ist. Der Auftraggeber hat einen vertraglichen Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Abrechnung der erbrachten Leistungen nach Beendigung des Vertrages, wenn er Voraus- oder Abschlagszahlungen geleistet hat (BGH, Urteil vom 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97 = BGHZ 140, 365, 374). Ist die VOB/B vereinbart, ist eine prüffähige Schlußrechnung zu erstellen, § 14 Nr. 1 VOB/B. Befürchtet der Auftraggeber eine Überzahlung, kann er dem Verlangen des Auftragnehmers auf Vergütung für die überlassenen Geräte usw. den Anspruch auf Erteilung der Schlußrechnung einredeweise entgegenhalten.

Das Zurückbehaltungsrecht führt allerdings nicht zu einer Zug um Zug Verurteilung. Diese wäre nur möglich, wenn mit der Erteilung der Schlußrechnung die uneingeschränkte Zahlungspflicht des Auftraggebers fest stünde. Das ist jedoch nicht der Fall. Vielmehr muß diesem Gelegenheit gegeben werden, die Schlußrechnung zu prüfen. Dazu steht ihm nach § 16 Nr. 3 Abs. 1 VOB/B ein Zeitraum von höchstens zwei Monaten zur Verfügung. Demgemäß führt das Zurückbehaltungsrecht zu einer Klageabweisung als zur Zeit nicht begründet, solange die Voraussetzungen für eine Schlußzahlung noch nicht vorliegen.

bb) Der Beklagte hat die Einrede dieses Zurückbehaltungsrechts nicht erhoben. Er hat sich im Prozeß nicht darauf berufen, ihm stehe ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der fehlenden Schlußrechnung zu. Vielmehr hat er sein Zurückbehaltungsrecht darauf gestützt, daß es ihm noch nicht möglich sei, die kündigungsbedingten Mehraufwendungen abzurechnen. In der mündlichen Verhandlung ist vom Berufungsgericht erstmals zur Sprache gebracht worden, daß die Klageforderung nicht fällig sein könnte, weil eine Schlußrechnung noch nicht erteilt worden ist. Das Protokoll weist nicht aus, daß der Beklagte sich deswegen auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen wollte. Es finden sich auch keine Hinweise darauf, daß der Beklagte eine Überzahlung befürchten müßte. Dem Beklagten ging es allein um die zu erwartenden Mehraufwendungen.

c) Die Fälligkeit der Vergütung nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B hängt nicht davon ab, daß der Auftraggeber in der Lage ist, seine infolge der Kündigung entstandenen Mehraufwendungen abzurechnen.

Das Recht des Auftraggebers, einseitig über die Inanspruchnahme der Geräte usw. zu bestimmen, dient dazu, einen zügigen Fortgang der Arbeiten zu ermöglichen und damit die Mehraufwendungen und einen durch die Kündigung etwa entstehenden Schaden gering zu halten (Ingenstau/Korbion, VOB,

13. Aufl., B § 8 Rdn. 120). Daraus folgt nicht, daß die Vergütung nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B erst dann fällig wird, wenn der Anspruch auf Ersatz der kündigungsbedingten Mehraufwendungen und des Schadens abgerechnet werden kann. Eine derartige Verknüpfung läßt sich den Regelungen der VOB/B nicht entnehmen (Handbuch des privaten Baurechts, Kleine-Möller, 2. Aufl., § 14 Rdn. 128). Diese regelt in § 8 Nr. 3 Abs. 3 den Vergütungsanspruch für die Inanspruchnahme der Geräte usw. als eine selbständige Forderung, die unabhängig von den nach § 8 Nr. 3 Abs. 4 abzurechenden Gegenansprüchen geltend gemacht werden kann.

2. Gegen den Vergütungsanspruch, der auf die Nutzung nach Konkursöffnung (30. Dezember 1997 bis 5. Oktober 1998) entfällt, kann der Beklagte kein Zurückbehaltungsrecht aus dem Umstand ableiten, daß er zur Zeit noch nicht in der Lage ist, die kündigungsbedingten Mehrkostenerstattungsansprüche abzurechnen. Es kann dahinstehen, ob ein derartiges Zurückbehaltungsrecht in Anwendung der im Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Juni 1981 - II ZR 165/80 = NJW 1981, 2002 entwickelten Rechtsgrundsätze anzuerkennen ist. Denn der Beklagte kann ein derartiges Zurückbehaltungsrecht nicht mit Erfolg geltend machen. Dieses Zurückbehaltungsrecht dient allein dazu, die Aufrechnung mit den kündigungsbedingten Mehrkostenerstattungsansprüchen zu ermöglichen, sobald diese bezifferbar sind. Es kann im Konkurs nur insoweit Bestand haben, als eine Aufrechnung auch im Konkurs noch möglich ist. Die Aufrechnung mit kündigungsbedingten Mehrkostenerstattungs- und Schadensersatzansprüchen gegenüber demjenigen Teil der Vergütungsforderung, der sich auf die Nutzung der Container nach der Eröffnung des Konkursverfahrens bezieht, ist gemäß § 55 Nr. 1 KO ausgeschlossen.

a) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat die Eröffnung des Konkursverfahrens zur Folge, daß die Erfüllungsansprüche aus beiderseits noch nicht erfüllten gegenseitigen Verträgen erlöschen. Wählt der Konkursverwalter Erfüllung, werden die Ansprüche mit dem bisherigen Inhalt neu begründet. Das hat zur Folge, daß der Schuldner einer die Leistung nach Konkurseröffnung betreffenden Geldforderung nicht mehr mit Konkursforderungen aufrechnen kann. Für Leistungen, die mit Mitteln der Masse erbracht werden, soll auch die Gegenleistung stets der Masse gebühren (BGH, Urteil vom 27. Februar 1997 - IX ZR 5/96 = BGHZ 135, 25, 27; Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93 = BGHZ 129, 336, 343; Urteil vom 21. November 1991 - IX ZR 290/90 = BGHZ 116, 156, 159).

b) Danach kann der Beklagte nicht gegenüber dem die Nutzung nach Eröffnung des Konkursverfahrens betreffenden Teil der Vergütung aufrechnen.

aa) Der Kläger macht eine Forderung aus einem zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung noch nicht erfüllten gegenseitigen Vertrag geltend. Nach § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOB/B kann der Auftraggeber Geräte usw. für die Weiterführung der Arbeiten in Anspruch nehmen. Mit der einseitigen Inanspruchnahme entsteht ein Nutzungsverhältnis, das den Auftragnehmer verpflichtet, die Inanspruchnahme zu dulden und den Auftraggeber verpflichtet, die angemessene Vergütung zu zahlen. Dieses Nutzungsverhältnis ist ein gegenseitiger Vertrag. Der Vertrag war im Zeitpunkt der Konkurseröffnung am 30. Dezember 1997 noch nicht erfüllt. Es kann dahinstehen, ob das Nutzungsverhältnis ein Mietverhältnis im Sinne des § 21 KO ist (so Jauch, EwiR 1/98 S. 39), so daß der Konkursverwalter verpflichtet wäre, es zu erfüllen. Der Konkursverwalter hat die Erfüllung des Vertrages gewählt. Das Berufungsgericht hat dazu zwar keine Feststellungen getroffen. Die Erfüllungswahl ergibt sich jedoch aus dem im Be-

rufungsurteil in Bezug genommenen Vortrag der Parteien. Danach hat der Beklagte am 18. August 1998 einen vom Kläger geforderten Mietpreis von 420 DM pro Monat und Container akzeptiert. Zuvor hatte der Kläger als Konkursverwalter bereits mehrere Rechnungen mit diesem Preis für die zeitanteilige Nutzung der Container übersandt. Er hat demgemäß in Kenntnis des Umstandes, daß die Container der Gemeinschuldnerin von der Beklagten genutzt wurden, diese Nutzung gebilligt und die vertraglich vorgesehene angemessene Vergütung verlangt.

bb) Das Nutzungsverhältnis hat eine teilbare Leistung zum Gegenstand. Eine teilbare Leistung hat der Bundesgerichtshof grundsätzlich bei Sukzessivlieferungen des Gläubigers angenommen (BGH, Urteil vom 27. Februar 1997 - IX ZR 5/96 = BGHZ 135, 25, 27). Nichts anderes gilt für die Überlassung von Containern, die nach Zeiteinheiten abgerechnet wird. Der der Nutzung nach Konkurseröffnung entsprechende Vergütungsanteil muß der Masse zufließen (Heiermann/Riedl/Rusam, VOB, 8. Aufl., § 8 Rdn. 19). Eine Aufrechnungsmöglichkeit mit der Konkursforderung wegen der kündigungsbedingten Mehrkosten besteht nicht (BGH, Urteil vom 9. Februar 1983 - VIII ZR 305/81 = BGHZ 86, 382, 385 f.) und dementsprechend auch kein diese Aufrechnung vorbereitendes Zurückbehaltungsrecht.

3. Dem Beklagten steht auch gegen den auf die Nutzung vor Konkurseröffnung (18. November 1997 bis 29. Dezember 1997) entfallenden Vergütungsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu. Die von dem Beklagten insoweit beabsichtigte Aufrechnung ist zwar zulässig (vgl. BGH, Urteile vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93 = BGHZ 129, 336, 338 ff; 27. Februar 1997 - X ZR 5/96 = BGHZ 135, 25, 28). Sie unterliegt jedoch der Konkursanfechtung nach

§ 30 Nr. 1 Fall 2 KO. Dies gilt auch für das vom Beklagten geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht.

a) Der Kläger ist zur Konkursanfechtung gemäß § 30 Nr. 1 Fall 2 berechtigt.

aa) Nach der von dem Beklagten nicht bestrittenen Behauptung des Klägers erfolgte die Inanspruchnahme der Container durch den Beklagten in Kenntnis der bereits am 18. November 1997 erfolgten Zahlungseinstellung des Gemeinschuldners. Der Beklagte hat durch die Inanspruchnahme der Container vor Konkurseröffnung die Möglichkeit erhalten, mit seinen Ansprüchen auf Ersatz der kündigungsbedingten Mehrkosten aufzurechnen, sobald diese bezifferbar sind. Die vorgesehene Aufrechnung benachteiligt die Gläubiger des Gemeinschuldners, denn sie führt dazu, daß der Konkursverwalter die Vergütung nicht zur Masse ziehen kann. Sie verschafft der Beklagten eine Befriedigung ihrer einfachen Konkursforderung, die sie sonst nicht erlangt hätte. Soweit der IX. Zivilsenat in einem ähnlich gelagerten Fall eine Gläubigerbenachteiligung verneint hat (BGH, Urteil vom 9. März 2000 - IX ZR 355/98 = ZIP 2000, 757), steht das der Entscheidung nicht entgegen. In diesem Fall hatten die Gesellschafter der zur Durchführung eines Bauvorhabens begründeten Arbeitsgemeinschaft vereinbart, daß ein Gesellschafter ausscheidet, sobald beantragt wird, das Konkursverfahren über sein Vermögen zu eröffnen, daß er jedoch verpflichtet ist, der Gesellschaft weiterhin Geräte und Personal gegen Vergütung zu überlassen. Der IX. Zivilsenat hat auf Anfrage erklärt, daß er an seiner Entscheidung nicht festhalte, soweit aus ihr für den vorliegenden Sachverhalt abgeleitet werden könnte, daß eine Gläubigerbenachteiligung nicht vorliege.

bb) Es ist unerheblich, daß eine Aufrechnung gegenüber dem Teil der Vergütungsforderung nicht nach § 55 Nr. 1 KO ausgeschlossen ist, der sich auf die Nutzung vor der Konkursöffnung bezieht. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs steht die konkursrechtliche Zulässigkeit der Aufrechnung deren Anfechtung nicht entgegen, wenn die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise hergestellt worden ist. Konkursanfechtung und konkursrechtliches Aufrechnungsverbot stehen als Mittel, einem Konkursgläubiger eine Befriedigung nach Ausbruch und in Kenntnis der Krise zu verwehren, selbständig nebeneinander. Macht sich ein Gläubiger des Gemeinschuldners in Kenntnis der Krise dadurch zu dessen Schuldner, daß er Werte des Gemeinschuldners an sich zieht, und verschafft sich der Gläubiger dann eine Befriedigung durch Aufrechnung, steht zwar § 55 KO der Aufrechnung nicht entgegen, wohl aber ist die Befriedigung nach § 30 Nr. 1 Fall 2 KO anfechtbar (BGH, Urteil vom 2. Februar 1972 - VIII ZR 152/70 = BGHZ 58, 108, 113). In gleicher Weise ist eine Sicherung für einfache Konkursforderungen anfechtbar, die der Gläubiger dadurch erlangt, daß er Werte des Schuldners nach Ausbruch und in Kenntnis der Krise an sich zieht (BGH, Urteil vom 22. Dezember 1982 - VIII ZR 214/81 = BGHZ 86, 190, 194). Daraus folgt, daß der Beklagte die Aufrechnungslage auch nicht in der Weise ausnutzen kann, daß er sich auf ein Zurückbehaltungsrecht wegen der noch nicht bezifferbaren Mehrkostenerstattungsansprüche beruft. Denn dieses Zurückbehaltungsrecht dient nur der nach der Konkursanfechtung nicht mehr möglichen Aufrechnung und würde dem Beklagten eine ungerechtfertigte Sicherung verschaffen.

b) Der Kläger hat die Anfechtung in zulässiger Weise erklärt. Maßgeblich ist für die Anfechtbarkeit nicht eine isolierte Rechtshandlung in dem zur Gläubigerbenachteiligung führenden Gesamtvorgang, sondern dieser selbst, der letztlich dazu führt, daß eine Aufrechnungslage geschaffen und diese

durch die Aufrechnung ausgenutzt wird (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 1983 - VIII ZR 254/81 = BGHZ 86, 349, 353; Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93 = BGHZ 129, 336, 343). Danach ist die Inanspruchnahme der Geräte als solche nicht nach § 30 Nr. 1 Fall 2 KO anfechtbar; in ihr allein liegt keine Gläubigerbenachteiligung. Anfechtbar ist jedoch die Herstellung der Aufrechnungslage in kritischer Zeit und die dadurch in Verbindung mit der Aufrechnungserklärung bewirkte Befriedigung. Das führt dazu, daß die in der Aufrechnung liegende Befriedigung "zurückzugewähren" ist, § 37 Abs. 1 KO. Das geschieht dadurch, daß der Aufrechnung keine Bedeutung beigemessen wird, der Beklagte sich also nicht mit Erfolg auf sie berufen kann (vgl. Heidelberger Kommentar zur InsO, § 143 Rdn. 5). Das gilt dann auch für das Zurückbehaltungsrecht. Soweit der Entscheidung des IX. Zivilsenates vom 12. November 1998 - IX ZR 199/97 = ZIP 1998, 2165, 2166 etwas anderes entnommen werden könnte, hält der IX. Zivilsenat auf Anfrage für die vorliegende Fallgestaltung daran nicht fest.

c) Die Anfechtung ist nicht wegen Überschreitung der einjährigen Anfechtungsfrist des § 41 Abs. 1 KO ausgeschlossen.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, daß die Anfechtungsfrist erst mit der Aufrechnungserklärung beginnt, wenn die Aufrechnungslage in anfechtbarer Weise geschaffen worden ist (Urteil vom 26. Januar 1983 aaO, S. 353; Urteil vom 4. Mai 1995 - IX ZR 256/93 = BGHZ 129, 336, 343). Damit wird verhindert, daß eine Aufrechnung erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist des § 41 Abs. 1 Satz 1 KO erklärt und es dem Konkursverwalter unmöglich gemacht wird, die Konkursanfechtung noch rechtzeitig zu erklären. Diese Erwägung gilt in gleicher Weise, wenn ein Zurückbehaltungsrecht mit dem Ziel geltend gemacht wird, die spätere Aufrechnung zu ermöglichen. Ob in diesem

Fall die Frist mit der Einrede des Zurückbehaltungsrechts beginnt oder erst mit der endgültigen Aufrechnung, kann dahinstehen. Der Beklagte hat nicht geltend gemacht, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechts mehr als ein Jahr vor der Anfechtungserklärung vom 18. Februar 1999 erhoben worden wäre. Aktenkundig ist das Zurückbehaltungsrecht erst mit dem Schreiben des Beklagten vom 18. August 1998 geworden. Die Ankündigung der Aufrechnung im Kündigungsschreiben vom 18. November 1997 setzt nicht die mit dem Tag der Konkursöffnung beginnende Anfechtungsfrist in Lauf. Aus ihr ist lediglich zu entnehmen, daß der Beklagte für den Fall aufrechnen bzw. zurückbehalten wird, daß er Mehrkostenerstattungsansprüche hat. Maßgebend für den Lauf der Anfechtungsfrist ist der Zeitpunkt, in der das Recht dann tatsächlich ausgeübt wird.

4. Der Kläger hat Anspruch auf 4 % Zinsen aus 57.148 DM seit dem 23. Oktober 1998 gemäß § 288 BGB. Zu diesem Zeitpunkt war die im Schreiben vom 12. Oktober 1998 bis zum 22. Oktober 1998 gesetzte Zahlungsfrist abgelaufen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 92 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Ullmann

Wiebel

Kuffer

Kniffka

Wendt