

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB § 437; WasserhaushaltsG §§ 15, 16;

NdsWasserG vom 7. Juli 1960 (GVBl. S. 105) §§ 31, 36

Für eine bestimmte Art der Überleitung einer im Kaufvertrag nach ihrer Entstehung bestimmt umschriebenen altrechtlichen Wasserbenutzung (hier nach braunschweigischem Recht) haftet der Verkäufer nicht schon auf Grund der Gewährleistung beim Rechtskauf, sondern allenfalls bei Übernahme einer Garantie.

BGH, Urt. v. 24. März 1971 - V ZR 167/68 - OLG Braunschweig

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V_ZR_167/68

URTEIL

Verkündet am

24. März 1971

Justizobersekretär

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

der Ehefrau Elsa I [REDACTED] geb. G [REDACTED]
in H [REDACTED], Domäne St. L [REDACTED],

Beklagten, Berufungsklägerin
und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

den Ingenieur Karl K [REDACTED] in E [REDACTED], L [REDACTED]-
[REDACTED] Str. [REDACTED],

Kläger, Berufungsbeklagten
und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. von [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 24. März 1971
unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin
und der Bundesrichter Dr. Freitag, Hill, Offterdinger
und Dr. Grell
für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das
Urteil des 5. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Braunschweig vom 27. August 1968
aufgehoben und die Sache zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung an das Be-
rufungsgericht, auch über die Kosten der
Revision, zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der am 3. Mai 1965 verstorbene Rechtsvorgänger
der Beklagten (Erbin) verkaufte am 30. September 1961
ein in B. H. an der R. gelegenes Restgrund-
stück samt Turbinenhaus mit Turbinen und Anlagen, Halle
mit Keller, Wellblechgebäude mit Maschinenanlagen
und Schuppen sowie die in § 2 des Vertrags näher be-
zeichnete Wasserkraft an den Kläger im augenschein-
lichen Zustand, ohne Gewähr für das Nichtvorhandensein



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

offener oder geheimer Mängel gegen Zahlung einer monatlichen Rente von 450 DM bis zum Tode des Verkäufers, mindestens aber für die Dauer von 20 Jahren. In § 2 ist zu der verkauften Wasserkraft näher ausgeführt:

".....

Der Verkäufer ist außerdem Berechtigter bzw. Eigentümer einer Wasserkraft, die dem auf dem Trennstück eingerichteten Unternehmen dient und im einzelnen besteht aus:

- a) Wasserrecht an dem bei dem östlichen Ufer Radau verlaufenden Zuflußgraben,
- b) zwei Turbinen,
- c) Wassergraben,
- d) Wehr,
- e) Wasserschloß,
- f) Abfallrohren.

Das unter a) näher beschriebene Wasserrecht steht dem Verkäufer auf Grund des zwischen seinem Rechtsvorgänger mit dem Land Braunschweig am 25. Oktober 1871 abgeschlossenen Wasserbenutzungsvertrages zu."

§ 6 des Vertrags lautet:

"Der Verkäufer ist darauf hingewiesen, daß er entsprechend dem Niedersächsischen Wassergesetz verpflichtet ist, das Wasserrecht in dem noch zu errichtenden Wasserbuch eintragen zu lassen. Der Verkäufer wird gleichzeitig mit der Eintragung den Antrag auf Umschreibung des Wasserrechts auf den Käufer beantragen."

Das Grundstück wurde dem Kläger übergeben und er übte das Wasserrecht aus. Den am 3. Mai 1964 vom Verkäufer gestellten Antrag auf Eintragung des Wasserrechts in

das Wasserbuch lehnte der Präsident des Verwaltungsbezirks Braunschweig als obere Wasserbehörde mit Bescheid vom 5. April 1965 mangels eines alten Rechts im Sinn des § 31 Niedersächsisches Wassergesetz - NWG - vom 7. Juli 1960 (NSGVBl. S. 105) ab. Nach weiteren vergeblichen Versuchen der Beklagten forderte der Landkreis Wolfenbüttel als untere Wasserbehörde den Kläger schließlich am 18. Januar 1967 auf, "die unbefugte Wasserbenutzung" unverzüglich einzustellen. Der Kläger ist durch Schreiben vom 2. Mai 1967 gemäß §§ 467, 440 BGB vom Kaufvertrag zurückgetreten. Mit der Klage begehrt er, die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Kaufurkunde für unzulässig zu erklären.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Die Berufung der Beklagten blieb ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte den Antrag auf Abweisung der Klage weiter; der Kläger beantragt, die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Berufungsgericht hält den Rücktritt des Klägers gemäß § 325 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit §§ 437 Abs. 1, 440 Abs. 1 BGB für begründet. Es könne,

führt es aus, dahingestellt bleiben, ob das Wasserrecht in Wahrheit bestehe und damit gemäß dem Niedersächsischen Wassergesetz als altes Recht ins Wasserbuch einzutragen sei. Zur Anwendung der Rechtsmängelhaftung genüge, daß das Recht bis zum Rücktritt (2. Mai 1967) und in diesem Zeitpunkt nicht durchsetzbar gewesen sei (zu vgl. RGZ 109, 297; BGH NJW 1963, 1971). Unerheblich sei auch, daß die Verwaltungsbehörde ihre ablehnende Haltung erst Jahre nach dem Vertragsabschluß geäußert habe, denn die Nichtdurchsetzbarkeit des Wasserrechts habe ihren Grund in Umständen, die schon im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bestanden hätten, nämlich in der Art der Auslegung und Anwendung des Niedersächsischen Wassergesetzes durch den Präsidenten des niedersächsischen Verwaltungsbezirks Braunschweig und den Landkreis Wolfenbüttel, also letzten Endes im Niedersächsischen Wassergesetz. Das Zivilgericht müsse die beiden Verwaltungsmaßnahmen beider Behörden kraft ihrer Tatbestandswirkung hinnehmen, da sie nicht nichtig seien. Es habe daher zwingend ohne weitere Prüfung davon auszugehen, daß das Wasserrecht nicht mehr ausgeführt werden könne.

II.

1. Nach § 437 Abs. 1 BGB haftet der Verkäufer eines Rechts für dessen rechtlichen Bestand. Die Rechte des Käufers bestimmen sich, wenn der Käufer das verkaufte Recht nicht zu verschaffen vermag, gemäß § 440

Abs. 1 BGB auch für den Fall, daß das Recht nicht besteht, nach den Vorschriften der §§ 320 - 327 BGB.

Eine Ausnahme von dieser besonderen Haftung für einen Mangel im Recht besteht nur, wenn das verkaufte Recht seiner Art nach aus Rechtsgründen überhaupt nicht zur Entstehung gelangen kann. Die Voraussetzung dieser Ausnahme liegt, wie das Berufungsgericht im Ergebnis gegenüber der Begründung des Landgerichts zutreffend ausführt, im vorliegenden Fall nicht vor. Hier verpflichtete sich der Verkäufer zur Übertragung eines Rechts oder einer Befugnis zur Benutzung eines Gewässers mittels der auf dem verkauften Grundstück bestehenden Anlagen zum Betrieb eines näher beschriebenen Wasserkraftwerks, also eines auch im früheren Braunschweigischen und im jetzigen Niedersächsischen Gesetz vorgesehenen übertragbaren Rechts.

2. Zur Beantwortung der Frage, ob der Verkäufer die ihm nach § 437 BGB obliegende Pflicht erfüllt hat, ist jedoch vorweg das verkaufte Recht nach seinem Inhalt und Umfang auf Grund der Vertragsbestimmungen festzustellen. Diese Prüfung ist vor allem geboten, wenn kein bestimmtes gesetzlich typisiertes Recht verkauft ist, vielmehr ein "altes Recht" oder eine "alte Befugnis" im Sinn der zur Zeit des Kaufabschlusses geltenden Wassergesetze, nämlich im Sinn der §§ 15, 17 Wasserhaushaltsgesetz vom 27. Juli 1957 (BGBI I, S. 1110) und des dritten Abschnitts im ersten Kapitel des ersten Teils im Niedersächsischen Wassergesetz. Denn die Befugnis zur Benutzung von Gewässern ist vom Gesetz nicht einheitlich festgelegt; Wasserbenutzungsrechte

können vielmehr auf Grund der langjährigen Entwicklung in verschiedenen Rechtssystemen und nach verschiedentlichen Änderungen der für solche Rechte maßgebenden Rechtsformen verschiedenen Rechtscharakter, Inhalt und Umfang haben. Diese Unterschiede bedingen vor allem auch eine im vorliegenden Streitfall bedeutsame verschiedene Übernahme und Einordnung in die durch die neuen Wassergesetze geschaffenen Rechtsordnung.

Das Berufungsgericht geht von einem "verkauften Wasserrecht" aus, ohne zu untersuchen und darzulegen, welcher Art dieses verkaufte Recht ist. Die weiteren Ausführungen lassen erkennen, daß es ein solches "altes Recht" als Kaufgegenstand im Auge hat, das gemäß § 31 Abs. 1 NWG (§ 17 Abs. 1 WHG) die weitere Benutzung ohne eine (neue) Bewilligung im Sinn der §§ 2, 11 NWG (§§ 2, 8 WHG) zuläßt. Dies ist daraus zu entnehmen, daß es das übertragene Recht als ein Recht im Sinn des § 31 NWG unterstellt (S. 7 unten BU) und letztlich auf die Nichtdurchsetzbarkeit dieses Rechts abstellt, die sich ihrerseits aus den das Zivilgericht bindenden Behördenentscheidungen ergebe; nach diesen Entscheidungen handle es sich bei dem - wie zu ergänzen ist: übertragenen - Recht nämlich um keine Wasserbenutzung auf Grund eines alten Rechts im Sinn des § 31 NWG (S. 9 Mitte BU).

Nach dem Vertragswortlaut verkaufte der Rechtsvorgänger der Beklagten dem Kläger aber "die in § 2 näher bezeichnete Wasserkraft." In § 2 des Vertrags sind die den Unternehmen dienenden Anlagen beschrieben und weiter ausgeführt, daß das Wasserrecht dem Verkäufer auf Grund des zwischen seinem Rechtsvorgänger mit dem Land Braunschweig am 25. Oktober 1871 abgeschlossenen Wasserbenutzungsvertrag zusteht. Das verkaufte Recht war sonach im Kaufvertrag als ein solches bestimmt, wie es durch einen Wasserbenutzungsvertrag mit dem Land Braunschweig im Jahre 1871, also nach Maßgabe des damals geltenden Braunschweigischen Gesetzes, die Erhaltung der öffentlichen Flüsse und sonstigen Wasserzüge, sowie Veränderungen an denselben betreffend, vom 31. Dezember 1851 (BrschwGuVS 1851 S. 405) entstehen konnte. Nach dem Vortrag der Beklagten in der Berufungsinstanz (Berufungsbegründung S. 3 ff = Bl. 60 GA ff) ist das verkaufte Recht allerdings nicht, wie im Kaufvertrag irrtümlich angegeben, im Vertrag vom 25. Oktober 1871 eingeräumt worden, sondern durch Reskript Nr. 10173 des Herzoglich-Braunschweigisch-Lüneburgischen Staatsministeriums vom 2. November 1868 im Zusammenhang mit einem Grundstückskaufvertrag erteilt worden. Diese irrtümliche Bezeichnung im Kaufvertrag ist jedoch unter dem hier maßgeblichen Gesichtspunkt nicht erheblich, da in dem im Vertrag irrtümlich angegebenen Entstehungsjahr nur ein Recht oder eine Befugnis zur Wasserbenutzung ebensolcher Art entstehen konnte, wie es der Rechtsvorgänger des Ver-

käufers nach dem Vortrag der Beklagten im Jahre 1868 durch Wasserbenutzungsvertrag mit dem Land Braunschweig erhalten und der Verkäufer dem Kläger übertragen hat. Das verkaufte Recht war sonach seiner Art und seinem Inhalt nach und damit auch hinsichtlich seiner Überleitung und Einordnung nach dem Bundesrahmengesetz und dem Niedersächsischen Wassergesetz, die beide schon zuvor in Kraft getreten waren, eindeutig bestimmt, wenn auch die Art seines Fortbestands und seiner Überleitung in das neue Wasserrecht den Parteien nicht bekannt sein mochte. Dieses im Kaufvertrag näher umschriebene Recht hat der Verkäufer auch zusammen mit dem Unternehmen, wie sich aus der jahrelangen Benutzung der Anlage durch den Kläger ergibt, übertragen. Eine Haftung des Verkäufers unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmängelhaftung scheidet bei dieser möglichen, aber vom Tatrichter offensichtlich nicht in Betracht gezogenen Auslegung des Vertrags aus, weil das Recht, wie es im Kaufvertrag bestimmt ist, auch übertragen worden ist.

3. Der Verkäufer haftete bei dieser nicht in Betracht gezogenen Auslegung nach den bisherigen Feststellungen auch nicht unter dem Gesichtspunkt, daß das verkaufte und übertragene Recht nicht durchsetzbar gewesen wäre. War ein bestimmt geartetes Wasserrecht nach dem Braunschweigischen Wassergesetz von 1851 oder eine Befugnis, die nach braunschweigischem Recht die Ausübung einer Benutzung in sonst zulässiger Weise gestattete, verkauft und war

das alte Recht oder die alte Befugnis im Zeitpunkt des Kaufvertrags nach den geltenden Bestimmungen des Wasserhaushaltsgesetzes und Niedersächsischen Wassergesetzes in die neue Wasserrechtsordnung übergeleitet worden, so haftet der Verkäufer jedenfalls auf Grund des für den Rechtskauf geltenden Gewährleistungsrechts nicht für bestimmte Eigenschaften oder die wirtschaftliche Brauchbarkeit des verkauften Rechts, auch nicht für eine bestimmte Art der Überleitung in das neue Recht. Die vom Berufungsgericht angeführten Urteile des Reichsgerichts (RGZ 109, 297) und des Bundesgerichtshofs (NJW 1963, 1971) betreffen dagegen eine beschlagnahmte Forderung, also ein Recht, das entgegen seiner näheren Bestimmung im Kaufvertrag nicht durchgesetzt werden konnte.

Dem Berufungsgericht kann aber auch darin nicht gefolgt werden, daß die Wasserbenutzung bis zum Rücktritt des Klägers in Anbetracht der Tatbestandswirkung zweier Verwaltungsmaßnahmen, nämlich der Ablehnung der Oberen Wasserbehörde, ein altes Recht oder eine alte Befugnis im Sinn des § 31 NWG in das Wasserbuch einzutragen, und des Benutzungsverbots der Unteren Wasserbehörde, im Sinne eines Mangels im Recht nicht durchsetzbar gewesen wäre. In beiden Verwaltungsakten ist nicht über die Art der Überleitung und über den Bestand des Benutzungsrechts nach der Überleitung entschieden, vielmehr sind nur in den Begründungen zu einzelnen Fragen der Überlei-

tung - übrigens in widersprüchlicher Weise zur Frage, ob eine "andere alte Benutzung" im Sinn des § 36 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 NWG besteht - als Vorfragen der jeweils getroffenen Entscheidung Ausführungen gemacht. Die Stellungnahme der Verwaltungsbehörde zu Vorfragen für eine bestimmte Entscheidung (hier für die Ablehnung der Eintragung und für das Benutzungsverbot) kann keine das Zivilgericht bindende Feststellungswirkung entfalten. Abgesehen davon hat die Ablehnung der Eintragung ebensowenig wie die Eintragung in das Wasserbuch eine rechtliche Wirkung (§ 134 Abs. 2 NWG). Das Berufungsgericht durfte daher nicht entgegen seiner Unterstellung, in Wahrheit bestünde sogar ein altes Recht im Sinn des § 31 NWG (S. 7 BU), ohne eigene Prüfung zum Nachteil der Beklagten auf Grund der Tatbestandswirkung der beiden späteren Verwaltungsakte davon ausgehen, die seither geübte Benutzung hätte von Rechts wegen nicht mehr ausgeübt werden dürfen. Damit entfällt auch die Begründung dafür, daß im Zeitpunkt der Übertragung ein Mangel im Bestand des Rechts vorgelegen habe.

Für den Fall, daß das verkaufte und übereignete Wasserbenutzungsrecht kein altes Recht im Sinn des § 31 NWG darstellt, wäre zu prüfen, ob es nicht im Sinne einer "anderen alten Benutzung" (§ 17 WHG, § 36 Abs. 1 Nr. 2 NWG) übergeleitet worden ist. Auch in diesem Fall hätte die Wasserbenutzung im seit-

herigen Umfang weiterhin ausgeübt werden können, und zwar bis zum 28. Februar 1965 ohne weiteres (§ 36 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 NWG), nach der rechtzeitigen Stellung eines Antrags auf Neubewilligung (§ 36 Abs. 2 NWG) bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Antrag (§ 36 Abs. 1 Satz 2 NWG) und alsdann gemäß einer neuen Bewilligung nach § 17 Abs. 2 Satz 1 WHG, § 36 Abs. 2 Satz 1 NWG. Daß am 1. März 1960 eine rechtmäßige Anlage zur Ausübung des Rechts vorhanden war, ist nicht bestritten. Die Frist für den Antrag nach § 36 Abs. 2 NWG ist zwar am 28. Februar 1965 abgelaufen gewesen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß der Antrag des verstorbenen Verkäufers auf Eintragung des abgetretenen Rechts ins Wasserbuch als ein Antrag im Sinn dieser Vorschrift aufzufassen ist (vgl. Schreiben der Oberen Wasserbehörde an den Landkreis vom 8. April 1965, Akten der Oberen Wasserbehörde Bl. 9).

4. Ein Rücktritt des Klägers wegen schuldhafter Nichterfüllung des Verkäufers könnte allenfalls begründet sein, wenn dem Verkäufer nicht nur die gesetzliche Rechtsmängelhaftung obgelegen hätte, sondern er darüber hinaus im Kaufvertrag für die Überleitung des verkauften Rechts als altes Recht im Sinn des § 31 NWG oder mindestens für eine Überleitung nach § 36 NWG, also für eine Neubewilligung mit entsprechendem Inhalt und Umfang, die Garantie

übernommen hätte (vgl. BGB-RGRK 11. Aufl., § 437 Anm. 12). Eine Feststellung dieses Inhalts läßt sich aus den Darlegungen des Berufungsgerichts jedoch nicht entnehmen.

Im Zusammenhang mit der Prüfung, ob das übertragene Recht nach der Neuregelung des Wasserrechts durchsetzbar war, hat es allerdings ausgeführt, dem Verkäufer könne es nicht zugute kommen, daß die Ausübung des Rechts faktisch erst Jahre nach Vertragsabschluß unmöglich geworden sei. Die Maßnahmen der Verwaltungsbehörden wären sicher schon früher ergangen, wenn der Verkäufer, wie es seine Sache gewesen wäre, unverzüglich nach Vertragsabschluß versucht hätte, dem verkauften Recht die behördliche Anerkennung zu sichern und sich dieser Anerkennung zu vergewissern. Dies sei seine Sache gewesen, weil die wirksame Entstehung des Rechts nicht ohne Schwierigkeiten nachprüfbar sei und das Wasserrecht umfassend neu geregelt worden sei. Unter diesen Umständen ergebe sich eine solche Pflicht als Nebenpflicht gemäß § 242 BGB aus der Hauptverpflichtung des Verkäufers (§ 433 Abs. 1 Satz 2 BGB). Überdies sei der Verkäufer in § 6 des Vertrags ausdrücklich darauf hingewiesen worden, daß er entsprechend dem Niedersächsischen Wassergesetz verpflichtet sei, das Wasserrecht im Wasserbuch eintragen zu lassen, auch habe er es übernommen, die Umschreibung des Rechts auf den Kläger zu beantragen.

Es ist schon zweifelhaft, ob allein wegen der Schwierigkeit, die Entstehung alter Rechte und Befugnisse in verhältnismäßig weit zurückliegender Zeit nachzuprüfen, eine vertragliche Pflicht des Verkäufers im Sinn des § 242 BGB dahin entnommen werden kann, unverzüglich eine Entscheidung über Art und Inhalt der verkauften Berechtigung herbeizuführen. Auch aus dem Hinweis auf § 6 des Kaufvertrags läßt sich eine solche Pflicht jedenfalls nicht ohne weiteres ableiten. Selbst wenn aber eine solche Vertragspflicht bestanden hätte, so hätte sie nicht zusätzlich die Übernahme einer Garantie dafür zum Inhalt gehabt, daß das verkaufte Recht ein altes Recht im Sinn des § 31 NWG darstellt, oder daß eine Bewilligung im Umfang des früheren Rechts nach § 36 Abs. 2 Satz 1 NWG beschafft werde. Mit der bisherigen Begründung des Rücktritts, nämlich eines Rücktritts wegen schuldhafter Nichterfüllung des Verkäufers, läßt sich das angefochtene Urteil sonach nicht aufrecht erhalten.

5. Die Entscheidung des Rechtsstreits im Sinn der Abweisung der Klage ist jedoch dem Revisionsgericht nicht möglich. § 6 des Vertrags legt nämlich nahe, daß beide Parteien davon ausgegangen sind, das verkaufte Recht sei ein Recht, das als solches ohne weiteres fortbestehe, also nach den Überleitungsvorschriften ein altes Recht im Sinn des § 31 NWG, mindestens aber ein solches im Sinn des § 36 Abs. 1 Nr. 2 NWG, das als Grundlage für einen Anspruch auf

Bewilligung im Umfang des früheren Rechts in Betracht kommt. Vorstellungen dieses Inhalts waren möglicherweise Geschäftsgrundlage des Kaufvertrags, deren Wegfall den Kläger zum Rücktritt berechtigt. Zur Entscheidung dieser Frage bedarf es jedoch Feststellungen über den Charakter des verkauften Rechts und die davon abhängige Art seiner Überleitung durch das Niedersächsische Wassergesetz. Die Sache war daher unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht, auch zur Entscheidung über die Kosten der Revision, zurückzuverweisen.

Dr. Augustin

Dr. Freitag

Hill

Offterdinger

Dr. Grell