



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

IX ZR 214/19

vom

12. November 2020

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch den Vorsitzenden Richter Grupp, die Richterin Möhring, die Richter Röhl, Dr. Schultz und die Richterin Dr. Selbmann

am 12. November 2020

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers wird die Revision gegen den die Berufung zurückweisenden Beschluss des 19. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 31. Juli 2019 zugelassen.

Auf die Revision des Klägers wird der vorbezeichnete Beschluss aufgehoben. Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Streitwert für das Revisionsverfahren wird auf 457.474,67 € festgesetzt.

Gründe:

I.

- 1 Aus abgetretenem Recht nimmt der Kläger den Beklagten auf (restliche) Rückzahlung eines Darlehens über 650.000 € in Anspruch. Der dem Darlehen

zugrundeliegende Vertrag wurde schriftlich mit Datum vom 10. Juni 2013 zwischen der Mutter des Beklagten als Darlehensgeberin und dem Beklagten als Darlehensnehmer geschlossen. Die Mutter (nachfolgend Erblasserin) verstarb im September 2017 und wurde von ihrem Ehemann - dem Vater des Klägers - beerbt. Die Parteien streiten darum, ob das Darlehen (in voller Höhe) zur Auszahlung gelangt ist.

2            Der Kläger weiß nicht, auf welchem Wege die von ihm behauptete Auszahlung des Darlehens erfolgt ist. Er vermutet, die Erblasserin könne das Geld in bar dem häuslichen Tresor entnommen und dem Beklagten übergeben haben. Der Kläger verfügt weder über eine Urkunde, die den behaupteten Auszahlungsvorgang belegt, noch kennt er einen Zeugen, welcher bei der Auszahlung zugegen war. Der Beklagte bestreitet die Auszahlung. Er habe mit der Erblasserin insgesamt drei Darlehensverträge abgeschlossen. Der hier streitbefangene Vertrag vom 10. Juni 2013 habe die ersten beiden Verträge zusammengefasst und einen Darlehensmaximalbetrag von 650.000 € genannt, der in dieser Höhe nie ausbezahlt worden sei.

3            Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückgewiesen. Mit seiner Nichtzulassungsbeschwerde begehrt der Kläger die Zulassung der Revision, um sein Klagebegehren weiterzuverfolgen.

II.

4 Die Revision ist zuzulassen und begründet, weil der angefochtene Beschluss den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

5 1. Das Berufungsgericht hat ausgeführt: Der Kläger habe nicht hinreichend substantiiert zur Valutierung des Darlehens vorgetragen. Er habe insbesondere nicht dargelegt, wann, wo und wie eine Valutierung erfolgt sein soll. Es sei augenfällig, dass dies dem Kläger nicht möglich sei, weil er es nicht wisse. Es reiche nicht aus, eine Valutierung lediglich mit einer Aneinanderreihung von Indizien plausibel zu machen. Überdies sei es dem Kläger nicht gelungen, die Feststellung des Landgerichts erfolgreich anzugreifen, dass eine Valutierung des Darlehens nicht nachgewiesen sei.

6 Der neue Vortrag des Klägers in seiner Stellungnahme zu dem Hinweis des Berufungsgerichts gemäß § 522 Abs. 2 Satz 2 ZPO nebst Beweisanträgen sei nach § 530 in Verbindung mit § 296 Abs. 1 ZPO zwingend zurückzuweisen. Der Kläger habe die Verspätung nicht genügend entschuldigt. Dies gelte auch dann, wenn man davon ausgehe, dass dem Kläger und seinen Instanzbevollmächtigten der neu vorgetragene Sachverhalt zuvor unbekannt gewesen sei. Von einem Verschulden sei auch dann auszugehen, wenn die Partei unschwer in der Lage gewesen wäre, sich durch Erkundigungen bei Dritten über eine für die Entscheidung des Rechtsstreits wesentliche Frage Gewissheit zu verschaffen oder Namen und Anschrift eines Zeugen zu erfahren. So liege der Streitfall. Deshalb habe der Kläger auch nachlässig gehandelt, so dass einer Zulassung des neuen Sachvortrags § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO entgegenstehe.

7                   2. Das hält rechtlicher Prüfung nicht stand und verletzt den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise.

8                   a) Das Berufungsgericht hat die von ihm herangezogenen Vorschriften über die Zurückweisung und Zulassung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel im zweiten Rechtszug falsch angewendet. Seine Ausführungen tragen weder die Annahme, der Kläger habe die Verspätung seines neuen, durch Beweisantritte unterlegten Vorbringens nicht genügend entschuldigt (§ 530 iVm § 296 Abs. 1 ZPO), noch die Einschätzung, einer Zulassung des Vorbringens stehe § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO entgegen.

9                   aa) Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel sind im zweiten Rechtszug nur eingeschränkt zulässig. § 531 Abs. 2 Satz 1 ZPO sieht die Zulassung vor, wenn die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel einen Gesichtspunkt betreffen, der vom Gericht des ersten Rechtszugs erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten worden ist (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO), die neuen Angriffs- und Verteidigungsmittel infolge eines Verfahrensmangels im ersten Rechtszug nicht geltend gemacht worden sind (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) oder ihre Geltendmachung unterblieben ist, ohne dass dies auf einer Nachlässigkeit der Partei beruht (§ 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO).

10                  Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die nach § 531 Abs. 2 ZPO zuzulassen sind, können nach § 530 in Verbindung mit § 296 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen sein, wenn sie innerhalb des zweiten Rechtszugs verspätet vorgebracht werden. Anknüpfungspunkte für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit sind die Frist zur Berufungsbegründung (§ 520 Abs. 2 ZPO) sowie die nach § 521 Abs. 2 Satz 1 ZPO möglichen Fristen zur Berufungserwiderung und zur Stellungnahme auf die Berufungserwiderung.

- 11 Wird - wie hier - ein Angriffsmittel nicht schon im ersten Rechtszug und erst nach Ablauf der Frist zur Berufungsbegründung vorgebracht, bestimmt letztlich derselbe Maßstab, ob dies auf einer Nachlässigkeit der Partei im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO beruht und ob die Verspätung innerhalb des Berufungsverfahrens gemäß § 296 Abs. 1 ZPO genügend entschuldigt ist. Dem Berufungskläger schadet jeweils schon ein einfach fahrlässiger Verstoß gegen die prozessuale Sorgfaltspflicht (zu § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO: BGH, Urteil vom 8. Juni 2004 - VI ZR 199/03, BGHZ 159, 245, 253; zu § 296 Abs. 1 ZPO: Münch-Komm-ZPO/Prütting, 6. Aufl., § 296 Rn. 133; Musielak/Voit/Huber, ZPO, 17. Aufl., § 296 Rn. 24; Stein/Jonas/Thole, ZPO, 23. Aufl., § 296 Rn. 86).
- 12 bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts beruht es nicht auf einer Nachlässigkeit des Klägers, dass sein neues Vorbringen nebst Beweisantritten nicht schon im ersten Rechtszug geltend gemacht worden ist. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, der Kläger habe die Verspätung innerhalb des Berufungsverfahrens nicht hinreichend entschuldigt.
- 13 (1) Das Berufungsgericht hat zugunsten des Klägers unterstellt, dass bis zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist weder dieser noch dessen Instanzbevollmächtigte Kenntnis von dem neuen Vorbringen nebst Beweisantritten hatten. Davon ist auch in der Revisionsinstanz auszugehen.
- 14 (2) Vor diesem Hintergrund kommen die Annahme einer Nachlässigkeit im Sinne des § 531 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 ZPO oder eines Verschuldens gemäß § 296 Abs. 1 ZPO nur in Betracht, wenn der Kläger oder seine Instanzbevollmächtigten (§ 85 Abs. 2 ZPO) bei Anwendung der prozessualen Sorgfaltspflicht Kenntnis haben mussten. Dies ist nicht der Fall.

15 (3) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gebietet es die prozessuale Sorgfaltspflicht grundsätzlich nicht, tatsächliche Umstände, die der Partei nicht bekannt sind, erst zu ermitteln (BGH, Beschluss vom 10. Juni 2010 - Xa ZR 110/09, NJW-RR 2011, 211 Rn. 28; vom 30. Oktober 2013 - VII ZR 339/12, NJW-RR 2014, 85 Rn. 9; vom 13. Dezember 2017 - IV ZR 319/16, VersR 2018, 890 Rn. 17; jeweils mwN). Nur ausnahmsweise können Ermittlungen geboten sein, wenn besondere Umstände dies rechtfertigen (BGH, Beschluss vom 10. Juni 2010, aaO; vom 30. Oktober 2013, aaO; vom 13. Dezember 2017, aaO).

16 Die Annahme solch besonderer Umstände kommt in Betracht, wenn die Partei unschwer in der Lage gewesen ist, sich durch Erkundigungen bei Dritten über eine für die Entscheidung des Rechtsstreits wesentliche Frage Gewissheit zu verschaffen, und die Prozesslage Anlass zu solchen Erkundigungen gibt (BeckOK-ZPO/Bacher, 2020, § 296 Rn. 54; vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1987 - IVa ZR 224/85, NJW 1988, 60, 62). Hierzu reicht es allerdings nicht aus, wenn sich rückblickend herausstellt, dass die Partei die benötigten Informationen ohne weiteres auch schon früher hätte erlangen können. Notwendig ist vielmehr, dass sich die konkrete Ermittlungsmaßnahme vom Standpunkt der Partei aus der Sicht ex ante aufdrängte.

17 Das ist hier nicht der Fall. Die Informationen, die zu dem neuen Vorbringen nebst Beweisanträgen geführt haben, sollen von dem Zeugen G. stammen. Dieser war den Instanzbevollmächtigten des Klägers schon vor Erhebung der Klage bekannt. Die Instanzbevollmächtigten wussten auch um die Zusammenarbeit zwischen dem Zeugen und dem Beklagten im Blick auf das Bauvorhaben . Anhaltspunkte dafür, dass der Zeuge G. Informationen über die Auszahlung des streitbefangenen Darlehens haben könnte, ergaben sich daraus

nicht. Erst recht musste sich den Instanzbevollmächtigten eine Nachfrage bei dem Zeugen nicht aufdrängen.

18            b) Die Nichtzulassung des neuen Vorbringens des Klägers nebst Beweis-  
antritten und dessen Zurückweisung als verspätet verletzen den Anspruch des  
Klägers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher  
Weise.

19            Bei Auslegung und Anwendung der Präklusionsvorschriften sind die Ge-  
richte einer strengeren verfassungsrechtlichen Kontrolle unterworfen als dies üb-  
licherweise bei der Anwendung einfachen Rechts geschieht. Die Überprüfung  
geht insoweit über eine bloße Willkürkontrolle hinaus. Das Gebot aus Art. 103  
Abs. 1 GG, rechtliches Gehör zu gewähren, ist daher bereits dann verletzt, wenn  
das Berufungsgericht neues Vorbringen unter offensichtlich fehlerhafter Anwen-  
dung der Präklusionsvorschriften unberücksichtigt lässt (BGH, Beschluss vom  
13. Dezember 2017, aaO Rn. 10 mwN). So liegt der Streitfall. Das Berufungsge-  
richt hat § 530 in Verbindung mit § 296 Abs. 1 ZPO und § 531 Abs. 2 Satz 1  
Nr. 3 ZPO in Verkennung der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs  
zur prozessualen Pflicht der Partei, ihr unbekannte Umstände zu ermitteln, und  
daher offensichtlich fehlerhaft angewandt. Der Gehörsverstoß ist auch entschei-  
dungserheblich. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Berücksichti-  
gung des neuen Vorbringens nebst Beweisantritten der Berufung des Klägers  
zum Erfolg verholfen hätte.

III.

20 Der angefochtene Beschluss kann folglich keinen Bestand haben. Er ist aufzuheben. Der Rechtsstreit ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 544 Abs. 9 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

21 1. Das Klagevorbringen ist schlüssig. Das Berufungsgericht überspannt die Substantiierungsanforderungen, wenn es verlangt, der Kläger müsse im Einzelnen darlegen, wann, wo und wie die Valutierung des streitbefangenen Darlehens erfolgt sein soll.

22 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Sachvortrag zur Begründung eines Anspruchs schlüssig, wenn die Partei Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtssatz geeignet und erforderlich sind, das geltend gemachte Recht als in der Person der Partei entstanden erscheinen zu lassen. Die Angabe näherer Einzelheiten ist nicht erforderlich, soweit diese für die Rechtsfolgen nicht von Bedeutung sind. Das Gericht muss nur in die Lage versetzt werden, auf Grund des tatsächlichen Vorbringens der Partei zu entscheiden, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für das Bestehen des geltend gemachten Rechts vorliegen. Sind diese Anforderungen erfüllt, ist es Sache des Tatrichters, in die Beweisaufnahme einzutreten und dabei gegebenenfalls die benannten Zeugen oder die zu vernehmende Partei nach weiteren Einzelheiten zu befragen oder einem Sachverständigen die beweiserheblichen Streitfragen zu unterbreiten (BGH, Urteil vom 29. Februar 2012 - VIII ZR 155/11, NJW 2012, 1647 Rn. 16; vom 17. September 2019 - VI ZR 396/18, NJW 2020, 236 Rn. 17; jeweils mwN).

- 23                    b) Diesen Anforderungen genügt der Vortrag des Klägers. Er hat unter Vorlage des schriftlichen Vertrags vom 10. Juni 2013 behauptet, dass die Erblasserin dem Beklagten am 1. Juni 2013 ein Darlehen in Höhe von 650.000 € ausbezahlt hat. Im Darlehensvertrag ist ein Jahreszins in Höhe von 5 vom Hundert geregelt sowie eine Laufzeit des Darlehens von einem Jahr und eine Rückzahlungspflicht auf „erste Anforderung“ im Todesfall. Dies erfüllt die Voraussetzungen des mit der Klage geltend gemachten Anspruchs aus § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB.
- 24                    2. Das Berufungsgericht wird in die Beweisaufnahme einzutreten haben. Dabei ist das neue Vorbringen des Klägers nebst Beweisanträgen zu berücksichtigen, wenn es das Berufungsgericht für glaubhaft erachtet, dass bis zum Ablauf der Berufungsbegründungsfrist weder der Kläger noch seine Instanzbevollmächtigten Kenntnis von dem neuen Vorbringen hatten. Auch die schon zuvor vorgebrachten Hilfstatsachen werden noch einmal eingehend zu würdigen sein. Ob das Berufungsgericht das Gewicht dieser Tatsachen schon hinreichend berücksichtigt hat, erscheint zweifelhaft.
- 25                    Dies gilt insbesondere für das eigene - vorprozessuale wie prozessuale - Vorbringen des Beklagten. Vorprozessual (und ersichtlich vor anwaltlicher Beratung) hat der Beklagte die (vollständige) Auszahlung des Darlehens nicht bestritten. Mit E-Mail vom 24. Januar 2017 hat er das Darlehen vielmehr ausdrücklich als "gegeben" bezeichnet. Es habe sich um eine Geldanlage der Erblasserin aus ihrem Ersparten gehandelt, die er zum größten Teil getilgt habe. Den Widerspruch zwischen diesem Vorbringen und seinem prozessualen Vortrag hat der Beklagte ersichtlich nie aufgeklärt. Aber auch das prozessuale Vorbringen für sich genommen erscheint nicht widerspruchsfrei. Es leuchtet nicht ein, dass mit dem Vertrag vom 10. Juni 2013 zwei ältere Darlehensverträge zusammengefasst

worden sein sollen, wenn diese nicht in der vertraglich ausgewiesenen Höhe valutierten. Valutierten die zwei älteren Darlehen in der ausgewiesenen Höhe, müsste die Klage auch nach dem Vortrag des Beklagten Erfolg haben. Dass nur ein Teil aufgrund der Altverträge valutierte und ein anderer zur Auszahlung gelangen sollte, ist dem ersichtlich von dem Beklagten selbst aufgesetzten Vertragstext - wie die Zusammenfassung der Altverträge an sich - nicht im Ansatz zu entnehmen.

26 Auch die als Anlage K 42 zu den Akten gereichte handschriftliche Zahlungsaufstellung spricht für die Auszahlung des Darlehens in voller Höhe, wenn diese, wie vom Kläger behauptet und unter Beweis gestellt, von der Erblasserin stammt. Gleiches gilt für den im Mai 2014 gegenüber dem Instanzbevollmächtigten des Klägers Dr. S. geäußerten Wunsch der Erblasserin, das Darlehen "am liebsten" sofort zu kündigen. Auch zu dieser Behauptung des Klägers wird erforderlichenfalls Beweis zu erheben sein.

Grupp

Möhring

Röhl

Schultz

Selbmann

Vorinstanzen:

LG München II, Entscheidung vom 22.11.2018 - 8 O 411/18 -

OLG München, Entscheidung vom 31.07.2019 - 19 U 4178/18 -