

4

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 528 Abs. 3, 379

Unterläßt das Gericht erster Instanz die Vernehmung von Zeugen wegen Nichteinzahlung des von der Partei geforderten Auslagenvorschusses, so liegt hierin keine Zurückweisung des Antrages auf Vernehmung der Zeugen im Sinne des § 528 Abs. 3 ZPO.

BGH, Urt. v. 17. Oktober 1979 - VIII ZR 221/78 - OLG Frankfurt/M.
LG Hanau

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 221/78

URTEIL

Verkündet am
17. Oktober 1979
Scheibl,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Arbeiters Ömer Ö[REDACTED], G[REDACTED] Straße [REDACTED]
bei Frau Ruth D[REDACTED] in H[REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Hanifi K[REDACTED], W[REDACTED]straße [REDACTED] in H[REDACTED],
2. Halil S[REDACTED], H[REDACTED] Straße [REDACTED] in A[REDACTED],
3. Cemil S[REDACTED], H[REDACTED] Straße [REDACTED] in A[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

4

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 1979
durch den Vorsitzenden Richter Braxmaier und die
Richter Dr. Hiddemann, Hoffmann, Wolf und Treier

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das
Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlan-
desgerichts Frankfurt am Main vom
7. Juni 1978 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhand-
lung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Im Sommer 1976 verhandelte der Kläger mit den Be-
klagten wegen des Erwerbs einer Gaststätte. Er leistete
auf den vorgesehenen Kaufpreis eine Anzahlung. Zum Ab-
schluß eines Kaufvertrages kam es nicht.

Mit der Klage macht der Kläger den Anspruch auf
Rückzahlung der Anzahlung geltend. Er behauptet, den
Beklagten 10 500 DM überlassen zu haben. Die Beklagten
bestreiten, vom Kläger mehr als 3 000 DM erhalten zu



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

haben. Sie verweigern die Zahlung dieses Betrages bis zur Herausgabe einer ihnen gehörigen Verstärkeranlage, welche der Kläger besitzt.

Das Landgericht hat die Beklagten verurteilt, an den Kläger 3 000 DM zu zahlen Zug um Zug gegen Herausgabe der Verstärkeranlage. Es hat angenommen, der Kläger habe nicht bewiesen, mehr als 3 000 DM an die Beklagten gezahlt zu haben. Der Einzelrichter hatte nach § 273 ZPO die Ladung von vier vom Kläger benannten und von zehn von den Beklagten benannten Zeugen zur Klärung der Frage angeordnet, ob der Kläger den Beklagten 10 500 DM oder nur 3 000 DM gezahlt hatte. Da der Kläger den von ihm gemäß § 379 ZPO geforderten Auslagenvorschuß nicht entrichtete, hat er die Zeugen nicht geladen.

Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, erstrebt der Kläger die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

Entscheidungsgründe

1. a) Das Berufungsgericht meint, die Vernehmung der vier Zeugen, die der Kläger im ersten Rechtszug benannt und auf welcher er in der zweiten Instanz bestanden habe, sei nicht mehr statthaft, weil das Unterlassen der Vernehmung durch das Landgericht einer

Zurückweisung des Beweisantrages nach § 296 ZPO gleichkomme. Die Beweisaufnahme sei nämlich ebenso wie im Fall ausdrücklicher Zurückweisung des Beweismittels unterblieben aus Gründen, welche der Kläger zu vertreten habe. Dieser könne nicht besser gestellt werden als wenn er den Antrag auf Vernehmung der Zeugen in der mündlichen Verhandlung wiederholt hätte. Dann hätte er nämlich mit den Beweismitteln nach § 296 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen werden müssen.

b) Hiergegen wendet die Revision sich mit Erfolg.

Die durch Art. 1 Nr. 66 des Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 3. Dezember 1976 (BGBl I, 3281) eingeführte Vorschrift des § 528 Abs. 3 ZPO verfolgt allerdings das Ziel, Entscheidungen der ersten Instanz, durch die der Verfahrensverzögerung entgegen gewirkt wird, Bestandskraft auch für den zweiten Rechtszug zu verleihen, um das Ansteigen von Berufungen zu vermeiden und damit zu verhindern, daß der Schwerpunkt des Prozesses in die Rechtsmittelinstanz verlagert wird (vgl. Entwurf der Bundesregierung vom 5. November 1974 zur Vereinfachungsnovelle, BT-Drucks. 7/2729 S. 39, 41). Eine solche Sanktion ist aber nur unter der gesetzlichen Voraussetzung vertretbar, daß das Gericht erster Instanz ausdrücklich darüber entschieden hat, ob es gerechtfertigt ist, die Partei mit den Angriffs- oder Verteidigungsmitteln auszuschließen. Eine solche Entscheidung liegt hier nicht vor.

Der Antrag auf Vernehmung der vier vom Kläger benannten Zeugen ist vom Landgericht nicht zurückgewiesen worden. Die Vernehmung ist vielmehr wegen Nichteinzahlung des vom Kläger geforderten Auslagenvorschusses lediglich unterblieben. In einem solchen Fall wird die Partei im Gegensatz zur Zurückweisung nach § 296 ZPO mit dem Beweismittel nicht ausgeschlossen. Die Zeugen werden zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Partei am Unterlassen der Vorschußzahlung ein Verschulden trifft, nicht geladen (§ 379 Satz 2 ZPO), die Partei kann die Zeugen aber zum Termin stellen oder bis zur letzten mündlichen Verhandlung den Antrag auf Zeugenvernehmung aufrechterhalten. Das Gericht hat dann darüber zu entscheiden, ob es dem Beweisantrag noch stattgibt oder ihn unter den Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 ZPO zurückweist. Geschieht das letztere, so hat das Berufungsgericht, wenn der Beweisantrag im zweiten Rechtszug wiederholt wird, nach § 528 Abs. 3 ZPO die Zurückweisung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Es kann aber nicht eine in erster Instanz getroffene Entscheidung "nachholen" und damit sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des erstinstanzlichen Richters setzen. Erst recht nicht darf es - wie hier - die Anwendung des § 528 Abs. 3 ZPO mit Mutmaßungen darüber begründen, wie das Landgericht entschieden haben würde, wenn die Partei ihre Zeugen nachträglich gestellt oder wenn sie in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt hätte, sie bestehe auf der Vernehmung der Zeugen und bitte um Vertagung des Termins. Nach dem klaren Wortlaut des § 528 Abs. 3 ZPO darf es nur überprüfen, ob eine etwaige Zurückweisung des Beweisantrages durch die erste Instanz zu Recht vorgenommen worden ist.

4

Zutreffend hat schon der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs ausgesprochen, daß der Anwendungsbereich des § 528 Abs. 3 ZPO auf dasjenige Vorbringen beschränkt ist, das bereits Gegenstand einer Entscheidung nach § 296 ZPO war, und daß Vorbringen, das im ersten Rechtszug aus anderen Gründen als den in § 296 Abs. 1 und 2 ZPO genannten nicht berücksichtigt worden ist, von § 528 Abs. 3 ZPO nicht erfaßt wird (VI ZR 223/78 vom 10. Juli 1979 = NJW 1979, 2109). Eine Gleichstellung des bloßen Unterbleibens der Zeugenladung nach § 379 ZPO scheidet schon deshalb aus, weil die Gründe, aus denen die Zahlung des Auslagenvorschusses unterbleibt, mannigfacher Art sein können und keineswegs stets auf grober Nachlässigkeit (vgl. § 296 Abs. 2 ZPO) beruhen müssen.

c) Da die Anwendung des § 528 Abs. 3 ZPO nicht gerechtfertigt ist, braucht der im Schrifttum umstrittenen Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung nicht nachgegangen zu werden (vgl. hierzu einerseits Lampenscherf MDR 1978, 365 und Franzki DRiZ 1977, 161, 166, andererseits Baumbach/Lauterbach/Albers, ZPO, 37. Aufl. § 528 Anm. 4 A).

2. a) Der Kläger hat in einem nach Ablauf der Berufungsbegründungsfrist eingereichten Schriftsatz einen weiteren Zeugen (Ahmet Anayagmur) benannt. Das Berufungsgericht hat dessen Vernehmung nach § 527 ZPO in Verbindung mit § 296 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen.

b) Auch hiergegen wendet die Revision sich mit Erfolg.

Die Zurückweisung setzte voraus, daß der Rechtsstreit gerade durch die Vernehmung des Zeugen An[REDACTED] verzögert wurde. Da nach den Ausführungen zu 1 b) ohnehin eine Beweisaufnahme durch Vernehmung der bereits im ersten Rechtszug vom Kläger benannten vier Zeugen hätte stattfinden müssen, wäre durch die Vernehmung des An[REDACTED] der Rechtsstreit nicht verzögert worden.

3. Das Berufungsurteil war deshalb auf die Revision des Klägers aufzuheben. Die Sache war zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses hat auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden.

Braxmaier

Dr. Hiddemann

Hoffmann

Wolf

Treier