

Mit dem Freistellungsanspruch des Bürgen gegen den Hauptschuldner, dessen Vermögensverhältnisse sich wesentlich verschlechtert haben, kann gegen einen Zahlungsanspruch nicht aufgerechnet werden (Abweichung von RGZ 78, 26, 34; 143, 192, 194).

c) GmbHG § 32 a; DMBilG § 56 e Abs. 1 Satz 2

Hat die Treuhandanstalt eine Bürgschaft, die sie vor der Neufestsetzung der Kapitalverhältnisse der Hauptschuldnerin übernommen hatte, danach stehengelassen, so entfällt noch nicht deshalb die Privilegierung gemäß § 56e Abs. 1 Satz 1 DMBilG.

BGH, Urt. v. 14. Januar 1999 - IX ZR 208/97 - KG Berlin

LG Berlin

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1999 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Paulusch und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel der Parteien werden - unter Zurückweisung im übrigen - das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 8. April 1997, berichtigt durch Beschluß vom 3. Juni 1997, sowie das Schlußurteil der 9. Zivilkammer des Landgerichts Berlin vom 26. September 1995 im Kostenpunkt aufgehoben und im übrigen wie folgt geändert und neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 957.814,65 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 31. August 1993 zu zahlen.

Im übrigen wird die Klage abgewiesen.

Auf die Widerklage wird der Kläger verurteilt, an die Beklagte 915.350,06 DM nebst 5,75 % Zinsen seit dem 19. Dezember 1996 zu zahlen.

Die Kosten der ersten Instanz trägt die Beklagte. Die bis zur Verweisung an das Landgericht Berlin im Verfahren vor

- 4 -

dem Landgericht Leipzig - 7 O 2171/94 - entstandenen Mehrkosten fallen jedoch dem Kläger zur Last.

Die Kosten der Berufungsinstanz tragen der Kläger zu 44 % und die Beklagte zu 56 %.

Die Kosten der Revisionsinstanz werden gegeneinander aufgehoben.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger ist Verwalter im Verfahren der Gesamtvollstreckung über das Vermögen der C. GmbH, vormals B. GmbH (im folgenden: Schuldnerin). Deren Alleingesellschafterin ist die Beklagte, die früher als Treuhandanstalt bezeichnet wurde.

Am 7. Juni 1991 und am 20. Dezember 1991 verbürgte sich die Beklagte in Höhe von 745.800 DM und 310.000 DM gegenüber der D. Bank AG als Rechtsnachfolgerin der D. K. Bank AG (im folgenden: Bank) für Darlehensforderungen gegen die Schuldnerin. Diese veräußerte mit notariellem Vertrag vom 2. Juli 1992 einen Betriebsteil. Der Kaufpreis von 1.900.000 DM wurde gemäß



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Ziffer 4.2 des Vertrags an die Beklagte überwiesen. Nach dessen Ziffer 5.5 hatte die Beklagte Beseitigungskosten für Altlasten des verkauften Betriebsteils anteilig zu tragen.

Am 11. Januar 1993 übernahm die Beklagte gegenüber der Bank eine neue Bürgschaft über 746.000 DM für die Schuldnerin. Mit Schreiben der Bank vom 10. Februar 1993 wurde die Beklagte aufgrund "Umschreibung der Globalbürgschaft in eine Einzelbürgschaft ... vom 11.1.1993" aus der Bürgschaft vom 7. Juni 1991 entlassen. Unter dem 29. April 1993 nahm die Bank die Beklagte aus den Bürgschaften in Anspruch.

Nachdem Antrag auf Gesamtvollstreckung über das Vermögen der Schuldnerin gestellt worden war, zahlte die Beklagte am 14. Mai 1993 auf die Bürgschaft vom 11. Januar 1993 703.795,56 DM. Am 24. Mai 1993 wurde die Sequestration des Vermögens der Schuldnerin angeordnet. Am 10. Juni 1993 zahlte die Beklagte auf die Bürgschaft vom 20. Dezember 1991 253.815,41 DM. Am 9. Juli 1993 wurde die Gesamtvollstreckung über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Am 11. August 1993 leistete die Beklagte eine weitere Zahlung auf die übernommenen Bürgschaften in Höhe von 203,68 DM. Insgesamt hat sie auf die Bürgschaften 957.814,65 DM gezahlt.

Der Kläger nimmt die Beklagte auf Auszahlung des vereinnahmten Kaufpreises von 1,9 Mio. DM in Anspruch. Nach Zahlung eines Teilbetrags von 915.350,06 DM haben die Parteien die Klage insoweit in der Hauptsache für erledigt erklärt. Hinsichtlich eines weiteren Betrages von 21.555,29 DM und

Zinsforderungen ist am 13. Juli 1995 ein Teil-Anerkenntnisurteil ergangen. Gegen die verbleibenden 963.094,65 DM rechnet die Beklagte mit Regreßforderungen wegen ihrer Inanspruchnahme aus den Bürgschaften sowie einem Anspruch auf Bürgschaftsentgelte in Höhe von 5.280 DM auf. Der Kläger begehrt zusätzlich die Feststellung, daß der Beklagten keine Ansprüche aus einem zwischen der B. L. GmbH und der D. K. Bank AG unter dem 5. Dezember 1990 geschlossenen Globalzessionsvertrag zustehen.

Das Landgericht hat der Klage durch Schlußurteil vom 26. September 1995 in Höhe von weiteren 254.019,09 DM nebst Zinsen stattgegeben und sie im übrigen abgewiesen. Dagegen haben beide Parteien Berufung eingelegt. Aufgrund einer am 9. August 1995 erfolgten weiteren Zahlung der Beklagten in Höhe von 966.245,78 DM hat der Kläger insoweit den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt und nunmehr Feststellung der Erledigung sowie Zahlung restlicher Zinsen in Höhe von 71.551,85 DM begehrt. Hilfsweise hat er die Anträge der ersten Instanz (1. Zahlung von 963.094,65 DM nebst Zinsen; 2. Feststellung, daß der Beklagten aus der Globalzession keine Rechte zustehen) gestellt. Die Beklagte hat einer Erledigung widersprochen und Widerklage auf Rückzahlung von 915.350,06 DM erhoben, da dieser Betrag irrtümlich doppelt an den Kläger gezahlt worden sei. Das Berufungsgericht hat die beiderseitigen Berufungen zurückgewiesen und der Widerklage - unter Abweisung im übrigen - in Höhe von 641.545,71 DM nebst Zinsen stattgegeben. Gegen dieses Urteil wenden sich beide Parteien mit ihren Revisionen. Sie erstreben damit jeweils Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es ihnen nachteilig ist, und verfolgen ihre Schlußanträge aus der Berufungsinstanz weiter.

Entscheidungsgründe

A. Die Revision des Klägers

I.

In erster Linie beantragt die Revision des Klägers, in Abänderung des Berufungsurteils festzustellen, daß der Rechtsstreit in Höhe der am 9. August 1995 gezahlten 966.245,78 DM erledigt ist, und die Beklagte zur Zahlung restlicher Zinsen in Höhe von 71.551,85 DM zu verurteilen. Insoweit hat die Revision keinen Erfolg.

1. Der Feststellungsantrag ist nicht gerechtfertigt, weil der Rechtsstreit tatsächlich nicht erledigt ist. Zwar hatte der Kläger in dem Zeitpunkt, als die Zahlung erfolgte, eine Forderung gegen die Beklagte in einer den Betrag der Zahlung übersteigenden Höhe (siehe unten II. 2.). Diese Forderung ist aber durch die Zahlung nicht erfüllt worden. Das Berufungsgericht hat festgestellt, daß der in der Zahlung enthaltene Betrag von 915.350,06 DM - die darüber hinaus gezahlten $(966.245,78 \text{ ./. } 915.350,06 =) 50.895,72$ DM entfielen auf die durch das Teil-Anerkenntnisurteil vom 13. Juli 1995 titulierte Forderungen -

"irrtümlich" gezahlt worden und daß der Irrtum "für den Kläger ersichtlich" war. Dagegen wendet sich dessen Revision nicht.

2. Der Antrag auf Verurteilung zur Zahlung restlicher Zinsen ist nur für den Fall gestellt, daß der Feststellungsantrag Erfolg hat. Er ist somit gegenstandslos.

II.

Hilfsweise - für den Fall, daß die Revision mit den vorstehend unter I. behandelten Anträgen keinen Erfolg hat - beantragt die Revision des Klägers, in Abänderung des Berufungsurteils die Beklagte zur Zahlung weiterer 709.075,56 DM (über die bereits zuerkannten 254.019,69 DM hinaus) nebst 4 % Zinsen seit 31. August 1993 zu verurteilen und festzustellen, daß der Beklagten keine Ansprüche aus dem Globalzessionsvertrag zwischen der B. L. GmbH und der D. K. Bank AG zustehen. Hinsichtlich des Zahlungsantrages hat die Revision ganz überwiegend Erfolg, hinsichtlich des Feststellungsantrags nicht.

1. Das Berufungsgericht hat gegenüber dem Zahlungsanspruch die Aufrechnung der Beklagten durchgreifen lassen. Diese habe nicht gegen § 394 Satz 1 BGB i.V.m. § 2 Abs. 4 GesO verstoßen, weil die Aufrechnungslage be-

reits vor Eintritt der Sequestration am 24. Mai 1993 bestanden habe. Die Aufrechnungslage sei auch nicht in anfechtbarer Weise begründet worden.

2. Diese Begründung hält hinsichtlich eines Teilbetrages von 703.795,56 DM (Zahlung auf die Bürgschaft vom 11. Januar 1993) einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

a) Das Berufungsgericht hat verkannt, daß es für die Frage der Wirksamkeit der Aufrechnung auf den Zeitpunkt des Eingangs des Antrags auf Eröffnung der Gesamtvollstreckung bei Gericht und nicht auf den Zeitpunkt der Sequestrationsanordnung ankommt.

aa) § 7 Abs. 5 GesO bestimmt, daß eine Aufrechnung auch noch im Gesamtvollstreckungsverfahren erklärt werden kann, falls die Aufrechnungslage bereits im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestanden hat. Nach der Senatsrechtsprechung kann jedoch gegen Forderungen des Schuldners, die nach Eingang eines zulässigen Antrags auf Eröffnung der Gesamtvollstreckung bei Gericht begründet werden (Neuforderungen), mit Gesamtvollstreckungsforderungen (Altforderungen) nicht wirksam aufgerechnet werden, selbst wenn kein Verfügungs- oder Vollstreckungsverbot erlassen wurde. Dies folgt aus §§ 2 Abs. 4, 7 Abs. 3 Satz 1 GesO, § 394 Satz 1 BGB. Danach soll die der Gesamtvollstreckung unterliegende Vermögensmasse nach dem Eingang eines zulässigen Eröffnungsantrags nicht mehr durch Aufrechnungen geschmälert werden können. Bestand dagegen die Aufrechnungslage bereits vor Stellung des Eröffnungsantrags, so verschafft sie eine in der Insolvenz geschützte Sicherung

und hindert eine Aufrechnung nicht (BGHZ 130, 76, 80 ff., 86; BGH, Urt. v. 21. März 1996 - IX ZR 195/95, ZIP 1996, 845, 846; v. 18. April 1996 - IX ZR 88/95, ZIP 1996, 926, 927; v. 18. April 1996 - IX ZR 206/95, ZIP 1996, 1015, 1016).

bb) Auf den umgekehrten Fall der Aufrechnung einer Neuforderung eines Gläubigers gegen eine Altforderung des Schuldners sind diese Rechtsprechungsgrundsätze ebenfalls anzuwenden. Es sind keine Gründe ersichtlich, die insoweit eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten. Auch die Neuforderung eines Gläubigers ist nach Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens eine bloße Insolvenzforderung. Ihren Inhaber - durch die Zubilligung einer Aufrechnungsmöglichkeit, die im Ergebnis wie eine abgesonderte Befriedigung wirkt - nur deshalb besserzustellen als andere Insolvenzgläubiger, weil er dem Insolvenzschuldner seinerseits etwas schuldete, ist nicht gerechtfertigt.

b) Der Antrag auf Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens wurde spätestens am 30. April 1993 gestellt.

Der Kläger hat mit Schriftsatz vom 7. April 1997, übergeben in der mündlichen Verhandlung vom 8. April 1997, vorgetragen und unter Beweis gestellt, daß das Amtsgericht bereits am 30. April 1993 die vorläufige Einstellung der gegen die Schuldnerin eingeleiteten Vollstreckungsmaßnahmen angeordnet habe. Die Beklagte hat diesen Vortrag nicht bestritten, sondern hierzu nicht Stellung genommen und ausdrücklich erklärt, daß weiterer Sachvortrag nicht

mehr erfolgen werde. Es handelte sich somit um unstreitiges Tatsachenvorbringen des Klägers (§ 138 Abs. 3 ZPO). Dieses hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, verfahrensfehlerhaft übergangen.

Die Anordnung der vorläufigen Einstellung von Vollstreckungsmaßnahmen setzt voraus, daß zu diesem Zeitpunkt ein Antrag auf Eröffnung eines Gesamtvollstreckungsverfahrens bereits gestellt war. Das in erster Instanz vorgelegte Schreiben der Bank vom 29. April 1993, demzufolge am 27. April 1993 ein Gesamtvollstreckungsantrag dem Gericht noch nicht vorlag, steht nicht entgegen. Der Antrag kann zwischen dem 27. und dem 30. April 1993 gestellt worden sein.

c) Am 30. April 1993 hat noch keine Aufrechnungslage bestanden.

aa) Der Rückgriffsanspruch gegen die Schuldnerin wegen der Inanspruchnahme aus den Bürgschaften ist erst mit Zahlung der Beklagten, also frühestens am 14. Mai 1993, unbedingt und somit aufrechenbar entstanden (§ 387 BGB). Vor der Zahlung war der Regreßanspruch noch aufschiebend bedingt (vgl. BGH, Urt. v. 6. November 1989 - II ZR 62/89, ZIP 1990, 53, 55). Dies würde zwar in einem Konkursverfahren gemäß § 54 KO eine Aufrechnung nicht hindern (BGH, aaO); anders ist dies aber in einem Gesamtvollstreckungsverfahren, in dem § 54 KO nicht entsprechend anwendbar ist (vgl. BGH, Urt. v. 11. Dezember 1997 - IX ZR 341/95, WM 1998, 275, 283, z.V.b. in BGHZ 137, 267).

bb) Auch mit dem Freistellungsanspruch, der dem Bürgen gegen den Hauptschuldner vor Zahlung auf die Bürgschaft gemäß § 775 Abs. 1 Nr. 1 BGB zusteht, konnte die Beklagte nicht aufrechnen.

Das Berufungsgericht hat gemeint, die Voraussetzungen eines solchen Anspruchs seien von der Beklagten nicht hinreichend dargetan. Ob diese Wertung, wie die Revision der Beklagten rügt, rechtsfehlerhaft ist, kann dahinstehen. Selbst wenn man unterstellt, daß der Beklagten seit Inanspruchnahme durch die Bank, die mit Schreiben vom 29. April 1993 erfolgte, oder bereits seit dem 5. April 1993, als die Beklagte der Bank die beschlossene Einleitung des Gesamtvollstreckungsverfahrens mitteilte und um Inanspruchnahme aus den Bürgschaften bat, ein Freistellungsanspruch zustand, konnte dieser nicht gegen den Zahlungsanspruch aufgerechnet werden. Denn die beiden Ansprüche waren nicht gleichartig.

Allerdings hat das Reichsgericht angenommen, daß sich der Befreiungsanspruch bereits dann in einen Zahlungsanspruch verwandele, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners und die Inanspruchnahme des Bürgen feststünden (RGZ 78, 26, 34). Später hat es diese Ansicht dahin eingeschränkt, daß die bloße Zahlungsaufforderung des Gläubigers an einen selbst zahlungsunfähigen Bürgen nicht genüge; es müsse vielmehr außer Zweifel sein, daß die Leistung durch den Bürgen an den Gläubiger anstelle des Hauptschuldners tatsächlich erfolge, sei es, weil der Bürge dem Gläubiger ein Pfand gegeben habe, sei es, weil seine Zahlungsfähigkeit feststehe. Dann befinde sich der Bürge in derselben Lage, wie wenn er bereits geleistet hätte und des-

halb im Rückgriffswege gegen den Hauptschuldner vorgehen könnte (RGZ 143, 192, 194).

Die Meinung im Schrifttum ist geteilt (zustimmend: MünchKomm-BGB/Habersack, 3. Aufl. § 775 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/Keller, 3. Aufl. § 257 Rdnr. 6; Soergel/Mühl, BGB 11. Aufl. § 775 Rdnr. 1; Soergel/Wolf, BGB 12. Aufl. § 257 Rdnr. 6; Jauernig/Vollkommer, BGB 8. Aufl. § 775 Anm. 2; Graf Lambsdorff/Skora, Handbuch des Bürgschaftsrechts Rdnr. 320; Vogel, Das Recht auf Befreiung von der Bürgschaft nach § 775 BGB Diss. Köln 1937 S. 25 ff.; Oertmann JW 1934, 685; Knütel JR 1985, 6, 7; im Ergebnis ähnlich Henckel, in Festschrift für Gerhard Lüke 1997, S. 259; lediglich referierend Staudinger/Horn, BGB 13. Bearb. § 775 Rdn. 4; ablehnend: Erman/Seiler, BGB 9. Aufl. § 775 Rdnr. 4; Palandt/Sprau, BGB 58. Aufl. § 775 Rdnr. 1; Enneccerus/Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse 15. Bearb. S. 801; Gerhard, Der Befreiungsanspruch 1966 S. 34, 36 ff.; Güntner, Der Anspruch auf Befreiung von einer Verbindlichkeit Diss. München 1967 S. 129; Görmer, Die Durchsetzung von Befreiungsansprüchen im zivilprozessualen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren 1992 S. 50 ff.; Kretschmer NJW 1962, 141).

Der Bundesgerichtshof hat sich mit dieser Frage bislang nicht zu befassen gehabt. Er hat allerdings allgemein die Aufrechnung eines Befreiungsanspruchs gegen einen Zahlungsanspruch wegen Ungleichartigkeit nicht zugelassen (BGHZ 12, 136, 144; 25, 1, 6; 47, 157, 166; BGH, Urt. v. 28. Juni 1983 - VI ZR 285/81, WM 1983, 1085, 1086; v. 2. April 1987 - IX ZR 68/86, WM 1987, 725, 726; v. 9. Oktober 1991 - XII ZR 2/90, WM 1992, 201, 203; v.

20. November 1995 - II ZR 209/94, WM 1996, 201, 203). Dies gilt auch für den Befreiungsanspruch eines Drittsicherungsgebers gegen den Kreditschuldner (BGH, Urt. v. 19. November 1998 - IX ZR 284/97, WM 1999, 35, 37).

Für den Befreiungsanspruch aus § 775 BGB kann keine Ausnahme gemacht werden. Die Stellung des Bürgen, der wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners mit seiner Inanspruchnahme rechnen muß, weist keine Besonderheiten auf, die es rechtfertigen könnten, ihn besser als andere Drittsicherungsgeber zu behandeln. Daran ändern auch die vom Reichsgericht hervorgehobenen Umstände nichts.

(1) Für die vorzeitige "Umwandlung" des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch besteht nach der Interessenlage kein Bedürfnis. Bevor er an den Gläubiger leistet, ist der Bürge keineswegs in derselben Lage, "wie wenn er bereits geleistet hätte". Falls er gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners aufrechnen will, mag er sich den dafür erforderlichen Zahlungsanspruch dadurch verschaffen, daß er an den (Bürgschafts-) Gläubiger leistet und somit den Rückgriffsanspruch aus § 774 BGB unbedingt werden läßt.

Solange der Gläubiger die Leistung des Bürgen nicht erhalten hat, ist dessen Zahlungsfähigkeit allein noch keine Gewähr dafür, daß die Leistung durch den Bürgen tatsächlich erfolgt. Seine Zahlungsfähigkeit kann sich bis zu einem Vollstreckungszugriff des Gläubigers noch ändern. In diesem Falle birgt die vorzeitige "Umwandlung" des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch überdies für den Hauptschuldner nicht unerhebliche Gefahren in sich. Die Leistung

an den Bürgen - sei es im Wege der Zahlung oder der Aufrechnung - befreit den Hauptschuldner nicht von seiner Schuld gegenüber dem Gläubiger der Hauptschuld. Gibt der Bürge anschließend die vom Hauptschuldner erhaltene Leistung nicht an den Gläubiger weiter, kann dieser also weiterhin vom Hauptschuldner Zahlung verlangen.

(2) Daß der Bürge anstelle der Befreiung ausnahmsweise Zahlung an sich verlangen darf, findet auch keine Stütze im Gesetz.

Die Vorschrift des § 775 Abs. 1 BGB gibt dem Auftragsbürgen bei drohender Inanspruchnahme einen Befreiungsanspruch. Einen Zahlungsanspruch hat der Bürge erst, wenn er Rückgriff nehmen darf. Den Rückgriffsanspruch gewährt § 774 BGB dem Bürgen, "soweit" er den Gläubiger "befriedigt" hat. Selbst dann, wenn der Gläubiger gegen den Bürgen bereits ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat, wird dadurch nur ein Befreiungsanspruch begründet (§ 775 Abs. 1 Nr. 4 BGB); als Voraussetzung für eine "Umwandlung" in einen Zahlungsanspruch kann dieser Umstand also nicht ausreichen. Der Auftragsbürge hat auch keinen Vorschußanspruch gegen den Hauptschuldner; die Vorschrift des § 669 BGB wird durch § 775 BGB ausgeschlossen (Palandt/Thomas, § 669 BGB Rdnr. 2).

Gegen die vorzeitige "Umwandlung" des Befreiungs- in einen Zahlungsanspruch spricht schließlich, daß der Schuldner ein Wahlrecht hat, auf welche Weise er den Bürgen freistellen will. Er kann an den Gläubiger zahlen oder diesen, zum Beispiel durch Stellung einer anderen Sicherheit, zum Verzicht auf

die Bürgschaft veranlassen. Wenn der Hauptschuldner nicht zahlungsfähig ist, so daß die zuerst genannte Möglichkeit ausscheidet, darf ihm doch die zweite Möglichkeit nicht abgeschnitten werden.

(3) Hat der Bürge dem Gläubiger (zusätzlich) ein Pfand gegeben, kann man ihn dennoch hinsichtlich seiner Aufrechnungsbefugnis nicht so behandeln, als habe er bereits an den Gläubiger geleistet; denn der eine fremde Schuld sichernde Verpfänder kann, wie der Bundesgerichtshof (Urt. v. 19. November 1998 - IX ZR 284/97, aaO) ausgesprochen hat, gerade nicht mit seinem Freistellungsanspruch gegen einen Zahlungsanspruch des Schuldners aufrechnen. Die Zahlungsfähigkeit des Bürgen (Sicherungsgebers) ist auch in diesem Zusammenhang unerheblich. Wer für eine fremde Schuld ein werthaltiges Pfand gibt, ist aus der Sicht des Schuldners einem zahlungsfähigen Bürgen gleichzuachten; deshalb kann der zuletzt Genannte keinen "besseren" Befreiungsanspruch haben als ein Realsicherungsgeber. Im übrigen kann die rechtliche Qualität eines Anspruchs (Befreiungs- oder Zahlungsanspruch) nicht von der Solvenz des Gläubigers abhängen.

3. Hinsichtlich des Restbetrages von 5.280 DM (vereinbarte Bürgschaftsentsgelte) bleibt die Revision des Klägers hingegen ohne Erfolg.

a) Insoweit sind die Ansprüche der Beklagten gegen die Schuldnerin gemäß den vertraglichen Vereinbarungen bereits am 1. Oktober 1992, 11. Januar 1993 und 1. April 1993 fällig geworden. Diese Zeitpunkte lagen jeweils vor dem Eröffnungsantrag, der frühestens am 27. April 1993 gestellt worden ist. In-

soweit stehen §§ 2 Abs. 4, 7 Abs. 3 Satz 1 GesO, 394 Satz 1 BGB der von der Beklagten erklärten Aufrechnung somit nicht entgegen.

b) Die Aufrechnungslage wurde nicht in anfechtbarer Weise begründet. Der Kläger hat nicht dargetan, weshalb die Übernahme der Verpflichtung, Bürgschaftsentgelte an die Beklagte zu entrichten, ein anfechtbares Rechtsgeschäft der Schuldnerin gewesen sei. Denn im Gegenzug erhielt sie die von der Beklagten verbürgten Kredite, ohne die sie nach dem Vortrag des Klägers nicht überlebensfähig gewesen wäre. Unter diesen Umständen hätte es näherer Darlegungen bedurft, weshalb die angefochtene Rechtshandlung gläubigerbenachteiligend gewesen sei. Die Ausführungen der Revision befassen sich jedoch nur mit der Anweisung der Schuldnerin an den Erwerber des Betriebsteils, den Kaufpreis auf ein Konto der Beklagten zu zahlen.

c) Einer wirksamen Aufrechnung stehen ferner - entgegen der Ansicht der Revision - die Kapitalersatzregeln (§§ 30 Abs. 1, 31 Abs. 1 GmbHG sowie §§ 32a, 32b GmbHG) nicht entgegen.

Daß die - relativ geringfügigen - Bürgschaftsentgelte von der Schuldnerin nur unter Inanspruchnahme ihres Stammkapitals bezahlt werden können (§ 30 Abs. 1 GmbHG), hat der Kläger nicht dargetan.

Wenn sich ein Gesellschafter dafür, daß er als Bürge einen von einem Dritten der Gesellschaft gewährten Kredit besichert, von dieser ein Bürgschaftsentgelt versprechen läßt, kann er seinen Anspruch im Konkurs der Ge-

sellschaft zwar ebensowenig geltend machen wie den Rückgriffsanspruch gemäß § 774 BGB. Dem steht grundsätzlich § 32a GmbHG entgegen. Im vorliegenden Fall greift diese Vorschrift jedoch nicht ein. Gemäß § 56e Abs. 1 Satz 1 DMBilG - gegen den keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen (vgl. BGH, Urt.v . 7. Dezember 1998 - II ZR 266/97, Umdr. S. 7 ff., zVb in BGHZ) - ist sie u.a. nicht anzuwenden auf Kredite, für die sich die Treuhandanstalt verbürgt hat. Allerdings gilt die Privilegierung der Treuhandanstalt nicht für Kredite, welche die Treuhandanstalt nach einer Neufestsetzung der Kapitalverhältnisse gewährt oder für die sie sich nach diesem Zeitpunkt verbürgt (§ 56e Abs. 1 Satz 2 DMBilG). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor, weil für die Schuldnerin die Neufestsetzung der Kapitalverhältnisse im Sinne des § 56e Abs. 1 Satz 2 DMBilG nicht vor dem 20. Februar 1992 in das Handelsregister eingetragen worden sein kann (vgl. BGH, Urt. v. 7. Dezember 1998 - II ZR 266/97, Umdr. S. 12). Die Bürgschaften über 745.800 DM und 310.000 DM wurden vor diesem Zeitpunkt übernommen. Die dritte - und letzte - Bürgschaft über 746.000 DM wurde zwar danach, nämlich am 11. Januar 1993, übernommen. Nach den nicht angegriffenen Feststellungen sollte sie aber nur die frühere Bürgschaft über 745.800 DM ersetzen, die somit "stehengelassen" wurde. Dieser Fall kann der Übernahme einer neuen selbständigen Bürgschaft nicht gleichgeachtet werden (vgl. Beschlußempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Zweiten Vermögensrechtsänderungsgesetz, BT-Drucks. 12/2944, S. 66). Der Meinung der Revision, die Anwendung des § 56e DMBilG sei nicht gerechtfertigt, wenn die Treuhandanstalt die GmbH auch nach dem Vorliegen der Eröffnungsbilanz als erhaltungswürdig ansah und die Fortsetzung der Gesellschaft beschloß - was hier der Fall gewesen sei -, ist nicht zu

folgen. Es entspricht nicht dem Sinn und Zweck des § 56e DMBilG, daß die Fortführung der Gesellschaft den Wegfall der Privilegierung zur Folge hat. Diese Privilegierung sollte die Fortführung der Gesellschaft - über die Feststellung der Eröffnungsbilanz hinaus - begünstigen. Das wäre nicht zu erreichen gewesen, wenn die Treuhandanstalt mit dem Wegfall der Privilegierung hätte rechnen müssen, falls sich ihre Einschätzung von der Erhaltungswürdigkeit als falsch herausstellte. Dann wäre das Haftungsprivileg im Falle "stehengelassener" Finanzierungshilfen nichts wert gewesen. Denn die Treuhandanstalt hat solche Hilfen regelmäßig dann "stehengelassen", wenn sie das Unternehmen der Gesellschaft als erhaltungswürdig betrachtete.

4. Die Revision des Klägers hat schließlich auch insoweit keinen Erfolg, als sie sich gegen die Abweisung des Antrags wendet, festzustellen, daß der Beklagten keine Ansprüche aus dem zwischen der B. L. GmbH und der D. K. Bank AG unter dem 5. Dezember 1990 geschlossenen Globalzessionsvertrag zustehen.

Dieser Antrag wurde in erster Instanz wegen Unschlüssigkeit abgewiesen. Die dagegen eingelegte Berufung, die hilfsweise weiterverfolgt wurde, hat das Berufungsgericht zurückgewiesen, ohne auf den Antrag einzugehen.

Der Feststellungsantrag ist zulässig. Zwischen den Parteien ist ein Rechtsverhältnis streitig, nämlich die Frage, welcher von beiden ein Guthaben bei der Bank zusteht, das zu deren Gunsten aufgrund einer Globalzession angesammelt worden ist. Daß die Zessionarin keine Rechte mehr daran geltend

macht, ist unstreitig und ergibt sich überdies aus ihrem Schreiben vom 27. Juli 1994. Das rechtliche Interesse des Klägers an der Feststellung folgt daraus, daß die Bank die Auszahlung des Guthabens von der Klärung dieser Frage abhängig macht.

Der Antrag ist jedoch nicht begründet. Nachdem die Beklagte als Bürgin die Bank befriedigt hat, ist die gesicherte Darlehensforderung auf die Beklagte übergegangen (§ 774 Abs. 1 Satz 1 BGB). Zugleich hat diese gegen die Bank einen Anspruch auf Übertragung der selbständigen Sicherheiten, die von der Insolvenzschuldnerin - unabhängig von der Bürgschaft der Beklagten - zur Sicherung der Darlehensforderung bestellt worden waren (vgl. BGHZ 110, 41, 43; Palandt/Sprau, § 774 BGB Rdnr. 9). Die auf die Bank kraft der Globalzession übergegangenen Forderungen sind eine solche selbständige Sicherheit. Da der Anspruch der Beklagten gegen die Bank - und nicht gegen die Insolvenzschuldnerin - gerichtet ist, handelt es sich nicht um eine Insolvenzforderung.

III.

Das Berufungsgericht hat der in zweiter Instanz erhobenen Widerklage in Höhe von 641.545,71 DM nebst Zinsen stattgegeben, da die Beklagte diesen Betrag ohne Rechtsgrund an den Kläger gezahlt habe und deshalb zu-

rückfordern könne. Das hiergegen gerichtete Rechtsmittel des Klägers hat keinen Erfolg.

1. Da der Zahlung vom 9. August 1995, wie oben unter I. ausgeführt, keine Tilgungswirkung zukam, kann die Beklagte sie - jedenfalls insoweit, als die Beklagte selbst ihr keine Tilgungswirkung beigemessen hat - als rechtsgrundlose Leistung zurückverlangen. Tilgungswirkung beigemessen hat die Beklagte der Zahlung lediglich in Höhe von 50.895,72 DM. Mit diesem Betrag hat die Beklagte die mit dem Teilanerkennnisurteil vom 13. Juli 1995 titulierten Forderungen tilgen wollen.

2. Entgegen der Ansicht der Revision kann der Kläger auf die Widerklage hin nicht nur auf Feststellung eines gegen die Masse gerichteten Bereicherungsanspruchs, sondern unmittelbar auf Zahlung verurteilt werden. Ohne Bedeutung ist dabei, wo die - in der Gesamtvollstreckungsordnung nicht erwähnten - Bereicherungsansprüche dogmatisch einzuordnen sind (vgl. dazu BGHZ 131, 189, 199; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO 3. Aufl. § 13 Rdnr. 23 a ff.). Ein Zahlungsanspruch könnte dem Bereicherungsgläubiger allenfalls dann versagt werden, wenn feststünde, daß die Masse nicht ausreicht, um sämtliche Masseschulden zu decken (vgl. Smid, GesO 3. Aufl. § 13 Rdnr. 10; Hess/Binz/Wienberg, GesO 3. Aufl. § 13 Rdnr. 11). Der Kläger hat aber weder im Insolvenzverfahren den Eintritt der Masseinsuffizienz angezeigt noch im vorliegenden Verfahren konkrete Tatsachen vorgetragen, die auf eine drohende Massearmut schließen lassen. Solche Tatsachen ergeben sich insbesondere auch nicht aus dem in Bezug genommenen Schriftsatz vom 7. April 1997.

3. Der Bereicherungsanspruch der Beklagten ist nicht durch die vom Kläger hilfsweise erklärte Aufrechnung mit Ansprüchen auf Kapitaleinzahlung gemäß § 26 Abs. 3 DMBilG erloschen.

Ein derartiger Anspruch setzt einen Fehlbetrag der Eröffnungsbilanz voraus. Dies ist die zum Stichtag 1. Juli 1990 zu erstellende Bilanz (§§ 1 Abs. 1, 4 DMBilG), nicht etwa die Bilanz nach einer Neufestsetzung der Kapitalverhältnisse. Der Sachvortrag des Klägers enthält jedoch keine Angaben über einen Fehlbetrag zu diesem Stichtag, sondern nur über spätere Verlustentwicklungen.

B. Die Revision der Beklagten

Die Revision der Beklagten ist unbegründet, soweit sie die vollständige Klageabweisung erstrebt. Sie hat Erfolg, soweit der Widerklage nicht in vollem Umfang stattgegeben worden ist.

I.

Die Verurteilung zur Herausgabe des Kaufpreises in Höhe eines Teilbetrages von $(963.094,65 - [703.795,56 + 5.280] =) 254.019,09$ DM greift die Revision der Beklagten erfolglos an.

1. Wie bereits dargelegt (siehe oben A. II. 2.), entstand insofern eine Aufrechnungslage erst mit den Zahlungen der Beklagten vom 10. Juni und 11. August 1993 ($253.815,41 + 203,68 = 254.019,09$ DM), also erst nach Anordnung der Sequestration. Weder der bereits vorher bestehende aufschiebend bedingte Regreßanspruch noch der Freistellungsanspruch des Bürgen führten zu einem insolvenzfest begründeten Aufrechnungsrecht der Beklagten.

2. Die Revision der Beklagten rügt, daß ihr Zurückbehaltungsrecht wegen der zu erwartenden Sanierungskosten unberücksichtigt geblieben sei.

Diese Rüge geht fehl. Der Sachvortrag der Beklagten zu den Sanierungskosten ist unsubstantiiert. Die Beklagte hat lediglich vorgetragen, "durch die bestehenden Altlasten war das Grundstück jedoch de facto wertlos" und "bereits außergerichtlich wurde dem Kläger mitgeteilt, daß die Beklagte verpflichtet ist, Altlastensanierungen in Höhe von mindestens DM 2 Mio. zu übernehmen". Da eine Kostentragungspflicht der Beklagten für Sanierungskosten nach den vertraglichen Vereinbarungen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen bestand, waren nähere Darlegungen unverzichtbar.

II.

Der Widerklage hat das Berufungsgericht zu Unrecht nur in eingeschränkter Höhe stattgegeben.

Da die Zahlung der Beklagten vom 9. August 1995 in Höhe des mit der Widerklage verfolgten Betrages keine Tilgungswirkung hatte und folglich zurückzugewähren war, standen sich Klage- und Widerklageforderung aufrechenbar gegenüber. Eine Aufrechnung durch den Kläger ist jedoch nicht erfolgt. Dann durften die Vorinstanzen die Widerklageforderung nicht mit der zu diesem Zeitpunkt bestehenden, auf 254.019,09 DM veranschlagten Schuld "verrechnen".

Darüber hinaus hat das Berufungsgericht den Betrag von 254.019,09 DM zu Lasten der Beklagten zweimal abgezogen. Es hat die Verurteilung durch das Landgericht zur Zahlung eben dieses Betrages bestehen lassen, indem es die dagegen gerichtete Aufrechnung der Beklagten zurückwies. Obendrein hat es den Betrag noch einmal bei der Widerklage anspruchsmindernd berücksichtigt.

C.

Das angefochtene Urteil ist somit in dem angegebenen Umfang aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), weil der Rechtsstreit ohne weitere Sachaufklärung zur Endentscheidung reif ist.

Paulusch

Kreft

Stodolkowitz

Zugehör

Ganter