

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

ZPO §§ 272 b, 529 Abs. 2

Zum Anwendungsbereich des § 272 b ZPO im Berufungsverfahren
(Abgrenzung zu BGH NJW 1971, 1564 = LM ZPO § 272 b Nr. 9).

BGH, Urt. v. 26. Juni 1975 - VII ZR 279/74 - OLG Düsseldorf
LG Duisburg

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 279/74

URTEIL

Verkündet am

26. Juni 1975

H o r n ,

Amtsinspektor

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Bauunternehmung Walter B [REDACTED] & Sohn KG,
D [REDACTED], F [REDACTED]straße [REDACTED] - [REDACTED], vertreten durch den per-
sönlich haftenden Gesellschafter Bauingenieur Horst B [REDACTED]-
[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

Frau Margot E [REDACTED], D [REDACTED], G [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte [REDACTED] und
[REDACTED] -

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Juni 1975 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Vogt sowie die Richter Erbel, Dr. Girisch, Doerry und Kuhn

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 30. Juli 1974 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch Vertrag vom 8. Juli 1971 übernahm die Klägerin die Maurer-, Beton- und Stahlbetonarbeiten für den Wiederaufbau eines Mehrfamilienhauses der Beklagten in D[REDACTED], G[REDACTED]straße [REDACTED]. Dieses und das benachbart liegende Hausgrundstück St[REDACTED], G[REDACTED]straße [REDACTED], haben je zur Hälfte eine gemeinsame, im Kriege zum Teil zerstörte Giebelmauer.

Das Nachbargrundstück St[REDACTED] wurde etwa zur selben Zeit wiederaufgebaut. Dabei zog St[REDACTED] die im Erdgeschoß noch erhalten gebliebene, dort 40 cm starke Giebelmauer zum zweiten Obergeschoß hoch, verjüngte sie aber vom ersten



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Obergeschoß ab auf 24 cm und nutzte sie - bei bündigem Abschluß der Wand zum Grundstück der Beklagten hin - dadurch allein zu seinen Gunsten aus.

Aus diesem Anlaß fanden Ende August 1971 zwei Besichtigungen der Baustelle statt, an denen Vertreter der Parteien und der Nachbar St. [REDACTED] beteiligt waren. Sie führten dazu, daß die Klägerin die Mauer im ersten Obergeschoß auf der dem Nachbargrundstück zugewendeten Seite auf insgesamt 40 cm verstärkte.

Als Vergütung dieser Arbeiten hat die Klägerin im vorliegenden Rechtsstreit 3.869,58 DM nebst Zinsen verlangt. Die Beklagte hat bestritten, der Klägerin einen entsprechenden Auftrag erteilt zu haben. Sie hat sich auf einen nach der ersten Ortsbesichtigung gefertigten Aktenvermerk bezogen, demzufolge die hier in Rede stehenden Arbeiten Sache des Nachbarn St. [REDACTED] gewesen seien.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Behauptung der Klägerin, daß die Beklagte ihr einen Auftrag mündlich erteilt habe, als verspätet behandelt und die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der - zugelassenen - Revision, um deren Zurückweisung die Beklagte bittet, verfolgt die Klägerin ihren Anspruch weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin erst im zweiten Rechtszuge geltend gemacht, daß die Beklagte sie schon anläßlich der Besichtigung der Baustelle (also Ende August 1971) mündlich mit der Verstärkung der Giebelmauer beauftragt habe. Mit der Klage habe sie nämlich nur vorgetragen, daß sie die "notwendig gewordenen Arbeiten in das Nachtragsangebot aufgenommen" habe und daß dieses dem Architekten der Beklagten zugeleitete Angebot unwidersprochen geblieben sei. In ihrem späteren Schriftsatz vom 20. November 1973 heiße es zwar, daß die Arbeiten "nach der Baustellenbesichtigung und aufgrund der getroffenen Vereinbarung" Gegenstand des Nachtragsangebots geworden seien; die ausdrückliche Erteilung eines Auftrags habe sie aber, wie das Berufungsgericht näher ausführt, nicht hinreichend dargelegt. Die sich hierauf beziehenden Behauptungen und Beweisangebote der Berufungsbegründung seien daher im Sinne des § 529 Abs. 2 ZPO "neu".

Das ist nicht zu beanstanden. Das Berufungsgericht durfte davon ausgehen, daß die Klägerin ihren Anspruch nunmehr aus einem bis dahin nicht unterbreiteten Sachverhalt herleitet, die Berufungsbegründung ihr erstinstanzliches Vorbringen also nicht nur ergänzt, erläutert oder genauer darstellt (vgl. Rosenberg/Schwab, Zivilprozeßrecht, 11. Aufl., § 140 III 2 a). Auch die Revision nimmt das ersichtlich nicht an; sie meint lediglich, das

Landgericht sei nach § 139 ZPO verpflichtet gewesen, bei der Klägerin darauf hinzuwirken, daß sie schon dort die jetzt als verspätet zurückgewiesene Sachdarstellung vortrage.

II.

1. Die Feststellung des Berufungsgerichts, daß die Klägerin den Rechtsstreit grob nachlässig betrieben habe, weil sie die ausdrückliche Vergabe der Arbeiten schon im ersten Rechtszuge hätte geltend machen können, ist im Revisionsverfahren zwar nur beschränkt nachprüfbar. Sie müßte aber in der Tat mißbilligt werden, falls das Landgericht die ihm nach § 139 ZPO obliegende Fragepflicht verletzt hätte. Denn eine Verspätung, die auf ein nicht ordnungsgemäßes Verhalten des Gerichts zurückzuführen wäre, dürfte der Klägerin nicht angerechnet werden (Senatsurteil vom 25. Januar 1962 - VII ZR 156/60 = JR 1962, 328; Rosenberg/Schwab aaO § 140 III 2 bC).

Ein Verstoß gegen § 139 ZPO kann dem Landgericht indessen nicht vorgeworfen werden. Diese Bestimmung enthebt die Partei nicht der Notwendigkeit, ihre Behauptungen zu substantiieren und unter Beweis zu stellen; sie will lediglich im Interesse einer gerechten und sachgemäßen Entscheidung Vorsorge treffen, daß ein bloßes Versehen oder Übersehen, eine falsche rechtliche Beurteilung des Sachverhalts oder ein in sich unklares Vorbringen den Parteien nicht zum Nachteil gereicht (BGH Urteil vom 28. Februar 1952 - IV ZR 59/51 = LM ZPO § 139 Nr. 3; BAG Urteil vom 23. August 1956 - 2 AZR 405/55 = AP ZPO § 139 Nr. 1 mit Anm. Pohle).

- 6 -

Diese Voraussetzungen lagen hier nicht vor. Was die Revision dem entgegenhält, greift nicht durch.

Mit Recht meint das Berufungsgericht, das Landgericht habe dem Vortrag der Klägerin nicht entnehmen müssen, daß sie eine ausdrücklich getroffene Vereinbarung behaupten könne. Die Beklagte hatte in ihrer Klageerwiderung vom 23. Oktober 1973 auch das ausdrücklich bestritten und dazu den Sachverhalt von ihrer Warte aus eingehend geschildert. Nach dem von der Klägerin überreichten Aktenvermerk des Architekten Bäumle vom 27. August 1971 sollte der Nachbar St. die Arbeiten ausführen; von einem Auftrag der Beklagten ist dort nicht die Rede. Auch das Nachtragsangebot enthält keinen dahingehenden Hinweis, wie die Revisionserwiderung zutreffend hervorhebt. Wollte die Klägerin einen ihr ausdrücklich erteilten Auftrag behaupten, so hatte sie also allen Anlaß zu einer unmißverständlichen Gegendarstellung. Gleichwohl begnügte sie sich in dem ihr nachgelassenen Schriftsatz damit, nur unbestimmt und beiläufig eine "getroffene Vereinbarung" zu erwähnen und hierfür nicht einmal Beweis anzutreten. Das Landgericht durfte daher davon ausgehen, daß sie sich auch hier lediglich auf die nach ihrer Behauptung unwidersprochen gebliebene Übersendung des Nachtragsangebots berufen wollte.

2. Sonstige Umstände, welche die Prozeßführung der Klägerin entschuldigen könnten, hat die Revision nicht nachgewiesen. Das Berufungsgericht durfte deshalb seiner Entscheidung zugrunde legen, daß die Klägerin grob nachlässig gehandelt habe.

III.

Das Berufungsgericht hat das neue Vorbringen nicht berücksichtigt, weil es ein besonderes Beweisverfahren erfordert und damit die Erledigung des im übrigen zur Entscheidung reifen Rechtsstreits verzögert haben würde. Maßnahmen nach § 272 b ZPO seien hier nicht in Betracht gekommen, weil sie den erst aufgrund mündlicher Verhandlung zu treffenden Anordnungen des Gerichts vorgegriffen hätten. Im Hinblick auf die im Bauvertrag für Nachaufträge bestimmte Schriftform hätte zunächst das Kollegium entscheiden müssen, ob die Behauptung, der Auftrag sei mündlich erteilt worden, als erheblich angesehen werden könne. Außerdem sei dieser Vortrag möglicherweise nicht mit dem weiteren vereinbar gewesen, daß die Beklagte die Klägerin mit der Vorlage eines Nachtragsangebots beauftragt habe. Das Gericht habe daher - und zwar gleichfalls erst aufgrund mündlicher Verhandlung - vorab klären müssen, ob die Klägerin mit der Berufungsbegründung eine im Nachtragsangebot nur noch inhaltlich festzulegende Auftragserteilung oder lediglich einen Auftrag für ein Nachtragsangebot behaupten wolle. Diese Unklarheit habe durch eine vorgeschaltete Anfrage nach § 272 b ZPO nicht beseitigt werden dürfen. Für die Ladung der von den Parteien benannten Zeugen sei kein Raum, weil der Streitpunkt nicht von vornherein klar hervorgetreten sei, sondern erst durch eine zusätzliche Maßnahme nach § 272 b ZPO hätte fixiert werden müssen.

Der Revision ist zuzugeben, daß diese Ausführungen das Urteil nicht tragen. Die Frage, ob neues Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreits verzögert haben würde, ist der Beurteilung des Senats nicht entzogen (BGH Ur-

teile vom 11. November 1964 - III ZR 100/53 - und 15. Dezember 1956 - IV ZR 160/56 = LM ZPO § 272 b Nr. 3 und 4 sowie vom 7. Oktober 1966 - VI ZR 33/65 = VersR 1967, 60, 61).

1. Richtig ist allerdings, daß der Vorsitzende oder das von ihm bestimmte Mitglied des Prozeßgerichts es möglichst vermeiden muß, mit den von ihm getroffenen Maßnahmen der Entscheidung des Kollegiums vorzugreifen, weil es grundsätzlich Aufgabe des voll besetzten Gerichts ist, nach mündlicher Verhandlung darüber zu beraten und zu entscheiden, welche der von den Parteien aufgestellten Behauptungen für die Entscheidung des Rechtsstreits erheblich sind und des Beweises bedürfen (BGH NJW 1971, 1564 Nr. 8 mit Nachweisen). Mit Recht hat das Berufungsgericht es deshalb auch darauf abgestellt, ob hier einzelne deutlich hervortretende Streitpunkte in der mündlichen Verhandlung hätten geklärt werden können (BGH aaO).

2. Die Gefahr, daß Maßnahmen nach § 272 b ZPO den Entscheidungen des Kollegiums vorgreifen könnten, darf jedoch nicht überschätzt werden. Über die Frage, ob ein Zeuge vernommen oder ein anderes nach § 272 b ZPO bereitgestelltes Beweismittel verwertet werden soll, beschließt letztlich nur das Gericht. Das ist allen Beteiligten bekannt. Der Vorsitzende oder das von ihm bestimmte Mitglied des Prozeßgerichts hat nach seinem Ermessen lediglich zu prüfen, ob das Vorbringen der Partei erheblich sein kann (vgl. BGH Urteil vom 15. Dezember 1956 - IV ZR 160/56 = LM ZPO § 272 b Nr. 3), nicht aber, ob es auf jeden Fall erheblich ist. Die damit nicht auszuschließende Möglichkeit, daß ein Zeuge unnötig geladen wird, muß in Kauf genommen werden, wenn der Zweck des

§ 272 b ZPO, den Rechtsstreit tunlichst in einer Verhandlung zum Abschluß zu bringen, nicht verfehlt werden soll. Käme es immer nur auf die Ansicht des Kollegiums an, hätte diese Vorschrift beim Kollegialgericht keinen Sinn. Das gilt für das Berufungsgericht ebenso wie für die erste Instanz. Seine Grenze findet § 272 b ZPO daher erst dort, wo es nicht mehr um einzelne klar hervortretende Streitpunkte geht; sie wird nicht schon dann überschritten, wenn einer dieser Punkte einer leicht herbeizuführenden Erläuterung bedarf. Auch dafür sind Maßnahmen nach § 272 b ZPO gedacht. Es kann also durchaus zulässig sein, zunächst der Partei gemäß § 272 b Abs. 2 Nr. 1 ZPO die Erläuterung ihres vorbereitenden Schriftsatzes aufzugeben, um dann - erforderlichenfalls - die Ladung der Zeugen, auf die die Partei sich bezogen hat, nach § 272 b Abs. 2 Nr. 4 ZPO anzuordnen (vgl. auch BGH NJW 1974, 1512).

3. Das hat das Berufungsgericht verkannt. Hier handelt es sich zudem um einen in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht einfach gelagerten Sachverhalt, bei dem die von der Revision vermißten Maßnahmen nach § 272 b ZPO sich geradezu aufdrängten.

a) Die Frage, ob der nach der Darstellung der Klägerin nur mündlich erteilte Auftrag trotz im Bauvertrag vorgesehener Schriftform verbindlich sein konnte, durfte hier nicht zweifelhaft sein. Erst kurz vor dem Eingang der Berufungsbegründung (am 18. März 1974) hatte der erkennende Senat in seinem Anfang Februar 1974 veröffentlichten Urteil vom 29. November 1973 (VII ZR 205/71 = WM 1974, 105) zum wiederholten Male ausgeführt, daß der Formzwang stillschweigend aufgehoben werden kann, und zwar selbst dort, wo die Beteiligten an eine Beachtung

der Schriftform nicht gedacht hatten. Entscheidend ist allein, daß sie die Maßgeblichkeit des mündlich Vereinbarten gewollt haben. Das aber hatte die Klägerin in der Berufungsbegründung hinlänglich behauptet und unter Beweis gestellt.

b) Die in tatsächlicher Beziehung erhobenen Zweifel waren nach dem Inhalt der Berufungsbegründung ebensowenig stichhaltig. Die Klägerin hatte dort behauptet, daß sie von der Beklagten und deren bauleitendem Architekten an Ort und Stelle mit der Ausführung der Arbeiten beauftragt worden sei, und zum Beweise drei Zeugen benannt. Hieran unmittelbar anschließend hatte sie erklärt, sie sei von der Beklagten und dem Architekten beauftragt worden, ein Nachtragsangebot vorzulegen, und sich auf dieselben Zeugen berufen. Inwiefern darin lediglich der Auftrag für ein Nachtragsangebot - und nicht nur die Bekräftigung des vorausgeschickten Vorbringens - gesehen werden könnte, hat das Berufungsgericht nicht begründet; es hat denn auch festgestellt, daß die Klägerin einen ihr mündlich erteilten Auftrag zur Ausführung der Arbeiten behauptet hat.

4. Andere Gründe, die der Vernehmung der von den Parteien benannten Zeugen hätten entgegenstehen können, hat das Berufungsgericht nicht angegeben. Sie sind auch nicht erkennbar: Insbesondere ist es hier nicht offensichtlich, daß das Ausmaß der erforderlichen Sachaufklärung die Anwendung des § 272 b ZPO unzweckmäßig erscheinen ließ. Darin unterscheidet sich dieser Fall von dem Sachverhalt, über den der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in dem bereits erwähnten Urteil NJW 1971, 1564 zu befinden hatte. Die Klägerin hatte zwar drei Zeugen

benannt und die Beklagte hatte sich auf drei Gegenzeugen berufen. Zu klären war aber nur eine einzige Tatfrage von dazu eng begrenztem Umfang. Art und Wert der von der Klägerin erbrachten Leistungen sind unstreitig.

IV.

Auf die Revision der Klägerin ist somit das Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird nun die Beweisaufnahme nachzuholen haben. Sollten Vertragsansprüche nicht gegeben sein, wird es ferner zu prüfen haben, ob hier Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus ungerechtfertigter Bereicherung in Betracht kommen.

Vogt

Erbel

Girisch

Doerry

Kuhn