



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNISURTEIL

IX ZR 149/11

Verkündet am:
26. April 2012
Kluckow
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

InsO § 96 Abs. 1 Nr. 1

Der Insolvenzgläubiger, der gegen eine Forderung der Masse aufrechnet, hat darzulegen und zu beweisen, dass die Aufrechnungslage schon im Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung bestand.

BGH, Urteil vom 26. April 2012 - IX ZR 149/11 - LG Hamburg
Hanseatisches Oberlandesgericht
Hamburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. April 2012 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, den Richter Vill, die Richterin Lohmann, die Richter Dr. Fischer und Dr. Pape

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg vom 1. März 2011 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Klägers erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Revisionsverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 3. Juli 2008 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen R. assekuranz KG (nachfolgend: Schuldnerin), welche für die beklagte Gesellschaft Versicherungsverträge vermittelt.
- 2 Die Vermittlungstätigkeit für die beklagte Versicherung wurde zunächst von der 2002 gegründeten R. assekuranzmakler KG aufgrund einer Courtagezusage und Inkassovereinbarung vom 21. November 2002 ausge-

übt. Nach Ausscheiden der Kommanditisten wurde das Unternehmen von dem persönlich haftenden Gesellschafter E. in der Rechtsform eines eingetragenen Kaufmanns fortgeführt, über dessen Vermögen am 27. Juni 2008 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde. Von diesem übernahm die am 27. April 2006 gegründete und am 28. Juli 2006 in das Handelsregister eingetragene Schuldnerin die Vermittlungstätigkeit für die Beklagte.

3 Am 23. Oktober 2006 gab der persönlich haftende Gesellschafter für sich persönlich und für die Schuldnerin ein notarielles Schuldanerkenntnis aus der Courtagezusage vom 21. November 2002 über einen Betrag in Höhe von 65.506,92 € ab, der aus nicht abgerechneten Inkassogeldern näher bezeichneter Vertreterkonten herrühren sollte. Zur Rückführung dieses Betrages verrechnete die Beklagte beginnend ab Juli 2007 Provisionen in Höhe von insgesamt 42.270,57 €, die sie der Schuldnerin gutgeschrieben hatte, gegen den anerkannten Betrag.

4 Der Kläger hält die Verrechnung für insolvenzrechtlich unwirksam. Mit der Klage hat er die Beklagte zur Auszahlung der von der Schuldnerin verdienten Provisionen in Höhe von 42.270,57 € zuzüglich Zinsen und vorgerichtlicher Kosten in Höhe von 604,40 € in Anspruch genommen. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist bis auf einen Betrag von 458,00 € erfolglos geblieben. Mit seiner vom Bundesgerichtshof zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren in vollem Umfang weiter.

Entscheidungsgründe:

5 Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit nicht das Berufungsgericht die Beklagte zur Zahlung eines Betrages von 458,00 € verurteilt hat. Dies ist, weil die Beklagte im Verhandlungstermin nicht vertreten war, durch Versäumnisurteil auszusprechen, das inhaltlich auf einer Sachprüfung beruht (vgl. BGH, Urteil vom 4. April 1962 - V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 81).

I.

6 Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Zwar sei aufgrund der Entscheidung des Landgerichts rechtskräftig festgestellt, dass der Schuldnerin eine Forderung in Höhe von 42.270,57 € zustehe, die Klage sei aber nur in Höhe eines Betrages von 458,00 € begründet. Im Übrigen sei die Provisionsforderung der Schuldnerin durch Aufrechnung gegen den am 23. Oktober 2006 wirksam anerkannten Betrag von 65.506,92 € erloschen. Die Aufrechnung sei lediglich in Höhe von 458,00 € ausgeschlossen. Insoweit greife das Aufrechnungsverbot des § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ein, weil es sich um eine erst nach Verfahrenseröffnung entstandene Abschlussprovision handele. Hinsichtlich weiterer Provisionsforderungen in Höhe von 3.402,97 € sei das nicht erkennbar. Dies gehe zu Lasten des Klägers, weil dieser trotz eines Hinweises entsprechende Darlegungen schuldig geblieben sei. Die Beklagte habe nur darlegen müssen, dass zum Zeitpunkt der Aufrechnung eine Aufrechnungslage bestanden habe.

7 Die Aufrechnung sei nicht nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ausgeschlossen. Das Schuldanerkenntnis von 23. Oktober 2006 sei nicht anfechtbar. Zwar stelle die Übernahme einer Schuld ohne eine bestehende Verpflichtung eine unentgeltliche Leistung dar. Hier sei jedoch aufgrund des Vortrags der Beklagten davon auszugehen, dass gegen die Schuldnerin ein Inkassorückzahlungsanspruch in der anerkannten Höhe bestanden haben könnte. Bei einem Jahresumsatz von über 1 Mio. € sei es ohne weiteres möglich gewesen, dass die Schuldnerin Inkassoeinnahmen in der anerkannten Höhe nicht abgerechnet habe. Der Vortrag, die Inkassobeträge seien nicht von der Schuldnerin, sondern vor deren Gründung von dem Einzelkaufmann E. vereinnahmt worden, sei unsubstantiiert. Der Kläger sei verpflichtet, im Einzelnen darzulegen, wer auf Seiten der Vertragspartner der Beklagten welche Inkassobeträge wann eingezogen habe. Eine sekundäre Darlegungslast der Beklagten bestehe nicht. Eine Vernehmung des Zeugen E. zu der Behauptung, die Schuldnerin habe kein Inkasso für die Beklagte betrieben, komme nicht in Betracht, weil sie auf eine Ausforschung hinauslaufe.

8 II.

8 Diese Ausführungen halten in wesentlichen Punkten rechtlicher Prüfung nicht stand.

9 1. Nicht gefolgt werden kann dem Berufungsgericht, soweit es von der Beweislast des Insolvenzverwalters für den Ausschluss der Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ausgeht und deshalb die Klage in Höhe von 3.402,97 € abgewiesen hat. Die Auffassung, der Kläger hätte darlegen müssen, dass es sich insoweit um Abschlussprovisionen gehandelt habe, die erst nach Verfahrenseröffnung entstanden seien, geht fehl.

- 10 a) Gemäß § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO ist die Aufrechnung unzulässig, wenn ein Insolvenzgläubiger erst nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens etwas zur Masse schuldig geworden ist. Berufet sich ein Insolvenzgläubiger, der zugleich Schuldner der Masse ist, darauf, gegen deren Anspruch aufrechnen zu können, muss er darlegen und beweisen, dass die Forderung der Insolvenzmasse schon vor Verfahrenseröffnung entstanden ist.
- 11 aa) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Provisionsanspruch des Versicherungsvertreters erst entsteht, sobald das Geschäft ausgeführt ist. Bis zu diesem Zeitpunkt liegt keine erfüllbare Forderung vor, gegen die aufgerechnet werden kann (§ 387 BGB, vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2004 - IX ZR 195/03, BGHZ 159, 388, 394 f). Hieraus folgt, dass gegen eine Abschlussprovision erst aufgerechnet werden kann, wenn das vermittelte Geschäft mit der Versicherung abgeschlossen ist. Gegen Folgeprovisionen kann dagegen aufgerechnet werden, wenn der vermittelte Vertrag bei Verfahrenseröffnung bereits abgeschlossen ist und keine weiteren Rechtshandlungen erforderlich sind, um die Provision zu verdienen.
- 12 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat nicht der Insolvenzverwalter, sondern der aufrechnende Schuldner der Masse darzulegen und zu beweisen, dass die Aufrechnungslage schon vor Verfahrenseröffnung entstanden ist. Das hat der Bundesgerichtshof zu § 7 Abs. 5 GesO entschieden (BGH, Urteil vom 27. Februar 1997 - IX ZR 79/96, BGHZ 135, 30, 38 f). Die Aufrechnung mit Wirkung in der Insolvenz sei nach diesen Vorschriften von vornherein nur zulässig, wenn die Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestehe; allein die in diesem Zeitpunkt bestehende Aufrechnungsbefugnis sei eine gesicherte Rechtsstellung, die der Gläubiger durch die Verfahrenseröffnung nicht verliere, auf die er vielmehr vertrauen dürfe. Deshalb gehöre der Zeitpunkt des Bestehens einer Aufrechnungslage zu den Voraussetzungen je-

der insolvenzrechtlichen Aufrechnungswirkung. Sie sei von demjenigen zu beweisen, der in der Insolvenz aufrechnen wolle. Demgegenüber obliege es dem Insolvenzverwalter nur, den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung darzutun und notfalls zu beweisen.

13 Diese Grundsätze sind auf § 96 Abs. 1 Nr. 1 InsO, dessen Inhalt dem des § 55 Abs. 1 Nr. 1 KO entspricht, zu übertragen (vgl. Jaeger/Windel, InsO, § 96 Rn. 11; Lüke in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2004, § 96 Rn. 61; Münch-Komm-InsO/Brandes, 2. Aufl., § 96 Rn. 5; Uhlenbruck/Sinz, InsO, 13. Aufl., § 96 Rn. 71; Glatt in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch der Insolvenzverwaltung, 8. Aufl., § 10 Rn. 41 ff). Die Aufrechnung ist in den Fällen des § 96 Abs. 1 Nr. 1 und 2 InsO grundsätzlich nur zulässig, wenn die Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung schon bestand. Wer aufrechnen will, hat deshalb, wenn der Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung nicht im Streit steht, das frühere Bestehen der Aufrechnungslage zu beweisen.

14 cc) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger hätte hinsichtlich der Forderungen in Höhe von 3.402,97 € vortragen müssen, ob es sich um Folge- oder Abschlussprovisionen handelte, steht damit in Widerspruch. Entsprechender Vortrag hierzu oblag der Beklagten.

15 2. Keinen Bestand kann die Entscheidung des Berufungsgerichts auch insoweit haben, als es die Aufrechnung mit der anerkannten Forderung gegen die Provisionsforderungen nicht an § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO hat scheitern lassen. Das Berufungsgericht hat überspannte Anforderungen an die Darlegungen des Insolvenzverwalters zur Anfechtbarkeit nach § 134 Abs. 1 InsO gestellt und infolgedessen eine nach dem Sachvortrag gebotene Beweisaufnahme nicht durchgeführt.

16

a) Nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ist die Aufrechnung unzulässig, wenn der Insolvenzgläubiger diese Möglichkeit durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat. Zu dieser Vorschrift ist anerkannt, dass die gläubigerbenachteiligende Wirkung, die mit der Herstellung einer Aufrechnungslage eintritt, selbständig angefochten werden kann (BGH, Urteil vom 2. Juni 2005 - IX ZR 263/03, ZIP 2005, 1521, 1523 mwN; vom 11. Dezember 2008 - IX ZR 195/07, BGHZ 179, 137 Rn. 12). Als Rechtshandlung kann an jedes Geschäft angeknüpft werden, das zum anfechtbaren Erwerb einer Gläubiger- oder Schuldnerstellung führt (vgl. HK-InsO/Kayser, 6. Aufl., § 96 Rn. 32; Uhlenbruck/Sinz, aaO § 96 Rn. 47). Es kommen alle Anfechtungstatbestände in Betracht, auch die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen nach § 134 InsO (BGH, Urteil vom 11. Dezember 2008, aaO Rn. 12; MünchKomm-InsO/Brandes, aaO § 96 Rn. 29). Die Erlangung der Aufrechnungsmöglichkeit durch eine anfechtbare Rechtshandlung wird genauso beurteilt, wie wenn das Insolvenzverfahren im Zeitpunkt des Erwerbs der Forderung bereits eröffnet gewesen wäre (BGH, Urteil vom 28. September 2006 - IX ZR 136/05, BGHZ 169, 158 Rn. 13). Der Verwalter kann sich unmittelbar auf die Unwirksamkeit der Aufrechnung nach § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO berufen (BT-Drucks. 12/2443, S. 141 zu § 108 RegE InsO; BGH, Urteil vom 29. Juni 2004 - IX ZR 195/03, BGHZ 159, 388, 393; vom 28. September 2006, aaO Rn. 11; Uhlenbruck/Sinz, aaO § 96 Rn. 46; Huber, ZInsO 2009, 566, 570). Anders als nach § 55 Satz 1 Nr. 3 KO kommt es für die Anwendung des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO auch nicht mehr darauf an, in welcher zeitlichen Reihenfolge die gegenseitigen Forderungen entstanden sind (BT-Drucks. 12/2443 aaO; BGH, Urteil vom 29. Juni 2004, aaO; HK-InsO/Kayser, aaO § 96 Rn. 36; Lüke, aaO § 96 Rn. 43).

17 b) Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung ausgegangen. Es hat - entgegen der Auffassung der Revision - auch angenommen, dass die Schuldnerin, die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Geschäftsbeziehungen des Einzelunternehmens zu der Beklagten fortgesetzt hatte, auch Ansprüche der Beklagten aus der Nichtabführung von Inkassogeldern begründet haben könnte. Hierfür spricht bereits der Umstand, dass sie durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter anerkannt hat, der Beklagten hieraus mehr als 65.000 € zu schulden. Das Berufungsgericht hat jedoch verkannt, dass für die Darlegung der Voraussetzungen der Schenkungsanfechtung des vom persönlich haftenden Gesellschafter der Schuldnerin am 23. Oktober 2006 abgegebenen notariellen Schuldanerkenntnisses dessen Behauptung ausreichte, die Schuldnerin sei nicht mit dem Inkasso von Prämienzahlungen befasst gewesen. Einer weiteren Substantiierung in Form der Darstellung der Zahlungsflüsse bedurfte es dazu nicht. Die Beklagte hat jegliche Darlegung unterlassen, aus der geschlossen werden könnte, dass die Schuldnerin tatsächlich von ihr vereinnahmte Inkassogelder nicht abgerechnet hat. Um die Unentgeltlichkeit des Anerkenntnisses darzulegen reicht es deshalb aus, dass der Kläger behauptet hat, die Schuldnerin habe kein Inkasso für die Beklagte betrieben.

18 Ob die nicht abgerechneten Inkassogelder von der ursprünglich für die Beklagte tätig gewordenen Kommanditgesellschaft oder dem Einzelkaufmann E. vereinnahmt worden waren, hatte für die Frage der Anfechtbarkeit des von der Schuldnerin abgegebenen Anerkenntnisses keine Bedeutung. Die Schuldnerin war weder Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Kommanditgesellschaft noch des Einzelkaufmanns, so dass sie für deren Verbindlichkeiten nicht haftete. Im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast des Insolvenzverwalters für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO ge-

nügte es vorzutragen, dass der persönlich haftende Gesellschafter das Anerkenntnis ohne jede zugrunde liegende Verpflichtung der Schuldnerin abgegeben hatte. Der Vortrag des Klägers hierzu war keineswegs unsubstantiiert. Das Angebot, den Zeugen E. zu dieser Behauptung zu vernehmen, war auch nicht auf eine unzulässige Ausforschung gerichtet.

III.

19 Das angefochtene Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

20 1. Zwar kann die nachträgliche Bestellung einer Sicherheit für eine eigene, entgeltlich begründete Verbindlichkeit nicht als unentgeltliche Leistung angefochten werden (BGH, Urteil vom 18. März 2010 - IX ZR 57/09, ZInsO 2010, 807 Rn. 10 mwN). Damit ist die Anfechtung nach § 134 Abs. 1 InsO auch ausgeschlossen, wenn es um ein die bestehende Forderung verstärkendes Anerkenntnis geht (BGH, Urteil vom 18. März 2010, aaO Rn. 11; HK-InsO/Kreft, aaO § 134 Rn. 11; Bork in Kübler/Prütting/Bork, InsO, 2010, § 134 Rn. 78, § 147 Anh. I Rn. 44, jeweils mwN). § 96 Abs. 1 Nr. 3 InsO in Verbindung mit § 134 Abs. 1 InsO käme nicht in Betracht, wenn die Schuldnerin das Anerkenntnis zur Verstärkung des gegen sie selbst bestehenden Anspruches abgegeben hätte.

21 2. Die nachträgliche Besicherung einer fremden Forderung durch die Schuldnerin unterfällt dagegen § 134 Abs. 1 InsO, wenn der Zuwendungsempfänger keine ausgleichende Gegenleistung an den Schuldner oder einen Dritten erbringt (vgl. BGH, Urteil vom 1. Juni 2006 - IX ZR 159/04, ZInsO 2006, 771 Rn. 10 ff; MünchKomm-InsO/Kirchhof, aaO § 134 Rn. 33; Bork, aaO § 134

Rn. 61; § 147 Anh. I Rn. 45; Kayser WM 2007, 1, 4 ff). Als Gegenleistung, die zur Annahme der Entgeltlichkeit führt, wäre auch das Stehenlassen eines sonst durchsetzbaren Rückforderungsanspruchs gegen einen Dritten nicht ausreichend, weil das bloße Unterlassen der Rückforderung keine Zuführung neuen Vermögens bedeutet (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 2007 - IX ZR 30/07, BGHZ 174, 297Rn. 41; vom 7. Mai 2009 - IX ZR 71/08, ZInsO 2009, 1056 Rn. 12, jeweils mwN). Ob der Sicherungsgeber mit der Gewährung der Drittsicherheit ein eigenes wirtschaftliches Interesse verfolgt, ist nicht erheblich. Die Besicherung einer fremden Forderung ist auch bei Bestehen eines Eigeninteresses nicht entgeltlich (BGH, Urteil vom 1. Juni 2006, aaO Rn. 13 mwN).

22 3. Vorliegend ist offen, ob die Schuldnerin das Anerkenntnis im Hinblick auf einen gegen sie gerichteten Anspruch aus der fehlenden Abrechnung von Inkassogeldern abgegeben hat oder ob sich die entsprechenden Forderungen gegen den persönlich haftenden Gesellschafter E. oder die ursprüngliche Kommanditgesellschaft richteten und sie dem Anerkenntnis nur beigetreten ist. Eine Entscheidung auf der Grundlage des bisher festgestellten Sachverhalts kann deshalb nicht getroffen werden.

IV.

23 Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO), soweit es die Berufung des Klägers auch bezüglich der über den Betrag von 458 € hinausgehenden Forderung zurückgewiesen hat. Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Eine eigene Sachentscheidung

kann der Senat nicht treffen, weil die Sache auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

Kayser

Vill

Lohmann

Fischer

Pape

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 01.07.2010 - 319 O 23/10 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 01.03.2011 - 14 U 183/10 -