

9
Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO § 528 Abs. 3

Für eine "entsprechende" Anwendung des § 528 Abs. 3 ZPO
ist grundsätzlich kein Raum (im Anschluß an BGH NJW
1979, 2109, 2110).

BGH, Urt. v. 12. Februar 1981 - VII ZR 208/80 - OLG Frankfurt/M.
LG Hanau

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 208/80

URTEIL

Verkündet am
12. Februar 1981
Werner,
Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma D [REDACTED] - Bau GmbH, K [REDACTED]straße ●,
E [REDACTED], vertreten durch ihre Geschäftsführerin
Lina T [REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin,
Revisionsklägerin und Anschluß-
revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma B [REDACTED] - Gerüstbau Jürgen M [REDACTED] GmbH,
S [REDACTED]weg [REDACTED], F [REDACTED], vertreten
durch ihren Geschäftsführer Jürgen M [REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte,
Revisionsbeklagte und Anschluß-
revisionsklägerin,

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

9

- 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 Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 2. Mai 1980 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil der Beklagten erkannt worden ist.

In diesem Umfang wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Anschlußrevision der Klägerin wird zurückgewiesen.

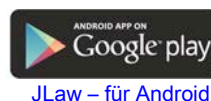
Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin rüstete im Jahre 1977 im Auftrag der Beklagten drei Neubauten mit Stahlrohrgerüsten ein. Die VOB/B (1973) ist Bestandteil des Auftrags. Auf die Schlußrechnung der Klägerin über restliche 5.475,26 DM überwies die Beklagte am 23. Dezember 1977 als Schlußzahlung noch



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



2.028,22 DM. Mit Schreiben vom 9. Februar 1978 bestand die Klägerin auf ihrer Restforderung.

Die Klägerin hat 3.491,04 DM Restwerklohn nebst Zinsen eingeklagt. Die Beklagte hat dagegen einen Skontoabzug von 1.182,70 DM geltend gemacht und mit 2.135,55 DM Schadensersatz aufgerechnet.

In einem am 7. November 1978 verkündeten Auflagen- und Beweisbeschluß hat das Landgericht der Beklagten aufgegeben, binnen zwei Wochen darzulegen, wann im einzelnen Rechnungen von der Klägerin erteilt und von der Beklagten bezahlt worden seien. Die Beklagte ist dieser Auflage in erster Instanz nicht nachgekommen.

Das Landgericht hat - unter Klageabweisung im übrigen - der Klägerin 1.524,61 DM nebst Zinsen zugesprochen. Die Beklagte hat Berufung eingelegt. In der Berufungsbegründung hat sie die Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung (§ 16 VOB/B) erhoben und auch die vom Landgericht aufgegebenen Angaben nachgeholt. Das Oberlandesgericht hat der Klägerin nur 1.311,49 DM nebst Zinsen zuerkannt und die Klage in Höhe von weiteren 213,12 DM abgewiesen.

Mit der - zugelassenen - Revision erstrebt die Beklagte weiterhin die volle Abweisung der Klage. Die Klägerin begehrt mit der Anschlußrevision die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Beide Parteien beantragen, das gegnerische Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

I.

(Zur Revision der Beklagten)

Das Berufungsgericht führt aus:

Soweit die Beklagte einen Skontoeinbehalt geltend mache, sei eine Nichtzulassung des zweitinstanzlichen Vorbringens gemäß § 528 Abs. 1 oder 2 ZPO nicht in Betracht gekommen, weil über eine zur Aufrechnung gestellte Forderung der Beklagten Beweis zu erheben gewesen sei und daher die Berücksichtigung des verspäteten Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert haben würde. Dieses Vorbringen sei jedoch gemäß § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen.

Diese Regelung sei auch auf solche Fälle anzuwenden, in denen wie hier eine Sanktion des erstinstanzlichen Gerichts gemäß § 296 Abs. 1 ZPO durch Nichtvorbringen unterlaufen worden sei, möglicherweise in der Absicht, die ergänzenden Angaben erst in der Berufungsinstanz vorzubringen. Der eindeutige Wortlaut des § 528 Abs. 3 ZPO hindere nicht die Ausdehnung des Ausschlusses auf in erster Instanz nicht vorgebrachte Angriffs- oder Verteidigungsmittel, welche dort zurückzuweisen gewesen wären. Der Fall, daß der Richter erster Instanz nur deshalb keine Sanktion habe verhängen können, weil es an einem Vorbringen der Partei gefehlt habe, sei im Gesetz nicht geregelt. Insofern liege infolge einer zu engen Fassung des § 528 Abs. 3 ZPO eine im Wege ergänzender Auslegung zu schließende Wertungslücke vor. Wenn nämlich

schon ein immerhin bereits in erster Instanz vorgebrachtes Angriffs- oder Verteidigungsmittel wegen Verspätung nicht zugelassen werde, so müsse erst recht ein trotz Fristsetzung in erster Instanz zurückgehaltenes Vorbringen, welches gemäß § 296 ZPO zurückzuweisen gewesen wäre, für das Rechtsmittelgericht ausgeschlossen bleiben. Andernfalls träte eine Besserstellung derjenigen Partei ein, die bewußt einer Verfahrenskonzentration zuwidergehandelt habe. Demgemäß habe das Rechtsmittelgericht nach dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG im Rahmen des § 528 Abs. 3 ZPO die Entscheidung nachzuholen, zu der es in erster Instanz wegen Zurückhaltens von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln nicht gekommen sei.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Allerdings irrt sie, wenn sie meint, der Beklagten sei vom Landgericht eine Frist zur Substantiierung der Skontoabzüge mangels Zustellung des Auflagebeschlusses nicht wirksam gesetzt worden. Ein verkündeter Beschluß bedarf zu seinem Wirksamwerden nicht der Zustellung (§ 329 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

2. Die Beklagte hatte zwar im ersten Rechtszug entgegen einer hierfür gesetzten Frist (§ 273 Abs. 2 Nr. 1 ZPO) die Daten der Rechnungsstellungen und Zahlungen nicht vorgetragen (§ 528 Abs. 1 ZPO). Das verspätete Vorbringen hätte aber dennoch im zweiten Rechtszug zugelassen werden müssen, weil seine Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert hätte. Das hat das Berufungsgericht richtig erkannt.

3. Das verspätete Vorbringen der Beklagten ist aber auch nicht gemäß § 528 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen.

a) Nach dieser Bestimmung setzt der Ausschluß voraus, daß die Angriffs- oder Verteidigungsmittel bereits im ersten Rechtszug zurückgewiesen worden sind. Sie müssen also bereits im ersten Rechtszug vorgebracht worden sein. Die Bestimmung erstreckt sich ausdrücklich und bewußt allein auf "altes" Vorbringen und verleiht der erstinstanzlichen Zurückweisung Bestandskraft (vgl. BGHZ 76, 133, 139). Nur bei strikter Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen ist die harte Sanktion des Ausschlusses vertretbar (BGH NJW 1980, 343, 344; BGHZ 76, 236, 239). § 528 Abs. 3 ZPO erlaubt wegen seines Ausnahmecharakters keine ergänzende Auslegung zur Ausfüllung einer vermeintlichen Wertungslücke (BGH NJW 1979, 2109, 2110).

b) Das Berufungsgericht ist also nicht befugt, eine in erster Instanz nicht getroffene Entscheidung über die Zulassung verspäteten Vorbringens nachzuholen. Es würde damit unzulässigerweise sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Richters erster Instanz setzen. Erst recht darf es nicht - wie hier - eine vermeintlich gebotene entsprechende Anwendung des § 528 Abs. 3 ZPO mit Mutmaßungen darüber begründen, wie das Landgericht entschieden haben würde, wenn die Beklagte ihre Angaben zum Skontoabzug bereits im ersten Rechtszug vorgebracht hätte (BGH NJW 1980, 343, 344).

c) Es mag sein, daß eine Partei Angriffs- oder Verteidigungsmittel, die sie im ersten Rechtszug nicht rechtzeitig vorgebracht hat, bewußt für den zweiten Rechtszug

zurückhält, weil sie sich davon bessere Chancen für eine Berücksichtigung ihres Vorbringens verspricht. Das rechtfertigt aber nicht eine "entsprechende" Anwendung des § 528 Abs. 3 ZPO auf "neues" Vorbringen (vgl. BGHZ 76, 133, 140; BGH NJW 1980, 1102, 1105; vgl. auch BVerfG NJW 1981, 271, 272). Das Berufungsgericht hätte daher das verspätete Vorbringen der Beklagten zum Skontoabzug (Daten der Rechnungen und Zahlungen) berücksichtigen müssen, falls es darauf für die Entscheidung des Rechtsstreits ankam.

4. Letzteres hängt davon ab, ob die von der Beklagten im zweiten Rechtszug erhobene Einrede der vorbehaltlosen Annahme der Schlußzahlung (§ 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 1 und 4 VOB/B (1973)) durchgreift. Da es sich insofern um Vorbringen handelt, für das eine Frist nicht gesetzt war, kam für eine Zurückweisung nicht § 528 Abs. 1 ZPO, sondern allein § 528 Abs. 2 ZPO in Betracht. Eine Nichtzulassung gemäß Absatz 2 schied hier aber deswegen aus, weil die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögert hätte. Die gebotenen Feststellungen hätten ohne Zeitverlust getroffen werden können.

a) Für die Kennzeichnung der Schlußzahlung als solche genügt ein entsprechender Hinweis auf dem Überweisungsträger (vgl. BGH NJW 1979, 2310; so auch Ingenstau/Korbion, VOB 9. Aufl., B § 16 Rn. 56; Korbion/Hochstein, VOB-Vertrag 2. Aufl., Rn. 361; Heiermann/Riedl/Schwaab, VOB 2. Aufl., B § 16 Rn. 60; Daub/Piel/Soergel/Steffani, VOB EZ B 16.97; a.A. Leineweber BauR 1980, 303, 305). Die Vorbehaltsfrist von 12 Werktagen (§ 16 Nr. 3 Abs. 2 Satz 4 VOB/B) beginnt

dann aber erst nach Ablauf des Tages, an dem der Überweisungsträger dem Auftragnehmer zugeht und dieser von dem Schlußzahlungsvermerk Kenntnis nehmen kann; das Datum der Gutschrift der Schlußzahlung auf dem Konto des Auftragnehmers kann nicht maßgeblich sein.

b) Nach dem Vortrag der Beklagten wurde ihre Schlußzahlung am 20. Januar 1978 von ihrem Konto bei der Volksbank H[REDACTED] abgebucht. Das Vorbehaltsschreiben des Prozeßbevollmächtigten der Klägerin vom 9. Februar 1978 kann frühestens am 10. Februar 1978 der Beklagten zugegangen sein. Die Vorbehaltsfrist von 12 Werktagen wäre daher nicht gewahrt, wenn der Überweisungsträger der Klägerin vor dem 27. Januar 1978 vom Postscheckamt F[REDACTED] zugegangen sein sollte. Dies bedarf weiterer Aufklärung durch das Berufungsgericht.

II.

(Zur Anschlußrevision der Klägerin)

Über die Anschlußrevision der Klägerin kann bereits entschieden werden, da die Beklagte mit dem streitigen Schadensersatzanspruch nicht nur hilfsweise aufgerechnet hat. Sie hat vielmehr in erster Instanz damit im Wege der Hauptaufrechnung gegen den - insoweit an sich unstreitigen - Klageanspruch aufgerechnet und sich erst in zweiter Instanz und nur wegen der nach der Aufrechnung noch verbleibenden Restforderung der Klägerin auf § 16 VOB/B berufen. Diese Einrede betrifft daher nicht den Gegenstand der Anschlußrevision.

Das Berufungsgericht hat eine vom Landgericht versäumte Beweiserhebung nachgeholt und sieht als erwiesen an, daß die Klägerin bei der Ein- oder Abrüstung der Neubauten Sichtblenden an den Balkonen beschädigt hat. Es hat daher dem Beklagten einen weiteren Schadensersatzanspruch in Höhe von 213,12 DM zuerkannt und die Klageforderung entsprechend gekürzt.

Dies greift die Klägerin mit der Anschlußrevision erfolglos an.

1. Soweit sie die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, insbesondere die Glaubwürdigkeit des vernommenen Zeugen in Frage stellt, greift sie unzulässig in die Überzeugungsbildung des Tatrichters ein. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen Widersprüche oder andere Rechtsfehler nicht erkennen. Seine Feststellungen müssen daher von der Klägerin hingenommen werden.

2. Auf den von der Anschlußrevision in Zweifel gezogenen Grundsatz ständiger Rechtsprechung, daß eine vorbehaltlose Abnahme des Werkes Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB unberührt läßt, kommt es hier nicht an. Die Klägerin wird nicht für einen Werkmangel in Anspruch genommen, sondern für eine bei Gelegenheit der Werkausführung unterlaufene Beschädigung der Neubauten. Sie haftet also aus positiver Vertragsverletzung und unerlaubter Handlung, nicht aus Gewährleistung.

Die Anschlußrevision ist daher zurückzuweisen.

III.

Soweit die Beklagte beschwert ist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben. Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revisionsinstanz, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Vogt

Meise

Recken

Doerry

Bliesener