



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 67/99

Verkündet am:  
6. November 2000  
Boppel  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO §§ 138, 454, 539; KO § 106 Abs. 1 Satz 3

- a) Eine Aufhebung und Zurückverweisung durch das Berufungsgericht (§ 539 ZPO) kann nicht darauf gestützt werden, daß das erstinstanzliche Gericht einen materiell-rechtlichen Gesichtspunkt verkannt oder eine verfahrensrechtliche Entscheidung (hier: gemäß § 454 Abs. 1 ZPO) getroffen hat, die sich noch in den Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens hält.
- b) Eine Verfügung, die gegen ein Veräußerungsverbot gemäß § 106 Abs. 1 Satz 3 KO verstieß, wird bei dessen Aufhebung zumindest von da an wirksam.
- c) Zu den Anforderungen, die an die Schlüssigkeit und die Substantiierung eines Parteivorbringens (hier: zur Darlehensgewährung eines Treuhandgesellschafters an die Gesellschaft) zu stellen sind.

BGH, Urteil vom 6. November 2000 - II ZR 67/99 - OLG Frankfurt a.M.

LG Frankfurt a.M.

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 2000 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 Beklagten wird das Urteil des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 3. Februar 1999 aufgehoben, soweit zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

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 ursprünglich geschäftsführende Alleingesellschafterin der von ihr im Jahre 1988 treuhänderisch für den Widerbeklagten zu 2 gegründeten P. GmbH mit einem Stammkapital von 100.000,-- DM. Im November 1989 bestellte sie den Widerbeklagten zu 2 zum weiteren Geschäftsführer und beschloß eine Stammkapitalerhöhung um weitere

100.000,-- DM, wovon sie und der Widerbeklagte zu 2 Anteile von je 50.000,-- DM übernehmen sollten. Die Kapitalerhöhung wurde zum Handelsregister angemeldet. Am 7. Dezember 1989 zahlte die Beklagte an die GmbH 50.000,-- DM, die im Jahresabschluß der GmbH als Darlehen bilanziert wurden. Durch Gesellschafterbeschuß vom Oktober 1991 berief die Beklagte den Widerbeklagten zu 2 aufgrund inzwischen entstandener Streitigkeiten mit ihm als Geschäftsführer ab. Es gelang ihm erst Ende 1994, die Verurteilung der Beklagten zu seiner Wiederbestellung als Geschäftsführer aufgrund des mit ihr geschlossenen Treuhandvertrages zu erwirken. Zuvor hatte sie im Juli 1994 zusammen mit zwei weiteren Kommanditisten und der GmbH als Komplementärin die P. GmbH & Co. KG gegründet. Anfang 1995 wurde sie zur Unterlassung weiterer Geschäftsführertätigkeit für die GmbH und die KG sowie zur Übertragung des von ihr treuhänderisch gehaltenen GmbH-Anteils von 100.000,-- DM auf den Widerbeklagten zu 2 verurteilt. Im Sommer 1995 schied die GmbH aus der KG aus, die deshalb aufgelöst und am 4. August 1995 im Handelsregister gelöscht wurde. Auf den Konkursantrag eines Gläubigers der GmbH wurde ihr gegenüber am 18. Dezember 1995 ein allgemeines Veräußerungsverbot erlassen und ein Sequester bestellt. Am 20. Juni 1996 wurde der Konkursantrag unter Aufhebung der angeordneten Sicherungsmaßnahmen mangels Masse abgewiesen.

Mit der Klage hat die Klägerin, deren Geschäftsführerin die Ehefrau des Widerbeklagten zu 2 ist, von der Beklagten aus abgetretenem Recht des Widerbeklagten zu 2 sowie der GmbH und der KG Schadensersatz in Höhe von 78.563,34 DM begehrt, weil die Beklagte die Gerichts- und Anwaltskosten für ihre Rechtsstreitigkeiten mit dem Widerbeklagten zu 2 unberechtigt aus Gesellschaftsmitteln bezahlt habe. Die Beklagte hat u.a. die Wirksamkeit der Ab-

tretungserklärungen der GmbH und der KG vom 1. März 1995 bestritten, weil diese rückdatiert und in Wahrheit während der Sequestration vorgenommen worden seien. Widerklagend verlangt sie von der Klägerin und dem Widerbeklagten zu 2 gesamtschuldnerisch Rückzahlung des angeblich von ihr in dessen Auftrag der GmbH gewährten Darlehens von 50.000,-- DM, dessen Rückzahlung auch die Klägerin gemäß § 419 a.F. BGB schulde, weil diese mit dem angeblichen Erwerb etwaiger Schadensersatzforderungen das gesamte noch vorhandene Gesellschaftsvermögen der GmbH und der KG übernommen habe.

Das Landgericht hat die Klage und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten in vollem Umfang und die Berufung der Klägerin in Höhe einer Teilforderung von 9.076,72 DM aus abgetretenem Recht des Widerbeklagten zu 2 zurückgewiesen. Im übrigen hat es das erstinstanzliche Urteil in Anwendung von § 539 ZPO aufgehoben und die Sache an das Landgericht zurückverwiesen. Dagegen richtet sich die Revision der Beklagten im Umfang ihrer Beschwerde.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht, soweit es zum Nachteil der Beklagten erkannt hat.

#### A. Zur Klage:

I. Das Berufungsgericht hat - insoweit von der Revision nicht beanstandet - festgestellt, sämtliche Einzelpositionen der Klage mit Ausnahme des erstinstanzlich im Ergebnis zu Recht abgewiesenen Teils von 9.076,72 DM seien von der Klägerin allein auf abgetretenes Recht der GmbH und/oder der KG gestützt. Die erstinstanzliche Abweisung dieser verbleibenden Ansprüche - so meint das Berufungsgericht - beruhe auf einem doppelten Verfahrensfehler des Landgerichts, der zur Aufhebung und Zurückverweisung gemäß § 539 ZPO führen müsse. Zum einen habe das Landgericht, das die Abtretungserklärungen für rückdatiert und wegen des bei ihrer Abgabe bestehenden Veräußerungsverbots (§ 106 Abs. 1 Satz 2 KO) für unwirksam erachtet habe, die aktenkundige, unstreitige und für das Urteil entscheidende Tatsache übersehen bzw. übergangen, daß das Veräußerungsverbot durch den Beschluß des Konkursgerichts vom 20. Juni 1996 aufgehoben und die Zession dadurch rückwirkend wirksam geworden sei. Zum anderen sei das Landgericht in fehlerhafter Anwendung des § 454 ZPO von einer Rückdatierung der Abtretungsurkunde ausgegangen, indem es die Aussage der dazu als Partei zu vernehmenden - seinerzeit in den USA weilenden - Geschäftsführerin der Klägerin als verweigert angesehen habe, obwohl diese sich zu den verschiedenen vom Landgericht bestimmten Terminen jeweils - zum Teil aus Gesundheitsgründen - für verhindert erklärt und um Terminsverlegung gebeten habe. Zudem habe sie in der Vorinstanz die Beweisfrage zuletzt schriftlich beantwortet und ein ärztliches Attest angekündigt, das sie in zweiter Instanz nachgereicht habe.

II. Die Revision rügt zu Recht, daß die vom Berufungsgericht ausgesprochene Zurückverweisung der Sache, durch die die Beklagte beschwert ist (vgl. z.B. BGH, Urt. v. 5. November 1997 - XII ZR 290/95, NJW 1998, 613 f.), in § 539 ZPO keine Grundlage findet.

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die Voraussetzungen des § 539 ZPO, der eine Ausnahme von der Verpflichtung des Berufungsgerichts zu erneuter vollständiger Verhandlung und Entscheidung der Sache (§ 537 ZPO) statuiert, vom Berufungsgericht anhand eines strengen Maßstabes zu prüfen (vgl. BGH, Urt. v. 3. November 1992 - VI ZR 361/91, NJW 1993, 538 m.w.N.). Ein Fehler im Sinne des § 539 ZPO ist nur dann gegeben, wenn das Verfahren des ersten Rechtszuges an einem so erheblichen Mangel leidet, daß es keine ordnungsgemäße Grundlage für eine instanzbeendende Entscheidung sein kann (Sen.Urt. v. 7. Juni 1993 - II ZR 141/92, NJW 1993, 2318 f.). Daraus folgt, daß es sich um einen eindeutigen Verfahrensfehler handeln muß. Ein Fehler in der Anwendung des materiellen Rechts genügt dafür ebensowenig wie eine verfahrensrechtliche Maßnahme, die sich (noch) im Rahmen des dem Tatrichter eingeräumten Ermessens hält (vgl. Senat aaO). Zwar kann es einen schweren Verfahrensfehler im Sinne des § 539 ZPO darstellen, wenn das erstinstanzliche Gericht den Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör dadurch verletzt, daß es den Kern ihres Vorbringens verkennt und daher eine entscheidungserhebliche Frage verfehlt. Das ist hingegen nicht der Fall, wenn es die sachlich-rechtliche Relevanz eines Parteivorbringens verkennt und ihm deshalb keine Bedeutung beimißt (vgl. BGH, Urt. v. 3. November 1992 aaO; v. 19. März 1998 - VII ZR 116/97, NJW 1998, 1053). Ob ein Verfahrensfehler vorliegt, ist allein aufgrund des materiell-rechtlichen Standpunkts des Erstrichters zu beantworten, und zwar auch dann, wenn dieser Standpunkt verfehlt ist und das Berufungsgericht ihn nicht teilt (Senat aaO, m.w.N.).

2. Nach diesen Grundsätzen ist ein wesentlicher Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens (§ 539 ZPO) hier nicht ersichtlich.

a) Im Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils ist ausdrücklich festgestellt, der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH sei durch Beschluß des Amtsgerichts W. (2 N 71/95) - nach vorangegangener Sequestrationsanordnung vom 18. Dezember 1995 - mangels Masse abgewiesen worden. Daß damit auch die Aufhebung der gemäß § 106 KO getroffenen Sicherungsmaßnahmen einherging, versteht sich von selbst (vgl. Kuhn/Uhlenbruck, KO 11. Aufl. § 107 Rdn. 31) und ergibt sich hier aus der von der Beklagten vorgelegten und vom Landgericht mit Aktenzeichen zitierten Beschluskopie. Ob dadurch die nach der Beweiswürdigung des Landgerichts während der Dauer des Veräußerungsverbots vereinbarte Zession der Gesellschaftsforderungen wirksam geworden ist, wie das Berufungsgericht meint, ist eine materiell-rechtliche Frage, deren Verkennung durch das Landgericht keinen Verfahrensfehler darstellt.

Infolgedessen ist hier nicht über die von der Revision vorsorglich zur Überprüfung des Senates gestellten Rechtsfragen zu entscheiden, ob die gegen ein Veräußerungsverbot gemäß § 106 Abs. 1 Satz 3 KO bei gleichzeitiger Sequestration verstoßende Verfügung entsprechend § 7 KO zu behandeln ist (vgl. Gerhardt, ZIP 1982, 1 ff. ; offengelassen in BGHZ 135, 140, 143; 140, 54) und deshalb bei Aufhebung der Maßnahmen nur mit Wirkung ex nunc wirksam werden kann (vgl. Jaeger/Henckel, KO 9. Aufl. § 7 Rdn. 29; Kuhn/Uhlenbruck aaO, § 7 Rdn. 7; Eickmann in: Heidelberger Kommentar zur InsO, § 81 Rdn. 9), oder ob es sich um ein relatives Veräußerungsverbot i.S.v. §§ 135 f. BGB zugunsten der späteren Konkursgläubiger handelt, dessen endgültige Wirkung

erst eintritt, wenn es zur Konkursöffnung kommt (so die h.M.; vgl. die Nachw. bei Kuhn/Uhlenbruck aaO, § 106 Rdn. 4). Da es hier nicht zur Konkursöffnung kam, ist die Abtretung seitens der GmbH nach beiden Auffassungen spätestens mit Aufhebung der Sicherungsmaßnahmen wirksam geworden. Auf das Vermögen der KG bezog sich das Veräußerungsverbot ohnehin nicht.

b) Ebenso wenig liegt ein die Zurückverweisung gemäß § 539 ZPO tragender Mangel des erstinstanzlichen Verfahrens darin, daß das Landgericht die nach seiner Ansicht entscheidungserhebliche, unter den Parteien streitige Rückdatierung der Abtretungserklärung bzw. deren Vornahme in der Zeit des Veräußerungsverbots in Anwendung der §§ 454 Abs. 1, 446 ZPO für erwiesen erachtet hat. Gemäß § 454 ZPO entscheidet der Tatrichter unter Berücksichtigung aller Umstände "nach freiem Ermessen", ob die Aussage einer im Vernehmungstermin ausgebliebenen Partei als verweigert anzusehen ist. Das Berufungsgericht läßt schon nicht erkennen, daß es diesen Ermessensspielraum berücksichtigt hat. Im übrigen ist dessen Überschreitung hier auch nicht ersichtlich. Das Landgericht hat die Geschäftsführerin der Klägerin in der Zeit vom Juni 1997 bis Februar 1998 zu insgesamt vier Terminen geladen. Sie hat sich nicht etwa generell wegen ihres Auslandsaufenthalts, sondern jeweils nur von Fall zu Fall mit Hinweis auf Geschäftsreisen oder gesundheitliche Gründe für verhindert erklärt. Selbst auf die Mitteilung des Landgerichts, es werde bei erneutem Ausbleiben im letzten Termin vom 2. Februar 1998 gemäß § 454 ZPO verfahren, hat sie mit Telefax vom 1. Februar 1998 lediglich ein ärztliches Attest angekündigt, dessen spätere Vorlegung in zweiter Instanz das Landgericht nicht vorhersehen mußte. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts mußte sich das Landgericht auch mit der schriftlichen Beantwortung der Beweisfrage nicht begnügen. § 454 Abs. 1 ZPO stellt auf das "Ausbleiben" der

Partei im Termin ab, weil es für die Parteivernehmung in besonderem Maße eines persönlichen Eindrucks des Gerichts bedarf. Eine schriftliche Stellungnahme gemäß § 377 Abs. 3 ZPO ist in § 451 ZPO nicht vorgesehen.

3. Die angefochtene Entscheidung gemäß § 539 ZPO kann daher nicht bestehen bleiben. Eine abschließende revisionsgerichtliche Entscheidung kommt bei einer kassatorischen Entscheidung des Berufungsgerichts nur ausnahmsweise dann in Betracht, wenn bereits feststeht, daß das Berufungsgericht im Falle einer Zurückverweisung nicht zu einem anderen Ergebnis gelangen könnte (vgl. BGH, Urt. v. 22. Januar 1997 - VIII ZR 339/95, WM 1997, 1713, 1716). Das ist hier nicht der Fall.

Die Sache ist daher insoweit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

#### **B. Zur Widerklage:**

I. Das Berufungsgericht hat gemeint, die Beklagte habe in Anbetracht des Fehlens eines schriftlichen Darlehensvertrags schon nicht hinreichend dargetan und unter Beweis gestellt, daß sie der GmbH mit ihrer Zahlung von 50.000,-- DM am 7. Dezember 1989 ein Darlehen gewährt habe. Vielmehr sei davon auszugehen, daß die Beklagte die Zahlung auf den von ihr übernommenen Anteil von 50.000,-- DM des erhöhten Kapitals gemäß notariellem Kapitalerhöhungsbeschluß vom 28. November 1989 geleistet habe. Darauf deute auch eine Rangrücktrittserklärung der Beklagten vom 28. Februar 1990 hin. Die Bilanzierung als Darlehen ändere an der wahren Rechtsnatur der Zuwendung nichts. Die fragliche Haftung der Klägerin aus Vermögensübernahme

(§ 419 BGB) könne daher dahinstehen. Auch einen Erstattungsanspruch gegenüber dem Widerbeklagten zu 2 aus dem Treuhandverhältnis habe die Beklagte nicht schlüssig dargelegt, weil sie mit der Übernahme des neuen Geschäftsanteils auf eigene Rechnung gehandelt habe, nachdem der Beklagte es nach ihrem Vortrag abgelehnt habe, der GmbH die 50.000,-- DM zur Verfügung zu stellen.

II. Das hält den Angriffen der Revision ebenfalls nicht stand.

1. Zu Recht rügt die Revision, das Berufungsgericht sei verfahrensfehlerhaft von einem Vollzug der Kapitalerhöhung auf 200.000,-- DM ausgegangen, den keine der Parteien behauptet habe. Das Berufungsgericht hat zwar unter Bezugnahme auf die von der Beklagten vorgelegte, notariell beglaubigte Anmeldungsurkunde vom 28. November 1989 tatbestandlich (§ 314 ZPO) festgestellt, die Kapitalerhöhung sei zum Handelsregister angemeldet worden. Vollzogen wird diese aber erst mit Eintragung (§§ 54 Abs. 3, 57 GmbHG). Bis dahin können der Kapitalerhöhungsbeschluß jederzeit aufgehoben und der Eintragungsantrag zurückgezogen werden (vgl. Senat BGHZ 140, 258, 260).

2. Zu Recht rügt die Revision weiter, das Berufungsgericht habe die Anforderungen an die Darlegungslast der Beklagten zu dem Darlehenscharakter der Zuwendung überspannt (§ 138 ZPO). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt für die Schlüssigkeit der Vortrag von Tatsachen, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nur im Fall ihrer Relevanz für die Rechtsfolgen erforderlich.

Die Beklagte hat vorgetragen, sie habe den Betrag als Darlehen einbezahlt, weil die Hausbank der GmbH im Dezember 1998 eine Erweiterung des Kreditrahmens der GmbH von einem Gesellschafterzuschuß abhängig gemacht habe. Der Widerbeklagte zu 2 habe sich dazu zwar nicht bereit erklärt, er habe an diesem Gespräch aber teilgenommen und einer Darlehensgewährung zugestimmt. Zum Beweis dafür hat die Beklagte zwei Mitarbeiter der Bank als Zeugen benannt und die Parteivernehmung des Beklagten zu 2 beantragt. Weiter

hat sie ihre Mutter als Zeugin dafür benannt, daß diese ihr den Betrag zu dem verabredeten Zweck einer Darlehensgewährung an die GmbH zur Verfügung gestellt habe. Außerdem hat die Beklagte auf die Bilanzierung als Darlehen verwiesen.

Dieser Vortrag ist schlüssig. Das Fehlen eines schriftlichen Darlehensvertrages steht dem nicht entgegen, sondern hätte erst nach Ausschöpfen der angetretenen Beweise ergänzend verwertet werden dürfen. Unverständlich ist im übrigen der Hinweis des Berufungsgerichts auf die Rangrücktrittserklärung der Beklagten vom 28. Februar 1990, weil diese gerade für das behauptete Darlehen spricht.

3. Schlüssig dargelegt ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch der Anspruch gegen den Widerbeklagten zu 2. Nach Ziff. 9 des vorgelegten Treuhandvertrages hat der Treugeber der Treuhänderin alle in seinem Interesse gemachten Aufwendungen zu ersetzen. Soweit das Berufungsgericht darauf abstellt, daß der Widerbeklagte zu 2 eine liquiditätserhöhende Zahlung aus eigenen Mitteln abgelehnt habe, verkürzt es den Vortrag der Beklagten, wonach der Widerbeklagte zu 2 bei dem Gespräch mit der Bank sich damit einverstanden erklärt habe, daß die Beklagte "in die Bresche sprang", um die wirtschaftliche Stabilität der GmbH nicht zu gefährden. Nach diesem Vortrag durfte die Beklagte das Verhalten des Widerbeklagten zu 2 auf der Grundlage des Treuhandvertrages durchaus so verstehen, daß sie das Darlehen auch in seinem Interesse und Auftrag gewähren solle. Ob dies hier so war, ist erst nach Ausschöpfung der Beweise durch den Tatrichter abschließend zu beurteilen.

4. Zur etwaigen Haftung der Klägerin aus Vermögensübernahme gemäß § 419 BGB i.d.F. bis zum 31. Dezember 1998 (Art. 223 a EGBGB) wegen des Erwerbs der Schadensersatzforderungen der GmbH und der KG gegen die Beklagte hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus konsequent - keine Feststellungen getroffen. Das wird nachzuholen sein.

Röhricht

Hesselberger

Goette

Kurzwelly

Kraemer