

84
Für das Nachschlagewerk !
Für die Amtliche Sammlung !

Gesetz: ZPO § 529 Abs 2

Rechtssatz: Entgegen der Rechtsprechung des Reichsgerichts
(RG JW 1936, 3051) ist auch ein in erster Instanz
unterlassenes und dann in der Berufungsinstanz
nachgeholtes blosses Bestreiten als ein neues
Verteidigungsmittel anzusehen, das nach § 529
Abs 2 ZPO wegen Verspätung zurückgewiesen werden
kann.

Aktenzeichen: II ZR 27/53

KG Berlin

Urteil des BGH vom 19. Dezember 1953 - LG Berlin

Verkündet
laut Protokoll
am 19. Dezember 1953
Braun, Justizobersekretär,
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

der Firma B [REDACTED]-D [REDACTED] Stahlhandel GmbH, vertreten
durch ihren Geschäftsführer K [REDACTED], in B [REDACTED]-S [REDACTED],
G [REDACTED]-P [REDACTED]-Str. [REDACTED]

Beklagten, Berufungs- und
Revisionsklägerin,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]-

gegen

den Kaufmann Johannes Dö [REDACTED] in B [REDACTED]-S [REDACTED],
E [REDACTED] Str. [REDACTED]

Kläger, Berufungs- und
Revisionsbeklagten,

-Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED]

hat der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 19. Dezember 1953 unter Mitwirkung des
Senatspräsidenten Dr. Canter und der Bundesrichter Dr. Drost,
Dr. Selowsky, Dr. Delbrück und Dr. Haidinger für Recht erkannt:

1.) Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des
2. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 10. November
1952 hinsichtlich der Kostenentscheidung sowie insoweit auf-
gehoben, als die Beklagte verurteilt worden ist, an den
Kläger mehr als 11.860 DM nebst 9 % Zinsen seit dem 20.
August 1950 zu zahlen.

2.) Im übrigen wird die Revision der Beklagten zurück-
gewiesen.

3.) Der Kläger hat 2/15 der Kosten des 1. und 2. Rechtszuges zu tragen; der Beklagten werden 12/15 der Kosten des 1. und 2. Rechtszuges sowie 12/13 der Kosten der Revision auferlegt. Die Entscheidung über die Tragung der restlichen Kosten (1/15 der Kosten der ersten beiden Instanzen und 1/13 der Kosten der Revisionsinstanz) bleibt dem Berufungsgericht überlassen.

Von Rechts wegen



Tatbestand:

Die in Westberlin ansässige Beklagte kaufte durch Vermittlung des Klägers am 11. Juli 1950 von der Firma Fahrzeug- und Maschinenbau in W [REDACTED] ("F [REDACTED]", früher Stahlwerke) Stahl und Elektroden für 148.000 DM sowie am 19. Juli 1950 von der Firma D [REDACTED] Erz- und Metallunion GmbH in S [REDACTED] ("D [REDACTED]", früher Reichswerke) mehrere hundert Tonnen Hartstahl, und zwar nach der Behauptung des Klägers 500 to für 50.000 DM, nach der Behauptung der Beklagten nur 300 to für 30.000 DM. Die Beklagte gab dem Kläger am 10. Juli 1950 eine Bescheinigung, wonach er für das Geschäft mit den Stahlwerken 7 % der Rechnungsbeträge, für den Kauf bei den Reichswerken 5 % Provision erhalten sollte.

Der Kläger klagte von der Provision zunächst nur einen Teilbetrag von 2.000 DM ein. In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht erhöhte er dann den Klageantrag auf Zahlung von 12.860 DM. In den beiden ersten Instanzen verlangte er ferner von der Beklagten Rechnungslegung über weitere von ihr mit der F [REDACTED] abgeschlossene Geschäfte. Die Beklagte verweigert die Zahlung der Provision mit der Begründung, dass der Kläger sich verpflichtet habe, in D [REDACTED] Warenbegleitpapiere für die Weiterlieferung der Ware in die Ostzone zu beschaffen und dass er dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei. Beide Vorinstanzen haben der Zahlungsklage stattgegeben und die Klage auf Rechnungslegung abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Kläger bittet, erstrebt die Beklagte auch die Abweisung der Zahlungsklage.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht findet die rechtliche Grundlage für den Klaganspruch auf Zahlung der Provision für die Vermittlung der Stahlgeschäfte mit Recht in § 652 BGB. Hiergegen werden von der Beklagten mit der Revision auch keine Angriffe mehr erhoben.

1.) Die Revision greift in erster Linie die auf Grund der Beweisaufnahme getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts an, es sei nicht erwiesen, dass sich der Kläger vertraglich zur Beschaffung der Warenbegleitpapiere für einen Weiterverkauf der Stahlwaren in die Ostzone verpflichtet habe und dass die Möglichkeit der Durchführung dieses Interzonengeschäfts die Grundlage ihrer Vereinbarung gewesen sei.

Die von der Revision hiergegen erhobenen Angriffe bewegen sich durchweg auf tatsächlichem Gebiet und können deshalb in der Revisionsinstanz nicht beachtet werden. Die Feststellungen des Berufungsgerichts lassen weder einen Rechtsfehler, noch einen Trugschluss, noch auch die Ausserachtlassung wesentlichen Auslegungsmaterials erkennen.

2.) Zur Höhe des Klaganspruchs hat das Berufungsgericht ausgeführt, dass die Beklagte mit ihrer eine Beweisaufnahme erfordernden und damit die Erledigung des Rechtsstreits verzögernden Einwendung, sie habe von der D. nicht 500 sondern nur 300 to für 30.000 DM gekauft, in 2. Instanz gemäss den §§ 279, 529 ZPO nicht mehr gehört werden könne, nachdem sie im ersten Rechtszug zwar den Klaganspruch auch der Höhe nach bestritten, damals aber aus grober Nachlässigkeit noch keine genauen Angaben über den tatsächlichen Umfang der von ihr getätigten Geschäfte gemacht habe.

Hiergegen erhebt die Revision mit Recht Einwendungen. Das Berufungsgericht ist allerdings darin beizupflichten, dass das erstinstanzliche Vorbringen der Beklagten, sie bestreite den Klaganspruch auch der Höhe nach, für sich allein noch nicht beachtlich war; da die Beklagte die Stahlgeschäfte, von deren Umfang die Provision abhängt, selbst abgeschlossen hatte, musste sie, wenn sie unter diesem Gesichtspunkt die Höhe der Provision bestreiten wollte, den diesbezüglichen Behauptungen des Klägers positive Angaben entgegensetzen (Stein-Jonas-Schönke ZPO 17. Aufl. § 138 Anm II 2; Baumbach ZPO 20. Aufl. § 138 Anm 4). Das

berufungsgericht geht hiernach zu Recht davon aus, dass die Behauptung des Klägers über den Umfang der Stahlgeschäfte in 1. Instanz als nicht bestritten anzusehen war. Die an einen solchen Tatbestand in § 138 Abs 3 ZPO geknüpfte Fiktion, dass die betreffende Behauptung dann als zugestanden und demgemäss als nicht beweisbedürftig anzusehen ist, hat allerdings nur dann Bestand, wenn das Bestreiten nicht gemäss den §§ 278, 531 ZPO in der ersten oder Berufungsinstanz bis zum Schluss der letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt wird. Dies hat die Beklagte hier in ihrer Berufungsbegründung getan, indem sie dort die Behauptung des Klägers über ihre Bestellung bei der D. mit positiven Gegenangaben bestritten hat. Dem Berufungsgericht ist auch darin zu folgen, dass das Vorbringen dieses neuen Verteidigungsmittels trotz § 531 ZPO einer Zurückweisung wegen Verspätung nach § 529 Abs 2 ZPO zugänglich war. Im Schrifttum und in der Rechtsprechung, auch des Reichsgerichts, wird allerdings die Auffassung vertreten, dass ein blosses in erster Instanz unterlassenes und dann in der Berufungsinstanz nachgeholtes Bestreiten überhaupt kein neues, nach § 529 Abs 2 ZPO zurückweisbares Verteidigungsmittel sei. Dies ergebe sich insbesondere daraus, dass die Parteien nach den §§ 531, 532 ZPO in der Berufungsinstanz nur an das in erster Instanz abgelegte gerichtliche Geständnis gebunden seien, hingegen die in erster Instanz unterbliebenen Erklärungen über Tatsachen in der Berufungsinstanz nachholen könnten (RG JW 1936, 3051; Volkmar in ArbRSpr 1931, 189; Baumbach § 529 Anm 1; Sydow-Busch ZPO 22. Aufl § 529 Anm 3). Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden. Dass allgemein auch das einfache Bestreiten als Verteidigungsmittel anzusehen ist, ist allgemein anerkannt (Stein-Jonas-Schönke § 278 Anm II 1; Baumbach Einl III 7 B; Volkmar in ArbRS 29, 314). Es kann auch nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei einem in der Berufungsinstanz nachgeholten Bestreiten um ein neues Vorbringen im Sinne von § 529 Abs 2 handelt, weil es in erster Instanz noch nicht geltend gemacht war und nunmehr im zweiten Rechtszug neu in den Prozess eingeführt wird (Jonas DR 1949, 999). Es unter-

liegt deshalb in gleicher Weise wie jedes andere neue Angriffs- und Verteidigungsmittel der Möglichkeit der Zurückweisung nach § 529 Abs 2 ZPO. Dem steht auch § 531 ZPO nicht entgegen. Diese Bestimmung besagt nur, dass die bisher unterbliebene oder verweigerte Erklärung wie im ersten Rechtszug nach § 278 ZPO, so auch noch in der Berufungsinstanz nachgeholt werden kann, ohne dass die Voraussetzungen des § 290 ZPO vorzuliegen brauchen (Stein-Jonas-Schönke § 138 Anm II 3). Diese Möglichkeit der Nachholung unterliegt aber in der Berufungsinstanz ebenso der Einschränkung des § 529 Abs 2 ZPO wie in erster Instanz der des § 279 ZPO. Hierauf weist auch schon die Erwägung hin, dass der mit diesen Bestimmungen erstrebte Beschleunigungszweck nur unzulänglich erreicht werden könnte, wenn es den Parteien freistünde durch verspätetes Bestreiten nachträglich noch eine Beweiserhebung zu veranlassen und dadurch das Verfahren zu verzögern (so auch Volkmar ArbRS 29, 314; Rosenberg, Lehrb des Zivilprozessrechts 5. Aufl S 319, 512, 634; Weinberger DR 1942, 1004; hinsichtlich § 279 ZPO auch Stein-Jonas-Schönke § 288 Anm I, 2).

Die Revision rügt aber mit Recht, dass das Berufungsgericht bei Anwendung der §§ 279, 529 Abs 2 ZPO den Rechtsbegriff der groben Nachlässigkeit verkannt hat. Der Kläger hat im ersten Rechtszug zunächst nur eine Teilklage über 2.000 DM erhoben. Erst als ihm in der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht das Armenrecht für seine Zahlungsansprüche in voller Höhe bewilligt wurde, erweiterte er seine Zahlungsklage in diesem Termin ohne vorherige schriftsätzliche Ankündigung auf den ganzen Betrag von 12.860 DM, worauf die Beklagte dann ihrer Berufungsbegründung einwandte, dass sie von der Beklagten eine geringere Menge als die vom Kläger angegebene gekauft habe. Bei dem das Berufungsgericht bei diesem Prozessverlauf der Auffassung war, es sei eine grobe Nachlässigkeit der Beklagten, dass sie dieses Verteidigungsmittel nicht schon im ersten Rechtszug vorgebracht habe, so liegt hierin eine Verkennung des Begriffs der groben Fahrlässigkeit. Die Beklagte kann sich mit Recht darauf berufen, dass sie im ersten Rechtszug noch keine Veranlassung hatte, den Prozeßstoff schon mit diesem Vorbringen zu belasten.

weil dieses Verteidigungsmittel für den bis zur letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht allein streitigen Teilbetrag ohne jede Bedeutung war. Da die in diesem Termin vorgenommene Klageerhöhung entgegen den §§ 129, 132 ZPO nicht rechtzeitig durch Schriftsatz angekündigt war, kann eine grobe Nachlässigkeit der Beklagten auch nicht darin gesehen werden, dass sie ihr Verteidigungsmittel nun nicht gleich in diesem Termin vorbrachte. In der hiernach schlechterdings nicht haltbaren Annahme einer groben Nachlässigkeit liegt ein vom Revisionsgericht nachprüfbarer Verfahrensverstoss (RG SeuffA 82 Nr 54; WarnR 1930 Nr 83; Stein-Jonas-Schönke § 529 Anm III, 6; Rosenberg S 635; Jonas DR 1942, 999 und JW 1930, 3153; Reinberger DR 1941, 1041).

Insoweit war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, während im übrigen die Revision der Beklagten zurückzuweisen war.

Die Kostenteilentscheidung ergibt sich aus den §§ 92, 97 ZPO.

Dr. Canter Dr.Drost Dr.Selowsky Dr.Delbrück Dr.Haidinger