

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein

ZPO § 528 Abs. 2

Daß Ausbleiben eines entgegen § 282 Abs. 1 und 2 ZPO erst im zweiten Rechtszug benannten, aber ordnungsgemäß geladenen Zeugen kann nicht zur Anwendung der Präklusionsvorschriften führen, da die dadurch entstehende Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits nach dem Sinn dieser Vorschriften nicht dem Verhalten der Prozeßpartei zuzurechnen ist, die den Zeugen benannt hat (Bestätigung von BGH, Urteile vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81 - NJW 1982, 2559 und vom 23. April 1986 - VIII ZR 125/85 - NJW 1986, 2319).

BGH, Urt. v. 13. Januar 1987 - VI ZR 280/85 - KG Berlin
LG Berlin

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

VI ZR 280/85

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
13. Januar 1987
Herrwerth
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Werkzeugmachers Peter S [REDACTED],
Alt-M [REDACTED] [REDACTED], B [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigter:

Beklagten zu 1)
und Revisionsklägers,

Rechtsanwalt
Frhr.v. [REDACTED] -

g e g e n

die SK [REDACTED] Versicherungs AG, vertreten durch
Gunter L [REDACTED], Graf-F [REDACTED]-Be [REDACTED]-Straße [REDACTED],
Neu-I [REDACTED],

- Prozeßbevollmächtigte:

Klägerin und
Revisionsbeklagte,

Rechtsanwälte
Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der VI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Januar 1987 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Steffen und die Richter Dr. Kullmann, Dr. Ankermann, Bischoff und Dr. Birkmann

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Erstbeklagten wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Kammergerichts vom 11. Oktober 1985 insoweit aufgehoben, als darin zu dessen Nachteil erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Am Morgen des 27. Juni 1981 erfolgte in Berlin-S. ein Raubüberfall auf ein Möbelhaus. Dabei erbeuteten die Täter 195.000 DM. Der Inhaber des Möbelhauses war bei der



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

klagenden Versicherungs AG gegen Beraubung versichert. Die Klägerin erbrachte aufgrund des Überfalls Versicherungsleistungen in Höhe von 181.664,08 DM.

Nachdem beide Beklagte durch Urteil des Landgerichts Berlin vom 21. April 1982 als Mittäter dieses Überfalles wegen räuberischer Erpressung rechtskräftig zu Freiheitsstrafen verurteilt worden waren, hat die Klägerin von ihnen den Ersatz der Versicherungsleistung sowie ihre sonstigen Aufwendungen in Höhe von weiteren 460,81 DM verlangt. Die Beklagten haben geltend gemacht, sie seien zu Unrecht bestraft worden.

Das Landgericht hat beide Beklagte verurteilt, als Gesamtschuldner an die Klägerin 181.664,08 DM zu zahlen; wegen der Aufwendungen in Höhe von 460,81 DM hat es die Klage abgewiesen. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg.

Mit seiner Revision verfolgt der Erstbeklagte seinen Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht stützt die Verurteilung des Erstbeklagten im wesentlichen darauf, daß in dem von den Tätern bei der Fahrt zum und bei der Flucht vom Tatort benutzten Pkw dessen Notizbuch und eine ihm ausgehändigte Belehrung

für Geschlechtskranke gefunden wurde, daß der Zweitbeklagte gegenüber einer Zeugin die Beteiligung des Erstbeklagten an der Tat erwähnt und ein anderer Zeuge bekundet hatte, der Erstbeklagte könne von der Größe, von der Statur und vom Gesicht her zu den Mittätern des Raubüberfalles gehört haben, und daß er einer Bekannten nach dem Tattag Geld für den Ankauf von zwei Personenwagen zur Verfügung gestellt hat, obwohl er nicht erwerbstätig war.

Das erstmals in der Berufungsbegründung enthaltene, unter Beweis der Zeugin E. gestellte Vorbringen des Erstbeklagten, er habe sich zur Tatzeit mit der Zeugin in deren Wohnung aufgehalten, hat das Berufungsgericht gemäß § 528 Abs. 2 ZPO unberücksichtigt gelassen, da der Versuch des Gerichts, eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits durch Ladung der Zeugin zum Verhandlungstermin am 11. Oktober 1985 zu vermeiden, vergeblich gewesen sei, weil die Zeugin der sieben Tage vor dem Termin erfolgten Ladung nicht nachgekommen sei.

II.

Hiergegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

1. Die Revision rügt mit Recht, daß es nicht Sinn des § 528 Abs. 2 ZPO ist, eine Partei auch in einem Fall, wie er hier vorliegt, mit einem neuen Verteidigungsmittel auszuschießen.

Zutreffend geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, daß der Erstbeklagte die Zeugin E. entgegen der ihm gemäß § 282 Abs. 1 und 2 ZPO obliegenden Prozeßförderungs-pflichten im ersten Rechtszug nicht benannt hat. Die Zulassung eines solchen Verteidigungsmittels darf im Berufungsverfahren, wie das Berufungsgericht nicht verkennt, gemäß § 528 Abs. 2 ZPO aber nur verweigert werden, wenn diese die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte. Verzögerung und fehlende Entschuldigung müssen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zusammentreffen (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 22. September 1980 - II ZR 239/79 - WM 1980, 1461, 1462).

a) Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht dem Beklagten grobe Nachlässigkeit hinsichtlich des erst in der Berufungsbegründung mitgeteilten Verteidigungsmittels, das ihm schon im ersten Rechtszug bekannt gewesen sein muß, angelastet hat, zumal er zur Entschuldigung des Versäumnisses nichts vorgetragen hat.

b) Das Berufungsgericht hat dem Beklagten jedoch zu Unrecht die Prozeßverzögerung angelastet, die dadurch entstehen konnte, daß die zur Berufungsverhandlung geladene, aber nicht erschienene Zeugin E. nochmals hätte geladen werden müssen, wenn es das Verteidigungsvorbringen des Beklagten berücksichtigt hätte.

1

Wie der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes bereits mehrfach entschieden hat (Urteile vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81 - NJW 1982, 2559, vom 23. April 1986 - VIII ZR 128/85 - WM 1986, 869, 871 und - unter Auseinandersetzung mit der Kritik an der bisherigen Rechtsprechung - ebenfalls vom 23. April 1986 - VIII ZR 125/85 - WM 1986, 867, 869), kann das Ausbleiben eines ordnungsgemäß geladenen Zeugen nicht zur Anwendung der Präklusionsvorschriften führen, da die Verzögerung in einem solchen Fall nach dem Sinn dieser Vorschriften nicht dem zögerlichen Verhalten des Beklagten zuzurechnen ist. Der erkennende Senat schließt sich dieser Rechtsprechung an. Es kommt dabei nicht einmal darauf an, daß dem Berufungsgericht im Streitfalle vom Eingang der Berufungsbegründung bis zur Berufungsverhandlung fast ein volles Jahr zur Verfügung gestanden hat, um die Zeugin zu laden, es die Ladung aber erst eine Woche vor dem Termin abgeschickt hat.

2. Das Berufungsgericht hat damit seine Feststellung, der Beklagte sei an dem Überfall beteiligt gewesen, verfahrensfehlerhaft getroffen.

III.

Da das angefochtene Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht und nicht mit anderer Begründung aufrechterhalten werden kann, war es, soweit darin zum Nachteil des Erstbeklagten erkannt worden ist, aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Ihm wurde dabei zugleich die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens übertragen.

Dr. Steffen

Dr. Kullmann

Dr. Ankermann

Bischoff

Dr. Birkmann