

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGB §§ 313, 133 c, 157 Gf

Schließt in einem Individualvertrag der Verkäufer eines Grundstücks seine eigene Gewährleistungspflicht aus und tritt er gleichzeitig seine Gewährleistungsansprüche gegen die Baubeteiligten (Architekten, Projektanten und an der Bauausführung beteiligte Unternehmen) an den Käufer ab, so entfällt - anders als bei einem Formularvertrag - die Wirkung der Freizeichnung nicht ohne weiteres dann, wenn das Risiko der Schadloshaltung fehlschlägt.

BGH, Urt. v. 25. Juni 1976 - V ZR 243/75 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 243/75

URTEIL

Verkündet am
25. Juni 1976

in dem Rechtsstreit

H i r t h
Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

des Kaufmanns Adolf K [REDACTED] in M [REDACTED]-B [REDACTED],
Am F [REDACTED],

Klägers, Revisionsklägers und
Anschlußrevisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

den Kaufmann Nikolaus H [REDACTED] in K [REDACTED],
F [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten, Revisionsbeklagten
und Anschlußrevisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 18. Juni 1976 durch
den Vorsitzenden Richter Hill und die Richter Offter-
dinger, Dr. Grell, Dr. Eckstein und Prof.Dr.Hagen
für R e c h t erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil
des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts
Düsseldorf vom 24. November 1975 insoweit
aufgehoben, als der Antrag des Klägers, unter
Abänderung des Urteils der 9. Zivilkammer des
Landgerichts Düsseldorf vom 7. November 1974
die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde des
Notars Franz W. [REDACTED] in D. [REDACTED] vom 14.
Juni 1972 (UR-Nr. 1039/1972) in Verbindung
mit der Urkunde des Notars von R. [REDACTED]
in D. [REDACTED] vom 27. November 1972 (UR-Nr.
3459/1972) für unzulässig zu erklären, abge-
wiesen worden ist.

Auf die Anschlußrevision des Beklagten wird
das erstgenannte Urteil insoweit aufgehoben,
als es die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde
des Notars Franz W. [REDACTED] vom 14. Juni 1972
(UR-Nr. 1036/1972) für unzulässig erklärt hat.
Die Klage wird hinsichtlich dieses Antrags
unter Abänderung des zweitgenannten Urteils
als unzulässig abgewiesen. Hinsichtlich eines
Betrags von 210 000 DM bleibt die Zwangsvoll-
streckung aus dieser Urkunde unzulässig.

Auf die Anschlußrevision wird das erstgenannte
Urteil ferner insoweit aufgehoben, als es die
Zwangsvollstreckung aus der Urkunde vom 14. Juni
1972 (UR-Nr. 1039/1972) in Verbindung mit der
Urkunde vom 27. November 1972 (UR-Nr. 3459/1972)



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

nur in Höhe von 111 726,92 DM als noch beabsichtigt bezeichnet und weiter hinsichtlich eines Teilbetrags von 40 000 DM für zulässig nur Zug um Zug gegen Vorlage einer Urkunde des Technischen Überwachungsvereins e.V. in K[REDACTED] erklärt.

Im übrigen wird die Anschlußrevision zurückgewiesen.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die in der Revisionsinstanz erwachsenen Kosten, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand

Der Kläger erwarb vom Beklagten zwei Grundstücke. Durch Vertrag vom 14. Juni 1972 kaufte er ein in N[REDACTED], H[REDACTED] Landstraße [REDACTED] gelegenes 10 000 qm großes Grundstück zu einem Kaufpreis von 2 250 000 DM. In Anrechnung auf den Kaufpreis übernahm der Kläger eine Reihe von Schuldverpflichtungen des Beklagten, zu deren Sicherung Grundpfandrechte an dem Grundstück bestellt waren. Über den verbleibenden Barkaufpreis enthält der notarielle Vertrag folgende Vereinbarungen:

"Der Barkaufpreis, der sich zusammensetzt aus dem Kaufpreisbetrag von 2 250 000 DM abzüglich der vorstehend übernommenen valutierenden Verbindlichkeiten, ist wie folgt fällig und zahlbar:

Ein Betrag von 210 000.- DM ist fällig und zahlbar, sobald die nachstehend bewilligte Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen ist oder der Notar den Vertragsbeteiligten mitgeteilt hat, daß die Eintragung der Auflassungsvormerkung sichergestellt ist. Der verbleibende Restkaufpreis ist fällig und zahlbar 14 Tage nach Umschreibung des Eigentums im Grundbuch.

.....

Die Feststellung der Höhe des Restkaufpreises werden die Vertragsbeteiligten in Übereinstimmung mit Herrn Rechtsanwalt E selbst treffen."

Wegen des zu zahlenden Barkaufpreises unterwarf der Kläger sich gegenüber dem Beklagten der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde. Auf dem Grundstück befand sich im Zeitpunkt des Verkaufs ein vom Beklagten teilweise errichtetes Gebäude. Aus diesem Grunde trafen die Vertragsparteien ferner folgende Vereinbarung in Abschnitt III 9:

"Der Verkäufer hat das Grundstück bebaut, jedoch das Verwaltungsgebäude noch nicht vollständig fertiggestellt. Der Käufer will die Fertigstellung der Aufbauten selbst durchführen. In diesem Zusammenhang tritt der Verkäufer an den Käufer ab sämtliche eventuelle Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche gegenüber Architekten, Projektanten und an der Bauausführung beteiligten Unternehmern, und zwar für sämtliche auf dem Grundstück durchgeführten Baumaßnahmen".

Ferner enthält dieser Kaufvertrag die Klausel, daß der Grundbesitz unter Ausschluß einer Haftung für offene oder versteckte Mängel verkauft wird.

Der Beklagte bot dem Kläger außerdem am 14. Juni 1972 zu notariellem Protokoll (UR-Nr. 1039/72 des Notars Franz W. in D.) seinen in K., N. Straße 671/673 gelegenen, insgesamt 2 411 qm großen bebauten Grundbesitz zum Kauf an. In einer notariellen Verhandlung vom 27. November 1972 (UR-Nr. 3459/72 des Notars Dr. van R. in D.) nahm der Kläger das Angebot an; dabei wurde jedoch der in dem Angebot auf 1 850 000 DM bezifferte Kaufpreis auf 1 720 000 DM herabgesetzt. Wegen der Zahlung des Barkaufpreises, der auf 950 000 DM festgesetzt wurde, unterwarf sich der Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Urkunde.

Auf diesem Grundstück betrieb der Beklagte zur Zeit des Kaufvertrages eine Druckerei. Er verpflichtete sich, das Grundstück bis zum 28. Februar 1973 zu räumen und versprach für den Fall der nicht rechtzeitigen Räumung eine Vertragsstrafe von 35 000 DM.

Der Kläger verlangt mit der vorliegenden Klage, daß die Zwangsvollstreckung aus den genannten notariellen Urkunden für unzulässig erklärt wird. Er hat dazu vorgetragen: Dem Beklagten stehe ein vollstreckbarer Anspruch nicht mehr zu, weil die Barkaufpreisforderungen, soweit er sie nicht durch Zahlung erfüllt habe, durch Aufrechnung mit zahlreichen Forderungen erloschen seien. Außerdem hat er wegen einzelner Gegenforderungen ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht.

Der Kläger hat beantragt,

die Zwangsvollstreckung aus den vorbezeichneten vollstreckbaren Urkunden für unzulässig zu erklären.

Der Beklagte hat beantragt.

die Klage abzuweisen.

Er hat geltend gemacht: Ihm stünden aus dem Kauf über das Grundstück in N [REDACTED] noch eine vollstreckbare Restkaufpreisforderung in Höhe von 19 946,37 DM und aus dem Kauf des Grundstücks in K [REDACTED] noch eine vollstreckbare Restkaufpreisforderung von 121 726,92 DM, insgesamt also Forderungen von 141 673,29 DM zu. Die vom Kläger geltend gemachten Gegenforderungen seien unbegründet. Jedenfalls seien etwaige Ansprüche durch die vergleichsweise Herabsetzung des Kaufpreises für den K [REDACTED] Grundbesitz um 130 000 DM vereinbarungsgemäß abgegolten worden.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Der Kläger hat Berufung eingelegt. Er hat sein bisheriges Klagebegehren weiterverfolgt.

Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil teilweise geändert. Es hat die Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars W [REDACTED] in D [REDACTED] vom 14. Juni 1972 (UR-Nr. 1036/1972) für unzulässig erklärt, soweit sich der Kläger dem Beklagten gegenüber wegen des Barkaufpreises der Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Ferner hat das Oberlandesgericht die noch wegen einer Forderung des Beklagten

gegen den Kläger von 111 726,92 DM beabsichtigte Zwangsvollstreckung aus der vollstreckbaren Urkunde des Notars Franz W. [REDACTED] vom 14. Juni 1972 (UR-Nr. 1039/72) in Verbindung mit der notariellen Urkunde des Notars van R. [REDACTED] vom 27. November 1972 (UR-Nr. 3459/72) wegen eines Teilbetrages von 15 355,59 DM für unzulässig erklärt, soweit sich der Kläger dem Beklagten gegenüber wegen des Barkaufpreises der Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

Wegen eines weiteren Teilbetrages von 40 000 DM ist die Zwangsvollstreckung aus diesen Urkunden nur für zulässig erklärt worden Zug um Zug gegen Vorlage einer Urkunde des Technischen Überwachungsvereines e.V. in K., aus der sich ergibt, daß der auf dem Grundstück K., N. Straße [REDACTED] bis [REDACTED] eingebaute Aufzug betriebsbereit ist und den geltenden technischen Vorschriften entspricht.

Die weitergehende Berufung hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen.

Dagegen hat der Kläger Revision eingelegt. Er beantragt, das Berufungsurteil aufzuheben, soweit zu seinem Nachteil erkannt ist, und insoweit der Klage voll stattzugeben.

Der Beklagte hat um Zurückweisung der Revision gebeten und Anschlußrevision eingelegt. Er hat gebeten:

1. das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als
 - a) die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde Nr. 1036/72 für unzulässig erklärt wurde,
 - b) die noch wegen einer Forderung des Beklagten von 121 726,92 DM beabsichtigte Zwangsvollstreckung aus den Urkunden Nr. 1039/72 und 3459/72 wegen eines 2 806 DM übersteigenden Teilbetrags für unzulässig erklärt wurde,
 - c) wegen eines weiteren Teilbetrags von 40 000 DM die Zwangsvollstreckung aus den zuletzt genannten Urkunden nur "Zug um Zug" für zulässig erklärt wurde;
2. auch insoweit die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe

I.

Das Oberlandesgericht hat ausgeführt: Die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde vom 14. Juni 1972 (UR-Nr. 1036/72) sei für unzulässig zu erklären. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO verlange, daß die notarielle Urkunde die Zahlung einer b e s t i m m t e n Geldsumme zum Gegenstand habe. Diese Voraussetzung sei nur hinsichtlich des bezifferten Teilbetrags von 210 000 DM erfüllt. Die Teilforderung von 210 000 DM habe der Kläger aber erfüllt.

Soweit der Kläger jedoch beantrage, die Zwangsvollstreckung aus den beiden den K [REDACTED] Grundbesitz betreffenden Urkunden für unzulässig zu erklären, stehe dem Beklagten nach dem übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien noch ein vollstreckbarer Restkaufpreisanspruch in Höhe von 111 726,92 DM zu. Die vom Kläger gegenüber dieser Restkaufpreisforderung erklärte Aufrechnung sei nur zum Teil begründet, teilweise könne er ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

Soweit die Gegenforderungen des Klägers begründet seien, beruhten sie auf Tatsachen, die erst n a c h dem Kaufvertrag über den K [REDACTED] Grundbesitz am 27. November 1972 eingetreten seien. Diese Gegenforderungen des Klägers seien entgegen dem Vortrag des Beklagten durch die vergleichsweise Herabsetzung des Kaufpreises um 130 000 DM nicht abgegolten worden.

Hinsichtlich des Kaufs des in N [REDACTED] belegenen Grundstücks seien u.a. unbegründet die Gewährleistungsansprüche des Klägers (§§ 462, 463 BGB) wegen der Schäden an der Dachkonstruktion einer vom Beklagten auf dem Grundstück errichteten Halle (BU IV A Nr. 5). Begründet sei hingegen insoweit u.a. der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der Kosten des Beweisicherungsverfahrens gegen die Firma W [REDACTED] (BU IV A 4).

Hinsichtlich des Kaufs des in K [REDACTED] belegenen Grundbesitzes seien unbegründet der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen Entfernung der Elektroleitungen (BU IV B 4) sowie Erstattungsansprüche des Klägers aus Rechnungen der Firma K [REDACTED] & Co. Hausbau

GmbH vom 30. Dezember 1973 (BU IV B 6). Begründet seien dagegen insoweit u.a. der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der Beschädigung des Aufzugs (BU IV B 2) sowie der Schadensersatzanspruch des Klägers wegen der Entfernung der Zwischenwände und der drei Waschtische (BU IV B 3).

II. Revision des Klägers.

A) Zu BU IV A 5 - Schäden an der Dachkonstruktion des Grundstücks in Neuss (BU 17 - 20).

1. a) Das Berufungsgericht verneint insoweit sowohl einen Anspruch des Klägers aus § 462 BGB wie auch einen solchen aus § 463 BGB. Es unterstellt hierbei, daß der Beklagte den Kläger vor Abschluß des Kaufvertrags nicht über alle Einzelheiten und den genauen Umfang des Schadens an der Dachkonstruktion der Halle unterrichtet hat. Das Berufungsgericht meint, der Vorwurf des arglistigen Verschweigens eines offenbarungspflichtigen Mangels lasse sich nicht feststellen, weil hier zu berücksichtigen sei, daß das Kaufgrundstück vom Beklagten gerade erst neu bebaut worden sei. Unter diesen Umständen habe der Verkäufer (Beklagter) grundsätzlich davon ausgehen dürfen, er genüge mit Übertragung seiner Gewährleistungsansprüche gegen die Unternehmer auf den Käufer seiner Offenbarungspflicht hinsichtlich etwaiger Mängel, da der Käufer damit den Unternehmern gegenüber in die Rechtsposition des Bauherrn eintrete und infolgedessen nicht schlechter gestellt sei als der Verkäufer.

b) Die Revision hält diese Beurteilung für rechtsfehlerhaft.

Der Revision ist darin beizutreten, daß entgegen der Ansicht des Berufungsrichters ein Verkäufer nicht über ihm bekannte, dem Käufer aber ersichtlich verborgene Mängel eines noch nicht vollendeten Baues schweigen darf, wenn er seine "eventuellen" Gewährleistungsansprüche (vgl. Nr. III 9 des Vertrags) an den Käufer abtritt. Der Tatrichter mußte nach der genannten Formulierung der Nr. III 9 des Kaufvertrags vielmehr davon ausgehen, daß der Käufer (Kläger) einen mangelfreien Gegenstand erwerben wollte und sich nur "eventuelle" Gewährleistungsansprüche übertragen ließ. Der Standpunkt des Berufungsrichters stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Freistellung des Verkäufers eines "gerade erst neu bebauten" Geländes von der ihm grundsätzlich obliegenden Offenbarung eines Mangels dar (vgl. Palandt, BGB 35. Aufl. § 460 Anm. 3).

2. Die Revision rügt ferner, daß der Berufungsrichter im Ergebnis von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Umfang und zur Gültigkeit von Freizeichnungsklauseln in Fällen der vorliegenden Art abweicht.

a) Das Berufungsgericht meint insoweit, der Beklagte habe auch seine Verpflichtung zur Abtretung der Gewährleistungsansprüche gegen die Firma K [REDACTED] erfüllt. Der Kläger habe nämlich inzwischen einen rechtskräftigen Vollstreckungstitel gegen diese Firma über 83 767,82 DM erwirkt.

b) Die Revision bringt hiergegen vor, der Berufungsrichter habe dem vom Kläger vorgetragenen - und durch Unpfändbarkeitsbescheinigung des Gerichtsvollziehers belegten - Umstand keine ausreichende Beachtung geschenkt, daß die Firma K[REDACTED] in Vermögensverfall geraten und unpfändbar sei.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs verbleibt es zwar im Fall formularmäßiger Freizeichnungen trotz Ausschlusses der Gewährleistungspflicht und Abtretung von Gewährleistungsansprüchen bei der Haftung des Verkäufers, wenn das Risiko der Schadloshaltung fehlschlägt (vgl. BGHZ 62, 251; BGH Urteile vom 11. Juli 1974 - VII ZR 75/72 = BauR 1975, 133 und vom 13. Januar 1975 - VII ZR 194/73 = BB 1975, 442). Eine formularmäßige Freizeichnung liegt hier aber nicht vor. Die in Nr. III 1 des Kaufvertrags vom 14. Juni 1972 (UR-Nr. 1036/72) enthaltene Freizeichnung hat mit der unter Nr. III 9 erklärten Zession sämtlicher eventueller Gewährleistungs- und Schadensersatzansprüche gegenüber Architekten, Projektanten und an der Bauausführung beteiligten Unternehmern nach tatrichterlicher Auffassung nichts zu tun. Ein Verkäufer kann sich, wie die Revisionsbeantwortung zutreffend bemerkt, freizeichnen und gleichwohl Ansprüche gegen Dritte an den Erwerber abtreten. Im Individualvertrag entfällt die Wirkung der Freizeichnung nicht ohne weiteres dann, wenn das Risiko der Schadloshaltung fehlschlägt. Der Beklagte hätte im Kaufvertrag seine Gewährleistungspflicht auch ausschließen dürfen, ohne irgendwelche Ansprüche gegen Dritte an den Kläger abzutreten. Die zu den Formularverträgen

entwickelte Rechtsprechung greift hier nicht Platz. Die Freizeichnung versagt somit nur in dem Fall, daß der Beklagte den Fehler arglistig verschwiegen hat (vgl. § 463 BGB).

3. a) Das Berufungsgericht geht vom Vortrag des Klägers aus, er habe "schon" am 3. April 1972 gegen die Firma K. [REDACTED] Antrag auf Sicherung des Beweises gestellt. "Daraus" soll nach Meinung des Berufungsgerichts "zugleich" folgen, daß der Beklagte die von der Firma K. [REDACTED] zu vertretenden Mängel nicht verschwiegen hat, weil in der Abtretung der Gewährleistungsansprüche und der Übergabe der Unterlagen "auch die Offenbarung der Mängel" liege.

b) Die Revision weist demgegenüber zu Recht darauf hin, daß der Kaufvertrag am 14. Juni 1972 geschlossen worden ist.

Es leuchtet nicht ein, daß aus einem Beweissicherungsantrag "schon am 3. April 1972" folgen soll, daß der Beklagte die Mängel bei Vertrags-schluß nicht verschwiegen hat. Im übrigen hat der Berufungsrichter nicht festgestellt, wann die Unterlagen übergeben worden sind. Insoweit hat sich er nicht mit dem Schriftsatz des Beklagten vom 6. Juni 1975 nebst Anlagen befaßt, dem möglicherweise zu entnehmen war, daß die Unterlagen dem Kläger erst am 31. Juli und 5. Oktober 1972 übergeben worden sind. Der Berufungsrichter ist auch nicht auf den Vortrag des Klägers im Schriftsatz vom 7. Oktober 1975

eingegangen, das - die Dachmängel ausführlich behandelnde - Schreiben der Firma H [REDACTED] an den Beklagten vom 26. Mai 1971 habe sich n i c h t bei den dem Kläger am 5. Oktober 1972 vom Beklagten übergebenen Unterlagen befunden.

4. Soweit die Revision rügt, der Berufungsrichter habe der eindeutigen Fassung von Nr. III 9 des Kaufvertrags nicht entnehmen dürfen, daß die Freizeichnung auch Gewährleistungsansprüche betreffe, sofern es sich um Leistungen des Beklagten selbst oder seines Angestellten handle, ist zu bemerken, daß der Tatrichter die Freizeichnungserklärung in Nr. III 1 des Kaufvertrags dahin ausgelegt hat, ihr lasse sich nicht entnehmen, daß sie die Haftung für eigene Planungsfehler unberührt lasse. Diese Auslegung ist möglich. Sie bindet das Revisionsgericht.

Der Revision kann auch insoweit nicht beige- treten werden, als sie geltend macht, der Beklagte müsse sich zumindest das Wissen seines Angestellten E [REDACTED] zurechnen lassen (§ 278 BGB). Die Revisions- begründung gibt nicht an, aufgrund welchen - vom Tat- richter nicht berücksichtigten - klägerischen Vor- bringens anzunehmen ist, daß der Beklagte sich des Angestellten E [REDACTED] zur Erfüllung seiner Verbind- lichkeit gegenüber dem Kläger bedient und deshalb dessen Verschulden zu vertreten hat.

5. Da der Kläger im einzelnen dargetan hat, daß die Kosten der "Dachsanierung" voraussichtlich 254 807 DM ohne Umsatzsteuer betragen werden, ist es möglich, daß allein die Aufrechnung mit diesem Schadensbetrag die dem Kläger aus der vollstreck-

baren Urkunde noch zustehende Forderung übersteigt und die Zwangsvollstreckung unzulässig macht.

Das angefochtene Urteil kann schon hiernach keinen Bestand haben, soweit zum Nachteil des Klägers erkannt ist. Es muß aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden. Sollte der Berufungsrichter nach erneuter Verhandlung zu dem Ergebnis kommen, daß die Gegenforderung des Klägers begründet ist, wird er seine Ausführungen Seite 11/12 des Berufungsurteils unter Nr. III zu überprüfen haben. Nach der Behauptung des Revisionsbeklagten wird die - etwaige - Gegenforderung wegen der Dachmängel am Grundstück in N. von der vergleichsweisen Abgeltung erfaßt, die nach dem Vortrag des Beklagten in der Herabsetzung des Kaufpreises für den K. Grundbesitz am 27. November 1972 liegt. Der Revisionsbeklagte weist darauf hin, daß zu dieser Zeit die Dachmängel genau bekannt gewesen seien. Das könnte jedenfalls der Annahme des Berufungsrichters entgegenstehen, es seien allenfalls Ansprüche des Klägers durch den Vergleich erfaßt worden, die auf Tatsachen beruhten, die erst nach dem Kaufvertrag vom 27. November 1972 eingetreten seien.

B) Zu IV B 3 - Schadensersatzanspruch wegen der Entfernung der Zwischenwände und der drei Waschtische (BU 25 ff).

Das Oberlandesgericht hat den Anspruch des Klägers in Höhe von 12 000 DM im Wege der Schätzung nach § 287 Abs. 1 ZPO für begründet erklärt.

Die Revision meint, das Oberlandesgericht habe den Betrag von 12 000 DM ersichtlich nur mit dem Wert der Zwischenwände begründet, ohne daß die Waschtische Erwähnung fänden, bei der Schätzung also offensichtlich unberücksichtigt geblieben seien. Die drei Waschtische ergäben einen Betrag von zusammen 450 DM zuzüglich jeweiliger Montage mit zusammen 210 DM, insgesamt also 660 DM.

Der Berufungsrichter hat ersichtlich den gesamten Schaden, der dem Kläger durch die Entfernung der Zwischenwände u n d der drei Waschtische erwachsen ist, auf 12 000 DM geschätzt. Das ergibt sich daraus, daß der Tatrichter die Bezifferung der Forderung (12 000 DM) in unmittelbarem Anschluß an die Überschrift folgen läßt, nach der es in diesem Abschnitt um den Schadensersatzanspruch wegen der Entfernung der Zwischenwände und der drei Waschtische geht.

C) Zu IV B 4 - Schadensersatzanspruch wegen Entfernung der Elektroleitungen.

1. Das Berufungsgericht hat festgestellt, der Beklagte habe die Elektroinstallation bei der Räumung des Grundstücks so hinterlassen, wie sich dies aus der vorliegenden Lichtbildermappe des Sachverständigen C  ergebe. Der Berufungsrichter läßt aber offen, ob der Beklagte durch die Entfernung der Elektroleitungen gegen seine Vertragspflichten durch den Kaufvertrag verstoßen hat. Dann jedenfalls habe der Kläger nicht schlüssig dargelegt, daß ihm daraus ein Schaden

entstanden sei. Dafür sei das Parteigutachten C [REDACTED] ungeeignet. Das Gebäude sei seit der Räumung ungenutzt. Deshalb lasse sich nicht feststellen, ob und in welcher Höhe dem Kläger aus der vom Beklagten zurückgelassenen Situation ein Schaden entstanden sei. Dazu, wie das Grundstück in Zukunft genutzt werde, habe der Kläger nichts vorgetragen.

2. Die Revision rügt, das Berufungsgericht habe die Beweislast verkannt.

Die Rüge ist im Ergebnis begründet.

Da das Oberlandesgericht offen läßt, ob der Beklagte durch sein Vorgehen gegen seine vertraglichen Verpflichtungen verstoßen hat, ist mit der Revision von einem solchen Verstoß auszugehen. Dem Berufungsgericht kann nicht darin gefolgt werden, daß der Kläger seinen Schaden nicht schlüssig dargelegt habe. Wenn ein Grundstück mit Gebäude so, wie es steht und liegt, verkauft worden ist, hat der Käufer, wie die Revision zutreffend bemerkt, im allgemeinen auch eine vorhandene Elektroinstallation als Zubehör mitgekauft (§§ 97, 98, 314 BGB; vgl. dazu die späteren Ausführungen zu III E 1, 2 a und b). Die nicht genehmigte Entfernung dieses Zubehörs stellt grundsätzlich bereits einen Schaden dar, weil dem Käufer dadurch die Möglichkeit einer Verwendung des Gebäudes in einer dem bisherigen Zustand entsprechenden Weise genommen ist. Es war nicht Sache des Klägers, angesichts dieser Schadenslage mehr zu tun, als auf die durch das Gutachten C [REDACTED] festgestellten Beschädigungen hinzuweisen. Der Berufungs-

richter hätte bei der Ermittlung des Schadens (Reparaturkosten; § 249 S. 2 BGB) die Anwendung des § 287 ZPO erwägen müssen. Von den Parteien ist dabei keine so genaue Substantiierung zu verlangen, wie sie gemeinhin erforderlich ist.

D) Zu IV B 6 - Erstattungsansprüche aus den Rechnungen der Firma K [REDACTED] & Co. Hausbau GmbH vom 30. Dezember 1973.

1. Das Berufungsgericht meint, diese Ansprüche seien nicht hinreichend substantiiert. Auf § 354 HGB könne der Kläger seinen Anspruch nicht stützen, weil er die behaupteten Dienstleistungen nicht "in Ausübung seines Handelsgewerbes", sondern im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Grundstückskaufvertrags erbracht habe.

2. Die Revision rügt, § 354 HGB sei verletzt.

Die Rüge ist unbegründet.

Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung ist der Beklagte im Schriftsatz vom 31. Oktober 1975 Seite 10 dem Klagevorbringen insoweit substantiiert entgegengetreten. Der Berufungsrichter hat nicht festzustellen vermocht, daß die geltend gemachten Aufwendungen im Interesse des Beklagten lagen. Er hat nach dem Zusammenhang der Entscheidungsgründe hingegen zum Ausdruck gebracht, daß die Dienste des Klägers nicht "einem anderen" (§ 354 HGB) und damit nicht dem Beklagten, sondern im eigenen Interesse des Klägers bei der Abwicklung des Grundstückskaufvertrags erbracht worden sind. Deshalb ist die Aberkennung des Erstattungsanspruchs im Ergebnis nicht zu beanstanden.

III. Anschlußrevision des Beklagten.

A) Der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe §§ 767, 793 Abs. 3 ZPO deshalb verletzt, weil es die Vollstreckungsgegenklage hinsichtlich der Urkunde vom 14. Juni 1972 (UR-Nr. 1036/1972) insoweit als unzulässig hätte abweisen müssen, als der~~nach~~ Zahlung von 210 000 DM verbleibende Restkaufpreis in der Urkunde ziffernmäßig nicht bestimmt ist.

Die Rüge ist im Ergebnis begründet.

Der Beklagte verlangt über den bezahlten Teilbetrag von 210 000 DM hinaus als Restkaufpreis 19 946,37 DM. Der Berufungsrichter erachtet insoweit zu Recht die Unterwerfung des Klägers unter die sofortige Zwangsvollstreckung für unwirksam, weil die notarielle Urkunde nicht die Zahlung einer b e - s t i m m t e n Geldsumme zum Gegenstand hat. Der "Barkaufpreis" dessentwegen sich der Kläger der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, ist in der Urkunde ziffernmäßig nicht festgelegt. Dieser sich nicht gegen den titulierten Anspruch richtende Einwand kann aber nur nach § 732 i.V.m. § 793 ZPO geltend gemacht werden (vgl. BGHZ 22, 54, 64 f; BGH WM 1971, 165). Die Vollstreckungsgegenklage ist daher insoweit unzulässig.

B) Weiterhin meint die Anschlußrevision, das Berufungsgericht habe zu Unrecht angenommen, der vollstreckbare Restkaufpreis für den K [REDACTED] Grundbesitz (UR-Nr. 1039 und 3459/1972) betrage "nach dem übereinstimmenden Sachvortrag der Parteien" 111 726,92 DM.

Die Rüge ist begründet.

Der nach Abzug übernommener Lasten und geleisteter Zahlungen noch geschuldete restliche Barkaufpreis, wegen dessen der Kläger sich der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat, beträgt nach der auch vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Aufstellung des Beklagten im Schriftsatz vom 26. September 1974 121 726,92 DM. Diese Aufstellung stimmt im wesentlichen überein mit der des Klägers vom 18. Mai 1973 mit Ausnahme eines dort noch angerechneten - vom Beklagten bestrittenen - Betrags von 5 596,21 DM für Darlehenszinsen (Nr. 3 der Aufstellung). Der Berufungsrichter hat der unterschiedlichen Berechnung des restlichen Barkaufpreises keine ausreichende Beachtung geschenkt. Das Berufungsurteil kann deshalb insoweit nicht bei Bestand bleiben. Der Tatrichter muß nach der Zurückverweisung der Sache prüfen, ob der Kläger den Barkaufpreis von 950 000 DM bis auf 111 726,92 DM getilgt hat.

C) Zu IV A 4 - Schadensersatzanspruch wegen der Kosten des Beweissicherungsverfahrens gegen die Firma W [REDACTED] (BU 15 ff).

Soweit der Beklagte rügt, das Berufungsgericht habe bei der Würdigung dieses Punktes § 286 ZPO verletzt, hat der Angriff keinen Erfolg. Von einer Begründung wird insoweit nach § 565 a ZPO abgesehen.

D) Zu IV B 2 - Schadensersatzanspruch wegen der Beschädigung des Aufzugs (BU 22 ff).

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt:

Der Schadensersatzanspruch wegen Beschädigung des Aufzugs sei dem Grunde nach gerechtfertigt, weil der Beklagte seine vertragliche Nebenpflicht aus dem Kaufvertrag verletzt habe. Die Behauptung des Beklagten, der Schaden am Aufzug sei inzwischen vollständig behoben, habe der Kläger bestritten. Der ihm obliegenden Darlegungs- und Beweispflicht für diese Tatsache der Erfüllung seiner Schadensersatzverpflichtung sei der Beklagte nicht nachgekommen. Daß der Aufzug völlig erneuert und durch die Herstellerfirma wieder eingebaut worden sei, habe er lediglich durch das Zeugnis eines Montageleiters der Firma S. [REDACTED]-Aufzüge unter Beweis gestellt, dabei jedoch weder den Namen des Zeugen noch die Anschrift der Firma bekannt gegeben. Dieses Beweisangebot sei prozessual nicht verwertbar.

2. Die Anschlußrevision bringt hierzu vor, jener Beweis Antrag sei beachtlich. Wenn die Zeugenanschrift fehle, dürfe deshalb ein Beweis Antrag nicht übergangen, sondern es müsse gemäß § 356 ZPO eine Beibringungsfrist gesetzt werden.

Die Rüge ist begründet.

Wie der Bundesgerichtshof in seinem NJW 1974, 188 veröffentlichten Urteil ausgeführt hat, stellt es einen Verfahrensfehler dar, wenn ein Beweisangebot mangels ladungsfähiger Anschrift des benannten Zeugen abgelehnt wird, ohne daß zuvor eine Frist zur Beibringung der Anschrift (§ 356 ZPO) gesetzt worden ist. Es ist für die Revisionsinstanz ohne weiteres zu

unterstellen, daß das Beweismittel hätte beigebracht werden können, daß es die unter Beweis gestellte Behauptung des Beweisführers gestützt hätte und daß das angefochtene Urteil infolgedessen auf dem Mangel, daß keine Frist gesetzt war, beruht.

3. Es kommt unter diesen Umständen nicht mehr auf die weitere Rüge der Anschlußrevision an, der Kläger hätte im Hinblick auf die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts beweisen müssen, daß der Schadensersatzanspruch noch bestehe.

4. Ebenso bedarf keiner Erörterung, ob, wie die Anschlußrevision meint, § 287 Abs. 1 ZPO wegen willkürlicher Schätzung verletzt ist, weil das Berufungsgericht ohne den geringsten Anhalt die Zwangsvollstreckung in Höhe von 40 000 DM davon abhängig gemacht hat, daß der Beklagte durch eine Urkunde des Technischen Überwachungsvereins den Nachweis der Erfüllung seiner Schadensersatzverpflichtung erbringt.

E) Zu IV B 3 - Schadensersatzanspruch wegen der Entfernung der Zwischenwände und der drei Waschtische (BU 25 ff).

1. Das Oberlandesgericht hat ausgeführt: Der Beklagte habe fahrlässig die Zwischenwände und die Waschbecken entfernt, obwohl diese als Zubehör des Grundstücks mitverkauft und mitveräußert worden seien (§§ 314, 926 Abs. 1 BGB).

2. a) Die Anschlußrevision bringt hiergegen vor, § 314 BGB sei nur eine Auslegungsvorschrift, deren Vermutung nicht gelte, wenn der Erwerber erklärtermaßen am Zubehör (oder Teilen des Zubehörs) kein Interesse habe. Das treffe hier zu im Hinblick auf die mehrfache Erklärung des Klägers, "er wolle die gesamten Gebäude sofort nach dem Auszug des Beklagten abreißen lassen".

Der Angriff hat keinen Erfolg.

Es kann dahinstehen, ob die Erklärungen des Klägers, er wolle die gesamten Gebäude sofort abreißen lassen, entgegen der Meinung des Berufungsgerichts auch dann erheblich sind, wenn sie nicht "Inhalt des Kaufvertrags" geworden sind. Die Revision übersieht, daß nach der hilfsweise angeführten Auffassung des Tatrichters ("im übrigen") jene Erklärungen des Klägers nicht dahin zu verstehen waren, daß er auch keinerlei Interesse an einer anderen Verwertungsmöglichkeit von Zubehör, hier der Zwischenwände, habe zum Ausdruck bringen wollen. Wenn der Berufungsrichter unter diesen Umständen den Kaufvertrag dahin ausgelegt hat, auch die als Zubehör anzusehenden Zwischenwände seien mitverkauft worden, ist das aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Weiterhin unterliegt die Ansicht des Tatrichters keinen durchgreifenden Bedenken, dem Beklagten hätten bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt mindestens begründete Zweifel kommen müssen, ob die zum Gebäude gehörenden Sachen nicht mitverkauft worden seien. Es war Sache des Beklagten, solche Zweifel durch Rückfragen beim Kläger zu klären.

b) Die Anschlußrevision meint weiter, § 97 BGB sei verletzt, weil Zubehör a u f D a u e r dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache (hier: des Grundstücks) zu dienen bestimmt sein müsse. Das treffe für bewegliche Zwischenwände im Büroraum eines Geschäftsbetriebs nicht zu.

Die Rüge hat keinen Erfolg.

Wie der Senat in seiner BGHZ 62, 49, 52 veröffentlichten Entscheidung ausgeführt hat, kann es dem Zweck des Zubehörverhältnisses genügen, wenn ein Gebäude mit Gegenständen, die dem Betrieb dieses Gewerbes dienen, derart verbunden ist, daß das Ganze erkennen läßt, es sei dazu bestimmt, für einen nicht von vornherein feststehenden Zeitraum, mithin i.S. des § 97 Abs. 2 S. 1 BGB nicht nur vorübergehend zum Betrieb dieses Gewerbes benutzt zu werden. Eine hiervon abweichende Rechtsauffassung hat der Tatrichter bei Beurteilung der Verhältnisse im "Bürotrakt des Gebäudes" nicht vertreten. Daß die Zwischenwände versetzbar waren, steht ihrer Bestimmung als Zubehör nicht entgegen.

c) Ohne Erfolg rügt die Anschlußrevision, der Berufungsrichter habe nicht berücksichtigt, daß der Beklagte dem Kläger vergeblich Rückgabe der Waschtische angeboten habe.

Das Berufungsgericht hat dieses Vorbringen erörtert, aber nicht - wie die Anschlußrevision -

den Schluß gezogen, der Kläger habe an der "angebotenen Naturalrestitution" kein Interesse. Die Anschlußrevision übergeht, daß der Beklagte nicht Naturalrestitution - also Wiederanbringung -, sondern nur Rückgabe angeboten hat. Die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

d) Die Anschlußrevision beanstandet ferner die Bemessung der Höhe des Schadens als "schlechthin willkürlich".

§ 287 Abs. 1 ZPO ist nicht verletzt.

Wie oben zu II B bereits ausgeführt, hat der Berufsrichter den gesamten Schaden, der dem Kläger durch die Entfernung der Zwischenwände und der drei Waschtische erwachsen ist, auf 12 000 DM geschätzt. Das Berufungsgericht hat dabei die Angaben der Parteien verwertet. Seine Ausführungen lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

IV.

Hiernach kann das Berufungsurteil nicht bei Bestand bleiben.

Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil aufzuheben, soweit sein Antrag abgewiesen worden ist, die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde

Nr. 1039/72 in Verbindung mit der Urkunde Nr. 3459/1972 für unzulässig zu erklären.

Auf die Anschlußrevision der Beklagten muß das Berufungsurteil insoweit aufgehoben werden, als es die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde Nr. 1036/1972 betrifft. Die Klage ist insoweit teilweise als unzulässig abzuweisen.

Weiterhin ist auf die Anschlußrevision das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als es die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde 1039/1972 in Verbindung mit der Urkunde 3459/1972 nur in Höhe von 111 726,92 DM als noch beabsichtigt bezeichnet und weiter hinsichtlich eines Teilbetrags von 40 000 DM für zulässig nur Zug um Zug gegen Vorlage einer Urkunde des Technischen Überwachungsvereins eV in K. erklärt. Im übrigen muß die Anschlußrevision zurückgewiesen werden.

Im Umfang der Aufhebung ist die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

Ihm wird auch die Entscheidung hinsichtlich der in der Revisionsinstanz erwachsenen Kosten übertragen.

Hill

Offterdinger

Dr. Grell

Dr. Eckstein

Hagen