

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 296, 528

Zur Anwendbarkeit des § 528 Abs. 3 ZPO, wenn die Prozeßpartei, deren Vorbringen in erster Instanz nach § 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen ist, gegen grobe Nachlässigkeit sprechende Tatsachen erst in der zweiten Instanz vorträgt.

BGH, Urteil vom 10. Oktober 1984 - VIII ZR 107/83 - OLG Hamm
 LG Münster

14

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 107/83

URTEIL

Verkündet am:
10. Oktober 1984
Friederich,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1.,

2. des Kaufmanns Ranko M[REDACTED], O[REDACTED] R[REDACTED] (Jugoslawien),

Zweitbeklagter und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Heinz R[REDACTED] R[REDACTED] in W[REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

14

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. September 1984 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Treier, Dr. Brunotte, Dr. Zülch und Groß

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Zweitbeklagten wird - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels - das Teilurteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 16. Dezember 1982 aufgehoben, soweit der Zweitbeklagte zur Zahlung von 25.000,-- DM nebst Zinsen sowie zur Abtretung eines Kaufpreisanspruchs zum Teilbetrag von 27.000,-- DM gegen Svetomir P. aus dem Verkauf eines Imbißstandes in L. verurteilt worden ist.

Die Sache wird im Umfang der Aufhebung zur anderen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revisionsinstanz - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand

Die Parteien streiten um den Anspruch des Klägers auf Herausgabe des Erlöses aus dem Verkauf eines Imbißstandes sowie auf Zahlung einer Entschädigung für dessen Benutzung.

Mit schriftlichem Vertrag vom 9. Februar 1978 ließ sich der Kläger von den Eheleuten W■■■■ deren in L■■■■ betriebenen mobilen Imbißstand als Sicherheit für ein Darlehen von 80.000,-- DM übereignen. Diesen Imbißstand veräußerte der Ehemann W■■■■ am 4. Oktober 1978 für 18.000,-- DM an die Erstbeklagte, die bis dahin als Angestellte darin gearbeitet hatte und ihn nunmehr auf eigene Rechnung betrieb. Zwischen den Parteien ist streitig, wann die Ehefrau W■■■■ den schriftlichen Vertrag mitunterzeichnet hat und ob die Beklagten zu dieser Zeit bereits wußten oder wissen konnten, daß die Verkäufer nicht mehr Eigentümer des Kaufgegenstandes waren.

Nachdem der Kläger gegen beide Beklagte Klage auf Herausgabe seines Sicherungsgutes einschließlich einzeln aufgeführter Einrichtungs- und Gebrauchsgegenstände erhoben hatte, wurde der Imbißstand am 4. Mai 1981 an einen unstreitig gutgläubigen Erwerber, Svetomir P■■■■, veräußert. Die schriftliche, nur von P■■■■ und dem Zweitbeklagten (im folgenden nur noch: Beklagten) unterzeichnete und in serbischer Sprache abgefaßte Erklärung darüber lautet in deutscher Übersetzung:

"Vertrag über den An- und Verkauf der Imbiß-Bude in L■■■■ -. Herr P■■■■ Svetomir, Käufer der Imbißbude in L■■■■, verpflichtet sich den Kindern monatlich DM 1.000 zu schicken. Außerdem verpflichtet er sich, innerhalb eines Jahres DM 50.000 zu zahlen und zwar in 2 Raten á 25.000 DM an Herrn Ranko M■■■■ sowie seine Ehefrau Smilja M■■■■. Dieser Betrag ist an die Kinder zu zahlen. Zahlungstermin bis zum 4.5.1982. Herrn Ranko M■■■■ wurde bereits am 4.5.81 der Betrag von 12.000 DM übergeben."

Mit Schriftsatz vom 18. Mai 1981 änderte der Kläger seinen Klageantrag und forderte Schadensersatz wegen des Verkaufs des Imbißstandes bzw. Herausgabe des dabei erzielten Erlöses in Höhe von 50.000,-- DM, ferner 37.500,-- DM als Nutzungsvergütung für die Zeit von November 1978 bis April 1981, insgesamt 87.500,-- DM nebst Zinsen. Bevor diese Klageänderung am 3. Juni 1981 zugestellt wurde, beantragte der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten mit Schriftsatz vom 20. Mai 1981 die Aufhebung des auf den 26. Mai anberaumten Verhandlungstermins, weil sich beide Beklagte in Jugoslawien aufhielten und erst im Juni zurückkehren würden. Neuer Verhandlungstermin wurde daraufhin auf den 23. Juni 1981 anberaumt. Der Kläger erhöhte seine Klage mit Schriftsatz vom 3. Juni 1981 - zugestellt am 11. Juni 1981 - um weitere 12.000,-- DM, weil er nunmehr einen Ersatzanspruch von 62.000,-- DM (bisher 50.000,-- DM) zugrunde legte. Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten teilte durch Schriftsatz vom 4. Juni 1981 mit, er habe z.Zt. keinen Kontakt mit seinen Mandanten, deren Anschrift in Jugoslawien er nicht kenne. Diese Mitteilung wiederholte er in dem Verhandlungstermin vom 23. Juni 1981, in welchem die Eheleute W. [REDACTED] als Zeugen vernommen wurden und das Gericht den Kläger darauf hinwies, die Einlassungsfrist für den letzten Klagerhöhungsantrag sei nicht gewahrt und die Kaufpreishöhe aus dem Vertrag vom 4. Mai 1981 nicht eindeutig erkennbar. In dem erneuten Verhandlungstermin vom 13. Oktober 1981 waren die Beklagten nicht vertreten. Auf Hinweis des Gerichts kündigte der Prozeßbevollmächtigte des Klägers an, im nächsten Verhandlungstermin hilfsweise Abtretung des restlichen Kaufpreisanspruchs von 50.000,-- DM gegen den Käufer P. [REDACTED] statt der bisher verlangten Zahlung in dieser Höhe zu fordern. Den angekündigten Hilfsantrag stellte der Kläger in der mündlichen Verhandlung am 3. November 1981 als Hauptantrag und ermäßigte seinen Zahlungsanspruch auf 49.500,-- DM nebst Zinsen. Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten überreichte in demselben Termin einen Schriftsatz vom 2. November 1981. Darin erklärte er, erst jetzt telefonisch von dem beklagten Ehemann Informationen aus Jugoslawien

erhalten zu haben. Er trug unter Beweisantritt vor, vereinbarungsgemäß sei der Kaufpreis von 62.000,-- DM nur mit 35.000,-- DM auf den hier streitigen Imbißstand und mit dem restlichen Betrag auf einen anderen Verkaufsstand anzurechnen. Weiterhin hätten die Beklagten für 10.000,-- DM Aufwendungen durch Fundamentierung und Ausbau des Imbißstandes sowie 15.000,-- DM Anschaffungskosten für elektrische Geräte gehabt. Mit diesen Kosten werde aufgerechnet bzw. ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Das Landgericht hat die Beklagten zur Zahlung von 49.500,-- DM nebst 4 % Zinsen seit dem 11. Juni 1981 sowie 13 % Mehrwertsteuer auf die Zinsen und ferner zur Abtretung des behaupteten restlichen Kaufpreisanspruchs von 50.000,-- DM gegen den Käufer P. verurteilt. Den Vortrag im Schriftsatz vom 2. November 1981 hat es dabei als verspätet zurückgewiesen.

Im Laufe des Berufungsverfahrens stellte sich heraus, daß die schon vorher seit einiger Zeit verschwundene Erstbeklagte am 25. November 1981 in Österreich tot aufgefunden worden war. Gegen den Beklagten waren sowohl in Deutschland als auch in Jugoslawien Ermittlungsverfahren wegen möglicher Beteiligung am Verschwinden bzw. Ableben seiner Ehefrau anhängig. Das Berufungsgericht setzte durch Beschluß vom 16. Dezember 1982 den Rechtsstreit hinsichtlich der Erstbeklagten aus (§§ 246 Abs. 1, 239 ZPO). Mit Teilurteil vom 16. Dezember 1982 gab es der Berufung des Beklagten hinsichtlich des Anspruchs auf Mehrwertsteuer auf die Zinsen statt, wies sie im übrigen zurück und verurteilte den Beklagten auf die Anschlußberufung des Klägers zur Zahlung (weiterer) 6,35 % Zinsen von 25.000,-- DM vom 11. Juni 1981 bis zum 29. Juli 1981, 6 % von 20.000,-- DM vom 30. Juli 1981 bis 3. März 1982, 6 % von 10.000,-- DM vom 4. März 1982 bis zum 7. Juli 1982, 6,5 % von 10.000,-- DM vom 8. Juli 1982 bis zum 30. September 1982, 6 % von 10.000,-- DM vom 1. Oktober 1982 bis 22. November 1982, 5,75 % von 10.000,-- DM ab 23. November 1982.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte weiterhin die Abweisung der gegen ihn gerichteten Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision hat teilweise Erfolg.

I. 1. Das Berufungsgericht hält den Anspruch des Klägers auf Herausgabe des bei der Veräußerung des Imbißstandes an P. [REDACTED] Erlangten nach § 816 Abs. 1 BGB und die Forderung auf Nutzungsentschädigung nach §§ 987, 990 Abs. 1 BGB für begründet. Es stellt aufgrund der in erster und zweiter Instanz erfolgten Beweisaufnahme fest, der Beklagte und seine Ehefrau seien beim Erwerb des Imbißstandes im Oktober 1978 nicht gutgläubig gewesen und deshalb nicht Eigentümer geworden.

Gegen diese ohne Rechtsfehler getroffene Feststellung wendet sich die Revision nicht.

2. Nach Ansicht des Berufungsgerichts hat der Beklagte am 4. Mai 1981 bei der Veräußerung an P. [REDACTED] auch in eigenem Namen und nicht etwa nur als Vertreter seiner Ehefrau gehandelt und damit als Nichtberechtigter über den Imbißstand in Legden verfügt. Der Text des schriftlichen Vertrages vom 4. Mai 1981 enthalte keinerlei Hinweis auf eine bloße Vertreterstellung des Beklagten, der als gleichrangig Berechtigter neben seiner Ehefrau genannt werde. Für Mitbesitz und Verfügung in eigenem Namen spreche auch, daß der Beklagte die Bauunterlagen für den Umbau des Imbißstandes mitunterzeichnet habe und im Kopf des Bauantrags sogar als einziger Bauherr aufgeführt sei.

Die Revision greift diese tatrichterliche Auslegung und Würdigung ohne Erfolg an.

a) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Auslegung des Vertragstextes ist entgegen der Ansicht der Revision nicht unmöglich. Sie liegt vielmehr nahe, weil nach dem auf der Verkäuferseite allein vom Beklagten unterschriebenen Wortlaut nichts darauf hindeutet, daß der Beklagte nicht selbst, gegebenenfalls gemeinschaftlich mit seiner Ehefrau, handeln wollte. Dann aber kann sich der Beklagte auf einen entgegenstehenden, aber nicht erkennbar gewordenen "Vertreterwillen" nicht berufen (vgl. § 164 Abs. 2 BGB).

b) Außerhalb des Vertragstextes liegende Umstände, die wenigstens für den Käufer P. eindeutig auf eine bloße Vertreterstellung des Beklagten hingewiesen hätten, hat der Beklagte nicht geltend gemacht. Sein Hinweis, die Namensangabe in den Bauunterlagen besage nur, daß diese für den Beklagten angefertigt seien, ändert daran nichts. Selbst wenn die Namensangabe nicht für das Handeln in eigenem Namen spräche, wäre sie doch auch kein Indiz dagegen. Mangels anderer Anhaltspunkte müßte es dann bei der vom Berufungsgericht dem Vertragstext entnommenen Auslegung verbleiben.

Da der Beklagte zu der Verfügung über den Imbißstand nicht befugt, diese aber wegen Gutgläubigkeit des Käufers gegenüber dem Kläger als Berechtigten wirksam war, ist er dem Grunde nach zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet (§ 816 Abs. 1 BGB).

3. Dasselbe gilt hinsichtlich des Anspruchs auf Wertersatz für gezogene Nutzungen in der Zeit von November 1978 bis April 1981. Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, bei Würdigung aller Umstände sei der Be-

klagte als Mitbesitzer des Imbißstandes anzusehen, erhebt die Revision keine durchgreifenden Einwendungen. Insbesondere war das Berufungsgericht nicht gehindert, aus der Mitwirkung des Beklagten beim Ankauf im Jahre 1978, Umbau im Februar 1980 und Verkauf im Mai 1981 auf Mitbesitz auch während des Betriebes durch seine Ehefrau in der übrigen Zeit zu schließen.

Der Beklagte ist daher gemäß §§ 990 Abs. 1, 987 BGB verpflichtet, dem Kläger den Wert der in der unrechtmäßigen Besitzzeit gezogenen Nutzungen und Gebrauchsvorteile zu ersetzen. Die Höhe des Anspruchs hat das Berufungsgericht ohne Einwendungen des Beklagten mit monatlich 1.250,-- DM, insgesamt also 37.500,-- DM, angenommen.

II. Das Berufungsgericht hat den Wert des aus der Verfügung vom 4. Mai 1981 Erlangten entsprechend den Angaben im schriftlichen Vertrag mit 62.000,-- DM (12.000,-- DM gezahlt, 50.000,-- DM noch zu fordern) angenommen und Gegenforderungen des Beklagten gegenüber diesem Herausgabeanspruch und der Forderung auf Nutzungsvergütung außer acht gelassen. Die Revision rügt mit Recht, daß dabei Vorbringen des Beklagten verfahrensfehlerhaft nicht berücksichtigt worden ist.

1. a) In seinem erstinstanzlichen Schriftsatz vom 2. November 1981 hat der Beklagte unter Beweisantritt behauptet, der mit P. vereinbarte Kaufpreis für den Imbißstand in L. habe nur 35.000,-- DM betragen, während die aus der schriftlichen Erklärung vom 4. Mai 1981 ersichtlichen weiteren 27.000,-- DM als Gegenleistung für einen anderen, ebenfalls verkauften Imbißstand in A.-G. hätten gezahlt werden sollen. Diesen Sachvortrag hat der Beklagte in der Berufungsbegründungsschrift vom 6. Januar 1982 wiederholt.

b) Das Landgericht hat das zitierte Vorbringen gemäß §§ 282 Abs. 1, 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen, weil die Geltendmachung erst in dem letzten Verhandlungstermin vom 3. November 1981 grob nachlässig gewesen sei und die Berücksichtigung den Rechtsstreit verzögert hätte; grob nachlässig hätten die Beklagten gehandelt, indem sie im Mai 1981 unter Aufgabe ihrer Wohnung nach Jugoslawien gereist seien, ohne ihre dortige Anschrift zu hinterlassen, so daß es ihrem Prozeßbevollmächtigten trotz zweier inzwischen anberaumter Verhandlungstermine nicht möglich gewesen sei, rechtzeitig zu dem Vorbringen des Klägers im Schriftsatz vom 18. Mai 1981 Stellung zu nehmen. Das Berufungsgericht hat den in zweiter Instanz wiederholten Vortrag nach § 528 Abs. 3 ZPO (der Hinweis im Berufungsurteil auf § 528 Abs. 2 ZPO ist ersichtlich ein Versehen) nicht zugelassen, weil das Landgericht ihn mit Recht zurückgewiesen habe; nach dem Verkauf des Imbißstandes habe es für den Beklagten auf der Hand gelegen, daß der Kaufpreis von besonderer Bedeutung für den Fortgang des Verfahrens sein werde; deshalb hätte der Beklagte seinen Prozeßbevollmächtigten vor der Abreise nach Jugoslawien rechtzeitig und vollständig über die Einzelheiten des Kaufvertrages informieren müssen.

c) Diese Erwägungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hätte den Vortrag des Beklagten nicht als in erster Instanz "mit Recht zurückgewiesen" behandeln dürfen.

aa) Nach dem dem Landgericht vorliegenden Prozeßstoff wäre die Annahme grober Nachlässigkeit allerdings nicht zu beanstanden. Eine Prozeßpartei, die ohne Mitteilung einer Postanschrift ins Ausland reist und sich dadurch der Möglichkeit beraubt, Schriftsätze des Gegners zur Kenntnis zu nehmen und zu beantworten, verletzt in ungewöhnlichem Maße die für jedermann offensichtliche Pflicht, den Fortgang des Prozesses zu fördern. Gründe für dieses Verhalten hat der Beklagte auch im Schriftsatz vom 2. November

1981 nicht vorgetragen. Das Landgericht konnte daher angesichts des im allgemeinen funktionierenden Reise- und Postverkehrs mit Jugoslawien mit Recht von grober Nachlässigkeit ausgehen.

bb) In der Berufungsinstanz stellte sich die Situation jedoch anders dar. In der Berufungsbegründungsschrift vom 6. Januar 1982 trug der Beklagte vor, er werde immer noch unter dem Verdacht, am Verschwinden seiner Ehefrau beteiligt zu sein, an der ursprünglich schon für Juni 1981 geplanten Rückreise nach Deutschland gehindert; deshalb sei ihm nur eine telefonische und unvollkommene, verspätete Information seiner Prozeßbevollmächtigten möglich gewesen. Die Glaubhaftigkeit dieser Angaben wurde durch die vom Oberlandesgericht veranlaßte Mitteilung der Staatsanwaltschaft Münster vom 14. September 1982 über den Tod der Erstbeteiligten und das gegen den Beklagten eingeleitete Ermittlungsverfahren bestätigt. Der Kläger hat die Richtigkeit der Behauptungen des Beklagten nicht bestritten.

Bei dieser Sachlage durfte sich das Berufungsgericht nicht damit begnügen, die von ihm als Rechtsmittelgericht zu überprüfende "grobe Nachlässigkeit" des Beklagten allein nach dem dem Landgericht vorliegenden Sachverhalt zu beurteilen. Ob ein Verhalten auf grober Nachlässigkeit im Sinne des § 296 Abs. 2 ZPO beruht, ist ein objektiv festzustellender Umstand, für dessen Annahme dem erstinstanzlichen Gericht kein Ermessens -, sondern nur ein Würdigungsspielraum zur Verfügung steht. Stellen sich die der Würdigung zugrunde gelegten tatsächlichen Annahmen im Nachhinein als unrichtig heraus und erweist sich damit der Vorwurf grober Nachlässigkeit als objektiv ungerechtfertigt, so läßt sich nicht gemäß § 528 Abs. 3 ZPO feststellen, daß das erstinstanzliche Gericht das Vorbringen "zu Recht" zurückgewiesen hat. Die Entscheidung darüber ist also nicht allein vom Standpunkt und Blickwinkel des Erstgerichts, sondern von dem des Rechtsmittelge-

richts aus zu treffen (im Ergebnis ebenso Zöllner/Schneider, ZPO, 14. Aufl. § 528 Rdn. 33, Thomas/Putzo, ZPO, 12. Aufl. § 528 Anm. 3, jeweils m.w.N.; a.A. offenbar Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 42. Aufl. § 528 Anm. 4 B).

Für diese Lösung sprechen außer den erörterten systematischen Gesichtspunkten auch Sinn und Zweck der "Beschleunigungsvorschriften", deren Auslegung Rücksicht auf das Verfassungsgebot des rechtlichen Gehörs auch für die Nachprüfung in der Rechtsmittelinstanz zu nehmen hat (BVerfGE 55, 72 ff, 93, 95 = NJW 1981, 271 unter B III a.E.). Die Prozeßparteien haben nach der Regelung der Zivilprozeßordnung grundsätzlich einen Anspruch auf Verwertung auch nachträglichen Vorbringens. Im Rahmen des § 296 Abs. 2 ZPO wird dieser Anspruch nur für den Fall grober Nachlässigkeit eingeschränkt. Er wäre beeinträchtigt, wenn die Prozeßpartei zwar nicht grob nachlässig gehandelt hätte, dies aber erst in der Rechtsmittelinstanz festgestellt und das Vorbringen dennoch nicht beachtet wird.

Die in der Literatur erörterte, vom Bundesgerichtshof bisher offene Frage, unter welchen Voraussetzungen in erster Instanz verspätetes Vorbringen in der Berufungsinstanz nachträglich entschuldigt werden kann (Senatsurteil vom 13. Februar 1980 - VIII ZR 61/79 = NJW 1980, 1102 = WM 1980, 555 unter II 3 b; Zöllner/Schneider aaO; Thomas/Putzo aaO; Baumbach/Lauterbach/Albers aaO), bedarf hier keiner Entscheidung. Sie stellt sich nur im Falle des § 296 Abs. 1 ZPO, weil das Gesetz für die dort geregelten Fristüberschreitungen die Zulassung des Vorbringens an eine noch in der ersten Instanz vorgetragene genügende Entschuldigung knüpft. Im Fall des § 296 Abs. 2 ZPO wird dagegen keine "Entschuldigung" seitens der Prozeßpartei gefordert.

Allerdings ist im Rahmen der allgemeinen Erklärungslast jede Prozeßpartei gehalten, dem Gericht die tatsächlichen Grundlagen für seine Entscheidung zu liefern, also auch diejenigen, die den infolge späten Vorbringens entstandenen Verdacht grober Nachlässigkeit in anderem Lichte erscheinen lassen können. Angesichts der glaubhaft vorgetragenen - auch nicht bestrittenen - Verständigungs- und Mitteilungshindernisse muß indessen davon ausgegangen werden, daß die Unterlassung einer Begründung für die Verspätung des Parteivorbringens jedenfalls nicht grob nachlässig war.

cc) Im vorliegenden Fall ergaben sich in der Berufungsinstanz Gründe dafür, das Verhalten des Beklagten nicht als grob nachlässig anzusehen. Nach der unbestrittenen Mitteilung im Schriftsatz vom 20. Mai 1981 wollte der Beklagte nur für etwa einen Monat nach Jugoslawien reisen. An der Rückkehr - und damit zugleich an einer ausreichenden Verständigung mit seinem Prozeßbevollmächtigten - wurde er nach seiner ebenfalls unbestrittenen Behauptung in der Berufungsbegründungsschrift durch die jugoslawischen Behörden gehindert. Dann aber ist der Vorwurf grober Nachlässigkeit überspannt. Denn der Erstattungsanspruch nach § 816 Abs. 1 BGB, dessen Höhe durch die Behauptung einer anderen Kaufpreisvereinbarung bestritten werden sollte, war zur Zeit der Abreise des Beklagten noch nicht anhängig. Für den Beklagten als Nichtjuristen war die weitere Entwicklung des Rechtsstreits - insbesondere die Klageumstellung auf einen Erstattungsanspruch - unter diesen Umständen nicht so eindeutig voraussehbar, daß er noch vor einer nur für einige Wochen geplanten Urlaubsreise seinen Prozeßbevollmächtigten von sich aus über alle eingetretenen Veränderungen, insbesondere über Höhe und Zusammensetzung des erzielten Kaufpreises, unterrichten mußte, auch wenn er diese Veränderungen selbst veranlaßt hatte.

Das Berufungsgericht hätte sich also mit der Darstellung des Beklagten, die durch die Mitteilung der Staatsanwaltschaft Münster über den Tod der Ehefrau in gewisser Hinsicht bestätigt oder glaubhaft wurde, auseinan-

dersetzen müssen. Dem steht nicht entgegen, daß der Beklagte weder bei seiner Abreise noch in den folgenden Monaten eine Anschrift mitgeteilt hat. Dies hätte nur von Bedeutung sein können, wenn er mit längerem, freiwilligem Aufenthalt in Jugoslawien gerechnet hätte. Denn nur in einem solchen Fall hätte er das Risiko eigener Schreibungswandtheit, welche das Gesetz einer Partei sonst nicht anlastet (vgl. z.B. § 121 Abs. 3 ZPO), selbst übernommen.

d) Nach alledem kann nicht davon ausgegangen werden, daß das Landgericht das Vorbringen über eine von der schriftlichen Erklärung abweichende mündliche Kaufpreisvereinbarung zu Recht als verspätet zurückgewiesen hat. Die Sache mußte deshalb insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

2. Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 2. November 1981 mit einer Forderung auf Erstattung aufgewendeter Umbaukosten von 10.000,-- DM aufgerechnet und eine weitere Forderung von 15.000,-- DM wegen Anschaffung elektrischer Geräte geltend gemacht.

Das Landgericht hat auch dieses Vorbringen des Beklagten nach § 282 Abs. 2, § 296 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Das Berufungsgericht hat den in zweiter Instanz wiederholten Vortrag als nach § 528 Abs. 2 (richtig: Abs. 3) ZPO ausgeschlossen behandelt. Dem kann nicht zugestimmt werden.

a) Da das Vorbringen des Beklagten zur Höhe des erzielten Kaufpreises nicht grob nachlässig verspätet war (vgl. oben zu II 1) und deshalb nicht wegen Verspätung hätte zurückgewiesen werden dürfen, hätte die Berücksichtigung auch des Vortrags über die geltend gemachten Aufwendungen und die Anschaffung von Elektrogeräten den Rechtsstreit nicht verzögert. Über die Kaufpreisvereinbarung hätte nämlich nach dem Antrag des Beklagten Be-

weis erhoben werden müssen. Der Rechtsstreit hätte also im ganzen noch nicht abgeschlossen werden können. In einem solchen Fall aber darf ein weiteres, ebenfalls eine Aufklärung erforderndes Verteidigungsmittel, das sich gegen denselben Klageanspruch richtet, nicht als verspätet zurückgewiesen werden. Denn die Präklusionsvorschriften wollen nicht die Verzögerung einzelner Streitpunkte, sondern des gesamten Rechtsstreits verhindern (BGHZ 77, 306, 308; vgl. auch BGH, Urteil vom 12. Februar 1981 - VII ZR 112/80 = NJW 1981, 1217).

b) Dasselbe gilt, soweit sich Aufrechnung und Zurückbehaltungsrecht gegen den Anspruch des Klägers auf Nutzungsvergütung richten. Zwar wäre nach § 301 ZPO an sich ein Teilurteil über diesen Anspruch möglich. Das Gericht darf aber keinen Gebrauch davon machen, wenn der Anspruch nur deshalb zur Teilentscheidung reif ist, weil ein Verteidigungsmittel des Beklagten wegen Verspätung zurückgewiesen werden soll, während über andere Einwendungen Beweis zu erheben ist und der Rechtsstreit im ganzen noch nicht erledigt werden kann (BGHZ 77, 306 ff). Hinzu kommt, daß im vorliegenden Fall gerade über die Einwendung, die für den Teilanspruch verspätet sein könnte, in anderem Zusammenhang - nämlich dem des Kaufpreisanspruchs - Beweis erhoben werden muß. Der ihr zugrunde liegende Tatsachenvortrag kann nicht gegenüber einem Anspruch berücksichtigt, gegenüber dem anderen aber als verspätet zurückgewiesen werden.

c) Mußte das Vorbringen zum Aufrechnungsanspruch und Zurückbehaltungsrecht ohnehin berücksichtigt werden, kommt es nicht mehr darauf an, ob - wie das Berufungsgericht meint - dieser Teil des Sachvortrags bereits gegenüber dem ursprünglichen Herausgabeanspruch hätte geltend gemacht werden können und müssen und ob er deshalb grob nachlässig verspätet war.

III. Die begründeten Rügen der Revision (oben zu II) führen nicht zur vollständigen Aufhebung des angefochtenen Urteils, weil sie auch in dem für den Beklagten günstigsten Fall nicht zur vollständigen Klageabweisung ausreichen.

Wird bewiesen, daß der Kaufpreis für den Imbißstand in Legden nur 35.000 DM betragen sollte, müßte der Beklagte dennoch 12.000 DM als erzielten Erlös herausgeben; darüberhinaus müßte er noch eine Teilforderung von 23.000 DM gegen Svetomir P. abtreten. Nur hinsichtlich des überschießenden, nach Auffassung des Klägers abzutretenden Betrages von 27.000,-- DM ist aufgrund des Kaufpreiseinwands die Revision begründet.

Der Aufrechnungseinwand wegen Verwendungen und Anschaffung von Elektrogeräten mit insgesamt 25.000,-- DM kann günstigstenfalls dazu führen, daß von dem gesamten Zahlungsanspruch des Klägers (12.000,-- DM Erlös und 37.500,-- DM Nutzungsvergütung) 25.000,-- DM abzusetzen sind und die Revision in dieser Höhe begründet ist. Dagegen hat sie in Höhe von 24.500,-- DM nebst Zinsen keinen Erfolg.

In Höhe des begründeten Teils war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Braxmaier

Dr. Zülch

Treier

Groß

Dr. Brunotte