

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 2

Das Gericht kann Angriffs- und Verteidigungsmittel, die innerhalb der gemäß § 282 Abs. 2 ZPO zu beachtenden Frist mitgeteilt werden, nicht mit der Begründung zurückweisen, es hätte "aktueller" vorgetragen werden müssen.

BGH, Urteil vom 20. März 1997 - VII ZR 205/96 - OLG Jena  
LG Mühlhausen

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## VERSÄUMNISURTEIL

VII ZR 205/96

Verkündet am:  
20. März 1997  
Heinzelmann  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

S [REDACTED] B [REDACTED], B [REDACTED] und S [REDACTED] GmbH, vertreten durch die  
Geschäftsführer Rainer S [REDACTED] und Katrin K [REDACTED], Gewerbe-  
biet S [REDACTED], Im F [REDACTED], S [REDACTED]

Beklagte und Revisionsklägerin,

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

gegen

K [REDACTED] B [REDACTED] mbH, vertreten durch den Geschäfts-  
führer Herbert K [REDACTED], R [REDACTED] weg [REDACTED] B [REDACTED],

Klägerin und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter  
II. Instanz:

Rechtsanwalt [REDACTED], [REDACTED]  
[REDACTED], [REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. März 1997 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Prof. Dr. Thode, Dr. Haß und Dr. Kuffer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Thüringer Oberlandesgerichts in Jena vom 22. Mai 1996 aufgehoben.

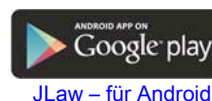
Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Kosten für die Rechtsmittelzüge werden nicht erhoben (§ 8 Abs. 1 Satz 1 GKG).

Von Rechts wegen



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



Tatbestand:

Die Klägerin verlangt von der Beklagten restlichen Werklohn in Höhe von 182.336,41 DM aus zwei Bauverträgen. Der Bauvertrag vom 4. Juni 1992 beinhaltet die Lieferung und Montage einer Schnellbauhalle. Mit weiterem Vertrag vom 8. Oktober 1992 wurde der Klägerin der Auftrag zur Gründung und Herstellung einer Bodenplatte für diese Halle erteilt.

Die Beklagte hat ihren Antrag auf Klagabweisung damit begründet, daß das Gewerk noch nicht abgenommen sei. Es lägen zudem Mängel vor. Unter anderem sei die Dachrinne nicht fachgerecht montiert und defekt, so daß bei Regen starke Durchfeuchtungserscheinungen entstünden. Im hinteren Hallenbereich zeigten sich Fundamentsabsetzungen. Es komme dadurch zu Rißbildungen. Das Landgericht hat über die streitigen Mängel die Begutachtung durch einen Sachverständigen angeordnet. Dieser führte am 23. Juni 1994 eine Ortsbesichtigung durch. Mit Schriftsatz vom 10. März 1995 teilte die Beklagte mit, daß sich am Gebäude ein weiterer Mangel gezeigt habe, den der Sachverständige berücksichtigen müsse. Die Dämmung hinter den Trapezblechen sei vollkommen durchnäßt und es trete Wasser hervor. Offenkundig sei entweder der Regenwasserlauf in der Dachtraufe falsch gesteuert oder der Abschluß vom Dach zur Wand sei undicht. Das sei erst erkannt worden, nachdem längere Regenfälle vorausgegangen seien. Der Sachverständige möge sein Gutachten dahin erweitern, welcher Aufwand und welche Kosten für die Mängelbeseitigung insofern aufgewendet werden müßten.

Das am 3. April 1995 beim Gericht eingegangene Sachverständigengutachten wurde den Prozeßbevollmächtigten der Parteien am 18. April 1995 "mit Gelegenheit zur Stellungnahme binnen 3 Wochen" zugestellt. Der Beklagtenvertreter beantragte am 24. Mai 1995 die Frist zur Stellungnahme bis 21. Juni 1995 zu verlängern, weil sich der verantwortliche Geschäftsführer der Beklagten bis 7. Juni 1995 in Urlaub befinde. Das Landgericht bestimmte am 26. Mai 1995 Termin zur mündlichen Verhandlung auf 7. Juli 1995. Mit Schriftsatz vom 13. Juni 1995 teilte der Beklagtenvertreter mit, daß an den Außenwänden des gesamten Objekts starke Rißbildungen aufgetreten seien, die erst in den letzten vier bis fünf Wochen verstärkt zum Vorschein gekommen seien, so daß der Gutachter sie bei der Ortsbesichtigung noch gar nicht habe erkennen können. Es sei unerlässlich, daß der Gutachter zumindest nachträglich die Rißbildung wenigstens in Augenschein nehme. Es stehe zu befürchten, daß die Fundamentierung insgesamt unzureichend sei. Der Klägerevertreter erwiderte hierauf mit Schriftsatz vom 21. Juni 1995, der Sachverständigen habe in 2.5. des Gutachtens zu den angeblichen Rißbildungen Stellung genommen. Dem sei nichts zuzufügen. Der Mängelinwand diene lediglich der Verzögerung der Prozeßführung.

Im Termin vom 7. Juli 1995 beantragte der Beklagtenvertreter, die Klage abzuweisen, hilfsweise Verurteilung Zug um Zug gegen Beseitigung genau bezeichneter Rißbildungen sowie der Durchfeuchtung der Dämmung im Wandbereich der Halle zur Hofseite.

Das Landgericht hat der Klage in Höhe von 180.745,18 DM stattgegeben. Den Hilfsantrag hat es mit folgenden Erwägungen abgewiesen: Soweit mit den Rißbildungen die Risse gemeint sein sollten hinsichtlich derer bereits (vorher) vorgetragen worden war, habe der Sachverständige Rißbildungen von der Qualität eines Mangels nicht festgestellt. Soweit damit andere Risse gemeint sein sollten, wäre "etwa (ein) in der Nennung der Risse liegender Vortrag als Verstoß gegen die Prozeßförderungspflicht gemäß § 282 ZPO (als) verspätet zurückzuweisen". Auf die Risse habe die Beklagte im Schriftsatz vom 13. Juni 1995 hingewiesen, dies aber nicht näher spezifiziert. Die Spezifizierung sei erst im Termin vom 7. Juli 1995 erfolgt. Der Antrag auf Ergänzung des Sachverständigengutachtens im Schriftsatz vom 13. Juni 1995 könne zurückgewiesen werden, wenn eine solche Antragstellung rechtsmißbräuchlich sei. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn sie geeignet sei, den Prozeß zu verschleppen. Davon sei hier auszugehen. Die Beklagte habe auf die Rißbildung erstmals hingewiesen, als ihr die Ladung zum Termin vom 7. Juli 1995 am 2. Juni 1995 zugestellt worden sei. Im Schriftsatz vom 13. Juni 1995 habe die Beklagte selbst vorgetragen, daß die Rißbildung in einem Zeitraum von vier bis fünf Wochen zuvor eingetreten sei. Dann hätte aber "schon zu diesem Zeitraum aktueller Vortrag gehalten werden können." Soweit die Beklagte Mängel der Feuchtigkeit der Dämmung hinter den Trapezblechen geltend mache, sei dem Antrag auf Ergänzung des Sachverständigengutachtens nicht nachzugehen, weil die Beklagte keine Mängelbeseitigungskosten vorgetragen habe und nicht ersichtlich sei, welche Gegeneinwendungen sie geltend machen wolle.

Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten, die das Urteil insoweit angegriffen hat, als ihr die Anerkennung des Leistungsverweigerungsrechts in Höhe von 150.000 DM wegen der im Hilfsantrag bezeichneten Mängel versagt wurde, zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die Revision der Beklagten, mit der sie ihr Berufungsbegehren weiterverfolgt.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Oberlandesgericht.

Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft das Vorbringen der Beklagten gemäß § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen. Das Landgericht hatte das Beklagtenvorbringen zu Unrecht als verspätet zurückgewiesen.

I.

Das Berufungsgericht führt aus, die Beklagte habe gegenüber der Klagforderung kein Zurückbehaltungsrecht wegen von ihr behaupteter neu aufgetretener Mängel. Ihr Tatsa-

chenvortrag bleibe im Berufungsverfahren ausgeschlossen, da er im ersten Rechtszug zu Recht als verspätet zurückgewiesen worden sei (§ 528 Abs. 3, 296 Abs. 2, 282 Abs. 2 ZPO). Die Beklagte habe gegen ihre Prozeßförderungspflicht gemäß § 282 Abs. 2 ZPO verstoßen. Sie habe diese Mängel erst in der mündlichen Verhandlung am 7. Juli 1995 konkret bezeichnet. Die Beklagte hätte die Mängel jedoch so rechtzeitig mitteilen müssen, daß die Klägerin noch vor der Verhandlung die erforderlichen Erkundigungen hätte einziehen können. Die Mitteilung hätte mindestens zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung erfolgen müssen. Zwar sei der Schriftsatz der Beklagten vom 13. Juni 1995 dem Klägervertreter jedenfalls zwei Wochen vor der mündlichen Verhandlung zugegangen, wie sich aus dessen Erwiderung vom 21. Juni 1995 ergebe. Dieser Schriftsatz lasse aber nicht erkennen, ob es sich um neue Rißbildungen gehandelt habe. Es habe sich deshalb für die Klägerin weder eine prozessuale Notwendigkeit noch eine tatsächliche Möglichkeit ergeben, gezielte Erkundigungen einzuziehen.

Die Zulassung des verspäteten Vorbringens hätte den Rechtsstreit verzögert, da ein ergänzendes Sachverständigengutachten eingeholt und ein weiterer Verhandlungstermin hätte anberaumt werden müssen. Die Verspätung beruhe auf grober Nachlässigkeit der Beklagten. Nach ihrem eigenen Sachvortrag hätten sich die behaupteten Risse bereits im Frühjahr 1995 gezeigt. Angesichts der sichtbaren Vergrößerung der Risse Mitte Mai 1995 hätte zu diesen sowie den behaupteten neu aufgetretenen Durchfeuchtungen unverzüglich vorgetragen werden müssen.

II.

Diese Beurteilung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

Das Landgericht hat nicht ausgeführt, worauf es die Zurückweisung des Vorbringens als verspätet stützt. Das Berufungsgericht ist der Ansicht, die Voraussetzungen der §§ 296 Abs. 2, 282 Abs. 2 ZPO seien hier gegeben gewesen. Dies ist nicht der Fall.

Gemäß § 296 Abs. 2 ZPO können Angriffs- und Verteidigungsmittel, die entgegen § 282 Abs. 1 nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 nicht rechtzeitig mitgeteilt werden, zurückgewiesen werden, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht. Die Beklagte hat ihre Verteidigungsmittel weder verspätet mitgeteilt noch beruht die vom Berufungsgericht angenommene Verspätung auf grober Nachlässigkeit der Beklagten.

1. Hinsichtlich der Verspätung kommt hier nur ein Verstoß gegen § 282 Abs. 2 ZPO in Betracht. Danach müssen in Anwaltsprozessen solche Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorherige Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, vor der mündlichen Verhandlung so zeitig durch vorbereitende Schriftsätze mitgeteilt werden, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag. Die mit § 282 ZPO korrespondieren-

de Schriftsatzfrist des § 132 Abs. 1 ZPO, deren bloße Nichteinhaltung allein jedoch nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes die Zurückweisung noch nicht rechtfertigt (vgl. BGH, Urteil vom 28. September 1988 - IV a ZR 88/87 = NJW 1989, 716, 717) ist hier, was vom Berufungsgericht auch nicht verkannt wird, beachtet; denn der Schriftsatz vom 13. Juni 1995 ist, wie auch die Erwiderung der Klägerin vom 21. Juni 1995 ergibt, noch rechtzeitig im Sinne des § 132 Abs. 1 ZPO vor dem Termin vom 7. Juli 1995 eingereicht worden. Soweit das Berufungsgericht eine längere Frist für geboten hält, beruft es sich zu Unrecht auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. Dezember 1991 (IV a ZR 282/80 = NJW 1982, 1533, 1534), die einen anders gelagerten Sachverhalt betrifft. Die Beschreibung der Mängel im Schriftsatz vom 13. Juni 1995 war auch hinreichend genau. Die Klägerin konnte darauf eingehen und ist darauf eingegangen. Die Revision weist zu Recht darauf hin, daß das Landgericht bei bestehenden Zweifeln nach § 139 ZPO hätte hinweisen können. Da hier nur die Frist des § 132 Abs. 1 ZPO zu beachten war, durfte das innerhalb dieser Frist eingereichte Vorbringen nicht als verspätet behandelt werden. Im vorliegenden Fall ist es darüber hinaus auch un-erfindlich, weswegen der Klägerin noch eine weitere, vom Berufungsgericht nicht näher genannte Frist zur Äußerung eingeräumt werden sollte, um gezielte Erkundigungen einzuziehen. Die Klägerin hat sich im Schriftsatz vom 21. Juni 1995 zum Vorbringen der Beklagten in deren Schriftsatz vom 13. Juni 1995 geäußert. Sie hat sich nicht darauf berufen, daß sie noch weitere Erkundigungen einholen müßte.

2. Die vom Berufungsgericht angenommene Verspätung würde zudem auch nicht auf grober Nachlässigkeit der Beklagten beruhen.

Grob nachlässig im Sinne des § 296 Abs. 2 ZPO handelt die Partei, wenn sie ihre Prozeßförderungspflicht in besonders hohem Maße vernachlässigt, also dasjenige unterläßt, was jeder Partei nach dem Stand des Verfahrens als notwendig hätte einleuchten müssen (BGH, Urteil vom 24. September 1986 - VIII ZR 255/85 = WM 1986, 1509, 1510; Zöller/Gummer, ZPO, 20. Aufl., § 528 Rdn. 23 m.w.N.). Davon kann hier nicht die Rede sein. Die Beklagte hat noch vor Erstellung des Sachverständigengutachtens mitgeteilt, daß neue Feuchtigkeitismängel aufgetreten seien, die der Sachverständige nicht habe erkennen können, und die weitere Begutachtung durch den Sachverständigen beantragt. Nach Eingang des Sachverständigengutachtens hat sie zwar nicht innerhalb der Frist zur Stellungnahme, die im übrigen nicht der gebotenen Form entsprach (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 13. März 1980 - VII ZR 147/79 = BGHZ 76, 236), jedoch innerhalb der von ihr beantragten Fristverlängerung mit Schriftsatz vom 13. Juni 1995 mitgeteilt, daß im gesamten Objekt Rißbildungen aufgetreten seien, die sich in den letzten vier bis fünf Wochen verstärkt hätten. Insoweit hat die Beklagte beantragt, der Sachverständige möge diese jedenfalls in Augenschein nehmen.

Wenn das Landgericht schon diesem Antrag nicht nachkam, wäre es jedenfalls geboten gewesen, gemäß § 411 Abs. 3 ZPO die mündliche Erläuterung des Gutachtens durch den Sachverständigen zu veranlassen.

III.

Nach alldem durfte das Landgericht das Vorbringen der Beklagten im Schriftsatz vom 13. Juni 1995 nicht als verspätet zurückweisen. Das Vorbringen war daher im zweiten Rechtszug nicht nach §§ 528 Abs. 3, 296 Abs. 2 ZPO ausgeschlossen.

Lang

Quack

Thode

Haß

Kuffer