

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

II ZR 233/79

VERSÄUMNIS- URTEIL

Verkündet am
7. Juli 1980
Spengler,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Rechtsanwalts Dr. Michael G., An der F.,
K., als Konkursverwalter in dem Konkursverfahren
U. Immobilien Verkaufs-GmbH & Co. KG,

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. -

gegen

Herrn Hans-Jürgen Kr., Ka. Straße, K.,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. &
H., K. -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. Juli 1980 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Bauer, Dr. Kellermann, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 17. September 1979 aufgehoben.

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

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger ist Verwalter in dem am 18. November 1974 eröffneten Konkurs über das Vermögen der U. Immobilien-Verkaufs-Gesellschaft mbH & Co. KG. Der Beklagte war Kommanditist der Gemeinschuldnerin mit einer Einlage von 50.000 DM und der maßgebliche Gesellschafter. Nachdem er seinen Kommanditanteil veräußert hatte, wurde sein Ausscheiden aus der Gesellschaft am 16. September 1974 ins Handelsregister eingetragen.

- 3 -

Der Kläger hat geltend gemacht, die Gemeinschuldnerin habe letztmals 1971 einen Gewinn erzielt. 1972 habe der Verlust 117.653,48 DM und 1973 566.333,41 DM betragen. Am 31. April 1974 sei die Gemeinschuldnerin mit 1.787.106,92 DM überschuldet gewesen. Der Beklagte müsse deshalb den noch ausstehenden Teil seiner Kommanditeinlage in Höhe von 14.326,36 DM an den Kläger bezahlen. Ferner habe der Beklagte 1974 unberechtigt Beträge von 6.956 DM und 20.121 DM entnommen, die er wieder zurückzahlen müsse.

Der Kläger hat beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 41.403,36 DM nebst Zinsen an den Kläger zu bezahlen.

Durch Verfügung vom 7. September 1978 bestimmte der Zivilkammervorsitzende frühen ersten Termin zur mündlichen Verhandlung auf 5. Dezember 1978 und setzte gleichzeitig dem Beklagten "zur Klagerwiderung und zur Äußerung gemäß § 271 Abs. 3 ZPO eine Frist von vier Wochen seit Zustellung (mit Belehrung gemäß §. 277 Abs. 2, 296 ZPO)". Die Ladung mit Fristsetzung und angeordneter Belehrung ist dem Beklagten laut Postzustellungsurkunde am 22. September 1978 zugestellt worden. Mit Schriftsatz vom 26. September 1978, beim Landgericht eingegangen am 29. September 1978, bestellten sich die erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten des Beklagten. Sie kündigten den Antrag auf Abweisung der Klage an, rügten, daß der Klageabschrift die aufgeführten Urkunden nicht beigelegt hätten und vertraten die Ansicht, die Klage sei nicht schlüssig. Nachdem ihnen am 10. Oktober 1978 die Unterlagen zugegangen waren, beantragten die Prozeßbevollmächtigten des Beklagten mit Rücksicht auf eine Geschäftsreise des Sachbearbeiters, ihnen bis Anfang November 1978 Gelegenheit zu geben, auf die Klage zu erwidern. Aufgrund



einer gerichtlichen Verfügung vom 23. Oktober 1978 wurde ihnen mitgeteilt, daß "der Einreichung der Klag-erwidernng bis zum 10. November 1978 entgegengesehen" werde. Am 10. November 1978 haben die Anwälte des Beklagten mitgeteilt, sie bemühten sich zur Zeit um Einsicht in die Konkursakten und würden "kurzfristig klagerwidernd Stellung nehmen". Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 5. Dezember 1978 übergab der Prozeßbevollmächtigte des Beklagten einen Schriftsatz von diesem Tage. Darin ist unter anderem ausgeführt, der Beklagte rechne hilfsweise gegen die Klageforderung mit eigenen und abgetretenen Ansprüchen gegen die Gemeinschuldnerin auf. Der Kläger hat sich in der mündlichen Verhandlung dazu nicht geäußert.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Es hat sie für schlüssig gehalten und den Vortrag des Beklagten als verspätet zurückgewiesen. Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht das Urteil des Landgerichts aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an dieses Gericht zurückverwiesen. Mit der Revision erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Da der Beklagte im Revisionsverfahren nicht durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war, hat der Kläger Entscheidung durch Versäumnisurteil beantragt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist begründet.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, das Landgericht habe das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 5. Dezember 1978 nicht gemäß § 296 Abs. 1 ZPO zurück-

weisen dürfen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts reiche es nicht aus, wenn die Verzögerung darin liege, daß bei Berücksichtigung des Vorbringens nicht sofort abschließend entschieden werden könne. Eine Verzögerung, die es rechtfertige, ein Parteivorbringen nicht zuzulassen, sei vielmehr nur anzunehmen, wenn der Rechtsstreit bei rechtzeitigem Vorbringen und pflichtmäßiger Ausschöpfung der prozessualen Beschleunigungsmöglichkeiten früher erledigt worden wäre. Dies wäre hier nicht der Fall gewesen. Bei einem Vergleich des Verlaufs, den das Verfahren bei rechtzeitigem Vortrag genommen hätte und dem wirklichen Ablauf ergebe sich kein Unterschied. Das Landgericht hätte den Rechtsstreit im Termin vom 5. Dezember 1978 auch bei rechtzeitigem Vorbringen des Beklagten nicht abschließend entscheiden können. Dies greift die Revision mit Erfolg an.

II. Gemäß § 296 Abs. 1 ZPO sind Angriffs- und Verteidigungsmittel, die erst nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist vorgebracht werden, nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verzögerung genügend entschuldigt. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts wäre der Rechtsstreits verzögert worden, wenn das Landgericht das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 5. Dezember 1978 berücksichtigt hätte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kommt es für die Feststellung der Verzögerung der Erledigung eines Rechtsstreits darauf an, ob dieser bei Zulassung des verspäteten Vorbringens länger dauern würde als bei dessen Zurückweisung (vgl. die nach dem Berufungsurteil ergangenen Entscheidungen BGHZ 75, 138; Urt. v. 31. 1. 80 - VII ZR 96/79, NJW 1980, 945 m. Anm. v. E. Schneider und das zur Veröffentl. im Nachschlagewerk bestimmte Urt. v. 17. 4. 79 - VII ZR 114/79). Folgt man

dieser Ansicht, dann wäre der Rechtsstreit bei Berücksichtigung des Vortrags des Beklagten deshalb verzögert worden, weil das Landgericht im Termin vom 5. Dezember 1978 zunächst dem Kläger ein Schriftsatzrecht gemäß § 283 ZPO hätte einräumen und einen Verkündungstermin bestimmen müssen, in dem es allenfalls einen Beweisbeschluß hätte erlassen können, während von seinem Standpunkt aus der Rechtsstreit ohne das Vorbringen des Beklagten zur Entscheidung reif war.

Das Landgericht hätte aber auch dann zu keinem anderen Ergebnis kommen können, wenn es sich den Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts zu eigen gemacht hätte. Dann hätte es vergleichen müssen, ob der Rechtsstreit bei Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens länger gedauert hätte als in dem zu unterstellenden Fall, daß dasselbe Vorbringen rechtzeitig vorgetragen worden wäre und die Zivilkammer alle notwendigen Maßnahmen zur alsbaldigen Erledigung des Prozesses getroffen hätte:

Wäre der Schriftsatz des Beklagten spätestens mit Ablauf der Frist zur Klageerwidern am 10. November 1978 eingereicht worden, kann davon ausgegangen werden, daß sich der Kläger dazu innerhalb einer Woche geäußert hätte. Dies kann man daraus entnehmen, daß er nach dem Termin vom 5. Dezember 1978 am 12. Dezember einen Schriftsatz eingereicht hat, in dem er zwar in erster Linie zur Verspätung des Vorbringens des Beklagten Stellung nahm, unter anderem aber auch die zur Aufrechnung gestellten Forderungen bestritten hat. Das Landgericht hätte sodann durch vorbereitende Maßnahmen gemäß § 273 ZPO die mündliche Verhandlung vom 5. Dezember 1978 noch so vorbereiten können, daß danach eine abschließende Entscheidung des Rechtsstreits möglich gewesen wäre. Da nach Ansicht

des Landgerichts die Klage schlüssig begründet war und der Beklagte den Klageanspruch nicht substantiiert bestritten hatte, kam es für die Entscheidung des Rechtsstreits lediglich darauf an, ob der Beklagte gegen die Klagforderung mit den geltend gemachten Gegenforderungen aufrechnen konnte und gegebenenfalls, ob diese begründet waren.

Der Kläger macht gegen den Beklagten einen Hafteinlageanspruch gemäß § 171 Abs. 2 HGB geltend. Dies ist hinsichtlich des Betrages von 14.326,36 DM offensichtlich, gilt aber auch für die weiteren Beträge von 6.956 DM und 20.121 DM. Nach der Behauptung des Klägers hat der Beklagte diese Beträge im Jahre 1974 entnommen, obwohl sein Kapitalkonto am 31. Dezember 1973 einen Verlust von 283.370,54 DM aufgewiesen hat. Gemäß § 172 Abs. 4 HGB gilt die Einlage des Beklagten auch insoweit den Gläubigern gegenüber als nicht geleistet. Deswegen kann der Konkursverwalter auch diese Beträge gemäß § 171 Abs. 2 HGB geltend machen.

Gegen diesen Anspruch rechnet der Beklagte mit einer angeblich eigenen Forderung gegen die Gemeinschuldnerin auf. Er hat dazu unter Vorlage einer Vertragsurkunde vom 16. März 1973 vorgetragen, er habe mit der Gemeinschuldnerin einen Beratervertrag abgeschlossen gehabt. Danach habe er Anspruch auf ein monatliches Beraterhonorar von 7.000 DM zuzüglich 11 % Mehrwertsteuer. Seine Forderung betrage von Juli 1974 bis Januar 1975 54.390 DM. Da der Vertrag nicht gekündigt worden sei, stehe ihm auch für die folgende Zeit bis April 1976 eine weitere Honorarforderung von 112.000 DM zuzüglich Mehrwertsteuer zu.

Gegen eine Aufrechnung mit dieser Forderung bestehen insoweit keine rechtlichen Bedenken, als sie vor dem Aus-

4

scheiden des Beklagten aus der Kommanditgesellschaft entstanden sein soll. Im Urteil BGHZ 58, 72 hat der Senat die Aufrechnung mit einer eigenen Forderung des Kommanditisten gegen den Haftenlageanspruch zugelassen, obwohl der Kommanditist hinsichtlich seiner Haftung außerhalb des Gesellschaftskonkurses nicht Schuldner der Gesellschaft, sondern Schuldner der Gesellschaftsgläubiger ist und es deshalb zweifelhaft ist, ob eine Aufrechnungslage besteht (§§ 387 ff BGB, 53 ff KO). In diesem Falle gehörte der Kommanditist der Gesellschaft allerdings bis zum Konkurs noch an, während er hier schon vorher ausgeschieden ist und deshalb nur den bis zu seinem Ausscheiden vorhandenen (Alt-)Gläubigern haftet. Der vor dem Gesellschaftskonkurs ausgeschiedene Kommanditist kann aber hinsichtlich der Aufrechnung mit Forderungen, die er unmittelbar gegen die Gesellschaft erworben hat, als er ihr noch angehörte, nicht schlechter gestellt werden, denn auch er hätte sich insoweit schon von seiner Haftenlageschuld durch Aufrechnung befreien können. Der Vortrag des Beklagten wäre also jedenfalls zum Teil erheblich gewesen, ohne daß es im jetzigen Stadium des Verfahrens darauf ankommt, ob auch die Aufrechnung mit möglichen Beraterhonoraransprüchen aus der Zeit nach dem Ausscheiden des Beklagten rechtlich zulässig wäre. Für die weitere Behandlung des Rechtsstreits kam es deshalb auf die Erwiderung des Klägers zu diesem Vorbringen des Beklagten an. Der Kläger hat im Schriftsatz vom 12. Dezember 1978 ausgeführt, es habe sich um einen "Proformavertrag" gehandelt, der nicht wirksam geworden sei. Die Gesellschaft sei auf den Gebieten, auf denen der Beklagte sie habe beraten sollen, bereits anderweitig ausreichend beraten worden. Außerdem habe der Beklagte, falls er überhaupt jemals eine Beratungstätigkeit ausgeübt habe, diese spätestens im Frühjahr 1974 eingestellt. Auch aus diesem Grunde könne er die Tätigkeits-

vergütung nicht beanspruchen. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht hat der Kläger für seine Behauptungen Beweis angeboten mit dem Zeugnis der Kommanditisten Gerhardt und Schumacher, die auch schon der Beklagte benannt hatte. Diese Zeugen hätte das Landgericht gemäß § 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO zur mündlichen Verhandlung am 5. Dezember 1978 laden können und müssen. Auch wenn der Kläger die Beweislast dafür trüge, daß der Vertrag nicht wirksam zustande gekommen ist, kann entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht angenommen werden, dieser hätte sich bei rechtzeitigem Vorbringen des Beklagten in seiner Erwiderung nicht auf diese Zeugen berufen. Dies kann nicht aus dem Schriftsatz des Klägers vom 12. Dezember 1978 geschlossen werden, der diese Beweisantritte allerdings nicht enthielt. Denn es ist zu berücksichtigen, daß der Kläger damals davon ausgehen konnte, das Landgericht werde den Vortrag des Beklagten nicht zulassen, da es ihm selbst kein Schriftsatzrecht eingeräumt hatte. Bei der hier vorgenommenen hypothetischen Betrachtung ist daher davon auszugehen, daß der Kläger sich sachgerecht verhalten und das nach der Prozeßlage Erforderliche vorgetragen hätte. Die Zeugen hätten auch geladen werden müssen, denn der Streitstoff wäre begrenzt und die Beweisaufnahme nicht umfangreich gewesen; sie hätte daher in der anberaumten Verhandlung durchgeführt werden können. Danach wäre der Rechtsstreit aller Voraussicht nach entscheidungsreif gewesen, denn auf die Aufrechnung mit den weiteren Gegenforderungen aus abgetretenem Recht wäre es nicht angekommen.

Nach dem Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 5. Dezember 1978 in Verbindung mit den dazu vorgelegten Urkunden hätte das Landgericht davon ausgehen müssen, daß diese Forderungen dem Beklagten erst nach

Konkurseröffnung abgetreten worden sein konnten, denn aus den Schreiben an das Konkursgericht vom 5. und 30. Januar 1975 (GA 68/69, 70, 71) ergibt sich, daß die Zedenten die angeblich abgetretenen Forderungen noch im eigenen Namen zum Konkursverfahren angemeldet hatten. Aus dem Vorbringen des Beklagten selbst ging somit hervor, daß seine Aufrechnung mit diesen Forderungen gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 2 KO nicht zulässig war. Das Landgericht brauchte also hinsichtlich dieses Streitpunktes keine vorbereitenden Maßnahmen für den Termin vom 5. Dezember 1978 treffen, insbesondere also keine weiteren Zeugen dafür laden. Die erst in der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht vorgelegte Urkunde, nach deren Inhalt eine der beiden zur Aufrechnung gestellten Forderungen bereits am 10. April 1974 an den Beklagten abgetreten worden ist, hätte das Landgericht nicht mehr berücksichtigen dürfen, wenn sie im Termin vom 5. Dezember 1978 vorgelegt worden wäre.

Nach alldem kann das angefochtene Urteil mit der Begründung des Berufungsgerichts nicht aufrechterhalten werden.

III. Da der Rechtsstreit verzögert worden wäre, wenn das Landgericht den Schriftsatz des Beklagten vom 5. Dezember 1978 berücksichtigt hätte, hängt die Nichtzulassung weiter davon ab, ob die für eine wirksame Fristsetzung nach § 275 Abs. 1 ZPO notwendigen Förmlichkeiten eingehalten worden sind. Dazu gehört unter anderem, daß der betroffenen Partei eine beglaubigte Abschrift der richterlichen Verfügung, durch welche die Frist bestimmt wird, zugestellt wird (§§ 329 Abs. 1 Satz 2, 317 Abs. 3, 170 Abs. 1 ZPO). Eine bloße Mitteilung der Geschäftsstelle kann eine der in § 269 Abs. 1 ZPO genannten Fristen nicht in Lauf setzen

(vgl. BGHZ, Urt. v. 13. 3. 80 - VII ZR 147/79, NJW 1980, 1167). Hingegen brauchte die gerichtliche Verfügung vom 23. Oktober 1978 über die Verlängerung der Äußerungsfrist bis 10. November 1978 nicht zugestellt zu werden, weil sie keine Frist in Lauf setzte (§ 329 Abs. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat keine Feststellung dazu getroffen, ob die Verfügung des Vorsitzenden vom 7. September 1978 dem Beklagten in beglaubigter Abschrift zugestellt worden ist. Aus den Akten ergibt sich dazu nichts. In der Verfügung ist der Geschäftsstelle indessen keine diesbezügliche Weisung erteilt worden. Daher muß die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden, damit dieses die notwendigen Feststellungen trifft.

Sollte das Berufungsgericht nach erneuter Prüfung der Ansicht sein, daß die Fristsetzung wirksam war und das Landgericht ohne Rechtsfehler eine genügende Entschuldigung nicht anerkannt hat, ist der Beklagte mit seinem Vorbringen gemäß § 528 Abs. 3 ZPO auch in der Berufungsinstanz ausgeschlossen (vgl. zur Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift BGH, Urt. v. 31. 1. 80 - VII ZR 96/79, NJW 1980, 945; v. 13. 2. 80 - VIII ZR 61/79, NJW 1980, 1102).

Da der Beklagte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht vertreten war, war auf den Antrag des Klägers über die Revision durch Versäumnisurteil zu entscheiden.

Stempel

Dr. Bauer

Dr. Kellermann

Bundschuh

Dr. Skibbe