BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

IX ZR 217/06

Verkündet am:
25. Oktober 2007
Bürk
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

InsO § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 22 Abs. 1 und 2, § 24 Abs. 1, §§ 80, 81; BGB § 362; AGB-Banken Nr. 7 Abs. 3

a) Der Schuldner, der nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit während des Insolvenzeröffnungsverfahrens eine im Lastschriftverfahren erfolgte Kontobelastung nicht genehmigt, handelt in der Regel weder rechts- noch sittenwidrig.

b) Der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt ist befugt, im Einzugsermächtigungsverfahren erfolgten Lastschriften zu widersprechen, unabhängig davon, ob dem Schuldner eine sachlich rechtliche Einwendung gegen die Gläubigerforderung zusteht (Bestätigung von BGHZ 161, 49).

c) Im Einzugsermächtigungsverfahren ist in der Regel die Gläubigerforderung vor Erteilung der Genehmigung durch den Schuldner nicht erfüllt.

d) Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken wirkt auch im Rechtsverhältnis zum endgültigen und zum vorläufigen "starken" Insolvenzverwalter, nicht jedoch gegenüber dem vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt.

e) Der Insolvenzverwalter, der nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens das Schuldnerkonto für eingehende Gutschriften längere Zeit weiterbenutzt, ohne die auf diesem Konto im Einzugsermächtigungsverfahren ergangenen Lastschriften zu widerrufen, genehmigt diese konkludent.

BGH, Urteil vom 25. Oktober 2007 - IX ZR 217/06 - OLG München
LG München I

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 25. Oktober 2007 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Fischer, die Richter Raebel, Vill, Cierniak und die Richterin Lohmann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 26. Oktober 2006 wird auf Kosten des Klägers, der auch die Kosten der Streithilfe zu tragen hat, zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Der Kläger ist Verwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen der U. GmbH & Co. KG (nachfolgend: Schuldnerin). Diese unterhielt bei der beklagten Bank unter der Nr. … ein Girokonto, das auf Guthabenbasis geführt wurde.

2 Im Zeitraum vom 1. August bis 2. Oktober 2002 löste die Beklagte Lastschriften aus Einzugsermächtigungen in Höhe von 1.254.536,31 € ein und belastete damit das genannte Konto. Mit Wirkung zum 31. August, 30. September und 31. Oktober 2002 erteilte die Beklagte der Schuldnerin jeweils Rechnungsabschlüsse.

3 Am 2. Oktober 2002 beantragte die Schuldnerin die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen. Am selben Tage wurde der Kläger zum vorläufigen Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt bestellt. Am 16. Dezember 2002 wurde der Schuldnerin vom Insolvenzgericht ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt und am 27. Dezember 2002 das Insolvenzverfahren eröffnet.

4 Der Kläger erklärte mit Schreiben vom 7. Dezember 2004 der Beklagten, er verweigere die Genehmigung sämtlicher seit 1. August 2002 bis zum Insolvenzantrag eingegangenen Lastschriften und Belastungsbuchungen. Die Beklagte erteilte jedoch keine Gutschrift.

5 Der Kläger verlangt deshalb Zahlung von 1.254.536,31 €. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung.

Entscheidungsgründe:

6 Die Revision hat keinen Erfolg.

I.

7 Das Berufungsgericht hält die Klage für unbegründet, weil die Genehmigung der Lastschriften gemäß Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken als erteilt anzusehen sei. Diese Klausel sei in das Vertragsverhältnis zwischen der Schuldnerin und

der Bank wirksam einbezogen worden. Die davon ausgehende Genehmigungsfiktion wirke nicht nur gegen den endgültigen, sondern auch gegen den vorläufigen Insolvenzverwalter, unabhängig davon, welche Befugnisse diesem vom Insolvenzgericht verliehen worden seien; denn eine Einschränkung könne den Vorschriften der Insolvenzordnung nicht entnommen werden.

II.

8 Diese Erwägungen tragen die Klageabweisung nicht.

9 1. Die Beklagte kann dem Klagebegehren allerdings nicht entgegenhalten, der Insolvenzverwalter handele mit dem Widerspruch gegen die Belastungsbuchungen rechts- und sittenwidrig, weil der Schuldnerin keine sachlichen Einwendungen gegen die den Lastschriften zugrunde liegenden Forderungen zuständen, so dass er das, was er verlange, alsbald als Schadensersatz zurückgewähren müsse (dolo agit-Einwand, § 242 BGB).

10 a) Dieser Einwand scheitert im Streitfall schon daran, dass selbst die Schuldnerin, hätte sie die Genehmigung der streitgegenständlichen Lastschriften verweigert, nicht rechtswidrig gehandelt hätte. Die gemäß Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken geltenden Widerspruchsfristen endeten für alle hier maßgeblichen Rechnungsabschlüsse erst zu einem Zeitpunkt, als die Schuldnerin schon zahlungsunfähig war und den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gestellt hatte. Dies ist unstreitig und ergibt sich im Übrigen aus den Berichten des Klägers, auf die sich die Beklagte bezogen hat. Der zahlungsunfähige Schuldner, der bereits Insolvenzantrag gestellt hat, handelt in der Regel weder rechts- noch sittenwidrig, wenn er bewusst davon absieht, die nicht bevorrechtigte For-

derung eines Gläubigers noch zu befriedigen. Da er durch seinen Insolvenzantrag nach außen kundgetan hat, er halte die Eröffnung des Insolvenzverfahren für notwendig, entspricht es dem dort geltenden Grundsatz der Gläubigergleichbehandlung, dass er grundsätzlich keine Forderungen erfüllt und deshalb auch keine Lastschriften im Einzugsermächtigungsverfahren mehr genehmigt. Für Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften ohne eine natürliche Person als persönlich haftenden Gesellschafter hat dies der Gesetzgeber durch das bereits ab Eintritt der Zahlungsunfähigkeit normierte Zahlungsverbot besonders deutlich zum Ausdruck gebracht (§ 92 Abs. 3 AktG, § 64 Abs. 2 GmbHG, § 130a Abs. 2, § 161 Abs. 2, § 177a Satz 1 HGB). Dieses Verbot erstreckt sich auch auf die Genehmigung von Lastschriften, die wirtschaftlich einer Zahlung auf konventionellem Wege entsprechen (vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG 9. Aufl. § 64 Rn. 23; Michalski/Nerlich, GmbHG § 64 Rn. 41; Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, GmbHG 18. Aufl. § 64 Rn. 79; Roth/Altmeppen, GmbHG 5. Aufl. § 64 Rn. 80; LG Köln GmbHR 1990, 136, 137).

11 b) Der erkennende Senat hat zudem in drei Urteilen vom 4. November 2004 entschieden, dass sowohl der endgültige als auch der vorläufige "starke" oder mit Zustimmungsvorbehalt ausgestattete Insolvenzverwalter die Genehmigung von Belastungsbuchungen im Einzugsermächtigungsverfahren verweigern darf, unabhängig davon, ob dem Schuldner eine sachliche Einwendung gegen den Anspruch zusteht oder dieser die Genehmigung verweigern will (IX ZR 22/03, BGHZ 161, 49 ff; IX ZR 82/03, ZInsO 2005, 40; IX ZR 28/04, EWiR 2005, 227; ebenso BGH, Urt. v. 21. September 2006 - IX ZR 173/02, WM 2006, 2092, 2093). An dieser Auffassung hält der Senat fest. Sie hat in der Rechtsprechung und der insolvenzrechtlichen Literatur ganz überwiegend Zustimmung gefunden (vgl. KG ZInsO 2004, 1361, 1362; OLG Dresden ZInsO 2005, 1272, 1274; OLG München ZIP 2007, 807, 809; FK-InsO/Schmerbach,

4. Aufl. § 21 Rn. 42c, § 22 Rn. 16; HK-InsO/Kirchhof, 4. Aufl. § 22 Rn. 50, § 24 Rn. 6; Hess, Insolvenzrecht Bd. I § 80 Rn. 254 ff, § 82 Rn. 65 f; Graf-Schlicker/Voß, InsO § 22 Rn. 18; Andres/Leithaus, InsO §§ 60, 61 Rn. 8; Dahl NZI 2005, 102; Feuerborn ZIP 2005, 604, 605; Flitsch BB 2005, 17; Gantenberg EWiR 2005, 227; Gundlach/Frenzel EWiR 2005, 121; Ringstmeier BGH-Report 2005, 270; Ringstmeier/Homann NZI 2005, 492; Spliedt ZIP 2005, 1260 ff und NZI 2007, 72 ff; Schmidt ZInsO 2006, 1233, 1235). Die in der Literatur an den genannten Urteilen geübte Kritik vermag nicht zu überzeugen, weil sie entweder die Genehmigungstheorie zu Unrecht in Frage stellt (Langenbucher, Festschrift für Mailänder, S. 21, 24 ff; Piekenbrock KTS 2007, 179, 217 ff), von einem unzutreffenden Begriff der Erfüllung ausgeht (Baumbach/Hopt, HGB 32. Aufl. [7] Bankgeschäfte Rn. D/8; Staudinger/Olzen, BGB Neubearb. 2006 vor §§ 362 ff Rn. 75; Bork ZIP 2004, 2446 ff; Jungmann WM 2007, 1633 ff; Meder JZ 2005, 1089, 1094 f; Nobbe/Ellenberger WM 2006, 1885 ff; Peschke ZInsO 2006, 470 ff) oder Inhalt und Umfang der rechtlichen Befugnisse des Insolvenzverwalters nicht hinreichend berücksichtigt (Hadding WM 2005, 1549, 1553 ff; van Gelder, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 3. Aufl. § 59 Rn. 5).

12 aa) Die Senatsurteile zur Widerspruchsbefugnis im Einzugsermächtigungsverfahren nach Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters über das Vermögen des Schuldners haben die vom Bundesgerichtshof nunmehr seit drei Jahrzehnten in ständiger Rechtsprechung vertretene Genehmigungstheorie (vgl. BGHZ 69, 82, 85; 74, 309, 312; 95, 103, 106; 144, 349, 353; 162, 294, 303; 167, 171, 174; BGH, Urt. v. 14. Februar 1989 - XI ZR 141/88, WM 1989, 520, 521; v. 10. Januar 1996 - XII ZR 271/94, WM 1996, 335, 337) zur Grundlage. Danach wird die Belastung des Schuldnerkontos erst durch die Genehmigung des Schuldners wirksam. Die dem Gläubiger erteilte Einzugsermächtigung

enthält keine Befugnis, das Weisungsrecht des Schuldners gegenüber seiner Bank auszuüben, sondern nur die Gestattung, das von der Kreditwirtschaft entwickelte technische Verfahren des Lastschrifteinzugs zu benutzen (BGH, Urt. v. 14. Februar 1989, aaO; v. 11. April 2006 - XI ZR 220/05, BGHZ 167, 171, 173 f). Nur eine solche Auslegung der Lastschriftabrede ist sachgerecht, weil für den Schuldner von der Interessenlage her kein Anlass besteht, dem Gläubiger durch die Einzugsermächtigung mehr Rechte einzuräumen, als jenem bei Abwicklung des Zahlungsverkehrs durch Überweisung oder im Abbuchungsverfahren zustehen. An der Genehmigungstheorie ist daher entgegen den zitierten Äußerungen im Schrifttum - in Übereinstimmung mit der ständigen Rechtsprechung des XI. Zivilsenats - festzuhalten.

13 bb) Da die Belastung des Schuldnerkontos erst durch die Genehmigung des Schuldners wirksam wird, ist die Forderung des Gläubigers auch nach der Gutschrift auf dessen Konto und der Belastungsbuchung auf dem Schuldnerkonto noch nicht erfüllt; vielmehr hat der Gläubiger gegen den Schuldner weiterhin den Erfüllungsanspruch, der nunmehr auf Genehmigung der Belastung gerichtet ist. Dabei handelt es sich lediglich um einen schuldrechtlichen Anspruch, der mit Verfahrenseröffnung zu einer Insolvenzforderung im Sinne von § 38 InsO wird (BGHZ 161, 49, 54 f); diese ist, weil nicht auf Zahlung von Geld gerichtet, gemäß § 45 InsO umzurechnen. Alle Versuche, die Erfüllungswirkung im Rechtsverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger auf einen früheren Zeitpunkt zu verlegen (vgl. insbesondere Bork, Festschrift für Gerhardt S. 69, 76; Nobbe/Ellenberger, aaO S. 1888), scheitern daran, dass vor der Genehmigung durch den Schuldner nichts aus dessen Vermögen abgeflossen ist und die Gutschrift auf dem Gläubigerkonto dem Schuldner auch nicht aus anderen Gründen als Leistung zugerechnet werden kann; denn die Einzugsermächtigung begründet keine Befugnis, über das Konto des Schuldners zugunsten des Gläubi-

gers zu verfügen (BGH, Urt. v. 11. April 2006 - XI ZR 220/05, BGHZ 167, 171, 173 ff). Die in das Verfahren eingeschalteten Banken erfüllen nicht als Dritte im Sinne von § 267 BGB die Verbindlichkeit des Schuldners; denn ihnen fehlt der Wille, mit der Gutschrift selbst die Verbindlichkeit eines anderen zu tilgen (vgl. BGHZ 46, 319, 325; 75, 299, 303). Sie treten erkennbar lediglich als Leistungsmittler auf (van Gelder, in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch 3. Aufl. § 58 Rn. 176; Häuser WM 1991, 1, 5).

14 Zwar gestattet die Vertragsfreiheit es den Beteiligten, gleichwohl im Valutaverhältnis zu vereinbaren, Erfüllung solle schon vor der Genehmigung durch den Schuldner eintreten. Ein übereinstimmender Parteiwille dieses Inhalts kann aus der Lastschriftabrede allgemein, ohne konkrete Anhaltspunkte im Einzelfall, jedoch nicht abgeleitet werden, weil es nicht dem berechtigten Interesse des Gläubigers entspricht, eine Leistung als Erfüllung gelten zu lassen, von der er nicht sicher sein kann, dass er sie behalten darf (vgl. BGH, Beschl. v. 23. Januar 1996 - XI ZR 75/95, WM 1996, 438, 439), und die er selbst nach Ablauf der Sechs-Wochen-Frist gemäß Abschn. III Nr. 2 des Lastschriftabkommens der Schuldnerbank im Wege des Bereicherungsausgleichs zurückgewähren muss, wenn der Schuldner die Genehmigung versagt (vgl. BGHZ 167, 171, 176). Auf der anderen Seite erfordert es auch das berechtigte Interesse des Schuldners, der sich durch die Einzugsermächtigung der Gefahr vom Gläubiger veranlasster unberechtigter Belastungen seines Kontos ausgesetzt hat, dass dieser nicht eine Erfüllung seiner Forderung gegen den Willen des Schuldners ohne staatliche Zwangsmittel durchsetzen kann. Die Ansicht, dass die Lastschrift im Regelfall ohne Genehmigung des Schuldners keine Erfüllung bewirkt, beruht daher auf einer sachgerechten Bewertung der Interessen von Gläubiger und Schuldner.

15 c) Aus den in BGHZ 161, 49, 54 f dargelegten Gründen ist die Gläubigerforderung durch die Gutschrift auch nicht auflösend bedingt erfüllt worden. Selbst die Annahme einer auflösenden Bedingung würde indes nicht die Rechtsstellung des Gläubigers - und erst recht nicht diejenige der Schuldnerbank - verbessern, weil er auch dann kein insolvenzfestes Recht erworben hätte. Beim Erwerb bedingter Rechte ist insolvenzrechtlich entscheidend, ob der Gläubiger bereits eine Rechtsstellung erlangt hat, die ihm aufgrund alleiniger Entscheidung des Schuldners nicht mehr entzogen werden kann (BGHZ 155, 87, 93; BGH, Urt. v. 17. November 2005 - IX ZR 162/04, NZI 2006, 229, 230). Dies ist bei einer Lastschrift im Einzugsermächtigungsverfahren schon deshalb nicht der Fall, weil der Schuldner die Genehmigung ohne weiteres versagen kann, die rechtliche Wirksamkeit des Widerspruchs also von keinen weiteren Voraussetzungen als der Erklärung selbst abhängig ist.

16 d) Selbst wenn man indes eine Erfüllung der Gläubigerforderung ohne eine den Vermögensabfluss bewirkende Genehmigung des Schuldners bejahen wollte, hätte dies keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Schuldnerbank im Insolvenzverfahren; denn deren Aufwendungsersatzanspruch aus § 684 Satz 2 BGB, der grundsätzlich erst mit Genehmigung des Schuldners entsteht (vgl. BGHZ 144, 349, 353; 167, 171, 174), ist damit weder erfüllt noch etwa insolvenzfest begründet worden. Die Erfüllung des Gläubigeranspruchs würde somit nichts daran ändern, dass der Schuldnerbank lediglich eine Insolvenzforderung - sei es auf Erteilung der Genehmigung, sei es unmittelbar auf Erstattung des Aufwands - zustände.

17 e) Der Auffassung des Senats zum Umfang der Widerspruchsbefugnis des vorläufigen und des endgültigen Insolvenzverwalters wird von einzelnen Kritikern entgegengehalten, der Insolvenzverwalter habe nicht mehr Rechte als

der Schuldner; er übernehme daher das Vertragsverhältnis in dem Rechtszustand, den dieses vor seiner Bestellung habe. Sei der Schuldner zur Genehmigung verpflichtet, wäre ein von ihm erklärter Widerspruch sittenwidrig, so bewirke ein Widerspruch durch den Verwalter keine "sittliche Läuterung" (vgl. van Gelder, aaO § 59 Rn. 5; Hadding WM 2005, 1549, 1553 ff; Nobbe/Ellenberger, aaO S. 1890). Diese Auffassung verkennt die rechtlichen Auswirkungen des im Insolvenzrecht schon vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltenden Gläubigergleichbehandlungsgrundsatzes (zu dessen zeitlicher Geltung vgl. BGHZ 162, 143, 149 m.w.N.) auf die Rechtsstellung des Verwalters.

18 aa) Zwar hat der Bundesgerichtshof mehrfach ausgesprochen, dass der Verwalter innerhalb eines Vertragsverhältnisses nicht mehr und keine anderen Rechte geltend machen könne als der Schuldner (vgl. BGHZ 44, 1, 4; 56, 228, 230 f; 106, 169, 175; BGH, Urt. v. 17. Dezember 1998 - IX ZR 151/98, WM 1999, 229 ff). Diese Rechtsprechung ist jedoch für die Frage der Widerspruchsbefugnis ohne Bedeutung. Da der Schuldner mit der Genehmigung einen Anspruch des Gläubigers erfüllt, der im Insolvenzverfahren lediglich eine einfache Insolvenzforderung darstellt, geht es darum, ob der Insolvenzverwalter verpflichtet ist, eine solche Forderung anstelle des Schuldners auszugleichen. Dies ist zweifelsfrei zu verneinen, weil er einer nicht insolvenzgesicherten Forderung keine Vorzugsstellung gegenüber ranggleichen Forderungen einräumen darf. Dies gilt selbst dann, wenn man mit Hadding (aaO S. 1553 ff) - zu Unrecht - den Anspruch auf Erteilung der Genehmigung als einen solchen auf Unterlassung des Widerspruchs behandeln würde; denn auch Unterlassungsansprüche, die nicht dinglich abgesichert sind und kein Aussonderungsrecht begründen, sind bloße Insolvenzforderungen und binden daher den Verwalter nicht (BGHZ 155, 371 ff).

19 bb) Die Befugnis, die Genehmigung zu versagen, steht auch dem schwachen, mit Zustimmungsvorbehalt (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO) bestellten Insolvenzverwalter zu. Das folgt aus Wortlaut und Zweck von § 21 InsO. Gemäß Absatz 1 Satz 1 der Vorschrift hat das Insolvenzgericht alle Maßnahmen zu treffen, die erforderlich erscheinen, um bis zur Entscheidung über den Eröffnungsantrag eine den Gläubigern nachteilige Veränderung der Vermögenslage des Schuldners zu verhüten. Als eine der zu diesem Zweck in Betracht kommenden Maßnahmen nennt Absatz 2 der Bestimmung die Anordnung, dass Verfügungen des Schuldners nur mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind. Verfügungen in diesem Sinne sind alle Rechtshandlungen, die auf das Vermögen des Schuldners unmittelbar einwirken; daher werden auch alle Zahlungen des Schuldners erfasst (BGHZ 151, 353, 361; HK-InsO/Kirchhof, aaO § 24 Rn. 5). Dasselbe gilt demzufolge für Genehmigungen im Einzugsermächtigungsverfahren, weil der Anspruch des Gläubigers erfüllt und ein Aufwendungsersatzanspruch der Zahlstelle gegen den Schuldner begründet wird (HK-InsO/Kirchhof, aaO § 21 Rn. 17, § 24 Rn. 6; Fischer, Festschrift für Gerhardt, S. 223, 233; OLG Karlsruhe ZIP 2007, 286, 287).

20 cc) Wie der Senat bereits im Urteil vom 4. November 2004 im Einzelnen begründet hat, benachteiligt dieses Ergebnis den einzelnen Gläubiger nicht unbillig (vgl. BGHZ 161, 49, 57 f). Der hier zutage tretende Gegensatz zwischen seinen Interessen und denjenigen der Gläubigergesamtheit lässt sich durchaus sachgerecht lösen, jedoch nicht auf dem Weg einer insolvenzrechtlich unhaltbaren rechtlichen Konstruktion, sondern vielmehr dadurch, dass an das konkludente Genehmigen des Schuldners - insbesondere bei regelmäßig wiederkehrenden Lastschriften aus Dauerschuldverhältnissen - keine zu hohen Anforderungen gestellt werden.

21 2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts gelten die Belastungsbuchungen auch nicht gemäß Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken als genehmigt.

22 a) Nach dieser Bestimmung hat der Kunde Einwendungen gegen eine Belastungsbuchung aus einer Lastschrift, für die er dem Gläubiger eine Einzugsermächtigung erteilt hat, spätestens vor Ablauf von sechs Wochen nach Zugang des Rechnungsabschlusses zu erheben, in dem die Belastungsbuchung enthalten ist, sofern er sie nicht zuvor schon genehmigt hat. Das Unterlassen rechtzeitiger Einwendungen gilt als Genehmigung der Belastung. Diese den Vorgaben des XI. Zivilsenats des BGH im Urteil vom 6. Juni 2000 (BGHZ 144, 349, 355 f) entsprechende Klausel ist wirksam in den Girovertrag zwischen der Schuldnerin als Unternehmerin (§ 14 BGB) und der Beklagten einbezogen worden (§ 307 Abs. 1 und 2, § 310 Abs. 1 BGB).

23 b) § 305 BGB sieht die Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen des Verwenders nur für dessen Vertragspartner vor. Dies ist schon nach dem Wortlaut von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB eindeutig und im Übrigen allgemein anerkannt. Eine Einbeziehung von AGB zu Lasten Dritter ist danach rechtlich nicht möglich (Staudinger/Schlosser, BGB Bearb. 2006 § 305 Rn. 167; Ulmer in Ulmer/Brandner/Henssen, AGB-Recht 10. Aufl. § 305 BGB Rn. 168a). Daraus folgt, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen, die Gegenstand des Vertrages zwischen Gläubiger und Schuldner geworden sind, gegenüber dem vorläufigen und endgültigen Insolvenzverwalter rechtliche Bedeutung nur erlangen können, soweit dieser in die vertraglichen Rechte und Pflichten des Schuldners eingetreten ist.

24 Diese Voraussetzungen sind, bezogen auf einen mit Zustimmungsvorbehalt bestellten vorläufigen Insolvenzverwalter (§ 22 Abs. 2, § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO), nicht gegeben. Die Genehmigung der Lastschrift durch den Schuldner als Hauptgeschäft des Vertragspartners, dessen Erklärung im Rahmen von § 308 Nr. 5 BGB klauselmäßig fingiert werden kann, und die Zustimmung zu dieser Verfügung des Schuldners durch den vorläufigen Insolvenzverwalter sind formal und funktional zu unterscheiden. Der Zustimmungsvorbehalt bewirkt lediglich, dass der vorläufige Insolvenzverwalter die Wirksamkeit rechtsgeschäftlicher Verfügungen des Schuldners zu verhindern vermag. Aufgrund einer solche Anordnung des Insolvenzgerichts sind Verfügungen des Schuldners ohne Zustimmung des vorläufigen Verwalters absolut unwirksam (§ 24 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO). Ein in der beschriebenen Weise ausgestatteter vorläufiger Verwalter kann auf die Vertragsabwicklung in der Weise Einfluss nehmen, dass er die Verringerung des Schuldnervermögens, insbesondere durch Erfüllung von Verbindlichkeiten, verhindert (BGHZ 151, 353, 361 f). Dagegen ist er rechtlich nicht in der Lage, den Schuldner gegen dessen Willen zu Rechtshandlungen anzuhalten oder ihn daran zu hindern, Verpflichtungsgeschäfte einzugehen, aus denen Insolvenzforderungen entstehen (BGHZ 151, aaO; HK-InsO/Kirchhof, aaO § 22 Rn. 48). Ebenso wenig hat er die Rechtsmacht, anstelle des Schuldners im eigenen Namen zu handeln. Der vorläufige Insolvenzverwalter mit Zustimmungsvorbehalt kann daher aus eigenem Recht - also ohne Einwilligung des Schuldners - eine Belastungsbuchung nicht genehmigen. Seine Befugnis beschränkt sich in diesem Bereich darauf, die Gläubigergesamtheit vor einer Vermögensminderung der Masse durch den Schuldner oder Dritte zu schützen. Aus diesen Gründen kann er - anders als der vorläufige Insolvenzverwalter, auf den die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis übergegangen ist (§ 22 Abs. 1 InsO) - grundsätzlich keine Masseverbindlichkeiten begründen (§ 55 Abs. 2 InsO; vgl. BGHZ 151, 353 ff). Damit hat er insge-

samt keine Rechtsstellung erlangt, die es rechtfertigen könnte, dass er Rechtswirkungen, die ohne sein Zutun eintreten, gegen sich gelten lassen muss (ebenso Ganter WM 2005, 1557, 1562; Ringstmeier/Homann NZI 2005, 492, 493; Spliedt NZI 2007, 72, 78).

25 3. Dagegen wirkt Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken im Rechtsverhältnis zwischen der Schuldnerbank und dem vorläufigen "starken" sowie dem endgültigen Insolvenzverwalter in gleicher Weise wie gegenüber der Schuldnerin, solange jene uneingeschränkt verfügungsberechtigt war. Im Streitfall entsteht jedoch aus dieser Rechtsfolge - mit Ausnahme der am 1. und 2. Oktober vorgenommenen Lastschriftbuchungen - kein Einwand gegen die Klageforderung.

26 a) Außerhalb des oben zu 1 e erörterten Bereichs tritt der Insolvenzverwalter in die Rechtslage des Vertrages bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 103 ff InsO ein anderes ergibt. Er muss deshalb in diesem Rahmen die dem Schuldner ungünstigen vertraglichen Nebenabreden gegen sich gelten lassen (vgl. BGHZ 56, 228, 230 f; BGH, Urt. v. 17. Dezember 1998 - IX ZR 151/98, WM 1999, 229 ff). Zwar erlischt das Giroverhältnis mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß §§ 115, 116 InsO; in dem dadurch entstandenen Abwicklungsverhältnis ist die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis jedoch ebenfalls vom Schuldner auf den Insolvenzverwalter übergegangen. Daher kann er nicht genehmigte Lastschriften widerrufen, muss aber - wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat - auch die von Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken ausgehenden Rechtswirkungen gegen sich gelten lassen, sofern die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, was im Streitfall nicht zweifelhaft ist, wirksam in das Giroverhältnis einbezogen worden sind (ebenso Knees/Kröger ZInsO 2006, 393, 394).

27 Gegenüber dem Kläger als endgültigem Insolvenzverwalter äußert die Fiktion der Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken jedoch keine Rechtswirkungen, weil der maßgebliche 6-Wochen-Zeitraum nach Erteilung der Rechnungsabschlüsse für August, September und Oktober 2002 abgelaufen war, bevor das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet wurde. Die Frage der Wirkung von Nr. 7 Abs. 3 AGB-Banken richtet sich entsprechend dem Inhalt der Klausel nach der Rechtsstellung des Insolvenzverwalters in den jeweiligen 6-Wochen-Zeiträumen.

28 b) Wird ein vorläufiger Insolvenzverwalter bestellt und dem Schuldner ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt, geht die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Schuldners auf den vorläufigen Verwalter über (§ 22 Abs. 1 Satz 1 InsO), der damit - unter Vorwegnahme der Rechtsfolge des § 80 Abs. 1 InsO - weitgehend die Befugnisse eines endgültigen Verwalters erhält. Seine insolvenzspezifischen Gestaltungsmöglichkeiten sind allerdings eingeschränkt, weil er weder das Wahlrecht des Insolvenzverwalters nach § 103 InsO hat noch die §§ 115 bis 117 InsO im Eröffnungsverfahren anwendbar sind. Da die Genehmigung der Belastungsbuchung eine Verfügung im Sinne des § 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 22 Abs. 1 Satz 1 InsO ist und der vorläufige "starke" Verwalter insoweit uneingeschränkt in die Rechtsstellung des Schuldners vor dem Erlass von Verfügungsbeschränkungen einrückt, ersetzt nunmehr die Genehmigung des vorläufigen Verwalters diejenige des Schuldners. Infolgedessen ist es sachgerecht, den vorläufigen "starken" Verwalter auch hinsichtlich der Genehmigungsfunktion den wirksam vereinbarten Geschäftsbedingungen zu unterwerfen.

29 Auch daraus erwächst der Beklagten indes kein nennenswerter Einwand. Die 6-Wochen-Frist nach Zugang der Rechnungsabschlüsse für August und September 2002 war schon abgelaufen, als der Kläger zum "starken" vorläufigen Verwalter bestellt wurde. Nach diesem Zeitpunkt endete lediglich der Genehmigungszeitraum, welcher den Rechnungsabschluss für den Monat Oktober betrifft, also die Belastungsbuchungen vom 1. und 2. Oktober 2002 enthält. Er ging der Schuldnerin am 6. November 2002 zu, so dass die 6-Wochen-Frist erst am 18. Dezember 2002 endete. An die Zulassung dieses in zweiter Instanz nachgeholten Vortrags durch das Berufungsgericht ist der Senat gebunden (vgl. BGH, Beschl. v. 22. Januar 2004 - V ZR 187/03, NJW 2004, 1458). Daher besteht keine Veranlassung, auf die - den Senat nicht überzeugende - ausführliche Kritik des Berufungsurteils an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einzugehen, wonach unstreitiges neues Vorbringen immer zugelassen werden muss (vgl. BGHZ 161, 138; BGH, Urt. v. 19. Oktober 2005 - IV ZR 89/05, NJW 2006, 298, 299; v. 19. Januar 2006 - III ZR 105/05, NJW-RR 2006, 630; v. 21. Februar 2006 - VIII ZR 61/04, NJW-RR 2006, 755).

III.

30 Das Berufungsgericht hat weiter ausgeführt: Der Verwirkungseinwand (§ 242 BGB) der Beklagten greife durch. Der Kläger habe alsbald nach seiner Bestellung zum vorläufigen Insolvenzverwalter Kenntnis von allen Belastungsbuchungen erhalten. Mehr als zwei Jahre nach Vornahme der Lastschriften habe die Beklagte nicht mehr mit einem Widerruf zu rechnen brauchen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass der Kläger mit Schreiben vom 7. Oktober 2002 das Konto "mit sofortiger Wirkung" nur für zukünftige Lastschriften gesperrt habe, ohne sich eine Überprüfung schon erfolgter Lastschriften vorzubehalten.

31 Dagegen habe der Kläger die Belastungsbuchungen weder ausdrücklich noch konkludent genehmigt. Die rein tatsächliche Weiterbenutzung des Kontos enthalte keinen Anknüpfungspunkt für eine rechtsgeschäftliche Erklärung, zumal der zwischen der Beklagten und der Schuldnerin geschlossene Girovertrag gemäß §§ 115, 116 InsO mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens geendet habe.

IV.

32 Es kann dahingestellt bleiben, ob die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Verwirkung rechtlich zutreffend sind; denn die Beklagte macht zu Recht geltend, dass der Kläger die Belastungsbuchungen aus den streitgegenständlichen Lastschriften als endgültiger Insolvenzverwalter konkludent genehmigt hat.

33 1. Im bloßen Schweigen auf die zugegangenen Kontoauszüge, die die Lastschriften enthielten, liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs keine rechtsgeschäftliche Erklärung; es kann daher nicht als Genehmigung der Buchungen gewertet werden (BGHZ 73, 207, 209 f; 95, 103, 108; 144, 349, 354; BGH, Urt. v. 12. Juni 1997 - IX ZR 110/96, WM 1997, 1658, 1660).

34 2. Im Schrifttum wird teilweise die Ansicht vertreten, die widerspruchslose Fortsetzung des Zahlungsverkehrs auf dem mit den Buchungen belasteten Konto über einen längeren Zeitraum hinweg enthalte eine konkludente Genehmigung (vgl. Jungmann NZI 2005, 84, 88; Knees/Fischer ZInsO 2004, 5, 6; Kuder ZInsO 2004, 1356, 1358; Nobbe/Ellenberger WM 2006, 1885, 1886 f;

Sonnenhol WM 2002, 1259, 1263). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Frage bisher nicht grundsätzlich geklärt (vgl. BGHZ 144, 349, 354 f). Sie bedarf auch im Streitfall keiner umfassenden Erörterung. Jedenfalls aufgrund der hier unstreitig gegebenen Umstände durfte die Beklagte das Verhalten des Klägers als konkludente Genehmigung der Lastschriften verstehen. Die abweichende Auffassung des Berufungsgerichts beruht darauf, dass es die im Streitfall gegebenen besonderen tatsächlichen Umstände nicht in seine Würdigung einbezogen hat.

35 a) Der Kläger hat mit Schreiben vom 7. Oktober 2002 der Beklagten seine Bestellung zum vorläufigen Insolvenzverwalter angezeigt und gleichzeitig erklärt: "Die bei Ihnen geführten Girokonten bitte ich im Hinblick auf die Sicherungsbefugnis mit sofortiger Wirkung für Lastschriften zu sperren und ebenso Daueraufträge, Einzugs- und Abbuchungsermächtigungen unbezahlt zurückzugeben." Dieses Schreiben enthielt zwar, für sich genommen, keine Genehmigung der schon auf Tageskontoauszügen gebuchten Lastschriften. Es war jedoch geeignet, für die Zukunft die Erwartung zu begründen, der Kläger werde sich noch in vergleichbarer Weise äußern, wenn er deren Beseitigung verlangen, die Genehmigung also versagen wolle.

36 b) Das weitere Verhalten des Klägers als endgültiger Insolvenzverwalter war in dem Sinne zu deuten, dass er insoweit keine Einwendungen mehr erheben, die Lastschriften also genehmigen wollte.

37 Der Kläger hat das Girokonto mehr als ein Jahr über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinaus zum Empfang von Zahlungen der Kunden der Schuldnerin sowie zur Abwicklung von Geschäftsbeziehungen genutzt. Zwar trifft es zu, dass über dieses Konto grundsätzlich keine Zahlungen auf Forde-

rungen von Gläubigern mehr erfolgt sind. Vielmehr hatte die Beklagte an den Kläger wöchentlich das auf dem Konto zwischenzeitlich aufgelaufene Guthaben zu überweisen. Dieses entstand aber in wesentlichem Umfang, wie die von der Beklagten vorgelegte Kontenverdichtung belegt, aus Lastschriftrückgaben betreffenden Gutschriften. Diese waren dem Kläger bekannt; denn er hat unstreitig die entsprechenden Kontoauszüge erhalten. Die Beklagte hat auf diese Weise dem Kläger über ein Jahr lang in kurzen zeitlichen Abständen alle auf dem Konto eingegangenen Guthaben überwiesen, bis der Kläger ihr mit Schreiben vom 9. Februar 2004 erklärte, das Konto könne geschlossen werden, was in der Folgezeit auch geschah.

38 Hätte der Kläger sich die Möglichkeit offen halten wollen, den streitgegenständlichen Lastschriften zu widersprechen, dann wäre die geschilderte Verfahrensweise und erst recht die nach Erhalt von mehr als 900.000 € geäußerte Bitte um Schließung des Kontos nicht verständlich. Vielmehr hätte es sich dann geradezu aufgedrängt, auch die streitgegenständlichen Lastschriften zu widerrufen, um so im Wege der Abwicklung dieses Kontos noch einen deutlich höheren Betrag zugunsten der Masse zu erlangen. Das vom Kläger gewählte Verfahren ergab folglich nur dann einen Sinn, wenn er die früheren Lastschriften nicht beanstanden wollte. Dies rechtfertigt es, in der Art und Weise der weiteren Nutzung des Kontos eine konkludente Genehmigung der Belastungen zu sehen.

39 c) Diese Wertung ist zudem im Hinblick auf den Aufgabenbereich und die daraus folgende typische Verhaltensweise des Insolvenzverwalters geboten. Nach Verfahrenseröffnung gehört es zu seinen elementaren Aufgaben, das gesamte zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen sofort in Besitz und Verwaltung zu nehmen (§ 148 Abs. 1 InsO). Jeder sachgerecht arbeitende Insolvenz-

verwalter wird daher - wenn dies nicht schon im Eröffnungsverfahren geschehen ist - alsbald ermitteln, in welchem Umfang es geboten ist, Lastschriften, die der Schuldner noch nicht genehmigt hat, zu widersprechen. Das wird nicht ohne weiteres pauschal geschehen können, weil möglicherweise mit einzelnen Gläubigern, die bereit sind, die Geschäftsbeziehung fortzusetzen, Vereinbarungen getroffen werden müssen, aus denen Masseschulden entstehen.

40 In jedem Fall ist schon wegen der wirtschaftlichen Bedeutung der Genehmigung von Lastschriften eine alsbaldige Entscheidung dieser Frage im Interesse der Masse geboten. Dies gilt erst recht bei einem Unternehmen von der Größe der Schuldnerin, wo eine beträchtliche Zahl von Lastschriftbuchungen aus kritischer Zeit vorliegt. Ein sachgerecht arbeitender Verwalter, der beabsichtigt, durch Widerruf von Lastschriften Vorteile für die Masse zu erzielen, wird daher unverzüglich nach seiner Bestellung dieser Frage nachgehen und keinesfalls mehrere Wochen in dieser Sache untätig bleiben. Veranlasst er dagegen wie der Kläger über einen weitaus längeren Zeitraum in dieser Hinsicht nichts, so kann dies sowohl vom Gläubiger als auch der Schuldnerbank in der Regel nur als Genehmigung der Lastschriften verstanden werden.

41 d) Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht, die Beklagte habe sein Verhalten schon deshalb nicht als Genehmigung verstehen dürfen, weil eine solche insolvenzzweckwidrig und damit unwirksam gewesen wäre. Diese Erwägung verhilft der Revision selbst dann nicht zum Erfolg, wenn man annimmt - wofür mangels entsprechenden Vortrags die notwendige Tatsachengrundlage fehlt -, dass die Genehmigung jeder einzelnen der streitgegenständlichen Lastschriften dem Insolvenzzweck widersprach.

42 Allerdings sind solche Rechtshandlungen des Verwalters, welche der gleichmäßigen Befriedigung aller Insolvenzgläubiger klar und eindeutig zuwiderlaufen, unwirksam; sie verpflichten die Masse nicht (BGHZ 150, 353, 360; BGH, Urt. v. 28. Oktober 1993 - IX ZR 21/93, NJW 1994, 323, 326). Dies trifft indes nur dann zu, wenn der Widerspruch zum Insolvenzzweck evident war und sich dem Geschäftspartner aufgrund der Umstände des Einzelfalls ohne weiteres begründete Zweifel an der Vereinbarkeit der Handlung mit dem Zweck des Insolvenzverfahrens aufdrängen mussten, ihm somit der Sache nach zumindest grobe Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (BGHZ 150, 353, 354, 361). Diese Voraussetzungen waren zu dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt nicht gegeben; denn vor dem Bekanntwerden der Senatsurteile vom 4. November 2004 (aaO) vertrat die ganz überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Ansicht, der Insolvenzverwalter mache sich schadensersatzpflichtig, wenn er die Genehmigung einer Lastschrift verweigere, obwohl sachliche Einwände des Schuldners nicht bestehen. Daher durfte die Beklagte das beschriebene Verhalten des Klägers nach Treu und Glauben in dem Sinne deuten, dass er die streitgegenständlichen Lastschriften genehmigte. An diesem objektiven Erklärungswert seines Verhaltens muss der Kläger sich festhalten lassen und kann es nicht nachträglich aufgrund besserer Erkenntnis korrigieren.

V.

43 Die Klage ist auch nicht unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Insolvenzanfechtung begründet.

44 1. Die Insolvenzanfechtung der Genehmigung wäre nur gegenüber dem Gläubiger als Empfänger der Leistung möglich gewesen; denn für Insolvenzanfechtungen im Mehrpersonenverhältnis gelten die bereicherungsrechtlichen Grundsätze entsprechend (BGHZ 142, 284, 287 m.w.N.).

45 2. Im Übrigen ist die Klage gegen die Beklagte erst am 21. Juli 2005, also nach Ablauf der im Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens noch geltenden und deshalb rechtlich maßgeblichen zweijährigen Verjährungsfrist des § 146 Abs. 1 InsO (Art. 229 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 i.V.m. § 6 Abs. 3 EGBGB), bei Gericht eingegangen. Die Beklagte hat sich auf Verjährung berufen.

VI.

46 Die Voraussetzungen für eine Vorlage der Sache an den Großen Senat für Zivilsachen gemäß § 132 GVG sind nicht gegeben. Die Entscheidung steht - ebenso wie die Senatsurteile vom 4. November 2004 (aaO) - in Einklang mit der Rechtsprechung des für das Bankrecht zuständigen XI. Zivilsenats. Sie zieht lediglich die notwendigen insolvenzrechtlichen Schlussfolgerungen aus der früher vom II. und nunmehr vom XI. Zivilsenat zu Recht vertretenen Genehmigungstheorie.

47 Soweit der Senat schon ein rechts- und sittenwidriges Verhalten der Schuldnerin verneint hat, steht dies nicht in Widerspruch zur bisher ergangenen Rechtsprechung. Das Urteil BGHZ 74, 300 betrifft das Verhalten eines Schuldners, der sich nicht in der Insolvenz befand. Das Urteil BGHZ 101, 153 beruht

entscheidend darauf, dass der Widerspruch dazu missbraucht wurde, den Betrag einem anderen Gläubiger zuzuwenden.

48 Entgegen der Meinung von Nobbe/Ellenberger (aaO, S. 1890 f) besteht auch keine entscheidungserhebliche Divergenz zum Urteil des II. Zivilsenats vom 28. Mai 1979 (BGHZ 74, 309, 315). Der dort enthaltene Satz, die Gutschrift, die der Zahlungsempfänger erlange, stehe unter der auflösenden Bedingung des Widerspruchs des Zahlungspflichtigen, war für die ergangene Entscheidung zweifelsfrei nicht tragend. Im Übrigen würde sich auch bei Annahme einer auflösend bedingten Erfüllung - wie oben zu II 1 c ausgeführt - an der Widerspruchsbefugnis des vorläufigen Insolvenzverwalters und erst recht an der Entscheidung dieses Rechtsstreits nichts ändern.

Fischer Raebel Vill

Cierniak Lohmann

Vorinstanzen:
LG München I, Entscheidung vom 26.01.2006 - 22 O 14187/05 -
OLG München, Entscheidung vom 26.10.2006 - 19 U 2327/06 -