

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 203/81

URTEIL

Verkündet am

10. November 1982

H i r t h ,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Hans Rudolf W[REDACTED], G[REDACTED] Straße [REDACTED], B[REDACTED],

Kläger und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

1. Helmut J[REDACTED], H[REDACTED], H[REDACTED],

2. Ulrich P[REDACTED], S[REDACTED] Straße [REDACTED], B[REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. November 1982 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Prof. Dr. Hagen, Linden, Dr. Vogt und Dr. Räfle

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 22. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 29. Juni 1981 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 verkaufte durch notariellen Vertrag vom 27. Juli 1979 zum Preise von 385 000 DM ein Grundstück an die damals im Gründungsstadium befindliche, von den beiden Beklagten vertretene, Firma "B[REDACTED] Gesellschaft mit beschränkter Haftung". Zugleich wurde die Auflassung erklärt.

Dieses Grundstück hatte der Kläger seinerseits am 5. Juli 1979 für einen Preis von 300 000 DM von den Firmen B[REDACTED] & Co. GmbH und A[REDACTED]-H[REDACTED] GmbH gekauft, die es

- 3 -

ihrerseits wiederum von Erika S. am 3. April 1979 gekauft hatten. Der Eigentumswechsel war im Grundbuch noch nicht vollzogen. Den Käufern B./A. GmbH war eine Auflassungsvormerkung bewilligt worden, deren Eintragung am 15. Juni 1979 beantragt wurde. Die Eigentumsumschreibung wurde am 6. Juli 1979 beantragt und am 13. August 1979 im Grundbuch - unter gleichzeitiger Eintragung einer Fremddrugschuld - vorgenommen. Zwischenzeitlich, am 7. August 1979, war beim Grundbuchamt der Antrag auf Eintragung der dem Kläger von B./A. GmbH in dem Kaufvertrag vom 5. Juli 1979 bewilligten Auflassungsvormerkung eingereicht worden. Eingetragen wurde diese Vormerkung am 23. August 1979.

Der zwischen den Parteien geschlossene Kaufvertrag vom 27. Juli 1979 sah vor, daß der Kaufpreis von 385 000 DM bis zum 1. September 1979 (nach vorheriger Erteilung der Bodenverkehrsgenehmigung und der behördlichen Vorkaufsrechts-erklärung) auf ein Treuhandkonto des beurkundenden Notars eingezahlt werden sollte. Der Notar war unwiderruflich ermächtigt, über den Kaufpreis zugunsten des Klägers erst zu verfügen, sobald die vorlastenfreie Eintragung der für die Käuferin bewilligten Auflassungsvormerkung "gesichert" sei. Die Käuferin war verpflichtet, dem Notar binnen einer Woche nach Abschluß des Vertrages eine Bankbürgschaft für die "rechtzeitige Kaufpreiszahlung" vorzulegen. Das geschah nicht.

Mit Schreiben vom 13. August 1979 teilte der Notar den Beklagten (B. GmbH) mit, daß der Kaufpreis fällig sei. Die Beklagten erklärten durch Schreiben an den Kläger



vom 3. September 1979 die Anfechtung des Kaufvertrages wegen arglistiger Täuschung, und zwar mit der Begründung, der Kläger habe sie nicht darüber unterrichtet, daß er noch nicht Eigentümer des ihnen verkauften Grundstücks sei. Der Kläger setzte den Beklagten am 11. September 1979 eine Frist zur Zahlung des Kaufpreises bis zum 17. September 1979, verbunden mit einer Ablehnungsandrohung und der Ankündigung von Schadensersatzansprüchen.

Mit der Klage beansprucht der Kläger von den Beklagten Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Höhe von 64 000 DM.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben; das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen.

Mit der Revision will der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen. Der Beklagte zu 2 beantragt, die Revision zurückzuweisen. Der Beklagte zu 1 ist in der mündlichen Revisionsverhandlung nicht anwaltlich vertreten worden.

Entscheidungsgründe

1. Über die zulässige Revision des Klägers ist hinsichtlich des Beklagten zu 1 antragsgemäß durch Versäumnisurteil zu entscheiden, da er im Verhandlungstermin nicht anwaltlich vertreten worden ist (vgl. Senatsurteil BGHZ 37, 79, 81).

2. Das Berufungsgericht hat den auf Zahlungsverzug gestützten Schadensersatzanspruch des Klägers (§ 326 Abs. 1 BGB) mit der Begründung abgewiesen, die Beklagten hätten den Kaufvertrag wirksam gemäß § 123 Abs. 1 BGB angefochten. Der Kläger habe ihnen nämlich beim Verkauf des Grundstücks arglistig verschwiegen, daß damals für ihn selbst "noch keine dinglich gesicherte Rechtsposition auf den Erwerb des Eigentums" an diesem Grundstück bestanden habe.

Dagegen wendet sich die Revision mit Erfolg.

a) Unbegründet ist allerdings die Rüge, das Berufungsgericht habe einen Anfechtungsgrund berücksichtigt, den die Beklagten gar nicht geltend gemacht hätten. Die im Rechtsstreit vorgelegte Anfechtungserklärung vom 3. September 1979 (GA 101) war u.a. darauf gestützt, der Kläger habe die Auflassung erklärt und eine Auflassungsvormerkung bewilligt, obwohl damals für ihn selbst "nicht einmal eine Auflassungsvormerkung ... eingetragen" gewesen sei. Sodann haben die Beklagten in der Berufungsbegründung (Seite 14 = GA 76) vortragen, der Kläger habe ihnen bei Vertragsabschluß verschwiegen, daß er "noch nicht einmal eine gesicherte Rechtsposition in Bezug auf den Erwerb des Eigentums" besitze. Auf diesen dargelegten Gesichtspunkt durfte daher das Berufungsgericht eingehen.

b) Mit Recht beanstandet die Revision jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger habe eine arglistige Täuschung begangen.

Aus Ziffer II. 1. der Vertragsurkunde vom 27. Juli 1979 ergibt sich, daß der beurkundende Notar das Grundbuch eingesehen und dessen Inhalt mit den Beteiligten erörtert hatte. Insoweit geht das Berufungsgericht davon aus, der Notar habe darauf hingewiesen, daß der Kläger noch nicht als Eigentümer eingetragen sei, und der Kläger seinerseits habe hierauf erklärt, er habe das Grundstück aber gekauft und ihm sei eine Auflassungsvormerkung "eingeräumt" worden. Wenn es der Notar unter diesen Umständen und bei Kenntnis der Grundbuchlage nicht für nötig hielt, die Frage anzusprechen, ob die Eintragung der Vormerkung wenigstens bereits - mit rangwahrender Wirkung (§ 45 GBO) - beim Grundbuchamt beantragt war, so kann dem notariell beratenen Kläger jedenfalls Arglist nicht ohne weiteres schon deshalb unterstellt werden, weil er nicht von sich aus den Beklagten einen entsprechenden Hinweis gab. Arglistig im Sinne des § 123 Abs. 1 BGB handelt nur, wer bewußt und gewollt eine Tatsache verschweigt und dabei zumindest mit der Möglichkeit rechnet, diese Tatsache könnte für die Willensentschließung des Vertragspartners von Bedeutung sein (vgl. BGH Urteile vom 13. Mai 1957, II ZR 56/56, NJW 1957, 988; vom 16. März 1977, VIII ZR 283/75, NJW 1977, 1055; vom 2. Dezember 1977, V ZR 155/75, WM 1978, 221 und vom 19. Dezember 1980, V ZR 185/79, NJW 1981, 864 - insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 79, 183). Auf diese notwendigen subjektiven Voraussetzungen hätte das Berufungsgericht nach Lage des Falles eingehen müssen, wie die Revision zutreffend rügt.

Das gilt auch für die weitere Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger habe bei der Beurkundung sogar erklärt, die Eintragung der ihm bewilligten Auflassungsvormerkung sei bereits beim Grundbuchamt beantragt worden. Da das Berufungsgericht im Ausgangspunkt des Urteils

nur annimmt, der Kläger habe arglistig verschwiegen, daß der Eintragungsantrag noch nicht gestellt war, ist unklar, welche Bedeutung es dem Umstand beimißt, daß der Kläger sogar ausdrücklich angegeben hat, die Eintragung der Vormerkung sei schon beantragt. Daß darin eine arglistige Täuschung lag, versteht sich nicht von selbst. Erforderlich dafür wäre die tatrichterliche Feststellung, der Kläger habe gewußt oder mindestens im Sinne eines bedingten Vorsatzes damit gerechnet, daß der tatsächlich erst am 7. August 1979 eingereichte Antrag am 27. Juli 1979 von dem Notar noch nicht gestellt war und daß gerade die Frage des Zeitpunktes der Antragstellung für seine dingliche Rechtsstellung (§ 45 GBO) und für eine sich darauf gründende Bereitschaft der Beklagten zum Abschluß des Kaufvertrages erheblich sein könnte. In diesem Zusammenhang könnte auch der von der Revision hervorgehobene Umstand beachtlich sein, daß die Beklagten aus der damaligen Sicht des Klägers durch die vereinbarte Kaufpreiszahlung auf ein Treuhandkonto des Notars gesichert erschienen, weil der Notar erst die Auszahlung hätte vornehmen dürfen, nachdem die vorlastenfreie Eintragung der ihnen bewilligten Auflassungsvormerkung sichergestellt war (§ 3 Abs. 3 des Vertrages).

Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Seine Ausführungen darüber, daß sich eine Bank nicht zur Finanzierung des Kaufpreises bereitfinde, wenn noch nicht einmal für den Verkäufer vor der Weiterveräußerung des Grundstücks ein Antrag auf Eintragung der Auflassungsvormerkung gestellt sei, besagen nichts über ein arglistiges Handeln des Klägers. Diese Ausführungen sind aber auch irreführend, weil sie auf dem vermeintlichen Erfahrungs-

satz aufbauen, ein Kaufpreis in der hier vereinbarten Höhe werde in aller Regel nur durch eine am Kaufgrundstück zu sichernde Fremdfinanzierung aufgebracht. Eine Lebenserfahrung dieses Inhalts besteht nicht, wie die Revision zu Recht geltend macht, zumal im Fall der Fremdfinanzierung die vom Berufungsgericht selbst erwähnte Möglichkeit der Kreditabsicherung auf einem anderen Grundstück des Käufers gegeben sein kann.

c) Rechtsfehlerhaft ist auch die Ansicht des Berufungsgerichts, die Ursächlichkeit der von ihm angenommenen arglistigen Täuschung für den Kaufentschluß der Beklagten bedürfe hier "keiner weiteren Darlegung".

Zum Anfechtungstatbestand des § 123 BGB gehört die Behauptung und strittigenfalls der Nachweis, daß der Käufer ohne das Vorspiegeln oder Verschweigen der betreffenden Tatsache den Vertrag nicht oder jedenfalls nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (BGH aaO NJW 1957, 988; Senatsurteile vom 22. Oktober 1976, V ZR 247/75, LM BGB § 123 Nr. 47 und vom 2. Dezember 1977 aaO). Dafür aber genügt nicht die im Berufungsurteil angestellte Erwägung, in welcher Weise sich eine den Kaufpreis finanzierende Bank bei Kenntnis der Eigentumsverhältnisse verhalten hätte. Maßgebend ist vielmehr, wie die Beklagten nach der konkreten Vertragsregelung gehandelt hätten. Insoweit aber hätte sich das Berufungsgericht - was die Revision mit Recht rügt - zumindest mit dem Gesichtspunkt befassen müssen, ob die in dem Kaufvertrag enthaltene Regelung über die Zahlung auf ein Treuhandkonto des Notars und die ihm auferlegte Verpflichtung, erst nach Sicherstellung vorlastenfreier Eintragung der Auflassungsvormerkung über den Kaufpreis zugunsten des Klägers zu verfügen, den Beklagten nicht schon eine Sicherung

in solchem Maße verschafften, daß sie den Vertrag mit dem beurkundeten Inhalt in jedem Falle geschlossen hätten. Das Berufungsgericht erwähnt zudem selbst die Möglichkeit, daß unter der Voraussetzung einer Fremdfinanzierung auch eine Bank hätte bereit sein können, den Kredit bei ausreichender Treuhandsicherung noch vor dem eigenen Rechtserwerb des Verkäufers zu gewähren. Verfehlt ist insoweit aber die Meinung des Berufungsgerichts, der Kläger hätte im Rechtsstreit darlegen müssen, daß dieser Weg tatsächlich gangbar gewesen wäre. Es obliegt vielmehr den Beklagten, die Tatsachen darzulegen, aus denen sich ergibt, daß sie den Vertrag ohne die arglistige Täuschung nicht geschlossen hätten.

3. Das Berufungsurteil kann somit auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen keinen Bestand haben. Da es sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig erweist, ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Dr. Thumm

Hagen

Linden

Vogt

Räfle