

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VERSÄUMNIS - URTEIL

II ZR 239/79

in dem Rechtsstreit

Verkündet am
22. September 1980
Kaufmann,
Justizhauptsekretärin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

- 1.
- 2.

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

Frau Leni Luise B[REDACTED], Bo[REDACTED]weg 7, L[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte
II. Instanz:

Rechtsanwälte Dr. [REDACTED], [REDACTED],
[REDACTED] und Dr. [REDACTED], 2[REDACTED] [REDACTED],
F[REDACTED]/M[REDACTED] -

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. September 1980 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Stimpel und die Richter Dr. Schulze, Dr. Bauer, Bundschuh und Dr. Skibbe

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Frankfurt am Main vom 2. Oktober 1979 aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die klagenden Eheleute haben gegen die Beklagte Vollstreckungsabwehrklage erhoben. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger betrieb auf seinem Bauernhof eine Kälbermästerei. Er stand in Geschäftsbeziehungen mit der W. GmbH & Co. KG (W.), die ihm Futtermittel und auch Tiere lieferte. Hieraus entstanden dem Kläger im Lauf der Zeit hohe Schulden. Die Klägerin hat die Schulden ihres Ehemannes mit übernommen. Im Jahre 1972 machte W. gegen

die jetzigen Kläger Ansprüche aus Wechseln über zusammen 400.000 DM gerichtlich geltend. Gegen sie ergingen in den Verfahren 6 O 55/72, 6 O 60/72 und 4 O 230/72 des Landgerichts Gießen Zahlungsurteile über 100.000 DM, 250.000 DM und 50.000 DM.

Durch einen sogenannten Partnerschaftsvertrag vom 29. September 1972 zwischen W■■■■ und den Klägern über die Mast von Kälbern sollten ihre Beziehungen auf eine neue Grundlage gestellt werden. Nach dem Vertrag hatten die Kläger ihnen von der W■■■■ gelieferte und deren Eigentum bleibende Kälber unter Verwendung von Futter, das ebenfalls die W■■■■ lieferte, zu mästen; Wepex garantierte den Klägern einen Bruttogewinn von 50 DM je ausgemästetem Kalb. Zum Partnerschaftsvertrag wurden mehrere Ergänzungsvereinbarungen getroffen. Die Kläger ließen aufgrund dieses Vertragswerks die von W■■■■ gegen sie erwirkten Urteile rechtskräftig werden. In den Rechtsstreitigkeiten 6 O 55/72 und 6 O 60/72 hatten sie demgemäß im gerichtlichen Vergleich vom 26. Juni 1973 ausdrücklich darauf verzichtet, ihre Einsprüche weiterzuverfolgen; W■■■■ sagte in dem Vergleich zu, in Vollstreckung der Titel lediglich beim Zwangsversteigerungsgericht die Anträge zu stellen, die notwendig sein würden, um ihre Rangrechte zu wahren. Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 1. Februar 1974 kündigte W■■■■ den Partnerschaftsvertrag fristlos. Sie warf den Klägern unter anderem unsachgemäße Haltung der zur Mast eingestellten Kälber, Vernachlässigung der Berichtspflicht gegenüber W■■■■ sowie das Fehlen der zur Kennzeichnung des Eigentums an den Kälbern verwendeten Ohrmarken vor. Die Berechtigung dieser Vorwürfe und die Rechtsfolgen aus der jedenfalls tatsächlich eingetretenen Beendigung des Partnerschaftsverhältnisses waren zwischen den Klägern und W■■■■, die 1975 in Konkurs fiel, streitig.



Die Beklagte hat die titulierten Forderungen erworben. Die Kläger sind der Ansicht, daß ihr keine Ansprüche zustehen, weil W. deren Tilgung vereitelt habe. Sie haben Klage erhoben mit dem Antrag, die Zwangsvollstreckung aus den Urteilen des Landgerichts Gießen vom 12. Dezember 1972 - 6 O 55/72 - und vom 24. April 1972 - 4 O 96/72 = 4 O 230/72 - für unzulässig zu erklären. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Kläger, mit der sie die Klage auch auf das Urteil vom 12. Dezember 1972 - 6 O 60/72 - erstreckten, blieb erfolglos. Mit ihrer Revision verfolgen sie die Klage weiter. Die Beklagte war in der mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Senat nicht vertreten.

Entscheidungsgründe:

Die Revision, über die durch Versäumnisurteil zu entscheiden ist, führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Das Berufungsgericht geht davon aus, daß es für die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung entscheidend darauf ankomme, ob der Partnerschaftsvertrag vom 29. September 1972 oder der auf ihm beruhende gerichtliche Vergleich vom 26. Juni 1973 ihr entgegenstehe. Das sei nicht der Fall, weil Wepex den Vertrag im Februar 1974 fristlos gekündigt habe. Damit sei die Verpflichtung, aus den Schuldtiteln nicht zu vollstrecken, entfallen. Den erst in der Berufungsinstanz substantiierten Vortrag der Kläger dazu, daß sie keinen Grund zur Kündigung gegeben hätten, hat das Oberlandesgericht nach § 528 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. Die Rüge der Revision, das angefochtene Urteil beruhe auf einer unzutreffenden Anwendung dieser Vorschrift, greift durch.

1. Der materiell-rechtliche Ausgangspunkt des Berufungsgerichts ist aus Rechtsgründen nicht zu be-
anstanden. Es nimmt an, W. habe sich verpflichtet, während
der Dauer des Partnerschaftsvertrags aus den Titeln nicht
zu vollstrecken. Eine derartige Vereinbarung zwischen
W. und den Klägern läßt sich aus dem Zusatzvertrag
zum Mastvertrag vom 29. September 1972 und dem gericht-
lichen Vergleich vom 26. Juni 1973 herleiten, die in Foto-
kopie bereits mit der Klage vorgelegt worden sind. Nach
dem Zusatzvertrag sind bei Durchführung des Vertrags "die
Schulden innerhalb von 5 Jahren getilgt"; hierzu sollte
unter anderem ein Teil der garantierten Gewinne der Kläger
von 50 DM je ausgemästetem Kalb verwendet werden. In dem
Vergleich (Ziff. 2), den die jetzigen Kläger und W.
zur Beendigung der Verfahren 6 O 55/72 und 6 O 60/72 ge-
schlossen haben, wird unter anderem der Zusatzvertrag
bestätigt und in Ziffer 4 eine Regelung getroffen, die
den Schluß nahelegt, daß während der Dauer des Partner-
schaftsvertrags nur bestimmte, hier nicht einschlägige
Zwangsvollstreckungsmaßnahmen der W. in Betracht kommen.
Dies gilt um so mehr, als die Kläger nach ihrer Behauptung
nur im Hinblick auf diese Schuldabwicklung ihre Einwendungen
in den Ausgangsverfahren nicht weiterverfolgt haben.

Freilich ist der Partnerschaftsvertrag (Ziff. 15)
"zunächst für die Dauer von 8 Mastperioden abgeschlossen"
worden, die jeweils ca. drei Monate betragen sollten;
Ziffer 16 sieht eine Verlängerungsklausel vor. Außerdem
ist die W. 1975 in Konkurs gefallen. Sieht man zunächst
von der umstrittenen Kündigung des Vertrages ab, so folgt
jedoch hieraus nach dem jetzigen Prozeßstand nicht, daß
sich die Kläger zu Unrecht auf eine von W. eingegangene
Verpflichtung berufen, die Vollstreckung aus den Titeln einst-

weilen zu unterlassen. Dem Zusatzvertrag kann nämlich möglicherweise entnommen werden, der Partnerschaftsvertrag habe eine feste Laufzeit von 5 Jahren haben sollen. Dann hätte er bis dahin nur aus wichtigem Grund gekündigt werden können, über dessen Vorliegen die Parteien gerade streiten. Entgegenstehende Feststellungen hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Es fehlt auch an einer tatsächlichen Klärung für die Beantwortung der Frage, ob der Partnerschaftsvertrag jedenfalls als Folge des Konkurses der W. sein Ende gefunden hat. Ist aber der Partnerschaftsvertrag nicht vorzeitig beendet worden - wovon für die Revisionsinstanz auszugehen ist -, sondern nur seine weitere Durchführung wegen des Vermögensverfalls von Wepex unterblieben, konnte es dieser und kann es jetzt der Beklagten als Zessionarin (§ 404 BGB) nach Sinn und Zweck der Vollstreckungsvereinbarung oder unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Vertragsverletzung verwehrt sein, geltend zu machen, der Partnerschaftsvertrag sei jedenfalls abgelaufen und stehe daher der Vollstreckung nicht mehr entgegen.

Da die Vollstreckungsabwehrklage bereits aus den zuvor behandelten Gründen schlüssig ist, spielt es beim gegenwärtigen Prozeßstand keine Rolle, ob die Kläger - wie sie ebenfalls vorbringen - gegen die Wepex auf Geld gerichtete Schadensersatzansprüche wegen unberechtigter fristloser Kündigung des Partnerschaftsvertrags sowie wegen anderer positiver Vertragsverletzungen erworben und mit diesen Ansprüchen wirksam gegen die titulierten Forderungen aufgerechnet haben. Gleiches gilt für den Vortrag der Kläger, W. habe zu ihren (der Kläger) Lasten den Veräußerungserlös für Kälber erhalten, die ihr nicht gehörten, und müsse sich dies - ebenso wie jetzt die Beklagte - als Leistung auf die titulierten Forderungen entgegenhalten lassen.

2. Auf die Kündigung des Partnerschaftsvertrags durch die W. hat das Berufungsgericht mit einer unzutreffenden Begründung die Abweisung der Klage gestützt. Das Landgericht hat die Gründe im Schreiben der W. für die fristlose Kündigung des Partnerschaftsvertrags zwar als streitig behandelt, jedoch vermißt, daß die Kläger substantiiert und unter Beweisantritt behauptet haben, W. sei zur Kündigung nicht berechtigt gewesen. Diese Verteidigung haben die Kläger in der Berufungsbegründung nachgeholt. Das Berufungsgericht hat jedoch das neue Vorbringen nicht zugelassen, denn die Kläger hätten im ersten Rechtszug ihre Pflicht zur Prozeßförderung (§ 282 ZPO) verletzt. Hierbei ließ es dahingestellt, "ob das Vorbringen in erster Instanz aus grober Nachlässigkeit unterblieben ist oder nur aus einfacher Nachlässigkeit, die nicht ohne weiteres die Unzulässigkeit nach sich zieht".

Das entspricht nicht § 528 Abs. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte. Wie schon der Wortlaut der Vorschrift ergibt, setzt die Nichtzulassung kumulativ sowohl Verzögerung als auch grobe Nachlässigkeit voraus (vgl. Thomas/Putzo, ZPO 10. Aufl. § 528 Anm. 5). Das entspricht auch Sinn und Zweck der Regelung. Denn hat der Verstoß gegen die Pflicht zur Prozeßförderung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert, fehlt es an einem sachlichen Grund dafür, das neue Vorbringen auszuschließen. Andererseits rechtfertigt nur grobe Nachlässigkeit, die hier jedenfalls nicht ohne weiteres ersichtlich ist, die einschneidende Folge der Nichtzulassung mit dem neuen Vorbringen. Aus § 528 Abs. 2 ZPO läßt sich aber nicht entnehmen, daß das

Vorbringen im Fall der Verzögerung schon dann nicht zuzulassen ist, wenn die Partei es im ersten Rechtszug aus einfacher Nachlässigkeit unterlassen hatte (vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO 38. Aufl. § 528 Anm. 3 B; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. § 528 Anm. 8). Soweit im Berufungsverfahren die Klage gegen das Versäumnisurteil aus dem Verfahren 6 O 60/72 erweitert worden ist, und das Berufungsgericht dies zugelassen hat, kommt noch folgendes hinzu: Hierbei hat es sich um einen neuen Angriff gehandelt; dazu können im ersten Rechtszug keine Angriffs- und Verteidigungsmittel unterblieben sein (vgl. sowohl für die Klageerweiterung wie auch die Klageänderung Zöllner/Schneider, ZPO 12. Aufl. § 528 IV 2, 4).

Das angefochtene Urteil muß nach alledem aufgehoben und die Sache zurückverwiesen werden, damit das Berufungsgericht die erforderlichen Feststellungen trifft.

Stempel

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Schulze kann
urlaubshalber
nicht unterschreiben
Stempel

Dr. Bauer

Bundschuh

Dr. Skibbe