



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IV ZR 299/04

vom

11. Januar 2006

in dem Rechtsstreit

Der IV. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat durch den Vorsitzenden Richter Terno, die Richter Seiffert, Wendt, die Richterin Dr. Kessal-Wulf und den Richter Felsch

am 11. Januar 2006

beschlossen:

Die Revision der Klägerinnen gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Dresden vom 25. November 2004 wird zugelassen, soweit sie sich gegen die Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld in das Grundstück wenden.

In diesem Umfang wird das vorbezeichnete Urteil gemäß § 544 Abs. 7 ZPO aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen, weil die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Von einer näheren Begründung wird insoweit gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO abgesehen.

Die Klägerinnen tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens, soweit es ohne Erfolg geblieben ist. Insoweit beträgt der Wert des Beschwerdegegenstandes für die Gerichtskosten 179.000 € und für die außergerichtlichen Kosten 1.790.000 € mit der Maßgabe, dass diese im Verhältnis zur Beklagten nur in Höhe von 10% anzusetzen sind.

Gründe:

- 1 I. Die Klägerinnen rügen zu Recht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG durch rechtsfehlerhafte Anwendung der Präklusionsvorschrift des § 531 Abs. 2 ZPO i.V. mit § 529 Abs. 1 Nr. 2 ZPO auf ihr Vorbringen zu dem von der Beklagten behaupteten Werteverfall des belasteten Grundstücks im November/Dezember 2002.
- 2 Im Hinblick auf den Ausnahmecharakter von Präklusionsvorschriften im Zivilprozess ist Art. 103 Abs. 1 GG jedenfalls dann verletzt, wenn die Anwendung einer einfach rechtlichen Präklusionsvorschrift im Einzelfall offenkundig unrichtig ist (BVerfGE 66, 260, 264; 69, 145, 149; BVerfG NJW-RR 1999, 1079; BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 9. Mai 2003 - 1 BvR 2190/00; in Juris dokumentiert).
- 3 So liegt der Fall hier.

- 4 1. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht das Bestreiten des Wertverfalls des haftenden Grundstücks, auf den die Beklagte ihr Nachsicherungsbegehren und ihre spätere Kündigung der Darlehen des Streithelfers gestützt hatte, als neues Vorbringen in der Berufungsinstanz unberücksichtigt gelassen.
- 5 Gegen ein Kündigungsrecht der Beklagten wegen verweigerter Stellung solcher Nachsicherung hat sich erstinstanzlich zunächst der Streithelfer in seinem Schriftsatz vom 16. Februar 2004 gewandt. Daraufhin hat die Beklagte erstmalig nach Schluss der mündlichen Verhandlung im nachgelassenen Schriftsatz vom 12. März 2004 zu dem Wertverfall mit konkreten Zahlenangaben vorgetragen. Das Landgericht hat diesen Parteivortrag, auf den es nach seiner Entscheidung nicht ankam, im Tatbestand nicht als unstrittig behandelt. Das lag schon nach dem Gesamtzusammenhang des gegenseitigen Parteivorbringens auch nahe (§ 138 Abs. 3 ZPO). Jedenfalls kann es den Klägerinnen bei diesem Verfahrensverlauf nicht angelastet werden, in der folgenden, ihr nicht nachgelassenen Erwiderung vom 15. März 2005 diesen - für sie neuen - Vortrag der Beklagten nicht noch ausdrücklich bestritten zu haben. Nach Schluss der mündlichen Verhandlung und ohne einen entsprechenden Schriftsatznachlass waren ihnen zu diesem Zeitpunkt vor der Entscheidungsverkündung nur noch vom Gericht zu beachtende Rechtsausführungen möglich, nicht aber weiterer Sachvortrag - wie ein etwa noch nicht erfolgtes Bestreiten zu einem neuen Tatsachenvortrag der Gegenseite -, den das Berufungsgericht aber von ihnen verlangt. Ein gemäß § 138 Abs. 2 und 3 ZPO als zugestanden zu behandelnder, mithin unstrittiger erstinstanzlicher Vortrag der Beklagten zum Wertverfall durfte insoweit jedenfalls nicht zugrunde gelegt werden.

6 In der Berufungsinstanz ist dieses Vorbringen zum Kündigungsgrund der Beklagten von Anfang an bestritten geblieben. Die Beklagte hat in der Berufungsbegründung auf den vorgenannten nachgelassenen Schriftsatz erster Instanz Bezug genommen. Die Klägerinnen haben demgegenüber zunächst in der Berufungserwiderung den "angeblich wichtigen Kündigungsgrund des zwischenzeitlich eingetretenen Wertverfalls des haftenden Grundstücks" bestritten. Nachdem das Berufungsgericht den Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung auf den 23. September 2004 beschlossen hatte, haben sie mit Schriftsatz vom 16. August 2004 noch einmal ausdrücklich klargestellt, "dass der behauptete Wertverfall weder tatsächlich eingetreten noch nachgewiesen" sei, und sich zum Beweis ihrer Darstellung auf ein Sachverständigengutachten bezogen.

7 Das Berufungsgericht durfte danach nicht von einem erstmaligen Bestreiten in der Berufungsinstanz ausgehen, das wie ein neuer Vortrag hätte gewertet und als verspätet zurückgewiesen werden können.

8 2. Auf dem damit verbundenen Gehörsverstoß kann das Berufungsurteil beruhen. Bei unwirksamer Kündigung fehlte eine Forderung, wegen der die Beklagte vollstrecken könnte. Der Senat vermag die Zurückweisung auch nicht auf einen anderen als den vom Berufungsgericht angegebenen Grund zu stützen. Die Beschwerdeerwiderung hält zwar eine Zurückweisung dieses Vorbringens gemäß §§ 530, 296 Abs. 1 und 4 ZPO für möglich. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf aber das im Rechtszug übergeordnete Gericht weder eine von der Vorinstanz unterlassene Zurückweisung nachholen noch für die Zu-

rückweisung eine andere als die von der Vorinstanz angewandte Vorschrift heranziehen (Senatsbeschluss vom 20. April 2005 - IV ZR 208/04; BGH, Urteile vom 4. Mai 2005 - XII ZR 23/03 - NJW-RR 2005, 1007 unter 2 b bb und 13. Dezember 1989 - VIII ZR 204/82 - NJW 1990, 1302 unter II 2 b bb). Das gilt entgegen der Beschwerdeerwiderung auch, wenn das bei der Präklusionsentscheidung auszuübende Ermessen nach den Umständen reduziert sein sollte. Auch in solchen Fällen bleiben die Ermessensausübung und -entscheidung der unteren Instanz vorbehalten. Im Übrigen lägen auch die Voraussetzungen dieser Präklusionsvorschrift nach dem dargestellten Prozessverlauf nicht vor.

9 II. Die weiteren Angriffe der Beschwerde greifen nach dem zugrunde zu legenden Sach- und Streitstand dagegen nicht durch.

10 1. Die tatrichterlich festgestellte konkludente Sicherungszweckerklärung "zwischen den Parteien und dem Streitverkündeten" für das zur Finanzierung der dritten Kaufpreisrate an diesen ausgereichte Darlehen (Berufungsurteil S. 8) wird maßgeblich von dem Anwaltsschreiben der Klägerinnen vom 29. Juli 1997, das die Beschwerde bei ihren Erwägungen nicht hinreichend berücksichtigt, getragen. Darin schlagen die Klägerinnen - sogar unter Fristsetzung und Ankündigung eventueller gerichtlicher Schritte - diese Änderung ihrer ursprünglichen Sicherungszweckerklärung selbst vor, um die Freigabe des "entsprechenden Kaufpreisanteils" zu erreichen. Diesem Vorschlag entsprechend wurde, nachdem über die Vorfälligkeitsentschädigung Einigkeit erzielt worden war, verfahren und den Klägerinnen so - wie von ihnen mit dieser Abwicklung beabsichtigt - die Tilgung ihres Darlehens bei der Beklagten ermöglicht. Eine

Darlehensvergabe an den Streithelfer ohne zeitgleiche entsprechende dingliche Absicherung kam für die Beklagte ersichtlich nicht in Betracht. Der Vorwurf der Klägerinnen, das Berufungsgericht habe mit dieser Beurteilung gegen Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen, weil es "zentrales Vorbringen" - eine von ihnen verlangte Freistellung für die von ihnen weiter gehaltenen Grundstücksanteile von 10% - "missachtet" habe, trifft nicht zu. Das Berufungsgericht hat sich damit befasst und im Ergebnis eine solche Einschränkung nicht feststellen können (Berufungsurteil S. 9). Dagegen ist nichts zu erinnern. Der Vorschlag über die - dann auch gewählte - Abwicklungsmodalität enthält eine derartige Begrenzung gerade nicht. Etwaige Weigerungen der Klägerinnen gegenüber dem Streithelfer, an einer Grundschuldabsicherung ohne Freistellung mitzuwirken, sind insoweit unerheblich. Zwischen den Parteien bestand, wie auch die Beschwerde einräumt, wegen der Erwerbsfinanzierung kein unmittelbarer Kontakt. Bloße Mitteilungen an die Beklagte über Verhandlungen und gegebenenfalls Vereinbarungen zwischen den Kaufvertragsparteien stellen die Überzeugungsbildung des Berufungsgerichts zu den (auch konkludent) getroffenen Absprachen, wie mit der von den Klägerinnen bestellten Grundschuld und ihrem ursprünglichen Sicherungszweck verfahren werden sollte, nicht entscheidend in Frage. Die behaupteten Freistellungsverpflichtungen des Grundstückserwerbers (Streithelfers) lassen nicht auf die Übernahme entsprechender, die Sicherungszweckerklärung in Frage stellender Pflichten durch die das Geschäftspaket insgesamt finanzierende Bank schließen.

- 11 2. Auf die im Zusammenhang mit dem vom Streithelfer erklärten Rücktritt von den Darlehensverträgen gerügte Verletzung von Verfahrensgrundrechten aus Art. 103 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG kommt

es schließlich - wie auch die Beschwerdeerwiderung zutreffend sieht - nach der vom Berufungsgericht gegebenen Hilfsbegründung nicht an.

Terno

Seiffert

Wendt

Dr. Kessal-Wulf

Felsch

Vorinstanzen:

LG Görlitz, Entscheidung vom 07.04.2004 - 4 O 660/03 -

OLG Dresden, Entscheidung vom 25.11.2004 - 13 U 774/04 -