

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 113/80

URTEIL

Verkündet am

16. Juni 1981

H i r t h ,

Justizamtsinspektor

**als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle**

in dem Rechtsstreit

1. des Kaufmanns Alex R [REDACTED], B [REDACTED] Straße [REDACTED],
N [REDACTED] [REDACTED],
2. der Näherin Sylvia R [REDACTED] geb. H [REDACTED], ebenda,

Kläger, Widerbeklagten und
Revisionskläger,

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

g e g e n

1. die Näherin Annemarie F [REDACTED] geb. S [REDACTED],
D [REDACTED] Straße [REDACTED], N [REDACTED] [REDACTED],
2. den Dachdecker Josef F [REDACTED], von-K [REDACTED]-Straße [REDACTED],
D [REDACTED]-E [REDACTED],

Beklagten, Widerkläger und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 1981 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Prof. Dr. Hagen, Linden und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Kläger wird das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 2. April 1980 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 23. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Die Beklagten verkauften durch notariellen Vertrag vom 28. März 1978 ihr mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück an die Kläger. Die Auflassung ist noch nicht vollzogen. Der vereinbarte Kaufpreis betrug 78 035 DM; wegen der Zahlung unterwarfen sich die Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung. Eine Gewährleistung der Beklagten für sichtbare oder unsichtbare Sachmängel wurde vertraglich ausgeschlossen. Die Kläger verpflichteten sich, eine von den Beklagten bestellte Einbauküche zum Preise von 6 965 DM zu übernehmen.

- 3 -

Am 31. Mai 1978 stürzte ein Teil der Giebelmauer des Wohnhauses ein. Dieses im Jahre 1901 errichtete Haus hatten die Beklagten ihrerseits 1977 erworben und dann Umbauarbeiten daran vorgenommen. Durch Ordnungsverfügung vom 30. November 1977 hatte die Stadt N[REDACTED] die Einstellung einer von der Baugenehmigung abweichenden Umbaumaßnahme im Dachgeschoß (Bau eines Badezimmers) angeordnet und den Beklagten aufgegeben, bis zum 20. Dezember 1977 die für die Erteilung einer Nachtragsgenehmigung nötigen Bauvorlagen einzureichen. An diese Auflage hielten sich die Beklagten nicht. Nach dem angeblich auf anderen unerlaubten Umbauarbeiten beruhenden Einsturz des Giebelmauerteils verfügte die Stadt N[REDACTED] den Abbruch der Dachkonstruktion und die Durchführung umfangreicher Sicherungsmaßnahmen. Diese Verfügung wurde im Oktober 1978 im Wege der Ersatzvornahme vollzogen.

Die Kläger machen die Unzulässigkeit der von den Beklagten wegen der Kaufpreisforderung eingeleiteten Zwangsvollstreckung mit der Begründung geltend, die Beklagten hätten ihnen arglistig verschwiegen, daß die Umbauarbeiten ohne Baugenehmigung und fehlerhaft vorgenommen worden seien. Die Beklagten haben Widerklage erhoben mit dem Antrag, das in dem einbezogenen Rechtsstreit 4 O 465/78 LG Krefeld ergangene Versäumnisurteil vom 14. November 1978 aufrechtzuerhalten. Durch dieses Versäumnisurteil sind die Kläger verurteilt worden, den Kaufpreis von 6 965 DM für die Einbauküche an die Lieferfirma zu zahlen und von dieser die Küche abzunehmen.



Das Landgericht hat der Vollstreckungsgegenklage stattgegeben und die Widerklage unter Aufhebung des Versäumnisurteils abgewiesen. Demgegenüber hat das Oberlandesgericht die Vollstreckungsgegenklage abgewiesen und nach der Widerklage erkannt.

Mit der Revision wollen die Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen. Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Zwar sei das Haus beim Verkauf mangelhaft gewesen, weil die Beklagten Umbauarbeiten ohne entsprechende Baugenehmigung vorgenommen hätten; die Beklagten könnten sich jedoch auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluß berufen, da nicht erwiesen sei, daß sie Mängel arglistig verschwiegen hätten (§ 476 BGB). Das gelte sowohl für den Teil der Umbauarbeiten, den die Baubehörde nach der Besichtigung vom 23. November 1977 in der Ordnungsverfügung vom 30. November 1977 beanstandet habe, als auch für die unbeanstandet gebliebenen weiteren Abweichungen von der Baugenehmigung. Denn über die erhobenen Beanstandungen wegen der Errichtung eines Badezimmers seien die Kläger nach der unwiderlegten Behauptung der Beklagten vor Abschluß des Kaufvertrages in Kenntnis gesetzt worden; auch die weiteren baurechtswidrigen Änderungen des Mauer-

werks und der Innenwände seien möglicherweise schon im Zeitpunkt der behördlichen Besichtigung vom 23. November 1977 vorhanden gewesen; angesichts der Nichtbeanstandung dieser Änderungen hätten die Beklagten mit einem späteren Einschreiten der Baubehörde nicht mehr zu rechnen brauchen. Es spreche auch nichts dafür, daß die Beklagten die Einsturzgefahr für das Haus gekannt hätten.

II.

Die Revision hat Erfolg.

Zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, daß eine Haftung der Beklagten aus Gewährleistung oder die auf § 123 BGB gestützte Vertragsanfechtung begründet wäre, falls die Beklagten den Mangel der erforderlichen Baugenehmigung für die vor dem Verkauf eingeleiteten Umbauarbeiten den Klägern arglistig verschwiegen haben sollten (vgl. Senatsurteil vom 2. März 1979, V ZR 157/77, NJW 1979, 2243). Der vereinbarte Gewährleistungsausschluß wäre in diesem Falle nach § 476 BGB nichtig.

Was die Frage anbelangt, ob die Beklagten den Klägern verschwiegen haben, daß die Baubehörde durch Ordnungsverfügung vom 30. November 1977 den nicht genehmigten Bau eines Badezimmers beanstandet hatte, so mag dahinstehen, ob das Berufungsgericht den hierzu gestellten Beweisantrag der Kläger auf Vernehmung des Zeugen Bolten zu Recht gemäß §§ 520 Abs. 2, 527, 296 Abs. 1 ZPO als verspätet zurückge-

wiesen hat (vgl. dazu BGHZ 76, 236). Rechtsfehlerhaft ist jedenfalls die Begründung, mit der das Berufungsgericht den Vorwurf eines arglistigen Verschweigens auch hinsichtlich der weiteren, damals nicht beanstandeten Abweichungen von der Baugenehmigung für unbewiesen hält.

Das angefochtene Urteil läßt nicht erkennen, ob sich das Berufungsgericht darüber klar geworden ist, in welchem Ausmaß die Beklagten gegen die ihnen erteilte - auf die Vergrößerung der Fensteröffnung in der Vorderfront, die Verlegung der Haustür und die Anbringung einer Außenverblendung beschränkte - Baugenehmigung vom 4. August 1977 verstoßen hatten. Sie hatten nach dem Vorbringen der Kläger unerlaubt ganz erhebliche Eingriffe in tragende Bauteile des damals 76 Jahre alten Hauses vorgenommen, insbesondere tragende Zwischenwände entfernt und die Dachkonstruktion verändert. Mit Recht verweist die Revision darauf, daß die Beklagten nach Art und Umfang dieser baurechtswidrigen Maßnahmen nicht ohne weiteres schon deshalb von einem baurechtmäßigen Zustand ausgehen konnten, weil das Bauordnungsamt bei der zufälligen Prüfung der Umbauarbeiten am 23. November 1977 entsprechende Beanstandungen nicht erhoben hatte. War den Beklagten - wie anzunehmen ist - das Erfordernis einer Baugenehmigung bewußt, dann mußten sie ungeachtet einer zunächst unterbliebenen Beanstandung doch mit der Möglichkeit rechnen, daß erst bei der behördlichen Schlußabnahme des genehmigten Teils der Umbaumaßnahmen die unerlaubten weiteren Umbauten geprüft und beanstandet würden. Denn die anfängliche Nichtbeanstandung war nicht gleichbedeutend mit einer Billigung des baurechtswidrigen Zustandes.

Insoweit hat das Berufungsgericht aus den am 23. November 1977 schon vorgenommenen baulichen Änderungen ohne jede Begründung die Schlußfolgerung hergeleitet, daß der betreffende Angestellte des Bauordnungsamts damals bereits die Verstöße gegen die Baugenehmigung in vollem Ausmaß bemerkt habe. Dabei hat das Berufungsgericht auch nicht in Erwägung gezogen, ob die unterbliebene Beanstandung der Eingriffe im Bereich tragender Wände und der Dachkonstruktion nicht gerade ein Beweisanzeichen für die Behauptung der Kläger ist, daß diese Maßnahmen im Zeitpunkt der Besichtigung vom 23. November 1977 noch gar nicht ausgeführt oder jedenfalls noch nicht hinlänglich erkennbar waren. Denn wenn die Baubehörde schon die Errichtung eines Badezimmers zum Anlaß nahm, die Einstellung der Umbauarbeiten bis zur etwaigen Erteilung einer Nachtragsgenehmigung anzuordnen, dann muß sich die Frage aufdrängen, ob nicht auch die umfangreichen weiteren Abweichungen von der Baugenehmigung mit der Ordnungsverfügung vom 30. November 1977 beanstandet worden wären, falls diese Abweichungen damals bereits ersichtlich gewesen wären. Einem diesbezüglichen Beweisanzeichen könnte in Anbetracht der zum Teil unklaren Zeugenaussagen ausschlaggebende Bedeutung für die Entscheidung des Rechtsstreits zukommen.

Es ist Sache der tatrichterlichen Würdigung, ob die Beklagten das Fehlen einer Baugenehmigung für die Umbauarbeiten den Klägern arglistig verschwiegen haben, also mindestens mit bedingtem Vorsatz gehandelt und daher jedenfalls mit der Möglichkeit des baurechtswidrigen Zustandes und seiner Bedeutung für den Kaufentschluß der Kläger ge-

rechnet haben (vgl. Senatsurteile vom 21. November 1952, V ZR 158/51, LM BGB § 463 Nr. 1 und vom 19. Dezember 1980, V ZR 185/79, NJW 1981, 864, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 79, 183). Zur Beurteilung dieser Frage reichen aber die bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht aus. Der Rechtsstreit ist deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dabei hat der Senat von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Dr. Thumm

Linden

Dr. Eckstein

Räfle

Hagen