

145

APPROVED: [Signature] DATE: [Date] BY: [Name] FOR: [Name]

Rechtssatz:

2. Gesetz: ZPO §§ 265, 561

Rechtssatz:

Aktenzeichen: II ZR 280/55

Urteil des BGH vom 7. November 1957 - OLG
LG } Stuttgart

Verkündet

am 7. November 1957

Pfauz, Justizangestellter,

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Horst G. [REDACTED], H. [REDACTED],
A. [REDACTED] Str. [REDACTED], als Konkursverwalter über das Ver-
mögen der Firma D. [REDACTED], Gesellschaft für
Diesel-Fahrzeug- und Motorenvertrieb m.b.H.,
H. [REDACTED], N. [REDACTED]

Klägers und Revisionsklägers,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED]

gegen

die Firma Carl K. [REDACTED] G.m.b.H., Motoren-
und Maschinenfabrik, B. [REDACTED]/Württ.,
vertreten durch ihren Geschäftsführer,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

-Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED]-

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 4. November 1957 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Fischer,
Dr. Kuhn, Dr. Haager und Dr. Reinicke
für Recht erkannt:

- 1.) Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 3. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in
Stuttgart vom 3. November 1955 aufgehoben.
- 2.) Der Antrag der Beklagten auf Erstattung von
11.402,44 DM wird für erledigt erklärt.
- 3.) Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil der
3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts in

2-

Stuttgart vom 10. November 1954 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Urteilssumme an das Bankhaus Julius M. & C. in H. zu bezahlen ist.

- 4.) Die Beklagte trägt die Kosten der beiden weiteren Rechtszüge.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Der Ingenieur Ludwig Me[REDACTED] in H[REDACTED] betrieb unter der Firma N[REDACTED]-Werkstätten in H[REDACTED] eine Kraftfahrzeug-reparaturwerkstatt. Er übernahm im Jahre 1950 die Vertretung der Beklagten für den Verkauf von Straßenwalzen und anderen Erzeugnissen. Im Dezember 1950 gründete er die zunächst klagende D[REDACTED]-GmbH, über deren Vermögen im Laufe des Rechtsstreits das Konkursverfahren eröffnet wurde. An dem Kapital der GmbH von 20.000 DM war Ludwig Me[REDACTED] zunächst mit 10.500 DM beteiligt. Am 7. November 1953 übernahm er den Anteil eines der beiden anderen Teilhaber in Höhe von 4.750 DM. Als weiterer Gesellschafter verblieb der Kaufmann Paul Ku[REDACTED]. Gegenstand des Unternehmens war der Vertrieb von Kraftfahrzeugen, Anhängern und dergleichen. Die GmbH übernahm später die Vertretung der Beklagten. Geschäftsführer waren zunächst Paul Ku[REDACTED] und der weitere Mitgründer, seit dem Jahre 1953 auch Ludwig Me[REDACTED], seit Oktober 1954 außerdem der Kaufmann Bü[REDACTED].

Aus dem Vertretungsverhältnis für die Beklagte steht der GmbH eine an sich unbestrittene Provisionsforderung von 10.984,41 DM zu, die sie einschließlich der daraus erwachsenen Verzugszinsen eingeklagt hat. Die Beklagte hat in prozessualer Hinsicht geltend gemacht, die GmbH sei nicht ordnungsgemäß vertreten. In materiell-rechtlicher Hinsicht ist lediglich die Frage im Streit, ob die Beklagte mit einer Gegenforderung aufrechnen kann. Mit dieser Forderung hat es folgende Bewandtnis. Eine Tochterfirma der Beklagten, die K[REDACTED]-KG, unterhielt bei der Firma N[REDACTED]-Werkstätten ein Konsignationslager von Ersatzteilen für K[REDACTED]-Maschinen. Bei der Auflösung des Lagers ergab sich daraus eine Geldforderung der KG, die, wie die Beklagte vorgetragen hat, die KG an sie abgetreten hat. Die Beklagte hat behauptet, die D[REDACTED]-GmbH sei infolge der

maßgeblichen rechtlichen und wirtschaftlichen Beteiligung des Inhabers der N[REDACTED]-Werkstätten an der GmbH, seiner tatsächlich ausgeübten Beherrschung der GmbH und infolge des Fehlens einer Unterscheidung zwischen der GmbH und den N[REDACTED]-Werkstätten im Geschäftsbetrieb und in den gesamten Räumen mit den N[REDACTED]-Werkstätten identisch, so daß die GmbH auch Schuldner der gegenüber den Nordring-Werkstätten begründeten Forderungen sei. Zudem habe der neben Ludwig Me[REDACTED] noch verbleibende einzige Gesellschafter Paul Ku[REDACTED] der Aufrechnung mit einer solchen Gegenforderung zugestimmt. Die Forderung der K[REDACTED]-KG gegen die N[REDACTED]-Werkstätten beträgt, was zwischen den Parteien unstreitig ist, nach einem Urteil des Landgerichts in Stuttgart in anderer Sache vom 27. Oktober 1954 9.802,17 DM. Das Landgericht hat durch Urteil vom 10. November 1954 lediglich mit einer Abweichung im Beginn des Zinsenlaufs nach Klagantrag die Beklagte zur Zahlung von 10.984,41 DM verurteilt.

Nach Einlegung der Berufung durch die Beklagte trat die GmbH am 19. Januar 1955 ihre Forderung zur Sicherung einer für Ludwig Me[REDACTED] übernommenen Bürgschaft an das Bankhaus M[REDACTED] & C[REDACTED] ab. Über das Vermögen des Ludwig Me[REDACTED] wurde am 24. März 1955 der Konkurs eröffnet. Die Beklagte bezahlte die Teilbeträge zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil, insgesamt 12.630,71 DM, an die GmbH.

Die Beklagte hat beantragt, das Urteil des Landgerichts aufzuheben, da die zur Aufrechnung gebrachte Gegenforderung nebst den dazu aufgelaufenen Zinsen und Kosten die Forderung der GmbH übersteige, ferner die GmbH zu verurteilen, die zur Abwendung der Zwangsvollstreckung bezahlten Beträge nebst Zinsen hieraus an sie zu bezahlen.

Das Oberlandesgericht hat gegenüber der Forderung

der GmbH die Aufrechnung mit der der Beklagten abgetretenen Gegenforderung der KG für zulässig erachtet. Es hat die danach noch verbleibende Restforderung der GmbH mit 1.278,27 DM von der von der Beklagten erhobenen Erstattungsforderung von 12.680,71 DM abgezogen und die GmbH daher zur Zahlung von 11.402,44 DM nebst Zinsen seit Zahlung dieses Betrages verurteilt.

Nachdem die GmbH gegen dieses Urteil Revision eingelegt hat, wurde über ihr Vermögen der Konkurs eröffnet. Der Kläger hat in seiner Eigenschaft als Konkursverwalter das Verfahren aufgenommen. Von den von der Beklagten zur Abwendung der Zwangsvollstreckung aus dem landgerichtlichen Urteil bezahlten Beträgen sind der Beklagten 11.402,44 DM zurückerstattet. Mit der Revision beantragt der Revisionskläger unter Aufhebung des Urteils des Oberlandesgerichts, soweit es ihm nachteilig ist, die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts vom 10. November 1954 in vollem Umfang zurückzuweisen, evtl. mit der Maßgabe, daß die Urteilssumme an das Bankhaus Julius M. & Co. in H. zu bezahlen ist, ferner den Antrag der Beklagten auf Erstattung in Höhe von 11.402,44 DM für erledigt zu erklären. Die Beklagte erstrebt die Zurückweisung der Revision. Sie ist mit der beantragten Erledigungserklärung einverstanden und hat den der Höhe nach weitergehenden Erstattungsantrag zurückgenommen.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat zunächst geprüft, ob, wie auch die Beklagte behauptet hatte, ein Mangel in der gesetzlichen Vertretung der damals klagenden GmbH vorlag. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Auffassung des Berufungsgerichts, wonach die GmbH durch einen Geschäftsführer bisher ordnungsgemäß gesetzlich vertreten gewesen

sei, richtig ist. Ein zur Zeit des Berufungsurteils etwa vorhandener Mangel in der gesetzlichen Vertretung ist auf jeden Fall dadurch behoben, daß inzwischen der Kläger als Konkursverwalter über das Vermögen der GmbH den Rechtsstreit aufgenommen hat.

II. Die Revision wendet sich gegen die Ausführungen des Berufungsgerichts mit einer Reihe teils sachlichrechtlicher, teils verfahrensrechtlicher Rügen. Zwischen den Parteien ist unstreitig, daß der ursprünglich klagenden D[REDACTED]-GmbH die eingeklagte Provisionsforderung gegen die Beklagte zustand, die jetzt der Konkursverwalter geltend macht. Ferner ist unstreitig, daß die Firma K[REDACTED]-KG, eine Tochtergesellschaft der Beklagten, aus der Entnahme von Ersatzteilen aus ihrem Konsignationslager bei der Firma N[REDACTED]-Werkstätten gegen diese Firma, deren Alleininhaber der Ingenieur Ludwig Me[REDACTED] war, eine Forderung in Höhe von 9.802,17 DM hat. Da die D[REDACTED]-GmbH unter dem beherrschenden Einfluß des Ingenieurs Ludwig Me[REDACTED] gestanden habe, hat das Oberlandesgericht im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Aufrechnung gegenüber Forderungen von Reichsgesellschaften (vgl. die Zusammenstellung von Paulsen WM IV B 1955, 82, 84) es für zulässig gehalten, daß die Beklagte mit der ihr nach Feststellungen des Berufungsgerichts von der K[REDACTED]-KG abgetretenen Forderung gegen die Forderung der D[REDACTED]-GmbH aufrechnete. Die Revision greift die Feststellung an, daß die K[REDACTED]-KG ihre Forderung an die Beklagte abgetreten habe; sie wendet sich ferner gegen die Zulässigkeit der Aufrechnung mit der gegenüber den N[REDACTED]-Werkstätten, somit gegenüber Ludwig Me[REDACTED], zustehenden Forderung gegen die Forderung der D[REDACTED]-GmbH und bemängelt endlich, daß die Aufrechnungserklärung nicht ordnungsgemäß erfolgt sei.

41

Für die Entscheidung des Rechtsstreits ist in erster Linie die materiellrechtliche Frage erheblich, ob gegenüber der Forderung einer GmbH mit einer Forderung gegen den sie beherrschenden Gesellschafter aufgerechnet werden kann. Trifft die Ansicht der Revision zu, daß bei dem festgestellten Sachverhalt eine Aufrechnung nicht statthaft sei, so erübrigen sich die weiteren Angriffe, da schon in diesem Fall die Beklagte zur Bezahlung der ansich unstreitigen Provisionsforderung der D[REDACTED]-GmbH verpflichtet ist. Das Oberlandesgericht ist bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, daß grundsätzlich die Gegenseitigkeit der Forderungen nach § 387 BGB Voraussetzung für die Aufrechnung ist, daß dieser Grundsatz nach § 242 BGB in den Fällen eine Ausnahme zuläßt, in denen die Berufung auf die mangelnde Gegenseitigkeit der Forderungen gegen Treu und Glauben verstoßen und zu einem unbilligen Ergebnis führen würde. Mit dieser Auffassung befindet sich das Berufungsgericht grundsätzlich im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Die Rechtsordnung hat die Verselbständigung von Sondervermögen in Form einer Einmangengesellschaft anerkannt. Daraus folgt zunächst die Anerkennung der Verschiedenheit der juristischen Person von ihrem Alleingesellschafter (RGZ 129, 53 m. w. Nachw.; BGHZ 21, 378; 22, 226, 230). Allerdings hatte das Reichsgericht bereits ausgesprochen, diese rechtliche Verschiedenheit könne nicht ausnahmslos berücksichtigt werden, vielmehr müßten die juristische Person und ihr alleiniger Gesellschafter dann als eine Einheit behandelt werden, wenn die Wirklichkeit des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen es dem Richter gebieten, die persönliche und vermögensrechtliche Selbständigkeit der GmbH und ihres alleinigen Gesellschafters hintan zu setzen (vgl. BGHZ 22, 226, 230 und die dort wiedergegebene Rechtsprechung des Reichsgerichts). Das Reichsge-

richt hatte jedoch in keinem der zur Entscheidung gekommenen Fälle Anlaß, aus diesem allgemeinen Grundsatz eine Haftung der Gesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer alleinigen Gesellschafter abzuleiten, es hat nur umgekehrt die Haftung des Gesellschafters für Schulden der Einmanngesellschaft bejaht (RGZ 156, 277; vgl. Lehmann JZ 1952, 289, 291). Erst der Bundesgerichtshof hat gegenüber Forderungen im wesentlichen von Kriegsgesellschaften im Sinne des § 14 Nr. 5 UmstG die Aufrechnung mit Forderungen gegen das Reich zugelassen (BGHZ 3, 316; 17, 19, 22 m. w. Nachw.). Danach kam es entscheidend darauf an, ob die Gesellschaft, die Gläubigerin ist, trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit lediglich eine juristisch verselbständigte besondere Erscheinungsform des Reichs war, wofür allerdings nicht Voraussetzung war, daß es sich nur um eine "Kriegsgesellschaft" handelte. Bei einer derartigen Ausgestaltung der Beziehungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter könne die Berufung auf ihre rechtliche Verschiedenheit mit den Grundsätzen von Treu und Glauben verwehrt sein. Zutreffend hat das Berufungsgericht ausgeführt, dieser Grundsatz sei auch dann anzuwenden, wenn es sich, wie im vorliegenden Fall, nicht um eine Einmann-GmbH handle. Der beherrschende Gesellschafter Ludwig Me[redacted] war ursprünglich mit 52,5 %, seit dem Jahre 1954 mit 76,25 % beteiligt. Es kann, wie der Bundesgerichtshof bereits dargelegt hat (BGHZ 3, 316, 319), zum Verzicht auf das Erfordernis der Gegenseitigkeit genügen, daß der beherrschende Gesellschafter nur zu einem Bruchteil unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist, da die Kapitalbeteiligung nur eine der Formen ist, in denen sich ein Gesellschafter Einfluß auf die Willensbildung der Gesellschaft verschaffen kann. Für den maßgeblichen Gesichtspunkt, ob nach Treu und Glauben die Berücksichtigung der Verschiedenheit von Gesellschaft und Gesellschafter ausgeschlossen ist, kam es nach dieser

Rechtsprechung lediglich darauf an, daß die Gesellschaft von dem Gesellschafter derart beherrscht wird, und daß sie im Rechtsleben in einer solchen Weise auftritt, daß sie als unselbständiges Werkzeug dieses Gesellschafters erscheint.

In tatsächlicher Hinsicht hat das Berufungsgericht festgestellt, es habe sich bei der GmbH um eine Gründung des Ludwig Me [REDACTED] gehandelt. Der äußere und innere Zusammenhang mit den N [REDACTED]-Werkstätten sei gewahrt geblieben, es sei, wie das Berufungsgericht sehr allgemein gehalten ausführt, im Geschäftsverkehr zwischen der Beklagten und der Firma K [REDACTED]-KG einerseits und der GmbH und der Firma N [REDACTED]-Werkstätten andererseits nicht streng unterschieden worden, womit das Berufungsgericht offensichtlich im Auge hat, daß nach der Behauptung der Beklagten (Schriftsatz vom 25. August 1955 S. 7 - GA 118) Ludwig Me [REDACTED] mit der GmbH geschaltet und gewaltet habe, wie er gewollt habe, daß er Beträge, die formell für die GmbH eingegangen seien, für sich verwendet und sein Konto bei der GmbH entsprechend belastet habe. Die GmbH habe ferner ohne Verpflichtung für die Verbindlichkeiten des Ludwig Me [REDACTED] eine Bürgschaft übernommen, und sie habe ihm ohne glaubhaften Grund vorübergehend einen Teil der Klageforderung abgetreten, woraus sich ergebe, daß er über einen Teil dieser der GmbH zustehenden Provisionsforderung verfügt habe, als ob sie ihm persönlich zugestanden habe. Ludwig Me [REDACTED] war ursprünglich nur mit 52,5 % beteiligt. Nach der Übertragung des Geschäftsanteils eines Teilhabers im November 1953 verfügte er über mehr als 3/4 des Stammkapitals. Zum Geschäftsführer wurde er erst im Jahre 1953 bestellt, zunächst zusammen mit den beiden anderen Gesellschaftern. Vom Sommer 1954 an war er allein als Geschäftsführer tätig, wobei allerdings nach dem Gesellschaftsvertrag Einzelvertretung

nicht zulässig war. Jedenfalls für die Zeit seit Sommer 1954 sei die Gesellschaft unter seinem beherrschenden Kapitalmäßigen und persönlichen Einfluß gestanden.

Es erscheint schon fraglich, ob die Voraussetzungen, die die Rechtsprechung für den Fall der Aufrechnung gegenüber einer Kriegsgesellschaft verlangt hat, im vorliegenden Fall gegeben sind. Danach mußte die Klagforderung der Durchführung hoheitlicher, vor allem der Kriegsführung dienenden Aufgaben entsprungen sein (BGHZ 10, 205), d. h. auf die hier gegebenen Verhältnisse übertragen, müßte die Forderung der GmbH aus der Erledigung von Geschäften herrühren, die Sache des Gesellschafters gewesen wären. Gegenstand der GmbH war nach dem Gesellschaftsvertrag der Vertrieb von Kraftfahrzeugen, Anhängern, Reifen, Ersatz- und Zubehöerteilen, während die N[]-Werkstätten, deren alleiniger Inhaber der Hauptgesellschafter der GmbH war, die Reparatur von Kraftwagen durchführten. Aus der Tatsache, daß vor Gründung der GmbH beide Geschäftszweige von den N[]-Werkstätten betrieben wurden, folgt noch nicht, daß der spätere Vertrieb von Kraftfahrzeugen usw. durch die GmbH die Wahrnehmung von Aufgaben darstellte, die eigentlich zum Geschäftszweig des von dem Hauptgesellschafter betriebenen Unternehmens gehörten. Aufgabe einer Reparaturwerkstatt bildet keinesfalls der Vertrieb von Kraftfahrzeugen. Die Rechtsprechung hat ferner gefordert, daß Gläubiger und Schuldner in dem Zeitpunkt, in dem die geltend gemachten Forderungen für den Gläubiger entstanden seien, weitgehend identisch erscheinen (BGH NJW 1952, 817). Die Forderung der D[]-GmbH rührte aus dem Ende des Jahres 1953 beendigten Handelsvertreterverhältnis her, während nach dem Berufungsurteil Ludwig Me[] jedenfalls seit Sommer 1954 den beherrschenden Einfluß ausübte. Einer abschließenden Prüfung und Entscheidung, ob diese Voraus-

setzungen, wie sie die Rechtsprechung für die Zulässigkeit der Aufrechnung mit einer Forderung gegen einen Gesellschafter gegenüber einer Forderung der Kriegsgesellschaft entwickelt hat (vgl. Paulsen aaO), gegeben waren, bedarf es indes nicht, da der hier zur Entscheidung stehende Sachverhalt sich grundsätzlich von den Gegebenheiten unterscheidet, die Anlaß zu jener Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gaben. Dort lag eine außergewöhnliche Nachkriegssituation vor, in der einerseits Reichsgesellschaften, die Kriegs- oder Rüstungszwecken dienten und in privatrechtlicher Form organisiert waren, als Gläubiger auftraten. Sie hatten im wesentlichen hoheitliche Aufgaben wahrgenommen (BGHZ 10, 205; BGH WM IV B 1955, S. 108, 110), die in der Regel nach erwerbswirtschaftlichen Gesichtspunkten damals nicht übernommen worden wären. Die autoritäre Staatsführung übte, abgesehen von den gesellschaftsrechtlichen Einflußmöglichkeiten und von der Beeinflussung auf Grund zusätzlicher vertraglicher Vereinbarungen, durch ihre allgemeine Befehlsgewalt eine weitgehende Herrschaft über diese einzelnen Gesellschaften aus. Diese Gesellschaften machten nach dem Kriege Forderungen aus dem Funktionsbereich des Reiches geltend, während andererseits auf die Verbindlichkeiten des Reiches keine Erfüllung zu erlangen war (vgl. Schmidt in Großkomm AktG § 15 Anm. 8). Bei dieser besonderen Sachlage hätte es einen Verstoß gegen Treu und Glauben dargestellt, wenn dem Gläubiger des Reiches gegenüber der Forderung einer derartigen Gesellschaft, die aus der Wahrnehmung von Reichsaufgaben herrührte, die Aufrechnung versagt worden wäre. Dadurch wurde allerdings das Vermögen einer GmbH, das grundsätzlich ausschließlich den Gläubigern der GmbH haftet, zugunsten eines Gesellschafters beeinträchtigt. Diese Beeinträchtigung der Haftungsgrundlage einer GmbH läßt sich nur aus der gekennzeichneten Situation rechtfen-

tigen, wobei die Erwägung mitspielt, daß die Gläubiger solcher Reichsgesellschaften keine bessere Stellung erwarteten und erwarten konnten als sie Reichsgläubiger hatten (Schilling in Hachenburg § 13 Anm. 5). Deshalb kann die Beurteilung, die die kriegs- und nachkriegsbedingten einmaligen Verhältnisse durch die Rechtsprechung erfahren haben, nicht auf einen Sachverhalt der vorliegenden Art übertragen werden, in dem es sich darum handelt, daß ein Unternehmer kraft freier, durch die Bedürfnisse des Erwerbslebens, auch durch Rücksichtnahme auf steuerliche Vorschriften begründeter EntschlieÙung eine von ihm abhängige Gesellschaft ins Leben gerufen hat, wobei insbesondere auch nicht dargetan ist, daß er dies zu Mißbrauchszwecken getan hat. Es können daher aus jener Rechtsprechung keine gesellschaftsrechtlichen Folgerungen gezogen werden. Über die Rechtsform einer juristischen Person darf nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden (BGHZ 20, 4, 11). Das Gesellschaftsvermögen, das allein der Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger vorbehalten ist (§ 30 GmbHG), würde den Gläubigern des Einmann haften, ohne daß ein besonderer Anlaß bestände, den Gläubigerschutz wegfallen zu lassen. Wenn der herrschende Gesellschafter auf diese Weise eine Haftung der GmbH für seine persönlichen Verpflichtungen herbeiführen könnte (vgl. BGHZ 13, 49, 55), so würde das zu einer Aushöhlung der Vorschriften des § 30 GmbHG führen (Fischer JZ 1956, 362). Die Beklagte kann daher gegenüber der Forderung der D[REDACTED]-GmbH nicht mit einer Forderung gegen den Gesellschafter Ludwig Me[REDACTED] aufrechnen.

Das Landgericht hat mit Recht die Beklagte verurteilt, an die D[REDACTED]-GmbH den eingeklagten Betrag von 10.984,41 DM zu bezahlen, so daß es auf die weiteren Revisionsrügen des Klägers nicht mehr ankommt. Das Berufungs-

41

gericht ist von der Sachlegitimation der GmbH ausgegangen, obwohl die Forderung nach Verkündung des landgerichtlichen Urteils an das Bankhaus M. & C. abgetreten war. Ein Antrag auf Leistung an die Abtretungsempfängerin ist in der Berufungsinstanz nicht gestellt. Da die Abtretung sachlich-rechtlich wirksam ist, hätte die GmbH ihren Antrag umstellen müssen (Baumbach/Lauterbach § 265 Anm. 3). Daß die GmbH etwa im Hinblick darauf, daß es sich um eine Sicherungsabtretung handelte, zur Einziehung der Forderung im eigenen Namen zulässigerweise ermächtigt geblieben wäre (RGZ 166, 218, 238; BGH LM Nr. 1 zu § 185 BGB), ist im Berufungsurteil nicht festgestellt. Trotzdem verfiel die Klage nicht der Abweisung, weil der Kläger in der Revisionsinstanz fürsorglich den Antrag auf Leistung an die Abtretungsempfängerin gestellt hat. Diese Umstellung des Antrags war noch in der Revisionsinstanz zulässig. Wie der erkennende Senat in der Entscheidung vom 26. September 1957 (II ZR 42/56) ausgesprochen hat, ist es allerdings in der Revisionsinstanz im allgemeinen nicht gestattet, den Klageantrag zu ändern (BGH LM Nr. 5 zu § 146 KO), da der Beurteilung des Revisionsgerichts nur das aus dem Tatbestand des Berufungsurteils ersichtliche Parteivorbringen unterliegt (§ 561 ZPO). Andererseits ergibt sich aus dieser Begründung, daß nicht jede Änderung des in der Berufungsinstanz gestellten Klageantrages unzulässig ist. Das gilt in jedem Fall, wenn die Änderung wie die Umstellung des Antrages auf Verurteilung zur Leistung an den Abtretungsempfänger nur eine Modifikation des früheren Antrages darstellt (RG Gruch 49, 1061, 1065; vgl. RG SeuffArch 58 Nr. 101), und wenn die Tatsache der Abtretung bereits in dem Berufungsurteil festgestellt ist (aA OGH HEZ I, 313).

Der Antrag auf Ersatz des Schadens, der der Beklagten durch die zur Abwendung der Vollstreckung gemachten Leistungen entstanden war, ist durch übereinstimmende

Parteierklärung erledigt. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91, 91 a ZPO.

Dr. Canter

Dr. Fischer

Dr. Kuhn

Dr. Haager

Dr. Reinicke