

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 401/83

URTEIL

Verkündet am
7. März 1985

H e n c o,
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Firma I [REDACTED] - Verbundbau GmbH, N[REDACTED]straße [REDACTED], D[REDACTED]-
R[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Manfred
Sch[REDACTED], ebenda,

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Baugesellschaft K [REDACTED] mbH, H[REDACTED]weg [REDACTED],
D[REDACTED], vertreten durch ihren Geschäftsführer Ingo
K[REDACTED], ebenda,

Klägerin, Berufungsbeklagte
und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
hat auf die mündliche Verhandlung vom 7. März 1985
durch den Vorsitzenden Richter Dr. Girisch sowie die
Richter Dr. Recken, Bliesener, Obenhaus und Quack

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 12. Zivilsenats des Ober-
landesgerichts Hamm vom 2. Dezember 1983
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 Revision, an das Berufungs-
gericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der Klägerin steht aus Bauverträgen, für welche die Geltung der VOB/B vereinbart ist, Restwerklohn von 48.557,42 DM zu. Die Beklagte hat mit Ansprüchen wegen Nachbesserungskosten und Mehraufwendungen von 60.010,78 DM aufgerechnet, hilfsweise mit einer Vertragsstrafenforderung von 62.244 DM und mit einem Anspruch auf weitere Nachbesserungskosten von 4.471,75 DM.

Das Landgericht hat die Gegenansprüche der Beklagten als nicht hinreichend dargetan angesehen und der Klägerin 48.557,42 DM nebst Zinsen zuerkannt. Mit der Berufung hat die Beklagte ihren Sachvortrag ergänzt. Das Oberlandesgericht hat dieses Vorbringen teils für unerheblich gehalten, teils nicht zugelassen und die Berufung zurückgewiesen. Mit der - angenommenen - Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, erstrebt die Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage.

Entscheidungsgründe:

Das Berufungsgericht erachtet das neue Vorbringen der Beklagten zur Vertragsstrafe (Bauvorhaben G-straße) für weiterhin unzureichend, jedoch das Vorbringen zum Ersatz von Nachbesserungskosten und Mehraufwendungen am Bauvorhaben G-straße sowie zum Ersatz weiterer Nachbesserungskosten am Bauvorhaben H-weg für ausreichend und erheblich. Insoweit hat es das neue Vorbringen gemäß § 528 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. Zur Klärung des Sachverhalts bedürfe es nämlich einer umfang-



reichen Beweisaufnahme mit Einholung eines Sachverständigengutachtens und Vernehmung zahlreicher Zeugen. Maßnahmen gemäß § 273 ZPO seien nicht angezeigt gewesen. Die Berücksichtigung des neuen Vorbringens hätte die Erledigung des Rechtsstreits erheblich verzögert. Auch habe die Beklagte nicht dargelegt, während des erstinstanzlichen Verfahrens an vollständigem Vortrag gehindert gewesen zu sein.

Hiergegen wendet sich die Revision der Beklagten mit Erfolg.

1. Das Berufungsgericht ist seinen Prozeßförderungs-
pflichten gemäß §§ 520, 523, 273 ZPO nicht nachgekommen.

a) Zwischen dem Eingang der Berufungsbegründung (15. November 1982) und dem Termin zur mündlichen Verhandlung (9. November 1983) lag fast ein ganzes Jahr. Das war bei der Geschäftsbelastung des Berufungssenats auch ungefähr abzusehen. Dennoch wurden keine Maßnahmen zur zwischenzeitlichen Aufklärung des Sachverhalts getroffen. Weder wurde der Klägerin nach Eingang der Berufungsbegründung am 15. November 1982 oder des Gegenantrags am 3. Dezember 1982 eine Erwidierungsfrist gemäß § 520 Abs. 2 ZPO gesetzt noch vom Berichterstatter oder - bei der Terminsbestimmung am 6. Mai 1983 - vom Vorsitzenden vorläufige Beweiserhebungen gemäß § 273 ZPO angeordnet. Auch der Eingang der Berufungserwidernng am 29. Juli 1983 veranlaßte den Berichterstatter bei der Zustellungsverfügung lediglich zur Wiederanforderung zeitweilig versandter Akten eines Beweissicherungsverfahrens zum Bauvorhaben G■■■■■straße.

b) Diese am 6. Mai 1983 vom Berufungsgericht beigezogenen und dort auch am 13. Mai 1983 eingegangenen Akten enthalten, worauf die Beklagte in der Berufungsbegründung mehrfach verwiesen hat, ein ausführliches, schon am 23. Mai 1980 erstattetes Sachverständigengutachten. Der Sachverständige hätte leicht innerhalb eines oder auch nur eines halben Jahres im Auftrag des Berufungsgerichts ein Ergänzungsgutachten zu den noch strittigen Punkten für das Bauvorhaben G[REDACTED]straße erstatten können. Er hätte auch mit einem weiteren Gutachten zum Bauvorhaben H[REDACTED]weg beauftragt und im übrigen zur mündlichen Verhandlung geladen werden können. Die Erstattung von Gutachten hätte daher die Erledigung des Rechtsstreits nicht zu verzögern brauchen.

c) Die Parteien haben zwar in der Berufungsinstanz einige Zeugen benannt. Darauf allein durfte jedoch das Berufungsgericht nicht abstellen. Es hätte vielmehr zunächst klären müssen, welche Zeugen noch vernommen werden müssen. Für die primäre Aufrechnung mit Forderungen aus dem Bauvorhaben G[REDACTED]straße dürfte es im Grunde nur noch darauf ankommen, ob die Klägerin mehrfach vergeblich zur Mängelbeseitigung aufgefordert worden ist. Dazu hätte wohl nur der Bauleiter H., vielleicht noch der Architekt F. vernommen werden müssen. Die Berufungserwiderung enthält dazu keine Benennung von Gegenzeugen.

Selbst wenn aber bei pflichtgemäßer Prüfung des beiderseitigen Prozeßvortrags die Vernehmung mehrerer Zeugen erforderlich erschienen wäre, hätte eine entsprechende Verhandlungszeit hier bei der langfristigen Terminsbestimmung vorgesehen werden können und daher auch

müssen (vgl. auch BGHZ 75, 138, 142/143; 76, 133, 136; 76, 173, 178). Hier waren sogar, wie sich aus der Verfügung des Vorsitzenden ergibt, zwei Stunden für die Verhandlung vorgesehen, jedoch sind diese ersichtlich nicht genutzt worden. Nach Lage des Falles kann bei der ohnehin vorgesehenen Terminsdauer die zu erwartende Beweisaufnahme nicht als zu umfangreich angesehen werden, so daß sie vom Berufungsgericht nicht hätte durchgeführt zu werden brauchen (vgl. dazu z.B. BGH NJW 1980, 1102, 1103). Das Berufungsgericht hätte daher mit ihm durchaus zuzumutenden Maßnahmen eine Verzögerung des Rechtsstreits vermeiden können. Seine Unterlassungen dürfen nicht zu Lasten der Beklagten gehen.

2. Bei dieser Sachlage kann offen bleiben, ob überdies das Berufungsgericht rechtzeitig seiner Hinweispflicht (§§ 139, 278 ZPO) nachgekommen ist. Es kann zweifelhaft sein, ob hier der Vorhalt der Verspätung des Vorbringens in der mündlichen Verhandlung und die auf diesen Termin beschränkte Möglichkeit sofortiger Erwiderung hier zur Gewährung des rechtlichen Gehörs genügten. Die Klägerin hatte in ihrer Berufungserwiderung eine Verspätung des Berufungsvorbringens nicht gerügt. Die Beklagte hatte daher bis zu einem Vorhalt seitens des Gerichts keinen Anlaß, sich auf eine Rechtfertigung ihres Prozeßverhaltens im ersten Rechtszug vorzubereiten.

3. Schließlich fehlt in dem angefochtenen Urteil die für die Nichtzulassung verspäteten neuen Vorbringens erforderliche Feststellung grober Nachlässigkeit der säumigen Partei (§ 528 Abs. 2 ZPO). Es geht nicht darum - wie das Berufungsgericht meint -, ob die Beklagte während

des ersten Rechtszuges gehindert war, mit dem nachgeholten Vorbringen hervorzutreten. Vielmehr darf - von der hier vermeidbaren Verzögerung der Prozeßbeendigung abgesehen - das Gericht verspätetem neuem Vorbringen die Zulassung nur dann verweigern, wenn der säumigen Partei die Verspätung als grobe Nachlässigkeit anzulasten ist. Doch kommt es nach den Ausführungen zu 1. auch darauf nicht an.

4. Nach alledem ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, das nunmehr die für die schlüssigen Einwände der Beklagten notwendigen Beweise zu erheben haben wird.

Girisch

Recken

Bliesener

Obenhaus

Quack