



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZR 285/13

vom

3. Juli 2014

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Kayser, die Richter Prof. Dr. Gehrlein, Dr. Fischer, Grupp und die Richterin Möhring

am 3. Juli 2014

beschlossen:

Die Revision gegen das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts vom 19. November 2013 wird zugelassen.

Auf die Revision des Klägers wird das vorgenannte Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückgewiesen.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 237.904,11 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Der Kläger ist Verwalter in dem am 1. Mai 2008 über das Vermögen der G. GmbH & Co. KG (nachfolgend: Schuldnerin) eröffneten Insolvenzverfahren. Der Beklagte ist als Kommanditist mit einer Einlage von 4.400.000 DM an der Schuldnerin beteiligt.

2 Die Schuldnerin bebaute aufgrund eines von der Evangelischen Kirchengemeinde in F. als Eigentümerin am 24. September 1991 für 3.360.000 DM erworbenen Erbbaurechts das in M. gelegene Grundstück A. 140 bis 150a mit Wohnungen, einer Tiefgarage und einem Einzelhandelszentrum. Diese Liegenschaft übereignete die Evangelische Kirchengemeinde am 26. Juni 1996 für 140.000 DM an die A. 140 bis 150a GmbH (nachfolgend: GmbH), an welcher der Beklagte mit einem Geschäftsanteil von 11.000 DM beteiligt war. Durch notariellen Vertrag vom 29. Dezember 1998 verkaufte der Beklagte seinen Geschäftsanteil an der GmbH zum Preis von 440.000 DM sowie eine Darlehensforderung gegen die GmbH zum Preis von 25.300 DM an die Schuldnerin.

3 Der Kläger verlangt Rückerstattung der insoweit von der Schuldnerin erbrachten Zahlungen in Höhe von insgesamt 237.904,11 € unter den rechtlichen Gesichtspunkten der Vorsatzanfechtung (§ 133 InsO) und der verbotenen Einlagenrückgewähr (§ 93 InsO, §§ 171, 172 Abs. 4 Satz 1 HGB). Das Landgericht hat der Klage auf der Grundlage von § 133 InsO stattgegeben. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage als unzulässig abgewiesen. Mit der Beschwerde erstrebt der Kläger die Zulassung der Revision und die Wiederherstellung des Ersturteils.

II.

4 Die Revision ist nach § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, weil das angegriffene Urteil den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG ver-

letzt. Das Urteil ist gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

5 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, die Klage sei unzulässig. Der Kläger stütze die Klageforderung sowohl auf Insolvenzanfechtung (§ 133 Abs. 1 InsO) als auch auf Einlagenrückgewähr (§ 93 InsO, §§ 171, 172 Abs. 4 Satz 1 HGB). Eine auf eine alternative Klagehäufung gegründete Klage sei indessen mangels Bestimmtheit insgesamt unzulässig. Die Entscheidung, ob der Kläger einen Klagegrund fallen lassen oder ob er mehrere Klagegründe hilfsweise oder kumulativ verfolgen wolle, dürfe er nicht dem Gericht überlassen. Vielmehr müsse der Kläger klarstellen, in welchem Verhältnis er die verschiedenen Ansprüche zur Prüfung stelle.

6 2. Das Berufungsgericht hat, wie die Beschwerde zu Recht beanstandet, den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt, indem es die Klage als unzulässig abgewiesen hat, ohne dem Kläger zuvor den nach § 139 Abs. 2 und 3 ZPO gebotenen rechtlichen Hinweis in inhaltlich unmissverständlicher Form zu erteilen und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

7 a) Nach Art. 103 Abs. 1 GG darf ein Gericht ohne vorherigen Hinweis nicht auf einen rechtlichen Gesichtspunkt abstellen, mit dem auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte. Es hat in einem solchen Fall auf seine (geänderte) Rechtsauffassung hinzuweisen und den Prozessbeteiligten eine Möglichkeit zur Stellungnahme zu eröffnen (BGH, Beschluss vom 1. Februar 2007 - V ZR 200/06, NJW-RR 2007, 1221 Rn. 5; vom 16. Mai 2013 - VII ZR 63/11, NJW-RR

2013, 969 Rn. 8). Die Hinweispflicht besteht grundsätzlich auch in Prozessen, in denen die Partei durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten wird, jedenfalls dann, wenn er die Rechtslage erkennbar falsch beurteilt. Erweist sich, dass die Partei einen Hinweis falsch aufgenommen hat, so muss das Gericht diesen präzisieren und der Partei erneut Gelegenheit geben, dazu Stellung zu nehmen. Dies gilt entsprechend auch dann, wenn das Gericht von seiner in einer gerichtlichen Verfügung geäußerten Auffassung später abweichen will (BGH, Urteil vom 25. Juni 2002 - X ZR 83/00, NJW 2002, 3317, 3320). Das Gericht erfüllt seine Hinweispflicht nicht dadurch, dass es allgemeine und pauschale Hinweise erteilt; es muss vielmehr die Parteien auf den fehlenden Sachvortrag, den es als entscheidungserheblich ansieht, unmissverständlich hinweisen und ihnen damit die Möglichkeit eröffnen, dieses Vorbringen zu ergänzen (BGH, Beschluss vom 9. Juni 2005 - V ZR 271/04, NJW 2005, 2624). Ein richterlicher Hinweis erfüllt nur dann seinen Zweck, Unklarheiten, Unvollständigkeiten und Irrtümer auszuräumen, wenn er gezielt und konkret den einzelnen Mangel anspricht (BGH, Urteil vom 18. April 2013 - I ZR 66/12, MDR 2013, 1424 Rn. 33).

8 b) Diesen Anforderungen ist, soweit die Klage als unzulässig abgewiesen wurde, nicht genügt.

9 aa) Durch Berichterstatters Schreiben vom 7. Oktober 2013 wurde der Kläger darauf hingewiesen, dass Ansprüche aus § 133 InsO unbegründet sein dürften. Wolle er sie "dennoch verfolgen", müsse er "die Klage ausdrücklich ändern oder diese Ansprüche im Wege der objektiven Klagehäufung zusätzlich verfolgen". In der mündlichen Verhandlung hat das Berufungsgericht ausgeführt, es sei unklar, ob das Landgericht auch über den Anspruch aus § 172 Abs. 4 HGB geurteilt habe und dieser Anspruch dem Berufungsgericht zur Entscheidung angefallen sei. Wäre der Anspruch aus § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB

"nicht hilfsweise oder alternativ erhoben worden (was auch der Kläger erklären müsste), sei über § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB nicht entschieden".

10 bb) Ausweislich dieser gerichtlichen Erläuterungen fehlt es an dem gebotenen unmissverständlichen Hinweis, dass Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage bestehen.

11 (1) Nach dem Inhalt des Berichterstatterschreibens durfte der Kläger darauf vertrauen, Ansprüche aus § 133 Abs. 1 InsO und aus §§ 93, 171, 172 Abs. 4 Satz 1 HGB nebeneinander im Wege der objektiven Klagehäufung verfolgen zu können. In dieser Weise war der Kläger bereits erstinstanzlich verfahren, so dass aus seiner Sicht prozessual nichts weiter zu veranlassen war. Vor diesem Hintergrund hat der Kläger zutreffend geltend gemacht, dass der Berichterstatterhinweis für ihn nicht nachvollziehbar sei. Dessen ungeachtet hat er entsprechend dem Hinweis ausdrücklich erklärt, die Anfechtungsansprüche aus § 133 InsO im Wege der objektiven Klagehäufung neben den Ansprüchen nach §§ 93 InsO, 171, 172 Abs. 4 Satz 1 HGB zusätzlich zu verfolgen. Aufgrund dieser Verfahrensweise konnte der Kläger darauf vertrauen, eine zulässige Klage erhoben zu haben. Das Gericht wäre - entgegen der Auffassung der Beschwerde - gehalten gewesen, den Kläger auf die Notwendigkeit der Staffellung der Anträge hinzuweisen (vgl. MünchKomm-ZPO/Becker-Eberhard, 4. Aufl., § 260 Rn. 22), weil sein rechtskundiger Prozessbevollmächtigter die Rechtslage falsch beurteilte (vgl. BGH, Urteil vom 27. Oktober 1994 - VII ZR 217/93, BGHZ 127, 254, 260).

12 (2) Auch die - ohnehin nicht leicht verständlichen - Ausführungen des Berufungsgerichts in der mündlichen Verhandlung, die sich ausschließlich mit der Frage befassten, ob der Anspruch aus § 93 InsO, §§ 171, 172 Abs. 4 Satz 1

HGB mangels einer Erstentscheidung des Landgerichts überhaupt zur Entscheidung durch das Berufungsgericht angefallen sei, mussten bei dem Kläger keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der Klage wecken. Wollte der Senat von dem zuvor durch den Berichterstatter erteilten Hinweis abweichen, hätte er dies unmissverständlich zum Ausdruck bringen müssen. Der Senat jedoch hatte gerade nicht vor dem Hintergrund einer geänderten Rechtsauffassung die zuvor von dem Berichterstatter erteilten Hinweise präzisiert. Vielmehr durfte der Kläger darauf vertrauen, dass entsprechend dem mitgeteilten Ergebnis der Vorberatung selbst im Falle einer alternativen Geltendmachung der in Rede stehenden Ansprüche eine Sachentscheidung des Berufungsgerichts ergehen werde. Dies gilt um so mehr, als das Berufungsgericht - wie zuvor der Berichterstatter - daneben eingehende Hinweise zur Begründetheit der Klage erteilt hatte. Ohne dahin lautenden vorherigen Hinweis wurde erst im Berufungsurteil die alternative Verfolgung der Ansprüche als unzulässig beanstandet. Mithin bildet das angefochtene Urteil eine unzulässige Überraschungsentscheidung (§ 139 Abs. 2 ZPO).

13 (3) Unbehelflich sind die Darlegungen in der angefochtenen Entscheidung, wonach der gebotene Hinweis von dem Senat erteilt und die Frage der Zulässigkeit der Klage mit den Parteien erörtert worden sei.

14 Nach der Vorschrift des § 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO kann die Erteilung rechtlicher Hinweise nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden. Sofern diese die Erteilung des gebotenen Hinweises - wie im Streitfall - nicht hinreichend dokumentieren, gilt dieser als nicht erteilt (BGH, Beschluss vom 30. Juni 2011 - IX ZR 35/10, NJW-RR 2011, 1556 Rn. 5). Die Hinweiserteilung im Protokoll soll gemäß § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO die Regel sein und der Hinweis im Urteil nur dokumentiert werden, wenn die anderweitige Dokumentation verse-

hentlich unterlassen worden ist. Da das Berufungsurteil sich nicht dazu verhält, ob die Protokollierung nur versehentlich versäumt wurde, ist zu Gunsten des Klägers zu unterstellen, dass dies in Übereinstimmung mit dem Inhalt des Richterstatterschreibens und des Verhandlungsprotokolls nicht der Fall war (BGH, Urteil vom 22. September 2005 - VII ZR 34/04, BGHZ 164, 166, 173). Überdies ist der Hinweis nach seinem auf den konkreten Fall bezogenen Inhalt auch in dem angefochtenen Urteil allein durch die beiläufige Bemerkung, die Zulässigkeit der Klage erörtert und eine Erläuterung erteilt zu haben, nicht hinreichend dokumentiert (vgl. BGH, Urteil vom 20. Juni 2005 - II ZR 366/03, NJW-RR 2005, 1518). Vor diesem Hintergrund bedarf es vorliegend keiner Prüfung, ob ein nicht aktenkundiger Hinweis selbst dann als nicht erteilt gilt, wenn er tatsächlich mündlich gegeben wurde (in diesem Sinne BGH, Urteil vom 12. Mai 2011 - I ZR 20/10, GRUR 2011, 1140 Rn. 23).

- 15 3. Das angefochtene Urteil beruht auf der Gehörsverletzung. Dies ist bereits dann der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht bei verfahrensfehlerfreiem Vorgehen anders entschieden hätte (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2013 - IX ZR 164/11, NJW-RR 2014, 172 Rn. 8). So verhält es sich im Streitfall.
- 16 a) Die Staffelung der Klageanträge konnte entgegen der Auffassung der Beschwerdeerwiderung im Berufungsrechtszug nachgeholt werden.
- 17 Der Kläger muss die gebotene Bestimmung des Streitgegenstandes vornehmen und kann sie nicht zur Disposition des Gerichts stellen. Dazu gehört bei mehreren Streitgegenständen auch die Benennung der Reihenfolge, in der diese zur Überprüfung durch das Gericht gestellt werden (BGH, Beschluss vom 24. März 2011 - I ZR 108/09, BGHZ 189, 56 Rn. 9). Handelt es sich um eine

alternative Klagehäufung, kann die gebotene Klarstellung ohne die Notwendigkeit eines Anschlussrechtsmittels noch im Laufe des Verfahrens, und zwar auch noch in der Revisionsinstanz nachgeholt werden (BGH, Urteil vom 3. Dezember 1953 - III ZR 66/52, BGHZ 11, 192, 195; Beschluss vom 24. März 2011 - I ZR 108/09, BGHZ 189, 56 Rn. 13). Bei dieser Sachlage konnte der Kläger im zweiten Rechtszug die von dem Berufungsgericht vermisste Abstufung bei der Antragstellung vornehmen. Zu Unrecht meint die Beschwerdeerwiderung es sei nicht der gesamte erstinstanzliche Streitstoff im Berufungsrechtszug angefallen. In der Rechtsprechung ist vielmehr schon seit langem anerkannt, dass ein wegen der Zuerkennung des Hauptantrages nicht beschiedener weiterer Antrag des Klägers der höheren Instanz allein durch die Rechtsmitteleinlegung seitens des Beklagten anfällt (BGH, Urteil vom 24. Januar 1990 - VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518, 519).

- 18 b) Bei Erteilung ordnungsgemäßer Hinweise hätte der Kläger seine Anträge nach Maßgabe seines Revisionsvorbringens entsprechend staffeln und eine möglicherweise stattgebende Sachentscheidung erwirken können. Infolge der Abweisung als unzulässig und der damit fehlenden Sachentscheidung gelten die hilfswisen Ausführungen des Berufungsgerichts, wonach ein Anspruch aus § 133 Abs. 1 InsO unbegründet ist, als nicht geschrieben (BGH, Urteil vom 7. Juni 1990 - III ZR 216/89, NJW 1990, 2125, 2126; vom 29. September

1993 - VIII ZR 107/93, NJW-RR 1994, 175, 176 mwN; vom 23. Oktober 1998
- LwZR 3/98, NJW 1999, 794, 795 mwN; Musielak/Ball, ZPO, 11. Aufl., § 563
Rn. 23; Hk-ZPO/Kayser/Koch, 5. Aufl., § 563 Rn. 3).

Kayser

Gehrlein

Fischer

Grupp

Möhring

Vorinstanzen:

LG Berlin, Entscheidung vom 25.05.2012 - 38 O 447/10 -

KG Berlin, Entscheidung vom 19.11.2013 - 14 U 48/12 -