

## Keine grobe Nachlässigkeit einer Prozesspartei bei verspäteter Einzahlung eines Auslagenvorschusses

1. Grobe Nachlässigkeit i. S. des [§ 296 II 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, Urt. v. 24.09.1986 – [VIII ZR 255/85](#), [NJW 1987, 501](#) unter II 2 b cc; Beschl. v. 02.09.2013 – [VII ZR 242/12](#), juris Rn. 13; Beschl. v. 10.05.2016 – [VII-I ZR 97/15](#), [GE 2016, 1207](#) Rn. 15).
2. 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 24.09.2019 – [VIII ZR 289/18](#)

**Sachverhalt:** 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.

Auf die mündliche Verhandlung vom 13.03.2017 hat das Landgericht mit einem am 24.04.2017 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 24.05.2017 abhängig gemacht.

Mit Schriftsatz vom 10.05.2017 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 17.05.2017 entgegen und teilte ferner mit: „Im Übrigen verbleibt es bei der Vorschussanordnung [...].“ Nachdem der Auslagenvorschuss nicht eingegangen war, beraumte der Einzelrichter am 06.06.2017 Haupttermin auf den 18.09.2017 an.

Mit Schriftsatz vom 19.06.2017 beantragte der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin mit näherer Begründung, den Auslagenvorschuss auf 1.000 € herabzusetzen. Auf die mit Schriftsatz vom 05.07.2017 geäußerte Bitte um beschleunigte Mitteilung, ob das Gericht entsprechend verfahren werde, teilte der Kammervorsitzende mit, der zuständige Einzelrichter befinde sich bis zum 16.08.2017 in Elternzeit.

Mit Schriftsatz vom 17.08.2017 bat der vorinstanzliche Prozessbevollmächtigte der Klägerin erneut um Mitteilung, ob seinem Antrag auf Herabsetzung des Auslagenvorschusses stattgegeben werde. Der Einzelrichter führte unter dem 18.08.2017 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 04.09.2017 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 18.09.2017 zu erstellen.

Der Einzelrichter erwiderte mit Verfügung vom 11.09.2017, 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 18.09.2017 nicht vornehmen könne.

Nach einem vergeblichen Antrag des erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 12.09.2017, den Verhandlungstermin aufzuheben, blieb die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vom 18.09.2017 säumig. Auf Antrag der Beklagten beraumte das Landgericht Termin zur Verkündung einer Entscheidung nach Lage der Akten auf den 09.10.2017 an. Durch Urteil vom 11.12.2017 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 II ZPO](#) als verspätet zurückgewiesen.

Die hiergegen gerichtete Berufung hat das Berufungsgericht durch Beschluss gemäß [§ 522 II ZPO](#) zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin hatte Erfolg.

**Aus den Gründen:** [9] II. 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 18.09.2017 nicht glaubhaft gemacht ([§ 331a Satz 2](#), [§ 251a II 4 ZPO](#)). Auch sei der Sachverhalt für eine Entscheidung nach Lage der Akten hinreichend geklärt gewesen ([§ 331a Satz 1 Halbsatz 2 ZPO](#)). Das Landgericht habe ein Sachverständigengutachten unter zutreffender Anwendung der Vorschriften des Beweisverfahrens nicht eingeholt. Die Voraussetzungen einer Zurückweisung verspäteten Vorbringens gemäß [§ 296 II ZPO](#) seien erstinstanzlich gegeben gewesen. Daher sei das Angriffsmittel auch im Berufungsverfahren ausgeschlossen ([§ 531 I 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 17.05.2017, wonach nicht beabsichtigt sei, den Auslagenvorschuss herabzusetzen, diesen weiterhin nicht eingezahlt. Erst als das Landgericht nach mehrmaliger Nachfrage durch den Klägervertreter mit Verfügung vom 18.08.2017 darauf hingewiesen habe, dass eine Änderung der Vorschusshöhe nicht veranlasst sei, sei der Prozessbevollmächtigte der Klägerin an deren Rechtsschutzversicherer herangetreten und habe die Vorschusszahlung veranlasst. 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 17.05.2017) 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.

[13] III. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde der Klägerin ist begründet, weil die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts erfordert ([§ 543 II 1 Nr. 2 Fall 2 ZPO](#)). Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Klägerin auf rechtliches Gehör ([Art. 103 I GG](#)) in entscheidungserheblicher Weise verletzt. Dies führt gemäß [§ 544 VII 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 I 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 I GG](#) verletzt (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschl. v. 02.09.2013 – [VII ZR 242/12](#), juris Rn. 7 ff.; Beschl. v. 03.05.2018 – [III ZR 429/16](#), juris Rn. 7 ff.; Beschl. v. 20.03.2019 – [VII ZR 182/18](#), [NJW-RR 2019, 726](#) Rn. 15 ff. [jeweils zu [§ 531 I ZPO](#)]; Beschl. v. 17.07.2012 – [VIII ZR 273/11](#), [NJW 2012, 3787](#) Rn. 9; Beschl. v. 15.07.2014 – [VI ZR 145/14](#), juris Rn. 5 ff.; Beschl. v. 10.05.2016 – [VIII ZR 97/15](#), [GE 2016, 1207](#) Rn. 9; Beschl. v. 14.03.2017 – [VI ZR 205/16](#), juris Rn. 5 ff. [jeweils zu [§ 296 II ZPO](#)]).

[16] b) So verhält es sich im Streitfall. Das Berufungsgericht hätte nicht gemäß [§ 531 I 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 II ZPO](#) als verspätet zurückgewiesen worden. Das Berufungsgericht wiederum hat unter offenkundig rechtsfehlerhafter Anwendung des [§ 531 I 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 II ZPO](#) zurückgewiesen hat (vgl. BGH, Beschl. v. 15.07.2014 – [VI ZR 145/14](#), juris Rn. 10).

[17] 2. Die Klägerin hat den Antrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens in der Berufungsinstanz aufrechterhalten. Dem hätte das Berufungsgericht nachgehen müssen. Es hat jedoch zu Unrecht die Ermessensentscheidung 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 werde, weil die Klägerin den Auslagenvorschuss, von dessen Zahlung das Landgericht 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 gemäß [§§ 402, 379 Satz 2 ZPO](#) wegen nicht fristgerechter Einzahlung des Auslagenvorschusses durch den Beweisführer nicht an den Sachverständigen versandt, sondern Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt, so kann zwar unter den Voraussetzungen des [§ 296 II ZPO](#) das unter Beweis gestellte Vorbringen auch dann als verspätet zurückgewiesen werden, wenn der Kostenvorschuss bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung noch eingezahlt wird (BGH, Urt. v. 17.10.1979 – [VIII ZR 221/78](#), [NJW 1980, 343](#) unter 1 b; Urt. v. 05.05.1982 – [VIII ZR 152/81](#), [NJW 1982, 2559](#) unter 2 b; Beschl. v. 27.11.1997 – [III ZR 246/96](#), [NJW 1998, 761](#) unter 1 b; Beschl. v. 10.05.2016 – [VIII ZR 97/15](#), [GE 2016, 1207](#) Rn. 11). Diese Voraussetzungen sind hier jedoch nicht erfüllt.

[19] b) Gemäß [§ 296 II ZPO](#) können Angriffs- und Verteidigungsmittel, die entgegen [§ 282 I ZPO](#) nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen [§ 282 II ZPO](#) 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 II ZPO](#) hätte damit unter anderem eine grobe Nachlässigkeit der Klägerin vorausgesetzt. Daran fehlt es ersichtlich.

[20] Grobe Nachlässigkeit i. S. des [§ 296 II 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, Urt. v. 24.09.1986 – [VII I ZR 255/85](#), [NJW 1987, 501](#) unter II 2 b cc; Beschl. v. 02.09.2013 – [VII ZR 242/12](#), juris Rn. 13; Beschl. v. 10.05.2016 – [VIII ZR 97/15](#), [GE 2016, 1207](#) Rn. 15; s. auch Urt. v. 15.10.2002 – [X ZR 69/01](#), [NJW 2003, 200](#) unter II 6 b [zu [§ 528 II ZPO a.F.](#)]).

[21] aa) Noch zu Recht ist das Berufungsgericht auch davon ausgegangen, dass die nicht fristgerechte Zahlung eines Auslagenvorschusses noch keine grobe Nachlässigkeit indiziert (BVerfG, [1. Kammer des Ersten Senats], Beschl. v. 17.09.1999 – [1 BvR 47/99](#), [NJW 2000, 1327](#); Senat, Beschl. v. 10.05.2016 – [VIII ZR 97/15](#), [GE 2016, 1207](#) Rn. 15).

[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 17.05.2017 die als Gegenvorstellung der Klägerin anzusehende Eingabe vom 10.05.2017 gegen die Höhe des Auslagenvorschusses zurückgewiesen hat.

[23] (1) Allein die Erhebung der Gegenvorstellung vom 10.05.2017 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](#) bzw. [§§ 402, 379 ZPO](#) ein Rechtsmittel grundsätzlich nicht gegeben ist (Senat, Beschl. v. 03.03.2009 – [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; *Huber*, in: Musielak/Voit, 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 17.05.2017 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 beigefügten 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 17.05.2017 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 17.05.2017 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 18.08.2017 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 bzw. 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, Urt. v. 25.10.2013 – [V ZR 147/12](#), [NJW 2014, 550](#) Rn. 25; Beschl. v. 25.01.2012 – [IV ZR 230/11](#), juris Rn. 19; Besch. v. 10.05.2016 – [VIII ZR 97/15](#), [GE 2016, 1207](#) Rn. 17), ist jedoch unterblieben. Die Anwendung der Präklusionsvorschrift des [§ 296 II ZPO](#) ist erstmals dem am 11.12.2017 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 verfehlte) Annahme grober Nachlässigkeit nach einem entsprechenden Hinweis des Landgerichts entkräftet hätte (s. 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 VII ZPO](#)).

[28] Bei der Zurückverweisung an das Berufungsgericht macht der Senat von der Möglichkeit des [§ 563 I 2 ZPO](#) Gebrauch, der auf den Fall einer Zurückverweisung nach [§ 544 VII ZPO](#) entsprechend anwendbar ist (BGH, Beschl. v. 01.02.2007 – [V ZR 200/06](#), [NJW-RR 2007, 1221](#) Rn. 12; Beschl. v. 23.08.2016 – [VIII ZR 178/15](#), [NJW-RR 2017, 72](#) Rn. 29; Urt. v. 03.07.2018 – [VIII ZR 229/17](#), [BGHZ 219, 161](#) Rn. 81; Urt. v. 23.10.2018 – [VIII ZR 61/18](#), [NJW-RR 2019, 134](#) Rn. 17).

#### **Probleme beim Autokauf?**

Als spezialisierter Rechtsanwalt helfe ich Ihnen gerne weiter – ganz gleich, ob Sie Käufer oder Verkäufer sind. Interessiert? Nutzen Sie das Kontaktformular auf <https://autokaufrecht.info/sofortberatung/> oder rufen Sie mich unverbindlich an

**(0 23 27) 8 32 59-99.**