

Nachschlagewerk: ja
 BGHZ : nein

ZPO § 272 b

Vorbereitende Maßnahmen nach § 272 b ZPO kommen im allgemeinen nur dann in Betracht, wenn durch einzelne Beweismittel bestimmte klar hervortretende Streitpunkte in der mündlichen Verhandlung geklärt werden können.

BGH, Urt. v. 9. Juni 1971 - VIII ZR 25/70 - OLG Hamm
 LG Essen

24

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 25/70

URTEIL

Verkündet am
9. Juni 1971
Scheibl,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Heinz D [REDACTED] in M [REDACTED],
E [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

die Firma G [REDACTED] H [REDACTED] N.V.,
vertreten durch ihren Geschäftsführer J. G [REDACTED] in B [REDACTED] -
[REDACTED] (L.), L [REDACTED]weg [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

24

- 2 -

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 9. Juni 1971 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Haidinger sowie der Bundesrichter Dr. Gelhaar, Dr. Mezger, Mormann und Dr. Hiddemann

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 1. Dezember 1969 wird auf Kosten des Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin lieferte dem Beklagten im Jahre 1965 für die Hühnerleistungsprüfanstalt Ei [REDACTED] Hühnerställe und stellte hierfür insgesamt 47 585,50 Holländische Gulden in Rechnung. Da der Beklagte diesen Betrag nicht beglich, erhob die Klägerin Klage auf Zahlung eines Teilbetrages von 40 000 DM nebst Zinsen. Der die Klage begründende Schriftsatz der Klägerin ging den Prozeßbevollmächtigten des Beklagten im ersten Rechtszuge am 15. Februar 1968 zu. Im ersten Verhandlungstermin vom 21. Mai 1968 vor der Kammer für Handelssachen, an die der Rechtsstreit verwiesen worden war, überreichten die Prozeßbevollmächtigten des



Beklagten einen Schriftsatz, in dem ohne Angabe von Einzelheiten Mängelrügen erhoben wurden. Die Kammer für Handelssachen verkündete in diesem Termin einen Beschluß, dessen Nr. 1 lautet:

"Dem Beklagten wird nahegelegt, die Klageerwidlung zu ergänzen und die vorgetragenen Mängel substantiierter vorzutragen und evtl. weiteren Beweis anzutreten, und zwar binnen einer Ausschußfrist bis zum 15. Juni 1968."

Der Beklagte kam dem Beschluß nicht nach. Darauf gab das Landgericht durch Urteil vom 20. August 1968 der Klage statt.

In der Berufungsbegründung vom 20. Dezember 1968 nahm sodann der Beklagte eingehend zur Klage Stellung. Nachdem die Klägerin mit dem am 24. April 1969 eingegangenen Schriftsatz erwidert und der Beklagte sich nochmals am 24. Juni 1969 ausführlich geäußert hatte, ließ er im Termin vom 30. Juni 1969 gegen sich Versäumnisurteil ergehen. Gegen das Versäumnisurteil legte er sodann am 14. Juli 1969 Einspruch ein. Außerdem reichte er am 21. November 1969 einen weiteren Schriftsatz sowie zwei Aktenordner mit Korrespondenz ein.

Durch Urteil vom 1. Dezember 1969 wies das Berufungsgericht die Berufung zurück.

Mit seiner Revision, deren Zurückweisung die Klägerin erstrebt, verfolgt der Beklagte sein Begehren auf Abweisung der Klage weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision ist nicht begründet.

1. Das Berufungsgericht hat das gesamte Vorbringen des Beklagten im zweiten Rechtszug nicht zugelassen, weil die Berücksichtigung des neuen Tatsachenstoffs die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und dem Beklagten jedenfalls grobe Nachlässigkeit bei der Führung des Prozesses im ersten Rechtszuge vorzuwerfen sei. Sein Vortrag im ersten Rechtszuge habe jeder substantiierten Darlegung der vom Beklagten beabsichtigten Einwendungen gegen die Kaufpreisforderung der Klägerin entbehrt. Im zweiten Rechtszuge habe der Beklagte nicht einmal versucht, sein Verhalten im ersten Rechtszuge zu entschuldigen und seine Säumnis verständlich zu machen. Soweit der Beklagte sein neues Vorbringen im zweiten Rechtszuge nicht in der Berufungsbegründung, sondern erst in späteren Schriftsätzen mitgeteilt habe, greife überdies § 529 Abs. 3 ZPO ein. Die von dem Beklagten im zweiten Rechtszuge schließlich noch geltend gemachte Aufrechnung mit von der Klägerin bestrittenen Schadensersatzansprüchen sei nach § 529 Abs. 5 ZPO nicht zuzulassen gewesen. Die Klägerin habe der Zulassung dieser Einwendung widersprochen. Die Geltendmachung in dem anhängigen Verfahren sei auch nicht sachdienlich.

2. Wie die Revision nicht verkennt, reichte der einzige im ersten Rechtszuge eingereichte Schriftsatz des Beklagten nicht aus, um seine Einwendungen gegen

die ihm von der Klägerin erteilten Rechnungen ausreichend zu substantiieren. Die Revision zeigt auch nicht auf, daß der Vortrag der von dem Beklagten erst im zweiten Rechtszuge näher erläuterten Einwendungen aus anderen Gründen als grober Nachlässigkeit, sei es des Beklagten selbst, sei es seines Prozeßbevollmächtigten, im ersten Rechtszuge unterblieben war. Die Revision stützt sich daher lediglich darauf, daß die Berücksichtigung des Vorbringens des Beklagten im zweiten Rechtszuge die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert hätte, wenn der Vorsitzende des Berufungsgerichts von den ihm nach § 272 b ZPO zustehenden Befugnissen Gebrauch gemacht hätte, um den Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht vom 1. Dezember 1969, auf den das Urteil erging, ausreichend vorzubereiten. Sie meint, es könne nicht zu Lasten des Beklagten gehen, daß der Vorsitzende des Berufungsgerichts von den ihm zustehenden Befugnissen keinen Gebrauch gemacht habe.

3. Der Bundesgerichtshof hat mehrfach ausgesprochen, daß das Berufungsgericht einen erst in der Berufungsbegründung angetretenen Zeugenbeweis oder Beweis durch Parteivernehmung nicht gemäß § 529 Abs. 2 ZPO zurückweisen darf, wenn der Zeuge oder die Partei nach § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO rechtzeitig zum Verhandlungstermin geladen werden konnte (BGH Urt. vom 11. November 1954 - III ZR 100/53 - LM ZPO § 272 b Nr. 2; vom 15. Dezember 1956 - IV ZR 160/56 - LM ZPO § 272 b Nr. 3; vom 3. Oktober 1963 - VII ZR 202/62 - LM ZPO § 529 Nr. 21; ebenso BAG Urt. vom 24. April 1970 - 3 AZR 328/69 - Betrieb 1970, 1886). Dieser Recht-

sprechung liegt ersichtlich der Gedanke zugrunde, von der Bestimmung des § 529 Abs. 2-5 ZPO, die der Beschleunigung des Prozesses den Vorrang einräumt vor der erschöpfenden Prüfung des Parteivorbringens und damit vor der Richtigkeit der Entscheidung, nur einen vorsichtigen Gebrauch zu machen. Ist es also möglich und nach der Sachlage angebracht, eine Verzögerung dadurch auszugleichen, daß die zügige Erledigung des Rechtsstreits durch Vorbereitung des Verhandlungstermins mittels der in § 272 b ZPO vorgesehenen Maßnahmen herbeigeführt werden kann, so muß der Vorsitzende eine solche Vorbereitung vornehmen. Wird sie unterlassen, so liegt darin ein Rechtsfehler des Berufungsgerichts, der die Revision begründet.

Die angeführten Urteile des Bundesgerichtshofs bezogen sich durchweg auf Sachverhalte, in denen es jeweils nur um die Klärung bestimmter Punkte durch Vernehmung weniger Zeugen oder einer Partei ging. Demgegenüber ist hier das gesamte, sehr umfangreiche Parteivorbringen des Beklagten mit zahlreichen Beweisantritten erst im zweiten Rechtszug in den Rechtsstreit eingeführt worden. Es bleibt daher zu prüfen, ob auch in einem derartigen Falle der Vorsitzende verpflichtet ist, von der Vorschrift des § 272 b ZPO Gebrauch zu machen, um es auf diese Weise einer Partei, die im ersten Rechtszuge in Verschleppungsabsicht oder aus grober Nachlässigkeit den erforderlichen Sachvortrag unterlassen hatte, zu ermöglichen, doch noch mit ihrem sachlichen Vorbringen gehört zu werden. Der erkennende Senat hat in zwei Urteilen (vom 25. März 1964 - VIII ZR 247/62 und vom 24. November 1969 - VIII ZR 205/67 - BGH Warn 1969 Nr. 315) die aufgeworfene Frage

verneint (ebenso: Egon Schneider JurBüro 1969, 802; OLG Düsseldorf JMBL NW 1969, 136; OLG München ZZP 82, 156). Der erkennende Senat hat dazu in dem an zweiter Stelle angeführten Urteil ausgesprochen, § 272 b ZPO mache dem Vorsitzenden oder Einzelrichter nur zur Pflicht, solche Maßnahmen zu treffen, die angebracht erscheinen, um die Sache tunlichst in einer Verhandlung zum Abschluß zu bringen. Nicht gewollt sei dagegen, daß im Wege des § 272 b ZPO umfangreiche Beweisaufnahmen vorgenommen würden, deren übereilte Anordnung sogar erst recht die Gefahr einer Verzögerung des Rechtsstreits mit sich bringen könne. An dieser Auffassung hält der erkennende Senat fest.

§ 272 b ZPO stellt es in das pflichtgemäße Ermessen des Vorsitzenden oder des Einzelrichters, ob er eine der in dieser Vorschrift genannten vorbereitenden Maßnahmen anordnen will oder nicht. Die angeführte Bestimmung besagt nicht, daß der Vorsitzende grundsätzlich gehalten sein soll, alles zu tun, damit eine erforderlich werdende Beweisaufnahme möglichst schon in der ersten mündlichen Verhandlung durchgeführt werden kann. Ihm ist lediglich die Pflicht auferlegt, vor jeder mündlichen Verhandlung zu prüfen, ob es zweckmäßig erscheint, bestimmte Beweismittel zu dieser Verhandlung vorsorglich bereitzustellen. In- des muß er es tunlich vermeiden, mit den von ihm getroffenen Maßnahmen in unzulässiger Weise der Entscheidung des Kollegiums vorzugreifen, denn es ist grundsätzlich Aufgabe des voll besetzten Gerichts, nach mündlicher Verhandlung darüber zu beraten und zu entscheiden, welche der von den Parteien aufge-

stellten Behauptungen für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sind und des Beweises bedürfen (ebenso OLG Düsseldorf aaO; Egon Schneider aaO). Es entspricht demnach nicht dem Sinn des § 272 b ZPO, wenn auch in umfangreichen Sachen ein Mitglied des Gerichts vorab bestimmt, worüber in der mündlichen Verhandlung Beweis erhoben werden soll. Daraus folgt aber, daß nicht alle von den Parteien benannten Beweismittel rein vorsorglich bereitgestellt werden müssen, obwohl das Kollegium möglicherweise nach Beratung nur einen Teil von ihnen benötigt. Vorbereitende Maßnahmen nach § 272 b ZPO kommen vielmehr in aller Regel nur dann in Betracht, wenn durch einzelne Beweismittel bestimmte klar hervortretende Streitpunkte in der mündlichen Verhandlung geklärt werden können.

Wenn - wie hier - nahezu die gesamte Einlassung des Beklagten aus grober Nachlässigkeit erstmals im Berufungsrechtszuge vorgebracht wird, so ist es nicht die Aufgabe des Vorsitzenden des Berufungsgerichts oder des von ihm bestellten Einzelrichters, eine umfangreiche Beweisaufnahme in der ersten mündlichen Verhandlung zu ermöglichen, nur um den säumigen Beklagten davor zu bewahren, daß sein Vorbringen unberücksichtigt bleibt. Die säumige Partei kann dem Gericht nicht vorschreiben, welches Verfahren es einzuschlagen hat. Da es im allgemeinen zweckmäßiger ist, eine umfangreiche Beweisaufnahme erst nach mündlicher Verhandlung und nach Beratung seitens des voll besetzten Gerichts durch Beweisbeschluß anzuordnen (§ 358 ZPO), kann die Partei, die im ersten Rechtszuge mit ihrem Vorbringen zurückgehalten hatte, nicht bean-

spruchen, daß zu ihren Gunsten ein anderes Verfahren angewandt wird. Daß ihr Vorbringen in einem solchen Falle bei der Entscheidung des Rechtsstreits überhaupt nicht berücksichtigt wird, ist vom Gesetz bewußt vorgesehen worden, um der grob nachlässigen oder gar absichtlichen Prozeßverschleppung entgegenzuwirken.

4. Allerdings hat das Berufungsgericht zur Rechtfertigung seiner Annahme, daß eine Verzögerung des Rechtsstreits eintreten würde, lediglich angeführt, daß die vom Beklagten angetretenen Beweise erhoben werden müßten. Ob eine solche Begründung ausreichen kann, erscheint zweifelhaft, weil die Verzögerung nachprüfbar festgestellt werden und erkennbar sein muß, daß sich das Berufungsgericht zumindest der Möglichkeit bewußt gewesen ist, eine Verzögerung durch vorbereitende Maßnahmen nach § 272 b ZPO zu vermeiden (vgl. die angeführten BGH Urt. vom 11. November 1954 und 15. Dezember 1956 - LM ZPO § 272 b Nr. 2 und 3; ferner BGHZ 31, 210, 214 und BGH Urt. vom 7. Oktober 1966 - VI ZR 33/65 - VersR 1967, 60). Gleichwohl bleibt hier die Rüge der Verletzung des § 529 ZPO im Ergebnis ohne Erfolg, denn nach dem gegebenen Sachverhalt ist es offensichtlich, daß eine Verzögerung des Rechtsstreits auch nicht durch Maßnahmen nach § 272 b ZPO vermieden werden konnte.

a) Allein wegen des Ausmaßes der erforderlichen Sachaufklärung waren prozeßleitende Anordnungen nicht angebracht. Die Nachprüfung des umfangreichen, völlig neuen Sachvortrags des Beklagten hätte die Vernehmung von 6 Zeugen, von denen 2 im Ausland ansässig waren,

sowie die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich gemacht. Die Anordnung einer derartig umfangreichen Beweisaufnahme im Wege der prozeßleitenden Verfügung ist aber nicht Aufgabe des Vorsitzenden oder des Einzelrichters.

b) Eine vorbereitende Ladung der Zeugen zu dem ersten Verhandlungstermin war außerdem schon deshalb nicht angebracht, weil das Erscheinen der im Ausland wohnenden Zeugen vor einem deutschen Gericht nicht erzwingbar ist. Vielmehr hat die Vernehmung ausländischer Zeugen grundsätzlich gemäß § 363 ZPO durch diplomatisches Ersuchen zu erfolgen. Für ein solches diplomatisches Ersuchen bietet aber § 272 b ZPO keine Rechtsgrundlage.

Außerdem wäre die Durchführung eines diplomatischen Ersuchens vor dem ersten Termin auch aus zeitlichen Gründen hier nicht möglich gewesen. Denn die ausländischen Zeugen sind als Gegenzeugen erst in der Berufungserwiderung benannt worden. Zwischen dem Eingang der Berufungserwiderung und dem ersten Verhandlungstermin lagen nur 2 Monate. Die Zeit zwischen dem Eingang des Einspruchs gegen das Versäumnisurteil vom 30. Juni 1969 und dem Verhandlungstermin vom 1. Dezember 1969 muß außer Betracht bleiben. Die Frage der Verzögerung ist unabhängig davon zu beurteilen, daß der Beklagte durch sein Nichtverhandeln einen zweiten Termin erzwungen hat. Der Beklagte kann nicht dadurch, daß er ein Versäumnisurteil gegen sich ergehen läßt, die Folgen seiner nachlässigen Prozeßführung im ersten Rechtszug umgehen.

c) Die 10 Tage vor dem zweiten Termin im Berufungsverfahren vom Beklagten überreichte Korrespondenz könnte nur dann von Bedeutung sein, wenn sie für sich allein geeignet wäre, die Richtigkeit des Vorbringens des Beklagten zu erhärten. Alsdann entfielen die Notwendigkeit einer weiteren Beweisaufnahme und damit einer Verzögerung des Rechtsstreits. Die Korrespondenz enthält jedoch allenfalls Hinweise auf den zwischen den Parteien streitigen Umfang der Vertragspflichten der Klägerin und die Mängelrügen der Beklagten. Über das Vorhandensein von Mängeln und ein Anerkenntnis dieser Mängel seitens der Klägerin ist der Korrespondenz nach den eigenen Angaben des Beklagten nichts zu entnehmen.

Die verfahrensrechtliche Behandlung der Sache durch das Berufungsgericht ist mithin nicht zu beanstanden. Die Revision des Beklagten kann daher keinen Erfolg haben. Vielmehr muß sie zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung über die Kosten beruht auf
§ 97 ZPO.

Dr. Haidinger

Dr. Gelhaar

Dr. Mezger

Mormann

Dr. Hiddemann