

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein

ZPO §§ 528 Abs. 2, 282

- a) Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vortrag in der Berufungsbegründung verspätet ist, mit dem die Klage - ohne Klagänderung - auf eine zusätzliche rechtliche und tatsächliche Begründung gestützt wird.
- b) Für die Annahme einer Verzögerung des Rechtsstreits reicht es nicht aus, daß die Erhebung eines neu angetretenen Beweises in der Berufungsverhandlung aus Gründen unterblieben ist, die in keinem adäquaten Zusammenhang mit der Verspätung stehen, z.B. weil der ordnungsgemäß und rechtzeitig geladene Zeuge nicht erscheint (Bestätigung von BGH Urteil vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81, LM ZPO § 379 Nr. 3 = NJW 1982, 2559).

BGH, Urt. v. 23. April 1986 - VIII ZR 125/85 - OLG Köln
LG Köln

BUNDESGERICHTSHOF

8

IM NAMEN DES VOLKES

VIII ZR 125/85

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
23. April 1986
Richter
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Detlef H[REDACTED], K[REDACTED]str. 15, K[REDACTED],

Kläger und
Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Annegret R[REDACTED], von-D[REDACTED]-Str. 6, L[REDACTED],

Beklagte und
Revisionsbeklagte,

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

WI

Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 19. März 1986 durch die Richter Wolf, Dr. Skibbe, Treier, Dr. Brunotte und Dr. Zülch für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 6. Februar 1985 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger kaufte von der Beklagten für 3.500,-- DM mit Vertrag vom 3. November 1982 einen zwölf Jahre alten VW-Porsche, der sieben Vorbesitzer hatte und ab dem 5. Mai 1982 stillgelegt war. In dem formularmäßig gestalteten Kaufvertrag heißt es u.a. zur vordruckten Position "km-Leistung": 82.000; es schließt sich der eingerahmte Passus "genaue Laufleistung unbekannt" an, der weder gestrichen noch angekreuzt ist. Das Formular enthält auch die Klausel, daß das Fahrzeug verkauft werde "unter Ausschluß jeglicher Gewährleistung für entdeckbare und nicht entdeckbare Mängel, soweit dies gesetzlich zulässig ist". Die Beklagte hatte das Fahrzeug ihrerseits von dem Autohändler Pung erworben, und zwar - nach ihrer Angabe in der Parteivernehmung - am 6. Juli 1982.



Der Kläger nahm das Fahrzeug in Gebrauch, meldete es aber nach Auftreten eines Getriebeschadens am 18. November 1982 wieder ab. Im Mai 1983 wurde es nach Reparatur des Getriebes erneut zugelassen. Als bald stellten sich indessen weitere Mängel heraus, so daß der Kläger das Auto wiederum stilllegte und es später für 100,-- DM veräußerte; insgesamt ist er mit ihm etwa 500 km gefahren.

Er hat die Beklagte auf Schadensersatz nach § 463 BGB verklagt mit der Behauptung, sie habe ihm eine Laufleistung des Fahrzeugs von 82.000 km zugesichert, die wirkliche Laufleistung sei jedoch viel höher gewesen. Der zuletzt beantragten Verurteilung in Höhe von 4.176,-- DM liegt folgende Berechnung zugrunde: Rückzahlung des Kaufpreises von 3.500,-- DM, Ersatz von je 30,-- DM Anmeldekosten und Auslagenpauschale, 296,-- DM an Material für Reparaturen, 420,-- DM Garagenmiete für das stillgelegte Fahrzeug, abzüglich 100,-- DM Verkaufserlös.

Das Landgericht hat - nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage, ob der Wagen bei der Übergabe eine wesentlich höhere Laufleistung als 82.000 km gehabt habe - die Klage abgewiesen. In der Berufungsinstanz hat der Kläger neu den Zeugen P. zu der erstmals in der Berufungsbegründung aufgestellten Behauptung benannt, die Beklagte habe das Fahrzeug unfallbeschädigt und in einem nicht verkehrssicheren Zustand erworben und es provisorisch wieder herrichten lassen. Der Zeuge wurde durch prozeßleitende Anordnung zum Verhandlungstermin vom 17. Oktober 1984 geladen. Er erschien in diesem Termin, wurde jedoch nicht vernommen. In dem Termin wurde wegen Verhinderung

des Klägervertreters auch nicht mündlich verhandelt, vielmehr die Sache auf unbestimmte Zeit vertagt. Zum neuen Senatstermin des Berufungsgerichts am 6. Februar 1985 war der Zeuge wiederum prozeßleitend geladen worden, und zwar im Weg der Zustellung durch Niederlegung, erschien jedoch diesmal nicht. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner - zugelassenen - Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt er den zuletzt gestellten Klagantrag weiter.

Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht hält einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 463 BGB nicht für gegeben. Soweit er darauf gestützt werde, daß die Laufleistung des PKW weit mehr als 82.000 km betragen habe, fehle es schon an einer entsprechenden Zusicherung der Beklagten. Außerdem stehe die genaue Laufleistung auch nicht fest, da das Sachverständigengutachten das Vorbringen des Klägers insoweit nicht bestätigt habe.

Die im zweiten Rechtszug neu erhobene Behauptung, die Beklagte habe den Wagen in unfallbeschädigtem und nicht verkehrssicherem Zustand erworben, ohne den Kläger darüber zu informieren, sei nicht bewiesen. Die Beklagte habe diese Behauptung bei ihrer Vernehmung als Partei nicht bestätigt. Das Gegenteil ergebe sich aus dem von ihr vorgelegten Kaufvertrag mit P. Dem Beweisantrag des Klägers, P. als Zeuge zu vernehmen, stehe die Vorschrift des § 528 Abs. 2 ZPO entgegen. Es handle sich bei

dem Beweisthema um neues Vorbringen. Der Versuch des Berufungsgerichts, der hieraus folgenden Verzögerung in der Entscheidung des Rechtsstreits durch vorbereitende Maßnahmen nach § 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO entgegenzuwirken (Ladung des Zeugen zum Senatstermin), sei ohne Erfolg geblieben, weil der Zeuge nicht erschienen sei. Der Kläger habe die Verspätung des neuen Vorbringens nicht entschuldigt. Dazu müsse er nach § 528 Abs. 2 ZPO darlegen, daß ihm keine grobe Nachlässigkeit vorzuwerfen sei. Seine Erklärung, er habe "zwischenzeitliche Recherchen" angestellt, reiche hierfür nicht aus. Das Berufungsgericht hat unter Hinweis auf eine frühere Entscheidung (OLG Köln vom 9. Mai 1984 - 2 U 180/83, MDR 1984, 675 = ZIP 1984, 759) die Revision mit der Begründung zugelassen, daß es mit seiner Auslegung des § 528 Abs. 2 ZPO von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes abweiche.

II. Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten nicht in allen Punkten einer rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Keinen Bedenken begegnet allerdings seine Auffassung, daß dem Kläger ein Anspruch aus § 463 Satz 1 BGB wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft nicht zusteht. Zwar würde er von dem vertraglichen Gewährleistungsausschluß nicht erfaßt werden (vgl. Senatsurteile vom 25. Mai 1983 - VIII ZR 55/82, WM 1983, 755 unter II. 2 c; 22. Februar 1984 - VIII ZR 238/82, WM 1984, 535 unter III. 1). Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu, daß die Beklagte eine bestimmte Laufleistung nicht zugesichert habe (s. dazu Senatsurteil vom 15. Februar 1984 - VIII ZR 327/82, WM 1984, 534) und überdies eine höhere Laufleistung als 82.000 km nicht bewiesen sei, lassen keine Rechtsfehler erkennen und werden von der Revision auch hingenommen.

2. Der Kläger hat schon in der Klagschrift vorgetragen, das Fahrzeug sei bei Übergabe nicht verkehrs- und betriebssicher gewesen. Allein aus diesem Sachmangel konnte er jedoch im Hinblick auf den vertraglichen Gewährleistungsausschluß keinen Anspruch herleiten. Der Ausschluß gilt - bis zur Grenze des § 476 BGB - auch für sogenannte "Schwerstmängel", die die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs aufheben (Senat in BGHZ 74, 383, 385 ff; Urteil vom 22. Februar 1984 aaO zu II. 2 b).

In der Berufungsbegründung hat der Kläger zwar auch noch die Haftung aus der behaupteten Zusicherung weiterverfolgt. Darüberhinaus hat er geltend gemacht und durch Parteivernehmung der Beklagten und Zeugnis von P. unter Beweis gestellt, die Beklagte habe sich darauf beschränkt, "das unfallbeschädigte und völlig verrottete Fahrzeug provisorisch wieder herzurichten, das praktisch voll durchgerostete Bodenblech mit einem unfachmännisch angeschweißten Stück Blech zu schließen, die völlig durchgerosteten A-Säulen und die völlig durchgerostete Bodengruppe mit Spachtelmasse zu verfüllen und das Fahrzeug im Anschluß hieran, um diese Manipulationen zu verdecken, neu zu spritzen und den Boden dick mit Unterbodenschutz zu streichen und die Innenausstattung des Fahrzeugs durch offenbar auf dem Schrottplatz erworbene Ersatzteile und neue Sitze auszutauschen". In diesem - ausschließlich optisch aufgemachten und im übrigen völlig verkehrsunsicheren - Zustand habe die Beklagte das Fahrzeug dann an den - gutgläubigen - Kläger veräußert.

Träfe zu, daß die Beklagte dem Kläger die ihr bekannten und massiven Rostschäden nicht nur verschwiegen, sondern deren Vorhandensein sogar vertuscht hat (s. allgemein zum Verkauf

sehr alter Gebrauchtwagen Senatsurteil vom 21. Januar 1981 - VIII ZR 10/80, WM 1981, 323, 325 f, insbesondere unter II. 3), so wäre ein Schadensersatzanspruch gemäß §§ 463 Satz 2, 476, 466 Satz 2 BGB begründet. Hiervon ist ersichtlich auch das Berufungsgericht bei Erlaß der beiden prozeßleitenden Anordnungen zur Ladung des Zeugen P. ausgegangen. Das Ausbleiben von P. in Verhandlungstermin vom 6. Februar 1985 hat die Vorinstanz verfahrensfehlerhaft als ausreichenden Ansatzpunkt dafür betrachtet, die Vernehmung des Zeugen nunmehr nach § 528 Abs. 2 ZPO nicht mehr zuzulassen. Das rügt die Revision mit Recht.

3. a) Es muß schon verneint werden, daß das neue zweitinstanzliche Vorbringen des Klägers mit dem dazu gestellten Beweis Antrag v e r s p ä t e t gewesen ist. Das Berufungsgericht ist auf diese Voraussetzung allenfalls mittelbar eingegangen, nämlich unter dem Gesichtspunkt eigener Prozeßförderung und grober Nachlässigkeit des Klägers beim Unterlassen des Vorbringens in erster Instanz.

aa) Das Berufungsgericht ist allerdings seinen Prozeßförderungspflichten gemäß §§ 520, 523, 273 ZPO nachgekommen (dazu BGHZ 75, 138, 142 f; 76, 133, 136 f; 86, 198, 203). Hiergegen wendet sich die Revision zu Unrecht mit dem Hinweis, der Prozeßförderungspflicht hätte es entsprochen, im ersten Verhandlungstermin gemäß § 251 a ZPO einen Beweisbeschluß nach Aktenlage auf Vernehmung des anwesenden Zeugen P. zu erlassen und ihn sogleich zu vernehmen. Gegen diese Verfahrensweise sprach schon entscheidend der Gesichtspunkt, daß der Prozeßbevollmächtigte des Klägers im Termin nicht anwesend war. Überdies war in der Berufungsinstanz über den neuen Vortrag noch nicht mündlich verhandelt worden, so daß § 358 a ZPO der Zeugenvernehmung entgegenstand (vgl. E. Schneider, MDR 1985, 729, 730 bei Fn. 14).

bb) Die Nichtzulassung des neuen Vortrags gemäß § 528 Abs. 2 ZPO durch das Berufungsgericht wäre nur berechtigt, wenn der Kläger ihn unter Vernachlässigung des Gebots in § 282 Abs. 1 ZPO nicht so zeitig in den Rechtsstreit eingeführt hätte, "wie es nach der Prozeßlage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozeßführung entspricht" (s. auch BVerfG, Beschluß vom 18. April 1984 - 1 BvR 869/83, JZ 1984, 680, 681). Das trifft hier nicht zu. Durch die Vorschriften über die Zurückweisung verspäteten Vorbringens soll nicht bewirkt werden, daß jeder irgendwie mit der Sache zusammenhängende Gesichtspunkt oder gar auch alles nur eventuell im Prozeßverlauf erheblich werdende von vornherein in das Verfahren eingeführt werden muß (so BVerfG, Beschluß vom 29. April 1980 - 2 BvR 1441/79, NJW 1980, 1737, 1738 unter I. 3 a; vgl. auch Bender/Belz/Wax, Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht, Rdn. 42 und Kallweit, Die Prozeßförderungspflicht der Parteien und die Präklusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozeß nach der Vereinfachungsnovelle vom 31.12.1976, S. 28 f). Hier lag es nach dem Lebenssachverhalt, der zur Grundlage der Klage gemacht worden ist, nahe, daß der Kläger seinen Anspruch erst einmal nur auf den vergleichsweise griffigen Vortrag stützte, dem verkauften Fahrzeug fehle eine zugesicherte Eigenschaft. Das wurde - aus der vertretbaren Sicht des Klägers - auch nach Vorliegen des Sachverständigengutachtens nicht anders. Das Landgericht hat in seinem Urteil immerhin eine Zusicherung bejaht und längere Ausführungen dazu gemacht, daß eine Falschzusicherung jedoch nicht bewiesen sei. Bei diesen Umständen widersprach es noch nicht dem Gebot prozessualer Sorgfalt, daß der Kläger nicht bereits der Möglichkeit nachging oder gar

entsprechende Behauptungen ins Blaue hinein aufstellte, der mangelhafte Zustand des Fahrzeugs könne ihm infolge arglistigen Verhaltens der Beklagten verborgen geblieben sein. Dies gilt umso mehr, als der Kläger geltend gemacht hat, erst mit Hilfe eines im Gebrauchtwagenhandel erfahrenen Bekannten habe er den Voreigentümer ausfindig gemacht und erfahren, daß die Beklagte den PKW in unfallgeschädigtem und nicht verkehrssicherem Zustand übernommen und - ohne ihn selbst gefahren zu haben - für den Weiterverkauf so hergerichtet habe, daß Rost und Schäden durch Spachtelmasse verdeckt worden seien.

Da der neue Vortrag nicht als verspätet im Sinn von § 528 Abs. 2 ZPO anzusehen ist, kommt es nicht darauf an, ob der Kläger ihn jedenfalls nicht aus grober Nachlässigkeit - also in besonders gravierender Weise (vgl. BVerfG, Beschluß vom 30. Januar 1985 - 1 BvR 99/84, NJW 1985, 1144 unter II. 1) - unterlassen hatte.

b) Die Entscheidung könnte im Ergebnis nicht anders ausfallen, wenn es - entgegen dem zuvor Ausgeführten - darauf ankäme, ob die Berücksichtigung des Beweisantritts die Erledigung des Rechtsstreits **v e r z ö g e r t** hätte. Nach Ansicht des Berufungsgerichts muß sich der Kläger das Ausbleiben des Zeugen allerdings zurechnen lassen. Darin hat es mit Recht eine Abweichung vom Senatsurteil vom 5. Mai 1982 - VIII ZR 152/81 (NJW 1982, 2559 m. Anm. Deubner) gesehen und demgemäß unter Hinweis auf sein Urteil vom 9. Mai 1984 - 2 U 180/83 (ZIP 1984, 759 = MDR 1984, 675) die Revision zugelassen. Der erkennende Senat sieht bei nochmaliger Prüfung der Rechtslage keine Veranlassung, von seiner Entscheidung abzugehen.

aa) Er hatte damals über folgende Fallgestaltung zu entscheiden: Der Antrag auf Vernehmung eines Zeugen war neu im Sinn von § 528 Abs. 2 ZPO, weil die Partei (Kläger) den im ersten Rechtszug angeforderten Kostenvorschuß nicht gezahlt und das Landgericht den Zeugen deshalb nicht geladen hatte. Das Berufungsgericht hatte die Ladung des Zeugen nach § 273 ZPO angeordnet. Der Zeuge erschien jedoch trotz ordnungsgemäßer und rechtzeitiger Ladung nicht im Berufungsverhandlungstermin. Das Berufungsgericht hat das Rechtsmittel mit der Begründung zurückgewiesen, daß der Kläger beweisfällig geblieben sei. Die Revision des Klägers führte zur Aufhebung des Berufungsurteils. Zur Begründung wurde im Senatsurteil vom 5. Mai 1982 ausgeführt, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, daß eine die Zulassung des neuen Angriffsmittels ausschließende Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits eintreten würde. Die Verzögerung habe nämlich nicht mehr auf dem Verhalten des Klägers, sondern ausschließlich darauf beruht, daß der ordnungsgemäß und rechtzeitig zum Verhandlungstermin geladene Zeuge nicht erschien. Wäre er seiner Verpflichtung zum Erscheinen nachgekommen, hätte die Beweisaufnahme im Berufungsverhandlungstermin durchgeführt werden können. Es sei nicht der Sinn des § 528 Abs. 2 ZPO, die Partei auch in einem solchen Fall mit dem neuen Angriffsmittel auszuschließen. Die §§ 528 Abs. 2, 282 ZPO enthielten keine Strafvorschrift für säumige Prozeßführung. Sie dienten vielmehr allein der Beschleunigung des Rechtsstreits (unter Hinweis auf BGHZ 75, 138, 142 zu § 296 ZPO).

bb) Die seinerzeitige Entscheidung ist auf Kritik gestoßen (insbesondere OLG Köln ZIP 1984, 759 = MDR 1984, 675; Deubner aaO S. 2561, s. auch seine in JuS 1982, 174 veröffentlichte Würdigung des Urteils des LG Koblenz, NJW 1982, 289; Kallweit aaO

S. 202; Schneider, MDR 1985, 729 und in Zöllner, ZPO, 14. Aufl., § 527 Anm. 18, anders indessen Zöllner/Stephan § 296 Anm. 14, 25, kritisch auch Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Albers, ZPO, 44. Aufl., § 296 Anm. 2 C b aa ccc und § 528 Anm. 3 C b). Die Kritik stützt sich vor allem darauf, dem Bundesgerichtshof sei eine logisch unzulässige Vermengung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 528 Abs. 2 ZPO unterlaufen. Die Merkmale "Verzögerung" und "Verspätungsverschulden" würden in der Weise in Beziehung zueinander gesetzt, daß entgegen der eindeutigen gesetzlichen Regelung das Parteiverschulden nicht lediglich auf das (verspätete) Vorbringen, sondern auch auf dessen zukünftige Auswirkungen bezogen werde. Das wird dem Senatsurteil vom 5. Mai 1982 nicht gerecht, denn es stellt darauf ab, daß die Verzögerung nicht mehr auf dem Verhalten des Klägers beruht. Damit engt es den für die Präklusionsvorschriften maßgebenden Kausalzusammenhang zwischen Verspätung und Verzögerung ein (so zutreffend Prütting/Weth, ZZP 98 - 1985 - S. 131, 136 bei Fußn. 23; Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl., § 296 Rdn. 76, 77). Dies entspricht dem - gebotenen - wertenden (normativen) Verzögerungsbegriff, wie er auch in den Entscheidungen des Bundesgerichtshofs dazu seinen Niederschlag gefunden hat, ob die hypothetische oder die absolute Verzögerung maßgebend ist und welche Folgen eintreten, wenn das Gericht mögliche prozeßfördernde Maßnahmen wie z.B. die Ladung neu benannter Zeugen zum nächsten Verhandlungstermin unterlassen hat (vgl. Leipold, ZZP 97 - 1984 - S. 395, 407; Baumbach/Lauterbach/Hartmann aaO § 273 Anm. 2 C b m.w.N.). Selbstverständlich darf diese Differenzierung gegenüber einem rein logischen Ursachenbegriff, nach dem auch in der vorliegenden Sache an dem Zusammenhang zwischen Verspätung und Verzögerung kein Zweifel besteht, nicht in Widerspruch geraten zu dem mit den Präklusionsvorschriften verfolgten

Ziel der Prozeßbeschleunigung. Das ist aber nicht der Fall, wenn - wie hier - durch eine prozeßfördernde Maßnahme des Gerichts rechtzeitig alle notwendigen Vorbereitungen dafür getroffen worden sind, um im Verhandlungstermin das Urteil - unter Berücksichtigung des neuen Vortrags und des Ergebnisses der Beweisaufnahme - verkünden zu können, es dazu jedoch aus Gründen nicht kommt, die dem Prozeß **a l l g e m e i n** und unabhängig davon innewohnen, ob die Angriffs- und Verteidigungsmittel rechtzeitig oder verspätet vorgebracht worden sind. Zu diesen Gründen gehört das Ausbleiben des ordnungsgemäß und rechtzeitig geladenen Zeugen. Hierbei kann es auch keine ausschlaggebende Rolle spielen, ob die Ladung des Zeugen im Fall rechtzeitig gestellten Beweisanspruchs mit größerer Wahrscheinlichkeit zu seinem Erscheinen im Termin geführt hätte (etwa weil er eine längere Reise noch nicht angetreten hatte oder die Ladung nicht - wie hier für den Termin am 6. Februar 1985 - durch Niederlegung bewirkt werden mußte); das würde gerade zu den hypothetischen Erwägungen führen, von denen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Verzögerungsbegriff freizuhalten ist (vgl. BGHZ 75, 138; 76, 133). Mit der spezifisch aus der Verspätung folgenden Gefahr, daß das Gericht neue Angriffs- und Verteidigungsmittel zu Recht nicht berücksichtigt, bleibt die Partei belastet. Sie ergibt sich schon daraus, daß auch in der Berufungsinstanz durch Anordnungen nach § 273 ZPO keineswegs alle Folgen der Verspätung aufgefangen werden können (zutreffend Prütting/Weth aaO S. 137 f), zum Beispiel weil im Fall der Beweisführung andere unter Beweis gestellte Behauptungen entscheidungserheblich würden und für die Erhebung dieser Folgebeweise neuer Termin anberaumt werden müßte (BGHZ 86, 198).

Schließlich geht die Kritik fehl, das Urteil vom 5. Mai 1982 stehe in Widerspruch zu dem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 17. März 1969 - II ZR 211/67 (MDR 1969, 643), das zu §§ 272 b, 529 Abs. 2 ZPO a.F. ergangen ist. Wegen der Verschärfung der Präklusionsvorschriften hat die Prozeßförderung durch das Gericht nach § 273 ZPO ungleich größeres Gewicht erlangt, als ihr seinerzeit aufgrund § 272 b ZPO zukam; daher war eine neue Betrachtungsweise geboten (bei Zöllner/Schneider aaO § 528 Anm. 14 wird die unter Umständen zur "Überbeschleunigung" führende Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gerade mit dem Argument als methodisch verfehlt in Zweifel gezogen, er knüpfe einfach an die Rechtsprechung zu § 529 Abs. 2 ZPO a.F. an).

4. Nach alledem hat das Berufungsgericht die vom Kläger angetretenen Beweise nicht erschöpft und ihn daher verfahrensfehlerhaft als beweisfällig angesehen; darauf kann das angefochtene Urteil beruhen. Da es sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 563 ZPO), muß es aufgehoben werden.

Die Sache war zurückzuverweisen, damit das Berufungsgericht den Zeugen vernehmen kann. Ihm war auch die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens zu übertragen, die vom endgültigen Ausgang des Rechtsstreits abhängt.

Wolf

Dr. Skibbe

Treier

Dr. Brunotte

Dr. Zülch