

11

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 138 Bc; Allg. Geschäftsbedingungen;

ZPO §§ 296 Abs. 1, 520 Abs. 2, 527

- a) Zur Frage der Sittenwidrigkeit eines formularmäßig geschlossenen Automatenaufstellvertrages.

- b) Würde der Erlaß eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruches durch einen vom Beklagten verspätet gestellten Beweisantrag verzögert und wird die Verspätung nicht genügend entschuldigt, so ist das Verteidigungsmittel nicht zuzulassen.

BGH, Urt. v. 6. Juni 1979 - VIII ZR 281/78 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 281/78

URTEIL

Verkündet am
6. Juni 1979
Mückenhausen,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Eheleute Gastwirt Husijin K. [REDACTED] und Hausfrau
Ramica K. [REDACTED], D. [REDACTED]-Straße [REDACTED] in O. [REDACTED],

Beklagten und Revisionskläger,

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

g e g e n

die Firma Automaten-Service-Kleve GmbH & Co. KG, vertreten
durch die GmbH, diese vertreten durch den Geschäftsführer
Dieter S. [REDACTED], G. [REDACTED] Straße [REDACTED] - [REDACTED] in Kl. [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 1979 durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die Richter Wolf, Merz, Treier und Dr. Brunotte

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Teil- und Grundurteil des 8. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 21. Juli 1978 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

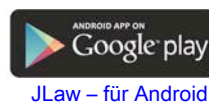
Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Klägerin stellt gewerbsmäßig Automaten in Gaststätten auf. Mit den Beklagten als Pächtern der Gaststätte B-Grill in O schloß sie im September 1976 einen von ihr formularmäßig gestalteten Automaten-Aufstellvertrag und gewährte ihnen gleichzeitig ein Darlehen von 15 000 DM zu 15 % Zinsen. Beanstandungen der Beklagten führten am 17. März 1977 zur Unterzeichnung eines neuen Formularvertrages über die Aufstellung zweier Spielautomaten, eines Musikautomaten, eines Unterhaltungsautomaten und eines pool-billard. In dem Vertrag, der eine Laufzeit von zunächst fünf Jahren haben sollte, ist u.a. bestimmt:



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



- "1. Der Gastwirt gewährt dem Aufsteller das ausschließliche Recht, ... an den gemeinsam festgelegten Plätzen, die nur im beiderseitigen Einvernehmen geändert werden dürfen, ... Automaten aufzustellen.

Der Aufsteller zahlt an den Gastwirt bei jeder Abrechnung ... folgende Anteile des vorhandenen Einspielergebnisses:

- a) Bei Spielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten ... nach Abzug eines Amortisationsanteils von DM 185 50 %
- b) bei Musikautomaten nach Abzug eines Amortisationsanteils von DM 120 50 %
- c) bei Unterhaltungsautomaten nach Abzug eines Amortisationsanteils von DM 125 50 %

....

3. Die für die Aufstellung der Automaten erforderlichen Installationen übernimmt der Aufsteller auf seine Kosten. Die Auswahl der für die Geräte geeigneten Automatentypen obliegt dem Aufsteller; er ist zum Austausch innerhalb der vereinbarten Automatenart berechtigt.

4. Soweit in diesem Vertrag nichts anderes vereinbart ist, trägt der Aufsteller die laufenden Betriebskosten. Er sorgt für einen angemessenen Plattenwechsel....

Der Gastwirt übernimmt die Stromkosten

....

5. Der Gastwirt hat sämtliche aufgestellten Automaten während der gesamten Öffnungszeiten der Gaststätte spielbereit zu halten. Ist ein Musikautomat aufgestellt, wird er auf keine andere Art Musik darbieten.

Der Gastwirt darf ohne schriftliche Zustimmung des Aufstellers weder eigene Spiel-, Musik-, Unterhaltungs- und sonstige Automaten aufstellen noch einem Dritten die Aufstellung gestatten.

....

7. Erreicht der Kasseneinhalt eines oder mehrerer Automaten nicht das für den Aufsteller erforderliche Rentabilitätsminimum, kann er diese Automaten nach einer Anzeigefrist von einer Woche abräumen.

Die Abräumung einzelner Automaten berührt nicht die übrigen Verpflichtungen des Gastwirts aus diesem Vertrag. Räumt jedoch der Aufsteller sämtliche Automaten einer bestimmten Art ab, ohne daß der Gastwirt dazu Veranlassung gegeben hat, erlischt hinsichtlich dieser Automatenart das Ausschließlichkeitsrecht des Aufstellers.

8. Die Aufgabe der Gaststätte entbindet den Gastwirt nicht von seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag, es sei denn, er verpflichtet einen neuen Inhaber schriftlich zum Eintritt in den Vertrag....
9. Ist der Gastwirt zum Schadensersatz verpflichtet, kann der Aufsteller unbeschadet eines höheren Schadens 70 % des ihm nach Abzug des Wirteanteils verbliebenen durchschnittlichen Einspielergebnisses beanspruchen; Berechnungsgrundlage sind die Einspielergebnisse des letzten Jahres, bei kürzerer Laufzeit die der bisherigen Vertragsdauer.

Führt ein Verstoß des Gastwirts zur Verletzung des Ausschließlichkeitsrechtes oder zum Verlust des Aufstellplatzes oder wird die Aufstellung aller oder einzelner Automaten verhindert, verwirkt der Gastwirt eine Vertragsstrafe von 2.000,-- DM. Darüber hinausgehende Schadensersatzansprüche des Aufstellers werden hierdurch nicht berührt.

....

11. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein, so wird die rechtliche Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Es gilt dann vielmehr - soweit gesetzlich zulässig - eine der ungültigen Bestimmung möglichst nahekommende als vereinbart.

...."

Der Zinssatz für das Darlehen wurde für die Zeit ab 17. März 1977 auf 9,5 % reduziert.

Die Beklagten wandten sich mit Schreiben vom 23. März 1977 auch gegen Bestimmungen des neuen Vertrages, insbesondere gegen die Abrechnungsmethode der Klägerin und verlangten eine gemeinsame Prüfung des Einspielerlöses der Automaten.

Die Parteien vermochten die Meinungsverschiedenheiten nicht zu beheben. Bei einem Besuch in der Gaststätte am 22. April 1977 stellte der Geschäftsführer der Klägerin fest, daß die Geräte der Klägerin abmontiert waren und die Beklagten Automaten eines anderen Aufstellers angebracht hatten. Daraufhin holte die Klägerin ihre Geräte ab.

Die Klägerin wirft den Beklagten vertragswidriges Verhalten vor und nimmt sie auf Zahlung von 2 000 DM Vertragsstrafe und 28 731,23 DM entgangenen Gewinns in Anspruch.

Die Beklagten haben geltend gemacht, der Automaten-Aufstellvertrag sei einvernehmlich aufgehoben worden;

unabhängig davon stünden der Klägerin daraus aber auch deshalb keine Rechte zu, weil er sittenwidrig und somit nichtig sei. Jedenfalls sei der Vertrag durch Kündigung aus wichtigem Grund beendet worden. Die Kündigung sei gerechtfertigt, weil sie die Gaststätte wegen zu geringen Umsatzes, der zu Pachtzinsrückständen geführt habe, hätten aufgeben müssen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat der Klägerin die Vertragsstrafe von 2 000 DM zugesprochen und die Klage im übrigen dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt; den Zinsanspruch, soweit er 4 % übersteigt, hat es jedoch ab-erkannt.

Mit der zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstreben die Beklagten die Ab-weisung der Klage.

Entscheidungsgründe

Die Revision ist unbegründet.

I. Das Berufungsgericht ist der Auffassung, der Automaten-Aufstellvertrag vom 17. März 1977 und der Darlehensvertrag vom 27. September 1976 seien weder für sich betrachtet noch durch ihre Verknüpfung miteinander sittenwidrig oder aus anderen Gründen nichtig. Die Erwägungen, aufgrund deren die Vorinstanz zu dieser Überzeugung gelangt ist, lassen einen Rechtsirrtum nicht erkennen und halten den Revisionsangriffen stand.

II. Das Berufungsgericht hat seiner Würdigung das vom erkennenden Senat formulierte Leitbild des Automaten-Aufstellvertrages als einer Vereinbarung zugrunde gelegt, die auf die Eingliederung des Automaten in den gewerblichen Betrieb des Gastwirts zum gemeinsamen Nutzen beider Vertragspartner gerichtet ist (Senatsurteil vom 11. November 1968 - VIII ZR 151/66 = BGHZ 51, 55 = NJW 1969, 230) und hat beachtet, daß daraus für den Automatenaufsteller, der sich, wie die Klägerin, eines Formularvertrages bedient, die Pflicht folgt, schon bei der Vertragsgestaltung die Interessen des Gastwirts angemessen zu berücksichtigen. Das Berufungsgericht hat insbesondere nicht verkannt, daß der Formularvertrag vom 17. März 1977 Regeln enthält, die denen vergleichbar sind, welche der erkennende Senat in dem seiner Entscheidung vom 11. November 1968 zugrunde liegenden Falle beanstandet hat. Es hat jedoch darin recht, daß sie inhaltlich weniger einschneidend sind, als jene und sich, soweit Bedenken erhoben werden könnten im Wege einer nach beiden Seiten interessengerechten Auslegung auf einen vertretbaren Sinngehalt zurückführen lassen. Schließlich kann im vorliegenden Falle nicht davon die Rede sein,

daß in dem Formularvertrag umfangreiche, nicht leicht verständliche Bedingungen unübersichtlich und ungegliedert aufgeführt sind. Der Vertrag ist in gut lesbarem Schriftbild gedruckt, der Text ausreichend klar gegliedert. Die Formulierungen der einzelnen Bestimmungen erschließen sich dem Verständnis des branchekundigen Lesers.

Ausländereigenschaft und Sprachschwierigkeiten der Beklagten waren, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, bei Abschluß des Vertrages vom 17. März 1977, der zweiten Vereinbarung dieser Art, nicht besonders zu berücksichtigen. Die Beklagten hatten Gelegenheit, sich über den genauen Inhalt des - ersten - Formularvertrages und seine rechtlichen Auswirkungen beraten zu lassen. Das ist offensichtlich auch geschehen.

III. Im einzelnen gelten zu den umstrittenen, typischen, nicht aus den individuellen Verhältnissen des Einzelfalles erwachsenen und daher in der Revisionsinstanz frei nachprüfbaren Bestimmungen des Automaten-Aufstellvertrages die folgenden Überlegungen:

1. Das Maß an Rücksichtnahme auf die Interessen des Gastwirts, welches der Automatenaufsteller schon bei der Vertragsgestaltung walten lassen muß, wird einerseits durch den Umstand bestimmt, daß das Aufstellen von Automaten den eigentlichen Inhalt seiner unternehmerischen Tätigkeit ausmacht, während es sich andererseits für den Gastwirt regelmäßig nur um eine Nebenerwerbschance handelt, die er mit entsprechender Abrundung seines Leistungsangebots zu wahren sucht. Daraus ergibt sich - auch bei naturgemäß gleichem

Interesse an möglichst hohen Einspielergebnissen - eine unterschiedliche Risikobeteiligung bei den Vertragspartnern. Das hat die Vorinstanz zutreffend dargelegt. Die Revision greift diese Erwägungen nicht an.

2. a) Die Revision meint, die Klägerin habe die Interessen der Beklagten bei der Vertragsgestaltung mißachtet, weil sie für sich allein das Recht in Anspruch genommen habe, zu bestimmen, welche Art von Automaten in der Gaststätte der Beklagten aufgestellt würde, und weil sie sich überdies vorbehalten habe, einen Umtausch der Automaten nach ihrem Belieben vorzunehmen. Auf diese Weise habe die Klägerin auf den Charakter des Wirtschaftsbetriebes einwirken und den Besucherkreis mitbestimmen können. Darin liege eine erhebliche Einschränkung der Rechte des Gastwirts.

b) Dieser Revisionsangriff geht fehl. Richtig ist zwar, daß Art und Anzahl der in einer Gaststätte aufgestellten Spiel-, Musik- und Unterhaltungsautomaten sich auf Charakter und Besuch des Unternehmens auswirken können. Das Bedürfnis nach solchen Geräten und ihre Anziehungskraft auf Besucher muß der Gastwirt, bevor er sich überhaupt auf einen Automaten-Aufstellvertrag einläßt, ebenso prüfen, wie eine ungünstige Wirkung, die das Aufstellen von Automaten auf den Besuch der Gaststätte auslösen kann. Die Entscheidung, ob Automaten aufgestellt werden, ist Teil seines unternehmerischen Risikos und dafür trifft den Aufsteller regelmäßig keine Verantwortung .

Anzahl und Art der aufzustellenden Automaten haben die Parteien, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorgehoben hat, individuell ausgehandelt und die Aufstellplätze

gemeinsam festgelegt. Die Klägerin war, entgegen der Darstellung der Revision, nicht zu einer einseitigen Änderung der Aufstellplätze befugt. Dies konnte vielmehr nur in beiderseitigem Einverständnis geschehen. Die Auswahl des jeweiligen Automatentyps oblag nach dem Verträge zwar dem Aufsteller, konnte aber nur im Rahmen der getroffenen Vereinbarung über die Art des aufzustellenden Geräts vorgenommen werden. Haben sich die Vertragsschließenden, wie hier, z.B. darüber geeinigt, es solle ein Musikautomat aufgestellt werden, so kommt der Auswahl des Typs des Musikautomaten keine derart ausschlaggebende Bedeutung mehr zu, daß daraus eine Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Gastwirts hergeleitet werden könnte. Zum Austausch von Geräten ist der Aufsteller nur innerhalb der vereinbarten Automatenart befugt.

Gegen die Regelung der Nr. 1 Abs. 2, Nr. 3 Satz 2 Automaten-Aufstellvertrag bestehen mithin keine rechtlichen Bedenken.

3. Entgegen der Ansicht der Revision kann eine sittenwidrige Beeinträchtigung des Gastwirts in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht darin gesehen werden, daß ihm Nr. 5 Abs. 1 Automaten-Aufstellvertrag verwehrt, auf andere Art als durch den aufgestellten Automaten Musik darzubieten. Die Beklagten hatten bei Abschluß des Automaten-Aufstellvertrages Gelegenheit zu erwägen, ob und auf welche Art und Weise sie dem Bedürfnis ihrer Gäste nach musikalischer Unterhaltung Rechnung tragen wollten. Der Musikautomat eröffnet dazu eine von zahlreichen Möglichkeiten, die für eine Speisegaststätte in Betracht kommen. Durch Plattenwechsel, der

vertraglich geregelt worden ist, ist eine Anpassung der Musikdarbietungen an den sich wandelnden Publikums-geschmack gewährleistet. Ist die zeitliche Bindung, wie im vorliegenden Falle, überschaubar, so kann dem Gast-wirt unbedenklich zugemutet werden, an der frei gewähl-ten Art des musikalischen Unterhaltungsangebots festzu-halten.

4. Das Berufungsgericht hat die Nachfolgerklausel gemäß Nr. 8 Abs. 1 Automaten-Aufstellvertrag einschränkend ausgelegt. Das entspricht den in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in diesem Zusammenhang entwickelten Grundsätzen.

a) Im Urteil vom 24. Januar 1973 - VIII ZR 147/71 (= WM 1973, 388) hat der erkennende Senat bereits Be-denken geäußert, ob eine formularmäßig getroffene Ver-einbarung, wonach eine Aufgabe der Gaststätte ohne Über-tragung der Rechte und Pflichten aus dem Automaten-Aufstellvertrag auf einen Rechtsnachfolger, nicht von den vertraglichen Pflichten befreit, nicht zumindest dann gegen § 242 BGB verstößt, wenn der Vertragspartner des Aufstellers nicht Eigentümer, sondern Pächter der Gaststätte ist. Diese Bedenken wurzeln in der Erfahrung, daß der Gastwirt als Pächter nach Aufgabe der Gaststätte in aller Regel gar nicht in der Lage ist, dafür zu sor-gen, daß die Gaststätte fortgeführt wird. Diese Bedenken, die im Urteil des erkennenden Senats vom 10. November 1976 - VIII ZR 84/75 (= WM 1977, S. 112, 113) aufrecht erhalten worden sind, bestehen fort. Ihnen hat das Berufungsgericht Rechnung getragen, wenn es annimmt, daß die Bindung des Pächters nicht eintritt, wenn er die Gaststätte aufgrund außergewöhnlicher und nicht in seinen Risikobereich fallender Umstände aufgibt (vgl. auch das Senatsurteil vom 3. März 1971 - VIII ZR 55/70 = WM 1971, 503, 504).

b) Hätten also außergewöhnliche, nicht im Risikobereich des Pächters liegende Umstände zur Geschäftsaufgabe geführt, so greift, ohne daß es noch einer Kündigung aus wichtigem Grunde seitens des Pächters bedürfte, die Nachfolgeklausel gemäß Nr. 8 Abs. 1 Automatenaufstellvertrag nicht Platz.

Als außergewöhnlicher, nicht in ihrem Risikobereich liegender Umstand für die Aufgabe der Gaststätte F [REDACTED] kann der von den Beklagten angeführte Grund, nicht in der Lage gewesen zu sein, den monatlichen Pachtzins aufzubringen, indessen nicht gelten. Die Möglichkeit, in einer gepachteten Gaststätte Umsätze zu erzielen, die die Geschäftskosten decken und darüber hinaus einen angemessenen Ertrag gewährleisten, liegt im Risikobereich des Pächters. Selbst ein deutlicher Umsatzrückgang rechtfertigt, auch wenn er zu Verlusten führt, eine - sanktionsfreie - Geschäftsaufgabe nicht. Das gilt insbesondere dann, wenn sich die Übernahme einer, wie die Beklagten behauptet haben, in ihrem Ruf abgewirtschafteten Gaststätte als unternehmerische Fehlentscheidung erweist.

5. Ob die Bedenken der Revision gegen die Rentabilitätsklausel gemäß Nr. 7 Automatenaufstellvertrag durchgreifen, kann dahingestellt bleiben. Zur Unwirksamkeit der übrigen Absprachen würde dies nicht führen. Ansprüche aus der Regelung unter Nr. 7 Automaten-Aufstellvertrag sind andererseits nicht Gegenstand des Rechtsstreits.

6. Aus der im Automaten-Aufstellvertrag vom 17. März 1977 enthaltenen Amortisationsklausel (Nr. 1) leitet die Revision ersichtlich keine Nichtigkeitsfolgen gemäß § 138 BGB für den Vertrag her.

7. Einen beachtlichen Revisionsangriff gegen die Darlegungen des Berufungsgerichts, der Darlehnsvertrag vom 27. September 1976 sei weder für sich allein betrachtet wegen Wuchers sittenwidrig noch ergebe sich aus seiner Verknüpfung mit dem Automaten-Aufstellvertrag etwas für dessen Sittenwidrigkeit, haben die Beklagten nicht geführt. Die Ansicht der Revision, bei einem Zinssatz von 9,5 % für ein im übrigen ungesichertes Darlehen bestünde ein auffälliges Mißverhältnis von Leistung und Gegenleistung, trifft nicht zu. Die Behauptung, der Klägerin habe von vornherein bewußt sein müssen, die Beklagten würden niemals in der Lage sein, die hohe Verzinsung und die Tilgungsraten für das Darlehen, zusammen monatlich 750 DM, aufzubringen, entbehrt jeder Grundlage in den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts und wäre im übrigen ungeeignet, die Nichtigkeit des Vertragswerks darzutun.

IV. Unwirksamkeit des Automaten-Aufstellvertrages wegen Verstoßes gegen die Formvorschrift des § 34 GWB rügt die Revision ebenfalls vergeblich.

Das Berufungsgericht hat den Umfang des Schriftform-erfordernisses für Automaten-Aufstellverträge unter Bezugnahme auf die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGH Urteil vom 12. Mai 1976 - KZR 17/75 = NJW 1976, 1743) zutreffend dargestellt und rechtsirrtumsfrei ausgeführt, der Vertrag vom 17. März 1977 genüge den Anforderungen. Die in ihm enthaltenen Angaben über Art und Anzahl der Automaten (zwei Spielautomaten mit Gewinnmöglichkeiten, ein Musikautomat, ein Unterhaltungsautomat, ein pool-billard) tragen dem Zweck der Vorschrift des § 34 GWB ausreichend Rechnung. Einer Typenbezeichnung bedurfte es nicht, um alle zur Kennzeichnung und Beschreibung der beiderseitigen Leistungsverpflichtungen maßgebenden Kriterien deutlich zu machen.

V. Der danach wirksam zustande gekommene Automaten-Aufstellvertrag vom 17. März 1977 ist weder durch fristlose Kündigung aus wichtigem Grunde noch durch einvernehmliche Aufhebung beendet worden.

1. Soweit die Vorinstanz ausgeführt hat, die Beklagten seien nicht befugt gewesen, den Automaten-Aufstellvertrag zu kündigen, greift das die Revision nicht an.

2. a) Das Zustandekommen eines Aufhebungsvertrages durch schlüssiges Verhalten hat das Berufungsgericht aufgrund der Vernehmung des Zeugen M. nicht als bewiesen angesehen. Weitere geeignete Beweismittel für die behauptete Vertragsaufhebung hätten, so führt das Berufungsgericht weiter aus, die Beklagten nicht in verfahrensrechtlich erheblicher Weise angegeben. Die Benennung des Zeugen Helmut B. in einem erst am 5. Juli 1978 (einen Tag vor der mündlichen Verhandlung) eingegangenen Schriftsatz sei verspätet geschehen mit der Folge, daß das Beweismittel nicht mehr zuzulassen gewesen sei. Eine Ladung des Zeugen zu dem Senatstermin am 6. Juli 1978 sei aus zeitlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen. Die Zulassung des Beweismittels hätte daher einen neuen Verhandlungstermin erfordert und damit zu einer Verzögerung in der Erledigung des - sowohl insgesamt dem Grunde nach, als auch hinsichtlich eines Teilbetrags von 2 000 DM der Höhe nach zur Entscheidung reifen - Rechtsstreits geführt.

b) Die Revision hält dem entgegen, der Zeuge B. habe telefonisch geladen werden können. Auf diese Weise wäre eine Verzögerung vermieden worden. Da im übrigen Termin zur Verhandlung über die Höhe des Schadens erst auf den 19. Januar 1979 anberaumt worden sei, wäre es zu einer Verzögerung

des Rechtsstreits aber auch selbst dann nicht gekommen, wenn der Zeuge in einem neuen Termin vor diesem Zeitpunkt vernommen worden wäre.

c) Es begegnet keinen verfahrensrechtlichen Bedenken, daß die Vorinstanz den Zeugen Beyer nicht vernommen hat.

Der Vorsitzende des Berufungsgerichts hat den Beklagten eine Frist zur schriftlichen Berufungserwiderung gesetzt (§ 520 Abs. 2 ZPO). Diese Frist galt auch für die Benennung von Beweismitteln. Die Beklagten haben den Zeugen B. nicht fristgerecht benannt. Das Berufungsgericht durfte deshalb nach § 296 Abs. 1 ZPO verfahren (§ 527 ZPO), d.h. es hatte das Verteidigungsmittel nur zuzulassen, wenn das die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde, oder wenn die Beklagten die Verspätung genügend entschuldigt hätten. Eine Entschuldigung der Verspätung haben die Beklagten in der Berufungsinstanz nicht vorgebracht. Eine ordnungsgemäße Ladung zum Termin am 6. Juli 1978 war nicht mehr möglich. Auf telefonische Maßnahmen brauchte sich der Vorsitzende des Berufungsgerichts nicht einzulassen.

Mit Recht hat die Vorinstanz angenommen, daß auch die Verzögerung einer Entscheidung über den Grund des Anspruchs die Nichtzulassung eines verspätet benannten Verteidigungsmittels gemäß §§ 520 Abs. 2, 527, 296 Abs. 1 ZPO rechtfertigt. Der Gesetzgeber hat den Gerichten die Möglichkeit einer Vorabentscheidung über den Grund eines Leistungsbegehrens in der Absicht eröffnet, auf diese Weise Prozesse, in denen über Grund und Höhe geltend gemachter Ansprüche Streit herrscht, zu vereinfachen. Liegt das Schwergewicht der Auseinandersetzung, wie im vorliegenden Falle, beim Grund der Ersatzpflicht, ist

es angezeigt, diesen Verfahrensabschnitt durch Zwischenurteil zu beenden, um den Streit über die Höhe von den erfahrungsgemäß immer wieder wiederholten Auseinandersetzungen über den Haftungsgrund zu entlasten. Das liegt nicht zuletzt im Interesse der Parteien, die ihr Vorbringen entsprechend einrichten können. Die Gleichstellung des Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs mit einem Endurteil hinsichtlich der Anfechtbarkeit mit Rechtsmitteln unterstreicht die Selbständigkeit des Verfahrens zum Grund. Die endgültige Beendigung dieses Streits darf deshalb ebensowenig verzögert werden, wie der Erlaß eines einen Rechtsstreit insgesamt beendenden Urteils.

Die übrigen Ausführungen zum Grund der Ersatzpflicht der Beklagten und zur Verwirkung der Vertragsstrafe sind von der Revision nicht angegriffen worden.

VI. Dem Rechtsmittel mußte danach der Erfolg versagt bleiben. Das löst die Kostenfolge des § 97 ZPO aus.

Braxmaier

Wolf

Merz

Treier

Dr. Brunotte