

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 252/62

URTEIL

Verkündet am

22. Januar 1965
Hirth, Just. Angest.

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Ingenieurs Richard K [REDACTED] in M [REDACTED],
Kreis E [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den technischen Angestellten Kurt H [REDACTED],
2. dessen Ehefrau Walburga H [REDACTED] geb. W [REDACTED],
beide in N [REDACTED], Ö [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagte und Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 22. Januar 1965 unter Mitwirkung der Bundesrichter Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Mattern, Offterdinger und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 27. September 1962 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Durch grundbuchlich vollzogenen notariellen Vertrag vom 19. Mai 1958 haben die Beklagten dem Kläger ihr Grundstück mit einem 1947 von ihnen erbauten Wohnhaus in M [REDACTED] für 31 500 DM verkauft und zu Eigentum übertragen. Nach Nr. III des Vertrags leisteten die Verkäufer "für bauliche Beschaffenheit keine Gewähr".

Mit der Behauptung, die Beklagten hätten wesentliche, nicht erkennbare Mängel des Hauses arglistig verschwiegen, begehrt der Kläger von den dadurch verursachten Umbaukosten einen Teilbetrag von 10 000 DM nebst Zinsen als Schadensersatz.

Landgericht und Oberlandesgericht haben die Klage als unbegründet abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger den Klaganspruch weiter; die Beklagten bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

Mit der Klage begehrt der Kläger nicht Wandlung oder Minderung, sondern Ersatz desjenigen Schadens, der ihm durch die Mangelhaftigkeit des verkauften Anwesens unmittelbar entstanden ist, also Schadensersatz wegen Nichterfüllung (vgl. Senatsurteil vom 18. Dezember 1964, V ZR 68/63). Ein solcher Anspruch besteht nach § 463 BGB dann, wenn entweder zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt (unten I) oder der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat (unten II).

I.

Die Revision sieht die Zusicherung von Eigenschaften in der vom Berufungsurteil (S. 13) festgestellten Äußerung der beklagten Ehefrau vor Vertragsschluß, der Keller sei trocken (Revisionsbegründung S. 9), sowie in der nach dem Klagvortrag (GA 52, 77) ebenfalls vor Vertragsschluß erfolgten Aushändigung des Bauplans, der die Angaben "isoliert" und "Fundament mit Bruchstein und Zementmörtel" enthalte (Revisionsbegründung S. 11). Der Berücksichtigung dieses Vortrags steht zwar nicht entgegen, daß die Klage bisher nicht auf Eigenschaftszusicherung, sondern auf arglistiges Verschweigen gestützt wurde. Aber es fehlt zum Erfolg des ersteren rechtlichen Gesichtspunktes an einem ausreichenden Tatsachenvortrag in den Vorinstanzen. Denn die Eigenschaftszusicherung im Sinn der §§ 459, 463 BGB erfordert einmal eine Willenserklärung (Urteil vom 12. Mai 1959, VIII ZR 92/58, IM BGB § 459 Abs. 2 Nr. 2), also den Willen des Äußernden, durch seine Äußerung die Rechtslage zu gestalten, und bei Grundstückskäufen außerdem die Abgabe in der notariellen Form des § 313 BGB. Das Formerfordernis ist bei beiden von der Revision angeführten Vorgängen nicht erfüllt; zwar ist



die Heilung eines solchen Formmangels durch Auflassung und Grundbucheintrag möglich (§ 313 Satz 2 BGB), sie setzt aber voraus, daß noch zur Zeit der Auflassung Willensübereinstimmung der Vertragspartner über die Fortgeltung der formlosen Abrede bestand (vgl. RGZ 134, 243, 244). Und was das Willenserfordernis anlangt, so ist weder von der Revision geltend gemacht noch sonst ersichtlich, daß nach dem Sachvortrag des Klägers in den Vorinstanzen ein rechtsgeschäftlicher Zusageerfordernis der Beklagten nicht nur zur Zeit jener beiden vor dem notariellen Vertragsschluß liegenden Vorgänge, sondern auch noch im Zeitpunkt der (im Kaufvertrag unter B erklärten) Auflassung vorgelegen habe, was schon angesichts der in die gegenteilige Richtung weisenden Freizeichnungsklausel (Buchstabe A III des Kaufvertrags) besonderer Hervorhebung bedurft hätte.

Läßt sich also die Klage nicht auf Eigenschaftszusicherung stützen, so erübrigen sich Erörterungen darüber, welchen Umfang die Freizeichnungsklausel des Kaufvertrags hat (Revisionsbegründung II). Denn auch beim völligen Fehlen einer Freizeichnungsklausel wäre der Klaganspruch nur im Fall arglistigen Verschweigens eines für den Schaden ursächlichen Fehlers begründet (§ 463 Satz 2 BGB); liegt aber diese Voraussetzung vor, so ist eine Freizeichnungsklausel hinsichtlich dieses Fehlers (RGZ 62, 122) nach § 476 BGB nichtig. Die auf § 242 BGB gestützten Billigkeitserwägungen der Revisionsbegründung (aa0) können angesichts der dem Käufer vom Gesetz zur Verfügung gestellten anderweitigen Rechte - Wandlung und Minderung - nicht dazu führen, ihm einen Schadensersatzanspruch auch beim Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 463 BGB) zu gewähren. Schließlich kommt auch eine Schadensersatzpflicht aus Verschulden bei Vertragsschluß neben Gewährleistungsansprüchen nicht in Betracht (Senatsurteile vom 6. Juni 1962, V ZR 125/60 und vom 10. Juli 1963, V ZR 66/62).

II.

Die Entscheidung über den Klaganspruch hängt also davon ab, ob die Beklagten derartige Mängel des Hauses arglistig verschwiegen haben. Das hat das Berufungsgericht ohne Rechtsverstoß verneint.

1. Unrichtig ist zunächst die Annahme der Revision, das Berufungsgericht habe bereits in objektiver Hinsicht das Vorliegen eines Sachmangels (Fehlers im Sinn von § 459 Abs. 1 Satz 1 BGB) verneint. Sie beruht auf einem Mißverstehen des Schlußabsatzes vor Nr. 1 der Gründe der angefochtenen Entscheidung (BU S. 7). Wenn der Tatrichter dort im Anschluß an die Erörterung der beiden Haftungsvoraussetzungen - objektiv Sachmangel und subjektiv arglistiges Verschweigen - und die Beweislast des Klägers für beide anführt, der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis nicht geführt, so ist damit lediglich gesagt, daß er nicht beide zusammen (sowohl das eine als auch das andere) bewiesen habe, aber nicht auch, daß weder das eine noch das andere bewiesen sei. Daß das Haus in objektiver Hinsicht Mängel aufweist, bringt das Oberlandesgericht an mehreren Stellen seiner folgenden Einzeldarlegungen zum Ausdruck: so die als unstrittig festgestellte Tatsache, daß beim Bau des Hauses sogenannter Schleifschlamm mindestens mitverwendet worden sei (BU S. 7); ungenügende Isolierung des Hauses (BU S. 10 oben); Feuchtigkeit des Kellers (BU S. 13); weitere Mängel, die sich erst durch die Begutachtung während des Rechtsstreits herausgestellt hätten (BU S. 14; es handelt sich dabei, wie das in Bezug genommene Gutachten Frisch vom 8. Februar 1962, GA 158, ergibt, insbesondere um Untragfähigkeit und Sicherheitsgefährlichkeit der Kellerdecke infolge ungenügender Auflager).

6

Daß das Berufungsgericht in dieser Hinsicht keine abschließenden positiven Feststellungen trifft, wäre nur dann zu beanstanden, wenn seine Verneinung der Arglistvoraussetzung rechtlich fehlerhaft wäre. Da dies jedoch nicht zutrifft, wie im folgenden ausgeführt wird (unten 2), kommt es für die Entscheidung auf die objektive Mangelhaftigkeit nicht mehr an. Damit sind die darauf bezüglichen Rügen (Revisionsbegründung I) gegenstandslos.

2. In subjektiver Hinsicht hält das Berufungsgericht Arglist der Beklagten im Verschweigen von Mängeln für nicht erwiesen. Auch das ist rechtlich nicht zu beanstanden.

a) Das Berufungsurteil stellt fest (S. 13/14), die beklagte Ehefrau habe zur Ehefrau des Klägers anlässlich einer Besichtigung des Kellers vor Vertragsabschluß erklärt, daß der Keller trocken sei. Es wirft anschließend die Frage auf, ob die Beklagten eine vorhandene Feuchtigkeit wahrgenommen und als dem Bau selbst anhaftende Feuchtigkeit beurteilt haben, und kommt zu dem Ergebnis, die Erklärungen des Sachverständigen seien nicht eindeutig genug, als daß man jene Frage zwingend bejahen könne: Der Sachverständige habe erklärt, darüber, ob die Bewohner als Laien dies hätten erkennen müssen, könne er nichts Abschließendes sagen; er habe dann zwar später gesagt, die Feuchtigkeit im Keller hätte nach seiner Ansicht auch einem Laien spätestens ein Jahr nach der Fertigstellung des Hauses zum Bewußtsein kommen müssen; er habe dann aber auf weitere Fragen gesagt, daß man bei einer Besichtigung, wie sie der Kläger unstreitig vor Kaufabschluß vorgenommen habe, beim bloßen Hinschauen die Feuchtigkeit im Keller nicht zu erkennen brauche, ja, daß dies nicht einmal beim Betasten der Wände der Fall zu sein brauche, daß, wenn eine Wand z.B. kalt sei, es sich auch lediglich um Kondenswasser handeln könne. Daher bleibe

die Möglichkeit offen, daß die Beklagten die Feuchtigkeit überhaupt nicht wahrgenommen oder als von Kondenswasser oder anderen Ursachen herrührend betrachtet und daher nicht, auch nicht in Form eines Verdachtes, für im Rahmen der Kaufverhandlungen mitteilungsbedürftig gehalten hätten.

Danach hat das Berufungsgericht die von der Revision angeführte Äußerung des Sachverständigen, dem Laien hätte die Feuchtigkeit spätestens ein Jahr nach Fertigstellung des Hauses zum Bewußtsein kommen müssen, ausdrücklich berücksichtigt. Es hat sie jedoch angesichts der weiteren Äußerungen des Sachverständigen nicht zum Nachweis einer Arglist für ausreichend gehalten. Diese Würdigung ist möglich; sie verstößt entgegen der Meinung der Revision nicht gegen die Lebenserfahrung.

Die Revision meint weiter, das Berufungsgericht hätte prüfen müssen, ob nicht überwiegende Gründe dafür sprächen, daß die Beklagten bewußt aufgetauchte Zweifel unterdrückt, bewußt die Augen vor ihnen unangenehmen Beobachtungen verschlossen hätten. Aber es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht diese Möglichkeit nicht gesehen hätte. Infolgedessen stellt die Rüge einen unzulässigen Angriff gegen die tatrichterliche Würdigung dar.

Wenn die Revision schließlich auf die kategorische Form der Äußerung der beklagten Ehefrau - "absolut trocken" - abhebt und ihre ungenügende Berücksichtigung rügt, so übersieht sie, daß diese kategorische Form zwar vom Kläger behauptet (und von seiner Ehefrau als Zeugin bekundet, GA 33 R), vom Berufungsgericht jedoch nicht festgestellt ist; seine Feststellung geht vielmehr dahin, die beklagte Ehefrau habe den Keller als "trocken" bezeichnet. Diese Rüge ist daher gegenstandslos.

6

b) Daß beim Mauern des Hauses Schleifschlamm (als Bindungsmittel) mindestens mitverwendet wurde, hat das Berufungsgericht ausdrücklich festgestellt, zugleich aber auch, daß dies dem Kläger bei Vertragsabschluß bekannt war. Insoweit scheidet eine Haftung der Beklagten nach der zutreffenden Annahme des Berufungsgerichts schon nach § 460 Satz 1 BGB aus. Daran ändert auch nichts die vom Kläger behauptete Erklärung des beklagten Ehemannes vor Vertragsschluß unter Hinweis auf den Bauplan: der Kläger könne sich darauf verlassen, das Haus sei "gut gebaut", d.h. sinngemäß so wie es der Bauplan ausweise (nämlich "mit Zementmörtel").

Zu der Behauptung des Klägers, Zement sei überhaupt nicht oder doch an den entscheidenden Stellen nicht verwendet worden, führt das Berufungsgericht in subjektiver Hinsicht aus: die Beklagten hätten erwiesenermaßen Zement heranschaffen lassen und sich darauf verlassen dürfen, daß ihr Baumeister, entsprechend seinem Bauplan, den herangeschafften Zement auch wirklich verwenden würde; sie hätten also weder (nachweislich) gewußt noch den Verdacht haben müssen, es sei Zement nicht in sachgemäßem Umfang verwendet worden (BU S. 8/9). Die Revision hebt darauf ab, daß der beklagte Ehemann nach Aussagen der Zeugen Ma [REDACTED] und Xaver B [REDACTED] die meiste Zeit auf der Baustelle mit anwesend gewesen sei und in der Hauptsache Material herangeschafft habe; aber es besteht kein Anhaltspunkt dafür, daß das Berufungsgericht diese Aussagen nicht genügend berücksichtigt hätte, zumal sie bei der Vernehmung dieser Zeugen in zweiter Instanz gemacht wurden, und zwar vor dem Berichterstatter als Einzelrichter, der auch beim angefochtenen Urteil mitgewirkt hat; über alle Einzelheiten brauchte sich der Tatrichter nicht ausdrücklich auszusprechen.

c) Hinsichtlich der vom Sachverständigen Frisch allerdings als grob fahrlässig untragfähig und sicherheitsgefährdend bezeichneten Kellerdecke führt das Berufungsgericht aus: es fehle an jedem Anhaltspunkt dafür, daß die Beklagte sich beim Vertragsabschluß dieser Mängel bewußt gewesen sei. Die Revision schließt aus den Aussagen der beiden genannten Zeugen über den Umfang der Materialbeschaffung des beklagten Ehemannes und seiner Anwesenheit auf der Baustelle, daß er auch das völlig unzulängliche Armierungsmaterial in der Kellerdecke (teilweise verbogene Walzeisenprofile, undefinierbare Drahtstücke und Drahtseile) selbst für den Bau besorgt und seine Verwendung daher gekannt habe. Aber dieser Schluß ist keineswegs zwingend; daß der Tatrichter ihn nicht gezogen hat, ist deshalb rechtlich nicht zu beanstanden. Beweis für die letzteren Behauptungen selbst hat der Kläger in den Tatsacheninstanzen nicht angetreten; wenn er jetzt das Unterbleiben eines Antrags auf Parteivernehmung des beklagten Ehemannes auf eine Verletzung der Hinweispflicht des Tatrichters (§ 139 ZPO) zurückführt, so überspannt er damit die Anforderungen an diese Pflicht, weil die Bedeutung der Beweistatsache für den anwaltlich vertretenen Kläger auf der Hand lag. Abgesehen davon würde sich auch dann, wenn der Kläger die Verarbeitung derartiger Bauteile in die Kellerdecke gekannt hätte, noch nicht zwingend ergeben, daß er sich der Sachwidrigkeit oder gar Gefährlichkeit dieses Vorgehens bewußt geworden wäre oder doch Zweifel in dieser Hinsicht bekommen hätte, die er arglistig verschwie; auch insoweit hätte das Berufungsgericht die Erwägung anstellen können, daß sich die Beklagten auf das Fachwissen ihres Baumeisters verlassen konnten, sowie darüber hinaus, daß sie nach ihrem, soweit ersichtlich, nicht bestrittenen Vortrag das Haus zum eigenen Bewohnen gebaut und rund ein Jahrzehnt lang bewohnt haben. Wenn die Revision meint, die

mangelnde Tragfähigkeit einer so hergestellten Decke habe auch der beklagte Ehemann als Laie erkennen müssen, so ergibt das höchstens Fahrlässigkeit, die zur Schadensersatzhaftung nicht ausreicht; der Umfang seiner Eigenleistung beim Bau konnte allenfalls auf einen höheren Grad von Fahrlässigkeit schließen lassen, aber noch nicht zwingend auf positive Kenntnis von der Mangelhaftigkeit oder auch nur auf das tatsächliche Auftreten von Zweifeln an der Ordnungsmäßigkeit und damit auf Arglist beim Verschweigen. Auch hinsichtlich der Kellerdecke ist deshalb die Rüge ungenügender Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse nicht begründet.

III.

Da auch sonstige von Amts wegen zu berücksichtigende Rechtsfehler des Berufungsurteils zum Nachteil des Revisionsklägers nicht erkennbar sind, war sein Rechtsmittel mit der Kostenfolge des § 97 Satz 1 ZPO als unbegründet zurückzuweisen.

Schuster

Dr. Piepenbrock

Dr. Mattern

Offterdinger

Dr. Grell