

## **BVerfGE 55, 72**

Es ist mit dem Grundgesetz vereinbar, daß in zivilrechtlichen Streitigkeiten Angriffsmittel und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, im Berufungsverfahren ausgeschlossen werden (§ 528 Abs. 3 ZPO).

Beschluß

des Ersten Senats vom 7. Oktober 1980

-- 1 BvL 50, 89/79, 1 BvR 240/79 --

in dem Verfahren 1. wegen verfassungsrechtlicher Prüfung des § 528 Abs. 3 ZPO in der Fassung der Vereinfachungsnovelle vom 3. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3281) a) Aussetzungs- und Vorlagebeschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 30. April 1979 - 5 U 171/78 - 1 BvL 50/79 -, b) Aussetzungs- und Vorlagebeschluß des Landgerichts Kiel vom 25. Oktober 1979 - 14 S 58/79 - 1 BvL 89/79 -; 2. über die Verfassungsbeschwerde a) des Herrn B..., b) der Frau T... - Bevollmächtigte: Rechtsanwälte Dr. Bernhard Winter, Detlef Winder und C.-S. Hädrich, Mengstraße 4, Lübeck 1 - unmittelbar gegen das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 16. Februar 1979 sowie den das Armenrecht versagenden Beschluß vom 19. Januar 1979 - 1 S 112/78 -, mittelbar gegen § 528 Abs. 3 ZPO - 1 BvR 240/79 -.

### **Entscheidungsformel:**

1. § 528 Absatz 3 der Zivilprozeßordnung in der Fassung des Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 3. Dezember 1976 (Bundesgesetzbl. I S. 3281) ist mit dem Grundgesetz vereinbar.
2. Die Verfassungsbeschwerde wird zurückgewiesen.

### **Gründe:**

A.

Die Verfahren betreffen die Frage, ob es mit dem Grundgesetz vereinbar ist, daß in zivilrechtlichen Streitigkeiten Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, im Berufungsverfahren generell ausgeschlossen bleiben.

I.

Das Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren (Vereinfachungsnovelle) vom 3. Dezember 1976 (BGBl. I S. 3281) hat neue Vorschriften zur Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens in die Zivilprozeßordnung eingeführt. Deren Ziel ist es, den Rechtsstreit "in der Regel in einem umfassend vorbereiteten Termin

zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen" (§ 272 Abs. 1 ZPO). Zur Verwirklichung dieses Ziels wurden den Parteien allgemeine und besondere Prozeßförderungspflichten auferlegt, deren Verletzung zur Zurückweisung verspäteten Vorbringens führen kann. Die entsprechenden Vorschriften betreffen schwerpunktmäßig den Ablauf des erstinstanzlichen Verfahrens. Da aber das Berufungsverfahren als zweite Tatsacheninstanz den Parteien grundsätzlich einen ergänzenden oder auch völlig neuen Sachvortrag eröffnet, wollte der Gesetzgeber Vorsorge dafür treffen, daß durch einen solchen Sachvortrag nicht die erstinstanzlichen Prozeßförderungspflichten ausgehöhlt werden (vgl. BTDrucks. 7/2729 S. 40 f.). Die einschlägigen Bestimmungen über die Zulassung von Vorbringen in der Berufungsinstanz enthält § 528 ZPO, der zwischen mehreren Sachverhalten unterscheidet.

1. Der in den vorliegenden Verfahren strittige Absatz 3 bestimmt:

#### § 528

(1) und (2) ...

(3) Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesen worden sind, bleiben ausgeschlossen.

Das Berufungsgericht hat also in diesem Fall nur die Berechtigung der Zurückweisung durch das erstinstanzliche Gericht zu prüfen. Auf eine Verzögerung des Rechtsstreits oder ein Verschulden der Partei kommt es im Berufungsverfahren nicht mehr an. Dies ist jedoch Voraussetzung für die erstinstanzliche Zurückweisung.

Für das erstinstanzliche Verfahren sieht das Gesetz zunächst vor, daß das Gericht Fristen zur schriftlichen Klageerwiderung, zur Replik und zur Ergänzung oder Erläuterung des Vorbringens und zur Vorlage von Unterlagen setzt; der Beklagte ist dabei über die Folgen einer Fristversäumung bei der Klageerwiderung zu belehren (§ 273 Abs. 2 Nr. 1; § 275 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 und 4; § 276 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3; § 277). Ferner statuiert das Gesetz eine allgemeine Förderungspflicht folgenden Inhalts:

#### § 282

(1) Jede Partei hat in der mündlichen Verhandlung ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, insbesondere Behauptungen, Bestreiten, Einwendungen, Einreden, Beweismittel und Beweiseinreden, so rechtzeitig vorzubringen, wie es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht.

(2) Anträge sowie Angriffs- und Verteidigungsmittel, auf die der Gegner voraussichtlich ohne vorherige Erkundigung keine Erklärung abgeben kann, sind vor der mündlichen Verhandlung durch vorbereitende Schriftsätze so zeitig mitzuteilen, daß der Gegner die erforderliche Erkundigung noch einzuziehen vermag.

(3) ...

Für den Fall, daß eine Partei die ihr gesetzte Frist nicht einhält oder ihrer allgemeinen Förderungspflicht nicht rechtzeitig nachkommt, ist für das erstinstanzliche Verfahren eine Zurückweisung des Vorbringens als verspätet vorgesehen:

§ 296

(1) Angriffs- und Verteidigungsmittel, die erst nach Ablauf einer hierfür gesetzten Frist (...) vorgebracht werden, sind nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt.

(2) Angriffs- und Verteidigungsmittel, die entgegen § 282 Abs. 1 nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 nicht rechtzeitig mitgeteilt werden, können zurückgewiesen werden, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und die Verspätung auf grober Nachlässigkeit beruht.

(3) ...

(4) In den Fällen der Absätze 1 und 3 ist der Entschuldigungsgrund auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen.

Diese Regelung ist entsprechend auf das Mahnverfahren (§ 697 Abs. 3) anzuwenden. Für besondere Verfahren wie z. B. Ehe- und Kindschaftssachen gelten besondere Vorschriften (vgl. §§ 611, 615, 640). Für das Einspruchsverfahren nach Erlaß eines Versäumnisurteils bestimmt das Gesetz:

§ 340

(1) und (2) ...

(3) In der Einspruchsschrift hat die Partei ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel, soweit es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht, sowie Rügen, die die Zulässigkeit der Klage betreffen, vorzubringen. Auf Antrag kann der Vorsitzende für die Begründung die Frist verlängern, wenn nach seiner freien Überzeugung der Rechtsstreit durch die Verlängerung nicht verzögert wird oder wenn die Partei erhebliche Gründe darlegt. § 296 Abs. 1, 3, 4 ist entsprechend anzuwenden. Auf die Folge einer Fristversäumung ist bei der Zustellung des Versäumnisurteils hinzuweisen.

2. Die Zulässigkeit von Angriffs- und Verteidigungsmitteln, die in der Berufungsinstanz neu vorgebracht werden, hängt in ähnlicher Weise wie nach der zitierten, für das erstinstanzliche Verfahren geltenden Vorschrift des § 296 ZPO davon ab, ob die Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde oder ob die Verspätung auf Verschulden beruht. Dabei unterscheidet das Gesetz auch hier zwischen Nichteinhaltung gesetzter Fristen und einer Verletzung der allgemeinen Förderungspflicht, wobei im zweiten Fall der Maßstab strenger ist als in erster Instanz:

#### § 528

(1) Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen einer hierfür gesetzten Frist (...) nicht vorgebracht worden sind, sind nur zuzulassen, wenn nach der freien Überzeugung des Gerichts ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigt. Der Entschuldigungsgrund ist auf Verlangen des Gerichts glaubhaft zu machen.

(2) Neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen § 282 Abs. 1 nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sind, sind nur zuzulassen, wenn ihre Zulassung nach der freien Überzeugung des Gerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte.

(3) ...

Wird das neue Vorbringen zugelassen, trifft die Partei ein erhöhtes Prozeßkostenrisiko. Denn gemäß § 97 Abs. 2 ZPO sind die Kosten des Rechtsmittelverfahrens der obsiegenden Partei ganz oder teilweise aufzuerlegen, wenn sie aufgrund eines neuen Vorbringens obsiegt, das sie im früheren Rechtszug geltend zu machen imstande war.

## II.

### 1. Die Vorlageverfahren

a) Die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens 1 BvL 50/79 hatten geltend gemacht, ihr von der Beklagten erworbenes und schlüsselfertig errichtetes Haus weise Mängel auf. Sie hatten die - im Laufe des Rechtsstreits teilweise erledigte - Feststellung beantragt, daß die Beklagte zum Schadensersatz wegen dieser Mängel verpflichtet sei. Den verbliebenen Feststellungsantrag hat die Beklagte in der Schlußverhandlung Zug um Zug gegen Zahlung einer restlichen Werklohnforderung anerkannt; unter Bezugnahme auf einen am gleichen Tage bei Gericht eingegangenen Schriftsatz trug sie erstmals vor, sie habe zwischenzeitlich festgestellt, daß eine entsprechende Gegenforderung noch ausstehe.

Das Landgericht hat dem Feststellungsbegehren stattgegeben. Das Zurückbehaltungsrecht der Beklagten hat es als verspätet zurückgewiesen, da es erstmals eineinhalb Jahre nach Klageerhebung in der letzten mündlichen Verhandlung geltend gemacht worden sei.

Mit ihrer Berufung will die Beklagte unter teilweiser Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Feststellung erreichen, daß sie nur Zug um Zug gegen Zahlung ihrer Restforderung zum Schadensersatz verpflichtet sei. Die Klägerinnen haben die restliche Werklohnschuld nicht bestritten, jedoch Verjährung geltend gemacht. Das Oberlandesgericht möchte nunmehr die unstreitige Gegenforderung, die es nicht für verjährt hält, berücksichtigen. Da aber das Landgericht das Verteidigungsmittel des Zurückbehaltungsrechts im ersten Rechtszug zu Recht gemäß § 282 Abs. 1 und 2, § 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen habe, sieht es sich an einer entsprechenden Entscheidung durch § 528 Abs. 3 ZPO gehindert.

b) Die Klägerin des Ausgangsverfahrens 1 BvL 89/79 hatte die Zahlung einer Werklohnforderung in Höhe von 627,20 DM eingeklagt. Zwischen den Parteien war streitig, ob ein Zeuge, der den Auftrag an die Klägerin erteilt hatte, von der Beklagten dazu bevollmächtigt war.

Das Amtsgericht hat der Klage nach Vernehmung des von der Klägerin benannten Zeugen stattgegeben, da zwischen den Parteien über den Zeugen als Vertreter der Beklagten ein Vertrag zustande gekommen sei. Die Vernehmung eines von der Beklagten gegenbeweislich benannten zweiten Zeugen hat es nicht zugelassen. Dieser war erstmals im Termin zur Beweisaufnahme und zur mündlichen Verhandlung benannt worden, obwohl der Beklagten gemäß § 276 ZPO mit der Klagezustellung aufgegeben worden war, innerhalb einer vom Gericht gesetzten Frist auf die Klage zu erwidern. Diese Verspätung habe die Beklagte nicht genügend entschuldigt; auch erfordere die Berücksichtigung des Beweisantrags die Durchführung eines weiteren Termins.

Mit ihrer Berufung beanstandet die Beklagte die Beweiswürdigung des Amtsgerichts und die Nichtzulassung ihres Gegenbeweises. Das Landgericht folgt zwar in der Bewertung des erstinstanzlichen Beweisergebnisses dem angefochtenen Urteil, möchte aber zum ersten Termin im Berufungsrechtszug den von der Beklagten gegenbeweislich benannten zweiten Zeugen - zusammen mit dem bereits vernommenen Zeugen - laden, so daß sich durch dessen Vernehmung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde. An dieser Verfahrensgestaltung sieht sich das Landgericht durch § 528 Abs. 3 ZPO gehindert, da - wie es im einzelnen darlegt - das erstinstanzliche Gericht den Beweisantrag der Beklagten zu Recht gemäß § 296 Abs. 1, § 276 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückgewiesen habe.

c) Das Oberlandesgericht Düsseldorf und das Landgericht Kiel halten § 528 Abs. 3 ZPO wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG für verfassungswidrig. Sie vergleichen die Vorschrift mit den in den Absätzen 1 und 2 getroffenen Regelungen und meinen übereinstimmend, es würden im Kern gleiche, verspätetes Vorbringen betreffende Sachverhalte willkürlich und systemwidrig ungleich behandelt.

Die beanstandete Vorschrift führe - wie im Vorlagebeschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf unter Bezugnahme auf Franzki (DRiZ 1977, S. 161 [166]) dargelegt wird - zu dem offensichtlich ungerechten Ergebnis, daß die geringere Nachlässigkeit einer Partei härter bestraft werde als die gröbere. Bringe nämlich eine Partei noch am Ende der ersten Instanz eine neue Tatsache oder ein neues Beweismittel vor und werde sie damit wegen ihrer Nachlässigkeit zu Recht ausgeschlossen, sei dieser Ausschluß irreparabel; handle hingegen die Partei entgegen dem Beschleunigungs- und Konzentrationsgebot noch nachlässiger und führe sie den neuen Vortrag - möglicherweise sogar absichtlich - überhaupt erstmals in der Berufungsinstanz ein, so müsse er selbst bei grober Nachlässigkeit noch berücksichtigt werden, sofern sich dadurch die Erledigung nicht verzögere. Das ungerechte Ergebnis werde auf die Spitze getrieben und der Richter gezwungen, sehenden Auges Unrecht zu sprechen, wenn ein im ersten Rechtszug zurückgewiesenes Prozeßmittel zwischen den Parteien unstreitig werde oder wenn eine Partei aus Nachlässigkeit von zwei ihr längst bekannten Zeugen einen am Ende der ersten Instanz und den anderen erst in der Berufungsinstanz benenne und ferner auch dann, wenn erst im Berufungsverfahren eine die Richtigkeit streitigen Vorbringens beweisende Urkunde vorgelegt werde, auf die sich eine Partei in erster Instanz verspätet berufen habe. Soweit die beanstandete Vorschrift die Berücksichtigung auch solcher Prozeßmittel ausschließe, die ohne Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits im Berufungsverfahren verwertet werden könnten, wirke sie wie eine unverhältnismäßige Strafe, namentlich dann, wenn von der Entscheidung wesentliche Interessen oder gar die Existenz der Partei abhängen und ihr Verspätungsverschulden gering sei.

Für die Verschiedenbehandlung nachlässiger Prozeßparteien fehle - wie bereits Lampenscherf (MDR 1978, S. 365) überzeugend ausgeführt habe - ein sachlich vertretbarer Grund. Der bloße Umstand, daß in dem einen Fall ein verspätetes Vorbringen im ersten Rechtszug bereits zu Recht zurückgewiesen worden sei, in den anderen Fällen im ersten Rechtszug ein entsprechendes Vorbringen überhaupt fehle, rechtfertige die Benachteiligung der von der strittigen Ausschließungsvorschrift Betroffenen nicht; vielmehr werde die Partei, die ihr Prozeßmittel grob nachlässig oder vorsätzlich bis zum Berufungsverfahren zurückhalte, zu Unrecht bevorzugt, weil in den Fällen der Absätze 1 und 2 nicht allein auf das Verschulden, sondern alternativ auf die Verzögerung der Prozeßerledigung abgestellt werde. Wenn die Regelung unterstelle, die erneute Zulassung eines einmal zurückgewiesenen Vorbringens führe stets zu einer Verzögerung, sei dies unzutreffend; soweit im Berufungsverfahren aber keine Verzögerung eintrete, lasse sich die beanstandete Ausschlußregelung nicht durch einen Beschleunigungszweck rechtfertigen. Die Ungleichbehandlung lasse sich ferner nicht damit rechtfertigen, daß mit der Ausschlußvorschrift eine Abschreckungswirkung erreicht werden solle mit dem Ziel, alle Prozeßparteien zu einer konzentrierten und sorgfältigen Prozeßführung durch Drohung mit einem schwerwiegenden Prozeßnachteil zu zwingen; sei der Verspätungstatbestand erfüllt, müsse die Sanktion nicht nur ein geringes Verschulden im Falle des Absatzes 3, sondern auch und erst recht ein größeres Verschulden in den Fällen der Absätze 1 und 2 treffen. Die Differenzierung könne endlich auch nicht damit begründet werden, es solle verhindert

werden, daß eine Partei mit einem zu Recht zurückgewiesenen Prozeßmittel ihre Berufung begründe; diese Überlegung greife schon deshalb nicht durch, weil die Vorschrift nicht nur gegen den Berufungskläger, sondern auch gegen den Berufungsbeklagten wirke.

Auf weitere befremdliche Folgen der Neuregelung brauche nicht näher eingegangen zu werden. Sie fordere geradezu Rechtsmittel heraus, indem sie zur Vermeidung der Ausschlußwirkung die Aufspaltung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln nahelege. Ferner treffe der Ausschlußnachteil in der Regel den Ärmeren härter als den Wohlhabenden und drohe gerade Bürgern, die bei der Verwirklichung ihrer Rechte eher Nachsicht erwarten könnten, weil sie infolge Unerfahrenheit und mangelnder Schulung der verlangten konzentrierten, raschen und sorgfältigen Prozeßführung weniger gewachsen seien als lebens-, geschäfts- und rechtserfahrene Bürger. Schließlich könne - wie bereits Deubner (NJW 1979, S. 337 [344]) dargelegt habe - auch die Rechtsstaatlichkeit des Zivilprozesses Schaden nehmen, da mit dem Ausschluß von Angriffs- und Verteidigungsmitteln im Berufungsverfahren die Richtigkeitsgarantie eingeschränkt werde.

Die bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken könnten - so führen beide Gerichte übereinstimmend aus - nicht durch eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung ausgeräumt werden. Der eindeutige Wortsinn des § 528 Abs. 2 ZPO lasse entgegen der verschiedentlich vertretenen Auffassung eine Auslegung nicht zu.

## 2. Die Verfassungsbeschwerde

a) Im ersten Termin zur Verhandlung beim Amtsgericht waren die Beschwerdeführer durch Versäumnisurteil zur Räumung eines von ihnen gemieteten Hauses und zur Zahlung von rückständiger Miete verurteilt worden. Schon in der Terminsladung war ihnen aufgegeben worden, innerhalb einer Frist von fast vier Wochen ihre Einwendungen gegen den Klageanspruch vorzutragen sowie Nachweise für eine etwaige Zahlung des Mietzinses vorzulegen. Innerhalb dieser Frist hatten sie lediglich kurz mitgeteilt, es bestehe nur ein geringfügiger Zahlungsrückstand; im übrigen sei der Mietvertrag stillschweigend verlängert worden.

Nach Erlass des Versäumnisurteils haben die Beschwerdeführer ihren fristgerecht eingelegten Einspruch nicht innerhalb der Einspruchsfrist begründet. Ihr am letzten Tag dieser Frist gestellter Antrag auf Verlängerung der Frist für die Einspruchsbegründung wurde abgelehnt, weil sie bereits mehr als drei Monate Zeit gehabt hätten, ihre Verteidigung vorzubereiten. Nach Erhalt der Ladung zum neuen Termin haben sie eine erst fünf Tage vor diesem Termin eingegangene Begründung vorgelegt, mit der sie u. a. geltend machen, sie seien wegen verschiedener Mängel berechtigt, den Mietzins in voller Höhe zu mindern.

Das Amtsgericht hat das Versäumnisurteil aufrechterhalten. Die nachgereichte Einspruchsbegründung der Beschwerdeführer hat es gemäß § 340 Abs. 3, § 296 Abs. 1 ZPO nicht zugelassen, da durch diese Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögert worden wäre und die Beschwerdeführer ihre Verspätung nicht genügend entschuldigt hätten; das Gesamtverhalten der Beschwerdeführer ergebe, daß ihnen nicht an einer sachgerechten Förderung des Prozesses, sondern an einer möglichst exzessiven Prozeßverschleppung liege.

Das Landgericht hat den Beschwerdeführern durch Beschluß vom 19. Januar 1979 das von ihnen für das Berufungsverfahren beantragte Armenrecht verweigert, da ihre Rechtsverteidigung keine hinreichende Aussicht auf Erfolg biete. Ferner hat es durch Urteil

vom 16. Februar 1979 die Berufung der Beschwerdeführer zurückgewiesen. In den Urteilsgründen wird ausgeführt, nach der zwingenden Vorschrift des § 528 Abs. 3 ZPO seien die Beschwerdeführer mit ihren in der Berufungsinstanz vorgetragene(n) Verteidigungsmitteln ausgeschlossen, da diese sämtlich die gleichen seien, welche sie bereits im ersten Rechtszug vorgetragen hätten, und die das Amtsgericht zu Recht gemäß § 340 Abs. 3, § 296 Abs. 1 ZPO zurückgewiesen habe.

b) Gegen die beiden Entscheidungen des Landgerichts haben die Beschwerdeführer Verfassungsbeschwerde eingelegt. Sie machen unter Bezugnahme auf Lampenscherf (MDR 1978, S. 365) geltend, die den angegriffenen Entscheidungen zugrundeliegende Vorschrift des § 528 Abs. 3 ZPO verstoße gegen Art. 3 GG. Zwar möge die Vorschrift mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar sein. Jedoch fehle für die unterschiedliche Behandlung der in § 528 ZPO geregelten Sachverhalte ein rechtfertigender Grund. Der zwingende Ausschluß des in erster Instanz zu Recht zurückgewiesenen Vorbringens sei nicht gerechtfertigt, wenn sich Verzögerungen durch vorbereitende Maßnahmen des Gerichts (§§ 273, 358a ZPO) vermeiden ließen.

### III.

1. Der Bundesminister der Justiz, der sich namens der Bundesregierung geäußert hat, hält die Vorschrift des § 528 Abs. 3 ZPO für verfassungsmäßig.

Art. 103 Abs. 1 GG scheidet als Prüfungsmaßstab aus. Diese Norm hindere den Gesetzgeber nicht, durch Präklusionsbestimmungen auf eine beschleunigte Abwicklung des Rechtsmittelverfahrens hinzuwirken, soweit die betroffene Partei in erster Instanz ausreichende Gelegenheit zur Äußerung gehabt habe.

Soweit bei der Prüfung nach dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG auf einen Vergleich der verschiedenen Tatbestände von § 528 ZPO abgestellt werde, fehle es schon an der Voraussetzung, daß die Vergleichspaare in den entscheidenden Punkten im wesentlichen gleich seien. Davon abgesehen sei die unterschiedliche Regelung der Rechtsfolgen nicht willkürlich erfolgt. Alle Maßnahmen zur Konzentration und Beschleunigung im ersten Rechtszug seien nämlich zwecklos, insbesondere würden die Sanktionen wegen Verletzung der Prozeßförderungspflichten wirkungslos und fragwürdig, wenn das im ersten Rechtszug zulässig ausgeschlossene Vorbringen im Berufungsrechtszug dennoch zugelassen würde. Dem lasse sich nicht entgegenhalten, die Gesamtregelung begünstige Manipulationen und diejenige Partei, die ihre Prozeßförderungspflicht besonders grob verletzt habe. Wer nämlich sein Vorbringen in erster Instanz zur Vermeidung der Ausschließung zurückhalte, riskiere die Zurückweisung in zweiter Instanz nach teils sogar strengeren Vorschriften und übernehme zudem ein höheres Kostenrisiko gemäß § 97 Abs. 2 ZPO. Der Gesetzgeber habe daher davon ausgehen können, daß diese Absicherungen gegen prozessuale Manipulationen ausreichen. Sollte dies nicht der Fall sein, beruhe dies auf der Regelung in den Absätzen 1 und 2 und nicht auf der strittigen Vorschrift; aus theoretischen Mißbrauchsmöglichkeiten könne eine Partei, die ihre Prozeßförderungspflicht verletzt habe, kein Recht auf Gleichbehandlung in der prozeßordnungswidrigen Ausnutzung formeller Positionen herleiten.

Art. 3 Abs. 1 GG sei auch nicht verletzt, soweit er über die Garantie der Gleichbehandlung hinaus ein objektives Willkürverbot enthalte. Die Regelung stehe im Spannungsfeld der Postulate der materiellen Gerechtigkeit einerseits und der Verfahrensbeschleunigung andererseits. Ziehe der Gesetzgeber eines von beiden vor, dann sei dies nicht willkürlich, sofern dies auf der Grundlage einer Abwägung geschehe, die der Bedeutung beider



Postulate Rechnung trage. Wenn die strittige Regelung die Möglichkeit einer materiell richtigen richterlichen Entscheidung um der Prozeßbeschleunigung willen begrenze, diene das der Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege. Bei der schließlich gefundenen, auf eingehenden Überlegungen beruhenden Lösung sei im Unterschied zu anfänglichen Vorstellungen die Zulassung neuen Vorbringens in der Berufungsinstanz im Interesse der materiellen Richtigkeit erleichtert worden. Die gesetzgeberische Entscheidung zwinge den Richter nicht, sehenden Auges Unrecht zu sprechen, wenn das im ersten Rechtszug zurückgewiesene Vorbringen im Berufungsverfahren unstrittig werde; denn dieser Fall werde von der strittigen Vorschrift nicht erfaßt.

2. Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat Stellungnahmen von sechs Zivilsenaten übersandt, in denen mitgeteilt wird, die Senate hätten bislang die strittige Vorschrift noch nicht angewendet. In keiner dieser Äußerungen wird der Standpunkt vertreten, die beanstandete Vorschrift sei verfassungswidrig; doch wird zumeist ausdrücklich von einer abschließenden Beurteilung abgesehen oder die Regelung als unbefriedigend bewertet.

Nach Eingang dieser Stellungnahmen sind der VII. Senat im Urteil vom 31. Januar 1980 (NJW 1980, S. 945) und der VIII. Senat im Urteil vom 13. Februar 1980 (NJW 1980, S. 1102) zu dem Ergebnis gelangt, daß die angegriffene Vorschrift nicht gegen das Grundgesetz verstoße. Dabei geht der VII. Senat auch auf den Fall ein, der dem Vorlagebeschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf zugrunde liegt, daß nämlich ein in erster Instanz zu Recht zurückgewiesenes Vorbringen im zweiten Rechtszug unstrittig wird. Nach seiner Ansicht fällt unstrittig gewordenes Vorbringen überhaupt nicht unter § 528 Abs. 3 ZPO. Eine entsprechende einschränkende Auslegung wurde bereits in nahezu allen Äußerungen der genannten Senate für möglich gehalten; nach der Stellungnahme des V. Senats ergibt sich das schon aus dem Begriff der Angriffs- und Verteidigungsmittel, der unstrittiges Vorbringen nicht umfasse.

3. Nach Meinung der Kläger, die in dem der Verfassungsbeschwerde zugrundeliegenden Verfahren obsiegt hatten, ist die Verfassungsbeschwerde unbegründet. Die beanstandete Ausschlußvorschrift sei notwendig, um ein Ansteigen der Berufungen und eine Verlagerung des Prozeßschwerpunktes in die Rechtsmittelinstanz zu verhindern, was anderenfalls als Folge der stärkeren Betonung der Prozeßförderungspflichten zu befürchten gewesen wäre. Dafür sei gerade der vorliegende Fall lehrreich, in dem zur Begründung der Berufung ausschließlich auf altes Vorbringen zurückgegriffen werde.

B.

Die beanstandete Regelung des § 528 Abs. 3 ZPO ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

I.

1. Mit Ausnahme der beiden vorliegenden Gerichte hat bislang kein Gericht die Verfassungsmäßigkeit der Regelung in Zweifel gezogen. Einige haben die Verfassungsmäßigkeit ebenso wie der Bundesgerichtshof ausdrücklich bejaht (OLG Celle, NJW 1979, S. 377; OLG München, MDR 1978, S. 1028; OLG Oldenburg, Nds. Rpfl. 1979, S. 70; vgl. auch OLG Hamm, MDR 1979, S. 148); den gleichen Standpunkt vertreten die Oberlandesgerichte Hamm, Köln, Stuttgart und Düsseldorf sowie die Landgerichte Lübeck, Nürnberg-Fürth, Karlsruhe und Duisburg in unveröffentlichten Entscheidungen, gegen die

sich weitere Verfassungsbeschwerden richten. Zugleich läßt sich allerdings die Tendenz beobachten, die sachgerechte Entscheidung eines Streitfalls nur in Grenzen an Fristversäumnissen scheitern zu lassen (so Schneider, MDR 1979, S. 710 [712]) und das Recht der Parteien, im Rahmen der Verfahrensordnung alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen zu können, nicht stärker einzuschränken, als dies durch den vom Gesetzgeber verfolgten Beschleunigungs- und Konzentrationszweck gerechtfertigt wird. In diese Richtung wirkt einmal die Rechtsprechung, die sich mit der fehlerhaften Anwendung von Präklusionsvorschriften befaßt und die im Rahmen des § 528 Abs. 3 ZPO für die Prüfung von Bedeutung ist, ob das erstinstanzliche Gericht das Vorbringen "zu Recht" zurückgewiesen hat (vgl. BVerfGE 51, 188; Beschluß vom 29. April 1980 - 2 BvR 1441/79 - [EuGRZ 1980, S. 377]; ferner BGH, NJW 1980, S. 1105 und S. 1167). Zum anderen bemühen sich die Gerichte um eine "verständige" Auslegung der beanstandeten Vorschrift, durch die "widersinnige Ergebnisse" vermieden werden. Diese Bemühungen knüpfen an den als auslegungsfähig angesehenen Begriff "Angriffs- und Verteidigungsmittel" und insbesondere an den erwähnten Gesetzeszweck an.

Auch im Schrifttum wird die beanstandete Vorschrift als verfassungsmäßig beurteilt (so insbesondere Dengler, NJW 1980, S. 163; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 38. Aufl., Anm. 4 zu § 528 mit zustimmender Besprechung von Schwab, NJW 1979, S. 697; ohne Äußerung Stein/Jonas- Grunsky, ZPO, 20. Aufl., Anm. IV zu § 528 [vgl. auch Grunsky, JZ 1977, S. 206]). Nur wenige Autoren verneinen die Vereinbarkeit der Regelung mit dem Gleichheitssatz und begründen dies im wesentlichen mit den gleichen Erwägungen wie die vorlegenden Gerichte (so insbesondere Lampenscherf, MDR 1978, S. 365; Zöller/Schneider, ZPO, 12. Aufl., Anm. VI 2 zu § 528). Aus den gleichen Gründen werden allerdings in den meisten Beiträgen rechtspolitische Bedenken geäußert und daraus Forderungen nach gesetzgeberischen Korrekturen oder nach einer einschränkenden Auslegung hergeleitet (vgl. Franzki, DRiZ 1977, S. 161 [166] und NJW 1979, S. 9 [13]; Bender, in: Bender/Belz/Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht, 1977, S. 112 ff.; Deubner, NJW 1978, S. 355 und 1979, S. 337 [343 f.]; Schneider, MDR 1978, S. 969 und in den Urteilsanmerkungen NJW 1980, S. 947 und MDR 1980, S. 488; Hartmann, NJW 1978, S. 1457 [1463 f.]; zurückhaltend Thomas/Putzo, ZPO, 10. Aufl., Anm. 3 zu § 528 [vgl. auch Putzo, NJW 1977, S. 9]).

2. Für den dem Vorlagebeschluß des Oberlandesgerichts Düsseldorf zugrundeliegenden Fall, daß zurückgewiesenes Vorbringen in zweiter Instanz unstreitig wird, hat sich inzwischen die Auffassung durchgesetzt, dieser Sachverhalt werde überhaupt nicht von § 528 Abs. 3 ZPO erfaßt. Dieser Standpunkt wird in fast allen Stellungnahmen der Zivilsenate des Bundesgerichtshofs sowie in dessen Urteil vom 31. Januar 1980 (NJW 1980, S. 945), vom Bundesminister der Justiz und ferner im Schrifttum von Schneider (MDR 1978, S. 972), Bender (a.a.O., S. 112), Albers (a.a.O.), Schwab (a.a.O.), Dengler (a.a.O., S. 164) und Thomas/Putzo (a.a.O.) vertreten. Dies wird damit begründet, daß die beanstandete Vorschrift im Interesse der Prozeßbeschleunigung eine Konzentration des Prozeßstoffes auf die erste Instanz erreichen und die zweite Instanz weitgehend von Tatsachenfeststellungen entlasten solle; sie bezwecke die Begrenzung solcher Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im Berufungsverfahren noch feststellungsbedürftig seien, und könne sich daher nicht auf unstreitig gewordene Tatsachen beziehen. Zudem liege, wenn streitiges Vorbringen unstreitig werde, ein neuer Sach- und Streitstand vor, welcher der Beurteilung des Richters erster Instanz noch nicht unterlegen habe.

Im Schrifttum wird eine Ausschließungswirkung auch dann als verfehlt beurteilt, wenn eine Partei Vorbringen, das Gegenstand einer erstinstanzlichen Zurückweisung war, durch nachträglich aufgefundene, im Termin vor dem Berufungsgericht präsente Urkunden beweisen kann. Insoweit hat namentlich Dengler (a.a.O., S. 164) darzulegen versucht, wie sich diese Problematik bereits durch eine sachgemäße Anwendung der Vorschriften über den Urkundenbeweis befriedigender lösen läßt. Die Ausgangsverfahren geben keinen Anlaß, darauf näher einzugehen.

Das Ausgangsverfahren, das dem Vorlagebeschluß des Landgerichts Kiel zugrunde liegt, gehört zu einer dritten, teilweise ebenfalls als problematisch gewerteten Fallgruppe: Ein Zeuge, dessen Vernehmung in erster Instanz wegen Verspätung des Beweisantrages zurückgewiesen wurde, könnte vom Berufungsgericht im ersten Termin vernommen werden, ohne daß dies zu einer Verzögerung des Berufungsverfahrens führen würde. In einem solchen Falle kann indessen - wie das vorlegende Gericht zutreffend ausführt (vgl. auch BGH im Urteil vom 13. Februar 1980 mit kritischer Anmerkung von Schneider, MDR 1980, S. 488) - die Ausschließungswirkung nicht dadurch vermieden werden, daß in die Vorschrift des § 528 Abs. 3 ZPO ein Verzögerungskriterium hineininterpretiert wird. Der Gesetzgeber hat in Abänderung der früher geltenden Regelung in Absatz 3 im Unterschied zu den Absätzen 1 und 2 bewußt und gewollt nicht auf eine Verzögerung abgestellt und dies damit begründet, daß anderenfalls die Maßnahmen zur Beschleunigung und Konzentration des erstinstanzlichen Verfahrens weitgehend entwertet würden und daß zudem bereits die Berufung als solche eine Verzögerung darstellen könne (BTDrucks. VI/ 790, S. 20, 30, 61 f. sowie BTDrucks. 7/2729, S. 90). Diese Begründung für den Wegfall des Verzögerungskriteriums greift jedenfalls dann voll durch, wenn - wie im Kieler Ausgangsverfahren - der Sach- und Streitstand in bezug auf das zurückgewiesene Angriffs- und Verteidigungsmittel in der Berufungsinstanz unverändert ist und die betroffene Partei lediglich ihr verspätetes Vorbringen wiederholen will. Bleibt der Sach- und Streitstand unverändert, hat auch das im ersten Rechtszug zu Recht zurückgewiesene Vorbringen ausgeschlossen zu "bleiben", wie es in der Vorschrift des § 528 Abs. 3 ZPO heißt.

II.

§ 528 Abs. 3 ZPO ist in der erörterten Auslegung durch die Fachgerichte mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar.

1. Diese Verfassungsnorm gebietet, alle Menschen vor dem Gesetz gleich zu behandeln. Demgemäß ist dieses Grundrecht vor allem dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten (vgl. BVerfGE 22, 387 [415]; 52, 277 [280]). Diesen Regelungsgehalt des Art. 3 Abs. 1 GG hat das Bundesverfassungsgericht namentlich im Zusammenhang mit Versuchen hervorgehoben, aus einem Gesetzeswerk eine den Gesetzgeber bindende Sachgesetzlichkeit herzuleiten und eine Systemwidrigkeit als Verletzung des Gleichheitssatzes zu beanstanden (BVerfGE 34, 103 [105]).

Die Vorlagebeschlüsse und auch die Begründung der Verfassungsbeschwerde lassen nicht erkennen, ob sie von einer solchen Fallgestaltung ausgehen. Zwar ist von einer "Ungleichbehandlung nachlässiger Prozeßparteien" die Rede; an anderen Stellen wird hingegen die "ungleiche Behandlung im Kern gleicher, verspätetes Vorbringen betreffender

Sachverhalte" als nicht sachgerecht und nicht systemkonsequent gerügt. Eine genaue Betrachtung der strittigen Regelung ergibt, daß durch § 528 Abs. 3 ZPO einerseits und § 528 Abs. 1 und 2 ZPO andererseits nicht etwa verschiedene Normadressaten ungleich behandelt werden. Vielmehr wird das Verhalten ein und derselben Person in verschiedenen Regelungszusammenhängen verschieden behandelt: Die von der säumigen Partei verspätet geltend gemachten Angriffs- und Verteidigungsmittel erleiden je nach dem Zeitpunkt, in dem sie vorgebracht werden, in der Berufungsinstanz ein unterschiedliches Schicksal. Gerade weil es sich um verschiedenes Verhalten ein und derselben Person handelt, besteht für sie die von der Kritik besonders bemängelte Möglichkeit, die Ausschließungswirkung durch Zurückhaltung verspäteten Vorbringens zu unterlaufen.

2. a) Außerhalb des Verbots einer ungerechtfertigten Verschiedenbehandlung mehrerer Personengruppen läßt der Gleichheitssatz dem Gesetzgeber weitgehende Freiheit, Lebenssachverhalte und das Verhalten einer Person je nach dem Regelungszusammenhang verschieden zu behandeln. Es ist dann grundsätzlich Sache des Betroffenen, sich auf diese Regelung einzustellen und nachteiligen Auswirkungen durch eigenes Verhalten zu begegnen.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erschöpft sich allerdings der Gleichheitssatz nicht in dem Verbot einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Normadressaten. Vielmehr kommt in ihm ein Willkürverbot als fundamentales Rechtsprinzip zum Ausdruck, das nicht nur der Rechtsprechung, sondern auch der Gesetzgebung gewisse äußerste Grenzen setzt. Diese Grenze wird dann überschritten, wenn eine fehlerhafte Rechtsanwendung durch die Gerichte bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist und sich daher der Schluß aufdrängt, daß sie auf sachfremden Erwägungen beruht (BVerfGE 42, 64 [72 ff.]; Beschluß vom 29. April 1980 - 2 BvR 1441/ 79 - [EuGRZ 1980, S. 377] zur Anwendung von Präklusionsvorschriften). Der Gesetzgeber seinerseits handelt nicht schon dann willkürlich, wenn er unter mehreren Lösungen nicht die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste gewählt hat, vielmehr nur dann, wenn sich ein sachgerechter Grund für eine gesetzliche Bestimmung nicht finden läßt; dabei genügt Willkür im objektiven Sinn, d. h. die tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit der Regelung in bezug auf den zu ordnenden Gesetzgebungsgegenstand (BVerfGE 4, 144 [155]; 36, 174 [187]). Diese Kriterien gelten auch und gerade für die Beurteilung gesetzlicher Differenzierungen bei der Regelung von Sachverhalten; hier endet der Spielraum des Gesetzgebers erst dort, wo die ungleiche Behandlung der geregelten Sachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, wo also ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung fehlt (BVerfGE 9, 334 [337]). Eine derartige Willkür kann einer gesetzlichen Regelung nach ständiger Rechtsprechung aber nur dann vorgeworfen werden, wenn ihre Unsachlichkeit evident ist (BVerfGE 12, 326 [333]; 23, 135 [143]).

b) Die beanstandete Regelung kann - wie bereits der Bundesgerichtshof in den zitierten Urteilen vom 31. Januar und 13. Februar 1980 zutreffend dargelegt hat - nicht als evident unsachlich und damit als willkürlich beurteilt werden.

Es erscheint bereits zweifelhaft, ob die in § 528 Abs. 1 und 2 ZPO einerseits und in Abs. 3 andererseits geregelten Lebenssachverhalte überhaupt im wesentlichen gleich sind oder ob nicht in Wahrheit unterschiedliche Sachverhalte ihrer Eigenart entsprechend - unter Anwendung übereinstimmender Prinzipien - unterschiedlich geregelt werden. Zwar ist beiden Fallgruppen gemeinsam, daß eine Prozeßpartei Angriffs- oder Verteidigungsmittel verspätet

vorgebracht und zur Entscheidung des Gerichts gestellt hat. Entsprechend dieser Übereinstimmung wird dieses verspätete Vorbringen bei seiner erstmaligen Überprüfung durch die Gerichte nach im wesentlichen gleichen Kriterien beurteilt; es wird immer dann zugelassen, wenn seine Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits im Zeitpunkt des erstmaligen Vorbringens nicht verzögert oder wenn die Verspätung genügend entschuldigt wird (§ 296 Abs. 1 und 2, § 528 Abs. 1 und 2 ZPO). Zugleich besteht aber ein deutlicher Unterschied: Die Absätze 1 und 2 regeln die Behandlung erstmalig in der Berufungsinstanz eingeführten verspäteten Vorbringens, so daß seine Zulassung bislang noch nicht gerichtlich geprüft worden ist; demgegenüber hatte im Falle des Absatzes 3 die säumige Partei bereits in erster Instanz eine gerichtliche Entscheidung über die Nichtzulassung des verspäteten Vorbringens erhalten und kann deren Rechtmäßigkeit von einem zweitinstanzlichen Gericht nachprüfen lassen.

Schon wegen dieses Unterschiedes erscheint die gesetzgeberische Differenzierung nicht als willkürlich. Denn es ist nicht evident unsachlich, "altes", bereits unter dem Gesichtspunkt der Zulassung geprüftes Vorbringen in der Berufungsinstanz anders zu behandeln als "neues" Vorbringen. Eine Verletzung des Willkürverbots wäre aber auch dann nicht erkennbar, wenn die beiden in § 528 ZPO geregelten Fallgruppen als prinzipiell gleichartig angesehen würden. Denn nach den zutreffenden Ausführungen des Bundesgerichtshofs läßt sich die Differenzierung jedenfalls durch einleuchtende Gründe rechtfertigen, die sich aus dem Zweck der Neuregelung ergeben:

Der Gesetzgeber hat sich zu dieser Differenzierung entschlossen, weil er die frühere Gleichbehandlung "alten" und "neuen" Vorbringens in der Berufungsinstanz als nachteilig angesehen hatte. Gemäß § 529 Abs. 2 Satz 2 ZPO a.F. konnte Vorbringen, das in erster Instanz zurückgewiesen worden war, im zweiten Rechtszug in gleicher Weise wie neues Vorbringen geltend gemacht werden; verzögerte seine Berücksichtigung nicht die Erledigung des Rechtsstreits, war es vom Berufungsgericht trotz erstinstanzlicher Zurückweisung zuzulassen. Diese Regelung entwertete indessen die erstinstanzlichen Zurückweisungsmöglichkeiten und nötigte die Parteien nicht dazu, dem Gericht den Sach- und Streitstoff möglichst frühzeitig zu unterbreiten. Angesichts dieser Nachteile kann es nicht als sachfremd angesehen werden, wenn der Gesetzgeber im Interesse einer Beschleunigung und Straffung des Zivilprozesses die bisherige Gleichbehandlung aufgegeben hat.

Es ist allerdings nicht zu verkennen, daß - wie in der Literatur befürchtet wird - die Neuregelung dazu führen kann, verspätetes Vorbringen in erster Instanz zurückzuhalten, um es in zweiter Instanz unter Vermeidung einer Verfahrensverzögerung nachzuschieben. Die vorlegenden Gerichte halten es in diesem Zusammenhang für ungerecht, daß eine geringere Nachlässigkeit einer Partei strengere Sanktionen auslösen könne als eine noch gröbere Zuwiderhandlung gegen das Beschleunigungs- und Konzentrationsgebot. Demgegenüber hat aber schon der Bundesgerichtshof hervorgehoben, daß die insoweit bestehenden Mißbrauchsmöglichkeiten die angegriffene Vorschrift nicht schlechthin ungeeignet machen, die angestrebte Beschleunigung zu fördern. Denn wenn eine Partei ein ihr günstiges Vorbringen im ersten Rechtszug bewußt zurückhält und es erst mit ihrer Berufung vorbringt, geht sie nicht nur das Kostenrisiko des § 97 Abs. 2 ZPO ein, sondern auch das erhebliche Risiko der Nichtzulassung gemäß § 528 Abs. 1 oder 2 ZPO. Davon abgesehen beruhen - wie der Bundesminister der Justiz in seiner Stellungnahme hervorgehoben hat - diese Mißbrauchsmöglichkeiten nicht auf der beanstandeten Regelung des § 528 Abs. 3, sondern auf der Fassung der Absätze 1 und 2 und könnten daher allenfalls zu einer strengeren

Behandlung neuen Vorbringens Anlaß geben. Das war auch ursprünglich vorgesehen. Denn nach dem in der VI. Legislaturperiode eingebrachten Entwurf eines Änderungsgesetzes sollten neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die schon im ersten Rechtszug vorzubringen gewesen wären, nur zugelassen werden dürfen, wenn die Partei die Verspätung genügend entschuldigte; ob ihre Berücksichtigung die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde, sollte unerheblich sein (vgl. BTDrucks. VI/790, § 527). Diese Lösung hätte zwar die jetzt kritisierte Ungleichbehandlung wesentlich abgeschwächt; sie wird daher auch in der Literatur empfohlen (Lampenscherf, a.a.O., S. 367; vgl. auch Hartmann, a.a.O., S. 1464). Es erscheint aber nicht willkürlich, wenn der Gesetzgeber davon bereits bei dem in der 7. Legislaturperiode eingebrachten Entwurf der Vereinfachungsnovelle (BTDrucks. 7/2729) wieder abgerückt ist. Es liegt eher im Interesse der Parteien und der materiell richtigen Entscheidung, daß der Gesetzgeber diese Lösung, welche den Säumigen erheblich benachteiligt hätte, ohne der erstrebten Beschleunigung zu dienen, durch die beanstandete Differenzierung ersetzt und dadurch sichergestellt hat, daß verspätete Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zeitpunkt ihres erstmaligen Vorbringens in erster und zweiter Instanz nach annähernd gleichen Kriterien behandelt werden. Soweit sich bei dieser Regelung unbefriedigende Ergebnisse auch durch eine Auslegung nicht ganz vermeiden lassen, belastet dies die Rechtsuchenden jedenfalls weniger als die empfohlene Gleichbehandlung neuen Vorbringens.

### III.

§ 528 Abs. 3 ZPO ist in der erörterten Auslegung auch mit Art. 103 Abs. 1 GG vereinbar. Das gilt auch dann, wenn diese Verfassungsnorm in Verbindung mit der Rechtsprechung zur rechtsstaatsgemäßen Ausgestaltung des Verfahrensrechts als Prüfungsmaßstab herangezogen wird.

Nach dieser Rechtsprechung dient das Verfahrensrecht der Herbeiführung gesetzmäßiger und unter diesem Blickpunkt richtiger, aber darüber hinaus auch im Rahmen dieser Richtigkeit gerechter Entscheidungen (BVerfGE 42, 64 [73]; 46, 325 [333]). Das schließt als Ausprägung der Rechtsstaatlichkeit und des allgemeinen Gleichheitssatzes Waffengleichheit der Parteien vor dem Richter ein, der - auch im Blick auf die grundrechtlich gesicherte Verfahrensgarantie des Art. 103 Abs. 1 GG - den Prozeßparteien im Rahmen der Verfahrensordnung gleichermaßen die Möglichkeit einzuräumen hat, alles für die gerichtliche Entscheidung Erhebliche vorzutragen und alle zur Abwehr des gegnerischen Angriffs erforderlichen prozessualen Verteidigungsmittel geltend zu machen (BVerfGE 52, 131 [156] m. w. N.).

Die Möglichkeit zur Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung wird durch Präklusionsvorschriften beschränkt, die sich zwangsläufig nachteilig für das Bemühen um eine materiell richtige Entscheidung auswirken. Gleichwohl sind solche Präklusionsvorschriften, die auf eine Verfahrensbeschleunigung hinwirken sollen, in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch unter dem Blickpunkt des Art. 103 Abs. 1 GG als verfassungsmäßig beurteilt worden (vgl. BVerfGE 36, 92 [98]; 51, 188 [191] zu § 529 ZPO a.F. und Beschluß vom 29. April 1980 [a.a.O.] zu § 296 Abs. 1 ZPO n.F.). Erforderlich ist lediglich, daß die betroffene Partei hinreichend Gelegenheit hatte, sich in allen für sie wichtigen Fragen zur Sache zu äußern, diese Gelegenheit aber schuldhaft ungenutzt verstreichen ließ.

Die bisherige Rechtsprechung betraf allerdings Regelungen, nach denen die Zurückweisung verspäteten Vorbringens nicht nur vom Verschulden der betroffenen Partei, sondern auch davon abhing, daß die Berücksichtigung dieses Vorbringens die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde. Es besteht aber - wie bereits der Bundesgerichtshof ausgeführt hat - kein Anlaß, die beanstandete Vorschrift des § 528 Abs. 3 ZPO unter dem Gesichtspunkt des Art. 103 Abs. 1 GG anders als jene Regelungen zu beurteilen. Das Recht auf Gehör gibt den Verfahrensberechtigten ein Recht darauf, daß sie Gelegenheit erhalten, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt zu äußern; dem entspricht die Pflicht des Gerichts, die Ausführungen der Beteiligten bei seiner Entscheidung zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen (BVerfGE 36, 92 [97] m. w. N.). Diesen Anforderungen genügt auch die beanstandete Ausschlussvorschrift. Denn ihre Anwendung setzt voraus, daß die Prozeßparteien zu Recht mit ihrem verspäteten Vorbringen ausgeschlossen worden sind, nachdem sie hinreichend Gelegenheit zur Äußerung hatten. Ob diese Voraussetzungen im Einzelfall vorliegen, hat nicht nur das erstinstanzliche, sondern auch das Berufungsgericht zu überprüfen.

IV.

Nach alledem greifen die verfassungsrechtlichen Bedenken der vorliegenden Gerichte gegen die Vorschrift des § 528 Abs. 3 ZPO nicht durch. Daher konnte auch die Verfassungsbeschwerde keinen Erfolg haben. Das Oberlandesgericht Düsseldorf ist hingegen nicht gehindert, die beanstandete Vorschrift dahin auszulegen, daß sie unstreitig gewordenen Vorbringen nicht umfaßt.

(gez.) Dr. Benda, Dr. Simon, Dr. Faller, Dr. Hesse, Dr. Katzenstein, Dr. Niemeyer