

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 528 Abs. 1

Eine entsprechende Anwendung des § 528 Abs. 1 ZPO ist
grundsätzlich nicht möglich.

BGH, Urt. v. 12. Februar 1981 - VII ZR 112/80 - OLG Frankfurt a.M.
LG Darmstadt

j

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 112/80

URTEIL

Verkündet am
12. Februar 1981
Kühn,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Walter K [REDACTED],
S [REDACTED]straße [REDACTED], O [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägers
und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H [REDACTED] E [REDACTED] GmbH,
O [REDACTED]straße [REDACTED], R [REDACTED], vertreten durch ihren
Geschäftsführer Horst H [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

89

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Meise, Dr. Recken, Doerry und Bliesener

für Recht erkannt:

Auf die Rechtsmittel des Beklagten werden die Urteile des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main - 12. Zivilsenat in Darmstadt - vom 21. Februar 1980 und der 3. Zivilkammer des Landgerichts Darmstadt vom 28. September 1978 einschließlich des Verfahrens aufgehoben, soweit der Beklagte verurteilt worden ist.

Auch in diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Landgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin hat für den Beklagten Elektroinstallationsarbeiten ausgeführt. Sie hat 10.409,51 DM Restwerklohn und 365,18 DM Wechselkosten, zusammen 10.774,69 DM nebst Zinsen, eingeklagt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Die Ladung zur Verhandlung vom 28. September 1978 vor dem Landgericht wurde dem Prozeßbevollmächtigten des Beklagten am 4. August 1978 zugestellt zusammen mit einer "auf Anordnung" ergangenen Mitteilung der Geschäftsstelle des Landgerichts vom 31. Juli 1978, der Rechtsstreit sei zur Feriensache erklärt worden, der Beklagte werde aufgefordert, binnen zwei Wochen nach Zustellung der beigefügten Klagebegründung darauf zu erwidern. Am 27. September 1978 - also nach Fristablauf - ging die Klageerwidernung vom 26. September 1978 bei Gericht ein. In ihr beanstandete der Beklagte die Rechnungen der Klägerin und rügte 21 Werkmängel unter Hinweis auf einen beigefügten "Abnahme- und Aufmaßbericht" einer Ingenieurfirma vom 7. August 1978. Im selben Schriftsatz hat der Beklagte Widerklage auf Zahlung von 12.987,48 DM nebst Zinsen erhoben, weil die Klägerin um diese Summe überzahlt sei.

Das Landgericht hat der Klägerin auf die Klage 7.125,07 DM nebst Zinsen zugesprochen. Die weitergehende Klage und die Widerklage hat es abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen, soweit sie die Entscheidung zur Klage betrifft. Im übrigen, d.h. also im Kostenpunkt und zur Widerklage, hat das Oberlandesgericht das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Berufung, an das Landgericht zurückverwiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt der Beklagte seinen Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter. Die Widerklage ist in dieser Instanz nicht im Streit.

ja

Entscheidungsgründe:

I.

Das Landgericht hat bei seiner Entscheidung insgesamt die Klageerwiderung unberücksichtigt gelassen, aber nicht wegen Verspätung, sondern deswegen, weil der Beklagte für die von ihm behauptete Unvollständigkeit und Mangelhaftigkeit des Werks der Klägerin keinen Beweis angetreten habe. Das Berufungsgericht billigt das im Ergebnis, soweit es sich um die Klage handelt, und führt dazu aus: Das Landgericht würde, auch wenn der Beklagte Beweis angetreten hätte, das Vorbringen der Klageerwiderung trotzdem mit Recht unberücksichtigt gelassen haben, weil es verspätet gewesen sei (§§ 275 Abs. 1; 296 Abs. 1 ZPO). Die Verspätung sei nicht genügend entschuldigt worden. Die Berücksichtigung der Klageerwiderung würde wegen der dann notwendigen Beweisaufnahme die Erledigung der Klage verzögert haben. Allerdings hätte der Schriftsatz wegen des darin enthaltenen gleichen Vorbringens zur Widerklage berücksichtigt werden müssen. Über die Klage hätte aber durch Teilurteil entschieden werden können und müssen. Die Frage, ob das Landgericht den Beklagten auch zur Klage auf das Fehlen eines Beweisantritts hätte hinweisen müssen (§ 139 ZPO), sei zu verneinen, könne aber letztlich ebenso dahingestellt bleiben wie die Frage, ob es etwa an einer Abnahme fehle und das Landgericht daher die Beweislast verkannt habe. Mit der Berufung könne der Beklagte nicht erreichen, daß sein vom Landgericht im Ergebnis zu Recht unberücksichtigt gelassener Vortrag doch noch berücksichtigt werde. Sei die Begründung des Landgerichts richtig, so sei der Beweisantritt in der Berufungsinstanz neu und daher gemäß

§ 528 Abs. 1 ZPO nicht zuzulassen. Sollte aber, was das Berufungsgericht offen läßt und was daher für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist, das Landgericht die Nichtberücksichtigung der Klageerwiderung irrig auf das Fehlen eines Beweisantritts gestützt haben, z.B. wegen Verkennung der Beweislast, während es sie richtigerweise auf die §§ 275 Abs. 1, 296 Abs. 1 ZPO (Verspätung) hätte stützen können und müssen, so dürfe dem Beklagten aus einem solchen Fehler des Landgerichts kein Vorteil im zweiten Rechtszug erwachsen. Dann könne und müsse das Berufungsgericht § 528 Abs. 1 ZPO entsprechend anwenden. Nur so könnten ungerechtfertigte Vorteile für den verspätet Vorbringenden vermieden werden. Das stehe nicht im Widerspruch zur allgemein angenommenen Unanfechtbarkeit der Zulassung verspäteten Vorbringens erster Instanz; denn hier sei das Vorbringen vom Landgericht weder ausdrücklich zugelassen noch berücksichtigt worden.

II.

Die Revision hat aus drei - voneinander unabhängigen - Gründen Erfolg.

1. Die Fristsetzung durch die Geschäftsstelle des Landgerichts war unwirksam. Zu einer wirksamen Fristsetzung gemäß § 275 Abs. 1 ZPO, welche nach fruchtlosem Fristablauf dazu führt, daß verspätetes Vorbringen gemäß § 296 Abs. 1 zurückzuweisen ist, bedarf es nach gefestigter Rechtsprechung des Senats der Zustellung einer beglaubigten Abschrift der richterlichen Verfügung (BGHZ 76, 236, 241; BGH NJW 1980, 1960 Nr. 12; 1981, 286; Senatsurteil vom 18. Dezember 1980 - VII ZR 92/80 -). Daran fehlt es hier.

2. § 296 Abs. 1 ZPO war hier für das Landgericht auch deswegen unanwendbar, weil die Verspätung die Erledigung "des Rechtsstreits" nicht verzögern konnte. Dasselbe Vorbringen in der Klageerwiderung, mit dem der Beklagte die Klage bekämpfte, war nämlich auch Grundlage seiner Widerklage. Wie das Berufungsgericht nicht verkannt hat, durfte das Landgericht das Vorbringen zur Widerklage weder wegen Verspätung noch mangels Beweisantritts unberücksichtigt lassen. Die Widerklage ist nämlich kein Angriffsmittel im Sinne des § 296 ZPO. Sie ist bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung zulässig (Stein/Jonas, ZPO, 19. Aufl., § 33 I 3, § 278 II 1; Baumbach/Hartmann, ZPO, 39. Aufl., Anhang zu § 253 Anm. 1 B § 282 Anm. 2; Thomas/Putzo, ZPO, 11. Aufl., § 146 Anm. 2 a). Das Landgericht hätte nach § 139 Abs. 1 ZPO den Beklagten auf das (etwaige) Fehlen eines Beweisantritts hinweisen müssen. Die Ansicht der Revision, in dem der Klageerwiderung beigelegten "Abnahme- und Aufmaßbericht" sei ein Beweisantritt zu sehen, geht fehl. Möglicherweise trug aber der Beklagte mangels Abnahme nicht die Beweislast. Das Berufungsgericht hat daher mit Recht das landgerichtliche Urteil zur Widerklage aufgehoben und die Sache insoweit an das Landgericht zurückverwiesen.

Damit zeigt sich, daß der Rechtsstreit noch nicht im ganzen entscheidungsreif war. Dann aber ist § 296 Abs. 1 ZPO nicht anwendbar (BGHZ 77, 306). Bei Klage und Widerklage, die miteinander in Sachzusammenhang stehen müssen (§ 33 Abs. 1 ZPO), dürfen verspätete Angriffs- und Verteidigungsmittel nicht durch ein allein die Klage oder die Widerklage betreffendes Teilurteil zurückgewiesen werden.

Hier ergeben sich im Übrigen weitere Bedenken gegen die Zulässigkeit eines Teilurteils allein zur Klage daraus, daß das Vorbringen des Beklagten gegen die Klage und für die Widerklage identisch war.

3. Ein weiterer Rechtsfehler des Berufungsgerichts liegt darin, daß es § 528 Abs. 1 ZPO entsprechend angewendet hat. Eine unmittelbare Anwendung ist hier in der Tat nicht möglich. Da nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht auszuschließen ist, daß der Beklagte mangels Abnahme nicht die Beweislast trägt, kommt eine Zurückweisung des erst in 2. Instanz erfolgten Beweisantritts in solchem Fall nicht in Betracht. Das Vorbringen der Klageerwiderung war aber nicht neu im Sinne des § 528 Abs. 1 und 2 ZPO, weil es bereits in erster Instanz vorlag.

Für eine entsprechende Anwendung des § 528 Abs. 1 ZPO ist grundsätzlich kein Raum. Die Präklusionsvorschriften der §§ 296, 528 ZPO beschweren die säumige Partei erheblich. Sie erlauben daher keine entsprechende Anwendung (vgl. BGH NJW 1979, 2109, 2110). Nur dann, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen einer Ausschließung strikt erfüllt sind, können der säumigen Partei die nachteiligen Folgen gemäß den §§ 296, 527, 528 ZPO zugemutet werden (vgl. BGHZ 76, 236, 239 f).

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Gesetzes können Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug bis zum Schluß der letzten mündlichen Verhandlung vorgetragen worden sind, nicht nachträglich durch das Rechtsmittelgericht als verspätet zurückgewiesen werden.

Die Entscheidung darüber obliegt allein dem Richter des ersten Rechtszuges. Das Rechtsmittelgericht ist nicht befugt, eine im ersten Rechtszug nicht getroffene Entscheidung über die Zulassung nachzuholen und damit sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des erstinstanzlichen Richters zu setzen (BGH NJW 1980, 343, 344). Nur die ausdrückliche Nichtzulassung von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln durch den erstinstanzlichen Richter unterliegt der rechtlichen Überprüfung durch das Rechtsmittelgericht. Das gilt auch dann, wenn das späte Vorbringen in 1. Instanz aus anderen Gründen als wegen Verspätung unberücksichtigt geblieben ist (vgl. BGH NJW 1980, 343, 344; Putzo, NJW 1977, 1, 7, f; Baumbach/Albers, § 528 Anm. 4 C), etwa, weil es für unerheblich gehalten worden ist. Das Berufungsgericht hat gemäß § 528 Abs. 1 ZPO über das Vorbringen zu entscheiden, das erstmals in der Berufungsinstanz vorgetragen worden ist. Diese Vorschrift kann somit nicht entsprechend auf erstinstanzliches Vorbringen angewendet werden.

III.

Nach alledem können die Urteile der Vorinstanzen keinen Bestand haben, soweit sie die Klage betreffen. Sie sind insoweit samt dem Verfahren aufzuheben, und

die Sache ist auch insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung, zugleich über die Kosten der Revision, an das Landgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Meise

Recken

Doerry

Bliesener