

71
IV ZR. 293/54

V e r k ü n d e t am:

16. April 1955

Jodas, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

5.5 077

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Wilhelm S. [REDACTED] in L. [REDACTED],
H. [REDACTED]
2. dessen Ehefrau Helene S. [REDACTED] geb. S. [REDACTED],
daselbst,

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

die B. [REDACTED] V. [REDACTED], Filiale L. [REDACTED], gesetz-
lich vertreten durch die Direktoren:

1. Dr. Wilhelm B. [REDACTED]
 2. Kommerzienrat Dr. Ing. h. c. K. B. [REDACTED]
 3. Dr. Ludwig M. [REDACTED]
 4. Dr. Werner P. [REDACTED]
 5. Dr. Franz S. [REDACTED]
 6. Dr. Hans Christof F. [REDACTED]
- alle in M. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 16. April 1955 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Schmidt, der Bundesrichter Ascher, Johann-
sen, Dr. Kregel und Dr. v. Werner

für Recht erkannt:

Die Revision der Beklagten gegen das an
Verkündungsstatt der Klägerin am 5. Okto-
ber und den Beklagten am 4. Oktober 1954
zugestellte Urteil des 4. Zivilsenats des
Oberlandesgerichts in München mit dem Sitz
in Augsburg wird auf Kosten der Beklagten
zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat der Firma Wilhelm S. [REDACTED] GmbH in L. [REDACTED] beträchtliche Kredite eingeräumt. Für diese Kredite haben die Beklagten die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen, und zwar die Beklagte zu 2 am 31. März 1949 bis zum Betrage von 100 000,--DM, der Beklagte zu 1 am 13. Dezember 1949 bis zu einem Betrage von 190 000,--DM. Über das Vermögen der Gesellschaft wurde am 27. Mai 1953 das Anschlußkonkursverfahren eröffnet. In diesem hat die Klägerin eine Forderung von 314 094,26 DM angemeldet, ihre derzeitigen Ansprüche belaufen sich nach ihrer Darstellung auf etwa noch 290 000,--DM, die Klägerin rechnet mit einem Ausfall von ca 60 bis 80 000,--DM.

Die Klägerin nimmt die Beklagten als Gesamtschuldner aus der Bürgschaft in Anspruch. Sie hat zunächst bei dem Amtsgericht in Lindau am 4. Juli 1953 gegen die Beklagten einen Zahlungsbefehl über 25 000,--DM nebst 7 1/2 % Zinsen erwirkt. Gegen diesen haben die Beklagten Widerspruch erhoben ohne ihn zu begründen. Auf den Antrag der Klägerin hat sich das Amtsgericht in Lindau nunmehr für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das Landgericht in Lindau verwiesen. Dort wurde von dem Vorsitzenden der Zivilkammer zunächst ein Einzelrichter bestellt, der am 31. Juli 1953 Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 2. Oktober 1953 anberaumte. Die Ladung zu diesem Termin wurde den Beklagten am 1. August 1953 zugestellt. In dem Termin vom 2. Oktober 1953 beantragte der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten Klageabweisung und bat um Frist zur Klagerwiderung, da er das Mandat zur Vertretung der Beklagten erst am 30. September 1953 erhalten habe und zuvor Vergleichsverhandlungen zwischen

den Parteien geschweht hätten. Der Einzelrichter verwies die Sache an die vollbesetzte Kammer. Zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer wurde von dem Vorsitzenden Termin auf den 9. November 1953 anberaumt, die Ladung hierzu wurde dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten am 14. Oktober 1953 zugestellt. Gleichzeitig wurde den Beklagten durch Beschluß der Kammer vom 12. Oktober 1953, zugestellt am 14. ds.Mts., aufgegeben, Unterlagen über die angeblichen Vergleichsverhandlungen vorzulegen. Mit Schriftsatz vom 12. Oktober 1953 beantragten die Beklagten, indem sie sich gleichzeitig gegen den in der mündlichen Verhandlung vom 2. Oktober 1953 erhobenen Vorwurf der Absicht der Prozeßverschleppung verwahrten, die Sache an den Einzelrichter zurückzuverweisen. Unter dem 17. Oktober 1953 wurde den Beklagten auf richterliche Anordnung durch die Geschäftsstelle eröffnet, daß die Sache nicht an den Einzelrichter zurückverwiesen werde und daß es bei dem auf den 9. November 1953 anberaumten Termin verbleibe. Nunmehr erwiderten die Beklagten sachlich auf das Klagvorbringen in einem Schriftsatz vom 4. November 1953, der am nächsten Tage bei Gericht einging. Sie rügten, daß die Klägerin die Klagforderung nach Art und Höhe nur mangelhaft dargelegt habe und daß nicht feststehe, mit welchem Betrag sie im Konkurs ausfalle. Ferner wandten sie gegen das Klagebegehren ein, der Klägerin stehe gegen die Hauptschuldnerin keine Forderung zu, da die Gesamtheit der zwischen der Klägerin und der Gesellschaft abgeschlossenen Verträge wegen Knebelung durch Beraubung der wirtschaftlichen Freiheit und Selbständigkeit nichtig sei. Vorsorglich werde mit Schadensersatzforderungen im Gesamtbetrage von 245 000,--DM aufgerechnet, bezüglich deren eine nähere Begründung vorbehalten bleibe. Nachdem die Parteivertreter ihre Anträge verle-



sen und der Vertreter der Klägerin seinen Antrag auf 15 000,--DM ermäßigt hatte, wurden die Beklagten durch in dem Termin verkündetes Urteil zur Zahlung von 15 000,--DM nebst 7 1/2 % Zinsen seit dem 6. Juli 1953 verurteilt.

In den Entscheidungsgründen hat das Landgericht ausgeführt, daß die Beklagten ihre Einwendungen gegen das Klagbegehren aus grober Nachlässigkeit verspätet vorgebracht hätten, daß die Zulassung den Rechtsstreit verzögere und daß dieses Vorbringen gemäß den §§ 279 Abs 2, 272 und 283 ZPO zurückgewiesen werde.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten, die dieses Rechtsmittel auch damit begründet haben, § 279 ZPO hätte nicht angewendet werden dürfen, zurückgewiesen. Mit der Revision bitten die Beklagten, das Berufungsurteil aufzuheben und den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. In der mündlichen Verhandlung haben die Beklagten angeregt, von Amts wegen zu prüfen, ob das Gericht erster Instanz, das Landgericht Lindau, gesetzmäßig gebildet sei. Die Klägerin hat um Zurückweisung der Revision gebeten.

Entscheidungsgründe:

I. Die von der Revision in der mündlichen Verhandlung gegen die gesetzmäßige Bildung des Landgerichts in Lindau geäußerten Bedenken sind nicht gerechtfertigt.

1. Das Landgericht in Lindau ist durch die Verfügung der französischen Militärregierung vom 29. April 1946 ins Leben gerufen worden. Dies ergibt sich aus der Bekanntmachung der Landesdirektion für Justiz des ehemaligen Landes Württemberg-Hohenzollern vom 26. August

1946 über die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Tübingen für den Kreis Lindau (ABl für Württemberg-Hohenzollern S 227).

2. Seit dem 1. Juli 1952 ist der Bezirk des Kreises Lindau dem Oberlandesgericht in München zugeteilt (Bekanntmachung des Bayr. Staatsministeriums der Justiz vom 1. Juli 1952 [Bayr JMB1 S 1747]), seit der Errichtung des Senates des Oberlandesgerichts in München mit dem Sitz in Augsburg ist dieser Senat auch für Berufungen gegen erstinstanzliche Urteile des Landgerichts in Lindau zuständig (Bayr JMB1 1953, 6). Damit ist das Landgericht in Lindau ein Teil der Justizorganisation des Landes Bayern geworden, dessen Bestandteil der Kreis Lindau auch vorher gewesen ist (Schmoller-Maier-Tobler, Handbuch des Besatzungsrechts § 24a S 11). Es ist daher gesetzmäßig gebildet.

II. Nach § 529 Abs 2 Satz 1 und 2 ZPO sind Angriffs- und Verteidigungsmittel sowie Beweismittel und Beweisreden, die von einer Partei im ersten Rechtszug vorgebracht worden sind, die aber von dem Landgericht auf Grund der Vorschriften der §§ 279, 279a und 283 Abs 2 aaO zurückgewiesen wurden, vom Berufungsgericht nur zuzulassen, wenn das verspätete Vorbringen nach der freien Überzeugung des Gerichts im ersten Rechtszug weder auf der Absicht der Prozeßverschleppung noch auf grober Fahrlässigkeit der Partei beruht und seine Berücksichtigung den Rechtsstreit nicht verzögert. Andernfalls darf das Gericht dieses verspätete Vorbringen bei der Entscheidung über die Klage im Urteil nicht berücksichtigen, einer besonderen Zurückweisung durch Zwischenurteil oder eines besonderen Beschlusses, wie er in § 529 i.d.F. der Vereinfachungsverordnung vom 16. Mai 1942 vorgesehen

war, bedarf es nach § 529 in der jetzt geltenden Fassung nicht.

Das Berufungsgericht hat in dem angefochtenen Urteil eingehend untersucht, ob die Voraussetzungen des § 529 Abs 2 S 1 und 2 ZPO erfüllt seien und hat ihr Vorliegen bejaht. Die hiergegen von der Revision vorgebrachten Verfahrensrügen sind nicht begründet.

1. Die Revision meint zunächst, eine Zurückweisung habe insoweit überhaupt nicht erfolgen dürfen, als die Beklagten geltend gemacht hätten, die zwischen der Klägerin und der Hauptschuldnerin bzw. den Beklagten abgeschlossenen Verträge seien wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nichtig. Der Einwand der Sittenwidrigkeit sei von Amts wegen zu prüfen, ihm gegenüber greife der Einwand der Verzögerung überhaupt nicht Platz.

Diese Angriffe auf das Berufungsurteil leitet die Revision aus dem Urteil des Reichsgerichts in RGZ 151, 43 447 her. Dort handelt es sich darum, daß die beklagte Partei sich darauf berufen hatte, der der Klage zugrunde liegende Anspruch sei wegen Verstoßes gegen devisenrechtliche Vorschriften nichtig. Das Reichsgericht mißbilligt es, daß das Berufungsgericht Behauptungen der beklagten Partei, die sich auf die Anwendbarkeit solcher Vorschriften beziehen, zurückgewiesen habe. Dazu führt es aus, die Einhaltung der devisenrechtlichen Vorschriften sei in jeder Lage des Verfahrens, auch in der Revisionsinstanz, von Amts wegen zu beachten. Die zurückgewiesene Behauptung der Beklagten dürfe deshalb nur als Anregung zu dieser Prüfung angesehen werden. Für die Prüfung, ob devisenrechtliche Vorschriften eingehalten

worden seien, seien auch die von dem Tatrichter getroffenen Feststellungen nicht ohne weiteres maßgebend.

Diese Erwägungen beruhen auf den Eigentümlichkeiten der devisenrechtlichen Vorschriften. Sie sind öffentlich-rechtlich und beziehen sich nicht nur auf den rechtsgeschäftlichen Verkehr, sondern auch auf das gerichtliche Verfahren, das Geldansprüche zum Gegenstand hat, und die darin ergehenden Entscheidungen. Wie das Reichsgericht in einem weiteren, in dem erwähnten Urteil in Bezug genommenen Erkenntnis in RGZ 143, 312 328 ausführt, wäre ein Urteil, das den Schuldner ohne den Nachweis der erforderlichen devisenrechtlichen Genehmigung verurteilte, auf eine vom Gesetzgeber verbotene, rechtswidrige und rechtsunwirksame Leistung gerichtet. Es sei nicht zulässig, dem Gläubiger eine Leistung zuzusprechen, die verboten, strafbar und nichtig sei. Deshalb sei der Mangel der Genehmigung nicht erst in der Zwangsvollstreckung, sondern schon im Streitverfahren zu berücksichtigen. Wie diese Ausführungen zeigen, erfordert mit Rücksicht auf den Zweck der devisenrechtlichen Genehmigung nicht nur die Leistung, die nach dem ergehenden Urteil zu erbringen ist, sondern schon der Urteilsausspruch selbst das Vorhandensein der devisenrechtlichen Genehmigung. Die Erteilung der Genehmigung kann nicht offen bleiben. Sie ist nach Ansicht des Reichsgerichts eine von dem öffentlichen Recht erforderte Voraussetzung für den Erlaß des Urteils. Als Urteilsvoraussetzung muß die Erteilung der devisenrechtlichen Genehmigung bzw. die Notwendigkeit einer solchen von Amts wegen geprüft werden. Dieser Umstand rechtfertigt es, wenn das Reichsgericht ausgesprochen hat, die Notwendigkeit der Prüfung von Amts wegen schließe es aus, daß in dem Vorbringen von darauf bezüglichen Tatsachen mehr als eine bloße Anregung der Gerichtstätigkeit gesehen werde, die es ausschließe, in einem solchen Fall § 529 ZPO anzuwenden.

Diese Erwägungen können aber nicht auf den Fall übertragen werden, wenn es sich darum handelt, ob das Rechtsgeschäft, auf dem der mit der Klage geltend gemachte Anspruch hergeleitet wird, wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB nichtig ist. § 138 BGB ist eine Vorschrift des bürgerlichen Rechts. Das Gericht hat zwar auf Grund des Sachvorbringens der Parteien zu prüfen, ob diese Vorschrift den Klaganspruch rechtfertigt. Es ist nicht notwendig, daß der Beklagte im Wege der Einrede sich ausdrücklich auf diese Vorschrift bezieht. Der Richter hat sie auch anzuwenden, wenn sich aus dem Vorbringen des Klägers ergibt, daß das Rechtsgeschäft, auf das er seine Forderung stützt, wegen Sittenverstoßes nichtig ist. § 138 BGB begründet keine Einrede des Beklagten, die er besonders geltend machen muß, die ihn berechtigt, die begehrte Leistung zu verweigern (§ 222 Abs 1 BGB). Ergibt aber das Vorbringen des Klägers nichts, was auf die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts nach § 138 BGB hinweist, oder sind die Tatsachen, auf denen die Unsittlichkeit beruht, bestritten und nicht bewiesen, dann trägt der Beklagte die Folgen der unzureichenden Feststellbarkeit: er hat für die die Unsittlichkeit begründenden Tatsachen die Behauptungs- und Beweislast (Rosenberg, Beweislast 3. Aufl.; § 18 II 1 S 258 mit Nachw.). Es ist hier nicht Aufgabe des Gerichts, die erforderlichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln. Ist das Vorbringen des Beklagten nicht schlüssig oder wird der Beweis nicht erbracht, dann dringt der Einwand der Unsittlichkeit nicht durch, der Klage wird stattgegeben. Dieses Ergebnis entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 148, 3 f 6; Warn Rspr 1928 Nr 34 und 1929 Nr 120). Die Nichtigkeit, die sich aus § 138 BGB herleitet, bezieht sich nur auf das Rechtsgeschäft, aus dem der Klaganspruch hergeleitet wird, sie berührt nicht den Urteilsakt oder die

Leistung, zu der der Beklagte als Schuldner verurteilt wird, als solchen. Zu einer Prüfung von Amts wegen besteht daher kein Grund. Die Tatrichter sind somit zutreffend davon ausgegangen, daß auch das Parteivorbringen nach den §§ 279, 283 bzw. 529 Abs 2 ZPO unberücksichtigt bleiben darf, das sich auf die Nichtigkeit einer Rechtshandlung wegen Unsittlichkeit nach § 138 BGB bezieht, wenn dieses Vorbringen verspätet ist, die Verspätung auf Verschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit beruht und die Berücksichtigung den Rechtsstreit verzögern würde.

2. Die Revision beanstandet weiter, daß das Berufungsgericht zu Unrecht angenommen habe, das Landgericht habe das Vorbringen der Beklagten rechtlich zutreffend zurückgewiesen. Richtig ist der diesen Rügen zugrunde liegende Ausgangspunkt, daß die Nichtzulassung von Angriffsmitteln usw. einer Partei, die durch das Gericht des ersten Rechtszugs als verspätet zurückgewiesen worden ist, im Berufungsrechtszug nur dann statthaft ist, wenn die Zurückweisung im ersten Rechtszuge zu Recht besteht; ob dies der Fall ist, hat der Berufungsrichter nachzuprüfen, ohne an die Auffassung des ersten Richters gebunden zu sein (Stein-Jonas-Schönke ZPO 18. Aufl § 529 Anm III 3; Seuffert-Walsmann ZPO 12. Aufl Nachtrag S 58 Anm 1b zu § 529). War die Zurückweisung im ersten Rechtszuge nicht gerechtfertigt, dann kann eine Zulassung nach § 529 ZPO nicht ausgeschlossen werden, sofern nicht im zweiten Rechtszuge die nach § 523 ZPO anzuwendenden §§ 279 bzw. 283 ZPO zum Zuge kommen (Seuffert-Walsmann aaO; Jonas DR Ausg A 1942 S 999 [unter II 1a Abs 2]).

a) Die Revision beanstandet hier zunächst, die Tatrichter hätten zu Unrecht angenommen, es sei eine Verzögerung des Verfahrens in erster Instanz dadurch eingetreten, daß die Beklagten ihre sachlichen Einwendungen gegen das Klagevorbringen erst in dem Schriftsatz vom 4. November 1953 vorgebracht hätten. Das Berufungsgericht stellt hierzu fest, die nicht unerhebliche Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreites in der ersten Instanz sei vom Landgericht zutreffend festgestellt. Die Verzögerung wäre schon beim ersten Termin - gemeint ist der vor dem Einzelrichter am 2. Oktober 1953 anberaumte Termin, in dem der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten um eine Frist für die Klagerwiderung erbeten hatte, weil er erst am 30. September 1953 das Mandat erhalten habe - eingetreten, der eine sachliche Förderung nicht erbracht habe. Die Verzögerung sei aber weiter dadurch bedingt, daß das Verteidigungsvorbringen der Beklagten erst in dem Schriftsatz vom 4. November 1953 enthalten gewesen sei und daß bei dem Inhalt des Schriftsatzes der Klägerin eine nicht unbedeutende Frist zur Erklärung (nach § 272 ZPO) habe bewilligt werden müssen, wenn das Gericht auf dieses Vorbringen habe eingehen wollen. Erst danach habe entschieden werden können. Eine Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen sei auf Grund dieses Schriftsatzes überhaupt nicht möglich gewesen, da es an einer Substantiierung dieser zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen in dem Schriftsatz vom 4. November 1953 gefehlt habe. Ein Vorbehaltsurteil nach § 302 ZPO habe nicht ergehen können, da die Gegenforderungen aus dem Darlehensverhältnis in rechtlichem Zusammenhang mit der Klageforderung gestanden haben, die ihrerseits wieder ihre Grundlage in den Kreditvereinbarungen habe und daher mit der Hauptforderung in untrennbarem Zusammenhang stehe.

Die Revision macht diesen Erwägungen gegenüber geltend, eine Verzögerung sei nicht eingetreten. Der Termin vom 2. Oktober 1953 sei vor dem Einzelrichter anberaumt gewesen. Eines Termins vor der vollbesetzten Kammer habe es auf jeden Fall bedurft. Selbst bei früherem Vorbringen hätte im Termin vom 9. November 1953 nur ein Beweisbeschluß ergehen können. Das Landgericht hätte deshalb einen neuen Termin anberaumen können und zu diesem im Wege der prozeßleitenden Verfügung nach § 272 b ZPO die für erforderlich gehaltenen Zeugen laden können. In diesem Termin hätte alsdann der Beweisbeschluß ergehen und die Zeugen hätten sofort vernommen werden können. Eine Verzögerung wäre nicht entstanden.

Diese Rüge kann nicht durchgreifen. Es ist richtig, daß der Termin vor dem Einzelrichter am 2. Oktober 1953 nicht zu einer Entscheidung führen konnte und den Termin vor der vollbesetzten Kammer nicht überflüssig machte. Das ergibt sich daraus, daß grundsätzlich die Beweise vor der vollbesetzten Kammer zu erheben sind (§ 349 Abs 2 S 2 ZPO) und daß die Endentscheidung dem vollbesetzten Gericht zusteht, es sei denn, daß beide Parteien mit der Entscheidung des Einzelrichters einverstanden gewesen wären (§ 349 Abs 3 aaO). Die Revision übersieht aber, daß der Einzelrichter die ihm nach § 349 Abs 1 ZPO vornehmlich obliegende Aufgabe hätte erfüllen und für eine erschöpfende Erörterung des Sach- und Streitverhältnisses sorgen können, wenn die Beklagte die zu ihrer Verteidigung angeführten Tatsachen und Beweise rechtzeitig vor dem ersten Termin in einem vorbereiteten Schriftsatz dem Gericht und der Gegenpartei mitgeteilt hätte. Daß dem sachliche Hindernisse entgegengestanden hätten, macht die Revision nicht geltend. Auf Grund dieser Erörterung wäre es dem Einzelrichter

möglich gewesen, einen umfassenden Beweisbeschluß zu erlassen, wozu er befugt ist (Baumbach-Lauterbach ZPO 24. Aufl Anm 3 A zu § 349), die vollbesetzte Kammer wäre dann in der Lage gewesen, in dem vor ihr anzuberaumenden Termin die Beweise zu erheben und auf Grund der in diesem Termin nach § 370 ZPO im Anschluß an die Beweisaufnahme stattfindenden mündlichen Verhandlung in der Sache zu entscheiden. Diese Art der Erledigung des Rechtsstreits ist durch das Verhalten der Beklagten unmöglich gewesen. Mit Recht sieht aber der Berufungsrichter eine weitere Verzögerung der die Instanz beendenden Entscheidung deswegen als gegeben an, weil die Beklagten den Schriftsatz vom 4. November 1953 erst am 5. November 1953 bei Gericht eingereicht haben, und wegen des Inhalts und des Umfanges der Behauptungen der Beklagten dem Vertreter der Klägerin nicht angesonnen werden konnte, sich auf das Vorbringen der Beklagten zu erklären. Wenn dieser Umstand vielleicht auch allein nicht dazu zu führen brauchte, daß vor dem Erlaß des Beweisbeschlusses eine nochmalige mündliche Verhandlung anberaumt wurde, weil das Gericht den Weg des § 272 b ZPO betreten konnte, so übersieht die Revision hier, daß nach dieser Vorschrift nicht verfahren werden konnte, weil die Beklagten die zur Aufrechnung gestellten Forderungen nicht hinreichend substantiiert hatten, so daß sich der Vertreter der Klägerin auf diese Behauptungen der Beklagten überhaupt nicht erklären konnte. Wollte das Landgericht sich auf das Vorbringen der Beklagten einlassen, so wäre in dem Termin vom 9. November 1953 eine erneute Vertagung erforderlich gewesen, damit zunächst der Bevollmächtigte der Beklagten sein Vorbringen ergänzte und so für die Gegenseite erst die Möglichkeit einer Erklärung geschaffen war. Wenn das Berufungsgericht unter diesen Umständen zu dem Ergebnis gekommen ist, daß diese Prozeßführung

der Beklagten nicht nur eine nicht ins Gewicht fallende geringfügige Verschiebung der Prozeßerledigung bewirkte, die außer Betracht zu bleiben hatte, sondern eine bei Würdigung des Rechtsganges beachtliche Verzögerung zur Folge hatte (RG in HRR 1931, 877), dann ist diese Feststellung aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

b) Die Revision rügt weiter, das Landgericht und das Berufungsgericht hätten den Beklagten zu Unrecht den Vorwurf gemacht, das nicht rechtzeitige Vorbringen ihrer Sachbehauptungen und Beweismittel gereiche ihnen zu dem nach § 279 ZPO notwendigen Verschulden. Beide Gerichte beanstanden, daß die Beklagten erst am 30. September 1953 ihren Prozeßbevollmächtigten das Mandat zur Vertretung erteilt hätten, obwohl sie die Ladung zum Termin vom 2. Oktober 1953 bereits am 1. August erhalten hätten und in der Lage gewesen seien, ihren Prozeßvertreter rechtzeitig zu bestellen und zu instruieren, so daß dieser in der Lage gewesen sei, nicht nur am 2. Oktober 1953 zu verhandeln, sondern auch die Verhandlung durch Schriftsätze vorzubereiten. Beide Gerichte sind dabei der Ansicht, daß sich die Beklagten nicht auf schwebende Vergleichsverhandlungen berufen könnten, die in ihrem Auftrag der in H[REDACTED] ansässige Rechtsanwalt Dr. H[REDACTED] eingeleitet hatte. Denn die Klägerin habe bereits in ihrem Schreiben vom 24. Juli 1953 den Vorschlag Dr. H[REDACTED]s abgelehnt, in Vergleichsverhandlungen einzutreten. Diese Ablehnung sei in diesem Schreiben auch hinreichend zum Ausdruck gekommen, wie sich aus dem Antwortschreiben Dr. H[REDACTED]s vom 19. September 1953 ergebe. Während das Landgericht in diesem Verhalten der Beklagten nur eine grobe Nachlässigkeit in der Prozeßführung sieht, ist das Oberlandesgericht der Meinung, daß das Landgericht mit gutem Grund hätte annehmen können, in dem

Verhalten der Beklagten komme eine Absicht der Prozeßverschleppung zum Ausdruck. Der Schriftwechsel verdecke die Absicht der Beklagten nicht, die Klägerin hinzuhalten, diese komme auch darin zum Ausdruck, daß die Beklagten auch in dem Schriftsatz vom 4. November 1953 ihre Gegenforderungen in keiner Weise dargelegt hätten. Was die Revision hiergegen vorbringt, ist nicht geeignet, ihr zum Erfolg zu verhelfen.

aa) Wie sowohl in § 279 als auch § 529 ZPO ausdrücklich bestimmt ist, entscheidet darüber, ob einer Partei der Vorwurf der Absicht der Prozeßverschleppung oder der groben Nachlässigkeit bei der Verspätung ihres Vorbringens zu machen sei, der Tatrichter nach freier Überzeugung. Soweit es sich dabei um die Nichtbeachtung von Parteivorbringen in der Berufungsinstanz handelt, ist Voraussetzung für die Nichtzulassung nicht, daß das Berufungsgericht positiv feststellt, daß die Partei ihre Angriffs- oder Verteidigungsmittel usw. in Verschleppungsabsicht oder aus grober Nachlässigkeit im ersten Rechtszug nicht oder verspätet vorgebracht hat. Vielmehr i s t das verspätete Vorbringen nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Berufungsgerichts die Unterlassung des rechtzeitigen Vorbringens n i c h t auf der Absicht der Verschleppung beruht oder auf grober Nachlässigkeit. Das hat zur Folge, daß die Beurteilung, ob das Verhalten der Partei schuldhaft im Sinne dieser Vorschrift ist, grundsätzlich durch das Revisionsgericht nicht nachprüfbar ist (Stein-Jonas § 529 Bem III 6). Gerügt kann nur werden, daß das Gericht es verabsäumt habe, das Verschulden überhaupt zu prüfen oder daß es von einem falschen Begriff der groben Nachlässigkeit ausgegangen sei. In beiderlei Hinsicht ist ein Rechtsfehler des Berufungsrichters aber nicht ersichtlich. Die

Revision meint schließlich, auf ein Verschulden der Beklagten bei ihrer Prozeßführung könne es nicht ankommen, weil die Klägerin selbst in ihrem Schriftsatz vom 23. Oktober 1953 erklärt habe, sie sehe der sachlichen Klagerörterung entgegen. Damit sei auf die Rüge der Prozeßverschleppung bis zu diesem Zeitpunkt verzichtet. Die Revision übersieht hier, daß die Prozeßführung insoweit der Disposition der Parteien nicht unterliegt (Stein-Jonas-Schönke ZPO § 279 Anm 3). Im übrigen enthält der Schriftsatz auch keinen Verzicht.

bb) Die Revision beanstandet weiter, daß die Tatrichter es unterlassen hätten, die Beklagten zu befragen, ob sie zur Frage des Verschuldens noch weitere Behauptungen vorzubringen hätten. So befragt würden die Beklagten die unter II 2 der Revisionsbegründung aufgeführten Gründe dargelegt haben, die dazu geführt hätten, ihren Prozeßbevollmächtigten des ersten Rechtszuges erst am 30. September 1953 das Mandat zu erteilen. Das Berufungsgericht wäre dann zu einer anderen Beurteilung des Verschuldens der Beklagten bei ihrer Prozeßführung gekommen. Auch diese Rüge geht fehl. Zur Ausübung des Fragerechts bestand für den Berufungsrichter kein Anlaß. Das Landgericht hat die Gründe der Zurückweisung in der Entscheidung eingehend dargelegt und sich auch ausführlich mit der Frage des Verschuldens der Beklagten befaßt. Die Beklagten haben selbst in der Berufungsbegründung sich gegen die Anwendung des § 279 ZPO gewandt, auch die Klägerin hat in der Berufungsbeantwortung vom 8. April 1954 (Bl 65 GA) hierzu Stellung genommen. Die Beklagten wußten, daß es darauf ankam, den Berufungsrichter zu überzeugen, daß ihre Prozeßführung fair und sachgemäß war. Irgendwelche Unklarheiten bestanden nicht. Für die Ausübung des gerichtlichen Fragerechts bestand daher kein Anlaß (vgl auch Stein-Jonas-Schönke aaO § 139 Bem II 1 b).

3. Schließlich glaubt die Revision das angefochtene Urteil verfahrensmäßig auch deswegen beanstanden zu müssen, daß den Beklagten keine Gelegenheit gegeben worden sei darzulegen, warum das Vorbringen nicht verspätet sei. Das sei in dem Termin vom 20. April 1954 nicht geschehen, die Beklagten hätten sich daher in den nachgelassenen Schriftsätzen nur mit dem sachlichen Vorbringen befaßt, angesichts des Inhaltes des Schriftsatzes der Klägerin vom 20. Mai 1954 hätte daher die mündliche Verhandlung wieder eröffnet werden müssen. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Revision für ihren Standpunkt sich zu Recht auf die Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 172, 192 f. [1947] beruft. Diese befaßt sich mit dem Verfahren, wie es auf Grund des § 529 i.d.F. der 3. Vereinfachungsverordnung vom 16. Mai 1942 (RGBl I 333) einzuschlagen war. Diese Vorschrift unterscheidet sich in wesentlichen Punkten von dem § 529 ZPO in der seit dem Vereinheitlichungsgesetz vom 12. September 1950 (BGBl I 450) geltenden Fassung. Die Revision übersieht aber einmal, daß das Verfahren im Einverständnis beider Parteien ein schriftliches war. Der Schriftsatz der Klägerin vom 20. Mai 1954 brachte keine neuen Tatsachen, sondern würdigte tatsächlich und rechtlich schon früher vorgebrachte Umstände. Die Beklagten hatten in ihrer Berufungsbegründung bereits zu den sich aus der Anwendung des § 279 ZPO ergebenden Fragen Stellung genommen. Durch das von dem Gericht eingeschlagene Verfahren sind sie in der Wahrnehmung ihrer Rechte nicht beeinträchtigt worden.

4. Neben der Sache liegt es schließlich auch, wenn die Revision beanstandet, das Berufungsgericht habe den Schriftsatz der Klägerin vom 24. Juni 1954 nicht berücksichtigen dürfen, weil er verspätet gewesen sei. Wenn auch die in dem Tatbestand des Berufungsurteils enthal-

tene Bezugnahme auf die in der Berufungsinanz gewechselten Schriftsätze sich auf diesen Schriftsatz beziehen mag, so ist nicht ersichtlich, inwiefern das angefochtene Urteil darauf beruht. Aus den Entscheidungsgründen ergibt sich nichts dafür, daß der Berufungsrichter seine Entscheidung auch auf die in diesem Schriftsatz behauptete Äußerung des Beklagten Wilhelm S. [REDACTED] gestützt habe. Damit ist dieser Revisionsrüge der Boden entzogen.

5. Da sonstige Prozeßrügen nicht erhoben sind, ist nur noch zu prüfen, ob das angefochtene Urteil das materielle Recht verletzt, wie die Revision ohne weitere Begründung geltend macht. Die Entscheidung läßt jedoch insoweit Rechtsfehler nicht erkennen.

Es war daher, wie geschehen, mit der sich aus § 97 ZPO ergebenden Kostenfolge zu erkennen.

Schmidt Ascher Johannsen Kregel v. Werner