

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 77/70

URTEIL

Verkündet am

21. Januar 1971

Heil,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Wirtschaftsprüfers Dr. Bernhard K [REDACTED],
E [REDACTED], T [REDACTED]platz [REDACTED], in seiner Eigenschaft als Konkurs-
verwalter über das Vermögen der Firma Auto-M [REDACTED] & Co. KG
in D [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Frau Ingeborg M [REDACTED] geb. R [REDACTED], D [REDACTED],
B [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und
[REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Dezember 1970 unter Mitwirkung der Bundesrichter Liesecke, Dr. Schulze, Fleck, Dr. Bauer und Dr. Kellermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 20. April 1970 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte war mit einer Kommanditeinlage von 35.000 DM Kommanditistin der Auto-M[REDACTED] & Co. KG in D[REDACTED], über deren Vermögen im Jahre 1967 das Konkursverfahren eröffnet worden ist. Der Kläger ist der Konkursverwalter.

Der Kläger nimmt die Beklagte nach §§ 171, 172 HGB wegen unberechtigter Entnahmen in Anspruch und beantragt, sie zur Zahlung eines Teilbetrages von 50.000 DM nebst

- 3 -

Zinsen zu verurteilen. Zur Begründung hat er in der ersten Instanz vorgetragen, die Beklagte habe im Jahre 1964 61.893,47 DM unberechtigt aus der Gesellschaft entnommen.

Die Beklagte hat bestritten, irgendwelche Privatentnahmen getätigt zu haben. Sie behauptet, der Gesellschafter W. habe aus steuerlichen Gründen in großem Umfange Geschäftsausgaben, vor allem Schmier- und Bestechungsgelder sowie Aufwendungen für den Ankauf eines Betriebsgrundstückes, als Privatentnahmen verbucht. Etwaige Entnahmen seien außerdem berechtigt gewesen, weil sie den auf sie entfallenden Gewinnanteil nicht überschritten hätten. Die Bilanz für das Jahr 1964 ergebe ein falsches Bild, weil erhebliche Forderungen der Gemeinschaftschuldnerin gegen die tschechischen Firmen Mo. und Ta. sowie Wertsteigerungen des Grundvermögens nicht erfaßt worden seien.

In der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht (28. Januar 1969) wurde der Kläger darauf hingewiesen, daß zur Substantiierung der Klage Angaben darüber erforderlich seien, welche Entnahmen die Beklagte im einzelnen gemacht habe und wie der Gewinn und Verlust der Gesellschaft für das Jahr 1964 errechnet worden sei. Ihm wurde ferner ausdrücklich aufgegeben, zur Klagerwiderrung vom 23. Januar 1969 innerhalb drei Wochen Stellung zu nehmen. Auf den Hinweis des Klägers, eine Zusammenstellung der Beträge, die die Beklagte entnommen habe, erfordere sehr viel Arbeit, hat das Landgericht die Frist bis zum 7. März 1969 verlängert und nach ergebnislosem Ablauf dieser Frist - am 14. März 1969 -



Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 22. April 1969 anberaumt. Wegen einer Erkrankung des Prozeßbevollmächtigten des Klägers hat das Landgericht die Frist des Auflagebeschlusses erneut verlängert bis 3. Mai 1969 und den Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 13. Mai 1969 verlegt. Da der Kläger seinen Vortrag weder bis zum 3. Mai 1969 noch in der mündlichen Verhandlung ergänzt hat, hat das Landgericht die Klage als unsubstantiiert abgewiesen.

Mit der Berufungsbegründung hat der Kläger die Bilanzen der Gemeinschuldnerin nebst Erläuterungen und eine Aufstellung über die einzelnen Entnahmen der Beklagten für die Jahre 1964 bis 1966 vorgelegt. Er hat ferner den geltend gemachten Zahlungsanspruch hilfsweise darauf gestützt, daß die Beklagte im Jahre 1965 85.806,74 DM unberechtigt entnommen habe.

Das Berufungsgericht hat das neue Vorbringen nach § 529 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen und die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht hält den Anspruch wegen unberechtigter Entnahmen für unbegründet, weil das Klagevorbringen nicht hinreichend substantiiert sei. Der Kläger habe im ersten Rechtszuge insbesondere nicht dargetan, welche Beträge die Beklagte im einzelnen entnommen habe. In der Berufungsinstanz habe er zwar die erforderlichen Unterlagen - die Einzelaufstellung über die Entnahmen der Beklagten und die Bilanzen nebst Erläuterungen - vorgelegt. Hierbei handele es sich jedoch um neues Vorbringen, das nach § 529 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen sei. Eine Berücksichtigung dieses Vorbringens würde die Erledigung des Rechtsstreites erheblich verzögern, weil die Beklagte zunächst zu den einzelnen Posten Stellung nehmen und dann ein umfangreiches Sachverständigengutachten eingeholt werden müßte, u. a. um zu klären, welche der aufgeführten Posten tatsächlich echte Entnahmen seien.

Den hiergegen gerichteten Angriffen der Revision kann im Ergebnis ein Erfolg nicht versagt bleiben.

1. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob der Zahlungsanspruch des Klägers begründet ist, allein unter dem Gesichtspunkt untersucht, ob die Beklagte im Jahre 1964 einen Betrag von 50.000 DM unberechtigt entnommen habe. Es hat nicht beachtet, daß der Kläger den geltend gemachten Anspruch in der Berufungsinstanz hilfsweise auch auf die Behauptung gestützt hat, die Beklagte habe im Jahre 1965 unberechtigt Entnahmen von 85.806,74 DM gemacht (Tatbestand des Berufungsurteils Bl. 3, 4).

Der Kläger hat damit den geltend gemachten Anspruch hilfsweise aus einem anderen Sachverhalt hergeleitet und insofern die Klage geändert. Die Zulässigkeit einer Klageänderung, auch wenn sie erst in der Berufungsinstanz erfolgt, ist aber allein nach §§ 264, 523 ZPO zu beurteilen. Für die Anwendung der Vorschriften über die Zurückweisung nachträglich vorgebrachter Angriffsmittel (§§ 279, 529 Abs. 2 und 3 ZPO) ist in einem solchen Falle, wie die Revision zu Recht rügt, kein Raum; denn der neue Klageanspruch stellt kein bloßes "Angriffsmittel" dar, er ist vielmehr der Angriff selbst (BGH LM § 264 ZPO Nr. 6).

2. Nach § 264 ZPO ist eine Änderung der Klage zulässig, wenn der Beklagte einwilligt oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet.

a) Die Einwilligung zu der Klageänderung hat die Beklagte nicht erklärt. Sie kann auch nach § 269 ZPO nicht angenommen werden; denn die sachliche Einlassung auf die geänderte Klage steht der Einwilligung nur dann gleich, wenn sie ohne Widerspruch erfolgt.

Im vorliegenden Fall hat sich die Beklagte ausdrücklich gegen die Zulassung des neuen Vorbringens des Klägers gewandt (Berufungsbeantwortung vom 5. Januar 1970 - GA 60). Der Umstand, daß sie sich daneben auch (hilfsweise) sachlich auf den hilfsweise geltend gemachten neuen Klageanspruch eingelassen hat, kann ihr nicht schaden und nicht zur Annahme der Einwilligung nach § 269 ZPO führen.

b) Die Zulässigkeit der Klageänderung hängt somit von ihrer Sachdienlichkeit ab. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Frage, ob im Einzelfalle eine Klageänderung sachdienlich ist, in das Ermessen des Tatrichters gestellt (BGH LM 264 Nr. 11 Bl. 2). Die Beurteilung der Sachdienlichkeit macht tatsächliche Würdigungen erforderlich, die nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sind, vielmehr dem Tatrichter vorbehalten bleiben müssen. Das angefochtene Urteil muß deshalb aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

3. Von der Entscheidung über die Zulässigkeit der Klageänderung, die das Berufungsgericht hiernach nachzuholen haben wird, kann auch die Beurteilung der Frage abhängen, ob eine Berücksichtigung der neuen Tatsachen und Beweismittel, die der Kläger in der Berufungsinstanz zur Begründung seines Hauptanspruchs - unberechtigte Entnahmen im Jahre 1964 - geltend gemacht hat, die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde.

Wäre die Klageänderung als sachdienlich anzusehen, so könnte auch das tatsächliche Vorbringen, das der Kläger zu ihrer Begründung in den Rechtsstreit eingeführt hat, nicht wegen Verspätung zurückgewiesen werden. Das Berufungsgericht müßte vielmehr den Rechtsstreit im Hinblick auf den hilfsweise geltend gemachten Anspruch wegen unberechtigter Entnahmen im Jahre 1965 fortführen. Die Beklagte hätte zunächst näher zu den einzelnen Posten Stellung zu nehmen; sodann müßte ein

Sachverständigengutachten eingeholt werden. Hierbei würde es sich um Maßnahmen handeln, die nach Auffassung des Berufungsgerichts in gleicher Weise zur Entscheidung der Frage erforderlich sind, ob und welche Entnahmen die Beklagte im Jahre 1964 unberechtigt gemacht hat. Es erscheint deshalb nicht ausgeschlossen, daß eine Verzögerung des Rechtsstreits im Sinne des § 529 Abs. 2 ZPO auch im Hinblick auf das neue Vorbringen des Klägers, das sich auf die Entnahmen der Beklagten im Jahre 1964 bezieht, nicht angenommen werden könnte. Eine abschließende Beurteilung ist auch insoweit nur aufgrund erneuter tatsächlicher Würdigung möglich. Das angefochtene Urteil war deshalb im vollen Umfange aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Bundesrichter Dr. Schulze
ist beurlaubt und kann daher
nicht unterschreiben.

Liesecke

Dr. Bauer

Liesecke

Dr. Kellermann

Fleck