



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

X ZR 77/10

vom

17. Mai 2011

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

Treppenlift

ZPO § 531 Abs. 2

- a) Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO ist grundsätzlich zu verneinen, wenn ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstanden ist.
- b) Stützt der Beklagte eine Einwendung gegen den Klageanspruch auf eine Rechtsposition, die er im Wege der Abtretung erworben hat, so ist das entsprechende Verteidigungsmittel erst mit dem Erwerb der Rechtsposition entstanden.

BGH, Beschluss vom 17. Mai 2011 - X ZR 77/10 - OLG Düsseldorf

LG Düsseldorf

Der X. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. Mai 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Meier Beck, die Richter Gröning, Dr. Bacher und Hoffmann sowie die Richterin Schuster

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das am 15. April 2010 verkündete Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf aufgehoben.

Der Rechtsstreit wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten des Beschwerdeverfahrens - an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Verfahren über die Nichtzulassungsbeschwerde wird auf 425.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerin nimmt die Beklagten wegen Patentverletzung in Anspruch.
- 2 Die Klägerin ist Inhaberin einer ausschließlichen Lizenz an dem mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland erteilten europäischen Patent 1 700 812 (Klagepatent), das einen Treppenlift mit einer Stabilisierungsvorrichtung betrifft. Patentanspruch 1 des Klagepatents lautet:

"1. Treppenlift mit einer Stabilisierungsvorrichtung, mit einem verzahnten Teil (2), das sich auf einer Buchse (11) befindet, durch die die Achse (14) eines Rotors geführt wird, auf der sich Rollen (15, 16, 17, 18) befinden, die auf einem unteren Rohr (19) der Fahrbahn rollen, wobei die Buchse sich zwischen zwei Hebeln (12, 13) befindet und es dem verzahnten Teil (2) erlaubt, in einen auf einer Grundplatte (6) befindlichen Zahnkranz zu greifen, wobei sich im Inneren der Platte (6) die Welle des Motorgetriebes (4) dreht, das mechanisch mittels einer Zugstange (3) mit dem verzahnten Teil (2) verbunden ist, dadurch gekennzeichnet, dass für jeden Abstand zwischen den Achsen des unteren und eines oberen Fahrbahnrohres im waagerechten Bereich von 200 - 500 mm und den geneigten Bereichen der Fahrbahn von 0 - 90 Grad, der Konversionsfaktor (r) zwischen dem Abstand der Rohrachsen in Millimeter und dem Neigungswinkel der Fahrbahn gegenüber der Waagerechten einen Wert von 1,2 - 5 mm/Grad hat und die Übersetzung bzw. der Übertragungsfaktor zwischen dem verzahnten Teil (2) und dem Zahnkranz (21) 1,97 - 5 beträgt."

3 Die Beklagte zu 1, deren frühere Geschäftsführerin und nunmehrige Liquidatorin die Beklagte zu 2 ist, hat unter der Modellbezeichnung "A. " Treppenlifte vertrieben, bei denen nach Auffassung der Klägerin alle Merkmale von Patentanspruch 1 wortsinngemäß verwirklicht sind. Die Beklagten haben bestritten, solche Lifte nach der Veröffentlichung der Anmeldung des Klagepatents vertrieben zu haben.

4 Das Landgericht hat die Beklagten nach Beweisaufnahme antragsgemäß verurteilt. In der Berufungsinstanz haben die Beklagten zusätzlich den Einwand der widerrechtlichen Entnahme erhoben. Diesen Einwand haben sie auf Rechte am Gegenstand des Klagepatents gestützt, die der Ehemann der Beklagten zu 2, der mit 10% am Stammkapital der Beklagten zu 1 beteiligt ist und deren Geschäfte faktisch geführt hat, nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils an die Beklagte zu 2 abgetreten hat.

5           Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen.  
Dagegen wenden sich die Beklagten mit der Nichtzulassungsbeschwerde, der  
die Klägerin entgegentritt.

6           II. Die zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist begründet. Zu Recht  
rügen die Beklagten eine entscheidungserhebliche Verletzung ihres Anspruchs  
auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

7           1. Das Berufungsgericht hat seine die erstinstanzliche Verurteilung be-  
stätigende Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8           Nach den Feststellungen des Landgerichts habe die Beklagte zwei Tage  
nach Veröffentlichung des Hinweises auf die Erteilung des Klagepatents einen  
Treppenlift geliefert, bei dem alle Merkmale von Patentanspruch 1 wortsinn-  
gemäß verwirklicht seien. Konkrete Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtig-  
keit oder Vollständigkeit dieser Feststellungen begründeten, lägen nicht vor.

9           Die Beklagten könnten nicht mit der Behauptung gehört werden, sie seien  
aufgrund der im Laufe des Berufungsverfahrens erfolgten Abtretung Inhaber der  
materiellen Erfinderrechte. Diese Behauptung stelle ein neues Verteidigungs-  
vorbringen dar, das streitig sei und nicht zugelassen werden könne, weil die  
Voraussetzungen des § 531 Abs. 2 ZPO nicht vorlägen. Zwar habe der Bundes-  
gerichtshof im Zusammenhang mit Streitigkeiten aus Werkverträgen entschie-  
den, dass eine nach Abschluss der ersten Instanz erstellte neue Schlussrech-  
nung nicht aufgrund von § 529 Abs. 1 und § 531 Abs. 1 ZPO unberücksichtigt  
bleiben dürfe. Die dafür maßgeblichen Erwägungen träfen auf den Fall einer  
erst in zweiter Instanz erfolgten Abtretung jedoch nicht zu. Auf daraus abgelei-  
tete Rechte seien die Präklusionsvorschriften anwendbar. Im Streitfall sei das  
Verhalten der Beklagten zu 2 mit der Prozessförderungspflicht nach § 138

Abs. 1 ZPO nicht vereinbar und zudem als nachlässig zu beurteilen. Es sei weder ersichtlich noch von den Beklagten erläutert, weshalb es dem Ehemann der Beklagten zu 2 nicht möglich gewesen sei, die Informationen zur angeblichen widerrechtlichen Entnahme schon in erster Instanz zu verschaffen und seine Rechte an die Beklagte zu 2 abzutreten.

10           2.     Diese Beurteilung hält dem Angriff der Nichtzulassungsbeschwerde in einem entscheidenden Punkt nicht stand. Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Beklagten zu einer widerrechtlichen Entnahme zu Unrecht gemäß § 531 ZPO unberücksichtigt gelassen und damit dem Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt.

11           a)     Die erstmalige Geltendmachung des Einwandes der widerrechtlichen Entnahme beruht nicht auf Nachlässigkeit der Beklagten. Nachlässigkeit kann in der Regel nicht angenommen werden, wenn eine Partei erst aufgrund einer während des Berufungsverfahrens erfolgten Abtretung in der Lage war, ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen.

12           Nachlässigkeit im Sinne von § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO ist grundsätzlich zu verneinen, wenn ein neues Angriffs- und Verteidigungsmittel erst nach Schluss der erstinstanzlichen mündlichen Verhandlung entstanden ist (BT-Drucks. 14/4722, S. 101; MünchKommZPO/Rimmelpacher, 3. Auflage, § 531 Rn. 24; Musielak/Ball, ZPO, 8. Auflage, § 531 Rn. 19; Prütting/Oberheim, ZPO, § 531 Rn. 11; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Auflage, § 531 Rn. 30). Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Die Beklagten waren erst aufgrund der in zweiter Instanz erfolgten Abtretung rechtlich in der Lage, aus der von ihnen behaupteten widerrechtlichen Entnahme Einwendungen gegen die Klageansprüche abzuleiten.

13           Allerdings spricht viel dafür, von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen, wenn ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel auf einen abgeschlossenen Lebenssachverhalt gestützt wird und die Möglichkeit, es mit Aussicht auf Erfolg geltend zu machen, nur noch davon abhängt, dass die Partei ein ihr zustehendes materielles Gestaltungsrecht ausübt (vgl. dazu BAG, Urteil vom 9. November 1983 - 5 AZR 355/81, NZA 1985, 130, 131 sowie Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Auflage, § 296 Rn. 44). Wenn der Eintritt einer bestimmten Rechtsfolge nur noch vom Willen des Schuldners abhängt, erschiene es verfehlt, die Rechtzeitigkeit eines auf den Eintritt dieser Rechtsfolge gestützten Angriffs- oder Verteidigungsmittels anhand des Zeitpunktes zu bestimmen, zu dem die Partei von dem ihr zustehenden Gestaltungsrecht Gebrauch gemacht hat. Aus demselben Grund ist es einem Schuldner, der nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung in den Tatsacheninstanzen die Aufrechnung erklärt hat, verwehrt, ein rechtskräftiges Urteil mit der Vollstreckungsgegenklage anzugreifen, wenn schon vor dem genannten Zeitpunkt eine Aufrechnungslage bestanden hat (BGH, Urteil vom 7. Juli 2005 - VII ZR 351/03, BGHZ 163, 339, 342 mwN). Entsprechendes gilt für eine Anfechtung (BGH, Urteil vom 19. November 2003 - VIII ZR 60/03, NJW 2004, 1252, 1253 mwN) und für eine Kündigungserklärung (BGH, Urteil vom 16. November 2005 - VIII ZR 218/04, NJW-RR 2006, 229 Rn. 14). Etwas anderes gilt nur dann, wenn es gerade zum Zweck des Gestaltungsrechts gehört, dem Berechtigten die Entscheidung zu überlassen, zu welchem Zeitpunkt er von seinem Recht Gebrauch macht. Der Beklagte ist deshalb nicht gehalten, vorzeitig von einem ihm für einen bestimmten Zeitraum eingeräumten Optionsrecht Gebrauch zu machen (BGH, Urteil vom 25. Februar 1985 - VIII ZR 116/84, BGHZ 94, 29, 35) oder ein Leistungsverweigerungsrecht aufzugeben, um eine Aufrechnungslage herbeizuführen (BGHZ 163, 339, 343).

Ob bei Gestaltungsrechten auf den Zeitpunkt ihrer Entstehung abzustellen ist, kann im vorliegenden Zusammenhang jedoch dahingestellt bleiben (ebenefalls offen gelassen in BGH, Beschluss vom 30. Juni 2010 - IV ZR 229/07, r+s 2010, 420 Rn. 10; obiter bejaht in BGH, Urteil vom 10. März 2011 - IX ZR 82/10, MDR 2011, 754 Rn. 18). Im Streitfall hing die Möglichkeit zur Geltendmachung des Einwandes nicht allein vom Willen der Beklagten ab. Zur Abtretung der geltend gemachten Rechte am Gegenstand des Klagepatents bedurfte es vielmehr der Mitwirkung des Ehemannes der Beklagten zu 2. In derartigen Konstellationen erschiene es verfehlt, Nachlässigkeit schon deshalb zu bejahen, weil sich eine Partei nicht rechtzeitig um den Erwerb einer bestimmten Rechtsposition im Wege der Abtretung bemüht hat (vgl. dazu Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 22. Auflage, § 296 Rn. 45). Der Umstand, dass die prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften nicht den Zweck verfolgen, auf eine beschleunigte Schaffung der materiellrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen hinzuwirken (BGH, Urteil vom 6. Oktober 2005 - VII ZR 229/03, NJW-RR 2005, 1687; ebenso Musielak/Ball, 8. Auflage, § 531 ZPO Rn. 19; Zöller/Heßler, ZPO, 28. Auflage, § 531 Rn. 30), mag zwar nicht ausschließen, die Ausübung eines der Partei bereits zustehenden materiellrechtlichen Gestaltungsrechts im Rechtsstreit der Pflicht zur Prozessförderung zu unterwerfen. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur beschleunigten Schaffung materiellrechtlicher Voraussetzungen kann den prozessrechtlichen Präklusionsvorschriften jedoch nicht entnommen werden. Folgerichtig hat der Bundesgerichtshof die Präklusion eines Verteidigungsmittels abgelehnt, das der Beklagte erst aufgrund eines von ihm während des Rechtsstreits erwirkten Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses geltend machen konnte (BGH, Urteil vom 10. März 2011 - IX ZR 82/10; MDR 2011, 754 Rn. 18). Für einen Rechtserwerb im Wege der Abtretung kann nichts anderes gelten. Angesichts dessen kann es grundsätzlich nicht als nachlässig im Sinne von § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO angesehen

hen werden, wenn eine Partei von der Möglichkeit, eine zur erfolgversprechenden Geltendmachung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels erforderliche Rechtsposition durch Abtretung zu erwerben, nicht unverzüglich Gebrauch gemacht hat.

15           b) Ob das Berufungsgericht das in Rede stehende Vorbringen aus einem anderen Grund hätte unberücksichtigt lassen dürfen, bedarf keiner Entscheidung.

16           Nach ständiger Rechtsprechung darf eine fehlerhafte Begründung für die Zurückweisung verspäteten Vorbringens vom Rechtsmittelgericht nicht durch eine andere Begründung ersetzt werden (BGH, Beschluss vom 22. April 2010 - I ZR 17/09, GRUR-RR 2010, 400 Rn. 5 - Simply the Best!).

17           c) In der fehlerhaften Zurückweisung des Vorbringens liegt zugleich eine entscheidungsrelevante Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG.

18           Zwar führt nicht jede fehlerhafte Anwendung von Präklusionsvorschriften zu einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Art. 103 Abs. 1 GG ist aber verletzt, wenn eine Zurückweisung von Vorbringen als verspätet im Prozessrecht keine Stütze findet (BGH, Beschluss vom 7. Februar 2007 - IV ZR 25/06, NJW-RR 2007, 1033 Rn. 3 mwN).

19           Diese Voraussetzungen liegen im Streitfall vor. Das Berufungsgericht hat die Frage, ob den Beklagten Nachlässigkeit vorzuwerfen ist, nicht nur in einem Einzelfall unzutreffend beurteilt. Es hat vielmehr angenommen, dass die § 531 ZPO zu Grunde liegende Pflicht zur Prozessförderung die Parteien auch dazu anhalten soll, zügig dafür zu sorgen, dass materiellrechtliche Voraussetzungen



für die Geltendmachung eines Angriffs- oder Verteidigungsmittels eintreten.  
Diese Auffassung findet im Gesetz keine Stütze.

- 20            3.    Der Senat hat im Interesse der Verfahrensbeschleunigung von der in § 544 Abs. 7 ZPO eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht im Beschlusswege auszusprechen.

Meier-Beck

Gröning

Bacher

Hoffmann

Schuster

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.12.2008 - 4a O 216/07 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.04.2010 - I-2 U 15/09 -