

# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 127/68

Versäumnis-  
**URTEIL**

Verkündet am

18. März 1970

Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des beratenden Betriebswirts Dr. Walter J. [REDACTED]  
in H. [REDACTED], Am S. [REDACTED], in seiner  
Eigenschaft als Konkursverwalter über das Ver-  
mögen des Kaufmanns Gerhard S. [REDACTED], Inhaber  
der gleichnamigen Firma in H. [REDACTED], F. [REDACTED] str. [REDACTED],  
und T. [REDACTED] Krs. S. [REDACTED]/H. [REDACTED],  
Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. die Firma R. [REDACTED] & S. [REDACTED] OHG in T. [REDACTED]  
üb. N. [REDACTED],
2. den Kaufmann Otto Ri. [REDACTED] in C. [REDACTED],  
H. [REDACTED] str. [REDACTED],
3. den Stahlbauingenieur und Schlossermeister  
Werner Sc. [REDACTED] in H. [REDACTED], P. [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte II. Instanz: Rechtsanwälte  
[REDACTED] und [REDACTED] in C. [REDACTED] -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. März 1970 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Braxmaier

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das IV. Teilurteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 22. März 1968 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen, soweit es die Beklagten zu 1 und 2 betrifft.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kaufmann Gerhard S. führte in Mieträumen ein Metallbaugeschäft in H. und T. (H.). Er geriet in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Im Jahre 1960 erhielt er von dem Beklagten R. (Beklagter zu 2) ein Darlehen von 25 000 DM. Dennoch mußte er am 4. Februar 1961 die Eröffnung des gerichtlichen Vergleichsverfahrens beantragen, in dem der Kläger zum vorläufigen Vergleichsverwalter bestellt wurde.

- 3 -

Am 22. Februar 1961 schlossen S [REDACTED] mit Zustimmung des Klägers und die Beklagten R [REDACTED] und Sc [REDACTED] (Beklagter zu 3), die kurz darauf die erstbeklagte offene Handelsgesellschaft errichteten, einen notariellen Pacht- und Kaufvertrag, durch den S [REDACTED] die von ihm betriebene Firma mit den Betriebsstätten sowie den dazu gehörenden Maschinen und der Geschäftsausstattung, soweit diese nicht mit Rechten Dritter belastet waren, an die Beklagten zu 2 und 3 mit Wirkung vom 1. März 1961 verpachtete. Der Pachtzins sollte in den ersten fünf Monaten 4 000 DM, für die spätere Zeit 5 000 DM monatlich betragen und zur Tilgung der Verbindlichkeiten des S [REDACTED] verwandt werden, wobei eine Vergleichsquote von 35 % angestrebt wurde. Mit der vollständigen Erfüllung der von den Beklagten übernommenen Verpflichtungen sollten sie Eigentümer der gepachteten Gegenstände werden. Die Beklagten übernahmen die Betriebe des S [REDACTED] und erhielten auch das vorhandene Material. Zahlungen auf Grund dieses Vertrages leisteten die Beklagten nicht, vielmehr erklärten sie durch Schreiben des von ihnen beauftragten Rechtsanwalts vom 31. Mai 1961, daß sie von dem Vertrage zurückträten und ihn vorsorglich fristlos kündigten. Später fochten sie den Vertrag auch wegen arglistiger Täuschung an. Die Betriebe führten sie weiter. Sie verbrauchten in den übernommenen Betrieben das ihnen überlassene Material, von dem inzwischen nichts mehr vorhanden ist. Die Betriebsstätte H [REDACTED] gaben Sie Ende 1961 auf.



Am 16. Juni 1961 wurde über das Vermögen des S [REDACTED] der Konkurs eröffnet und der Kläger zum Konkursverwalter bestellt. Er hat eine Masseschuld von 3 250 DM gegenüber den Beklagten anerkannt. Mit der Klage hat der Kläger von den Beklagten neben der Erfüllung weiterer Ansprüche, die noch im ersten Rechtszuge anhängig sind, Zahlung von 62 000 DM nebst Zinsen verlangt, und zwar 12 000 DM als Pacht für die Monate März bis Mai 1961 sowie 50 000 DM als Teilbetrag für von den Beklagten übernommenes Material.

Das Landgericht hat durch Teilurteil über die erwähnten Zahlungsansprüche entschieden und die Beklagten zur Zahlung von 21 750 DM nebst Zinsen verurteilt. Die Mehrforderung, darunter auch die Forderung auf Pachtzins, hat es abgewiesen.

Gegen dieses Urteil haben beide Parteien Berufung eingelegt. Der Kläger hat von der Klageforderung die von ihm anerkannte Masseforderung der Beklagten abgesetzt. Er hat demgemäß die Zahlungsansprüche nur noch in Höhe von 58 750 DM weiterverfolgt. Durch sein erstes Teilurteil wies das Berufungsgericht die Berufung des Klägers zurück, soweit dieser Zahlung weiterer 12 000 DM als Pachtzins begehrte, weil dieser als Nutzungsent-schädigung gerechtfertigte Anspruch durch Aufrechnung der Beklagten mit einem entsprechenden Teilbetrag der Darlehensforderung des Beklagten R [REDACTED] getilgt sei. Durch ein zweites Teilurteil wies das Berufungsgericht die Berufung des Klägers wegen weiterer 880,28 DM zurück. Es erachtete in diesem Urteil den Anspruch wegen der

Überlassung von Material in Trappenkamp in Höhe eines Teilbetrages von 880,28 DM von vornherein für unbegründet und die Forderung wegen der Überlassung von Material in Hannover nur in Höhe von 4 269,51 DM für gerechtfertigt, jedoch durch Aufrechnung mit der unstreitigen Forderung von 3 250 DM und mit einem weiteren Teilbetrag der Darlehensforderung des Beklagten R. [REDACTED] in Höhe von 1 019,51 DM für getilgt. Durch das dritte Teilurteil wies sodann das Berufungsgericht den Antrag des Klägers zurück, das Teilurteil des Landgerichts ohne Sicherheitsleistung für vorläufig vollstreckbar zu erklären. Diese drei Teilurteile sind rechtskräftig. Durch das mit der Revision angefochtene vierte Teilurteil hat das Berufungsgericht die Berufung des Klägers wegen weiterer 16 111,71 DM nebst Zinsen, die für die Überlassung von Material in T. [REDACTED] verlangt werden, zurückgewiesen.

Mit der Revision erstrebt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung dieses Betrages. Die Beklagten sind im Revisionsrechtszuge unvertreten geblieben. Der Beklagte zu 3 (Sc. [REDACTED]) ist nach Einlegung der Revision verstorben. Insoweit ist das Verfahren unterbrochen. Gegen die Beklagten zu 1 und 2 hat der Kläger Erlaß eines Versäumnisurteils beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision, die sich infolge der Unterbrechung des Verfahrens, soweit es den inzwischen verstorbenen Beklagten zu 3 betrifft, nur gegen die Beklagten zu 1 und 2 richtet, ist nicht begründet.

1. Nachdem das Berufungsgericht in dem zweiten Teilurteil einen Teilbetrag des Anspruchs für das angeblich in T [REDACTED] überlassene Material abgewiesen hatte, ging der Streit der Parteien im Berufungsrechtszuge nur noch um den Restbetrag von 45 869,72 DM für das Material, daß die Beklagten nach der Behauptung des Klägers in T [REDACTED] übernommen haben sollen. Wie das Berufungsgericht in dem ersten und zweiten Teilurteil angenommen hat, steht dem Kläger zwar ein vertraglicher Anspruch wegen des den Beklagten überlassenen Materials nicht zu, weil der Vertrag vom 22. Februar 1961 wegen offenen Einigungsmangels unwirksam sei. Jedoch habe der Kläger, so ist in dem zweiten Teilurteil weiter ausgeführt worden, gegen die Beklagten einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung auf Wertersatz, dem gegenüber die Beklagten sich nicht auf Wegfall der Bereicherung berufen könnten. Diese rechtliche Beurteilung, die von der Revision nicht bekämpft wird, läßt keinen Rechtsirrtum erkennen. Sie ist deshalb auch bei der Überprüfung des angefochtenen vierten Teilurteils zu Grunde zu legen.

Bei seiner tatsächlichen Würdigung ist das Berufungsgericht von einer Aufstellung über das in T [REDACTED]

überlassene Material ausgegangen, die der Kläger mit seinem Schriftsatz vom 12. Dezember 1967 eingereicht hatte und die sich inhaltlich deckt mit einer von dem Gemeinschuldner S. am 31. Oktober 1966 angefertigten Aufstellung. Es hat dabei nur über die Beträge entschieden, die für Gummiprofile sowie für Stabeisen und Bleche verlangt werden.

2. Die von dem Kläger überreichten Listen sind, wie das Berufungsgericht feststellt, Abschriften von Aufstellungen, die bereits am 4. und 5. Januar 1961 für Zwecke der Jahresinventur zum 31. Dezember 1960 angefertigt wurden. Ihnen komme, so meint das Berufungsgericht, kein konkreter Aussagewert hinsichtlich Art und Menge des den Beklagten am 23. Februar 1961 überlassenen Materials zu. Erst an diesem Tage sei der Betrieb übergeben worden. Die im Schriftsatz des Klägers vom 19. Februar 1968 S. 2 aufgestellte Behauptung, die Beklagten hätten den Betrieb tatsächlich bereits am 6. Februar 1961 übernommen, sei angesichts des früheren Sachvortrags des Klägers schlicht unglaublich.

Ob diese von der Revision als verfahrenswidrig beanstandete Begründung des Berufungsgerichts es rechtfertigen könnte, über das durch Antrag auf Parteivernehmung des Beklagten S. unter Beweis gestellte, im Berufungsrechtszuge neu eingeführte Vorbringen des Klägers hinwegzugehen, bedarf nicht der Prüfung, denn das Berufungsgericht war schon aus anderen Gründen nicht verpflichtet, dem Beweisantrag des Klägers stattzugeben. Es kam rechtlich nicht darauf an, von welchem

Tage an der Beklagte Sc[REDACTED] die tatsächliche Betriebsführung innehatte, sondern entscheidend war der Zeitpunkt, von dem an die Betriebe wirtschaftlich für Rechnung der Beklagten geführt wurden. Daß dieser Zeitpunkt bereits vor Abschluß des Pacht- und Kaufvertrages eingetreten war, hat aber der Kläger selbst nicht behauptet. Es kommt hinzu, daß der Beklagte Sc[REDACTED] kurz nach Eingang des Schriftsatzes des Klägers vom 19. Februar 1968, nämlich im Termin vom 1. März 1968, als Partei vernommen wurde. Es wäre Aufgabe des in diesem Termin durch einen Rechtsanwalt vertretenen Klägers gewesen, die Ergänzung der Parteivernehmung des Beklagten Sc[REDACTED] zu beantragen, wenn er hierauf Wert legte. Angesichts der Verfahrenslage war es klar, daß das Berufungsgericht die Beweisaufnahme zu den komplexen Gummiprofile sowie Stabeisen und Bleche als erschöpfend ansah. Wenn der Kläger es für wesentlich hielt, daß eine Beweisaufnahme über eine vorgreifliche Frage durchgeführt wurde, so mußte er in dem Termin spätestens, als die Parteivertreter über das Ergebnis der Beweisaufnahme verhandelten, einen entsprechenden Antrag auf Ergänzung der Beweisaufnahme stellen. Daß dies geschehen sei, hat die Revision nicht vorgetragen. Sollte also darin ein Verfahrensfehler zu erblicken sein, daß das Berufungsgericht den Beklagten Sc[REDACTED] über das Vorbringen in dem Schriftsatz des Klägers vom 19. Februar 1968 nicht vernommen hat, so hätte der Kläger das Recht, diesen Fehler zu rügen, gemäß § 295 ZPO verloren.

Überdies hat diese Rüge nach dem Tode des Beklagten Sc[REDACTED] ihre Bedeutung verloren.

Es ist daher rechtlich nicht angreifbar, daß das Berufungsgericht entsprechend dem bisherigen übereinstimmenden Vorbringen beider Parteien davon ausgegangen ist, der Betrieb in T [REDACTED], auf den es allein noch ankommt, sei erst am 23. Februar 1961 von den Beklagten übernommen worden.

3. Die Revision wendet sich weiter gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Kläger zu beweisen habe, welches Material den Beklagten überlassen worden sei, und daß daher Zweifel zu seinen Lasten gingen. Sie weist darauf hin, daß die Beklagten genauso hätten feststellen können und müssen, was ihnen im einzelnen übergeben wurde und wohin diese Gegenstände gelangten. Wenn auch der Revision zuzugeben ist, daß es den Beklagten möglich gewesen wäre, eine Materialaufstellung für den Zeitpunkt der Übernahme anzufertigen, so ändert doch der Umstand, daß dies unterblieben ist, nichts an der Beweislast. Der Kläger verlangt Bezahlung des überlassenen Materials. Seine Aufgabe ist es, die Grundlagen für diesen Anspruch darzutun und zu beweisen, also auch den Beweis dafür zu führen, welches Material die Beklagten in T [REDACTED] übernommen hatten. Ohne Rechtsverstoß hat das Berufungsgericht angenommen, daß es nicht auf das Verhalten der Beklagten zurückzuführen ist, wenn eine Aufstellung des im Zeitpunkt der Betriebsübergabe vorhandenen Materials nicht angefertigt wurde. Ebenso wenig bestehen Bedenken gegen die Wertung des Berufungsgerichts, es sei grob unkaufmännisch, daß weder der Kläger noch Schnepf sich darum gekümmert hätten, welches Material aus

ihrem Besitz in den der Beklagten überwechselte, obwohl die Unternehmer sogleich mit dem übernommenen Material zu wirtschaften beginnen sollten. Die Folgen dieses Unterlassens gehen daher, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, zu Lasten des Klägers. Er kann die Folgen seiner Versäumnis nicht auf die Beklagten abwälzen.

4. Das Berufungsgericht hat im einzelnen begründet, weshalb es ihm nicht vertretbar erschienen ist, die Zahlen der Inventuraufnahme vom 4. Januar 1961 als Grundlage zu nehmen. Es hat also im Gegensatz zu der Darstellung der Revision die Inventurlisten nicht völlig beiseite gelassen, sondern es ist von den Aufstellungen ausgegangen, die der Kläger eingereicht hatte und die unstreitig auf den Inventurlisten beruhten. Der Gemeinschaftschuldner S. [REDACTED] war ausweislich des Protokolls in dem Termin vom 1. März 1968, in dem Zeugen und der Beklagte Sc. [REDACTED] als Partei vernommen wurden und in dem die Parteien verhandelten, zugegen. Wenn der Kläger noch die Vernehmung des S. [REDACTED] als Zeugen für erforderlich hielt, hätte er dies im Termin beantragen müssen. Das ist indessen ausweislich des Protokolls und des Tatbestandes des Berufungsurteils nicht geschehen. Die Revision rügt daher zu Unrecht, daß ihr Beweisantrag im Schriftsatz vom 12. Dezember 1967 S. 2 übergangen worden sei.

5. Soweit es sich um die Gummiprofile handelt, hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers im Termin vom

1. März 1968, auf den das vierte Teilurteil erging, ausdrücklich erklärt, daß er zu diesem Punkt keine weiteren Beweisanträge stelle. Schon aus diesem Grunde kann die Rüge der Revision, es sei auch hinsichtlich der Gummiprofile weitere Aufklärung erforderlich gewesen, keinen Erfolg haben. Die in dem Schriftsatz des Klägers vom 22. Februar 1968 als Zeugen benannten Schlossermeister H. [REDACTED] und B. [REDACTED] sind im Termin vom 1. März 1968 vernommen worden. Ebenso ist der Beklagte Sc. [REDACTED], auf den sich der Kläger ebenfalls bezogen hatte, als Partei vernommen worden. Weitere Beweisanträge hatte der Kläger nicht gestellt. Ob das Berufungsgericht das neue Vorbringen aus dem Schriftsatz des Klägers vom 19. Februar 1968 als verspätet nicht hätte zuzulassen brauchen, kann dahinstehen, denn das Berufungsgericht hat rechtsirrtumsfrei diesen Vortrag auch als unsubstantiiert angesehen. Im übrigen war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, sich mit allen Einzelheiten des Parteivortrages des Klägers ausdrücklich zu befassen; denn für eine einwandfreie Würdigung der Sach- und Rechtslage durch das Berufungsgericht bedarf es keineswegs eines ausdrücklichen Eingehens auf jedes einzelne Vorbringen der Parteien und einer ausdrücklichen Auseinandersetzung damit, wenn sich nur ergibt, daß eine sachentsprechende Beurteilung überhaupt stattgefunden hat (BGHZ 3, 162, 175). An einer solchen hat es hier das Berufungsgericht ersichtlich nicht fehlen lassen.

Ebensowenig ist dem Berufungsurteil zu entnehmen, daß das Berufungsgericht gegen § 287 ZPO verstoßen haben

könnte. Die Verletzung dieser Vorschrift wird von der Revision somit ebenfalls zu Unrecht gerügt.

6. Das Berufungsgericht hält den Anspruch des Klägers aus den Positionen 19 und 20 (Bl. 593) sowie 2, 7 - 10 (Bl. 594) der mit Schriftsatz vom 12. Dezember 1967 eingereichten Aufstellung, ferner auf Bezahlung von 48 Blechen der Position 3 (Bl. 594 - nämlich 95 Tafeln abzüglich 47 Tafeln, die an die Metallhandels-gesellschaft ausgehändigt wurden - vgl. Liste vom 31. Oktober 1966 - Materiallager S. 3), den es auf S. 20 Berufungsurteil auf insgesamt 5 774,80 DM beziffert, für unbegründet, setzt aber in seiner zusammenfassenden Abrechnung, die es dem Urteilsausspruch zu Grunde gelegt hat, dann lediglich 5 745,10 DM ab. Dabei ist das Berufungsgericht einem Rechenfehler zum Opfer gefallen, denn die von ihm angeführten Positionen ergeben auch unter Berücksichtigung, daß zu Position 3 nur 48 Tafeln einzusetzen sind, mehr als 5 745,10 DM, nämlich 5 800,10 DM. Dieser Rechenfehler wirkt sich indes zu Gunsten des Klägers aus, so daß er durch ihn nicht beschwert ist. Rechtlich ist die Absetzung der 5 745,10 DM nicht zu beanstanden.

Das Berufungsgericht stellt in diesem Zusammenhange fest: Das gesamte Material dieser Positionen sei für von Schnepf übernommene Arbeiten zur Errichtung eines Dachgartengeländers auf einem Krankenhaus in Kiel und bei Kasernenbauten in Wildeshausen vorgesehen gewesen und dafür auch verbraucht worden. Den Vergütungsanspruch hierfür habe S. [REDACTED] an Dr. B. [REDACTED] (Krankenhaus

Kiel) und an den Bauunternehmer N [REDACTED] (Kasernen Wildeshausen) abgetreten gehabt. Dr. B [REDACTED] und N [REDACTED] hätten mit den Beklagten die Durchführung der restlichen Arbeiten gegen Zahlung des darauf entfallenden Arbeitslohns vereinbart, und die Beklagten hätten auch von Dr. B [REDACTED] und N [REDACTED] nur den Arbeitslohn erhalten. Die unter Beweis gestellte Behauptung des Klägers, die Stadt Kiel und die zuständige Wehrbereichsverwaltung hätten auch die dort verwendeten Materialien an die Beklagten bezahlt, ist nach Ansicht des Berufungsgerichts unerheblich, denn, so führt es aus, die Materialien seien zur Ausführung von S [REDACTED] noch zu erfüllender Verträge im Interesse des S [REDACTED] verwendet worden. Diese Tatsache werde nicht in Frage gestellt, wenn die Vertragsgegner des S [REDACTED] die Vergütung für das Material nicht an die Zessionare Dr. B [REDACTED] und N [REDACTED], sondern an die Beklagten gezahlt haben sollten. Ein etwaiger Bereicherungs- oder Ersatzanspruch des Klägers könnte bei der jetzt von ihm behaupteten neuen Sachlage nur aus einer anderen als der bisher geltend gemachten Grundlage hergeleitet werden, so daß die - von den Beklagten nicht bewilligte - Einführung dieses Ersatzanspruchs in den Prozeß nicht für sachdienlich zu erachten sei.

Entgegen der Ansicht der Revision läßt sich die Abweisung des Anspruchs auf Bezahlung der hier in Frage stehenden Positionen mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht beanstanden. Der Kläger hatte Bezahlung des Materials mit der Behauptung verlangt, die Beklagten hätten es übernommen. Nachdem die Beweisaufnahme ergeben hatte, daß das Material von den Beklagten

nicht übernommen, sondern für Rechnung des Schnepf oder seiner Zessionare lediglich gegen Bezahlung des Arbeitslohns eingebaut war, verlangte der Kläger nunmehr Erstattung von Beträgen, die Dritte, nämlich die Empfänger, für dieses Material angeblich an die Beklagten gezahlt haben sollen. Hierin liegt eine Änderung des Klagegrundes, die sich rechtlich als Klageänderung darstellt und auch nicht durch § 268 ZPO gedeckt wird, denn diese Vorschrift ist unanwendbar, wenn der Klagegrund verändert wird. Eine Klageänderung nach Eintritt der Rechtshängigkeit ist indes nach § 264 ZPO nur zulässig, wenn die Beklagten einwilligen oder das Gericht sie für sachdienlich erachtet.

Entgegen dem Vorbringen der Revision haben sich die Beklagten nicht rügelos auf die abgeänderte Klage eingelassen, denn das Berufungsgericht hat ausdrücklich hervorgehoben, daß sie die Einführung in den Rechtsstreit "nicht bewilligt" haben. Das kann nach dem Sinnzusammenhang nur bedeuten, daß die Beklagten der Änderung der Klage widersprochen haben (§ 269 ZPO). Allerdings findet sich diese tatsächliche Feststellung über den Widerspruch der Beklagten nicht in dem mit "Tatbestand" überschriebenen Teil des Urteils, sondern in den sogenannten Entscheidungsgründen. Das ist indes unschädlich, denn zum Tatbestand des Urteils, der gemäß § 314 ZPO Beweis für das mündliche Parteivorbringen liefert, gehören auch die Teile der Entscheidungsgründe, die tatsächliche Feststellungen über das Parteivorbringen enthalten.

Das Berufungsgericht hat es abgelehnt, die Sachdienlichkeit der Klageänderung zu bejahen. Auch diese im Ermessen des Berufungsgerichts stehende Entscheidung, die im Revisionsrechtszuge nur nach der Richtung nachgeprüft werden kann, ob der Tatsachenrichter den Rechtsbegriff der Sachdienlichkeit verkannt und damit die Grenzen seines Ermessens überschritten hat (BGHZ 16, 317, 322; BGH Urt. vom 30. Oktober 1957 - V ZR 195/56 - LM ZPO § 264 Nr. 11), hält den Angriffen der Revision stand. Es geht gerade nicht, wie die Revision meint, um die Bezahlung von Material, das die Beklagten entnommen hatten, sondern darum, ob Vertragsgegner des S [REDACTED] den Kaufpreis für Material, das zur Ausführung der von S [REDACTED] zu erfüllenden Verträge benutzt worden war, anstatt an Dr. B [REDACTED] und N [REDACTED] als Zessionare des S [REDACTED] an die Beklagten bezahlt hatten und diese verpflichtet waren, die empfangenen Beträge an den Kläger herauszugeben, also um einen gänzlich anderen Sachverhalt. Es ist auch nicht richtig, daß die Beträge, die von den Vertragspartnern des S [REDACTED] geschuldet wurden, nach der Konkurseröffnung - daß es zur Eröffnung des Vergleichsverfahrens gekommen sei, ist in den Tatsachenrechtszügen nicht vorgetragen worden - auf jeden Fall dem Konkursverwalter zugestanden hätten. War die Abtretung konkursrechtlich unbedenklich, so konnten vielmehr die Zessionare den Gegenwert für das im Interesse des S [REDACTED] vorarbeitete Material beanspruchen. Bei dieser Sachlage liegt kein Ermessensmißbrauch des Berufungsgerichts darin, daß es die Klageänderung nicht

als sachdienlich angesehen hat. Die Sache war nach der ursprünglichen Klagebegründung hinsichtlich der hier in Frage stehenden Positionen entscheidungsreif. Durch Zulassung der Klageänderung wäre diese Entscheidung auf unabsehbare Zeit verzögert worden. In einem solchen Falle handelt das Berufungsgericht nicht rechtsfehlerhaft, wenn es dem Interesse der Beklagten, sich nicht auf einen neuen Anspruch des Klägers einlassen zu müssen, höhere Bedeutung beimißt als dem Gedanken der Prozeßwirtschaftlichkeit.

7. Einen Betrag von 2 760,48 DM hat das Berufungsgericht als begründet angesehen. Es weist die Klage jedoch auch in diesem Umfange ab, weil diese Forderung des Klägers durch die Aufrechnung des beklagten R [REDACTED] mit einer in Höhe von 11 980,49 DM noch unverbrauchten Gegenforderung auf Darlehensrückzahlung getilgt sei. Die Revision hält diese Aufrechnung nicht für zulässig.

a) Soweit sie sich auf die Vorschriften der §§ 54 VerglO und 55 Nr. 1 KO beruft, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Beklagten sind nicht nach Eröffnung des Konkursverfahrens - über eine Eröffnung des Vergleichsverfahrens ist aus den Akten nichts ersichtlich, der erkennende Senat muß daher davon ausgehen, daß nur ein Antrag auf Eröffnung des Vergleichsverfahrens vorlag - zur Masse etwas schuldig geworden, vielmehr war ihre Schuld aus der Übernahme der Betriebe und des vorhandenen Materials bereits vor Konkurseröffnung entstanden, so daß die von der Revision angezogenen Vorschriften unanwendbar sind.

b) Ebensowenig sind ausreichende Tatsachen vortragen, die den Schluß rechtfertigen könnten, daß die Aufrechnung hier nach Treu und Glauben ausgeschlossen war (vgl. BGB RGRK 11. Aufl. § 387 Anm. 38). Der Vertrag zwischen S [REDACTED] und den Beklagten vom 22. Februar 1961 war unwirksam, so daß dem Kläger lediglich Bereicherungsansprüche gegen die Beklagten zustehen. Es kann den Beklagten nicht verwehrt werden, gegenüber diesen Bereicherungsansprüchen mit der lange vor Konkursöffnung entstandenen Darlehnsforderung des Beklagten zu 2 aufzurechnen.

Soweit sich die Revision gegen die Beklagten zu 1 und 2 richtet, ist sie daher mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückzuweisen.

Gemäß § 708 Nr. 3 ZPO ist das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Braxmaier