

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 215/90

## URTEIL

Verkündet am:  
22. November 1991  
H i r t h ,  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. November 1991 durch die Richter Linden, Dr. Vogt, Dr. Räfle, Dr. Wenzel und Tropf

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 15. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 1. August 1990 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an den 17. Zivilsenat des Berufungsgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Der Kläger und seine Ehefrau kauften mit notariell beurkundetem Vertrag vom 8. April 1987 von dem Beklagten ein Hausgrundstück. Der Kaufvertrag enthält neben einem Gewährleistungsausschluß für Sachmängel aller Art die Erklärung des Beklagten, daß ihm verdeckte Mängel nicht bekannt seien.

Der Kläger hat aufgrund eigenen und abgetretenen Rechts seiner Ehefrau Schadensersatz mit der Behauptung verlangt, die Kellerräume des Hauses seien feucht. Dem Be-

klagten sei dies bekannt gewesen, weil der Keller im Jahr 1980 längere Zeit unter Wasser gestanden habe. Der Kläger hat zuletzt seinen Schaden auf 77.256,43 DM beziffert und beantragt, den Beklagten zur Zahlung dieses Betrags nebst Zinsen zu verurteilen.

Die Klage hatte in beiden Instanzen Erfolg. Hiergegen richtet sich die Revision, mit der der Beklagte seinen Antrag auf Klageabweisung weiterverfolgt. Der Kläger beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

### Entscheidungsgründe

#### I.

Das Berufungsgericht vertritt die Auffassung, in der Erklärung des Beklagten, verdeckte Mängel seien ihm nicht bekannt, liege die Zusicherung, daß solche Mängel auch nicht vorhanden seien. Diese Zusicherung sei falsch gewesen. Dem Beklagten sei zwar bei Vertragsabschluß nicht bekannt gewesen, daß in das Mauerwerk ständig Feuchtigkeit eindringe, wohl aber, daß etwa acht Jahre früher ein Feuchtigkeitsschaden aufgetreten sei, der nur oberflächlich überdeckt worden sei. Hierauf habe der Beklagte hinweisen müssen.



II.

Dies hält der Revision nicht stand.

1. Die Erklärung des Beklagten im Kaufvertrag, ihm seien verdeckte Mängel nicht bekannt, stellt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Zusicherung dar, solche Mängel seien nicht vorhanden (Senatsurt. v. 9. November 1990, V ZR 194/89, NJW 1991, 1181, 1182). Damit ist die Grundlage des Berufungsurteils, das der Klage unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 Satz 1 BGB) stattgegeben hat, entfallen.

2. Das Berufungsurteil kann auch nicht aus einem anderen Grunde (§ 563 ZPO) aufrechterhalten werden. Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen nicht aus, den allein in Frage kommenden Schadensersatzanspruch wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels (§§ 463 Satz 2, 476 BGB) zu bejahen.

Nach den vom Berufungsgericht, wenn auch in anderem Zusammenhang, getroffenen Feststellungen, die Kellerwände seien gegen Feuchtigkeit nur unzulänglich isoliert, ein in der Vergangenheit durchgeführter Reparaturversuch habe sich darüber hinaus als unzulänglich erwiesen, liegt allerdings ein Fehler des Gebäudes (§ 459 Abs. 1 BGB) vor (vgl. Senatsurt. v. 10. Juli 1987, V ZR 152/86, WM 1987, 1285, 1286). Der Beklagte war, wovon das Berufungsgericht ebenfalls ausgeht, auch verpflichtet, diesen Fehler zu offenbaren. Der Eintritt von Feuchtigkeit in die Kellerwände

stellt regelmäßig einen für den Kaufentschluß maßgeblichen Mangel dar, den der Verkäufer redlicherweise nicht verschweigen darf; hier kommt hinzu, daß dem Beklagten die ausdrückliche Erklärung abverlangt worden war, verdeckte Mängel seien ihm nicht bekannt (vgl. Senatsurt. v. 10. Juli 1963, V ZR 66/62, WM 1963, 967, 968).

Die Feststellungen des Berufungsgerichts reichen aber zur Bejahung der Arglist nicht aus. Bei der Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels handelt arglistig, wer einen Fehler zumindest für möglich hält, gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, daß der Vertragspartner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (st. Rspr., vgl. Senatsurt. v. 7. Juli 1989, V ZR 21/88, WM 1989, 1735 m.w.N.). Dem Beklagten war, wovon das Berufungsgericht ausgeht, im Jahre 1980 das Eindringen von Feuchtigkeit in den Keller bekannt geworden. Er hatte damals auch die Reparatur, die sich objektiv als unzureichend erwies, veranlaßt. Das fortwährende Eindringen von Feuchtigkeit in der Folgezeit war ihm jedoch nach den weiteren Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bekannt geworden. Damit kann, selbst wenn der Beklagte dem Erfolg der Reparatur mißtraut haben sollte, nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, er habe das Fortbestehen des Mangels auch noch bei dem etwa sieben Jahre später abgeschlossenen Kaufvertrag der Parteien für möglich gehalten. Eine Vermutung für das Weiterbestehen eines einmal eingetretenen tatsächlichen Zustandes, hier eines Vorsatzes des Beklagten hinsichtlich des Mangels, ist nicht anerkannt (Senatsurt. v. 10. Juli 1987, aaO).

3. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um es diesem zu ermöglichen, die noch erforderlichen Feststellungen zu treffen (§ 565 ZPO). Der Senat hat hierbei von der Möglichkeit des § 565 Abs. 1 Satz 2 ZPO Gebrauch gemacht.

Linden

Vogt

Räfle

Wenzel

Tropf