

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 528 Abs. 1

Wird die fehlende, aber notwendige Aufgliederung eines Klageantrages in der Berufungsinstanz nachgeholt, so ist das kein neues "Angriffs- und Verteidigungsmittel" im Sinne von § 528 Abs. 1 ZPO (Bestätigung der Senatsrechtsprechung - Urteil vom 12. Juli 1962 - VII ZR 80/61 = VersR 1962, 1086).

BGH, Urteil vom 14. Januar 1993 - VII ZR 118/91 - OLG Bamberg
LG Bayreuth

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VII ZR 118/91

Verkündet am:
14. Januar 1993
Seelinger-Schardt
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Januar 1993 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Dr. Thode, Hausmann und Dr. Wiebel

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Bamberg vom 19. Februar 1991 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin errichtete 1980 für die Beklagte zu 1 (künftig: Beklagte) ein Gebäude in B. Bei der Abrechnung kam es zu Differenzen. Aufgrund einer Vereinbarung leitete die Klägerin der Beklagten zwecks Auszahlung des offenen Restwerklohns von 103.000 DM eine Bankbürgschaft zu. Da die Beklagte nicht leistete und die Bank den Bürgschaftsbetrag zugunsten beider Beteiligten hinterlegte, hatten die Parteien jeweils auf Freigabe an sich geklagt. Die Beklagte hatte im Rahmen ihrer Widerklage zusätzlich Zahlung von 75.433,38 DM begehrt.

Nachdem der Streit über den hinterlegten Betrag durch Teilurteil zugunsten der Klägerin rechtskräftig entschieden worden war, verfolgte die Beklagte ihr Widerklagebegehren in Höhe von nunmehr 175.433,38 DM weiter. Dabei machte sie 35.397 DM als Kostenvorschuß zur Beseitigung von Mängeln, 151.700 DM als Wertminderung und 91.336,38 DM als Teilforderung für zuviel berechneten Baustahl geltend; von dem Gesamtbetrag von 278.433,38 DM zog sie den noch offenen Restwerklohn von 103.000 DM ab.

Das Landgericht hatte nach vorangegangenen mehrfachen Hinweisen auf die fehlende Schlüssigkeit der Widerklage zunächst einen Beweisbeschluß über Grund und Höhe erlassen. Vor endgültiger Bestellung eines Sachverständigen hat es nach Hinweis auf die fehlende Bestimmtheit des Gegenstandes der Widerklage den Beweisbeschluß aufgehoben und die Widerklage abgewiesen. Hiergegen hat die Beklagte Berufung ein-

gelegt. Wenige Tage vor der mündlichen Verhandlung hat sie ihren Widerklageantrag aufgegliedert. Sie hat nunmehr 187.097 DM begehrt, nämlich 35.397 DM als Kostenvorschuß und 151.700 DM als Wertminderung; ihren Anspruch auf Ersatz angeblich zuviel berechneten Stahls hat sie gegen die Restwerklohnforderung der Klägerin aufgerechnet. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit ihrer Revision verfolgt die Beklagte ihr Zahlungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg; sie führt zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

Das Berufungsgericht meint, der Streitgegenstand der Widerklage sei zunächst im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO nicht hinreichend bestimmt gewesen. Dieser Mangel sei durch die konkrete Aufgliederung im Schriftsatz vom 18. Januar 1991 behoben; die Widerklage sei jetzt zulässig. Dies stelle allerdings neues Vorbringen dar, das nach § 528 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen werden könne. Das Vorbringen zur Bestimmung des Streitgegenstandes der Widerklage sei im ersten Rechtszug entgegen der mehrfach hierfür gesetzten

Frist nicht vorgetragen worden. Seine Zulassung würde die Erledigung des Rechtsstreites erheblich verzögern.

II.

Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe § 528 Abs. 1 ZPO zu Unrecht angewandt, ist begründet.

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes bezieht sich § 528 Abs. 1 ZPO schon seinem Wortlaut nach nur auf Angriffs- und Verteidigungsmittel, nicht aber auf den Angriff oder die Verteidigung selbst (vgl. BGH Senatsurteil vom 12. Februar 1981 - VII ZR 112/80 = NJW 1981, 1217 und Urteil vom 23. April 1986 - VIII ZR 93/85 = NJW 1986, 2257, 2258). Eine im zweiten Rechtszug vorgenommene Aufgliederung, durch die eine Klage erst in die den Voraussetzungen des § 253 ZPO entsprechende Form gebracht wird, ist kein neues "Angriffs- und Verteidigungsmittel" im Sinne von § 528 Abs. 1 ZPO (Senatsurteil vom 12. Juli 1962 - VII ZR 80/61 = VersR 1962, 1086; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO 20. Aufl. § 527 Rdn. 6; Wieczorek/Rössler, ZPO 2. Aufl. § 527 Anm. A II; MünchKomm-ZPO/Rimmelspacher § 527 Rdn. 13; Zöllner/Schneider, ZPO 17. Aufl. § 528 Rdn. 8). In einer solchen Aufgliederung des Streitgegenstandes liegt kein neues Vorbringen; es ist vielmehr der Angriff selbst (Senatsurteil vom 12. Juli 1962 aaO). Dieses Urteil ist zwar zu § 529 ZPO in der Fassung vor der Vereinfachungsnovelle von 1976 ergangen. Die Novelle hat sachlich insoweit aber nichts geändert (vgl. BGH Urteil vom 23. April 1986 - VIII ZR 93/85 = NJW 1986, 2257, 2258).

2. Das Berufungsgericht hat die Widerklage in Übereinstimmung mit dem Landgericht zunächst wegen Fehlens der nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO notwendigen Bestimmtheit des Streitgegenstandes der Widerklage als unzulässig angesehen, da nicht erkennbar war, mit welcher der in der Widerklage zusammengefaßten streitigen Forderungen der Beklagten der unstreitige Restwerklohnanspruch der Klägerin verrechnet werden sollte. Diese Aufgliederung hat die Beklagte in ihrem Schriftsatz vom 18. Januar 1991 nachgeholt; sie hat erklärt, sie mache die Ansprüche auf Kostenvorschuß in Höhe von 35.397 DM und auf Wertminderung in Höhe von 151.700 DM uneingeschränkt geltend, während sie mit ihrem Anspruch wegen angeblich zuviel berechneten Stahls gegen die offene Restwerklohnforderung aufrechne. Diese mit einer Erweiterung des Widerklagebegehrens verbundene Klarstellung enthält kein neues Vorbringen zur Sache. Vielmehr ordnet die Beklagte ihr bisheriges Begehren in einer § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügenden Weise.

Das Berufungsgericht hätte daher die im Schriftsatz vom 18. Januar 1991 vorgenommene Aufgliederung des Widerklageantrags beachten und entweder den Rechtsstreit an das Landgericht zurückverweisen oder in der Sache entscheiden müssen (§§ 538, 540 ZPO).

III.

Nach alledem ist das Urteil des Berufungsgerichts aufzuheben. Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da das Berufungsgericht keine Feststellungen zu den

Gewährleistungsansprüchen der Beklagten sowie zu ihrer angeblichen Verjährung getroffen hat.

Lang

Quack

Thode

Hausmann

Wiebel