

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

§ 528 ZPO

An der groben Nachlässigkeit (§ 528 Abs. 2 ZPO) eines verspäteten Vorbringens kann es fehlen, wenn im ersten Rechtszug für beide Parteien das Bestreben nach einem gütlichen Ausgleich ständig ganz im Vordergrund steht und das Verhalten des Gerichts bei der Partei den irrigen Eindruck erwecken oder aufrechterhalten kann, sie habe sich bereits vollständig erklärt.

BGH, Urteil vom 8. November 1990 - VII ZR 3/90 - OLG Zweibrücken
LG Landau

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VII ZR 3/90

URTEIL

Verkündet am:
8. November 1990
Werner
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

- 2 -

Der VII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. November 1990 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Lang sowie die Richter Prof. Quack, Dr. Thode, Dr. Haß und Dr. Wiebel

für Recht erkannt.

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 7. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Zweibrücken vom 28. November 1989 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die außergerichtlichen Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Die Kosten des Revisionsverfahrens sowie die Kosten für das aufgehobene Urteil werden gemäß § 8 GKG nicht erhoben.

Von Rechts wegen



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Tatbestand:

Die Klägerin errichtete für die Beklagten aufgrund Pauschalvertrages vom 15. März 1985 ein Wohnhaus, das Ende 1985 bezugsfertig wurde. Restarbeiten wurden im Dezember 1986 abgeschlossen. Mit im Dezember 1987 vorgelegter Schlußrechnung verlangte die Klägerin Bezahlung von Zusatzleistungen, die den Rahmen des Bauvertrages überschritten hätten und mit dem in ihm vereinbarten Preis daher nicht abgegolten seien. Die Klägerin errechnet sich noch einen Restwerklohn in Höhe von 40.729,83 DM. Die Beklagten bringen vor, die behaupteten Mehrarbeiten seien im wesentlichen bereits durch Entrichtung des Pauschalpreises abgegolten; teilweise gehe die Klägerin auch von unangemessenen Vergütungen aus.

Das Landgericht hat die Klage - zum Teil als unschlüssig - abgewiesen. Es hat ausgeführt, der ergänzende Vortrag der Klägerin in dem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 4. Oktober 1988 gebiete eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht, da das Angriffsmittel als verspätet zurückzuweisen sei. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen und dabei neuen Vortrag der Klägerin unter Berufung auf § 528 Abs. 2 ZPO nicht zugelassen. Mit der Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin das Klagebegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

1. Das Berufungsgericht hat den ergänzenden Sachvortrag der Klägerin im Berufungsverfahren zum Zustandekommen weiterer Abreden über die vorgetragenen Zusatzarbeiten und zur Angemessenheit der in der Schlußrechnung insoweit beanspruchten Vergütungen nach § 528 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen:

Das neue Vorbringen der Klägerin sei verspätet. Sie habe auch "in der Berufungsbegründung" nichts vorgetragen, das den Schluß rechtfertige, die Klägerin habe das ergänzende Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit versäumt. Die Zulassung des Vortrags im Berufungsverfahren würde den Rechtsstreit verzögern. Denn wenn sich die Behauptungen der Klägerin zum Abschluß gesonderter Vereinbarungen über Mehrarbeiten als zutreffend erwiesen, müsse noch über die Angemessenheit der insoweit verlangten Entgelte Beweis erhoben werden.

2. Dagegen wendet sich die Revision der Klägerin mit Erfolg.

Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen des § 528 Abs. 2 ZPO zum Nachteil der Klägerin verkannt und ihren neuen Vortrag zu Unrecht nicht zugelassen. Nach § 528 Abs. 2 ZPO kann das Gericht erstmals in zweiter Instanz vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel nur dann zurückweisen,

wenn dieses neue Vorbringen im ersten Rechtszug entgegen § 282 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder mitgeteilt worden ist, die Zulassung des neuen Vorbringens das Verfahren verzögern würde, und wenn die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und der einhelligen Ansicht im Schrifttum setzt die Nichtzulassung nach § 528 Abs. 2 ZPO kumulativ sowohl die Verzögerung des Rechtsstreits als auch die grobe Nachlässigkeit voraus (vgl. BGHZ 86, 198, 203 m.w.N.; Senatsurteil vom 10. November 1988 - VII ZR 272/87 = NJW 1989, 717 m. Anm. E. Schneider WuB VII A. § 528 ZPO 1.89; Thomas/Putzo, ZPO, 15. Aufl., § 528 Anm. 5; Zöllner/Schneider, ZPO, 16. Aufl., § 528 Rdn. 18; vgl. auch BVerfG Beschluß vom 28. Januar 1987 - 1 BvR 848/85 = NJW 1987, 1621 Nr. 3 m.w.N.)

a) Die Revision rügt zu Recht, daß das Berufungsgericht die notwendigen Feststellungen für das Vorliegen der groben Nachlässigkeit i.S.d. § 528 Abs. 2 ZPO nicht getroffen hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGHZ 86, 198, 203 m.w.N.) und des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG aaO) ist Voraussetzung für den Ausschluß mit dem verspäteten Vorbringen gemäß § 528 Abs. 2 ZPO auch, daß das Vorbringen im ersten Rechtszug aus grober Nachlässigkeit der Partei unterblieben ist. Die für die Annahme der groben Nachlässigkeit erforderlichen Tatsachen muß das Gericht in seinem Urteil feststellen.

b) Daran fehlt es hier. Nach Sachlage kann auch von einer groben Nachlässigkeit der Klägerin nicht gesprochen

werden. Der Verfahrensverlauf weist nämlich Besonderheiten auf, die das Berufungsgericht nicht hinreichend beachtet hat. Das Landgericht gab zunächst zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung den Beklagten auf, die in ihrem Besitz befindlichen Vertragsunterlagen einzureichen. Im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht wurde laut Sitzungsniederschrift zunächst die Sach- und Rechtslage erörtert. Sodann schlossen die Parteien, ohne zu verhandeln, einen widerruflichen Vergleich. Nach dem Termin widerriefen die Beklagten diesen mit der Erklärung, es sei bei seinem Abschluß eine bereits erfolgte Zahlung versehentlich nicht berücksichtigt worden; die Beklagten seien aber bereit, den Vergleich mit entsprechend abgeändertem Inhalt erneut abzuschließen. Das geschah im nächsten Termin, am 29. September 1988. Nach Abschluß des Vergleichs verhandelten dann die Parteien. Für den Fall des Widerrufs bestimmte das Landgericht Termin zur Verkündung einer Entscheidung. Mit Schriftsatz vom 4. Oktober 1988 widerrief die Klägerin den Vergleich und trug zum Rechtsstreit vor.

Der Verfahrensverlauf ist somit wie folgt zu kennzeichnen: Für beide Parteien stand das Bestreben nach einem gütlichen Ausgleich - und nicht die Auseinandersetzung mit dem gegnerischen Vortrag - ständig ganz im Vordergrund; das Verhalten des Landgerichts konnte ferner geeignet sein, bei der Klägerin den irrigen Eindruck zu erwecken oder aufrechtzuerhalten, sie habe sich vollständig erklärt. Unter diesen besonderen Umständen war es kein grob nachlässiger Verstoß gegen die Prozeßförderungspflicht, wenn die Klägerin ihre ergänzenden Angaben bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung im ersten Rechtszug unterlassen und erst später nachgeholt hat.

3. Das angefochtene Urteil kann nach alledem nicht bestehenbleiben. Es ist aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Zur abschließenden Entscheidung gemäß § 565 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ist der Senat aufgrund der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht in der Lage.

Lang

Quack

Thode

Haß

Wiebel