

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

IX ZR 341/95

Verkündet am:  
11. Dezember 1997  
Bürk  
Justizhauptsekretärin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

---

DDR:ZGB § 45 Abs. 3, § 442 Abs. 1 Satz 1, § 448 Abs. 1,  
§ 449 Abs. 1 Satz 4, 5; DDR:KredV § 14 Abs. 4;  
DDR:KredV4 § 2 Abs. 2; DDR:VertragsG § 1 Abs. 2

- a) Zur Beurteilung der Wirksamkeit von Verpfändungsverträgen, die unter der Geltung der 4. Kreditverordnung vom 2. März 1990 (GBl. DDR I S. 114) abgeschlossen wurden, sind ergänzend die §§ 442 ff. DDR-ZGB in der bei Vertragsabschluß geltenden Fassung heranzuziehen. Eine vertragliche Abweichung von diesen Vorschriften war nicht zulässig.
- b) Die Verpfändung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand nach § 14 Abs. 4 Satz 2 DDR-KreditVO in der Fassung der 4. DDR-KreditVO in Verbindung mit § 448 Abs. 1 DDR-ZGB ist jedenfalls dann unwirksam, wenn sie nicht den Bestimmtheitsgrundsätzen entspricht, die unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches für eine entsprechende Sicherungsübereignung entwickelt worden sind.
- c) Die Verpfändung von Forderungen nach § 14 Abs. 4 Satz 4 DDR-KreditVO in der Fassung der 4. DDR-KreditVO in Verbindung mit § 449 Abs. 1 DDR-ZGB ist unwirksam, wenn die Bestimmungen des § 449 Abs. 1 Satz 4 oder Satz 5 DDR-ZGB nicht beachtet wurden.

GesO § 5 Satz 2 Nr. 1, § 7 Abs. 1; KO § 15 Satz 1, 2;  
BGB § 878

- a) Der Rechtsgedanke des § 15 Satz 1 KO gilt auch im Gesamtvollstreckungsrecht.
- b) Richtet sich die Entstehung einer Hypothek nach dem Recht der ehemaligen DDR, kommt eine entsprechende Anwendung von § 15 Satz 2 KO in Verbindung mit § 878 BGB auf die Gesamtvollstreckungsordnung nicht in Betracht.

GesO § 7 Abs. 5; KO § 54; InsO § 95

§ 54 KO ist im Gesamtvollstreckungsrecht nicht entsprechend anwendbar.

BGH, Urt. v. 11. Dezember 1997 - IX ZR 341/95 - OLG Naumburg  
LG Magdeburg

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 1997 durch die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Dr. Fischer, Dr. Zugehör und Dr. Ganter

für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 22. Dezember 1994 wird zurückgewiesen.

Auf die Revision des Beklagten wird das genannte Urteil aufgehoben, soweit zum Nachteil des Beklagten erkannt und das Rechtsmittel mit Beschluß vom 10. Juli 1997 angenommen worden ist.

In teilweiser Abänderung des Urteils der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Magdeburg vom 2. Februar 1994 wird die Klage abgewiesen, soweit sie gerichtet ist auf

1. Feststellung, daß der Klägerin ein Pfandrecht an sämtlichen Beständen an Material, unfertigen Erzeugnissen, fertigen Erzeugnissen und Handelswaren zusteht, die sich am 8. Januar 1991, 16.00 Uhr, auf dem Betriebsgelände der G. GmbH oder in von der Gesellschaft benutzten Lagern befunden haben, der G. GmbH gehö-



ren und bisher nicht veräußert worden sind;

2. Feststellung, daß der Klägerin ein Pfandrecht an sämtlichen Forderungen, die die G. GmbH am 8. Januar 1991, 16.00 Uhr, innegehabt hat und die seit diesem Zeitpunkt nicht verwertet worden sind, zusteht;
3. Einwilligung des Beklagten zur Auskehrung von 1.685.224,60 DM nebst 12% Zinsen seit dem 8. Januar 1991 aus dem Guthaben, das zum Zeitpunkt der Auskehrung auf dem bei der Deutsche Bank AG in Berlin geführten Konto-Nr. ... gutgeschrieben ist.

Auf die Widerklage wird die Klägerin verurteilt, in die Auskehrung des bei der Deutsche Bank AG in Berlin unter Nr. ... hinterlegten Betrages (Guthabens) an den Beklagten als Verwalter in der Gesamtvollstreckung über das Vermögen der G. GmbH einzuwilligen.

Im übrigen (wegen Nummern I. 5 und I. 6 des Tenors des Berufungsurteils sowie wegen Nummer 2 des Widerklageantrages [Bl. 17 des Berufungsurteils] in Höhe von 628.318,27 DM) wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten

des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Am 19. März 1990 wurde die Klägerin unter maßgeblicher Beteiligung der Staatsbank der DDR nach den Bestimmungen des Aktiengesetzes 1937 gegründet und am 22. März 1990 im Handelsregister eingetragen. Sie sollte mit einer Reihe weiterer Geschäftsbanken das Wettbewerbsgeschäft der Staatsbank der DDR übernehmen. Zu diesem Zweck schloß diese mit der Klägerin am 21. Juni 1990 einen notariell beurkundeten "Einbringungsvertrag", in dessen § 1 sie ihr u.a. einen in Anlagen näher aufgeführten Bestand an Forderungen und Verbindlichkeiten übertrug. Den Einbringungsvertrag unterwarfen die Beteiligten den Vorschriften des Aktiengesetzes 1937 über die Nachgründung; er wurde am 17. April 1991 im Handelsregister eingetragen. Ihre Geschäftstätigkeit nahm die Klägerin bereits am 1. April 1990 auf.

Die Staatsbank der DDR gewährte dem VEB (im folgenden: VEB), dem Rechtsvorgänger der G. GmbH (künftig: Gesamtvollstreckungsschuldnerin oder Schuldnerin), am 30. März 1990 einen Umlaufmittelkredit für das I. und II. Halbjahr 1990, der zum 1. Juli 1990 mit 11.294.513,58 DM valutierte. Zur Sicherung der Forderungen aus dem Kreditvertrag vom 30. März 1990 schloß die Klägerin mit dem VEB am 8./14. Mai 1990 einen Verpfändungsvertrag ab, der auszugsweise folgenden Wortlaut hat:

"§ 1

- (1) Der Kreditnehmer verpfändet dem Geld- bzw. Kreditinstitut die sich bei Vertragsabschluß in seinem Eigentum befindlichen sowie nach Vertragsabschluß in sein Eigentum gelangenden Bestände an Material, unfertigen Erzeugnissen, Fertigerzeugnissen und Handelswaren (§ 448 ZGB i.V.m. § 45 Abs. 3 ZGB) sowie seine bei Vertragsabschluß bestehenden und zukünftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen (§ 449 ZGB i.V.m. § 45 Abs. 3 ZGB).

...

§ 2

- (1) Der Kreditnehmer verbleibt im Besitz der verpfändeten Bestände und ist ... berechtigt, Bestände zum Verbrauch, zur Verarbeitung und/oder zur Veräußerung zu entnehmen.
- (2) ...
- (3) Der Kreditnehmer weist dem Geld- bzw. Kreditinstitut während der Geltungsdauer des Kreditvertrages die verpfändeten Bestände und Forderungen entsprechend getroffener Vereinbarungen nach - monatlich entsprechend Formblatt 143-1.
- (4) Auf Anforderung des Geld- bzw. Kreditinstituts bringt der Kreditnehmer auf seinen Rechnungen den Vermerk an 'Der Rechnungsbetrag ist an die Deutsche Kreditbank AG ... verpfändet und auf das Konto ... zu überweisen.'

..."

Ferner erhielt der VEB von der Staatsbank der DDR zwischen 1986 und 1989 fünf Grundmittelkredite, die zum 1. Juli 1990 noch mit 14.037.961,77 DM valutierten. Zur Sicherung aller Forderungen der Klägerin aus drei der Grundmittelkredite verpfändete der VEB ihr mit Vertrag vom 22. Juni 1990 eine Knochenextraktionsanlage, eine Mahl- und Mischanlage, ein Absatzbecken und eine Fotochemikalien-Produktionsanlage; die Anlagen verblieben zur weiteren Nutzung in dessen Besitz.

Ferner beantragte der VEB mit einem - auch von einem Vertreter der Klägerin unterzeichneten - Schreiben vom 22. Juni 1990 zur Sicherung aller Ansprüche der Klägerin aus einem weiteren Grundmittelkreditvertrag die Eintragung einer Hypothek in Höhe von 3.370.449 Mark der DDR auf einem in seinem Eigentum stehenden Grundstück. Die Hypothek wurde am 4. August 1992 im Grundbuch eingetragen.

Am 13. Dezember 1990 beantragte die Schuldnerin die Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens. Das Kreisgericht Magdeburg erließ am 18. Dezember 1990 ein allgemeines Verfügungsverbot und ordnete die Sequestration an. Das Gesamtvollstreckungsverfahren wurde am 8. Januar 1991 eröffnet; der Beklagte wurde zum Verwalter bestellt. Am 23. Januar 1991 wurde ein Guthaben der Schuldnerin auf einem Fonds-Konto, das sich zu diesem Zeitpunkt auf 152.084,86 DM und bei Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens auf 150.116,06 DM belief, auf eines der bei der Klägerin geführten Umlaufmittelkreditkonten umgebucht und verrechnet. Insgesamt wurden die gewährten Kredite nach den Angaben der Klägerin in der Zeit vom 1. Juli 1990 bis 28. Februar 1991 um 804.312,80 DM zurückgeführt.

Im Jahre 1993 hat die Klägerin die Löschung der eingetragenen Hypothek bewilligt, nachdem der Beklagte zuvor 2.140.935,60 DM hinterlegt hatte. Entsprechend einer zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarung soll der hinterlegte Betrag an die Stelle der Hypothek treten. Die Hypothek ist am 3. Februar 1994 gelöscht worden.

Der Senat hat die Revision des Beklagten nicht angenommen, soweit diese sich gegen die Feststellung richtete, daß der Klägerin im Gesamtvollstreckungsverfahren eine Kredit-

rückzahlungsforderung in Höhe von 24.703.305,98 DM zustehe, und gegen die Abweisung des widerklagend verfolgten Antrags auf Feststellung, daß die Klägerin der Masse wegen verspätet erteilter Löschungsbewilligung schadenersatzpflichtig sei (Beschluß vom 10. Juli 1997, WM 1997, 1724).

Gegenstand des Revisionsverfahrens sind nunmehr noch folgende Ansprüche: Die Klägerin macht im Wege der Feststellungsklage Pfandrechte geltend an den im Eigentum der Schuldnerin stehenden und der Klägerin mit den Verträgen vom 8./14. Mai 1990 und vom 22. Juni 1990 verpfändeten Anlagen (mit Ausnahme des Absatzbeckens) und Warenbeständen, die sich zum Zeitpunkt der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens auf deren Betriebsgelände oder in von ihr genutzten Lagern befunden haben und bisher nicht veräußert sind, sowie Pfandrechte an sämtlichen Forderungen, die die Schuldnerin am 8. Januar 1991 innegehabt hat und die seither nicht verwertet wurden. Sie verlangt darüber hinaus Auskunft über die Verwertung der mit Vertrag vom 22. Juni 1990 verpfändeten Anlagen. Ferner begehrt sie die Zustimmung des Beklagten zur Auszahlung des bei der Deutsche Bank AG hinterlegten Betrags bis zur Höhe von 1.685.224,60 DM zuzüglich Zinsen. Widerklagend erstrebt der Beklagte seinerseits die Zustimmung der Klägerin zur Auszahlung der Hinterlegungssumme und die Verurteilung zur Zahlung der nach den Angaben der Klägerin in der Zeit vom 1. Juli 1990 bis 28. Februar 1991 eingegangenen und zur Tilgung der Kreditverbindlichkeiten verwendeten Beträge in Höhe von 804.312,80 DM.

In den Vorinstanzen hatte die Klage im wesentlichen Erfolg; der Widerklage hat das Oberlandesgericht nur in Höhe von 175.994,53 DM (Verrechnungen während der Sequestration von 23.909,67 DM und am 23. Januar 1991 von 152.084,86 DM)

stattgegeben. Soweit seine Revision angenommen wurde, verfolgt der Beklagte die Abweisung der Klage und die volle Verurteilung der Klägerin gemäß den Widerklageanträgen. Die Revision der Klägerin richtet sich gegen die Verurteilung zur Zahlung von 152.084,86 DM.

### Entscheidungsgründe

Die Revision des Beklagten hat Erfolg; das Rechtsmittel der Klägerin ist unbegründet.

#### I.

#### Revision des Beklagten

1. Das Berufungsgericht hält den Verpfändungsvertrag vom 8./14. Mai 1990 für wirksam. Er entspreche den Anforderungen, die §§ 448, 449 ZGB an die Verpfändung von Sachen und Forderungen gestellt hätten. Hinreichende Anhaltspunkte für eine Sittenwidrigkeit des Vertrags bestünden nicht. Einer Übersicherung der Klägerin stehe die strenge Akzessorietät der Pfandrechte gemäß § 443 Abs. 2 ZGB entgegen; die Klägerin habe zudem unwidersprochen vorgetragen, die Gesamtvollstreckungsschuldnerin sei Eigentümerin weiterer ausgedehnter und nicht belasteter Grundstücke. Auch die vom Beklagten erklärte Anfechtung greife nicht.

Diese Ausführungen sind rechtsfehlerhaft; der Verpfändungsvertrag ist unwirksam.

a) Die Wirksamkeit der Verpfändungen richtet sich nach dem bei Abschluß des Globalverpfändungsvertrages vom 8./14. Mai 1990 geltenden Recht der ehemaligen DDR. Das ergibt sich aus Art. 233 § 3 Abs. 1 Satz 1 EGBGB, der Art. 184 Satz 1 EGBGB nachgebildet ist. Wenn Rechte, mit denen eine Sache oder ein Recht im Zeitpunkt des Inkrafttretens neuen Rechts belastet ist, mangels anderweitiger gesetzlicher Bestimmungen mit dem sich aus dem bisherigen Recht ergebenden Inhalt und Rang bestehenbleiben, wird vorausgesetzt, daß auch das Entstehen der belasteten Rechte von dem bisherigen Recht bestimmt wird (vgl. BGHZ 42, 63, 64 ff; BGH, Urt. v. 6. Mai 1966 - V ZR 204/62, LM Code civil Nr. 5; Palandt/Bassenge, BGB 56. Aufl. Art. 184 EGBGB Rdn. 3; Art. 233 EGBGB § 3 Rdn. 2).

b) Rechtsgrundlage für den Abschluß des Verpfändungsvertrages ist der mit § 1 Abs. 1 der 4. Kreditverordnung (4. KreditVO) vom 2. März 1990 (GBl. DDR I S. 114) neu eingefügte § 14 Abs. 4 der auf der Grundlage von § 1 Abs. 2 des Vertragsgesetzes (VertragsG) in der Fassung vom 25. Februar 1965 (GBl. DDR I. S. 107) erlassenen Kreditverordnung (KreditVO) vom 28. Januar 1982 (GBl. DDR I S. 126). Nach § 14 Abs. 4 Satz 1 KreditVO können zur Sicherung der Kredite im Kreditvertrag Sicherheiten vereinbart werden; § 2 Abs. 2 Satz 1 der 4. KreditVO räumt der Bank darüber hinaus das Recht ein, nachträglich für bereits gewährte Kredite Sicherheiten zu verlangen. Nach § 14 Abs. 4 Satz 2 KreditVO sind Sicherheiten das Pfandrecht ohne Übergabe der Sache bei kurz- und mittelfristigen Krediten, die Hypothek oder die Gesamthypothek bei langfristigen Krediten und die Aufbauhypothek bei der Gewährung von Krediten für Baumaßnahmen. Sofern diese Sicherheiten nicht ausreichen, können nach Satz 3 zusätzliche

Sicherheiten wie die Verpfändung von Forderungen und die Bürgschaft beansprucht werden.

aa) Die 4. Kreditverordnung kann - entgegen der Ansicht der Klägerin - nicht als abgeschlossene, die Besicherung von Bankkrediten umfassend regelnde gesetzliche Vorschrift, die aus sich heraus auszulegen ist, verstanden werden. Im innerstaatlichen Wirtschaftsverkehr der früheren DDR hatte das Recht der Kreditsicherheiten kaum Bedeutung. In den Rechtsbeziehungen zwischen sozialistischen Wirtschaftseinheiten bestand die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit praktisch nicht. Die in der ursprünglichen Fassung des Vertragsgesetzes enthaltene Bestimmung, daß im Kreditvertrag die Sicherung des Kredits vereinbart werden könne (§ 78 Abs. 3 VertragsG vom 25. Februar 1965), erschien daher entbehrlich. Als im Jahre 1982 die Kreditverordnung erlassen wurde, verzichtete man auf Vorschriften über Kreditsicherheiten ganz. Mit dem schrittweisen Übergang von einer staatlich gelenkten Wirtschaft hin zur sozialen Marktwirtschaft im Jahre 1990 mußte auch das Recht der Kreditsicherheiten den veränderten Bedingungen angepaßt werden. Auf diesem Weg war der Erlass der 4. Kreditverordnung am 2. März 1990 ein erster Schritt. Weitgehend angeglichen an das Recht der Bundesrepublik Deutschland hat der DDR-Gesetzgeber die Kreditsicherheiten erst aufgrund der Vereinbarungen im Staatsvertrag vom 18. Mai 1990 (BGBl. II S. 537). Art. 4 Abs. 1 Satz 1 des Staatsvertrages in Verbindung mit Buchst. B Ziff. II Nr. 1 der Leitsätze verlangte die Schaffung gleichwertiger Kreditsicherheiten wie in der Bundesrepublik. Um dieses Ziel zu erreichen, war in der Anlage III des Staatsvertrages unter anderem vorgesehen, die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches der früheren DDR über Sicherungsrechte zu erweitern (Nr. 8), das Vertragsgesetz nebst Durchführungsverordnungen aufzuheben (Nr. 12) und das Gesetz

über internationale Wirtschaftsverträge (GIW) vom 5. Februar 1976 (GBl. DDR I S. 61), das bislang nur auf internationale Rechtsverhältnisse zugeschnitten war, auch auf inländische Wirtschaftsverträge anzuwenden (Nr. 11). Diese Vorgaben des Staatsvertrages wurden indes erst mit Gesetz vom 28. Juni 1990 (GBl. DDR I S. 483) und mit Verordnung vom selben Tage (GBl. DDR I S. 509) zum 1. Juli 1990 umgesetzt.

Schon dieser historische Ablauf belegt, daß die 4. Kreditverordnung nur eine fragmentarische Übergangslösung bis zu einer umfassenden Neugestaltung des Kreditsicherungsrechts der ehemaligen DDR sein sollte. Ihr Anliegen war es allein, den Kreditinstituten überhaupt eine Besicherung in der Vergangenheit ausgereichter und künftiger Kredite zu ermöglichen. Eine Änderung bislang nach dem Recht der früheren DDR erlaubter Sicherungen oder eine Erweiterung auf neue Sicherungsformen war nicht bezweckt. Jedenfalls kommt dies im Wortlaut der 4. Kreditverordnung nicht zum Ausdruck. Im Gegenteil lehnt sich die 4. Kreditverordnung - wie exemplarisch die Einbeziehung der Aufbauhypothek (vgl. § 456 f ZGB) zeigt - erkennbar an die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches über die Sicherung von Forderungen (§§ 442 ff ZGB) an. Überdies fehlen - abgesehen von der allgemeinen Anordnung der Schriftform (§ 14 Abs. 4 Satz 4 KreditVO; § 2 Abs. 2 Satz 2 der 4. KreditVO) und dem klarstellenden Hinweis, daß die Hypothek, wie bereits in § 453 Abs. 1 Satz 3 ZGB bestimmt, mit der Eintragung im Grundbuch entsteht (§ 14 Abs. 4 Satz 5 KreditVO) - Vorschriften über die formale und inhaltliche Regelung der Sicherheiten. Ein geschlossenes, sich marktwirtschaftlichen Erfordernissen großzügig öffnendes Regelungswerk stellt die 4. Kreditverordnung nicht dar.

Der Ansicht der Klägerin, der 4. Kreditverordnung sei allein aus Gründen wirtschaftlicher Vernunft ein weitergehender Inhalt beizulegen, ist nicht zu folgen. Zwar war eine Kreditsicherung, wie sie westdeutschen Maßstäben entsprochen hätte, im Gebiet der ehemaligen DDR zunächst nicht voll gewährleistet. Dies rechtfertigt es aber nicht, den dort erlassenen Normen einen Gehalt beizumessen, der mit einem rechtsstaatlichen Verständnis methodengerechter Auslegung nicht zu vereinbaren ist. Insbesondere ist angesichts der Gesetzeslage ein Vorgriff auf künftige Regelungen, mögen sie auch die notwendige Folge der späteren Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion mit der DDR auf der Grundlage der sozialen Marktwirtschaft gewesen sein, nicht zulässig.

bb) Zu der danach erforderlichen Ergänzung der 4. Kreditverordnung kann nicht auf das Vertragsgesetz in der bei ihrem Erlaß geltenden Fassung vom 25. März 1982 (GBl. DDR I S. 293) zurückgegriffen werden, nachdem - wie dargelegt - dessen frühere Vorschriften über die Kreditsicherung mit der Neufassung aufgehoben worden waren.

cc) Der Senat hat ferner geprüft, ob die Vorschriften über die Sicherung der Vertragserfüllung im Gesetz über internationale Wirtschaftsverträge (§§ 230 ff) herangezogen werden können. Dieses Gesetz war indes zum Zeitpunkt des Abschlusses der Verpfändungsvereinbarungen nur auf internationale Wirtschaftsverträge anwendbar. Es ist - unter Umbenennung in Gesetz über Wirtschaftsverträge (GW) - erst zum 1. Juli 1990 geändert und auf den innerstaatlichen Bereich erweitert worden (Gesetze vom 28. Juni und 22. Juli 1990, GBl. DDR I S. 483, 903). In § 331 Abs. 2 GW ist bestimmt, daß jeder Partner eines vor dem 1. Juli 1990 geschlossenen, aber noch nicht erfüllten Vertrags innerhalb von drei Monaten nach

Inkrafttreten des Gesetzes über Wirtschaftsverträge berechtigt ist, von dem anderen Partner zu fordern, auf den Vertrag für die Zukunft dieses Gesetz anzuwenden. Es ist nicht vorge-  
tragen, daß die Parteien hiervon Gebrauch gemacht haben.

dd) Damit bleibt nur ein Rückgriff auf die entsprechenden Regelungen des Zivilgesetzbuches der ehemaligen DDR. So sah es auch die Grundsätzliche Feststellung Nr. 2/1983 des Staatlichen Vertragsgerichts der DDR über die Anwendung von Bestimmungen des Zivilgesetzbuches auf Wirtschaftsverhältnisse vom 16. Mai 1983 (Verfügungen und Mitteilungen des Staatlichen Vertragsgerichts - VuM - S. 13) vor; nach deren Nr. 1.1 Satz 1 waren, soweit im Vertragsgesetz und in den zu seiner Durchführung oder Ergänzung erlassenen Rechtsvorschriften sowie den speziellen Rechtsvorschriften gemäß § 1 Abs. 2 VertragsG keine Bestimmungen für den Abschluß oder die Erfüllung der Wirtschaftsverträge enthalten sind, die Bestimmungen des Zivilgesetzbuches entsprechend anzuwenden. Davon sind auch die Vertragsparteien ausgegangen, indem sie in der Verpfändungsvereinbarung ausdrücklich die einschlägigen Vorschriften des Zivilgesetzbuches über die Verpfändung (§§ 448, 449 ZGB) in Bezug genommen haben.

Sie scheinen freilich - wie der Hinweis auf § 45 Abs. 3 ZGB nahelegt - der Auffassung gewesen zu sein, ihnen sei erlaubt, von den geltenden gesetzlichen Bestimmungen abzuweichen. Das trifft nicht zu. Nach § 442 Abs. 1 Satz 1 ZGB konnten die Partner eines Vertrages die im Zivilgesetzbuch vorgesehenen Sicherheiten vereinbaren. Diese Norm wurde dahin verstanden, daß ausschließlich die im Dritten Kapitel des Zivilgesetzbuches aufgeführten Sicherungsrechte mit ihrer in diesem Gesetz geregelten Ausgestaltung Vertragsgegenstand sein konnten. Die Anwendung dieser Bestimmungen war zwingend,

so daß die in § 45 Abs. 3 ZGB grundsätzlich vorgesehene Möglichkeit einer Abweichung von den Vorschriften des Zivilgesetzbuches insoweit nicht bestand (vgl. Kommentar zum Zivilgesetzbuch der DDR, herausgegeben vom Ministerium der Justiz, 2. Aufl. § 442 Anm. 1; Gößmann WM 1990 Sonderbeilage Nr. 4 S. 23 unter I. 1. a; ferner OLG Bremen ZIP 1993, 1418, 1424; Haarmeyer/Wutzke/Förster, GesO 3. Aufl. § 12 Rdn. 21 a). Dieses Rechtsverständnis ist grundsätzlich auch für die heutige Auslegung und Anwendung der in Rede stehenden Normen maßgeblich (vgl. BGHZ 126, 87, 91); es entspricht dem allgemeinen Grundsatz, daß Bestimmungen des Sachenrechts zwingend sind. Der 4. Kreditverordnung ist eine Freistellung von den zwingenden Vorschriften des Zivilgesetzbuches auch nicht ansatzweise zu entnehmen. Darin liegt - entgegen der Ansicht der Klägerin - keine unangemessene Benachteiligung der Kreditinstitute. Auch unter Beachtung der zwingenden Vorschriften des Zivilgesetzbuches stellte die 4. Kreditverordnung diesen ein - wenigstens für eine Übergangszeit - unter marktwirtschaftlichen Bedingungen einigermaßen praktikables Regelungswerk zur Verfügung. Jedenfalls die Bestellung von Hypotheken für langfristige Kredite, die Vereinbarung eines besitzlosen Pfandrechts an bestehenden Sachen zur Sicherung kurz- oder mittelfristiger Kredite sowie die - wenngleich nach § 449 Abs. 1 Satz 4 ZGB mitteilungspflichtige - Verpfändung von gegenwärtigen Forderungen erlaubten den Banken eine westdeutschen Maßstäben behutsam angenäherte, nicht von vornherein untaugliche Kreditsicherung. Etwaige Regelungsdefizite abzustellen, war Sache des Gesetzgebers. Schaffte er insoweit erst zu einem späteren Zeitpunkt mit den zum 1. Juli 1990 in Kraft getretenen Regelungen Abhilfe, muß dies hingenommen werden.

c) Die im Vertrag vom 8./14. Mai 1990 vorgenommene Verpfändung sämtlicher im Eigentum des VEB stehender und nach dessen Abschluß in sein Eigentum gelangender Bestände an Material, unfertigen Erzeugnissen, Fertigerzeugnissen und Handelswaren ist unwirksam. Die Verpfändung einer Sachgesamtheit war dem Zivilgesetzbuch ebenso fremd wie die Verpfändung künftiger Sachen. Nach § 443 Abs. 1 ZGB konnten Forderungen dadurch gesichert werden, daß der Schuldner dem Gläubiger eine bewegliche Sache als Pfand übergab; § 448 Abs. 1 a.F. ZGB erlaubte eine Forderungsbesicherung auch in der Weise, daß der Schuldner im Besitz der verpfändeten Sache blieb und berechtigt war, sie zu nutzen. Diese Formulierungen belegen ein enges Verständnis des Zivilgesetzbuches von der Bestimmtheit der Pfandsache. Ob dem auch nach Erlaß der 4. Kreditverordnung uneingeschränkt zu folgen ist, bedarf hier keiner Vertiefung. Keinesfalls kann der den Vorschriften des Zivilgesetzbuches über die Verpfändung von Sachen zugrunde liegende Bestimmtheitsgrundsatz hinter den Anforderungen zurückbleiben, die unter der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches zur - dem besitzlosen Pfandrecht vergleichbaren - Sicherungsübereignung von Warenlagern mit wechselndem Bestand entwickelt worden sind. Insoweit ist anerkannt, daß bei der Sicherungsübereignung einer Sachgesamtheit die zu übereignenden Gegenstände so bestimmt zu bezeichnen sind, daß jeder, der die Vereinbarung der Vertragsparteien kennt, ohne Heranziehung weiterer Umstände feststellen kann, auf welche Gegenstände sie sich bezieht (vgl. BGH, Urt. v. 4. Oktober 1993 - II ZR 156/92, NJW 1994, 133, 134 m.w.N.). Diesen Maßstäben wird der Verpfändungsvertrag nicht gerecht. Die Klägerin und der VEB haben einschränkend nur solche gegenwärtigen und künftigen Sachen verpfänden wollen, die im Eigentum des VEB standen oder in sein Eigentum gelangen würden. Das ist unzureichend, weil ein außenstehender Dritter, der allein diese

Abrede kennt, nicht in der Lage ist, ohne zusätzliche Unterlagen wie Warenbücher oder Rechnungen den Umfang der verpfändeten Sachen eindeutig zu identifizieren (vgl. BGHZ 21, 52, 56; 28, 17, 20; BGH, Urt. v. 20. März 1986 - IX ZR 88/85, NJW 1986, 1985, 1986; v. 12. Oktober 1989 - IX ZR 245/88, WM 1989, 1904, 1906). Es kann nicht davon ausgegangen werden, daß die nach dem Parteiwillen von der Verpfändung erfaßten Gegenstände ausnahmslos im Eigentum der Schuldnerin standen. Zwar kannten weder das Zivilgesetzbuch noch das Vertragsgesetz einen rechtsgeschäftlichen Eigentumsvorbehalt. Doch ist nicht ohne weiteres auszuschließen, daß auf dem Betriebsgelände auch Material lagerte, das nach den Bestimmungen des Gesetzes über internationale Wirtschaftsverträge geliefert worden war; nach dessen § 233 Abs. 1 war die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts erlaubt. Ferner hätten auf dem Gelände lagernde Erzeugnisse bereits an Dritte übereignet sein können, denn § 26 Abs. 1 Satz 2 ZGB ließ eine vertragliche Regelung zu, nach der der Erwerber Eigentümer der Sache wurde, der Veräußerer jedoch im Besitz der Sache blieb. Bei dieser Sachlage genügte es dem Bestimmtheitserfordernis nicht, wenn der Umfang der verpfändeten Materialien und Waren ohne räumliche Begrenzung allein anhand des Eigentums des VEB bzw. der Schuldnerin ermittelt werden sollte. Daran ändert nichts, daß der VEB der Klägerin nach § 2 Abs. 3 des Verpfändungsvertrags die Bestände monatlich schriftlich nachzuweisen hatte; es ist nicht ersichtlich, daß mit den zu erstellenden Listen das jeweilige Sicherungsgut verbindlich festgelegt sein sollte.

d) Auch die in dem Vertrag vom 8./14. Mai 1990 vereinbarte pauschale Verpfändung aller gegenwärtigen und künftigen Forderungen aus Warenlieferungen und Leistungen ist unwirksam. Sie wird der bei Vertragsabschluß noch geltenden Bestim-

mung des § 449 Abs. 1 Satz 5 ZGB nicht gerecht. Danach mußte die Höhe einer verpfändeten Geldforderung im Vertrag genannt werden. Diese Regelung konnten die Vertragsparteien - wie dargelegt - mit dem bloßen Hinweis auf § 45 Abs. 3 ZGB nicht abbedingen (ebenso OLG Bremen ZIP 1993, 1418, 1424; Haarmeyer/Wutzke/Förster aaO § 12 Rdn. 21 a).

Darüber hinaus hat die Klägerin auch deshalb kein Pfandrecht an den Forderungen erworben, weil dazu nach § 449 Abs. 1 Satz 4 ZGB die schriftliche Mitteilung der Verpfändung an den Drittschuldner erforderlich war. Eine solche Anzeige ist - wie nach § 1280 BGB - eine nicht abdingbare Wirksamkeitsvoraussetzung für die Entstehung des Pfandrechts (ebenso LG Mönchengladbach ZIP 1996, 1107, 1108; Haarmeyer/Wutzke/Förster aaO). Für eine derartige Mitteilung ist nichts vorge-  
tragen. Sie war nach den vertraglichen Bestimmungen auch nur auf besondere Anordnung der Klägerin vorzunehmen (§ 2 Abs. 4 des Verpfändungsvertrages).

2. Das Berufungsgericht hat der Klägerin ein Pfandrecht an den mit Vertrag vom 22. Juni 1990 verpfändeten Produktionsanlagen sowie einen Anspruch auf Auskunft über eventuelle Verwertungsmaßnahmen des Beklagten zuerkannt. Dies hält der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand.

a) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Produktionsanlagen seien trotz ihrer Verankerung im Boden bewegliche Sachen geblieben und hätten daher selbständig verpfändet werden können, greift die Revision nicht an.

b) Die Revision ist der Ansicht, dem Verpfändungsvertrag vom 22. Juni 1990 lägen keine wirksamen Forderungen der Klägerin zugrunde. Das ist nicht zutreffend. Die nach der

4. Kreditverordnung in Verbindung mit §§ 442 ff ZGB zulässigen Sicherungsrechte waren allerdings von Entstehen, Bestand und Umfang der gesicherten Forderung abhängig; es galt der Grundsatz der völligen Akzessorietät (Göhring/Posch, Zivilrecht der DDR Lehrbuch Teil 1 S. 249; ferner Pleyer, Die Bank 1990, 400, 402 f; Horn, Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet 2. Aufl. Kap. 2 § 10 Rdn. 23 ff).

aa) Mit dem Verpfändungsvertrag vom 22. Juni 1990 sollten die Rückzahlungsforderungen aus mehreren vor 1990 gewährten Grundmittelkrediten gesichert werden. Die Rückzahlung dieser Altkredite kann die Klägerin auch nach Herstellung der deutschen Einheit verlangen. Die von der Revision vorgetragenen Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Altschuldengesetzgebung teilt der Senat nicht (vgl. Nichtannahmebeschluß vom 10. Juli 1997, WM 1997, 1724).

bb) Zweifel an der Wirksamkeit des Verpfändungsvertrages lassen sich auch nicht daraus herleiten, daß der Klägerin die besicherte Grundmittelkreditforderung im Rahmen des Einbringungsvertrages vom 21. Juni 1990 übertragen wurde. Es spricht allerdings viel dafür, daß auf diesen Vertrag die Vorschriften über die Nachgründung gemäß § 45 AktG 1937, das in der früheren DDR fortgalt, anzuwenden sind (dafür OLG Bremen ZIP 1993, 1418, 1422 im Anschluß an Hommelhoff/Habighorst, ZIP 1992, 665, 669). Dann wäre die Forderungsabtretung als Teil des Einbringungsvertrages gemäß § 45 Abs. 1 Halbsatz 2 AktG 1937 trotz Zustimmung der Hauptversammlung, die nach den Feststellungen des OLG Bremen (aaO) noch am 21. Juni 1990 erteilt wurde, bis zur Eintragung in das Handelsregister am 17. April 1991 schwebend unwirksam (vgl. zur inhaltsgleichen Bestimmung des § 52 AktG: Barz, in: Großkommentar zum AktG 3. Aufl. § 52 Anm. 4; Godin/Wilhelmi, AktG 4. Aufl. § 52

Anm. 10; Kraft, in: Kölner Kommentar zum AktG 2. Aufl. § 52 Rdn. 53; Hüffer, AktG 3. Aufl. § 52 Rdn. 7).

Auch wenn die Abtretung der Altkreditforderung an die Klägerin bei Abschluß des Verpfändungsvertrages mithin noch nicht vollwirksam gewesen sein dürfte, konnte die Forderung schon rechtsbeständig besichert werden. Zwar müssen bei einer Verpfändung der Pfandgläubiger und der Gläubiger der gesicherten Forderung grundsätzlich identisch sein. Eine § 1204 Abs. 2 BGB vergleichbare Vorschrift, die die Bestellung eines Pfandrechts auch für eine künftige Forderung (und damit auch für eine bereits existente, jedoch erst künftig in der Person des Pfandgläubigers entstehende Forderung) erlaubt, kannte das Zivilgesetzbuch in der bei Vertragsschluß geltenden Fassung nicht; § 443 Abs. 3 ZGB wurde erst mit Gesetz vom 22. Juli 1990 (GBl. DDR I S. 903) eingefügt. Gleichwohl ist das Erfordernis der Gläubigeridentität hier deshalb gewahrt, weil die Klägerin die Kreditforderung vor Abschluß des Verpfändungsvertrages erworben hat und die schwebende Unwirksamkeit der Forderungsabtretung mit der Eintragung des Einbringungsvertrages in das Handelsregister rückwirkend geheilt wurde. Daß ein schwebend unwirksames Rechtsgeschäft grundsätzlich rückwirkend Wirksamkeit erlangt, sobald das fehlende Erfordernis nachgeholt wird, ist allgemein anerkannt (vgl. Palandt/Heinrichs aaO Überbl. v. § 104 Rdn. 31 [zu Ausnahmen: § 184 Rdn. 2]; MünchKomm-BGB/Schramm 3. Aufl. § 184 Rdn. 11; zur Rückwirkung der Handelsregistereintragung auf Nachgründungsverträge vgl. Godin/Wilhelmi aaO und Kraft aaO). Dies galt auch im Recht der früheren DDR (vgl. Kommentar zum ZGB der DDR aaO Anm. 1.1 zu § 59 ZGB, der das Handeln ohne Vertretungsbefugnis regelte). Das wirksam gewordene Rechtsgeschäft ist so zu behandeln, als sei es bereits seit seiner Vornahme wirksam gewesen (vgl. MünchKomm-BGB/Schramm aaO).

Das hat im Streitfall zur Folge, daß nach der Eintragung des Einbringungsvertrages im Handelsregister die Forderungsabtretung mit Abschluß des Vertrages am 21. Juni 1990 als vollzogen gilt. Die abgetretene Grundmittelkreditforderung gegen den VEB konnte somit am 22. Juni 1990 rechtswirksam zugunsten der Klägerin besichert werden.

Daß vor der Eintragung des Einbringungsvertrages in das Handelsregister die Gesamtvollstreckung über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet wurde, ist in diesem Zusammenhang rechtlich ohne Bedeutung. Es ist allgemein anerkannt, daß eine vor Konkurseröffnung vorgenommene genehmigungsbedürftige Verfügung des Gemeinschuldners über ein ihm gehörendes Recht auch dann nicht an dem in der Gesamtvollstreckung entsprechend anwendbaren (dazu unten 3. b) § 15 Satz 1 KO scheitert, wenn die Genehmigung erst nach Konkurseröffnung erteilt wird. Da die Genehmigung rückwirkende Kraft hat, ist das Recht schon vor Eröffnung des Konkursverfahrens aus dem Vermögen des Gemeinschuldners ausgeschieden, so daß für die Anwendung des § 15 Satz 1 KO kein Raum bleibt (BGH, Urt. v. 9. Oktober 1958 - II ZR 229/57, LM § 15 KO Nr. 2; Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 15 Rdn. 93; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 15 Rdn. 12; Kilger/Karsten Schmidt, KO 16. Aufl. § 15 Anm. 4 c). Nichts anderes kann in dem hier zu entscheidenden Fall gelten, in dem zwar nicht die Pfandrechtsbestellung durch den VEB, aber die Übertragung der zu sichernden Forderung auf die Klägerin erst aufgrund eines nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung bewirkten Umstands - der Eintragung des Einbringungsvertrages in das Handelsregister - rückwirkend auf einen Zeitpunkt vor der Verfahrenseröffnung wirksam geworden ist.

c) Der Beklagte meint, die gewährten Kredite hätten eigenkapitalersetzenden Charakter; sie könnten daher gemäß

§ 32 a GmbHG sowie den zu §§ 30, 31 GmbHG entwickelten Rechtsprechungsgrundsätzen nicht in der Gesamtvollstreckung geltend gemacht werden. Träfe dies zu, wäre die Klägerin auch gehindert, abgesonderte Befriedigung nach § 12 Abs. 1 GesO aus dem Verpfändungsvertrag zu verlangen (vgl. BGH, Urt. v. 19. September 1996 - IX ZR 249/95, ZIP 1996, 1829, 1831, z.V.b. in BGHZ 133, 298). Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob der Beklagte zu den tatsächlichen Voraussetzungen der Vorschriften über eigenkapitalersetzende Darlehen hinreichend vorgetragen hat, sondern hat sich auf § 56 e DMBilG gestützt, der die Anwendung des § 32 a GmbHG auf Altkredite ausschließt. Auf die gegen diese Vorschrift erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken des Beklagten kommt es nicht an, weil ein ausreichender Sachvortrag zu den Voraussetzungen des § 32 a GmbHG in den Tatsacheninstanzen ebenso fehlt wie ein Vortrag, der das Eingreifen der Rechtsprechungsregeln zu §§ 30, 31 GmbHG rechtfertigen könnte (vgl. den Nichtannahmebeschluß vom 10. Juli 1997 aaO).

d) Das Berufungsgericht hat nicht geprüft, ob der Verpfändungsvertrag vom 22. Juni 1990 der Anfechtung nach § 10 Abs. 1 GesO unterliegt. Der Beklagte hat nicht nur den Globalverpfändungsvertrag vom 8./14. Mai 1990, sondern ausdrücklich - mit gleichem Sachvortrag - auch die Verpfändung der Produktionsanlagen angefochten. Zur Anfechtbarkeit der Verpfändungen vom 8./14. Mai 1990 hat das Berufungsgericht ausgeführt, eine unentgeltliche Übertragung von Vermögenswerten nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 GesO liege nicht vor und für eine die Anfechtung nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO rechtfertigende Gläubigerbenachteiligungsabsicht der Gesamtvollstreckungsschuldnerin fehle ebenso ein "konkreter Beleg" wie für ein entsprechendes Wissen der Klägerin. Vielmehr sei mit dem Abschluß der Verpfändungsvereinbarung erkennbar der durch die

4. Kreditverordnung geänderten Gesetzeslage Rechnung getragen worden. Diese Ausführungen sind in bezug auf den Globalverpfändungsvertrag vom 8./14. Mai 1990 wegen dessen Unwirksamkeit ohne Bedeutung. Für den Verpfändungsvertrag vom 22. Juni 1990 ist ihnen nicht uneingeschränkt zu folgen.

aa) Freilich kann aus § 10 Abs. 1 Nr. 3 GesO ein Recht zur Anfechtung nicht hergeleitet werden. Die nachträgliche Bestellung einer Sicherheit für eine eigene, entgeltlich begründete Verbindlichkeit ist nicht als unentgeltliche Verfügung anfechtbar (BGHZ 112, 136, 138 f zu § 32 KO; zustimmend Gerhardt, EWiR 1990, 919, 920; ebenso Jaeger/Henckel aaO § 32 Rdn. 4). An dieser Rechtsansicht hält der Senat auch für § 10 Abs. 1 Nr. 3 GesO fest (ebenso Haarmeyer/Wutzke/Förster aaO § 10 Rdn. 72; Hess/Binz/Wienberg, GesO 3. Aufl. § 10 Rdn. 97; Zeuner, in: Smid, GesO 3. Aufl. § 10 Rdn. 111; Huber, in: Gottwald, Nachtrag "GesO" zum Insolvenzrechts-Handbuch Kap. III Abschn. 7 C Rdn. 9).

bb) Nach dem Vorbringen des Beklagten kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß die Voraussetzungen einer Absichtsanfechtung gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GesO gegeben sind.

(1) Die Klägerin hat sich mit der Verpfändung der Produktionsanlagen am 22. Juni 1990 auf der Grundlage des § 2 Abs. 2 Satz 1 der 4. KreditVO nachträglich Grundmittelkredite aus den Jahren 1988 und 1989 besichern lassen. Diese Norm, nach der die Bank berechtigt ist, "für bereits gewährte Kredite Sicherheiten zu verlangen", legt nicht abschließend fest, welche Art der Sicherheit das Kreditinstitut vom Kreditnehmer beanspruchen kann. Auch § 14 Abs. 4 Satz 2 KreditVO in der Fassung der 4. KreditVO gibt nur einen groben Rahmen vor, welche Sicherheiten bei welchen Kreditformen vorrangig

in Betracht zu ziehen sind, ermöglicht der Bank aber in Satz 3, zusätzliche Sicherheiten zu fordern, sofern ihr Sicherungsbedürfnis nicht durch die in Satz 2 aufgeführten Sicherheiten gedeckt ist. Aufgrund dieser mangelnden Regeldichte läßt sich aus § 2 Abs. 2 Satz 1 der 4. KreditVO ein klagbarer Anspruch auf Bestellung bestimmter Sicherheiten regelmäßig nicht herleiten.

(2) Mit der Einräumung einer Sicherheit wird dem Gläubiger grundsätzlich nur dann eine kongruente Deckung gewährt, wenn dieser einen Anspruch gerade auf die bestellte Sicherheit hat (vgl. BGH, Urt. v. 12. November 1992 - IX ZR 236/91, WM 1993, 270, 273). Individualvertragliche Vereinbarungen oder allgemeine Geschäftsbedingungen, die dem Gläubiger nur einen inhaltlich unbestimmten Anspruch auf die Bestellung oder Verstärkung von Sicherheiten geben, reichen nicht aus (vgl. BGHZ 33, 389, 393 f; BGH, Urt. v. 3. April 1968 - VIII ZR 23/66, WM 1968, 683, 684; v. 12. November 1992 aaO; v. 11. Mai 1995 - IX ZR 170/94, WM 1995, 1394, 1397; Kilger/Karsten Schmidt aaO § 30 Anm. 20; Jaeger/Henckel aaO § 30 Rdn. 220). In einem solchen Fall stellt die gleichwohl gewährte Sicherheit eine inkongruente Deckung dar, die in aller Regel ein starkes Beweisanzeichen sowohl für eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners als auch dafür begründet, daß der Anfechtungsgegner diese Absicht kannte (vgl. BGHZ 123, 320, 326; BGH, Urt. v. 9. Januar 1997 - IX ZR 47/96, WM 1997, 436, 439; v. 13. März 1997 - IX ZR 93/96, WM 1997, 922, 923). Ist allerdings das Ausmaß der Inkongruenz gering, verliert sie in der Regel als Beweisanzeichen an Bedeutung (BGH, Urt. v. 12. November 1992 aaO; v. 13. März 1997 aaO).

(3) Auch wenn die Bestellung einer Sicherheit aufgrund der gesetzlichen Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 1 der

4. KreditVO nach den aufgezeigten Rechtsgrundsätzen regelmäßig als Gewährung einer inkongruenten Deckung zu werten ist, erscheint es nicht gerechtfertigt, allein daraus ohne weiteres Schlüsse auf eine Benachteiligungsabsicht des Schuldners zu ziehen. Soweit die Rechtsprechung aus einer inkongruenten Deckung in der Regel eine solche Schlußfolgerung herleitet, liegt dem der Gedanke zugrunde, daß Schuldner regelmäßig nicht bereit sind, anderes oder gar mehr zu leisten als sie schulden. Tun sie dies dennoch zugunsten eines Gläubigers, liegt der Verdacht nahe, dieser solle zum Nachteil der anderen Gläubiger begünstigt werden (vgl. BGH, Urt. v. 30. Januar 1997 - IX ZR 89/96, WM 1997, 545, 547). Diesem Gedanken fehlt die Grundlage, wenn ein Schuldner kraft einer gesetzlichen Vorschrift gehalten ist, einem bestimmten Gläubiger auf dessen Verlangen Sicherheiten zur Verfügung zu stellen. In einem solchen Fall ist es genauso gut möglich, daß der Schuldner die Sicherheiten beibringt, um der gesetzlichen Verpflichtung Folge zu leisten. Das Bewußtsein, aufgrund der Erfüllung einer gesetzlichen Bestimmung nicht alle Gläubiger befriedigen zu können, reicht für sich allein regelmäßig nicht aus, um die Annahme einer Benachteiligungsabsicht zu rechtfertigen (vgl. BGH, Urt. v. 18. April 1991 - IX ZR 149/90, WM 1991, 1273, 1275). Kommt es dem Schuldner indes weniger auf die Erfüllung seiner Pflichten, sondern mehr auf die Vereitelung der Ansprüche anderer Gläubiger an, ist eine Benachteiligungsabsicht gegeben (BGHZ 12, 232, 238; BGH, Urt. v. 14. Juli 1969 - VIII ZR 109/67, WM 1969, 1079, 1080; Kilger/Karsten Schmidt aaO § 31 Anm. 4; Jaeger/Henckel aaO § 31 Rdn. 11). Unter diesem Gesichtspunkt bedarf es im Streitfall einer umfassenden Würdigung aller entscheidungserheblichen Umstände. Daran fehlt es bisher.

Der Beklagte hat unter Beweisantritt behauptet, die Verantwortlichen des VEB hätten, als die Klägerin im Juni 1990 weitere Sicherheiten gefordert habe, darauf hingewiesen, "daß man dann ja gleich Schluß machen könne, weil dann alles der Bank gehöre" (GA IV 27). Wenn den für den VEB handelnden Personen danach klar war, daß bei Gewährung der Sicherheiten eine Fortsetzung des Geschäftsbetriebes nicht mehr möglich war, hätte der VEB mit der gleichwohl vollzogenen Verpfändung der Produktionsanlagen seinen sonstigen Gläubigern - insbesondere den damals noch über 800 Arbeitnehmern des VEB (Prüfungsbericht über die DM-Eröffnungsbilanz 1. Teil Seite 6) und seinen Lieferanten, denen gegenüber ausweislich der DM-Eröffnungsbilanz zum 1. Juli 1990 Verbindlichkeiten in Höhe von knapp 12,3 Millionen DM bestanden (Anlage 1 zum Prüfungsbericht) - zwangsläufig geschadet und damit ihre Benachteiligung billigend in Kauf genommen. Hätte dabei die Absicht, diesen Gläubigern die Sicherheiten als Zugriffsobjekte zu entziehen, im Vordergrund gestanden, ließe sich eine Benachteiligungsabsicht schwerlich verneinen. Demgegenüber hat die Klägerin - ebenfalls unter Beweisantritt - vorgetragen, sie und die Verantwortlichen des VEB hätten "ausschließlich in dem Verständnis der durch die 4. Kreditverordnung geschaffenen neuen Rechtslage" (GA IV 65) gehandelt. Träfe dies zu oder wäre es zumindest nicht auszuschließen, würde es an der Gläubigerbenachteiligungsabsicht der Gesamtvollstreckungsschuldnerin, jedenfalls aber an der Kenntnis der Klägerin hiervon fehlen, mag diese auch - wie der Beklagte vorträgt - über die Bilanzen des VEB unterrichtet gewesen sein.

3. Das Berufungsgericht hat den Beklagten zu Unrecht verurteilt, einer Auszahlung des zur Ablösung der Hypothek hinterlegten Betrages zuzustimmen. Es hat gemeint, die Klägerin habe die Hypothek erworben. Daß diese erst nach Eröff-

nung des Gesamtvollstreckungsverfahrens im Grundbuch eingetragen worden sei, stehe dem in entsprechender Anwendung von § 15 Satz 2 KO i.V.m. § 878 BGB nicht entgegen. Dagegen wendet sich die Revision zu Recht.

a) Die Entstehung der Hypothek, deren Bestellung die Parteien am 22. Juni 1990 vereinbart haben, richtet sich nach dem zu diesem Zeitpunkt noch geltenden Recht der ehemaligen DDR. Daran ändert nichts, daß die Eintragung im Grundbuch erst nach dem Beitritt der früheren DDR erfolgte. Gemäß Art. 233 § 7 Abs. 2 EGBGB bleibt deren Recht anwendbar, wenn es zur Begründung eines Rechts der Eintragung in das Grundbuch bedarf und der Eintragungsantrag - wie hier - vor dem Wirksamwerden des Beitritts gestellt worden ist. Maßgebend sind somit die Bestimmungen des § 14 Abs. 4 KreditVO in der Fassung der 4. KreditVO, die durch die §§ 452 ff ZGB zu ergänzen sind. Sowohl nach § 14 Abs. 4 Satz 5 KreditVO als auch nach § 453 Abs. 1 Satz 3 ZGB entstand die Hypothek erst mit der Eintragung im Grundbuch. Vor der Grundbucheintragung äußerte die bloße Bewilligung der Hypothek keine Rechtswirkungen (vgl. BGH, Urt. v. 9. Januar 1997 - IX ZR 47/96, WM 1997, 436, 438). Insbesondere gewährte das Recht der ehemaligen DDR keinen Schutz vor Verfügungsbeschränkungen in dem Zeitraum nach Vereinbarung der Hypothek und dem Stellen des Antrags auf Grundbucheintragung; eine dem § 878 BGB entsprechende Bestimmung findet sich im DDR-Recht nicht.

b) Die nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung am 8. Januar 1991 erfolgte Eintragung der Hypothek konnte zu Lasten der Gesamtvollstreckungsmasse keine Wirkung mehr entfalten. Die Gesamtvollstreckungsordnung enthält insoweit im Gegensatz zu § 15 Satz 1 KO zwar keine ausdrückliche Regelung. Die in dieser Norm angeordnete Rechtsfolge ist indes - gemeinsam mit

§§ 6, 7 und 14 KO - Ausdruck der allgemeinen Wirkungen des Konkursbeschlags. Nach Eröffnung des Konkursverfahrens können Rechte an Massegegenständen den Konkursgläubigern gegenüber nicht mehr erworben werden (vgl. Jaeger/Henckel aaO § 15 Rdn. 5; Kuhn/Uhlenbruck aaO § 15 Rdn. 1). Die genannten Vorschriften sollen im Interesse einer gleichmäßigen Befriedigung aller Konkursgläubiger eine Minderung der Konkursmasse nach Verfahrenseröffnung unterbinden (BGH, Urt. v. 30. Oktober 1974 - VIII ZR 81/73, NJW 1975, 122). Wenn § 15 Satz 1 KO bestimmt, daß auch ein Rechtserwerb, der nicht auf einer Rechtshandlung des Gemeinschuldners beruht, gegenüber den Konkursgläubigern unwirksam ist, setzt er für das Konkursrecht - unter anderem - den allgemeinen Rechtsgedanken um, daß die Verfügungsbefugnis über ein Recht auch noch zum Zeitpunkt der Vollendung eines mehraktigen Rechtserwerbs gegeben sein muß (vgl. BGHZ 28, 182, 183 f; BGH, Urt. v. 31. Mai 1988 - IX ZR 103/87, WM 1988, 1388, 1389 f).

Konkursverfahren und Gesamtvollstreckungsverfahren verfolgen gleiche Ziele. Sie sollen in einem rechtlich geordneten Verfahren die gemeinschaftliche Befriedigung der Gläubiger des Gemeinschuldners sichern (vgl. Lübchen/Landfermann ZIP 1990, 829, 831). Zu diesem Zweck wird dem Gesamtvollstreckungsschuldner (wie nach § 6 KO) gemäß § 5 Satz 2 Nr. 1 GesO mit der Verfahrenseröffnung verboten, über sein Vermögen zu verfügen. Diese bewirkt gemäß § 7 Abs. 1 GesO die Pfändung des Schuldnervermögens und führt nach dem Vorbild der §§ 6 ff KO den Konkursbeschlag herbei (vgl. Kilger/Karsten Schmidt aaO § 7 GesO Anm. 2a). Damit gelten auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung für das Gesamtvollstreckungsrecht die den §§ 7, 15 Satz 1 KO zugrunde liegenden Rechtsgedanken über die Folgen des Verfügungsverbots des Gesamtvollstreckungsschuldners entsprechend (vgl. Kübler, in:

Festschrift für Franz Merz S. 333, 361; Smid aaO § 7 Rdn. 124).

c) Eine analoge Anwendung des § 15 Satz 2 KO i.V.m. § 878 BGB scheidet demgegenüber für den vorliegenden Fall, daß sich die Hypothekenbestellung noch nach dem Recht der früheren DDR richtet, aus. § 15 Satz 2 KO will den Schutz, den § 878 BGB unter den dort geregelten Voraussetzungen vor nachträglichen Verfügungsbeschränkungen gewährt, auch auf das durch den Konkursbeschlagnahme bewirkte Verfügungsverbot des Gemeinschuldners übertragen (vgl. Jaeger/Henckel aaO § 15 Rdn. 109). Nach dem Recht der ehemaligen DDR führten die bindende Hypothekenbestellung und der Eintragungsantrag einen solchen Schutz jedoch nicht herbei; dann aber kommt eine entsprechende Anwendung der Ausnahmebestimmung des § 15 Satz 2 KO im Geltungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung in solchen Fällen nicht in Betracht, in denen die Entstehung des dinglichen Rechts den Vorschriften des DDR-Rechts unterliegt. Daraus, daß im Beitrittsgebiet eine Eintragung in das Grundbuch häufig mit erheblicher zeitlicher Verzögerung erfolgte, hat der Gesetzgeber im Gesamtvollstreckungsrecht Folgerungen nur für die Anfechtung mit dem im Jahre 1991 eingeführten § 10 Abs. 3 GesO gezogen. Deshalb bleibt es für den nach DDR-Recht zu beurteilenden Erwerb einer Hypothek bei dem in der Gesamtvollstreckungsordnung sinngemäß geltenden Grundsatz des § 15 Satz 1 KO. Folglich entfaltete die zugunsten der Klägerin erst nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung eingetragene Hypothek gegenüber den Gesamtvollstreckungsgläubigern keine Wirkung.

Deshalb kann der Beklagte von der Klägerin die Zustimmung zur Auszahlung des hinterlegten Betrags verlangen, so daß der Widerklage insoweit stattzugeben ist.

4. Mit Erfolg wendet sich die Revision auch dagegen, daß das Berufungsgericht dem mit der Widerklage verfolgten Antrag auf Zahlung von 804.312,80 DM nur teilweise in Höhe von 175.994,53 DM entsprochen hat. Das Berufungsgericht meint, die Verrechnung eingegangener Zahlungen von Schuldern der Gesamtvollstreckungsschuldnerin mit Altkreditschulden sei nur für die Zeit nach Anordnung der Sequestration zu beanstanden. Das trifft nicht zu.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats besteht gemäß § 2 Abs. 4 GesO i.V.m. § 394 Satz 1 BGB ein Aufrechnungsverbot gegen Forderungen des Schuldners, die nach Eingang eines zulässigen Antrags auf Eröffnung der Gesamtvollstreckung begründet werden; der Anordnung einer Sequestration bedarf es nicht (BGHZ 130, 76, 78 ff; BGH, Urt. v. 21. März 1996 - IX ZR 195/95, WM 1996, 834 f; v. 18. April 1996 - IX ZR 206/95, WM 1996, 1063 f; v. 24. Oktober 1996 - IX ZR 284/95, WM 1996, 2250, 2251).

b) Darüber hinaus war ab dem 14. September 1990 aus Rechtsgründen eine Aufrechnung mit fälligen Altkreditschulden nicht mehr möglich. Seit diesem Tag galt § 4 Abs. 2 Satz 1 der Verordnung über Maßnahmen zur Entschuldung bisher volkseigener Unternehmen von Altkrediten (EntschuldungsVO) vom 5. September 1990 (GBl. DDR I S. 1435), der für Treuhandunternehmen - wie die Gesamtvollstreckungsschuldnerin - die Aussetzung der Zins- und Tilgungsleistungen auf Altkredite bis zur - hier vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung nicht mehr erfolgten - Feststellung der DM-Eröffnungsbilanz vorschrieb. Die damit angeordnete Stundung hinderte die Klägerin an einer wirksamen Aufrechnung (§ 432 Abs. 1 Satz 1 ZGB, § 387 BGB).

c) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht dem Beklagten die Darlegungs- und Beweislast dafür auferlegt, wann und in jeweils welcher Höhe die Klägerin aufgrund der Zahlungseingänge Verrechnungen vorgenommen hat. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Beklagten hat die Gesamtvollstreckungsschuldnerin selbst nach dem 1. Juli 1990 keine Tilgungsleistungen erbracht. Soweit ihre Schuldner Zahlungen auf Konten geleistet haben, die bei der Klägerin weitergeführt wurden, hat sie gegen diese einen Anspruch auf Auszahlung des entstandenen Guthabens; dessen Höhe steht zwischen den Parteien außer Streit. Wenn die Klägerin gegen diesen Anspruch aufrechnet, trifft sie die Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen und hier insbesondere für die Fälligkeit der Gegenforderung (vgl. zur Beweislast Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht Band 1 2. Aufl. § 387 BGB Rdn. 1; MünchKomm-BGB/von Feldmann aaO § 387 Rdn. 45). Da die Klägerin ab dem 14. September 1990 zur Aufrechnung mit Altkreditschulden nicht mehr berechtigt war (§ 5 EntschuldungsVO), obliegt es mithin ihr, darzulegen und im Bestreitensfall zu beweisen, daß und gegebenenfalls in welchem Umfang vor diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für eine Aufrechnung gegen einen Auszahlungsanspruch der Gesamtvollstreckungsschuldnerin aus bis dahin eingegangenen Zahlungen Dritter erfüllt waren.

5. Das angefochtene Urteil ist somit teilweise aufzuheben (§ 564 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann, da es weiterer tatsächlicher Feststellungen nicht bedarf, in der Sache selbst entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), soweit es Pfandrechte der Klägerin aus dem Globalverpfändungsvertrag vom 8./14. Mai 1990 und die Zustimmung zur Auskehrung des hinterlegten Betrages betrifft. Im übrigen ist die Sache an das Berufungsge-

richt zurückzuverweisen. Dieses wird - gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien - die erforderlichen Feststellungen zur Anfechtbarkeit des Verpfändungsvertrages vom 22. Juni 1990 und zum Umfang der Aufrechnungsbefugnis der Klägerin zu treffen haben.

## II.

### Revision der Klägerin

1. Am 23. Januar 1991 wurde die Umbuchung eines Guthabens der Gesamtvollstreckungsschuldnerin in Höhe von 152.084,86 DM von einem Fonds-Konto auf ein bei der Klägerin geführtes Umlaufmittelkreditkonto vorgenommen. Die darin liegende Aufrechnung hat das Berufungsgericht gemäß § 7 Abs. 5 GesO für unwirksam gehalten. Zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung seien die Rückzahlungsforderungen der Klägerin mangels Kündigung nicht fällig gewesen. Eine analoge Anwendung des § 54 KO komme nicht in Betracht; auf eine dieser Bestimmung entsprechende Regelung in der Gesamtvollstreckungsordnung habe der Gesetzgeber bewußt verzichtet. Diese Ausführungen halten den Angriffen der Revision stand.

2. § 7 Abs. 5 GesO erlaubt die Aufrechnung nur, wenn der Gläubiger "zum Zeitpunkt der Eröffnung" der Gesamtvollstreckung zur Aufrechnung befugt war. Damit ist eine Aufrechnung ausgeschlossen, wenn die Aufrechnungslage erst nach der Verfahrenseröffnung begründet wurde (BGH, Urt. v. 27. Februar 1997 - IX 79/96, WM 1997, 728, 729, z.V.b. in BGHZ 135, 30). Gegen den Anspruch auf Auszahlung des Guthabens, das erst nach Eröffnung der Gesamtvollstreckung in der Zeit vom 8. bis

23. Januar 1991 in Höhe von 1.968,80 DM entstanden ist, scheidet eine Aufrechnung daher von vornherein aus.

3. Aber auch gegen den schon bei Verfahrenseröffnung bestehenden Anspruch auf Guthabenauszahlung ist eine Aufrechnung mit Ansprüchen auf Rückzahlung der Umlaufmittelkredite nach § 7 Abs. 5 GesO nicht zulässig. Diese Ansprüche waren zur Zeit der Eröffnung der Gesamtvollstreckung nicht fällig. Das folgt - unabhängig von einer fehlenden Kündigung des Kreditvertrages - bereits aus dem seit 14. September 1990 für Altkreditschulden (§ 2 Abs. 1 EntschuldungsVO) von Treuhandunternehmen geltenden Schuld moratorium des § 4 Abs. 2 Satz 1 EntschuldungsVO, das bis zur Verfahrenseröffnung andauerte (§ 1 Abs. 2 EntschuldungsVO). Deshalb war die Klägerin zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zur Aufrechnung nicht berechtigt und somit nach dem Wortlaut des § 7 Abs. 5 GesO gehindert, die Aufrechnung im Verfahren zu erklären.

Eine den Wortlaut korrigierende analoge Anwendung des § 54 KO, der eine Aufrechnung von zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens noch betagten oder bedingten Forderungen gestattet, scheidet aus. Insoweit mag dahingestellt bleiben, ob - selbst bei Geltung des § 54 KO - ein Aufrechnungsverbot nicht gleichwohl schon gemäß der Senatsrechtsprechung zu § 2 Abs. 4 GesO i.V.m. § 394 Satz 1 BGB (s.o. unter I. 4. a) bestehen würde, weil § 54 KO die Fälligkeit der bis dahin betagten oder bedingten Forderungen erst mit der Konkurseröffnung herbeiführt und zu diesem Zeitpunkt das Verbot der Aufrechnung bereits greift. Eine entsprechende Anwendung von § 54 KO widerspricht jedenfalls dem Willen des Gesetzgebers der Gesamtvollstreckungsordnung.

a) Die Gesamtvollstreckungsordnung beansprucht keine vollständige Behandlung aller insolvenzrechtlichen Fragen. Ihre Lückenhaftigkeit, die der Gesetzgeber bewußt in Kauf genommen hat, erlaubt bei der Entscheidung von Einzelfragen grundsätzlich den Rückgriff auf die detaillierteren Bestimmungen der Konkursordnung, gestattet aber auch den Zugriff auf den im Jahre 1990 vorliegenden Referentenentwurf für ein Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts jedenfalls insoweit, als Vorschriften der Konkursordnung schon 1990 als reformbedürftig empfunden wurden und die Vorschläge des Referentenentwurfes Eingang in die Insolvenzordnung gefunden haben (vgl. BGHZ 129, 236, 244 f; BGH, Urt. v. 19. September 1996 - IX ZR 277/95, WM 1996, 2078, 2079, z.V.b. in BGHZ 133, 307; v. 27. Februar 1997 aaO S. 729 f; Lübchen/Landfermann, NJ 1990, 396; Landfermann, in: Festschrift für Franz Merz S. 367, 384 f).

b) § 54 KO ist nicht in die Insolvenzordnung übernommen worden. Der Grund hierfür liegt darin, daß diese Vorschrift, die in Abweichung von § 387 BGB die Aufrechnung in erweitertem Maß zuläßt, die Gläubiger bevorzugt, die außerhalb des Konkursverfahrens nicht zur Aufrechnung befugt sind. Dies steht in Widerstreit zu dem das Insolvenzrecht beherrschenden Grundsatz der gleichmäßigen Befriedigung aller Gläubiger und wurde deshalb als systemwidrig empfunden (vgl. Landfermann aaO S. 386; Haarmeyer/Wutzke/Förster aaO § 7 Rdn. 50; Gottwald, Nachtrag "GesO" zum Insolvenzrechts-Handbuch Kap. III Abschn 6 B Rdn. 5). Der Abbau derartiger Vorzugsstellungen war ein Ziel der Insolvenzrechtsreform (BT-Drucks. 12/2443, S. 141). Folgerichtig wurde die Aufrechnungsmöglichkeit in § 102 RefE InsO, § 107 RegE InsO sowie § 95 InsO gegenüber § 54 KO deutlich eingeschränkt. Es kommt nicht in Betracht, § 7 Abs. 5 GesO unter entsprechender Heranziehung einer durch

die Insolvenzrechtsreform überholten Norm berichtigend auszu-  
legen und im Geltungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung  
eine Aufrechnung auch unter den in § 54 KO genannten Voraus-  
setzungen zuzulassen. Dies entspricht - soweit ersichtlich -  
einheitlicher Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl.  
etwa OLG Hamm ZIP 1994, 1198, 1199; LG Stuttgart ZIP 1995,  
1035; Haarmeyer/Wutzke/Förster aaO § 7 Rdn. 49 f; Hess/  
Binz/Wienberg aaO § 7 Rdn. 90 b ff; Gottwald, Nachtrag "GesO"  
aaO; Smid aaO § 7 Rdn. 107; Kilger/Karsten Schmidt aaO § 7  
GesO Anm. 4 b; Landfermann aaO S. 386; Eckardt ZIP 1995,  
1146, 1147 m. zahlr. weit. Nachw. in Fn. 7 und 8).

c) Ob zur Ergänzung des § 7 Abs. 5 GesO die künftige Re-  
gelung des § 95 InsO herangezogen werden kann (dafür etwa  
Eckardt aaO 1150; Landfermann aaO), braucht der Senat hier  
nicht zu entscheiden. Nach § 95 Abs. 1 Satz 1 InsO kann eine  
Aufrechnung aufschiebend bedingter, nicht fälliger oder nicht  
auf gleichartige Leistungen gerichteter Forderungen erst er-  
folgen, wenn die Aufrechnungsvoraussetzungen eingetreten  
sind. Nach Satz 3 bleibt eine Aufrechnung auch dann aus-  
geschlossen, wenn die Forderung, gegen die aufgerechnet wer-  
den soll, unbedingt und fällig wird, bevor aufgerechnet wer-  
den kann. Hier war der Anspruch auf Auszahlung des Guthabens  
in Höhe von 150.116,06 DM schon vor Eröffnung des Gesamtvoll-  
streckungsverfahrens fällig, während der Anspruch auf Rück-  
zahlung der Altkredite noch durch das Schuldmoratorium ge-  
stundet war. Zwar kann die Klägerin diese Ansprüche in ent-  
sprechender Anwendung des § 65 KO im Gesamtvollstreckungsver-  
fahren anmelden (vgl. BGH, Beschl. v. 12. März 1996 - XI ZR  
126/95, ZIP 1996, 1016, 1017). Dieser Umstand hat auf die  
Aufrechnungsbefugnis der Klägerin jedoch keinen Einfluß, denn  
zur Herstellung der Aufrechnungslage ist der § 65 KO nachge-

bildete § 41 InsO gemäß § 95 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht anzuwenden.

d) Die Revision meint schließlich, das Berufungsgericht habe übersehen, daß der Klägerin schon vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung eine fällige Forderung zugestanden habe. Denn einer der Grundmittelkredite, der zum 1. Juli 1990 noch in Höhe von knapp 3,8 Millionen DM valutierte, habe nach den Kreditvereinbarungen bis zum 28. Dezember 1990 vollständig getilgt sein müssen; Tilgungsleistungen in diesem Umfang habe die Gesamtvollstreckungsschuldnerin unstreitig jedoch nicht erbracht.

Mit dieser Forderung kann die Klägerin indes nicht aufrechnen, weil auch insoweit das umfassende Schuldmoratorium des § 4 Abs. 2 Satz 1 EntschuldungsVO entgegensteht. Auf die Rüge der Revision der Klägerin, das Berufungsgericht hätte in der Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts eine Aufrechnung sehen müssen, kommt es nicht an.

Kreft

Zugehör

Stodolkowitz

Ganter

Fischer