



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 224/00

Verkündet am:  
4. November 2002  
Vondrasek  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

AktG § 93 Abs. 2 Satz 2; GenG § 34 Abs. 2 Satz 2; GmbHG § 43 Abs. 2

Eine GmbH trifft im Rechtsstreit um Schadensersatzansprüche gegen ihren Geschäftsführer gemäß § 43 Abs. 2 GmbHG - entsprechend den Grundsätzen zu §§ 93 Abs. 2 AktG, 34 Abs. 2 GenG - die Darlegungs- und Beweislast nur dafür, daß und inwieweit ihr durch ein Verhalten des Geschäftsführers in dessen Pflichtenkreis ein Schaden erwachsen ist, wobei ihr die Erleichterungen des § 287 ZPO zugute kommen können. Hingegen hat der Geschäftsführer darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, daß er seinen Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen ist oder ihn kein Verschulden trifft, oder daß der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre.

BGH, Urteil vom 4. November 2002 - II ZR 224/00 - OLG Oldenburg

LG Osnabrück

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. November 2002 durch den Vorsitzenden Richter Dr. h.c. Röhrich und die Richter Dr. Hesselberger, Prof. Dr. Goette, Dr. Kurzwelly und Kraemer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das "Teil-Anerkenntnisurteil und Urteil" des 1. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 13. Juli 2000 insoweit aufgehoben, als die Klage auf die Berufung der Beklagten in Höhe von 720.571,72 DM nebst 4 % Zinsen hieraus seit dem 2. September 1997 abgewiesen worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Beklagte war ab 1. Januar 1978 zunächst Mitgeschäftsführerin, ab Februar 1991 Alleingeschäftsführerin der klagenden GmbH, die an zwei benachbarten Standorten Maschinen produziert. Alleingesellschafter der Klägerin war ursprünglich der Lebensgefährte der Beklagten, der am 31. Januar 1992

verstarb. Kurz zuvor hatte er seine Tochter aus früherer Ehe als Alleinerbin und die Beklagte als Testamentsvollstreckerin eingesetzt. In den folgenden Jahren verschlechterte sich die wirtschaftliche Lage der Klägerin zunehmend, was zum Streit zwischen der Beklagten und der nunmehrigen Alleingesellschafterin der Klägerin führte. Am 12. Dezember 1996 wurde die Beklagte als Geschäftsführerin abberufen.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin die Beklagte in erster Instanz auf Schadensersatz in Höhe von 777.743,63 DM, zum Teil wegen angeblich zweckwidriger Verwendung von Gesellschaftsmitteln, in Anspruch genommen. In Höhe eines Teilbetrages von 740.524,60 DM hat sie die Klage - insoweit für die Revisionsinstanz noch von Belang - unter Vorlage eines betriebswirtschaftlichen Gutachtens darauf gestützt, daß die Beklagte auf die ungenügende Auslastung der Fertigungskapazitäten beider Betriebsstätten pflichtwidrig nicht rechtzeitig reagiert und es versäumt habe, im Zeitraum von August 1995 bis August 1996 Kurzarbeit anzumelden (§ 72 AFG). Dadurch sei der Klägerin ein Schaden in Form unnötiger Lohnkosten von 740.524,60 DM entstanden. Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 728.995,81 DM stattgegeben, wovon 720.571,72 DM auf den Lohnkostenschaden der Klägerin entfallen. Hinsichtlich dieses Betrages hat das Oberlandesgericht die Klage auf die Berufung der Beklagten abgewiesen. Mit ihrer Revision erstrebt die Klägerin insoweit die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung scheidet die Klage nicht an fehlendem Vortrag der Klägerin zu dem Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG als materiell-rechtlicher Voraussetzung (vgl. BGHZ 97, 382, 390) für die Erhebung von Ersatzansprüchen auch gegenüber ausgeschiedenen Geschäftsführern (vgl. BGHZ 28, 355, 357; Sen.Urt. v. 8. Dezember 1997 - II ZR 236/96, ZIP 1998, 332). Die Revisionserwiderung weist selbst auf den - vermeintlich "pauschalen" - Vortrag der Klägerin hin, ihre Gesellschafterversammlung habe am 29. Mai 1997 die Geltendmachung der Ersatzansprüche gegen die Beklagte beschlossen. Da ein Bestreiten dieses Vortrags durch die Beklagte nicht ersichtlich ist, bedurfte es keiner näheren Angaben oder Nachweise zu dem Gesellschafterbeschuß. Ebenso wenig brauchte die Klägerin ausdrücklich vorzutragen, daß sie keinen besonderen Prozeßvertreter (anstelle ihres Geschäftsführers) gemäß § 46 Nr. 8 GmbHG bestellt habe (vgl. Sen.Urt. v. 24. Februar 1992 - II ZR 79/91, ZIP 1992, 760).

II. Das Berufungsgericht hält die geltend gemachten Schadensersatzansprüche schon deshalb für unbegründet, weil die Klägerin nicht hinreichend dargetan habe, daß die Beklagte mit der Nichtanmeldung von Kurzarbeit ab August 1995 die Grenzen des ihr zustehenden unternehmerischen Ermessens (vgl. BGHZ 135, 244) überschritten und damit der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Geschäftsmannes gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG zuwider gehandelt habe. Zu Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht stelle mit seiner Ansicht nahezu unerfüllbare Substantiierungsanforderungen und verkenne vor allem die hier maßgebenden Grundsätze der Darlegungs- und Beweislast.

1. Nach den gesetzlichen Vorschriften der §§ 93 Abs. 2 Satz 2, 116 AktG und der §§ 34 Abs. 2 Satz 2, 41 GenG trifft die betreffenden Organmitglieder im Streitfall die (Darlegungs- und) Beweislast dafür, daß sie "die Sorgfalt eines or-

dentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben". Diese Abweichung von dem Grundsatz der Beweislast des Anspruchstellers für sämtliche anspruchsbegründenden Umstände (vgl. Hüffer, AktG 5. Aufl. § 93 Rdn. 16) rechtfertigt sich aus der Erwägung, daß das jeweilige Organmitglied die Umstände seines Verhaltens und damit auch die Gesichtspunkte überschauen kann, die für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens sprechen, während die von ihm verwaltete Korporation in diesem Punkt immer in einer Beweisnot wäre (vgl. Müller, GenG 2. Aufl. § 34 Rdn. 49). Für den Geschäftsführer einer GmbH kann jedenfalls dann, wenn er nach eigenem Gutdünken und nicht auf konkrete Weisung der Gesellschafter (§ 46 Nr. 6 GmbHG) gehandelt hat, im Ergebnis nichts anderes gelten, mag auch das GmbHG für ihn (in § 43 GmbHG) keine ausdrückliche entsprechende Regelung enthalten.

a) Bereits das Reichsgericht hat lange vor Einfügung des § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG (durch Gesetz vom 9. Oktober 1973, BGBl. I, S. 1451) entsprechende Grundsätze auf den Vorstand einer Genossenschaft angewendet (RGZ 13, 43) und in späteren Entscheidungen ausgeführt, eine Genossenschaft brauche zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs gegen ihre Verwaltungsträger nur darzutun, "daß ihr aus deren Geschäftsgebarung im Rahmen des ihnen obliegenden Pflichtenkreises ein Schaden erwachsen ist"; sei dieser Nachweis geführt, obliege dem Vorstand der Nachweis, daß er trotz entgegenstehenden Anscheins seine Pflichten erfüllt, also alles getan habe, um die Genossenschaft vor Schaden zu bewahren, oder daß ihm die Erfüllung dieser Pflicht ohne sein Verschulden unmöglich gewesen sei (RG DR 1939, 723 m.N.; weitere Nachweise bei Goette, ZGR 1995, 648, 650 ff.). Für den Geschäftsführer einer GmbH folgert RGZ 98, 98 Entsprechendes daraus, daß er der Gesellschaft aufgrund seines Dienstvertrages auskunfts- und rechenschaftspflichtig sei (§§ 259, 666, 675 BGB).

b) Auf der gleichen Linie liegt es, daß auch der Senat von dem Geschäftsführer einer GmbH insbesondere in den Fällen eines ungeklärten Kas- sen- oder Warenfehlbestandes den Nachweis verlangt, daß er die gebotene Sorgfalt zur Verhinderung des Fehlbestandes angewandt hat oder unverschuldet dazu nicht imstande war (vgl. Sen.Urt. v. 26. November 1990 - II ZR 223/89, ZIP 1991, 159 m.w.N.). Zwar hat der Senat in seinen Urteilen vom 9. Dezember 1991 (II ZR 43/91, ZIP 1992, 108) und vom 21. März 1994 (II ZR 260/92, ZIP 1994, 872) ausgeführt, die Gesellschaft müsse nachweisen, daß ihr infolge eines pflichtwidrigen Verhaltens ihres Geschäftsführers ein Schaden entstanden sei. In beiden Fällen ging es aber nicht um den Nachweis der von der Gesellschaft behaupteten Pflichtwidrigkeit, sondern um deren Kausalität für einen Schaden der Gesellschaft. Auch nach den Grundsätzen des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG trifft die Gesellschaft - ggf. mit der Erleichterung des § 287 ZPO (vgl. unten III) - die Darlegungs- und Beweislast für einen Schaden und dessen Verursachung durch ein Verhalten des Geschäftsleiters in seinem Pflichtenkreis, das als pflichtwidrig überhaupt in Betracht kommt, sich also insofern als "möglicherweise" pflichtwidrig darstellt (vgl. Goette, ZGR 1995, 648, 671 ff.; Hüffer aaO, § 93 Rdn. 16). Ebenso wie der Vorstand nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG muß aber auch der Geschäftsführer einer GmbH - entsprechend der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der überwiegenden Ansicht im neueren Schrifttum (vgl. die Nachweise bei Goette aaO, S. 649; Hüffer aaO; Scholz/Schneider, GmbHG 9. Aufl. § 43 Rdn. 167 c) - sich dahin entlasten, daß er nach den Umständen, die er darzulegen und zu beweisen hat, seinen (mit § 93 Abs. 1 AktG gleichlautenden) Sorgfaltspflichten gemäß § 43 Abs. 1 GmbHG nachgekommen ist oder schuldlos nicht nachkommen konnte, oder daß der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre. Das schließt ggf. den Nachweis der Einhaltung seines - grundsätzlich weiten - unternehmerischen

Ermessensspielraums (vgl. hierzu BGHZ 135, 244, 253) ein. All dies gilt auch dann, wenn dem Geschäftsführer das (pflichtwidrige) Unterlassen einer bestimmten Maßnahme vorgeworfen wird, zumal die Abgrenzung gegenüber der Pflichtwidrigkeit einer statt dessen vorgenommenen Handlung häufig fließend ist.

Gegenüber einem ausgeschiedenen Geschäftsführer (wie hier der Beklagten) gilt im wesentlichen nichts anderes. Vor einer Überspannung seiner Darlegungs- und Beweislast ist er dadurch geschützt, daß die Gesellschaft die angebliche Pflichtverletzung im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast näher zu bezeichnen hat. Soweit zu seiner Verteidigung erforderlich, hat die Gesellschaft ihm Einsicht in die dafür maßgeblichen Unterlagen zu gewähren.

2. Nach diesen Grundsätzen scheidet die vorliegende Klage nicht an fehlenden Darlegungen der Klägerin zur Pflichtwidrigkeit der Unterlassung der Beklagten, Kurzarbeit anzumelden.

a) Die Klägerin hat, wie die Revision im einzelnen ausführt, unter Vorlage einer betriebswirtschaftlichen Analyse eines Wirtschaftsprüfers mit zusätzlichen Beweisanträgen detailliert dargelegt, daß die Auslastung ihrer Betriebe im Sommer 1995 zum Teil um mehr als die Hälfte zurückgegangen und die Beklagte sogar von Betriebsratsmitgliedern ab Mitte 1995 aufgefordert worden sei, Kurzarbeit anzumelden, weil die Mitarbeiter sich "die Beine in den Bauch gestanden" hätten. Weiter hat die Klägerin anhand einer Mitarbeiterliste 63 von 75 Mitarbeitern namentlich bezeichnet, die Kurzarbeitergeld hätten beanspruchen können. Sie hat darauf hingewiesen, daß die Voraussetzungen der §§ 63 ff. AFG (in damaliger Fassung) spätestens ab August 1995 vorgelegen hätten, die Beklagte schließlich selbst auf erhebliches Drängen des Betriebsrats Ende Mai

1996 - zu spät - Kurzarbeit bei dem Arbeitsamt angemeldet und daß für den Erfolg dieser Maßnahme die schlichte Begründung "Auftragsmangel" genügt habe.

b) Damit hat die Klägerin ihrer Darlegungslast mehr als genügt, so daß es Sache der Beklagten gewesen wäre, den gegen sie erhobenen Vorwurf zu entkräften. Unzureichend ist dafür ihr von dem Berufungsgericht herangezogener, völlig unbestimmter Vortrag, daß die schlechte Auftragslage der Klägerin nicht zu einer Unterbeschäftigung der Mitarbeiter habe führen müssen, weil es auch andere wertschöpfende Tätigkeiten in den Betrieben gegeben haben könne. Zu ihrem Vortrag, sie habe das Risiko gescheut, von den Mitarbeitern bereits bezogenes Kurzarbeitergeld bei kurzfristiger Aufhebung der Kurzarbeit wegen plötzlichen Arbeitsanfalls an das Arbeitsamt zurückzahlen zu müssen (vgl. BAG DB 1991, 392), entgegnet die Revision zu Recht, daß die Klägerin in diesem Fall nur den betreffenden Teil des Kurzarbeitergeldes hätte zurückzahlen müssen und damit immer noch besser gestanden hätte, als bei durchgängiger Zahlung des vollen Lohns an die unterbeschäftigten Mitarbeiter. Sonstige übergeordnete Gesichtspunkte, welche das Abwarten der Beklagten als eine vertretbare unternehmerische Ermessensentscheidung erscheinen lassen könnten, sind nicht festgestellt.

Die Tatenlosigkeit der Beklagten läßt sich - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - auch nicht damit rechtfertigen, daß es für die Kurzarbeit gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG einer Vereinbarung mit dem - nach dem Vortrag der Klägerin überdies dazu bereiten - Betriebsrat bedurft hätte und die Bewilligung von Kurzarbeitergeld zusätzlich von einer Entscheidung des Arbeitsamtes (§§ 63 ff. AFG) abhing. Ebenso wie ein Geschäftsführer bei Vertragsverhandlungen mit einem Geschäftspartner der Gesellschaft jedenfalls versuchen

muß, deren Interessen zur Geltung zu bringen, muß er bei einer deutlichen Unterbeschäftigung der Arbeitnehmer infolge Auftragsmangels zumindest den Versuch machen, eine Kostenentlastung durch Kurzarbeit nach den gesetzlichen Möglichkeiten zu erreichen. Unterläßt er dies ohne überzeugenden Grund, liegt bereits darin eine Pflichtwidrigkeit. Davon ist im vorliegenden Fall nach den bisherigen Feststellungen revisionsrechtlich auszugehen.

III. Das Berufungsgericht hält die Klage weiter auch deshalb für unbegründet, weil die Klägerin die Höhe des behaupteten Schadens und dessen Verursachung durch die Nichtanmeldung von Kurzarbeit nicht substantiiert dargelegt habe. Auch das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

1. Zwar trifft die aus § 43 Abs. 2 GmbHG klagende Gesellschaft im Grundsatz die Darlegungs- und Beweislast für den Schaden und dessen Verursachung durch das Verhalten des Geschäftsführers (vgl. oben II 1). Für das Beweismaß gelten jedoch insoweit nicht die strengen Voraussetzungen des § 286 ZPO, sondern diejenigen des § 287 ZPO, der auch die Substantiierungslast der klagenden Partei erleichtert. Danach genügt es, daß sie Tatsachen vorträgt und unter Beweis stellt, die für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO hinreichende Anhaltspunkte bieten (vgl. BGH, Urteile v. 3. Dezember 1999 - IX ZR 332/98, NJW 2000, 509; v. 1. Dezember 2000 - X ZR 222/98, NJW-RR 2000, 1340). Unter § 287 ZPO fällt auch die Beurteilung der Frage, ob und inwieweit der Gesellschaft durch das dem Geschäftsführer vorgeworfene Verhalten ein Schaden entstanden ist. Denn bei einem Schadensersatzanspruch aus Vertragsverletzung gehört der Ursachenzusammenhang mit einem daraus erwachsenen allgemeinen Vermögensschaden nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zur haftungsbegründenden, sondern zur haftungsausfüllenden Kausalität, für deren Nachweis ebenfalls die in § 287 ZPO

vorgesehenen Erleichterungen gelten (vgl. BGH, Urteil v. 3. Dezember 1999 aaO, m.N.). Gegenüber einem Geschäftsführer, der - wovon hier revisionsrechtlich auszugehen ist - nicht einmal den Versuch einer schadensabwendenden Maßnahme unternommen und die Gesellschaft dadurch in die Schwierigkeit des Nachweises der hypothetischen Entwicklung gebracht hat, ist diese Darlegungs- und Beweiserleichterung um so mehr gerechtfertigt.

2. Wie die Revision zu Recht rügt, läßt das angefochtene Urteil die Beachtung obiger Grundsätze nicht erkennen.

a) Soweit die Klägerin mit der von ihr vorgelegten betriebswirtschaftlichen Analyse eines Wirtschaftsprüfers die Auslastungsquoten ihrer Betriebe für die einzelnen Monate tabellarisch dargestellt und zu den gesamten Lohnkosten in Beziehung gesetzt hat, ergeben sich daraus zwar nur die auf die Unterbeschäftigung entfallenden Lohnkosten. Inwieweit diese durch Kurzarbeit hätten eingespart werden können, hängt von den gesetzlichen Voraussetzungen hierfür ab, worauf das Berufungsgericht die Klägerin durch Aufklärungsverfügung vom 16. Mai 2000 hingewiesen hat. Soweit die Revisionserwiderung insoweit auf das Erfordernis einer Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verweist, geht dies daran vorbei, daß der Betriebsrat hierzu nach dem unter Beweis gestellten Vortrag der Klägerin grundsätzlich bereit war und auf sein Drängen Ende Mai 1996 tatsächlich auch Kurzarbeit in gewissem Umfang angeordnet wurde. Da der Vortrag der Klägerin der Sache nach dahin ging, daß der Betriebsrat mit Kurzarbeit im Umfang der jeweiligen Unterbeschäftigung einverstanden gewesen wäre, brauchte sie im Rahmen des § 287 ZPO - entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung - nicht zusätzlich vorzutragen, wann und mit welchem Inhalt die hypothetische Betriebsvereinbarung zustande gekommen wäre.

Was die Voraussetzung eines vorübergehenden Arbeitsausfalls mit der Erwartung eines Erhalts der Arbeitsplätze gemäß § 63 Abs. 1 AFG angeht, so hat die Klägerin, worauf die Revision hinweist, vorgetragen, daß der Auftragsbestand sich ab Juni 1996 wieder gebessert habe. Dies ist im Rahmen des § 287 ZPO - entgegen den Ausführungen des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung - durchaus ein Indiz dafür, daß eine entsprechende Prognose auch schon im August 1995 zu stellen war. Soweit die Revisionserwiderung demgegenüber auf den Vortrag der Klägerin verweist, wonach die Klägerin im Jahr 1995 überschuldet und im September 1996 konkursreif gewesen sei, wird verkannt, daß gerade dies nach dem Vortrag der Klägerin durch Kurzarbeit hätte abgewendet werden sollen. Entgegen der Behauptung der Revisionserwiderung betrug die Höchstdauer für den Bezug von Kurzarbeitergeld nach der gemäß § 67 Abs. 2 AFG erlassenen KurzArbGeldfristVO vom 30. November 1994 (BGBl. I, S. 3574) für die Zeit bis 30. Juni 1996 nicht sechs sondern zwölf Monate - vorbehaltlich der Voraussetzung des § 67 Abs. 4 AFG, wonach der Empfänger von Kurzarbeitergeld nach Ablauf von sechs Monaten für eine anderweitige Beschäftigung verfügbar sein mußte, was aber bei der damaligen Arbeitsmarktlage kaum praktische Bedeutung hatte (vgl. Breunig in: Schönefelder/Kranz/Wanka, AFG 2. Aufl. § 67 Rdn. 23).

b) Da der Klägerin auf der Grundlage ihres Vorbringens durch die Nichtanmeldung von Kurzarbeit jedenfalls ein Schaden entstanden ist, durfte das Berufungsgericht die Klage nicht ohne weiteres wegen evtl. noch fehlender Substantiierung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der behaupteten Pflichtverletzung und der geltend gemachten Schadenshöhe insgesamt abweisen, sondern hatte zu prüfen, ob und in welchem Umfang wenigstens ein von der Beklagten verursachter Mindestschaden geschätzt werden konnte, wobei

es zur Klärung der Schätzungsgrundlage auch von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen hatte (vgl. BGH, Urteil v. 1. Dezember 2000, aaO). Das Berufungsgericht hat die Klägerin in seiner Aufklärungsverfügung vom 16. Mai 2000 zwar darauf hingewiesen, daß die Höhe des geltend gemachten Schadens noch "näherer Erläuterung" bedürfe und die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld (§§ 63 ff. AFG) darzulegen seien. Die Klägerin hat daraufhin in ihrer Berufungserwiderung vom 19. Juni 2000 geltend gemacht, daß die in der Aufklärungsverfügung geforderten Nachweise bis zur mündlichen Verhandlung vom 29. Juni 2000 vermutlich nicht mehr zu beschaffen seien. Aufgrund der folgenden Mitteilung des Berufungsgerichts vom 22. Juni 2000, der Senat erwäge ein Teilurteil hinsichtlich einer anderen Schadensposition und empfehle insoweit einen im Termin zu besprechenden Teilvergleich, durfte die Klägerin, wie die Revision zu Recht rügt, davon ausgehen, daß das Berufungsgericht die Sache im übrigen nicht für entscheidungsreif halte und die Klägerin sich deshalb mit den geforderten Nachweisen noch Zeit lassen könne. Die Möglichkeit zur Stellungnahme in der mündlichen Verhandlung nützte der Klägerin unter den gegebenen Umständen nichts. Ebensowenig wurde ihr durch das ihr eingeräumte Schriftsatzrecht zur Erwidern auf neues Vorbringen der Beklagten in deren Schriftsatz vom 27. Juni 2000 Gelegenheit gegeben, der Aufklärungsverfügung nachzukommen. Soweit das Berufungsgericht die hier nach geforderte Substantiierung im Schriftsatz der Klägerin vom 6. Juli 2000 gemäß § 528 Abs. 2 a.F. ZPO als verspätet zurückgewiesen hat, wird das im Hinblick auf das erstinstanzliche Obsiegen der Klägerin ohnehin durch diese Vorschrift nicht gedeckt (vgl. BGH, Urt. v. 28. Oktober 1982 - III ZR 128/81, NJW 1983, 931 f.). Vielmehr hätte das Berufungsgericht auf die nunmehrige, der Klägerin offenbar nicht früher mögliche Substantiierung ihres Vortrags die mündliche Verhandlung wiedereröffnen müssen (§ 156 ZPO; vgl. auch BGH, Urteil v. 11. Februar 1999 - VII ZR 399/97, NJW 1999, 1867 f.), wie die Revision

zu Recht rügt. Davon abgesehen kann das angefochtene Urteil aber auch schon wegen der Verkennung des § 287 ZPO nicht bestehenbleiben.

IV. Die Sache ist nicht entscheidungsreif, sondern bedarf noch tatrichterlicher Würdigung des Vorbringens der Klägerin im Hinblick auf § 287 ZPO. Zum anderen muß der Beklagten noch Gelegenheit gegeben werden, ihrer - von dem Berufungsgericht verkannten - Beweislast zur Frage der Pflichtwidrigkeit der unterlassenen Anmeldung von Kurzarbeit zu genügen. Die Sache ist daher zur Nachholung der noch erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Röhricht

Hesselberger

Goette

Kurzwelly

Kraemer