



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### TEILURTEIL

XII ZR 170/06

Verkündet am:  
30. November 2011  
Breskic,  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 415; BGB § 306 idF bis zum 31. Dezember 2001; ZPO §§ 240, 301, 322;  
InsO § 85

- a) Im Fall der nur teilweise möglichen Aufnahme des Prozesses nach dessen Unterbrechung wegen Insolvenzeröffnung ist ein Teilurteil auch dann zulässig, wenn sich die Gefahr der Widersprüchlichkeit zu einer späteren Entscheidung über den nicht aufgenommenen Teil nicht ausschließen lässt (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 7. Juli 2010 - XII ZR 158/09 - NZM 2011, 75; BGH Urteil vom 7. November 2006 - X ZR 149/04 - NJW 2007, 156).
- b) Ein Vertrag über die entgeltliche Freistellung von einer Mietzinsschuld ist im Fall der Unwirksamkeit des Mietverhältnisses auf eine unmögliche Leistung gerichtet und daher nach § 306 BGB aF nichtig. Die Unwirksamkeit der Freistellungsvereinbarung kann in der Rechtsmittelinstanz nicht mehr geltend gemacht werden, wenn der Partei, die sich auf die Unwirksamkeit beruft, bereits eine Forderung aus dem Freistellungsvertrag zugesprochen worden ist und das Urteil der Vorinstanz insoweit nicht angefochten und daher rechtskräftig ist (im Anschluss an BGHZ 109, 179 = NJW 1990, 447).

BGH, Teilurteil vom 30. November 2011 - XII ZR 170/06 - OLG Frankfurt am Main  
LG Frankfurt am Main

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 2011 durch die Richter Dose, Weber-Monecke, Dr. Klinkhammer, Schilling und Dr. Günter

für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 1. April 2003 wird hinsichtlich des Antrags, die Beklagte zu 1 zur Zahlung weiterer 3.352.514,48 € nebst Zinsen zu verurteilen, zurückgewiesen.
2. Auf die Revision der Beklagten zu 1 wird das vorbenannte Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main teilweise abgeändert. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der 9. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankfurt am Main vom 28. Februar 2001 wird hinsichtlich des mit der Klage geltend gemachten Zahlungsantrags in vollem Umfang zurückgewiesen.
3. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte zu 2, eine Tochtergesellschaft der Beklagten zu 1, einer Aktiengesellschaft, veräußerte am 3. Dezember 1993 ein noch aufzuteilendes Grundstück an zwei Publikumsgesellschaften (Gesellschaften bürgerlichen Rechts), für die ihre Gründungsgesellschafter (Fondsinitiatoren) handelten.

2 Auf den aufgeteilten Grundstücken sollte die Beklagte zu 2 Bürogebäude errichten. Diese sollten durch zwei Generalmietverträge, welche den Kaufverträgen im Entwurf als Anlagen beigefügt waren, von der Beklagten zu 1 als Generalmieterin gemietet und von ihr an Untermieter weitervermietet werden. Die Generalmietverträge wurden anschließend abgeschlossen und enthielten eine vereinbarte Laufzeit bis Ende 2007 sowie eine Verlängerungsoption für die Mieterin. Die Beklagte zu 1 hatte danach als Generalmieterin an die Vermieter (Käufer) einen jährlichen Mietzins von rund 10.000.000 DM (netto) zu entrichten.

3 Am 20. März 1995 teilte die Beklagte zu 2 den Erwerbern mit, dass sie aufgrund einer entsprechenden Bestimmung in den Kaufverträgen anstelle der Beklagten zu 1 in die Generalmietverträge eintrete. Am 21. Dezember 1995 erfolgte - ohne Beanstandungen - die öffentlich-rechtliche Bauabnahme. Am 28. Dezember 1995 fand die bauvertragliche Abnahme statt. Ebenfalls am 28. Dezember 1995 schlossen die Beklagten mit den beiden Käufer-Gesellschaften Übernahmevereinbarungen, nach denen die Beklagte zu 2 als Generalmieterin in die Rechtsstellung der Beklagten zu 1 eintreten sollte. Zugleich verpflichtete sich die Beklagte zu 2 zur Durchführung von Restarbeiten und Mängelbeseitigung und verzichtete auf Ansprüche wegen Mietzinsminderung und auf Zurückbehaltungsrechte. Ab dem 1. Januar 1996 erfolgten die

Zahlungen der Generalmiete an die Käufer (Vermieter) bzw. deren Rechtsnachfolger.

4 Die Erlöse aus der Untervermietung entsprachen nicht den Erwartungen der Beklagten. Wegen der niedrigen Untervermietungsquote und der gegenüber den Planungen weit geringeren erzielbaren Quadratmeterpreisen kam es zu erheblichen Mietunterdeckungen.

5 Später beabsichtigte die Mehrheitsaktionärin der Beklagten zu 1 (die A-AG), ihre Anteile an der Beklagten zu 1 an die H-Gruppe zu veräußern. Die H-Gruppe wandte sich gegen die wirtschaftliche Belastung durch die Generalmietpflichten der Tochterunternehmen der Beklagten zu 1. Die A-AG veranlassete deswegen die ursprüngliche Klägerin als ihr Tochterunternehmen, die Beklagte zu 1 und deren Tochterunternehmen von den Generalmietverträgen zu entlasten. Zur Umsetzung dieses Ziels schlossen die Beklagten und die ursprüngliche Klägerin am 30. Dezember 1996 einen Vertrag über die Übertragung von Generalmietverträgen (Übertragungsvertrag), der sich auch auf weitere Objekte bezog und als Vertragsparteien neben den Beklagten zwei weitere Tochterunternehmen der Beklagten zu 1, die I-GmbH und die H.K.-AG, auswies. Nach dem Übertragungsvertrag sollte die ursprüngliche Klägerin die Beklagte zu 1 und ihre Tochterunternehmen ab dem 1. Januar 1997 von den Pflichten aus den Generalmietverträgen freihalten, entweder durch Vertragsübernahme oder durch Freistellung im Innenverhältnis. Zum Ausgleich der übernommenen Generalmietverträge und der damit verbundenen Risiken waren seitens der Generalmieter an die ursprüngliche Klägerin 46.000.000 DM zu zahlen (im Folgenden: Abstandssumme). Die Vermieter (Käufer) stimmten der in erster Linie vereinbarten Vertragsübernahme nicht zu.

- 6 Die ursprüngliche Klägerin berief sich in der Folgezeit auf Mängel und erbrachte keine Freistellungsleistungen. Daraufhin erklärte die Beklagte zu 1 gegen die restliche Abstandsfordernung die Aufrechnung mit Freistellungsfordernungen, welche die Beklagten im Berufungsverfahren näher bestimmt haben. Später "zogen" die vier im Übertragungsvertrag genannten Gesellschaften eine von der B-Bank für die ursprüngliche Klägerin gestellte sogenannte Erste Bürgschaft. Die B-Bank zahlte am 29. Mai 1998 an die vier in der Bürgschaft bezeichneten Gesellschaften 11.041.798,69 DM. Später zahlte die ursprüngliche Klägerin von Juli bis November 1998 Freistellungsleistungen an einen "Pool der vier Gesellschaften".
- 7 Auf die in den Notarurkunden beurkundeten Auflassungen wurde der Eintragungsantrag vom Grundbuchamt zurückgewiesen. Die Auflassungen wurden sodann erneut vorgenommen, woraufhin im Februar 2000 die Eigentumsumschreibung auf die Gründungsgesellschafter beider Gesellschaften "als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts" vollzogen wurde.
- 8 Im Hinblick auf die gerügten Brandschutzmängel trafen die ursprüngliche Klägerin und die Beklagten im November 2000 eine Einigung über Restbauleistungen, die die ursprüngliche Klägerin gegen eine Vergütung übernahm.
- 9 Die ursprüngliche Klägerin hat in erster Instanz Zahlung von insgesamt 20.515.905,10 DM nebst Zinsen (Nr. 1) beantragt sowie die Feststellung, dass sie bis zur Beseitigung festgestellter Mängel nicht verpflichtet sei, die Beklagten von ihrer Mietzinspflicht freizustellen (Nr. 2). Mit dem Zahlungsantrag hat sie insbesondere als restliche Abstandssumme den Betrag von 6.997.237,26 DM geltend gemacht, im Übrigen hat sie vor allem die Rückzahlung der Bürgschaftsleistung aus abgetretenem Recht der B-Bank sowie die Rückforderung der von ihr erbrachten Mietfreistellungsleistungen begehrt.

- 10 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die anschließende Klägerin (im Folgenden: Insolvenzschuldnerin) ist durch Ausgliederung aus der ursprünglichen Klägerin hervorgegangen und hat an deren Stelle den Rechtsstreit in zweiter Instanz weiter geführt. In zweiter Instanz hat die Insolvenzschuldnerin die erstinstanzlichen Klageanträge, die Zahlungsanträge beschränkt auf die Beklagte zu 1, weiterverfolgt und zudem weitere Feststellungsanträge gestellt.
- 11 In der Berufungsinstanz haben die Parteien vor allem darüber gestritten, ob die Freistellungsverpflichtung der Insolvenzschuldnerin deswegen entfalle, weil die Generalmietverträge nicht wirksam zustande gekommen seien. Nach Auffassung der Insolvenzschuldnerin scheiterte die Wirksamkeit der Generalmietverträge daran, dass diese der notariellen Beurkundung bedurft hätten. Sie seien zudem mit den Grundstückskaufverträgen verbunden und die Kaufverträge nicht ordnungsgemäß beurkundet worden. Die spätere Eintragung habe nicht zur Heilung geführt. Ferner hat sie sich auf fortbestehende Brandschutzmängel und das Fehlen einer rechtmäßigen Baugenehmigung berufen.
- 12 Das Berufungsgericht hat dem Antrag auf Zahlung der restlichen Abstandssumme in Höhe von 225.116,12 € (440.288,87 DM) gegen die Beklagte zu 1 stattgegeben, außerdem hat es den (Feststellungs-)Anträgen teilweise stattgegeben. Es hat für die Insolvenzschuldnerin (als Klägerin) die Revision "nach Maßgabe der sich aus den Entscheidungsgründen ergebenden Beschränkungen" zugelassen. Dagegen hat die Insolvenzschuldnerin, weil sie die Revisionseinschränkung nicht für wirksam hält, in vollem Umfang Revision eingelegt. Die Beklagte zu 1 hat ihrerseits zunächst Anschlussrevision und später die vom Senat zugelassene Revision eingelegt, mit welcher sie sich gegen ihre Verurteilung zur Zahlung wendet.

- 13 Während des Revisionsverfahrens ist im März 2005 das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Kläger ist zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Er hat nach entsprechender Bewilligung von Prozesskostenhilfe durch den Senat das Verfahren im Dezember 2010 aufgenommen, soweit es als Aktivprozess geführt wird. Der Kläger hat - im Rahmen der Aufnahme - die ursprünglich unbeschränkt eingelegte Revision mit Rücksicht auf die nur eingeschränkte Revisionszulassung durch das Berufungsgericht teilweise zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

- 14 Der Rechtsstreit ist in der Revisionsinstanz nur teilweise entscheidungsreif. Hinsichtlich eines Teils der in der Revision anhängigen Streitgegenstände ist das Verfahren nach seiner Unterbrechung durch die Insolvenzeröffnung über das Vermögen der Insolvenzschuldnerin als ehemaliger Klägerin nicht aufgenommen worden. Soweit das Revisionsverfahren vom Kläger aufgenommen worden ist, hat nur die Revision der Beklagten zu 1 Erfolg.

I.

- 15 Die Entscheidung hat als Teilurteil zu ergehen. Die Möglichkeit einer Widersprüchlichkeit des Teilurteils im Verhältnis zu einer späteren Entscheidung über die noch nicht aufgenommenen Anträge steht einer Teilentscheidung hier nicht im Wege. Das ist vom Bundesgerichtshof für eine den Streitgegenstand nur teilweise betreffende Insolvenzeröffnung bereits entschieden worden. Zur Begründung hat er darauf abgestellt, dass die nur einen Streitgenossen betreffende Insolvenzeröffnung zur faktischen Trennung des Verfahrens führe und die Aufnahme hinsichtlich des unterbrochenen Teils ungewiss sei (BGH Urteil vom

7. November 2006 - X ZR 149/04 - NJW 2007, 156 Rn. 15 mwN; ebenso OLG Hamm FamRZ 2005, 279, 280 zur teilweisen Unterbrechung im Unterhaltsverfahren nach §§ 36, 40 InsO). Ebenso hat der Senat im Fall der Aufnahme nach § 86 Abs. 1 Nr. 1 InsO entschieden (Senatsbeschluss vom 7. Juli 2010 - XII ZR 158/09 - NZM 2011, 75 Rn. 11 ff.). Der Prozess muss bei dieser Lage nicht nur teilweise fortgeführt, sondern insoweit auch abschließend entschieden werden können. Dieselben Gründe gelten, wenn der Rechtsstreit - wie im vorliegenden Fall - nur über einen Teil der Ansprüche als Aktivprozess geführt wird und eine Aufnahme des als Passivprozess geführten anderen Teils während des Insolvenzverfahrens nicht möglich ist. Denn anderenfalls würde der Rechtsschutz des das Verfahren aufnehmenden Insolvenzverwalters (oder auch des Schuldners oder dessen Prozessgegners, §§ 85 Abs. 2, 86 Abs. 1 InsO) ohne sachliche Rechtfertigung und insbesondere dem Sinn und Zweck der §§ 85, 86 InsO zuwiderlaufend verkürzt.

## II.

16

Das Berufungsgericht hat die überwiegende Abweisung des Antrags auf Zahlung der restlichen Abstandssumme damit begründet, dass die Forderung insoweit durch die von der Beklagten zu 2 erklärte Aufrechnung mit Freistellungsforderungen erloschen sei. Ob die Kaufverträge - wie von der Klägerseite geltend gemacht - nicht formwirksam zustande gekommen und die Generalmietverträge als verbundene Geschäfte von der Formnichtigkeit erfasst würden, könne dahinstehen. Denn eventuelle Mängel seien durch die Eintragungen im Grundbuch geheilt worden. Es sei unschädlich, dass sich zwischenzeitlich die Zahl der Gesellschafter einer Käufer-Gesellschaft erhöht habe. Denn die Gesellschaft bürgerlichen Rechts genieße nach der neueren Rechtsprechung des



Bundesgerichtshofs Rechtsfähigkeit. Demzufolge habe auch als Erfüllungsakt eine Einigung über den Eigentumsübergang mit der teilrechtsfähigen Gesellschaft zu erfolgen. Es könne dahinstehen, ob § 32 GBO wegen mangelnder Registerpublizität der Vertretung einer Eintragung entgegenstehe. Denn das Eigentum sei auf die Gründungsgesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts umgeschrieben worden. Sei die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen, bedürfe es bei künftigen Änderungen des Gesellschafterbstandes keiner erneuten Auflassung. Für den weiteren Kaufvertrag sei die Identität der Käuferin mit der Auflassungsempfängerin nicht substantiiert bestritten worden. Selbst wenn diese Käufer-Gesellschaft zwischenzeitlich in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt worden sei, sei dadurch die Identität der Gesellschaft gewahrt worden. Die Heilung wirke auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück.

17 Eine Minderung gegenüber den Vermietern scheitere an deren vertraglichem Ausschluss. Eine weitere, anders lautende Klausel der Generalmietverträge betreffe nur den Fall eines Mietbeginns vor der werkvertraglichen Abnahme und ändere nichts an dem generellen Minderungsausschluss.

18 Die Beklagte zu 2 sei in die Vertragsposition der Beklagten zu 1 als Generalmieterin eingetreten, indem sie von ihrem in den Grundstückskaufverträgen eingeräumten Recht zur Vertragsübernahme Gebrauch gemacht habe. Die Beklagte zu 2 habe nach dem Übertragungsvertrag Leistung von der ursprünglichen Klägerin fordern können. Aus einer ergänzenden Vertragsauslegung ergebe sich, dass die Freistellungsverpflichtung der ursprünglichen Klägerin auch die Erstattung von Mietzinszahlungen der Beklagten zu 2 erfasse, die wegen des - unterstellt - schwebend unwirksamen Mietvertrags zunächst rechtsgrundlos erfolgt seien und von der Beklagten zu 2 nach der Heilung nicht zurückgefordert werden könnten. Die Aufrechnungserklärung durch die Beklagte zu 2

bringe auch die Forderung gegen die Beklagte zu 1 zum Erlöschen, weil diese als Gesamtschuldner hafteten. Die Aufrechnung führe nicht zum vollständigen Erlöschen der Klageforderung (6.997.237,26 DM), weil die Aktivlegitimation der Beklagten zu 2 zuvor durch die Zahlung der Bürgin teilweise entfallen und auf Seiten der Beklagten zu 2 nur eine Gegenforderung von 6.556.948,39 DM verblieben sei, sodass ein Teilbetrag von 440.288,87 DM (225.116,12 €) noch offenstehe.

### III.

19 Das hält im Hinblick auf die Revision des Klägers, über die in der Sache nur noch hinsichtlich der Zahlung der restlichen Abstandssumme zu entscheiden ist (weitere 3.352.514,48 € nebst Zinsen), rechtlicher Nachprüfung stand. Die - vom Senat zugelassene - Revision der Beklagten zu 1 hat hingegen Erfolg und führt zur weitergehenden Zurückweisung der Berufung.

20 1. Die vom Kläger gegen die überwiegende Abweisung der Klage vorgebrachten Revisionsangriffe bleiben ohne Erfolg.

21 Der Anspruch auf Zahlung der restlichen Abstandssumme ergibt sich aus dem Übertragungsvertrag, was zwischen den Parteien jedenfalls im Ausgangspunkt außer Streit steht. Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat die Aufrechnung mit Gegenforderungen überwiegenden Erfolg. Die Beklagte zu 2 hat vor dem Berufungsgericht die Aufrechnung mit Freistellungsforderungen beginnend ab November 1998 in zeitlicher Reihenfolge rückwärts erklärt, soweit diese nicht bereits durch die Bürgenleistung befriedigt wurden.

22 a) Der Kläger macht die Unwirksamkeit der Generalmietverträge geltend, welche die Insolvenzschuldnerin von ihrer Freistellungsverpflichtung entbunden

hätte. Er stützt sich auf eine Formbedürftigkeit der Generalmietverträge und außerdem auf deren Verbundenheit mit den Kaufverträgen, welche ihrerseits unwirksam seien.

23           Ob die Generalmietverträge selbst etwa nach § 313 Satz 1 BGB aF beurkundungsbedürftig waren oder ob die Kaufverträge unwirksam sind und die Generalmietverträge auch ohne eigene Beurkundungsbedürftigkeit derart mit den Kaufverträgen verbunden waren, dass sie mit diesen stehen und fallen sollten, kann jedoch in der Revisionsinstanz ebenso offenbleiben wie die konkreten Folgen einer etwaigen Heilung der Kaufverträge nach § 313 Satz 2 BGB aF.

24           aa) Eine Unwirksamkeit der Generalmietverträge stünde im Widerspruch zu der teilweise bereits eingetretenen materiellen Rechtskraft des Berufungsurteils. Das Berufungsurteil ist übereinstimmend mit dem Urteil des Landgerichts vom Bestehen des Anspruchs auf Zahlung der Abstandssumme ausgegangen. Dementsprechend haben die Parteien in den Vorinstanzen nur über die (Primär-)Aufrechnung der Beklagten gestritten. Da die Klage nur wegen der Aufrechnung - überwiegend - abgewiesen worden ist, ist die Klageforderung somit rechtskräftig festgestellt (vgl. BGHZ 109, 179, 188 = NJW 1990, 447, 449; BGH Urteil vom 14. Oktober 1971 - VII ZR 47/70 - WM 1972, 53, 54). Dementsprechend ergibt sich aus dem Berufungsurteil außerdem, dass die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen infolge der Aufrechnung verbraucht sind (vgl. BGH Urteil vom 13. Dezember 2001 - VII ZR 148/01 - NJW 2002, 900).

25           Da das Berufungsurteil von der Beklagten zu 1 in der Revisionsinstanz insoweit nicht angefochten worden ist, können diese Wirkungen nicht mehr in Frage gestellt werden.

26           bb) Auch wenn sich die Revision nur gegen den Bestand der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen wendet, widerspricht dies mittelbar der

rechtskräftigen Entscheidung zur Klageforderung. Denn mit dem Einwand der Revision wird zugleich die Wirksamkeit des Übertragungsvertrages in Abrede gestellt, welche die Grundlage der Klageforderung ist. Bei unterstellter Unwirksamkeit der Generalmietverträge würde sich für den Kläger kein Anspruch auf Zahlung der Abstandssumme ergeben, weil der Übertragungsvertrag in diesem Fall nichtig wäre. Das folgt aus § 306 BGB aF, der nach Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB auf das vorliegende Vertragsverhältnis noch Anwendung findet.

27 Nach § 306 BGB aF ist ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig. Der vorliegende Übertragungsvertrag ist gekennzeichnet durch beiderseitige Leistungspflichten, die sich einerseits auf die Freistellung von den Mietzinspflichten aus den Generalmietverträgen, andererseits auf die Zahlung der Abstandssumme richten. Die Leistungspflichten haben nicht nur ihren wirtschaftlichen Hintergrund in der Übernahme vertraglicher Risiken durch die ursprüngliche Klägerin, sondern stehen auch im Gegenseitigkeitsverhältnis. Wenn demnach die Mietzinsverpflichtung aus den Generalmietverträgen als Gegenstand der Freistellung nicht entstanden sein sollte, so wäre der Übertragungsvertrag mit der Freistellung (wie auch mit der Vertragsübernahme) auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Denn die Freistellung von einer nicht bestehenden Schuld ist unmöglich. Auch wenn die im vorliegenden Fall vereinbarte Freistellung nur im Innenverhältnis erfolgen und die Zahlungen der ursprünglichen Klägerin nicht an die Vermieter als Gläubiger, sondern an die Beklagte zu 2 als Freistellungsgläubigerin geleistet werden sollten, ändert dies nichts an der Rechtsnatur als Freistellungs-(Befreiungs-)Verpflichtung, welche von den Parteien entsprechend der gesetzlichen Regelung für eine gescheiterte Schuldübernahme in § 415 Abs. 3 BGB vereinbart worden ist (vgl. Staudinger/Rieble BGB [2005] § 415 Rn. 92; Staudinger/Jagmann BGB [2009] § 329 Rn. 6) und die Vertragsübernahme ersetzt hat, die an der von den Vermietern verweigerten Zustimmung gescheitert war.

28 Es würde sich um eine anfängliche objektive Unmöglichkeit handeln, weil die Freistellung bereits bei Abschluss des Übertragungsvertrags unmöglich gewesen wäre und auch ein anderer als der Schuldner die Freistellung nicht hätte bewirken können. Davon, dass die Pflichten, von denen die Beklagte zu 2 entlastet werden sollte, später etwa noch hätten entstehen können und die Unmöglichkeit keine dauerhafte gewesen wäre, kann nicht ausgegangen werden. Denn ein späteres Entstehen der Mietzinspflicht würde im Fall der Formunwirksamkeit der Generalmietverträge deren erneuten Abschluss erforderlich machen oder bei einer sonstigen Abhängigkeit von den Kaufverträgen jedenfalls einen erneuten Abschluss der Kaufverträge. Die Freistellungsverpflichtung bezieht sich hingegen mit den Mietzinspflichten aus den Generalmietverträgen vom 3. Dezember 1993 auf eine individualisierte Verpflichtung aus bereits abgeschlossenen Verträgen. Wenn diese Verpflichtung aber in Wirklichkeit nicht besteht und eine Schuld erst neu begründet werden müsste, würde es sich um eine andere Verpflichtung handeln, die nicht mehr ohne weiteres vom Freistellungswillen der Vertragsparteien umfasst wäre. Dass der Kläger dementsprechend selbst von einer dauerhaft fehlenden Verpflichtung ausgegangen ist, zeigt sich daran, dass er eine Freistellungsverpflichtung mangels wirksamer Generalmietverträge für gegenstandslos hält und nicht nur Rückforderungsansprüche wegen geleisteter Freistellungszahlungen geltend gemacht hat, sondern sich gerade aus diesem Grund auch gegen die zur Aufrechnung gestellten weiteren Freistellungsforderungen wendet.

29 Die Unmöglichkeit der Freistellung hätte zur Folge, dass der Übertragungsvertrag nach § 306 BGB aF nichtig wäre. Demnach wäre im Fall der Unwirksamkeit der Generalmietverträge nicht nur die Freistellungsverpflichtung des Klägers entfallen, sondern auch der von ihm geltend gemachte Anspruch auf Zahlung der (restlichen) Abstandssumme. Wenn aus der Unmöglichkeit der Freistellung - wie vom Klägervertreter im Senatstermin geltend gemacht - nur

eine teilweise Nichtigkeit des Übertragungsvertrages folgte, führte dies zu keinem anderen Ergebnis. Abgesehen davon, dass die Aufrechterhaltung des vom Nichtigkeitsgrund nicht betroffenen Teils vom Gesetz als Ausnahme konzipiert ist (§ 139 BGB), ist die geltend gemachte Forderung schon in der Klageschrift ausdrücklich auf die im vorliegenden Verfahren streitgegenständlichen Objekte bezogen worden. Sie wäre daher auch von einer Teilnichtigkeit in vollem Umfang erfasst.

30 Die vom Kläger insoweit erhobenen Einwände gegen die Wirksamkeit der Generalmietverträge erfassen demnach mit der daraus folgenden Unwirksamkeit auch des Übertragungsvertrages die Grundlage der bereits rechtskräftig festgestellten Klageforderung. Mit diesem, der Rechtskraft des Berufungsurteils widersprechenden Einwand ist der Kläger somit (spätestens) in der Revisionsinstanz ausgeschlossen.

31 b) Die vom Kläger gegen die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen geltend gemachten Einwendungen sind somit nur insoweit zulässig, als sie nicht zugleich den (ursprünglichen) Bestand und die Grundlage der Klageforderung in Frage stellen. Im Fall der Wirksamkeit der Generalmietverträge und des Übertragungsvertrages ist die Klageforderung, wie vom Berufungsgericht angenommen, durch die von der Beklagten zu 2 erklärte Aufrechnung mit Freistellungsforderungen erloschen, welche auch zugunsten der Beklagten zu 1 als Gesamtschuldnerin Wirkung entfaltet.

32 aa) Die von der Revision zur Aufrechnungserklärung erhobenen Beanstandungen greifen nicht durch. Demnach soll die vom Berufungsgericht zugrunde gelegte Erklärung der Beklagten zu 2 im Verhandlungstermin lediglich eine Konkretisierung der bereits früher erklärten Aufrechnung gewesen sein und keine eigenständige Aufrechnungserklärung. Die gegenteilige Einschät-

zung des Berufungsgerichts, das der Erklärung einen über die bloße Konkretisierung hinausgehenden Inhalt beigemessen hat, ist nach dem Hinweis des Gerichts auf eine bislang unbestimmte Prozessaufrechnung naheliegend. Dass in diesem Fall im Zweifel eine erneute Aufrechnungserklärung gewollt ist, bewegt sich im zulässigen Rahmen tatrichterlicher Würdigung (dazu vgl. Senatsurteil vom 13. Dezember 1995 - XII ZR 194/93 - NJW 1996, 838, 839 mwN). Dass die Zahlungsklage gegen die Beklagte zu 2 zurückgenommen war, schließt die Aufrechnung nicht aus.

33           bb) Das Berufungsgericht ist ferner zu Recht von einer gesamtschuldnerischen Haftung der Beklagten für die Abstandsforderung ausgegangen, sodass die Aufrechnungserklärung der Beklagten zu 2 nach § 422 Abs. 1 Satz 2 BGB auch für die Beklagte zu 1 wirkt. Auch insoweit ist die Auslegung des Berufungsgerichts, dass die auf die Firma der Beklagten zu 1 lautende Verpflichtung in Übereinstimmung mit dem Vertragsrubrum, wonach durch die Firma der Beklagten zu 1 als Sammelbegriff sämtliche Gesellschaften bezeichnet werden sollten, auch eine solche der Tochtergesellschaften darstellt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

34           cc) Das Berufungsgericht ist ferner davon ausgegangen, dass eine Minderung der Mietzinspflicht vertraglich ausgeschlossen ist. Auch dies hält den Angriffen der Revision stand. Sowohl die Auslegung der entsprechenden Regelung der Generalmietverträge als auch deren Qualifikation als Individualvereinbarung begehen keinen Bedenken. Im Übrigen war die ursprüngliche Klägerin auch selbst an einer im November 2000 getroffenen Einigung über Restbauleistungen beteiligt, deren Ausführung sie gegen eine Vergütung übernahm. Damit haben die Beteiligten aber im Hinblick auf die Mängel eine Einigung getroffen, die selbst einem bestehenden Zurückbehaltungsrecht die Grundlage entzogen hätte.

35 c) Der Kläger wendet sich somit ohne Erfolg gegen die Abweisung sei-  
nes Zahlungsantrags.

36 2. In Bezug auf den vom Berufungsgericht zugesprochenen Betrag der  
restlichen Abstandssumme hat die Revision der Beklagten zu 1 Erfolg. Dem  
Kläger steht auch insoweit kein Anspruch mehr zu, weil die Beklagte zu 2 weite-  
re Forderungen zur Aufrechnung gestellt hat, die vom Berufungsgericht zu Un-  
recht nicht berücksichtigt worden sind.

37 Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass Gegenforderungen  
auf Freistellung für die Zeit bis einschließlich Oktober 1997 sowie für November  
1997 zu einem Teilbetrag von 109.718,25 DM aufgrund der Bürgschaftsleistun-  
gen auf die Bürgin übergegangen seien. Die Beklagten hätten im Termin vor  
dem Berufungsgericht erklärt, dass der aus der Bürgschaft erhaltene Teilbetrag  
von 8.443.051,55 DM bezogen sei auf die Mietforderungen aus der Zeit von  
Januar 1997 bis zu deren Erschöpfung zeitlich fortlaufend. Einen Antrag auf  
Tatbestandsberichtigung hat das Berufungsgericht zurückgewiesen.

38 Die Beklagte zu 1 beanstandet mit der Revision zu Recht, dass die vom  
Berufungsgericht getroffene Feststellung dem Sitzungsprotokoll widerspricht.  
Nach dem Protokoll wurden aus der Inanspruchnahme der Bürgschaft lediglich  
3.722.000,63 DM auf nicht gezahlte "Generalmieten" für die Monate Januar  
1997 und folgende verbucht. Damit ist die Beweiswirkung des Urteilstatbe-  
stands insoweit nach § 314 Satz 2 ZPO entkräftet. Demnach ist davon auszu-  
gehen, dass ein wesentlich geringerer Teil der Freistellungsforderungen auf die  
Bürgin übergegangen ist, sodass von der Beklagten zu 2 entsprechend höhere  
Gegenforderungen zur Aufrechnung gestellt werden konnten. Das gilt auch  
dann, wenn - wie in einem nachgelassenen Schriftsatz nach der mündlichen  
Verhandlung vor dem Oberlandesgericht unwidersprochen vorgetragen - ein



Teilbetrag in Höhe von 5.868.865,52 DM aus der Bürgschaft auf die nicht gezahlten Generalmieten verrechnet worden ist. Nach der von der Beklagten zu 2 vorgegebenen Reihenfolge führte damit die Aufrechnung auch zum vollständigen Erlöschen der Klageforderung, wobei die Forderungen von Juni 1998 bis Oktober 1997 (Oktober 1997 nur in Höhe von 330.570,59 DM) durch die Aufrechnung verbraucht sind.

Dose

Weber-Monecke

Klinkhammer

Schilling

Günter

Vorinstanzen:

LG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 28.02.2001 - 3/9 O 152/98 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 01.04.2003 - 5 U 89/01 -