



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

IX ZR 160/05

vom

12. Juni 2008

in dem Rechtsstreit

Der IX. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat durch die Richter Prof. Dr. Kayser, Raebel, Vill, Dr. Fischer und Dr. Pape

am 12. Juni 2008

beschlossen:

Die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 15. August 2005 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 226.046,75 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 Die zulässige Beschwerde (§ 544 ZPO) ist unbegründet. Ein Grund zur Zulassung der Revision besteht nicht.

- 2 Das Berufungsurteil beruht nicht auf dem von der Beschwerde unterstellten Rechtssatz, in einer Berufungsbegründung könne der Angriff auf schlüssige Tatsachen zurückgestellt werden, wenn sie im erstinstanzlichen Urteil zwar erwähnt worden sind, die Verurteilung hierauf aber nicht gestützt worden ist. Das Berufungsurteil weicht auch nicht von dem Senatsurteil vom 28. Juni 1990 - IX ZR 209/89 (WM 1990, 1917, 1919 f) ab, wo dem Beklagtenvertreter nur vorgeworfen wurde, eigenmächtig Vortrag zur Schadenshöhe bis zu einem er-

betenen Hinweis des Gerichts zurückgestellt zu haben, dass die Verteidigung zum Grund des Anspruchs nicht verfange. Das Berufungsgericht hat vielmehr das prozessuale Verhalten des Beklagten zu 2 und die hierauf bezogene Pflicht des Prozessbevollmächtigten zur Informationsbeschaffung in einer ausschließlich auf den Streitgegenstand des Vorprozesses bezogenen Weise gewürdigt, ohne dass dieser Würdigung ein verallgemeinerungsfähiger Obersatz zugrunde liegt.

3 Das Berufungsgericht hat auch zum Verhalten des Beklagten zu 2 in dem Berufungstermin des Vorprozesses am 10. August 1998 keinen Vortrag der Klägerin übergangen, sondern den gerichtsbekanntem Verhandlungshergang des Vorprozesses zugrunde gelegt. Das bedurfte, da es sich um den nämlichen Senat des Oberlandesgerichts handelte, welcher in der Person des Senatsvorsitzenden identisch besetzt war, keiner weiteren Darlegung. Der Beklagte zu 2 konnte zudem mangels näherer Kenntnis vom Inhalt der Kostenschätzung des Dipl.-Ing. G. hierzu in dem Termin selbst nicht weiter Stellung nehmen als von den Beklagten vorgetragen.

4 Richtig ist, dass der Beklagte zu 2 am 10. August 1998 die Vertagung des Vorprozesses gemäß § 227 Abs. 1 ZPO hätte beantragen müssen, um zu der überraschend bedeutsam gewordenen Kostenschätzung des Dipl.-Ing. G. nach weiterer Information noch näher Stellung nehmen zu können. Die vom Berufungsgericht erwogene Schriftsatzfrist gemäß § 139 Abs. 5 ZPO hätte der Klägerin das Risiko nicht abgenommen, dass ohne Wiedereintritt in die mündliche Verhandlung ein Urteil ergangen wäre, in welchem sie gemäß § 463 Satz 2 BGB a.F. wegen arglistigen Verschweigens von Fehlern im Gemeinschaftseigentum verurteilt worden wäre. Von daher ist die Annahme des Berufungsgerichts problematisch, das im Vorprozess abgegebene Anerkenntnis der

Klägerin stelle sich als das Ergebnis einer Risikoabwägung dar, die selbst nicht durch eine Pflichtverletzung der Beklagten hervorgerufen worden sei.

5 Die Bedeutung dieser Würdigung erschöpft sich jedoch in der Entscheidung des Einzelfalls. Er schließt auch nicht aus, dass die Klägerin in einem Fortsetzungstermin wegen des nach weiterem Vortrag allenfalls geminderten, keineswegs aber beseitigten Verurteilungsrisikos den Klageanspruch ebenso wie tatsächlich geschehen anerkannt hätte.

6 Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird gemäß § 544 Abs. 4 Satz 2 ZPO abgesehen.

Kayser

Raebel

Vill

Fischer

Pape

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 18.11.2004 - 1 O 680/03 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 15.08.2005 - I-9 U 195/04 -