



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

VIII ZR 289/18

vom

24. September 2019

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

ZPO § 296 Abs. 2

- a) Grobe Nachlässigkeit im Sinne des § 296 Abs. 2 ZPO liegt nur dann vor, wenn eine Prozesspartei ihre Pflicht zur Prozessförderung in besonders gravierender Weise vernachlässigt, wenn sie also dasjenige unterlässt, was nach dem Stand des Verfahrens jeder Partei als notwendig hätte einleuchten müssen (Bestätigung von BGH, Urteil vom 24. September 1986 - VIII ZR 255/85, NJW 1987, 501 unter II 2 b cc; Beschlüsse vom 2. September 2013 - VII ZR 242/12, juris Rn. 13; vom 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15, GE 2016, 1207 Rn. 15).
- b) Zur Annahme grober Nachlässigkeit bei verspäteter Einzahlung eines Auslagenvorschusses (§§ 402, 379 ZPO), nachdem das erkennende Gericht eine Gegenvorstellung gegen die Höhe des von ihm angeforderten Auslagenvorschusses zurückgewiesen hat.

BGH, Beschluss vom 24. September 2019 - VIII ZR 289/18 - OLG München
LG München I

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. September 2019 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Milger sowie die Richter Dr. Schneider, Dr. Büniger, Kosziol und Dr. Schmidt

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin wird der Beschluss des Oberlandesgerichts München - 21. Zivilsenat - vom 1. August 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an einen anderen Senat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren wird auf 34.120,01 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Die Klägerin begehrt die Rückabwicklung eines Kaufvertrags über ein gebrauchtes Kraftfahrzeug. Sie behauptet, das Fahrzeug weise einen Unfallschaden auf, den die beklagte Verkäuferin ihr bei Vertragsabschluss arglistig verschwiegen habe.

- 2 Auf die mündliche Verhandlung vom 13. März 2017 hat das Landgericht mit einem am 24. April 2017 verkündeten Beweisbeschluss die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Behauptung der Klägerin angeordnet, "der Stoßfänger weise einen irreparablen Schaden auf." Die Versendung der Gerichtsakten an den Gutachter hat das Landgericht von der Zahlung eines Auslagenvorschusses von 2.500 € bis zum 24. Mai 2017 abhängig gemacht.

- 3 Mit Schriftsatz vom 10. Mai 2017 beanstandete der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin den Beweisbeschluss inhaltlich; ferner wandte er sich gegen die Höhe des Auslagenvorschusses und machte mit näherer Begründung geltend, ein Auslagenvorschuss von 500 € sei ausreichend. Der zuständige Einzelrichter trat den inhaltlichen Bedenken mit Verfügung vom 17. Mai 2017 entgegen und teilte ferner mit: "Im Übrigen verbleibt es bei der Vorschussanordnung [...]." Nachdem der Auslagenvorschuss nicht eingegangen war, beraumte der Einzelrichter am 6. Juni 2017 Haupttermin auf den 18. September 2017 an.

- 4 Mit Schriftsatz vom 19. Juni 2017 beantragte der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin mit näherer Begründung, den Auslagenvorschuss auf 1.000 € herabzusetzen. Auf die mit Schriftsatz vom 5. Juli 2017 geäußerte Bitte um beschleunigte Mitteilung, ob das Gericht entsprechend verfahren werde, teilte der Kammervorsitzende mit, der zuständige Einzelrichter befinde sich bis zum 16. August 2017 in Elternzeit.

- 5 Mit Schriftsatz vom 17. August 2017 bat der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin erneut um Mitteilung, ob seinem Antrag auf Herabsetzung des Auslagenvorschusses stattgegeben werde. Der Einzelrichter führte unter dem 18. August 2017 im Wesentlichen aus, ein Auslagenvorschuss von

2.500 € sei in Anbetracht der Erfahrungen in anderen Fällen angemessen. Daraufhin teilte der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin mit Schriftsatz vom 4. September 2017 mit, der Rechtsschutzversicherer habe den gerichtlich angeforderten Auslagenvorschuss geleistet, und fragte an, ob der Sachverständige noch genügend Zeit erhalten werde, um das Gutachten bis zum Termin am 18. September 2017 zu erstellen.

6 Der Einzelrichter erwiderte mit Verfügung vom 11. September 2017, dass es bei dem anberaumten Termin verbleibe. Zuvor hatte er - ohne dies den Parteien mitzuteilen - in einem Aktenvermerk über ein Telefonat mit dem Sachverständigen festgehalten, dass dieser wegen vorrangiger anderer Termine eine Begutachtung bis zum 18. September 2017 nicht vornehmen könne.

7 Nach einem vergeblichen Antrag des erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 12. September 2017, den Verhandlungstermin aufzuheben, blieb die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 18. September 2017 säumig. Auf Antrag der Beklagten beraumte das Landgericht Termin zur Verkündung einer Entscheidung nach Lage der Akten auf den 9. Oktober 2017 an. Durch Urteil vom 11. Dezember 2017 hat der Einzelrichter die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Klägerin sei beweisfällig geblieben, weil der angeforderte Vorschuss verspätet eingezahlt worden sei; das Angriffsmittel der Klägerin werde nach § 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen.

8 Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Nichtzulassungsbeschwerde.

II.

9 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde von Interesse, im Wesentlichen ausgeführt:

10 Zu Recht habe das Landgericht die Voraussetzungen eines Urteils nach Lage der Akten bejaht. Der Klägervertreter habe eine unverschuldete Säumnis im erstinstanzlichen Verhandlungstermin vom 18. September 2017 nicht glaubhaft gemacht (§ 331a Satz 2, § 251a Abs. 2 Satz 4 ZPO). Auch sei der Sachverhalt für eine Entscheidung nach Lage der Akten hinreichend geklärt gewesen (§ 331a Satz 1 Halbs. 2 ZPO). Das Landgericht habe ein Sachverständigen-gutachten unter zutreffender Anwendung der Vorschriften des Beweisverfahrens nicht eingeholt. Die Voraussetzungen einer Zurückweisung verspäteten Vorbringens gemäß § 296 Abs. 2 ZPO seien erstinstanzlich gegeben gewesen. Daher sei das Angriffsmittel auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen (§ 531 Abs. 1 ZPO).

11 Zutreffend habe das Landgericht die für die Zurückweisung des Vorbringens der Klägerin erforderliche grobe Nachlässigkeit bejaht. Zwar indiziere die nicht fristgerechte Zahlung eines Auslagenvorschusses noch keine grobe Nachlässigkeit. Doch habe der Klägervertreter hier auf die Mitteilung des Landgerichts vom 17. Mai 2017, wonach nicht beabsichtigt sei, den Auslagenvorschuss herabzusetzen, diesen weiterhin nicht eingezahlt. Erst als das Landgericht nach mehrmaliger Nachfrage durch den Klägervertreter mit Verfügung vom 18. August 2017 darauf hingewiesen habe, dass eine Änderung der Vorschusshöhe nicht veranlasst sei, sei der Prozessbevollmächtigte der Klägerin an deren Rechtsschutzversicherer herangetreten und habe die Vorschusszahlung veran-

lasst. Zwar habe der Klägervertreter wegen des Erziehungsurlaubs des Einzelrichters über mehrere Wochen eine inhaltliche Antwort auf seine nochmaligen Einwände gegen die Höhe des Auslagenvorschusses nicht erhalten. Doch sei es grob nachlässig gewesen, nach dem ersten Hinweis des Landgerichts (vom 17. Mai 2017) die Einzahlung des Vorschusses nicht zu veranlassen. Die Nachlässigkeit sei kausal für die Verspätung geworden, denn zu diesem Zeitpunkt hätte der Vorschuss noch fristgerecht geleistet werden können. Dass die Klägerin den Auslagenvorschuss als zu hoch erachte, ändere an der Nachlässigkeit nichts; zudem sei der gerichtlich angeforderte Auslagenvorschuss nicht unverhältnismäßig hoch gewesen.

- 12 Zwar habe das Landgericht den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt, denn eine Zurückweisung als verspätet hätte erst nach einem darauf gerichteten Hinweis und entsprechender Gelegenheit zur Äußerung erfolgen dürfen. Diese Gehörsverletzung wirke sich jedoch auf das Urteil des Landgerichts nicht aus. Es sei nicht ersichtlich, was die Klägerin auf einen solchen Hinweis anderes hätte vortragen können. Die grobe Nachlässigkeit bei der Fristversäumnis liege auf der Hand und ergebe sich aus den Akten.

III.

- 13 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist begründet, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 2 ZPO). Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Dies führt gemäß § 544 Abs. 7 ZPO zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

- 14 1. Mit Erfolg macht die Nichtzulassungsbeschwerde geltend, dass das Berufungsgericht den Anspruch der Klägerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt hat.
- 15 a) Bleibt ein Angriffs- oder Verteidigungsmittel einer Partei deswegen unberücksichtigt, weil der Tatrichter es in offenkundig fehlerhafter Anwendung von Präklusionsnormen zu Unrecht zurückgewiesen hat, so ist damit zugleich der Anspruch der Partei auf Gewährung rechtlichen Gehörs gemäß Art. 103 Abs. 1 GG verletzt (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 2. September 2013 - VII ZR 242/12, juris Rn. 7 ff.; vom 3. Mai 2018 - III ZR 429/16, juris Rn. 7 ff.; vom 20. März 2019 - VII ZR 182/18, NJW-RR 2019, 726 Rn. 15 ff.; [jeweils zu § 531 Abs. 1 ZPO]); vom 17. Juli 2012 - VIII ZR 273/11, NJW 2012, 3787 Rn. 9; vom 15. Juli 2014 - VI ZR 145/14, juris Rn. 5 ff.; vom 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15, GE 2016, 1207 Rn. 9; vom 14. März 2017 - VI ZR 205/16, juris Rn. 5 ff.; [jeweils zu § 296 Abs. 2 ZPO]).
- 16 b) So verhält es sich im Streitfall. Das Berufungsgericht hätte nicht gemäß § 531 Abs. 1 ZPO von der auch zweitinstanzlich beantragten Einholung eines Sachverständigengutachtens absehen dürfen, denn das darauf gerichtete Vorbringen der Klägerin ist erstinstanzlich offenkundig zu Unrecht gemäß § 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen worden. Das Berufungsgericht wiederum hat unter offenkundig rechtsfehlerhafter Anwendung des § 531 Abs. 1 ZPO angenommen, dass die erstinstanzliche Zurückweisung des Vorbringens der Klägerin Wirkung für die Berufungsinstanz entfalte. Damit hat das Berufungsgericht den erstinstanzlichen Verfahrensfehler perpetuiert, indem es das Rechtsmittel der Klägerin durch Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juli 2014 - VI ZR 145/14, aaO Rn. 10).

- 17 2. Die Klägerin hat den Antrag auf Einholung eines Sachverständigen-
gutachtens in der Berufungsinstanz aufrechterhalten. Dem hätte das Beru-
fungsgericht nachgehen müssen. Es hat jedoch zu Unrecht die Ermessensent-
scheidung des Landgerichts gebilligt, wonach die Behauptung der Klägerin, die
Beklagte habe ihr in Kenntnis eines Unfallschadens ein Gebrauchtfahrzeug
veräußert, ohne diesen zu offenbaren, verspätet sei und zurückgewiesen wer-
de, weil die Klägerin den Auslagenvorschuss, von dessen Zahlung das Landge-
richt die Übersendung der Akten an den Sachverständigen abhängig gemacht
hat (§§ 402, 379 Satz 1 ZPO), nicht rechtzeitig geleistet habe.
- 18 a) Hat das Gericht die Akten nach Erlass eines Beweisbeschlusses ge-
mäß §§ 402, 379 Satz 2 ZPO wegen nicht fristgerechter Einzahlung des Ausla-
genvorschusses durch den Beweisführer nicht an den Sachverständigen ver-
sandt, sondern Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt, so kann zwar
unter den Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 ZPO das unter Beweis gestellte
Vorbringen auch dann als verspätet zurückgewiesen werden, wenn der Kosten-
vorschuss bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch eingezahlt wird
(BGH, Urteile vom 17. Oktober 1979 - VIII ZR 221/78, NJW 1980, 343 unter 1 b;
vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81, NJW 1982, 2559 unter 2 b; Beschlüsse vom
27. November 1997 - III ZR 246/96, NJW 1998, 761 unter 1 b; vom 10. Mai
2016 - VIII ZR 97/15, aaO Rn. 11). Diese Voraussetzungen sind hier jedoch
nicht erfüllt.
- 19 b) Gemäß § 296 Abs. 2 ZPO können Angriffs- und Verteidigungsmittel,
die entgegen § 282 Abs. 1 nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282
Abs. 2 nicht rechtzeitig mitgeteilt werden, zurückgewiesen werden, wenn ihre
Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des
Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit

beruht. Eine Zurückweisung unter den Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 ZPO hätte damit unter anderem eine grobe Nachlässigkeit der Klägerin vorausgesetzt. Daran fehlt es ersichtlich.

20 Grobe Nachlässigkeit im Sinne des § 296 Abs. 2 ZPO liegt - wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt nicht verkannt hat - nur dann vor, wenn eine Prozesspartei ihre Pflicht zur Prozessförderung in besonders gravierender Weise vernachlässigt, wenn sie also dasjenige unterlässt, was nach dem Stand des Verfahrens jeder Partei als notwendig hätte einleuchten müssen (BGH, Urteil vom 24. September 1986 - VIII ZR 255/85, NJW 1987, 501 unter II 2 b cc; Beschlüsse vom 2. September 2013 - VII ZR 242/12, aaO Rn. 13; vom 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15, aaO Rn. 15; siehe auch Urteil vom 15. Oktober 2002 - X ZR 69/01, NJW 2003, 200 unter II 6 b [zu § 528 Abs. 2 ZPO aF]).

21 aa) Noch zu Recht ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass die nicht fristgerechte Zahlung eines Auslagenvorschusses noch keine grobe Nachlässigkeit indiziert (BVerfG, NJW 2000, 1327; Senatsbeschluss vom 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15, aaO Rn. 15 mwN).

22 bb) Allerdings lässt sich die Annahme grober Nachlässigkeit entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts nicht darauf stützen, dass die Klägerin den vom Landgericht bestimmten Auslagenvorschuss nicht zeitnah geleistet hat, nachdem das Landgericht am 17. Mai 2017 die als Gegenvorstellung der Klägerin anzusehende Eingabe vom 10. Mai 2017 gegen die Höhe des Auslagenvorschusses zurückgewiesen hat.

23 (1) Allein die Erhebung der Gegenvorstellung vom 10. Mai 2017 gegen die Höhe des Auslagenvorschusses ist nicht geeignet, die Annahme grober

Nachlässigkeit der Klägerin zu begründen. Zwar steht die Anordnung der Vorschussleistung für die Einholung eines Sachverständigengutachtens, die die voraussichtlichen Kosten des Sachverständigen nach dem Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz (JVEG) decken soll, im Schätzeressen des Gerichts. Ermessensfehler des Landgerichts zeigt die Beschwerdebegründung nicht auf und sind angesichts der Bandbreite der Kosten für technische Schadensgutachten auch nicht zu erkennen. Da im Erkenntnisverfahren gegen die Anforderung eines Vorschusses nach § 379 ZPO beziehungsweise §§ 402, 379 ZPO ein Rechtsmittel grundsätzlich nicht gegeben ist (Senatsbeschluss vom 3. März 2009 - VIII ZB 56/08, NJW-RR 2009, 1433 Rn. 8), ist es einer vorschusspflichtigen Partei jedoch unbenommen, im Wege der Gegenvorstellung auf eine Herabsetzung des Auslagenvorschusses hinzuwirken (MünchKomm-ZPO/Damrau, 5. Aufl., § 379 Rn. 9; Musielak/Voit/Huber, ZPO, 16. Aufl., § 379 Rn. 8; Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 379 Rn. 6). Dies zieht das Berufungsgericht nicht in Zweifel.

24

(2) Anders als das Berufungsgericht gemeint hat, kann grobe Nachlässigkeit unter den gegebenen Umständen auch nicht bejaht werden, nachdem die Klägerin auf die gerichtliche Verfügung vom 17. Mai 2017 den im Beweisbeschluss bestimmten Auslagenvorschuss von 2.500 € nicht geleistet hat. Denn die vorgenannte Verfügung entbehrt im Hinblick auf die Vorschusshöhe jeglicher Begründung. Das Landgericht hat insoweit lediglich ausgeführt: "Insoweit verbleibt es bei der Vorschussanordnung. Eine Begutachtung allein anhand des Akteninhalts kommt nicht in Betracht". Demgegenüber hatte die Klägerin, worauf auch die Beschwerdebegründung hinweist, bereits mit der Klageschrift ein Privatgutachten der D. GmbH überreicht. Ausweislich der beigelegten Rechnung waren - unter Einschluss einer Besichtigung des Fahrzeugs - insoweit Kosten in Höhe von 248,60 € brutto entstanden, etwa ein Zehntel der

gerichtlichen Vorschussanforderung. Angesichts der mit keinerlei Begründung versehenen Verfügung des Landgerichts vom 17. Mai 2017 ist die Annahme des Berufungsgerichts unter diesen Umständen verfehlt, die Klägerin habe in besonders gravierender Weise gegen ihre Prozessförderungspflicht verstoßen, als sie den Auslagenvorschuss nicht zeitnah nach dem 17. Mai 2017 geleistet hat.

25 (3) Eine inhaltliche - auf die Erfahrungen des Landgerichts in anderen Fällen gegründete - Mitteilung über die Angemessenheit des Auslagenvorschusses hat die Klägerin erst rund drei Monate später, nämlich mit Verfügung vom 18. August 2017 erhalten. Daraufhin entrichtete die Klägerin den gerichtlich angeforderten Auslagenvorschuss. Die bis dahin verstrichene Zeit beruht, wie auch das Berufungsgericht gesehen hat, nicht auf grober Nachlässigkeit der Klägerin beziehungsweise ihres Prozessbevollmächtigten, sondern auf innergerichtlichen Vorgängen, die der Klägerin nicht anzulasten sind.

26 c) Unbeschadet dessen hätte eine Zurückweisung des Vorbringens der Klägerin als verspätet erst nach einem darauf gerichteten Hinweis des Landgerichts erfolgen dürfen. Ein solcher Hinweis, der eine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung vorausgesetzt hätte (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2013 - V ZR 147/12, NJW 2014, 550 Rn. 25; Beschlüsse vom 25. Januar 2012 - IV ZR 230/11, juris Rn. 19; vom 10. Mai 2016 - VIII ZR 97/15, aaO Rn. 17), ist jedoch unterblieben. Die Anwendung der Präklusionsvorschrift des § 296 Abs. 2 ZPO ist erstmals dem am 11. Dezember 2017 verkündeten Urteil des Landgerichts zu entnehmen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts beruht das Urteil des Landgerichts auf dieser Gehörsverletzung, denn es ist nicht ausgeschlossen, dass die Klägerin die (ohnehin verfehlt) Annahme grober Nachläss-

sigkeit nach einem entsprechenden Hinweis des Landgerichts entkräftet hätte (siehe oben III 2 b).

27 3. Der angefochtene Beschluss beruht auf der dargestellten Verletzung des rechtlichen Gehörs. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht nach einer Beweisaufnahme zu einem der Klägerin günstigeren Ergebnis gekommen wäre. Der angefochtene Beschluss ist deshalb aufzuheben und der Rechtsstreit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 7 ZPO).

28 Bei der Zurückverweisung an das Berufungsgericht macht der Senat von der Möglichkeit des § 563 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch, der auf den Fall einer Zurückverweisung nach § 544 Abs. 7 ZPO entsprechend anwendbar ist (BGH,

Beschlüsse vom 1. Februar 2007 - V ZR 200/06, NJW-RR 2007, 1221 Rn. 12; vom 23. August 2016 - VIII ZR 178/15, NJW-RR 2017, 72 Rn. 29; vom 3. Juli 2018 - VIII ZR 229/17, BGHZ 219, 161 Rn. 81; vom 23. Oktober 2018 - VIII ZR 61/18, NJW-RR 2019, 134 Rn. 17).

Dr. Milger

Dr. Schneider

Dr. Bünger

Kosziol

Dr. Schmidt

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 11.12.2017 - 15 O 20277/16 -

OLG München, Entscheidung vom 01.08.2018 - 21 U 137/18 -