

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 112/70

URTEIL

Verkündet am
9. Juni 1971
Scheibl,
Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma Heinz D [REDACTED] in M [REDACTED], E [REDACTED]-
straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

den Justizamtmann i.R. H. O [REDACTED] in Mö [REDACTED]-
S [REDACTED], Am So [REDACTED], als Konkursverwalter über
das Vermögen der Firma Reinhold K [REDACTED]-Metallwaren in
W [REDACTED] (Westf.), N [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

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

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 13. November 1969 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Gemeinschuldnerin lieferte an die Beklagte, die ihre Hauptniederlassung in M [REDACTED] (Westf.) und Zweigniederlassungen in I [REDACTED] und A [REDACTED] (Österreich) hat, Legebatterien für Hühnerhaltung nebst Zubehör in ganzen Anlagen und Einzelteilen.

Mit der am 8. August 1968 zugestellten Klage machte die Gemeinschuldnerin aus dieser Geschäftsverbindung einen Anspruch auf Zahlung von 28 752,13 DM nebst Zinsen geltend. Sie reichte Kontoauszüge ein, die indes der Beklagten erst am 18. September 1968 zugingen. Bereits vorher hatte am 10. September 1968 ein Termin zur mündlichen Verhandlung statt-

gefunden, in dem der Beklagten aufgegeben wurde, bis zum 26. September 1968 zur Klage Stellung zu nehmen. Diese Frist wurde auf Antrag des Beklagten bis zum 10. Oktober 1968 verlängert. Da die Klageerwiderung auch in dem nächsten Verhandlungstermin vom 29. Oktober 1968 noch nicht vorlag, wurde der Beklagten zur Klageerwiderung eine Ausschußfrist bis zum 15. November 1968 gesetzt. Der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten reichte jedoch erst im Termin vom 10. Dezember 1968 eine umfangreiche Klageerwiderung vom 9. Dezember 1968 ein. Das Landgericht wies das gesamte Vorbringen der Beklagten als verspätet zurück und gab durch Urteil vom 10. Dezember 1968 der Klage statt.

In der Berufungsbegründung vom 14. April 1969 wiederholte die Beklagte dieses Vorbringen. Nachdem am 13. August 1969 die Berufungserwiderung eingegangen war, bestimmte der Vorsitzende des Berufungsgerichts Verhandlungstermin auf den 13. November 1969. In diesem Termin wies das Berufungsgericht, nachdem die Gemeinschaftschuldnerin ihren Anspruch um 4,25 DM ermäßigt hatte, die Berufung mit der entsprechenden Maßgabe zurück.

Mit der Revision, deren Zurückweisung der Kläger erstrebt, verfolgt die Beklagte ihr Begehren auf Abweisung der Klage weiter.



Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht hält die Zurückweisung der von der Beklagten in ihrer Klagebeantwortung vorgebrachten Verteidigungs- und Angriffsmittel durch das Landgericht für gerechtfertigt und hat sie auch im Berufungsverfahren nicht zugelassen. Es hat demgemäß seiner Entscheidung lediglich den Vortrag der Gemeinschuldnerin zugrunde gelegt, der nach der Ermäßigung des Anspruchs um 4,25 DM die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 28 747,88 DM nebst Zinsen rechtfertige.

2. Gemäß § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO gilt Satz 1 entsprechend für das Vorbringen einer Partei, das im ersten Rechtszuge nach § 279 ZPO zurückgewiesen wurde. Zu Unrecht stellt die Revision in Abrede, daß das Landgericht zu der Zurückweisung des Vorbringens der Beklagten berechtigt gewesen sei.

Ob das Landgericht die Voraussetzungen des § 279 ZPO zu Recht bejaht hatte, unterlag in vollem Umfange der Nachprüfung durch das Berufungsgericht.

a) Der erkennende Senat kann dagegen nur beschränkt nachprüfen, ob das Berufungsgericht seinerseits die grobe Nachlässigkeit mit zutreffenden Gründen angenommen hat (BGHZ 12, 49, 52; Urteil des erkennenden Senats vom 24. November 1969 - VIII ZR 205/67 - BGH Warn 1969 Nr. 315).

Soweit Angriffe der Revision überhaupt statthaft sind, hält die Begründung des Berufungsgerichts diesen Angriffen stand. In dem angefochtenen Urteil ist zutreffend dargelegt, daß der Beklagten spätestens am 18. September 1968 alle Unterlagen, auf die sich die Gemeinschuldnerin stützte, zur Verfügung standen. Wenn das Berufungsgericht es als grob nachlässig bezeichnet, daß die Beklagte weder bis zum Ablauf der verlängerten Frist zur Stellungnahme am 10. Oktober 1968, noch bis zum Termin vom 29. Oktober 1968, noch auch bis zum Ablauf der Ausschlußfrist am 15. November 1968 zur Klage Stellung genommen hatte, so ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Daß das Berufungsgericht die Entschuldigung der Beklagten für die verspätete Klageerwidderung als unzureichend bezeichnet hat, ist ebenfalls frei von Rechtsirrtum. Eine Abwesenheit des Inhabers der Beklagten von einigen Wochen stellt keine zureichende Entschuldigung dar. Denn einmal hätte er für eine Vertretung sorgen müssen, zum anderen hat die Beklagte bereits am 10. Oktober 1968 vortragen lassen, sie habe nahezu alle Unterlagen für eine abschließende Stellungnahme vorliegen. Auch die berufliche Überlastung eines der von ihr beauftragten Prozeßbevollmächtigten vermag die Säumnis der Beklagten nicht zu entschuldigen. Zumindest hätte es einer näheren Darlegung bedurft, weshalb die beiden anderen Anwälte der Sozietät oder ein sonstiger von dem Prozeßbevollmächtigten beauftragter Rechtsanwalt nicht zu einer Bearbeitung der Sache in der Lage waren.

b) Das Berufungsgericht hat auch mit Recht angenommen, daß der Rechtsstreit verzögert worden wäre, wenn das Landgericht das Vorbringen der Beklagten zugelassen hätte. Das umfangreiche Vorbringen der Beklagten erforderte zunächst eine eingehende Stellungnahme der Gemeinschuldnerin, und es ließ erwarten, daß eine Beweisaufnahme erforderlich werden würde. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist bei der Beurteilung der Verzögerung nicht darauf abzustellen, wie lange der Prozeß voraussichtlich gedauert hätte, wenn die säumige Partei die Ausschlußfrist eingehalten hätte. Entscheidend ist vielmehr, ob eine Zulassung des verspäteten Vortrags im Vergleich zu ihrer Versagung eine Verzögerung bewirken würde. Daß eine solche eingetreten wäre, liegt hier auf der Hand, denn in dem Termin vom 10. Dezember 1968 hätte keine Sachentscheidung ergehen können, wenn das Vorbringen des Beklagten zugelassen worden wäre und berücksichtigt hätte werden müssen.

3. Auch die Rüge der Verletzung des § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO hat im Ergebnis keinen Erfolg. Allerdings darf das Berufungsgericht neues Vorbringen nur dann nicht zulassen, wenn dessen Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Das Berufungsgericht hat eine Verzögerung mit der Begründung bejaht, daß eine Berücksichtigung des verspätet vorgetragenen Tatsachenstoffs eine Beweisaufnahme erfordern würde. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kann jedoch eine Verzögerung dann entfallen, wenn das Gericht den Verhandlungstermin

durch Maßnahmen gemäß § 272 b ZPO so hätte vorbereiten können, daß die Beweisaufnahme in dem Termin hätte durchgeführt werden können (BGH Urteile vom 11. November 1954 - III ZR 100/53 - LM ZPO § 272 b Nr. 2; vom 15. Dezember 1956 - IV ZR 160/56 - LM ZPO § 272 b Nr. 3; vom 3. Oktober 1963 - VII ZR 202/62 - LM ZPO § 529 Nr. 21). Den vorgenannten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, in denen jeweils eine Verzögerung verneint wurde, lagen Sachverhalte zugrunde, in denen nur die Vernehmung eines Zeugen oder einer Partei in Frage stand. Demgegenüber ist hier nahezu das gesamte, sehr umfangreiche und mit vielen Beweisanträgen versehene Verteidigungsvorbringen der Beklagten verspätet in den Rechtsstreit eingeführt worden. Die Frage, ob auch in derartigen Fällen eine Verzögerung des Rechtsstreits mit der Begründung zu verneinen ist, das Berufungsgericht hätte unter Ausnutzung der Möglichkeiten des § 272 b ZPO die Beweisaufnahme im Termin zur mündlichen Verhandlung durchführen müssen, hat der erkennende Senat bereits in zwei Entscheidungen verneint (Urteile vom 25. März 1964 - VIII ZR 247/62 und vom 24. November 1969 - VIII ZR 205/67 - BGH Warn 1969 Nr. 315). Auch im Schrifttum wird eine Anwendung des § 272 b ZPO auf umfangreiche Beweisaufnahmen abgelehnt (Egon Schneider JurBüro 1969, 802; OLG Düsseldorf JMB1NW 1969, 136; OLG München ZJP 82, 156). In seiner an zweiter Stelle angeführten Entscheidung hat der erkennende Senat ausgeführt, § 272 b ZPO mache dem Vorsitzenden oder Einzelrichter nur zur Pflicht, solche Maßnahmen zu treffen, die angebracht erscheinen, um die Sache tunlichst in einer Verhandlung zum Abschluß zu bringen. Nicht gewollt sei dagegen, daß im Wege des § 272 b ZPO umfang-

reiche Beweisaufnahmen vorgenommen würden, deren übereilte Anordnung sogar erst recht die Gefahr einer Verzögerung des Rechtsstreits mit sich bringen könne.

An dieser Auffassung hält der erkennende Senat fest. § 272 b ZPO stellt es in das pflichtgemäße Ermessen des Vorsitzenden oder des Einzelrichters, ob er eine der in dieser Vorschrift genannten vorbereitenden Maßnahmen anordnen will oder nicht. Die genannte Bestimmung besagt also nicht, daß der Vorsitzende grundsätzlich gehalten sein soll, alles zu tun, damit eine erforderlich werdende Beweisaufnahme möglichst in der ersten mündlichen Verhandlung durchgeführt werden kann. Ihm ist lediglich die Pflicht auferlegt, vor jeder mündlichen Verhandlung zu prüfen, ob es zweckmäßig erscheint, bestimmte Beweismittel zu dieser Verhandlung vorsorglich bereitzustellen. Durch die Anordnung der in § 272 b ZPO vorgesehenen Maßnahmen darf aber nicht in unzulässiger Weise der Entscheidung des Kollegiums vorgegriffen werden, denn es ist grundsätzlich Aufgabe des voll besetzten Gerichts, nach mündlicher Verhandlung darüber zu beraten und zu entscheiden, welche der von den Parteien aufgestellten Behauptungen für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sind und des Beweises bedürfen (ebenso OLG Düsseldorf aaO; Egon Schneider aaO). Es kann demnach nicht dem Sinn des § 272 b ZPO entsprechen, wenn auch in umfangreichen Sachen ein Mitglied des Gerichts vorab bestimmt, worüber in der mündlichen Verhandlung Beweis erhoben werden soll. Daraus folgt aber, daß nicht alle von den Parteien benannten Beweismittel rein vorsorglich bereitgestellt werden müssen, obwohl das Kol-

legium möglicherweise nach Beratung nur einen Teil von ihnen benötigt. Vorbereitende Maßnahmen nach § 272 b ZPO kommen vielmehr in aller Regel nur dann in Betracht, wenn durch einzelne Beweismittel bestimmte klar hervortretende Streitpunkte in der mündlichen Verhandlung geklärt werden können.

Wenn - wie hier - die gesamte Einlassung des Beklagten aus grober Nachlässigkeit im ersten Rechtszuge verspätet vorgebracht wird, so ist es nicht die Aufgabe des Vorsitzenden des Berufungsgerichts oder des von ihm bestellten Einzelrichters, eine umfangreiche Beweisaufnahme in der ersten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht durchzuführen, nur um den säumigen Beklagten davor zu bewahren, daß sein Vorbringen unberücksichtigt bleibt. Die säumige Partei kann dem Gericht nicht vorschreiben, welches Verfahren es einzuschlagen hat. Da es im allgemeinen zweckmäßiger ist, eine solche Beweisaufnahme erst nach mündlicher Verhandlung und nach Beratung des Kollegiums durch Beweisbeschluß anzuordnen (§ 358 ZPO), kann die Partei, die im ersten Rechtszuge mit ihrem Vorbringen zurückgehalten hatte, nicht beanspruchen, daß zu ihren Gunsten ein anderes Verfahren angewandt wird. Daß ihr Vorbringen in einem solchen Falle bei der Entscheidung des Rechtsstreits überhaupt nicht berücksichtigt wird, ist vom Gesetz bewußt in Kauf genommen worden, um der grob nachlässigen oder gar absichtlichen Prozeßverschleppung entgegenzuwirken.

Zwar hat hier das Berufungsgericht in der Begründung, daß eine Verzögerung des Rechtsstreits ein-

treten werde, die Möglichkeit prozeßleitender Verfügungen nach § 272 b ZPO nicht erwähnt. Es liegt jedoch auf der Hand, daß wegen des Umfangs des Vortrages der Beklagten eine Anordnung der Beweisaufnahme nach § 272 b ZPO für den ersten Verhandlungstermin nicht in Betracht kam. Eine Aufklärung des Sachverhalts hätte nämlich die Vernehmung von 11 Zeugen sowie die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich gemacht.

4. Das Berufungsgericht hat im letzten Satz seiner Entscheidungsgründe zum Ausdruck gebracht, daß mit der von ihm ausgesprochenen Bestätigung des landgerichtlichen Urteils auch die von der Beklagten zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen materiellrechtlich aberkannt seien. Dem tritt die Revision mit Recht entgegen. Das Landgericht hatte den Aufrechnungseinwand der Beklagten gemäß § 279 ZPO als verspätet zurückgewiesen. Darin liegt keine sachliche Entscheidung über die Begründetheit der Gegenforderungen, die nach § 322 Abs. 2 ZPO in Rechtskraft erwachsen könnte (BGHZ 16, 124, 140). Das Berufungsgericht hat diese Zurückweisung nach § 279 ZPO bestätigt und eine Zulassung dieses in erster Instanz mit Recht zurückgewiesenen Verteidigungsmittels für die zweite Instanz gemäß § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO abgelehnt. Darin kann eine sachliche Entscheidung über die zur Aufrechnung gestellten Forderungen nicht gesehen werden.

Das Berufungsgericht stützt seine Ansicht zu Unrecht auf BGHZ 33, 236, 242. Dieses Urteil betraf

die Zurückweisung eines bestimmten tatsächlichen Vorbringens nach § 279 a ZPO. Daraus wurde gefolgert, daß der Sachverhalt, aus dem die Gegenforderung hergeleitet wurde, als nicht erwiesen angesehen werden könnte. Hier aber geht es darum, daß das Gericht den gesamten Aufrechnungseinwand als solchen nach § 279 ZPO zurückgewiesen und damit eine sachliche Prüfung der zur Aufrechnung gestellten Gegenforderungen gerade abgelehnt hatte.

Die in dem Berufungsurteil vertretene Auffassung über die materiellrechtliche Tragweite der Entscheidung ist somit unzutreffend. Einer Berichtigung des Urteilsausspruchs durch den erkennenden Senat bedarf es jedoch nicht. Auch die Kostenentscheidung wird durch die vorstehende Klarstellung nicht beeinflußt. Denn die Beklagte war durch die unrichtige Auffassung des Berufungsgerichts nicht beschwert. Diese Auffassung konnte sich auf den Umfang der Rechtskraft des angefochtenen Urteils nicht auswirken. Der Umfang der Rechtskraft wird nämlich nicht dadurch bestimmt, worüber das Berufungsgericht geglaubt hat, eine Entscheidung zu treffen, sondern ausschließlich dadurch, worüber es tatsächlich entschieden hat.

Lb

Ebenso wie die Berufung kann somit auch die
Revision der Beklagten keinen Erfolg haben.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf
§ 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Dr. Hiddemann