

35

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

GesO § 7 Abs. 5; KO § 55 Satz 1 Nr. 3

Nach § 7 Abs. 5 GesO ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung schon in der Person des später aufrechnenden Gläubigers bestand.

§ 55 Nr. 3 KO gilt entsprechend.

GesO § 7 Abs. 5; KO § 55; InsO § 96

Der Aufrechnende muß beweisen, daß die Aufrechnungslage schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestand. Die Kenntnis im Sinne des § 55 Nr. 3 KO muß der Verwalter beweisen.

BGH, Urt. v. 27. Februar 1997 - IX ZR 79/96 - OLG Naumburg

LG Halle

BUNDESGERICHTSHOF
IM NAMEN DES VOLKES

IX ZR 79/96

URTEIL

Verkündet am:
27. Februar 1997
Giovagnoli
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Rechtsanwalt Bernfried W. [REDACTED]
als Verwalter in der Gesamtvollstreckung über das Vermögen
der B. [REDACTED] P. [REDACTED] und V. [REDACTED] GmbH,
R. [REDACTED] Straße [REDACTED], D. [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

g e g e n

BA. [REDACTED] G. [REDACTED] für B. [REDACTED], H. [REDACTED] und
B. [REDACTED] des L. [REDACTED] mbH,
Am F. [REDACTED], D. [REDACTED]
vertreten durch den Geschäftsführer Peter W. [REDACTED]

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwältin [REDACTED] -

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Februar 1997 durch den Vorsitzenden Richter Brandes und die Richter Dr. Kreft, Stodolkowitz, Kirchhof und Dr. Fischer

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Naumburg vom 28. März 1996 aufgehoben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die B [REDACTED] B [REDACTED] P [REDACTED] und V [REDACTED] GmbH (nachfolgend: B [REDACTED] oder Gesamtvollstreckungsschuldnerin) verkaufte der Beklagten für 59.273,30 DM Waren. Der Agrargesellschaft W [REDACTED] mbH (fortan: W [REDACTED]) schuldete die B [REDACTED] 46.291,32 DM. In einer unterschriebenen Erklärung mit Datum vom 2. Juli 1993 heißt es, daß W [REDACTED] diesen An-



spruch an die Beklagte abtritt. Am 12. Juli 1993 beantragte B[REDACTED] die Eröffnung der Gesamtvollstreckung über ihr Vermögen; das Verfahren wurde am 31. August 1993 eröffnet und der Kläger zum Verwalter bestellt.

Der Kläger macht die Kaufpreisforderung gegen die Beklagte geltend. Das Berufungsgericht hat der Klage nur in Höhe von 12.981,98 DM nebst Zinsen stattgegeben, sie jedoch in Höhe von 46.291,32 DM wegen der von der Beklagten mit der Forderung der W[REDACTED] erklärten Aufrechnung abgewiesen. Gegen die Teilabweisung richtet sich die zugelassene Revision des Klägers.

Entscheidungsgründe

Das Rechtsmittel führt zur Aufhebung und Zurückverweisung, soweit die Klage abgewiesen wurde.

I.

Zu dem in der Revisionsinstanz noch anhängigen Prozeßstoff hat das Berufungsgericht ausgeführt: Die Beklagte habe die Forderung der W[REDACTED] am 2. Juli 1993, also vor Eröffnung der Gesamtvollstreckung erworben. § 55 KO stehe der Aufrechnung nicht entgegen, weil die Vorschrift im Geltungsbereich der Gesamtvollstreckungsordnung nicht anwendbar sei. Es sei nicht zu vermuten, daß ihr Gesetzgeber eine

entsprechende Regelung vergessen habe; § 7 Abs. 5 GesO in Verbindung mit der Anfechtungsmöglichkeit des § 10 GesO reiche aus.

II.

Dagegen wendet sich die Revision mit Recht.

1. Gemäß § 7 Abs. 5 GesO kann die Aufrechnung auch noch im Verfahren erklärt werden, wenn ein Gläubiger zum Zeitpunkt der Eröffnung des Verfahrens der Gesamtvollstreckung zur Aufrechnung berechtigt war. Das entspricht im Ansatz der Grundregel des § 53 KO. § 2 Abs. 4 GesO in Verb. mit § 394 BGB (vgl. dazu Senatsurt. v. 18. April 1996 - IX ZR 206/95, WM 1996, 1063 f m.w.N.) steht der Aufrechnung aufgrund der Darstellung der Beklagten nicht entgegen, weil danach die Aufrechnungslage schon vor Eingang des Eröffnungsantrags beim Gesamtvollstreckungsgericht bestand.

Nach dem Vortrag des Klägers wäre jedoch im Anwendungsbereich der Konkursordnung die Aufrechnung der Beklagten gemäß § 55 Satz 1 Nr. 2 oder 3 KO ausgeschlossen.

a) Der Kläger behauptet, die Beklagte habe die Gegenforderung der W [REDACTED] erst nach der Eröffnung des Gesamtvollstreckungsverfahrens erworben; die schriftliche Abtretungserklärung sei zurückdatiert. Trifft das zu, dann ist der Tatbestand des § 55 Nr. 2 KO erfüllt.

b) Hilfsweise für den Fall einer Abtretung schon am 2. Juli 1993 behauptet der Kläger, die B. habe bereits zu dieser Zeit ihre Zahlungen eingestellt gehabt und die Beklagte habe das gewußt. Dann wäre die Aufrechnung nach § 55 Nr. 3 KO unzulässig; das Verfahren ist innerhalb der nächsten sechs Monate eröffnet worden (§ 55 Satz 1 Nr. 3 Satz 2 i.V.m. § 33 KO).

2. § 7 Abs. 5 GesO gestattet die Aufrechnung nur, wenn der Gläubiger "zum Zeitpunkt der Eröffnung" der Gesamtvollstreckung aufrechnungsbefugt war. Danach muß die Aufrechnungsbefugnis gerade desjenigen Gläubigers schon im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung bestanden haben, der aufrechnen will (so wohl auch Schmidt-Räntsch DtZ 1990, 199, 201; Vortmann KTS 1991, 237, 251; Biersch, Die Auslegung und Ergänzung der Gesamtvollstreckungsordnung S. 236; Eckardt ZIP 1995, 1146, 1147 f).

Der Wortlaut der Vorschrift stimmt mit ihrem Zweck überein. Sowohl § 55 Nr. 1 und 2 KO als auch § 54 VerglO und § 96 Nr. 1 und 2 InsO schließen die Aufrechnung aus, wenn eine Aufrechnungslage erst nach der Verfahrenseröffnung begründet wurde; § 103 Nr. 1 und 2 des Referentenentwurfs vom 1. November 1989 zur Insolvenzordnung enthielt entsprechende Regelungen. Unter der genannten Voraussetzung durfte nämlich der Schuldner der Masse bei der Verfahrenseröffnung noch nicht darauf vertrauen, daß er seine Schuld gegenüber der Masse durch Aufrechnung würde tilgen können (amtliche Begründung der Bundesregierung zu § 108 Nr. 2 des Entwurfs einer Insolvenzordnung, aaO S. 141); im Interesse der Gleichbehandlung aller Gläubiger muß zudem einzelnen

Insolvenzgläubigern der Erwerb von günstigen Sonderdeckungen nach Verfahrensbeginn versagt bleiben (Jaeger/Lent, KO 8. Aufl. § 55 Rdn. 8). Beide Erwägungen gelten uneingeschränkt für die Aufrechnung im Rahmen jedes geordneten Insolvenzverfahrens, also auch der Gesamtvollstreckungsordnung. Der Landwirtschaftssenat des Bundesgerichtshofs hat dementsprechend bereits § 55 Nr. 1 KO angewendet, um die Aufrechnung gegen Masseforderungen auszuschließen (Beschl. v. 4. Dezember 1992 - BLw 26/92, WM 1993, 397, 398 a.E.).

Danach ist die Behauptung des Klägers entscheidungserheblich, die Beklagte habe sich die Gegenforderung erst nach dem 31. August 1993 abtreten lassen.

3. In der Literatur ist umstritten, ob die durch § 7 Abs. 5 GesO eingeräumte Aufrechnungsmöglichkeit in entsprechender Anwendung des § 55 Nr. 3 KO eingeschränkt ist. Dafür haben sich Karsten Schmidt (in Kilger/Karsten Schmidt, KO 16. Aufl., § 7 GesO Anm. 5 b), Haarmeyer/Wutzke/Förster (in GesO, 3. Aufl. § 7 Rdn. 51), M. Zeuner (in Smid/Zeuner, GesO 2. Aufl. § 7 Rdn. 62 f), Horn (in "Das Zivil- und Wirtschaftsrecht im neuen Bundesgebiet", 2. Aufl. § 21 Rdn. 35, S. 1060), Lübchen/Landfermann (in ZIP 1990, 829, 833) und Pape (in DtZ 1995, 218, 221) im wesentlichen mit dem Hinweis auf die Notwendigkeit ausgesprochen, die Gesamtvollstreckungsmasse gegen mißbräuchliche Aufrechnungsmöglichkeiten zu schützen. Dagegen halten Gottwald (in Nachtrag "GesamtvollstreckungsO" zum Insolvenzrechts-Handbuch Kap. III 6. Abschn. B Rdn. 7 ff), Hess/Binz/Wienberg (in GesO, 2. Aufl. § 7 Rdn. 90 c und 92) und Blersch (aaO S. 236 ff) eine Sonderregelung für entbehrlich, weil die

Anfechtungsmöglichkeit des § 10 GesO ausreiche, um Aufrechnungen unter der Voraussetzung des § 55 Nr. 3 KO zu verhindern.

Der erkennende Senat ist der Ansicht, daß der Inhalt der Aufrechnungsbeschränkung nach § 55 Nr. 3 KO aus folgenden Gründen bei der Anwendung des § 7 Abs. 5 GesO mit zu berücksichtigen ist:

a) Die Gesamtvollstreckungsordnung sollte nach der Wiedervereinigung Deutschlands zwar als eigenständige Regelung erhalten bleiben (vgl. Unterrichtung der Bundesregierung zum Einigungsvertrag, BT-Drucks. 11/7817 S. 8 zu Abschn. I Nr. 1 bis 6 und S. 59 f zu Abschn. II), aber mit dem Ziel einer weitgehenden Rechtsangleichung an das Insolvenzrecht der Bundesrepublik (vgl. Art. 4 des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. Mai 1990, BGBl. II 537 f mit Anlage III Abschn. II Nr. 6, S. 554; dazu Schmidt-Räntsch DtZ 1990, 199). Sie enthält schon von ihrem Umfang her keine auch nur einigermaßen vollständige Regelung der insolvenzrechtlichen Fragen und beansprucht das auch nicht (vgl. Lübchen/Landfermann ZIP 1990, 829, 830 mit Fußn. 2; Schmidt-Räntsch DtZ 1990, 344, 346). Die Lückenhaftigkeit der Gesamtvollstreckungsordnung war vielmehr bereits während der Herbeiführung der Einigung bekannt; die zuständigen Referenten gingen davon aus, daß bei der Entscheidung von Einzelfragen die detaillierteren Regelungen insbesondere der Konkursordnung berücksichtigt werden sollten (Lübchen/Landfermann NJ 1990, 396).

Andererseits sollten Konkurs- und Vergleichsordnung auch deswegen nicht mehr in das Beitrittsgebiet übernommen werden, weil die Reform des Insolvenzrechts in den alten Bundesländern zu weit fortgeschritten war. Der zur Neuordnung im Jahre 1990 vorliegende Referentenentwurf für ein Gesetz zur Reform des Insolvenzrechts galt zwar seinerseits noch nicht als hinreichend ausgereift für eine vorzeitige Inkraftsetzung insgesamt, doch wurden in der Gesamtvollstreckungsordnung Gedanken der Insolvenzrechtsreform bewußt vorweggenommen (amtliche Begründung der Bundesregierung zum Entwurf einer Insolvenzordnung, BT-Drucks. 12/2443 S. 105). Deshalb kann zur Schließung von Lücken in der Gesamtvollstreckungsordnung auf die im Referentenentwurf vorgesehenen neuen Bestimmungen wenigstens insoweit zurückgegriffen werden, als die Vorschriften der Konkursordnung schon 1990 als reformbedürftig empfunden wurden (Landfermann in Festschrift für Franz Merz S. 367, 384 f) und gerade die zur Abhilfe bestimmten Reformvorschläge inzwischen in die neue Insolvenzordnung übernommen worden sind (Senatsurt. v. 19. September 1996 - IX ZR 277/95, WM 1996, 2078, 2079).

Der Umstand, daß die Gesamtvollstreckungsordnung durch den Einigungsvertrag übernommen und durch Art. 5 des Hemmnisbeseitigungsgesetzes vom 22. März 1991 (BGBl I S. 766 ff, 783) geändert worden ist, hindert eine entsprechende Anwendung des § 55 Nr. 3 KO - entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung - nicht. Der Gesetzgeber hat sich in beiden Fällen mit den Einzelheiten der Aufrechnung (§ 7 Abs. 5 GesO) nicht befaßt. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, daß er in diesem Bereich einen Regelungsbedarf gesehen hätte: Der Einigungsvertrag beschränkte sich auf eine

im wesentlichen unveränderte Übernahme der Gesamtvollstreckungsverordnung vom 6. Juni 1990 in das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Das Hemmnisbeseitigungsgesetz bezweckte lediglich einzelne, eng begrenzte Lockerungen des Gesamtvollstreckungsbeschlags. Eine umfassende Überarbeitung war in keinem Fall beabsichtigt.

b) Das Senatsurteil vom 13. Juni 1995 (IX ZR 137/94, WM 1995, 1375, 1378) steht diesem Ergebnis, anders als das Berufungsgericht meint, ebenfalls nicht entgegen: Jenes Urteil betraf allein die Frage, ob und inwieweit statt des Zeitpunkts der Verfahrenseröffnung sogar ein früherer Zeitpunkt für eine Beschränkung der Aufrechnungsmöglichkeit in Betracht kommt. Darum geht es hier nicht.

c) Während die Aufrechnungsbeschränkung des § 55 Nr. 3 KO selbständig neben die Anfechtungsbestimmungen der §§ 29 ff KO tritt, bestimmt die Gesamtvollstreckungsordnung das Verhältnis zwischen § 7 Abs. 5 und § 10 nicht ausdrücklich; sie läßt also nicht eindeutig erkennen, ob die Gesamtvollstreckungsmasse allein durch die Anfechtungsnorm des § 10 GesO geschützt werden soll, wenn die Aufrechnungslage schon in Kenntnis der Zahlungseinstellung des Schuldners herbeigeführt worden ist. Nach Auffassung des Senats besteht unter dieser Voraussetzung eine gesonderte Aufrechnungsbeschränkung.

§ 96 Nr. 3 InsO erweitert § 55 Nr. 3 KO (siehe oben 1 b) dahin, daß jede Aufrechnung ausgeschlossen ist, wenn ein Insolvenzgläubiger die Möglichkeit dazu durch eine anfechtbare Rechtshandlung erlangt hat; dasselbe sah schon

§ 103 Nr. 3 des Referentenentwurfs vor. Grund dafür ist ebenfalls die fehlende Schutzbedürftigkeit eines solchen Gläubigers (amtliche Begründung zu § 108 Nr. 3 des Entwurfs einer Insolvenzordnung, aaO S. 141), verbunden mit der Gefahr der Masseschädigung, die einträte, wenn Schuldner des Insolvenzschuldners in dessen Krise Gegenforderungen gegen ihn billig ankaufen und mit dem vollen Betrag gegen die eigene Schuld aufrechnen könnten (Jaeger/Lent aaO § 55 Rdn. 13).

Ob § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO gerade gegen diese Gefahr hinreichend schützt, ist umstritten (zutreffend Eckardt ZIP 1995, 1146, 1151). Denn die Aufrechnungsbeschränkung des § 55 Nr. 3 KO, § 54 VerglO und § 96 Nr. 3 InsO stellt auf den Erwerb der Gegenforderung durch den aufrechnenden Gläubiger ab, also nicht auf eine Handlung des Insolvenzschuldners. Die Möglichkeit eines Forderungserwerbs durch einen Schuldner des Insolvenzschuldners in der Zeit von dessen wirtschaftlicher Krise begründete schon im Hinblick auf die Fassung des § 30 KO die Notwendigkeit des besonderen Aufrechnungsverbots (Jaeger/Lent aaO § 55 Rdn. 13; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 55 Rdn. 15).

Nach dem Wortlaut des § 10 GesO sind Rechtshandlungen "des Schuldners" anfechtbar; die Herstellung einer Aufrechnungslage durch den Gläubiger selbst - also gerade der für die Aufrechnungsbeschränkung maßgebliche Vorgang - würde von diesem Wortlaut nicht erfaßt. Allerdings spricht viel für die Richtigkeit der Rechtsmeinung, die den Wortlaut insbesondere des § 10 Abs. 1 Nr. 4 GesO als ungewollt enge Fassung ansieht und statt dessen annimmt, auch der Gesetz-

geber der Gesamtvollstreckungsordnung habe masseschädigende Handlungen von Gläubigern in Kenntnis der Zahlungseinstellung nicht unangefochten lassen wollen (so LG Chemnitz ZIP 1995, 860, 862 f; Kilger/Karsten Schmidt aaO § 10 Anm. 2; Henckel EWiR 1995, 1195, 1196 und WuB VI G. § 2 GesO 1.96; Fischer in Festschrift für Karlheinz Fuchs S. 57, 61 f; Hess WuB VI H. § 10 GesO 1.94; Tappmeier EWiR 1994, 677, 678; a.M. OLG Dresden WM 1994, 1138, 1139 = ZIP 1994, 1128 f; OLG Jena WM 1995, 858, 859; LG Dresden WM 1994, 476, 477; LG Gera DtZ 1995, 253; Haarmeyer/Wutzke/Förster aaO § 10 Rdn. 16; Gottwald/Huber, Nachtrag aaO Kap. III 7. Abschn. A Rdn. 10 und D Rdn. 10; Häsemeyer, Insolvenzrecht S. 842; Obermüller, Handbuch Insolvenzrecht für die Kreditwirtschaft 4. Aufl. Rdn. 527; Smid WuB VI H. § 10 GesO 2.94 unter 5.; Zeuner, Gesamtvollstreckungsordnung aaO S. 190; Bliersch aaO S. 137).

Letztlich braucht der Senat diese Rechtsfrage hier nicht zu entscheiden. Denn der Zweck der verselbständigten Aufrechnungsbeschränkung des § 55 Nr. 3 KO wie des § 96 Nr. 3 InsO ist es auch, unter erleichterten Bedingungen die masseschädigende Wirkung des Gläubigerhandelns abzuwehren: Der Geltendmachung einer besonderen Anfechtung bedarf es nicht (amtliche Begründung der Bundesregierung zu § 108 Nr. 3 InsO, aaO S. 141). Die Aufrechnungsbeschränkung sorgt in ihrem Anwendungsbereich für Rechtsklarheit. Ob sie auf der Grundlage des § 7 Abs. 5 GesO - wie § 96 Nr. 3 InsO - sämtliche Fälle erfaßt, in denen die Aufrechnungs- la- ge in anfechtbarer Weise herbeigeführt worden ist (so

Eckardt ZIP 1995, 1146, 1151), kann hier offenbleiben. Jedenfalls ist § 55 Nr. 3 KO auch im Rahmen des § 7 Abs. 5 GesO entsprechend anzuwenden (ebenso Smid WuB VI H. § 10 GesO 2.94 unter 4).

III.

1. Das angefochtene Urteil beruht danach auf Rechtsfehlern.

a) Zur Frage, ob die Beklagte die zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung vor oder nach der Eröffnung der Gesamtvollstreckung erworben hat, hat sich das Berufungsgericht mit dem Hinweis auf das Datum der Urkunde begnügt. Es hat gemeint, der Kläger müsse die Unechtheit dieser Urkunde beweisen, habe sie aber nicht schlüssig behauptet, sondern lediglich unzureichende Ausführungen zu Verdachtsmomenten unterbreitet. Insoweit hat das Berufungsgericht, wie die Revision zutreffend rügt, die Beweislast verkannt.

Zwar wird zu den Aufrechnungsbeschränkungen des § 55 KO pauschal die Ansicht vertreten, sie stellten Ausschlußgründe dar, die vom Konkursverwalter zu beweisen seien (Baumgärtel/Strieder, Handbuch der Beweislast im Privatrecht 2. Aufl. Bd. 1 § 387 Rdn. 3; Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 53 Rdn. 19 a.E.). Das trifft aber für § 55 Nr. 1 und 2 KO nicht zu: Die Aufrechnung mit Wirkung in der Insolvenz ist danach von vornherein nur zulässig, wenn die Aufrechnungslage im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung be-

stand; allein die in diesem Zeitpunkt bestehende Aufrechnungsbefugnis ist eine gesicherte Rechtsstellung, die der Gläubiger durch die Verfahrenseröffnung nicht verliert, auf die er vielmehr vertrauen darf. Deshalb gehört der Zeitpunkt des Bestehens einer Aufrechnungslage zu den Voraussetzungen jeder insolvenzrechtlichen Aufrechnungswirkung. Sie ist von demjenigen zu beweisen, der in der Insolvenz aufrechnen will. Demgegenüber obliegt es dem Insolvenzverwalter nur, den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung darzutun und notfalls zu beweisen.

Im übrigen hat das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen, der Kläger müsse die Unehchtheit der Abtretungserklärung beweisen. § 416 ZPO greift insoweit nicht ein, weil sich die Beweiskraft einer Privaturkunde nicht auf die inhaltliche Richtigkeit der darin niedergelegten Tatsachen erstreckt. Diese ist vielmehr gemäß § 286 ZPO frei zu würdigen. Dabei mag zwar zwischen den an der Errichtung einer Urkunde Beteiligten die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit für die darin enthaltenen Absprachen bestehen; sie gilt aber nicht gegenüber unbeteiligten Dritten (vgl. BGHZ 109, 240, 244 f), hier also gegenüber der BAUSTO und dem Kläger. Der Tatrichter hat sich danach mit der Gesamtheit aller für und gegen das Abtretungsdatum sprechenden Tatsachen auseinanderzusetzen.

b) Die Voraussetzungen des - im Rahmen der Gesamtvollstreckungsordnung entsprechend anwendbaren - § 55 Nr. 3 KO hat allerdings der Gesamtvollstreckungsverwalter darzutun und zu beweisen. Denn insoweit soll ausnahmsweise eine im Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung an sich bestehende Auf-

rechnungslage in der Insolvenz nicht ausgenutzt werden dürfen. Dem entspricht es, daß der Verwalter auch im Rahmen einer Konkursanfechtung regelmäßig die Kenntnis der Zahlungseinstellung darzulegen und zu beweisen hätte.

Jedoch ist das Berufungsgericht auf die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe die Zahlungseinstellung der B. schon am 2. Juli 1993 gekannt, inhaltlich nicht eingegangen. Das wird es nachzuholen haben.

2. Das angefochtene Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO), weil die Kaufpreisklage des Klägers gemäß § 433 Abs. 2 BGB schlüssig ist. Die Beklagte bestreitet diese Voraussetzungen auch nicht.

3. Der Senat kann in der Sache selbst nicht abschließend entscheiden (§ 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO), weil die Beklagte zum einen ein Abtretungsangebot der W. sowie dessen Annahme schon für den 2. Juli 1993 behauptet hat. Trifft das zu, dann könnte die von der Beklagten erklärte Aufrechnung mit der unstreitigen Gegenforderung durchgreifen. Für die Richtigkeit auch dieser Behauptung wollte die Beklagte erkennbar auf S. 4 ihrer Berufungsbegründung vom 29. Dezember 1995 (Bl. 102 GA) Beweis antreten. Zum anderen bestreitet die Beklagte jedenfalls die Kenntnis einer Zahlungseinstellung der Klägerin schon am 2. Juli 1993.

4. Der Rechtsstreit ist deshalb gemäß §§ 564, 565
Abs. 1 Satz 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverwei-
sen, damit dieses die erforderlichen Feststellungen trifft.

Brandes

Kreft

Stodolkowitz

Kirchhof

Fischer