BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 305/02

Verkündet am:
18. Juli 2003
Kanik
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juli 2003 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Wenzel und die Richter Prof. Dr. Krüger, Dr. Klein, Dr. Gaier und Dr. Schmidt-Räntsch

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 2. August 2002 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als zum Nachteil des Beklagten erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 4. Dezember 1995 kauften die Kläger von dem Beklagten ein ca. 22.000 m² großes Grundstück in R. , das mit einem 1994/95 vollständig renovierten früheren Bauernhaus bebaut war, zum Preis von 1,2 Mio. DM. In dem Vertrag erklärte der Beklagte, "versteckte oder offenbarungspflichtige Mängel" seien ihm nicht bekannt; seine Haftung für "sichtbare und unsichtbare Sachmängel" wurde ausgeschlossen.

Die Kläger haben behauptet, der Beklagte habe verschiedene Mängel des Objekts arglistig verschwiegen. Nach Abschluß eines Teilvergleichs sind noch Schadensersatzansprüche wegen der fehlenden Dampf- und Windsperre des Reetdachs und wegen der Verfüllung des Grundstücks im Bereich einer Baumgruppe mit Bauschutt im Streit gewesen. Wegen dieser beiden Positionen hat das Landgericht den Beklagten zur Zahlung von 71.880,15 DM verurteilt. Von dem Oberlandesgericht ist die Verurteilung nur wegen der Kosten für die Entfernung des Bauschutts in Höhe von 26.484,92 € (= 51.800,00 DM) aufrecht erhalten worden. Hiergegen richtet sich die Revision des Beklagten mit dem Ziel der vollständigen Abweisung der Klage. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist - soweit für das Revisionsverfahren noch von Bedeutung - der Auffassung, der Beklagte sei nach § 463 Satz 2 BGB a.F. zu Schadensersatz verpflichtet, weil er die Kläger nicht über die Einbringung des Bauschutts aufgeklärt und damit einen Mangel arglistig verschwiegen habe. Nach dem in erster Instanz eingeholten Gutachten seien von dem Beklagten 450 m³ Bauschutt insbesondere zur Verfüllung einer vernässten Senke im Bereich einer Baumgruppe vergraben worden. Damit weiche das Grundstück von der vereinbarten Beschaffenheit eines renovierten Bauernhauses in ländlicher Alleinlage und umgeben von Grünflächen ab. Die Verfüllung sei eine unsach-

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

gemäße, für die Bäume schädliche Maßnahme. Als Kosten für die Entfernung der 450 m³ Bauschutt seien mit dem Sachverständigen 51.800 DM anzusetzen. Der Vortrag des Beklagten, es seien auf seine Weisung lediglich 16 m³ Bauschutt vergraben worden, müsse nach § 296 Abs. 2 ZPO als verspätet zurückgewiesen werden. Der Beklagte habe eine dahingehende Behauptung nicht schon in seiner Stellungnahme zum Sachverständigengutachten gegenüber dem Landgericht, sondern erstmals in der Berufungsinstanz aufgestellt. Soweit sich der Beklagte für die Menge des Bauschutts auf das Zeugnis seines Sohnes berufe, sei der Beweisantritt unerheblich, weil nicht ersichtlich sei, daß dieser Zeuge umfassende Kenntnisse haben könne.

Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung nicht stand.

II.

1. Mit Erfolg rügt die Revision die fehlerhafte Anwendung der Präklusionsvorschriften. Das Berufungsgericht durfte das unter Zeugen- und Sachverständigenbeweis gestellte Vorbringen des Beklagten, es seien nicht die vom Sachverständigen K. errechneten 450 m³, sondern allenfalls 16 m³ Bauschutt zur Verfüllung genutzt worden, nicht als verspätet zurückweisen.

a) Nach den Ausführungen in dem Berufungsurteil kommen mehrere Vorschriften in Betracht, auf die das Berufungsgericht die Zurückweisung des Vorbringens stützen will, und die deshalb allein für die Überprüfung durch den Senat maßgeblich sind (vgl. BGH, Urt. v. 4. Mai 1999, XI ZR 137/98, NJW 1999, 2269, 2270 m.w.N.). Zunächst zieht das Berufungsgericht die von ihm

zitierte Bestimmung des § 296 Abs. 2 ZPO heran. Zwar kann diese Vorschrift über § 523 ZPO a.F. (vgl. § 26 Nr. 5 EGZPO) auch für das Berufungsverfahren Anwendung finden (BGH, Urt. v. 24. September 1986, VIII ZR 255/85, NJW 1987, 501, 502), im vorliegenden Fall sind ihre Voraussetzungen jedoch nicht erfüllt. § 296 Abs. 2 ZPO knüpft für die Frage der Rechtzeitigkeit des Vorbringens an § 282 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO und damit an zwei verschiedene Tatbestände an. Da das Berufungsgericht nicht die verspätete Mitteilung des neuen Vorbringens vor dem Verhandlungstermin beanstandet, ist § 282 Abs. 2 ZPO ersichtlich nicht angesprochen. Es bleibt § 282 Abs. 1 ZPO, der nur das rechtzeitige Vorbringen "in der mündlichen Verhandlung" zum Gegenstand hat. Auch diese Vorschrift kann hier keine Anwendung finden. Der frühestmögliche Zeitpunkt, um in der mündlichen Verhandlung vorzutragen, ist der erste Termin vor Gericht. § 282 Abs. 1 ZPO hat demnach nur dann einen Anwendungsbereich, wenn innerhalb einer Instanz mehrere Verhandlungstermine stattgefunden haben und das Vorbringen nicht bereits im ersten Termin erfolgt ist. Hingegen kann Vorbringen im ersten Termin zur mündlichen Verhandlung innerhalb eines Rechtszugs niemals nach § 282 Abs. 1 ZPO verspätet sein (BGH, Urt. v. 1. April 1992, VIII ZR 86/91, NJW 1992, 1965 m.w.N.). Hier fand in der Berufungsinstanz nur ein Verhandlungstermin statt, so daß § 282 Abs. 1 ZPO nicht anwendbar ist und damit auch eine Präklusion nach § 296 Abs. 2 ZPO ausscheidet.

b) Die von ihm gegebene Begründung spricht dafür, daß sich das Berufungsgericht für die Zurückweisung des Vorbringens zudem auf § 528 Abs. 2 ZPO a.F. stützen will. Auch das geht fehl, weil die Voraussetzungen dieser Präklusionsnorm ebenfalls nicht erfüllt sind. Nach ihr sind neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht

rechtzeitig vorgebracht worden waren, in der Berufungsinstanz dann zurückzuweisen, wenn ihre Zulassung die Erledigung des Rechtsstreits verzögern würde und wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte. Zwar mag das erstmals in der Berufungsbegründungsschrift enthaltene Vorbringen im Sinne des § 282 Abs. 1 ZPO verspätet sein und der Beklagte keine Umstände aufgezeigt haben, die ihn an einem Vortrag bereits in erster Instanz hätten hindern können (vgl. BGH, Urt. v. 18. Mai 1999, X ZR 105/96, NJW 1999, 3272). Es fehlt jedoch an dem weiteren Erfordernis einer Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits.

aa) Nach gefestigter Rechtsprechung ist bei Anwendung der Präklusionsbestimmungen die Frage, ob eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits eintritt, auf der Grundlage des § 273 Abs. 2 ZPO zu beantworten (BGH, Urt. v. 28. November 1989, VI ZR 63/89, NJW 1990, 1358, 1359 m.w.N.). Zu berücksichtigen sind demnach die Möglichkeit und die Verpflichtung des Gerichts, durch vorbereitende Maßnahmen eine Verzögerung zu vermeiden (BGHZ 75, 138, 142 f; 76, 173, 178). Auf Grund seiner Prozeßförderungspflicht ist das Gericht in den Fällen verspäteten Parteivorbringens gehalten, im Rahmen des Zumutbaren durch alle ihm möglichen prozeßleitenden Maßnahmen nach § 273 Abs. 2 ZPO die drohende Verzögerung des Verfahrens zu verhindern (BGH, Urt. v. 8. Januar 1991, VI ZR 109/90, NJW-RR 1991, 728, 730). Ob der Tatrichter dieser Verpflichtung in genügender Weise nachgekommen ist, unterliegt der Nachprüfung durch das Revisionsgericht (vgl. BGH, Urt. v. 28. November 1989, aaO). Unterbleiben zumutbare und damit prozeßrechtlich gebotene richterliche Maßnahmen, so stellt die Zurückweisung des verspäteten Vorbringens eine Versagung rechtlichen Gehörs dar, die

nicht mehr mit rechtsstaatlichen Erfordernissen zu vereinbaren ist (BVerfGE 81, 264, 273; BVerfG, NJW-RR 1999, 1079; NJW 2000, 945).

bb) Das Berufungsgericht, das gemäß § 523 ZPO a.F. im Grundsatz ebenfalls zu den geschilderten prozeßleitenden Maßnahmen gehalten war (vgl. BGH, Urt. v. 18. Mai 1999, aaO, 3273), hat die ihm obliegende Prozeßförderungspflicht bei der Nichtzulassung des Beklagtenvorbringens nicht beachtet.

(1) Der Beklagte hat in der Berufungsbegründungsschrift, die am 27. März 2002 beim Berufungsgericht eingegangen ist, behauptet, es seien nur 16 m³ Bauschutt verfüllt worden, und sich zum Beweis hierfür auf das Zeugnis seines Sohnes und - zum Beweis einer Indiztatsache - auf Einholung eines Sachverständigengutachtens bezogen. Da der Verhandlungstermin erst auf den 19. Juli 2002 bestimmt war, bestand genügend Zeit, den Zeugen und einen Sachverständigen zum Termin nach § 273 Abs. 2 Nr. 4 ZPO a.F. zu laden. Entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung gab es keinen Anlaß, zunächst die Berufungserwiderung der Kläger abzuwarten. Es stand nicht zu erwarten, daß die Kläger, die sich die Feststellungen des Sachverständigen K. zu einer Auffüllmenge von 450 m³ im ersten Rechtszug zu eigen machten, an diesem Vortrag nicht festhalten würden. Nachdem das neue Vorbringen hiermit - vorweggenommen - bestritten war, fehlte ein hinreichender Grund, um Maßnahmen nach § 273 ZPO bis zum Eingang der Berufungsbegründungsschrift zurückzustellen (vgl. BGH, Urt. v. 21. März 1991, III ZR 118/89, NJW 1991, 2759, 2760; Urt. v. 22. November 1995, VIII ZR 195/94, NJW 1996, 528, 529).

(2) Die Ladung des Zeugen und eines Sachverständigen war dem Berufungsgericht im übrigen zumutbar. Auch für die Berufungsinstanz kann die Zumutbarkeit vorbereitender Maßnahmen nicht in Frage gestellt werden, wenn es sich um einfache und klar abgegrenzte Streitpunkte handelt, die ohne unangemessenen Zeitaufwand geklärt werden können (vgl. BGH, Urt. v. 22. November 1995, aaO; auch Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 21. Aufl., § 273 Rdn. 10). Dies war hier der Fall. Von dem Gericht ist nur die Vernehmung eines Zeugen und die Einholung eines mündlichen Gutachtens verlangt worden, wobei die Beweisthemen eng gefaßt sind und nicht die Gefahr erheblicher Verzögerungen am Terminstag in sich tragen. Dies gilt namentlich für den Sachverständigen, der zum Beweis der Indiztatsache benannt worden ist, daß der bei der Renovierung des Bauernhauses angefallene Bauschutt nicht für eine Auffüllmenge von 450 m³ ausreiche. Alles spricht dafür, daß diese Frage bei entsprechendem Sachverstand ohne weiteres nach einer rechnerischen Schätzung ausreichend zu beantworten ist. Der Vernehmung des Zeugen konnte sich das Berufungsgericht ferner nicht mit dem Hinweis entziehen, es sei nicht dargetan, woher er eine umfassende Kenntnis von der Menge des eingebrachten Bauschutts habe. Soweit es nicht um innere Tatsachen geht, können Angaben darüber, wie ein Zeuge die unter Beweis gestellte Tatsache erfahren hat, regelmäßig nicht verlangt werden (Senat, Urt. v. 16. Januar 1987, V ZR 185/85, NJW-RR 1987, 590, 591 m.w.N.). Das Fehlen solcher Angaben ist demnach hier kein Hindernis für eine Beweisaufnahme.

c) Das Berufungsgericht konnte demnach das nach seiner materiellrechtlichen Sicht erhebliche substantiierte Bestreiten des Beklagten nicht unberücksichtigt lassen. Wenn die geringere Auffüllmenge nicht bereits als Ursache für eine Schädigung der Bäume ausscheiden und damit der Annahme ei-

nes Fehlers der Kaufsache entgegenstehen sollte, so konnte sie doch jedenfalls für die Beseitigungskosten und damit für die Höhe eines etwaigen Schadensersatzanspruchs Bedeutung erlangen.

2. Darüber hinaus unterliegt das angefochtene Urteil auch deshalb der Aufhebung (§ 562 Abs. 1 ZPO), weil die von dem Berufungsgericht bislang getroffenen Feststellungen die Verurteilung des Beklagten nicht tragen.

a) Nicht zu beanstanden ist allerdings der rechtliche Ansatz des Berufungsgerichts. Als Grundlage der geltend gemachten Forderung kommt ein - von dem vereinbarten Gewährleistungsausschluß nicht berührter (§ 476 BGB a.F.) - Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung aus § 463 Satz 2 BGB a.F. (i.V.m. Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB) wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers in Betracht. Da dieser Anspruch als "kleiner Schadensersatz" nach den zur Mängelbeseitigung erforderlichen Kosten berechnet werden kann (Senat, BGHZ 108, 156, 160), ist es den Klägern auf diesem Weg möglich, die Kosten für die Entfernung des Bauschutts geltend zu machen.

b) Zutreffend bejaht das Berufungsgericht auch das Vorliegen eines offenbarungspflichtigen Fehlers der Kaufsache. Zwar kann nach den bisher getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts ein Sachmangel nicht darin gesehen werden, daß mit der Einlagerung von etwa nicht hinreichend sortiertem Bauschutt (vgl. BVerwGE 92, 353, 358) gegen abfallrechtliche Vorschriften verstoßen wurde; ebensowenig sind mit Blick auf die hier vereinbarte Beschaffenheit des Grundstücks bislang Umstände festgestellt, die es ermöglichen, allein schon die Einlagerung von Bauschutt in Form von sortiertem, mineralischem Material als Fehler anzusehen (anders etwa bei einem Verkauf

zum Zweck der Bebauung, vgl. Senat, Urt. v. 20. Juli 2001, V ZR 170/00, NJW 2002, 302, 304). Nach den rechtsfehlerfreien und insoweit von der Revision auch nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts führt aber die Verfestigung des Bodens im Wurzelbereich, die mit der Verfüllung des fraglichen Grundstücksbereichs einhergeht, zu einer Schädigung des Baumbestandes. Frei von Rechtsfehlern nimmt das Berufungsgericht zudem an, daß dies der hier vereinbarten Beschaffenheit des Objekts nicht entspricht. Über diesen Fehler mußte der Beklagte die Kläger auch unterrichten; denn bei dem Kauf eines Hausgrundstücks besteht regelmäßig eine Offenbarungspflicht wegen verborgener, nicht unerheblicher Mängel (Senat, Urt. v. 8. April 1994, V ZR 178/92, NJW-RR 1994, 907; Urt. v. 20. Juli 2001, V ZR 170/00, NJW 2002, 302, 304).

c) Hingegen rügt die Revision zu Recht, daß es das Berufungsgericht versäumt hat, die Voraussetzungen eines arglistigen Handelns des Beklagten zu prüfen.

aa) Einen Schadensersatzanspruch gibt § 463 Satz 2 BGB a.F. nicht schon bei Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Fehlers, sondern setzt überdies ein arglistiges Verhalten des Verkäufers voraus. Arglistig verschweigt einen Fehler, wer diesen mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, daß der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte; das Tatbestandsmerkmal der Arglist erfaßt damit nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingten Vorsatz im Sinne eines "Fürmöglichhaltens" reduziert sind und mit denen

kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muß (BGHZ 117, 363, 368; Senat, Urt. v. 3. März 1995, NJW 1995, 1549, 1550; Urt. v. 11. Mai 2001, V ZR 14/00, NJW 2001, 2326, 2327). Mit dieser Tatbestandsvoraussetzung des § 463 Satz 2 BGB a.F. hat sich das Berufungsgericht nicht befaßt und es insbesondere unterlassen, die hierfür erforderlichen Feststellungen zu treffen.

bb) Auch die Feststellungen, die dem Berufungsurteil in anderem Zusammenhang entnommen werden können, lassen nicht ohne weiteres auf ein arglistiges Verhalten des Beklagten schließen. Arglistig handelt grundsätzlich nicht, wer einen Fehler verschweigt, von dem er nichts weiß und den er auch nicht für möglich hält; das gilt selbst dann, wenn ein solch guter Glaube auf Fahrlässigkeit oder sogar auf Leichtfertigkeit beruht (vgl. BGH, Urt. v. 8. Mai 1980, IVa ZR 1/80, NJW 1980, 2460, 2461). Da auf Grund der bisherigen Feststellungen nicht die Verfüllung mit Bauschutt, sondern nur die damit verbundene Schädigung des Baumbestandes als Fehler der Kaufsache angesehen werden kann, müßte der Beklagte diese zumindest für möglich gehalten haben. Hierfür ist den bis jetzt vorliegenden Umständen nichts zu entnehmen. Der Beklagte hat zur Beseitigung einer andauernd vernässten, matschigen Senke eine Fachfirma mit der Verfüllung beauftragt und diese Arbeiten von seinem Architekten beaufsichtigen lassen. Daß er von diesen auch nur auf eine mögliche Gefährdung des Baumbestandes hingewiesen wurde, stellt das Berufungsgericht nicht fest. Hinweise dafür, daß er gleichwohl nicht von einer Maßnahme zur Verbesserung des Anwesens ausgehen konnte, sondern eine damit verbundene Schädigung der Bäume zumindest für möglich hielt, lassen sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen.

3. Nach alledem ist das Berufungsurteil - soweit es angefochten worden ist - aufzuheben. Insoweit ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es unter Beachtung der aufgezeigten rechtlichen Erwägungen die notwendigen Feststellungen treffen kann (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Durch die Zurückverweisung erhält das Berufungsgericht zudem Gelegenheit, sich ggf. nochmals mit der Frage einer hinreichenden Aufklärung der Kläger zu befassen. Offensichtlich geht das Berufungsgericht davon aus, daß insoweit der Beklagte den Beweis zu führen hat. Das trifft nicht zu. Die Darlegungs- und Beweislast für den gesamten Arglisttatbestand bei § 463 Satz 2 BGB a.F. obliegt der Käuferseite und damit hier den Klägern. Sie haben daher auch vorzutragen und nachzuweisen, daß der Beklagte sie nicht gehörig aufklärte (vgl. Senat, Urt. v. 20. Oktober 2000, V ZR 285/99, NJW 2001, 64, 65; Urt. v. 30. April 2003, V ZR 100/02, Umdruck S. 9, zur Veröffentlichung vorgesehen). Hierbei müssen sie nicht alle theoretisch denkbaren Möglichkeiten einer Aufklärung ausräumen, es reicht vielmehr aus, wenn sie die von dem Beklagten vorzutragende konkrete, d.h. räumlich, zeitlich und inhaltlich spezifizierte, Aufklärung widerlegen (Senat, Urt. v. 20. Oktober 2000 u. 30. April 2003, beide aaO). Eine den Umständen nach hinreichende Aufklärung hat der Beklagte allerdings noch nicht vorgebracht. Er behauptet lediglich eine Unterrichtung der Kläger über die Verfüllung der Bodensenke mit Bauschutt. Zu offenbaren ist jedoch ein verborgener Mangel des Grundstücks. Da ein solcher nach den bisher getroffenen Feststellungen erst in der Schädigung des Baumbestandes gesehen werden kann, hätten die Kläger über diese Folge der Verfüllung aufgeklärt werden müssen.

Wenzel Krüger Klein

Gaier

RiBGH Dr. Schmidt-Räntsch
ist wegen Ortsabwesenheit an
der Unterschrift gehindert.

Wenzel