

BUNDESGERICHTSHOF

15

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 339/89

URTEIL

Verkündet am:
8. März 1991
B a r t h
Justizangestellte
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Gerhard K [REDACTED], W [REDACTED]straße 6 c, S [REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

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

g e g e n

Gudrun H [REDACTED], H [REDACTED]weg 1, B [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. März 1991 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Hagen und die Richter Dr. Vogt, Dr. Lambert-Lang, Dr. Wenzel und Tropf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 17. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 23. Oktober 1989 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 am 14. August 1984 ein Hausgrundstück mit Schwimmbecken. Die Gewährleistung für Sachmängel wurde ausgeschlossen.

Ein vom Kläger veranlaßtes Beweissicherungsgutachten vom 22. Juli 1986 kam zu dem Ergebnis, daß das Schwimmbecken wegen Undichtigkeit der zuleitenden Rohre und des Beckenbodens nicht betriebsfähig sei.

- 3 -

Der Kläger hat die Beklagte unter anderem auf Ersatz der Reparaturkosten in Höhe von 55.549,64 DM in Anspruch genommen. Er hat behauptet, die Beklagte habe ihm wider besseres Wissen zugesichert, das Schwimmbecken sei, abgesehen von einem Loch im Folienbelag, voll betriebsfähig. Noch 1983 sei es benutzt worden. Die Beklagte hat behauptet, 1983 sei in dem Becken wegen des Loches nicht mehr gebadet worden; vorher sei es betriebsfähig gewesen. Dies habe sie dem Kläger gesagt.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Im Berufungsrechtszug hat der Kläger behauptet, die zu- und ableitenden Rohre sowie die Umwälzpumpe hätten beim Ausbau durch ein Fachunternehmen so große korrosionsbedingte Löcher aufgewiesen, daß bereits 1982 beim tatsächlichen Betrieb der Anlage für jeden Benutzer erkennbar das Wasser im Boden versickert wäre. Hierzu hat er die Vernehmung des Geschäftsführers des Unternehmens als sachverständigen Zeugen und Erhebung eines metallurgischen Gutachtens beantragt.

Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seinen Antrag weiter. Die Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
(mobile App)



Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht verneint Schadensersatzansprüche aus § 463 BGB, da weder eine Zusicherung noch das arglistige Verschweigen eines Fehlers erwiesen seien. Unter Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe des Landgerichts stellt es fest, das Schwimmbecken sei noch 1982 benutzt worden. Es sei nicht nachzuweisen, daß die Beklagte eine spätere Benutzung vorgegeben oder, abgesehen von dem mitgeteilten Lochschaden, von einer Betriebsunfähigkeit der Anlage gewußt habe. Die im Berufungsrechtszug erstmals angeordneten Beweise seien nicht zuzulassen, "weil der Senat die in § 528 Abs. 2 ZPO hierfür vorgesehenen Voraussetzungen als nicht gegeben" ansehe.

II.

Dies hält der Verfahrensrüge nicht stand.

1. Die Revision nimmt die Verneinung einer Zusicherung, das Schwimmbecken sei, abgesehen von der mitgeteilten Beschädigung, fehlerfrei und betriebsfähig (§ 459 Abs. 2 BGB), hin. Auch die Überprüfung durch den Senat läßt keine sachlich-rechtlichen Fehler erkennen.

Zutreffend geht das Berufungsgericht, wie sich aus der Bezugnahme auf die Entscheidungsgründe der Vorinstanz und dem Umstand ergibt, daß es die Präklusionsvorschrift des

§ 528 Abs. 2 ZPO überhaupt angewandt hat, weiter davon aus, die bei Vertragsabschluß abgegebenen Erklärungen der Beklagten stellten dann ein arglistiges Verschweigen eines Fehlers (§ 463 Satz 2 BGB) dar, wenn die im zweiten Rechtszug unter Beweis gestellten Behauptungen des Klägers zutreffen. Die Beklagte hat dann, zumindest mit bedingtem Vorsatz, durch den täuschenden Hinweis auf einen später entstandenen Fehler die bereits früher aus anderen Gründen bestehende Gebrauchsuntauglichkeit des Schwimmbeckens verschwiegen. Auf alle Fälle lag ein beweiskräftiges Indiz hierfür vor, das das Berufungsgericht nicht unbeachtet lassen konnte.

2. Zu Recht rügt die Revision, daß die Nichtzulassung des Vorbringens des Klägers § 528 Abs. 2 ZPO verletzt. Hierbei kann offenbleiben, ob, was die Revision verneint, das Angriffsmittel im ersten Rechtszug entgegen § 282 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht worden ist. Auch wenn der Kläger gegen seine Prozeßförderungspflicht verstoßen haben sollte, hat das Berufungsgericht von der Präklusionsvorschrift fehlerhaften Gebrauch gemacht.

a) Die Nichtberücksichtigung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel nach § 528 Abs. 2 ZPO setzt voraus, daß eine Verzögerung des Rechtsstreits bei Zulassung des Vorbringens und grobe Nachlässigkeit im vorangegangenen Rechtszug kumulativ vorliegen (BGH, Urt. v. 22. September 1980, II ZR 239/79, WM 1980, 1461, 1462). Das Berufungsgericht muß die Verzögerung nachprüfbar feststellen und dabei zugleich erkennen lassen, daß es sich zumindest der Möglichkeit bewußt war, eine Verzögerung durch vorbeugende Maßnahmen nach

§§ 523, 273 Abs. 2 ZPO zu vermeiden (BGH, Urt. v. 9. Juni 1971, VIII ZR 25/70, NJW 1971, 1564, 1565). Will es das Vorbringen nicht zulassen, muß es weiterhin in nachprüfbarer Weise das Vorliegen grober Nachlässigkeit begründen, insbesondere hierzu die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen treffen (BGH, Urt. v. 10. November 1988, VII ZR 272/87, BGHR ZPO, § 528 Abs. 2 Nachlässigkeit, grobe 2). Der pauschale Hinweis des Berufungsgerichts, es sehe die Voraussetzungen der Zulassung des Vorbringens nach § 528 Abs. 2 ZPO als nicht gegeben an, entspricht diesen Anforderungen nicht.

b) Die Präklusionsvoraussetzungen waren auch nicht offensichtlich gegeben, so daß sich aus diesem Grunde Feststellungen des Berufungsgerichts hätten erübrigen können. Das neue Vorbringen des Klägers und die Beweisantritte waren in der Berufungsbegründung erfolgt. Zwischen dem Eingang der Berufungserwiderung am 24. April 1989 und dem Verhandlungstermin lagen mehr als fünf Monate. Diese Frist war grundsätzlich geeignet, abzuklären, welche Beweismittel im Termin benötigt würden und welche vorbereitenden Maßnahmen zu treffen waren. Die Ladung eines Zeugen (Geschäftsführer des Fachunternehmens als sachverständiger Zeuge) war dem Berufungsgericht in jedem Falle zumutbar (BGH, Urt. v. 7. Oktober 1986, VI ZR 262/85, BGHR ZPO § 528, Verzögerung 1: zusätzliche Vernehmung von drei bzw. fünf Zeugen), die zusätzliche Ladung eines Sachverständigen dann, wenn dessen Einvernahme neben der Zeugenaussage in dem Termin zu bewältigen war (BVerfGE 81, 264). Daß es hieran offensichtlich gefehlt hätte, ist nicht erkennbar.

Schließlich tritt grobe Nachlässigkeit als Ursache dafür, daß der Beweisantritt erst im zweiten Rechtszug erfolgte, nicht offensichtlich hervor. Der Kläger hatte sich zunächst auf ein Schreiben des Fachunternehmens gestützt, dessen Geschäftsführer er nunmehr als sachverständigen Zeugen vernommen wissen will. Das Landgericht hat das Schreiben so ausgelegt, daß es lediglich Äußerungen zum Zustand des Schwimmbeckens ab 1983 enthalte. Hieraus hat der Kläger mit seinem zweitinstanzlichen Antrag die Konsequenz gezogen.

III.

Das Berufungsurteil kann somit keinen Bestand haben. Die Sache ist zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§§ 564, 565 Abs. 1 ZPO).

Hagen

Wenzel

Vogt

Tropf

Lambert-Lang