

7

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO § 528

- a) Hat das Gericht des ersten Rechtszugs Vorbringen, das die Partei erst nach der letzten mündlichen Verhandlung in den Prozeß einführen will, unter Versagung der Wiedereröffnung der Verhandlung (§ 156 ZPO) nicht zugelassen (§ 296 a ZPO), so hat das Gericht des zweiten Rechtszugs die Zulässigkeit dieses Vorbringens nicht nach § 528 Abs. 3 ZPO, sondern nach § 528 Abs. 1 und 2 ZPO zu prüfen.
- b) Für die Frage, ob die Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel die Erledigung des Rechtsstreits i.S. von § 528 Abs. 1 und 2 ZPO verzögern würde, hat das Berufungsgericht nicht auf die Dauer des Rechtsstreits insgesamt, sondern allein darauf abzustellen, ob der Berufungsrechtszug verzögert werden wird.

BGH, Urt. v. 10. Juli 1979 - VI ZR 223/78 - OLG Karlsruhe
LG Baden-Baden

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

VI ZR 223/78

URTEIL

Verkündet am
10. Juli 1979
W a l z ,
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

1. des Reinhard K [REDACTED] ,
R [REDACTED]-F [REDACTED] ,
2. der H [REDACTED] M [REDACTED] Versicherungs-AG,
Sachversicherungen, vertreten durch den Vorstandsvorsitzenden
Günther Ka [REDACTED] , H [REDACTED] ,

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

Klaus O [REDACTED] ,
R [REDACTED]-F [REDACTED] ,

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1979 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Weber und die Richter Scheffen, Dr. Steffen, Dr. Kullmann und Dr. Ankermann

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 10. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 25. August 1978 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Am 12. September 1976 kam der Erstbeklagte unter Alkoholeinwirkung mit seinem bei der Zweitbeklagten versicherten Pkw von der Fahrbahn ab und stürzte in ein Ackergelände. Bei dem Unfall wurde der Kläger, der in dem Fahrzeug mitfuhr, schwer verletzt. Beim Erstbeklagten wurde ein Blutalkoholgehalt von 1,3 ‰, beim Kläger ein solcher von 1,1 ‰ festgestellt.

Mit seiner Klage verlangt der Kläger Feststellung der Verpflichtung der Beklagten zum Ersatz seines Schadens aus dem Verkehrsunfall.

Das Landgericht hat den Beklagten mit ihnen am 23. Dezember 1977 zugestellter Verfügung zur Erklärung,



ob sie der Klage entgentreten wollen, eine Frist von zwei Wochen und zur Klageerwiderung eine weitere Frist von zwei Wochen gesetzt. In ihrer Klageerwiderung vom 13. Januar 1978 haben sie ihre Pflicht zum Ersatz der Hälfte des Schadens anerkannt. Eine weitergehende Ersatzpflicht haben sie in Abrede gestellt und geltend gemacht, der Kläger habe seine Verletzung mitverschuldet; er habe vor der Fahrt gemeinsam mit dem Erstbeklagten gezecht, so daß er habe erkennen können, daß dieser in seiner Fahrtüchtigkeit beeinträchtigt gewesen sei. Hierzu haben sie nach der mündlichen Verhandlung vom 14. Februar 1978 mit Schriftsatz vom 3. März 1978 unter Beweisantritt nähere Ausführungen gemacht und um Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung gebeten.

Das Landgericht hat der Klage über das Anerkenntnis der Beklagten hinaus in vollem Umfang stattgegeben. Es hat den Vortrag und das Beweisangebot in dem nachgereichten Schriftsatz als verspätet bezeichnet und unberücksichtigt gelassen.

Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision erstreben die Beklagten die Abweisung der Klage, soweit sie die von ihnen anerkannte Forderung übersteigt.

Entscheidungsgründe

Nach Auffassung des Berufungsgerichts haben die Beklagten den von ihnen gegen den Kläger erhobenen Mitverschuldensvorwurf im ersten Rechtszug innerhalb der ihnen

für die Klageerwiderung gesetzten Frist nicht ausreichend begründet. Eine Ergänzung ihres Vorbringens im Berufungsrechtszug ist ihnen nach Meinung des Berufungsgerichts gemäß § 528 Abs. 3 ZPO deshalb verwehrt, weil das Landgericht ihren Vortrag im Schriftsatz vom 3. März 1978 mit Recht zurückgewiesen habe. Es komme mithin nicht darauf an, ob der Vortrag der Beklagten in ihrer Berufungsbegründung zur Darlegung eines Mitverschuldens des Klägers geeignet sei.

Mit dieser Begründung kann das Berufungsurteil keinen Bestand haben.

I. Ohne Rechtsfehler ist allerdings das Berufungsgericht davon ausgegangen, daß das Vorbringen der Beklagten, soweit es zur mündlichen Verhandlung vom 14. Februar 1978 vor dem Landgericht in das Verfahren eingeführt war, nicht ausreichte, um ein Mitverschulden des Klägers an dem Verkehrsunfall hinreichend darzutun.

1. Der Mitverschuldensvorwurf kann zwar begründet sein, wenn der Verletzte sich als Beifahrer einem infolge Alkoholgenusses nicht verkehrssicheren Kraftfahrer anvertraut hat, obwohl ein in angemessener Weise auf seine Sicherheit bedachter Fahrgast von der Mitfahrt unter solchen Umständen abgesehen haben würde. Doch reicht hierfür weder die Feststellung, daß der Erstbeklagte zur Zeit des Unfalls bei einer Blutalkoholmenge von 1,3 ‰ fahruntüchtig gewesen ist, noch das Wissen des Klägers aus, daß der Erstbeklagte vor Antritt der Fahrt überhaupt Alkohol zu sich genommen hatte. Der Kläger mußte sich vielmehr ein Mitverschulden nur dann entgegenhalten lassen, wenn die Beklagten vorbringen und nachweisen könnten, daß er die

Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit des Erstbeklagten hätte erkennen oder sich ihm aus den Gesamtumständen insoweit zumindest begründete Zweifel hätten aufdrängen müssen (vgl. Senatsurteile vom 7. Juli 1964 - VI ZR 118/63 = VersR 1964, 1047, 1048; vom 15. Februar 1966 - VI ZR 263/64 = VersR 1966, 565, 566; vom 15. April 1966 - VI ZR 246/64 = VersR 1966, 693; vom 20. Dezember 1966 - VI ZR 80/65 = VersR 1967, 288; vom 4. Juli 1967 - VI ZR 38/66 = VersR 1967, 974; vom 28. November 1967 - VI ZR 97/66 = VersR 1968, 197, 198; vom 9. Februar 1971 - VI ZR 151/69 = VersR 1971, 473, 474; zuletzt wieder Urt. vom 19. Juni 1979 - VI ZR 250/77 - demnächst in VersR). Das aber läßt sich nicht abstrakt, sondern nur aufgrund der näheren Umstände des konkreten Falles feststellen (Senatsurteil vom 9. Februar 1971 = aaO); etwa aufgrund der Alkoholmenge, die der Erstbeklagte vor Antritt der Fahrt in Gegenwart des Klägers zu sich genommen hat, oder aus Trunkenheitssymptomen, die dieser als solche hätte erkennen müssen.

2. Zur mündlichen Verhandlung am 14. Februar 1978 vor dem Landgericht hatten die Beklagten indessen lediglich dargetan, daß der Kläger mit dem Erstbeklagten gemeinsam in einer Wirtschaft getrunken hatte. Näheres über die in seiner Gegenwart von dem Erstbeklagten zu sich genommene Alkoholmenge, über die Dauer der Zecherei oder über Symptome, die auf dessen Fahruntüchtigkeit hätten aufmerksam machen können, hatten sie bis dahin nicht vorgetragen. Mit diesem Vorbringen hatten sie den Mitverschuldensvorwurf noch nicht ausreichend dargetan; er hätte näher substantiiert werden müssen, worauf der Tatrichter sie bei der Erörterung der Sache im Verhandlungstermin ggfls. hinzuweisen hatte (§ 139 ZPO; wegen der Bedeutung der Aufklärungspflicht für §§ 296,

528 ZPO vgl. KG NJW 1979, 1369). Daß nicht allein aus der beim Erstbeklagten festgestellten Blutalkoholmenge zuverlässige Rückschlüsse auf die Erkennbarkeit mangelnder Fahrtüchtigkeit für den Kläger zu gewinnen waren, konnte der Tatrichter aus eigener Sachkunde beurteilen. Der Erhebung des von den Beklagten angetretenen Sachverständigenbeweises hierzu bedurfte es entgegen der Meinung der Revision nicht.

II. Das Berufungsgericht hätte jedoch das von den Beklagten nach der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht eingeführte ergänzende Vorbringen nicht schon nach § 528 Abs. 3 ZPO deshalb für unbeachtlich ansehen dürfen, weil das Landgericht diesen Vortrag als verspätet zurückgewiesen hatte. Vielmehr hätte es über die Zulässigkeit des Vorbringens nach § 528 Abs. 1 ZPO befinden müssen.

1. Nach § 528 Abs. 3 ZPO n.F. ist die Partei mit Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die schon im ersten Rechtszug mit Recht als verspätet zurückgewiesen worden sind, in der Berufungsinstanz ausgeschlossen. Danach hat das Gericht des zweiten Rechtszuges insbesondere nicht zu prüfen, ob die Zulassung des erneuerten Vortrags den Abschluß des Berufungsverfahrens verzögern würde; das kann wohl für die Zulassung von erst in den zweiten Rechtszug eingeführten neuen Vorbringens nach § 528 Abs. 1 und 2 ZPO maßgebend sein. Auch wenn eine solche Verzögerung zu verneinen wäre, bleibt die Partei mit ihrem Vorbringen endgültig ausgeschlossen (Grunsky JZ 1977, 206), sofern es vom erstinstanzlichen Gericht zu Recht zurückgewiesen worden war, insbesondere also durch die Zulassung des Vorbringens der erste Rechtszug verzögert worden wäre (§ 296 Abs. 1 und 2 ZPO).

Den verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegenüber dieser Unterscheidung in der Beantwortung der Zulassungsfrage einerseits durch Absatz 1 und 2 des § 528 ZPO, andererseits durch Absatz 3 dieser Vorschrift vor allem im Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG erhoben worden sind (so der Vorlegungsbeschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. April 1979 - 5 U 171/78 -; Lampenscherf MDR 1978, 365; Franzki DRiZ 1977, 161, 166; NJW 1979, 9, 13; Deubner NJW 1979, 337, 344; nicht so weitgehend aber Hartmann NJW 1978, 1457, 1463, 1464) braucht im vorliegenden Rechtsstreit nicht nachgegangen zu werden. Denn § 528 Abs. 3 ZPO ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auf eine Fallgestaltung wie die vorliegende nicht zugeschnitten.

2. Die Vorschrift ist im Zusammenhang mit den Vorschriften in § 296 Abs. 1 und 2 ZPO zu sehen, die die Voraussetzungen bezeichnen, unter denen das erstinstanzliche Gericht verspätet vorgebrachte Angriffs- und Verteidigungsmittel, deren Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde, zurückweisen kann (§ 296 Abs. 2 ZPO) oder gar muß (§ 296 Abs. 1 ZPO). Diesen Entscheidungen soll § 528 Abs. 3 ZPO in gewissem Umfang Bestandskraft auch im Berufungsrechtszug vermitteln. Demgegenüber wird Vorbringen, das im ersten Rechtszug aus anderen Gründen als den in § 296 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO genannten nicht berücksichtigt worden ist, von § 528 Abs. 3 ZPO nicht erfaßt.

a) Das wird am Regelungszusammenhang der einzelnen Absätze des § 528 zueinander wie an ihrem Bezug zu der Regelung des § 296 ZPO deutlich. Absatz 1 des § 528 ZPO wiederholt für den zweiten Rechtszug die Vorschrift des § 296 Abs. 1 ZPO, die für den ersten Rechtszug die Zu-

lassung solchen neuen Vorbringens beschränkt, das die Partei trotz Belehrung erst nach Ablauf einer ihr gesetzten Frist in den Prozeß eingeführt hat. Absatz 2 des § 528 ZPO erschwert für den Berufungsrechtszug die für den ersten Rechtszug geltenden Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 ZPO, unter denen neues Vorbringen, das zwar nicht unter Versäumung einer Frist, aber unter Verletzung der allgemeinen Prozeßförderungspflicht des § 282 ZPO eingeführt worden ist, im ersten Rechtszug noch berücksichtigt werden muß. § 528 Abs. 3 ZPO modifiziert das Zulassungsverfahren der in Absatz 1 und 2 genannten "Noven" für den Berufungsrechtszug, wenn bereits der Vorderrichter über ihre Zulassung - ablehnend - entschieden hat; in diesen Fällen soll sich die Prüfung des Berufungsgerichts auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts und zwar unter Zugrundelegung der Verhältnisse des ersten Rechtszuges beschränken, um den "Novenentscheidungen" des erstinstanzlichen Gerichts Geltung auch im Berufungsrechtszug zu verschaffen. Der Anwendungsbereich des § 528 Abs. 3 ZPO ist deshalb nach Sinn und Aufgabe auf diejenigen "Noven" beschränkt, die im ersten Rechtszug bereits Gegenstand einer Entscheidung nach § 296 ZPO gewesen sind. Für eine Ausdehnung der Vorschrift auf andere Fallgestaltungen ist kein Raum (vgl. auch Deubner NJW 1979, 337, 338; Hartmann NJW 1978, 1457, 1461).

Das gilt auch für solchen Vortrag, der (wie im vorliegenden Fall) zwar noch vor der Verkündung des erstinstanzlichen Urteils, aber erst nach der letzten mündlichen Verhandlung in den ersten Rechtszug eingeführt worden ist. Er unterliegt nicht der Zurückweisung nach § 296 ZPO, sondern ist nach § 296 a ZPO unberücksichtigt zu lassen, weil die Verhandlung in der ersten

Instanz mit diesem Termin geschlossen ist. War der Partei (wie hier) für ihr Vorbringen keine Nachfrist eingeräumt (§ 283 ZPO), so kann sie seine Berücksichtigung im selben Rechtszug nur erreichen, wenn das Gericht die mündliche Verhandlung ausnahmsweise wiedereröffnet (§ 156 ZPO).

b) § 528 Abs. 3 ZPO auf eine "Zurückweisung" nach § 296 a ZPO entsprechend anzuwenden, verbietet sich angesichts ihres strengen Ausnahmecharakters sowie des Bedeutungsunterschieds von § 296 a ZPO gegenüber § 296 ZPO für das Verfahren. Angriffs- und Verteidigungsmittel, die nach der letzten mündlichen Verhandlung vorgebracht werden, gehören nicht mehr in die Instanz, wenn das Gericht die Verhandlung nicht wiedereröffnet. Die Entscheidung über die Wiedereröffnung der Verhandlung steht im pflichtmäßigen Ermessen des Gerichts; sie beruht auf Zweckmäßigkeitserwägungen, die sich nicht in der Sicht erschöpfen, die § 296 ZPO für die Zurückweisung von vor Schluß der Verhandlung, aber verspätet eingeführten Vorbringen verlangt. Denn die Wiedereröffnung der Verhandlung ermöglicht im Grundsatz auch der Gegenseite, weiteres Vorbringen in die Instanz einzuführen; das stellt das Gericht vor eine Entscheidungssituation, die sich mit der des § 296 ZPO nicht vergleichen läßt. Lehnt das Gericht (wie hier) die Wiedereröffnung der Verhandlung ab, dann bleibt das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus den in § 296 ZPO genannten Gründen, sondern deshalb unberücksichtigt, weil es in diesem Rechtszug als nicht vorgebracht gilt. Seine Zulassung im zweiten Rechtszug ist dann an dieselben Voraussetzungen geknüpft, die nach § 528 Abs. 1 und 2 ZPO für neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gelten, die erstmals in der Berufungsinstanz in den Prozeß eingeführt worden sind. Über sie

muß das Berufungsgericht nach Maßgabe der Verhältnisse des zweiten Rechtszuges entscheiden; es kann sich nicht in Anlehnung an § 528 Abs. 3 ZPO auf die Prüfung beschränken, ob der Vorderrichter die Wiedereröffnung der Verhandlung zu Recht abgelehnt hat.

Anderes gilt im vorliegenden Rechtsstreit nicht deshalb, weil das Landgericht ausweislich der Gründe seines Urteils die Wiedereröffnung der Verhandlung mit der Begründung abgelehnt hat, das Vorbringen sei "nach § 296 ZPO" als verspätet zurückzuweisen. Trotzdem war seine Entscheidung eine solche nach § 156 ZPO, wie dies das Berufungsgericht auch richtig gesehen hat. Eine "Novenentscheidung" i.S. von § 296 ZPO, wie sie nach dem Zuvorgesagten allein Gegenstand der Regelung des § 528 Abs. 3 ZPO ist, stellt sie nicht dar (vgl. dazu auch Kramer NJW 1978, 1411, 1415).

3. Das Berufungsgericht hätte sich deshalb nicht in Anwendung des § 528 Abs. 3 ZPO auf die Prüfung beschränken dürfen, ob das Vorbringen der Beklagten von dem Landgericht aus dessen Sicht, d.h. in der Prozeßlage zur Zeit der Entscheidung im ersten Rechtszug, zu Recht zurückgewiesen worden ist. Vielmehr hätte es, da den Beklagten für das Vorbringen eine Frist nach § 276 Abs. 1 Satz 2 ZPO gesetzt war, die sie haben verstreichen lassen, gemäß § 528 Abs. 1 ZPO über die Zulässigkeit aufgrund der Prozeßlage in der Berufungsinstanz selbst entscheiden müssen (wie hier Deubner NJW 1979, 337, 344 Fn. 45; a.A. anscheinend Grunsky = aaO S. 206). Diese Entscheidung muß es nach freier Überzeugung treffen; das Revisionsgericht kann ihm hierin nicht vorgreifen. Der Senat sieht deshalb auch davon ab, zur Erheblichkeit des neuen Vorbringens der Beklagten Stellung zu nehmen.

Sofern eine Beweiserhebung in Betracht kommt, wird das Berufungsgericht für die Frage, ob diese die Erledigung des Rechtsstreits i.S. von § 528 Abs. 1 ZPO verzögern würde, nicht auf die Dauer des Rechtsstreits insgesamt (einschließlich des erstinstanzlichen Verfahrens), sondern darauf abzustellen haben, ob der Berufungsrechtszug durch die Beweiserhebung verzögert werden wird (vgl. OLG Celle NJW 1979, 377; Stein/Jonas/Grunsky ZPO 20. Aufl. § 527 Rdz. 16; § 528 Rdz. 7; Baumbach/Hartmann 37. Aufl. § 296 Anm. 2 Ca; Deubner NJW 1977, 921; so schon für die frühere Rechtslage: Senatsurteil vom 21. Oktober 1969 - VI ZR 82/68 = LM § 286 F7 Nr. 1, BGH Urteil vom 7. Februar 1974 - II ZR 65/73 = NJW 1974, 862; a.A. Thomas/Putzo ZPO 10. Aufl. § 296 Anm. 2; § 528 Anm. 4 b; Knöringer NJW 1977, 2336). Anderes würde nicht nur im Wortlaut des § 528 ZPO keine Stütze finden, sondern zu einer vom Gesetz gerade nicht beabsichtigten Verlagerung des Schwergewichts der Rechtsverfolgung auf die Rechtsmittelinstanz und ersichtlich zu schwerwiegenden Unsicherheiten bei der Feststellung einer Verzögerung führen können. Zwar mag § 528 Abs. 3 ZPO von einem umfassenderen Begriff der Verzögerung ausgehen; diese Vorschrift bezieht sich jedoch auf eine durch die Entscheidung des erstinstanzlichen Gerichts schon fixierte Verfahrensgestaltung, in der Gesichtspunkte der Gewichtsverlagerung zwischen den Rechtszügen und der Praktikabilität solcher Sicht gerade nicht entgegenstehen.

III. Aus den vorstehenden Erwägungen war deshalb das Berufungsurteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revision zu übertragen war.

Dr. Weber

Scheffen

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann