

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 152/86

URTEIL

in dem Rechtsstreit

Verkündet am:
10. Juli 1987
H i r t h ,
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

1. Helmuta N [REDACTED], A [REDACTED]straße 12, H [REDACTED],
2. Hermann N [REDACTED], F [REDACTED]straße 3, H [REDACTED],
3. Gerhard Friedhelm August V [REDACTED], R [REDACTED] 41,
H [REDACTED],
4. Reinhold V [REDACTED], R [REDACTED] 41, H [REDACTED],
5. Maren B [REDACTED], L [REDACTED] Straße 21 b, H [REDACTED],

Beklagte und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Kurt Z [REDACTED], R [REDACTED] L [REDACTED]straße 18, H [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagter,

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

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Juli 1987 durch den Vizepräsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Thumm und die Richter Dr. Eckstein, Dr. Vogt, Dr. Räfle und Dr. Lambert-Lang

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 4. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 7. Mai 1986 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom 18. März 1983 kaufte der Kläger von den Beklagten, einer Erbengemeinschaft, das Hausgrundstück S[REDACTED]straße 108 in H[REDACTED]-A[REDACTED] zum Preise von 220.000 DM. In dem Vertrag heißt es unter § 6 "Mängelhaftung und Gefahrübergang" u.a.:

- 3 -

"1.

Das Grundstück wird in seinem jetzigen Zustand, wie vom Käufer besehen, verkauft.

Der Verkäufer übernimmt wegen der Größe und etwaiger Mängel des Grundstücks und des Gebäudes sowie wegen der Beschaffenheit des Baugrundes keine Gewähr. Er versichert, daß ihm nichts darüber bekannt ist, daß das Gebäude durch Hausschwamm (*Merulius lacrymans*) oder Hausbock (*Hyloterpes bajulus*) befallen ist oder war ..."

Das Haus war 1958 vom Schwamm befallen gewesen, der 1958/59 von einem Maurer ordnungsgemäß beseitigt worden war. Nachdem der Kläger dies aus der Bauakte erfahren hatte, verlangte er von den Beklagten als Gesamtschuldnern Rückzahlung des Kaufpreises und Ersatz der Vertragskosten, insgesamt 238.537,21 DM nebst Zinsen Zug um Zug gegen Rückübertragung des Kaufgrundstückes. Er hat geltend gemacht, das Haus sei auch bei Abschluß des Kaufvertrages von echtem Hausschwamm befallen gewesen. Den Beklagten, jedenfalls aber dem Beklagten zu 2, der als Testamentsvollstrecker das Haus jahrelang verwaltet habe, sei der Schwammbefall bekannt gewesen; sie hätten ihn arglistig verschwiegen. Zumindest habe der Beklagte zu 2 die Zusicherung im Kaufvertrag ohne sachliche Grundlage ins Blaue hinein abgegeben.

Das Landgericht hat der Klage bis auf einen geringen Teil der Zinsen stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben.

Mit der Revision erstreben sie Abweisung der Klage. Der Kläger beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.



Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht führt aus: Der Kläger sei zur Wandlung des Kaufvertrages berechtigt, denn das verkaufte Grundstück sei zur Zeit des Gefahrüberganges wegen des Schwammbefalles des Gebäudes im Jahre 1958 mit einem Fehler im Sinne von § 459 Abs. 1 BGB behaftet gewesen, auch wenn der Schwamm damals technisch einwandfrei beseitigt worden sei. Der in § 6 Ziffer 1 des Kaufvertrages enthaltene Gewährleistungsausschluß sei gegenüber sämtlichen Beklagten unwirksam; dies ergebe sich zumindest gemäß § 242 BGB aus dem Umstand, daß der Beklagte zu 2 entgegen der objektiven Sachlage versichert habe, ihm sei nicht bekannt, daß das Gebäude von Hausschwamm befallen gewesen sei. Die Beweisaufnahme habe ergeben, daß der Beklagte zu 2 von dem Schwammbefall 1958 Kenntnis erlangt habe. Diese Kenntnis habe er offenbaren müssen, unabhängig davon, ob es sich um echten oder unechten Schwamm gehandelt habe. Das Berufungsgericht sei trotz der Ausführungen des Sachverständigen nicht überzeugt, daß sich der Beklagte bei Abgabe der Versicherung im Kaufvertrag nicht mehr an den 1958 aufgetretenen Schwammbefall erinnert habe. Letztlich komme es darauf aber nicht entscheidend an; nach den Ausführungen des Sachverständigen müßten derart ausgeprägte Gedächtnisstörungen des Beklagten zu 2 seinen am Vertragsschluß beteiligten Angehörigen und Mitverkäufern bekannt gewesen sein. Wenn sie den Beklagten zu 2 gleichwohl die streitige Versicherung hätten abgeben lassen, setzten sie sich in hohem Maße leichtfertig und in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise über das

Aufklärungsinteresse des Klägers hinweg und könnten sich schon deshalb nicht mit Erfolg auf den vertraglichen Gewährleistungsausschluß berufen. Der Kläger könne daher nach §§ 467 Satz 1, 346 BGB Rückzahlung des Kaufpreises und nach § 467 Satz 3 BGB Ersatz der Vertragskosten fordern.

II.

Die Revision hat Erfolg.

1. Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Schwammbefall des Hauses im Jahre 1958 bedeute, trotz seiner technisch einwandfreien Beseitigung, noch beim Verkauf im Jahre 1983 einen Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB, ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden (vgl. BGH Urt. v. 20. Juli 1968, III ZR 32/66, WM 1968, 1220).

2. Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung der Verkäufer zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nach § 476 BGB nur nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, wobei ausreicht, daß einer von mehreren Verkäufern arglistig gehandelt hat (Senatsurt. v. 16. Januar 1976, V ZR 63/74, WM 1976, 323). Dies verkennt das Berufungsgericht, wenn es meint, auf den vereinbarten Gewährleistungsausschluß könnten sich die Beklagten nach § 242 BGB nicht berufen, weil der Beklagte zu 2 entgegen der objektiven Sachlage versichert habe, ihm sei über Schwammbefall nichts bekannt. Gleiches gilt für die alternative Begründung des Berufungsgerichts, die anderen Beklagten hätten sich in hohem Maße leichtfertig verhalten und könnten sich deshalb auf den Haftungsausschluß

nicht berufen, wenn sie den Beklagten zu 2 in Kenntnis seiner ausgeprägten Gedächtnisstörungen die streitige Versicherung hätten abgeben lassen.

3. Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 563 ZPO). Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, die Merkmale der Arglist auszufüllen. Arglist setzt Vorsatz voraus, wobei ausreicht, daß der offenbarungspflichtige Verkäufer das Vorliegen des Mangels für möglich hält, dies aber in Kauf nimmt (Senatsurt. v. 10. Juni 1983, V ZR 292/81, WM 1983, 990). Dabei trägt der Getäuschte die Beweislast dafür, daß die Tatbestandsmerkmale der Norm gegeben sind, aus denen er seine Klageansprüche ableitet (Senatsurt. v. 21. November 1969, V ZR 151/68, WM 1970, 162, 163). Dazu gehört Kenntnis des Verkäufers von dem Mangel auch noch bei Abgabe der Erklärung zum Schwammbefall (Senatsurt. v. 21. November 1952, V ZR 158/51, LM BGB § 463 Nr. 1). Anders als hinsichtlich des Fortbestandes einmal entstandener Rechte besteht keine Vermutung für die Fortdauer eines einmal eingetretenen tatsächlichen Zustandes - hier das Wissen des Beklagten zu 2 von dem Hausschwammbefall 1958 - mit der Wirkung einer Umkehr der Beweislast (Senatsurt. v. 22. Oktober 1976, V ZR 247/75, WM 1976, 1330, 1331). Da das Berufungsgericht nach seinen Darlegungen nur nicht mit der erforderlichen Gewißheit davon überzeugt ist, daß der Beklagte zu 2 sich nicht mehr an den Schwammbefall erinnert, ist Kenntnis dieses Beklagten von dem Mangel in dem rechtserheblichen Zeitpunkt bisher nicht festgestellt.

Auch Arglist der Beklagten zu 1 und 3 bis 5 läßt sich nach den bisherigen Feststellungen nicht bejahen. Es ist

nicht festgestellt, daß diese Beklagten gewußt oder doch zumindest für möglich gehalten hätten, die Erklärung des Beklagten zu 2 sei falsch, und daß sie eine damit verbundene Irreführung des Klägers in Kauf genommen hätten. Sie haben nach den Feststellungen des Berufungsgerichts allenfalls grob fahrlässig gehandelt.

4. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben und zu den nach § 476 BGB erforderlichen Feststellungen an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Thumm

Dr. Eckstein

Vogt

Räfle

Lambert-Lang