

Verkündet
am 29. Oktober 1964
Pohl, Justizobersekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

2232 067

I m N a m e n d e s V o l k e s
In dem Rechtsstreit

der Eheleute Hans und Gertrud R. [REDACTED] in Di [REDACTED],
A [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Firma H [REDACTED] & T [REDACTED] in K [REDACTED]-E [REDACTED],
F [REDACTED]-I [REDACTED]-Straße [REDACTED],

Klägerin, Berufungsbeklagte und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 29. Oktober 1964 unter Mitwir-
kung des Senatspräsidenten Glanzmann und der Bundesrichter
Dr. Heimann-Trosien, Rietschel, Erbel und Hubert Meyer

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Ur-
teil des 11. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
in Köln vom 23. November 1962 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin behauptet, die Firma P. & Co sowie die Beklagten hätten sie beauftragt, den Plan für eine Kanalisationslage zu entwerfen; als Honorar sei ein Betrag von 5.000 DM vereinbart worden. Sie hat diesen Betrag nebst Zinsen mit der Klage geltend gemacht.

Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Im ersten Rechtszuge haben sie keinen Schriftsatz eingereicht. Das Landgericht hat ihnen im Termin vom 22. Februar 1962 eine "Schriftsatzfrist" bis zum 15. März 1962 gewährt und einen Verkündungstermin anberaumt; auch diese Frist ist fruchtlos verstrichen.

Darauf hat das Landgericht der Klage im wesentlichen stattgegeben. Die mündlich vorgebrachten Einwendungen der Beklagten "gegen die Art der Ausführung der Arbeiten" hat es zurückgewiesen, weil sie die Schriftsatzfrist nicht genutzt hätten.

Gegen das Urteil haben die Beklagten Berufung eingelegt. In der Begründungsschrift haben sie vorgebracht, das Vorgehen des Landgerichts sei unzulässig gewesen. Sie haben ferner den Sachvortrag nachgeholt und geltend gemacht, das Honorar habe nur gezahlt werden sollen, wenn die zuständige Behörde eine Durchführung der Arbeiten nach den Plänen der Klägerin genehmigte; diese Genehmigung sei versagt worden. Der Versuch, die Klägerin zu veranlassen, auf Grund einer Rücksprache mit dem örtlichen Bauleiter der Stadt B. -Gl. brauchbare Unterlagen herzustellen, sei gescheitert.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen, weil das Verfahren des Landgerichts nicht zu be-
-

standen sei und das neue Vorbringen der Beklagten gemäß dem § 529 Abs. 2 ZPO nicht berücksichtigt werden dürfe.

Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgen die Beklagten ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin bittet, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

Gemäß dem § 529 Abs. 2 ZPO dürfen Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszuge hätten geltend gemacht werden können und deren Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, nicht zugelassen werden, wenn der betreffenden Partei der Vorwurf entweder der Prozeßverschleppung oder der groben Nachlässigkeit zu machen ist.

Das Berufungsgericht hält diese Voraussetzungen unter Verweisung auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs BGHZ 12, 49 für gegeben. Die bei einer Zulassung eintretende Verzögerung begründet es allein mit dem Satz:

... eine erschöpfende Bereitstellung aller Beweismittel zum ersten Verhandlungstermin im Wege der vorbereitenden Anordnung gemäß den § 523, 272 b ZPO wäre bei dem umfangreichen und erheblichen Beweiserbieten beider Parteien nicht möglich gewesen."

Das genügt nach den Umständen nicht, um eine solche Verzögerung darzutun.

Die Zurückweisung tatsächlichen Vorbringens wegen Verspätung kann für die betroffene Partei von einschneidender Bedeutung sein. Das gilt vor allem dann, wenn das Klagevorbringen, wie hier, noch gar nicht auf seine Rich-



tigkeit untersucht worden ist. Deswegen müssen die Voraussetzungen des § 529 Abs. 2 ZPO sorgfältig geprüft und ihr Vorliegen muß so eingehend begründet werden, daß auch das Revisionsgericht zu einer Nachprüfung in der Lage ist. Insbesondere muß sicher sein, daß eine zu erwartende Verzögerung nur auf das schuldhafte Verhalten der Partei zurückzuführen ist und daß das Berufungsgericht sie auch bei Ausschöpfung aller ihm zur Verfügung stehenden Möglichkeiten nicht verhindern konnte (vgl. BGH LM § 272 b ZPO Nr. 2 und 3).

Vorliegend ergab sich aus der am 18. Mai 1962 eingegangenen Berufungsbegründung der Beklagten, daß sie die Erteilung eines vorbehaltlosen Auftrags bestritten. Sie baten darin zur Bestätigung ihrer Darstellung um die Vernehmung von 4 Zeugen. Von zweien fehlte die Anschrift. Das Gericht hätte sie aber, wie die Revision zutreffend geltend macht, erfragen müssen; diese Anschriften wären dann mit O [REDACTED], Q [REDACTED], A [REDACTED] d. Oh [REDACTED] (G [REDACTED]) und B [REDACTED]. Gl [REDACTED], Al [REDACTED] Hu [REDACTED] (S [REDACTED]) angegeben worden.

Es wären also einschließlich der beiden in der Klagebegründung benannten insgesamt 6 Zeugen zu vernehmen gewesen, die in K [REDACTED] oder in naher Umgebung davon wohnten. Außerdem wäre noch eine amtliche Auskunft einzuholen gewesen. Das Beweisthema, das im Tatbestand wiedergegeben worden ist, war beschränkt und nicht umfangreich; es war sicher, daß es für die Sachentscheidung erheblich war. Unter diesen Umständen ist nicht zu erkennen, warum es dem Vorsitzenden nicht möglich gewesen sein soll, die Zeugen zum ersten Termin zu laden und die Auskunft einzufordern (§§ 272 b Nr. 2 und 4 ZPO). Er konnte, als er am 28. Mai 1962 den Termin auf den 19. September 1962 anberaumte, die voraussichtliche Dauer in Rechnung stellen. Daß die

Vernehmung von 6 Zeugen vor dem Senat aus Zeitgründen schlechthin unmöglich war, ist dem Urteil nicht zu entnehmen, hätte auch der näheren Erörterung bedurft.

Das Berufungsgericht durfte danach das Vorbringen und die Beweisantritte der Beklagten nicht unbeachtet lassen. Das angefochtene Urteil ist deswegen aufzuheben und die Sache an das Oberlandesgericht zurückzuverweisen.

Glanzmann

Heimann-Trosien

Rietschel

Erbel

Meyer