

28

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : ja

BGB §§ 166 Abs. 2, 464

- a) Hatte der Käufer eines Grundstücks erst nach der Übergabe, aber vor der Auflassung Kenntnis von einem Mangel des Grundstücks erlangt, so stehen ihm Gewährleistungsansprüche (§§ 462, 463 BGB) nur zu, wenn bei der Auflassung ein Vorbehalt seiner Rechte erklärt worden war.
- b) Dies gilt jedoch, wenn die Auflassung in Abwesenheit des Käufers durch einen dazu bevollmächtigten, im Sinne des § 166 Abs. 2 BGB nach bestimmten Weisungen des Käufers handelnden Dritten in Unkenntnis des Mangels erklärt worden war, nur dann, wenn der Käufer noch zu der Zeit, als er von dem Mangel erfahren hatte, auch positiv wußte, daß die Auflassung noch bevorstand.
- c) Die Anwendung des § 166 Abs. 2 BGB kommt auch dann in Betracht, wenn der Vollmachtgeber erst nach Erteilung der Vollmacht die Kenntnis erlangt, um deren Zurechnung es geht, und es zu dem durch den Bevollmächtigten vorzunehmenden Rechtsakt kommen läßt, ohne einzugreifen, obwohl er eingreifen könnte.

BGH, Urt. v. 21. Juni 1968 - V ZR 32/65 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 32/65

URTEIL

Verkündet am

21. Juni 1968

W ü s t ,

Justizhauptsekretär

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

des Filmkaufmanns Erich J.A. P [REDACTED]
in D [REDACTED], K [REDACTED]straße [REDACTED],

Beklagten und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

die Kauffrau Agnes K [REDACTED] geb. O [REDACTED]
in D [REDACTED], S [REDACTED]straße [REDACTED],

Klägerin und Revisions-
beklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

- 2 -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat
auf die mündliche Verhandlung vom 21. Juni 1968 unter
Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der
Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Mattern, Hill und
Offterdinger

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das
Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandes-
gerichts Düsseldorf vom 16. Dezember 1964
aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten
Verhandlung und Entscheidung, auch über die
Kosten der Revision, an das Berufungsgericht
zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin verkaufte durch notariellen Vertrag
vom 1. Juni 1959 ihr in Düsseldorf, K [REDACTED] straße [REDACTED]
gelegenes, 152 qm großes Hausgrundstück für 90 000 DM
an den Beklagten, der beim Vertragsabschluß durch Rechts-
anwalt Dr. K [REDACTED] vertreten wurde. Der Kaufpreis war
zu treuen Händen des Notars sofort zu zahlen. Dieser
sollte 76 000 DM spätestens am 20. Juni 1959 an die
Klägerin überweisen und die verbleibenden 14 000 DM
für die Ablösung der Belastungen verwenden. Die Klägerin
haftete nach dem Vertrag nicht für sichtbare und un-
sichtbare Mängel. Die Auflassung sollte nach Hinter-
legung des gesamten Kaufpreises beim Notar erfolgen.



Die Parteien bevollmächtigen in dem Vertrag zwei Notariatsangestellte unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB "zur Abgabe aller zur Auflassung und Umschreibung im Grundbuch erforderlichen und dienlichen Erklärungen und Bewilligungen".

Der Beklagte zahlte am 20. Juni 1959 20 000 DM, konnte aber die weiteren 70 000 DM nicht rechtzeitig beschaffen. Nach Verhandlungen der Parteien über die weitere Vertragserfüllung und eine Entschädigung der Klägerin für bestimmte auf die Verspätung der Zahlung zurückgeführte Vermögensnachteile zahlte der Beklagte am 5. Oktober 1959 an die Klägerin 5 000 DM als Schadensersatz. Nachdem dann die Finanzierungsbank des Beklagten die restlichen 70 000 DM an den Notar überwiesen hatte, erklärte die Notariatsangestellte J. [REDACTED] am 20. Oktober 1959 im Namen beider Parteien zu notariellem Protokoll die Auflassung. Am 11. November 1959 wurde der Beklagte als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen.

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten Zahlung von 361,10 DM als Verzugszinsen (4 % ab 1. Oktober 1959). Sie hat vorgetragen, sie habe auf ihre Kaufpreisrestforderung in Höhe von 70 000 DM am 21. Oktober 1959 20 000 DM und am 27. November 1959 50 000 DM erhalten.

Der Beklagte hat die Klageforderung bestritten. Hilfsweise hat er dagegen mit einem Teil einer Schadensersatzforderung - Hilfsweise einer Forderung aus Minderung - aufgerechnet, die ihm nach seiner Auffassung in Höhe von insgesamt etwa 46 000 DM gegen die Klägerin zusteht. Widerklagend hat er einen weiteren Teil dieser Forderung in Höhe von 10 000 DM geltend gemacht und

Verurteilung der Klägerin zur Zahlung dieses Betrages begehrt. Er stützt seine Forderung darauf, daß die Klägerin und ihr Ehemann ihm vor Vertragsabschluß arglistig der Wahrheit zuwider vorgetäuscht hätten, die auf dem Grundstück vorhandenen Gebäudeteile seien als Fundamente für den von ihm geplanten weiteren Aufbau geeignet. Von einer solchen Verwendbarkeit seien die Parteien auch bei der Bemessung des Kaufpreises ausgegangen. Unbebaut sei das Grundstück nur etwa 50 000 DM wert gewesen. In Wirklichkeit seien die vorhandenen Bauteile für den Weiteraufbau nicht verwendbar gewesen. Während die Klägerin und ihr Ehemann dies seit langem gewußt hätten, habe er davon erst nach einer am 13. Oktober 1959 durchgeführten Untersuchung erfahren. Er habe dann die gesamten Gebäudereste abbrechen und das Haus von Grund auf neu errichten müssen.

Die Klägerin hat Abweisung der Widerklage mit der Begründung beantragt, daß ihr und ihrem Ehemann die etwaige, mit Nichtwissen bestrittene Unverwendbarkeit der bei Vertragsabschluß vorhandenen Bauteile nicht bekannt gewesen sei und daß im übrigen ihre - der Klägerin - Gewährleistung für Sachmängel vertraglich ausgeschlossen gewesen sei. Davon abgesehen stünden dem Beklagten auch deshalb keine Gewährleistungsansprüche zu, weil er nach Erlangung der Kenntnis von den behaupteten Mängeln vorbehaltlos bei der Auflassung des Grundstücks mitgewirkt habe (§ 464 BGB).

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Berufung des Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der Revision verfolgt er sein Begehren auf Abweisung der Klage sowie seine Widerklage weiter. Die Klägerin bittet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Zur Klageforderung hat das Berufungsgericht ausgeführt, der Beklagte sei ab 1. Oktober 1959 mit der Zahlung des Kaufpreisrestes in Höhe von 70 000 DM in Verzug gewesen und schulde daher der Klägerin von jenem Zeitpunkt ab bis zur Zahlung 4 % Verzugszinsen (§ 288 BGB). Hinsichtlich des Zeitpunkts der Zahlung geht das Berufungsgericht davon aus, daß es nicht auf den Eingang des Geldes bei dem Notar ankomme, sondern darauf, wann das Geld der Klägerin zur Verfügung gestanden habe. Dementsprechend berechnet es die Zinsen im Einklang mit dem Vortrag der Klägerin von 70 000 DM für die Zeit vom 1. bis zum 20. Oktober 1959 und von 50 000 DM für die Zeit vom 21. Oktober bis zum 27. November 1959. Es führt weiter aus, die am 5. Oktober 1959 in Höhe von 5 000 DM geleistete Zahlung des Beklagten habe nicht auch den Zinsverlust der Klägerin abgelten sollen. Auch habe weder die Klägerin noch ihr Ehemann nachträglich die Kaufpreisrestforderung erneut gestundet oder auf den Zinsanspruch verzichtet.

Diese von der Revision nicht angegriffenen Ausführungen unterliegen keinen rechtlichen Bedenken.

II.

Zur Gegenforderung des Beklagten, auf die es sowohl für die hilfsweise gegenüber der Klageforderung erklärte Aufrechnung als auch für die Widerklage ankommt, hat das Berufungsgericht dahinstehen lassen,

ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Entstehung eines Gewährleistungsanspruchs auf Schadensersatz oder Minderung (§§ 459, 462 und 463 BGB) vorgelegen hätten und ob der vertraglich ausbedungene Ausschluß von Gewährleistungsansprüchen hier wegen arglistigen Verschweigens der Mängel nicht zur Anwendung komme (§ 476 BGB). Denn dem Beklagten stünden, so meint das Berufungsgericht, Gewährleistungsansprüche jedenfalls deshalb nicht zu, weil er das Grundstück in Kenntnis der behaupteten Mängel ohne Vorbehalt solcher Ansprüche angenommen habe (§ 464 BGB).

1. Die Vorschrift des § 464 BGB geht auf die Erwägung zurück, daß das Verhalten eines Käufers, der eine ihm zwecks Erfüllung angebotene mangelhafte Sache in Kenntnis des Mangels ohne Vorbehalt annimmt, als Verzicht auf Gewährleistungsansprüche zu werten ist und daß beim Vorliegen dieser Voraussetzungen die spätere Geltendmachung solcher Ansprüche gegen Treu und Glauben verstößt (Mot. zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs Band II S. 229 zu § 386; RGZ 101, 64). Hier hat der Beklagte von den behaupteten Mängeln der Gebäudeteile erst nach der Übergabe des Grundstücks, jedoch vor der Auflassung Kenntnis erlangt, und zwar während eines Kuraufenthalts in Bad Kissingen durch eine telefonische Rücksprache mit seinem Architekten Pecht. Beim Grundstückskauf gehört auch die Mitwirkung des Käufers bei der Auflassung zur "Annahme" der Sache im Sinne des § 464 BGB (RGZ 134, 83, 88; Staudinger/Ostler, BGB 11. Aufl. § 464 Rdn. 6, BGB-RGRK 11. Aufl. § 464 Anm. 2), d.h. zur Entgegennahme der Sache als einer der Hauptsache nach dem Vertrag entsprechenden Erfüllung (BGH Urteil vom 24. Juni 1958, VIII ZR 95/57, NJW 1958, 1724; RGZ 64,

236, 240; Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 464 Rdn. 4) Der Käufer eines Grundstücks muß sich daher auch dann, wenn er von den Mängeln nicht schon bei der Übergabe, wohl aber bei der später erfolgten Auflassung wußte, seine Rechte wegen der Mängel vorbehalten (RG WarnRspr 1912 Nr. 198). Diesen Standpunkt vertritt zutreffend auch das Berufungsgericht.

2. a) Der Beklagte hat bei der Auflassung nicht persönlich mitgewirkt, sondern wurde dabei durch die Notariatsangestellte J. [REDACTED] vertreten. Der durch den Beklagten zum Abschluß des Vertrags bevollmächtigte Rechtsanwalt Dr. K. [REDACTED] hatte ihr dazu Untervollmacht erteilt. Weder dem Hauptbevollmächtigten noch der Unterbevollmächtigten waren nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zur Zeit der Auflassung die Mängel bekannt.

Auf ihre fehlende Kenntnis kann der Beklagte sich aber nicht berufen, wenn und soweit er selbst die Mängel sowie weitere noch zu erörternde Umstände kannte und bestimmte Weisungen des Vollmachtgebers vorlagen (§ 166 Abs. 2 Satz 1 BGB). Solche Weisungen hat das Berufungsgericht daraus entnommen, daß der Beklagte den Rechtsanwalt Dr. K. [REDACTED] zum Abschluß eines bestimmten von den Parteien nach Inhalt und Bedingungen schon ausgehandelten Kaufvertrags beauftragt und bevollmächtigt hatte und daß die Notariatsangestellte Jungmann nur Auftrag und Vollmacht hatte, die zur Erfüllung des abgeschlossenen Kaufvertrags erforderlichen Erklärungen abzugeben.

b) Diese auch von der Revision nicht angegriffener Ausführungen sind rechtlich zutreffend. Der Bundesge-

richtshof (BGHZ 38, 65) hat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG JW 1916, 317 Nr. 2; RG SeuffArch 82 Nr. 41; RGZ 161, 153, 161) den Begriff des "Handelns auf Weisung" weit ausgelegt, um die Erreichung des Gesetzeszwecks sicherzustellen, daß nicht durch die Bevollmächtigung eines arglosen Dritten die gesetzliche Folge der Mangelhaftigkeit eines Rechtsakts umgangen wird (Jaeger, LZ 1912, 206; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, 1955 S. 399). In der genannten Entscheidung hat der Bundesgerichtshof auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts gebilligt, nach der es für die Anwendung des § 166 Abs. 2 Satz 1 BGB genügt, daß "der Bevollmächtigte im Rahmen der Vollmacht zu einem bestimmten Rechtsakt schreitet, zu dessen Vornahme ihn der Machtgeber veranlassen wollte" (vgl. auch dazu die genannten Entscheidungen des Reichsgerichts). Mit dieser Rechtsprechung, der der Senat sich anschließt, steht die Auffassung des Berufungsgerichts in dem hier erörterten Punkt in Einklang.

c) Die Anwendung des § 166 Abs. 2 Satz 1 BGB kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Vollmachtgeber schon bei Erteilung der Vollmacht oder der Weisungen über die Kenntnis verfügt, um deren Zurechnung es geht, sondern auch dann, wenn er sie erst später erlangt. In diesem Fall muß jedoch hinzukommen, daß zur Zeit der Kenntniserlangung der durch den Bevollmächtigten vorzunehmende Rechtsakt noch bevorsteht und daß der Vollmachtgeber nicht eingreift, obwohl er es könnte (Neumann-Duesberg, JR 1950, 332 Abschnitt IV; Soergel/Siebert, BGB 10. Aufl. § 166 Nr. 20; Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts 15. Aufl. § 182 Fußn. 18 S. 1118; vgl. auch Müller-Freienfels

aa0 S. 398). Auf die im Schrifttum verschiedentlich erwähnte persönliche Anwesenheit des Vollmachtgebers bei Vornahme des Rechtsakts durch den Bevollmächtigten kommt es dabei nicht entscheidend an. - Auch dies hat das Berufungsgericht richtig erkannt.

3. a) Der Beklagte ist während eines Kuraufenthalts in Bad Kissingen telefonisch durch seinen Architekten P. über die Mängel unterrichtet worden. Wie das Berufungsgericht näher darlegt, hat er zugestanden, dieses Gespräch am 13. Oktober 1959 geführt zu haben. Erst kurze Zeit nach der am 20. Oktober 1959 erklärten Auflassung ist er aus Bad Kissingen zurückgekehrt.

b) Objektiv war für den Beklagten nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Möglichkeit gegeben, nach jenem Telefongespräch entweder die Auflassung zu verhindern oder dafür zu sorgen, daß bei der Auflassung der Vorbehalt seiner Gewährleistungsansprüche erklärt wurde.

4. a) Das Berufungsgericht hat weiter festgestellt, der Beklagte habe auch gewußt, daß die Auflassung noch bevorstanden habe. Denn diese sei nach dem dem Beklagten bekannten notariellen Vertrag für die Zeit nach der Hinterlegung des vollen Kaufpreises beim Notar vorgesehen gewesen. Dem Beklagten sei auch bekannt gewesen, daß er vor der Auflassung kein Eigentum an dem Grundstück erlangt habe. Seine Fahrt nach Bad Kissingen habe er am 7. Oktober 1959 in Köln zum Zwecke einer nochmaligen Verhandlung mit seiner Bank über die Gewährung eines Zwischenkredits unterbrochen und dabei erfahren, daß die restlichen 70 000 DM bald (nach der Sitzungsniederschrift über die mündliche

Erklärung des Beklagten vor dem Berufungsgericht:
"nunmehr") ausgezahlt werden sollten. Damit sei für
ihn klar gewesen, daß die Auflassung nunmehr in Kürze
bevorgestanden habe.

b) Die gegen diese Feststellung erhobenen Ver-
fahrensrügen der Revision sind zum Teil begründet.

Keinen Erfolg kann die Revision allerdings mit
dem Hinweis auf die mündliche Erklärung des Beklagten
vor dem Berufungsgericht haben, er sei nach der Vor-
sprache bei seiner Bank am 7. Oktober 1959 davon aus-
gegangen, er habe "nun alles getan, und das weitere",
was zur Erlangung seines Eigentums noch notwendig sei,
werde "von selbst ablaufen". Wenn der Beklagte hier-
nach zutreffend davon ausging, er persönlich brauche
hinsichtlich des Eigentumsübergangs auf ihn nichts
weiter zu veranlassen, so zwingt dies nicht zu dem
Schluß, er habe auch geglaubt, er könne weder die Auf-
lassung verhindern noch auf die Erklärung eines Vorbe-
halts seiner Rechte bei der Auflassung hinwirken. Ob
er die aus § 464 BGB sich ergebenden Rechtsfolgen
einer vorbehaltlosen Mitwirkung bei der Auflassung
gekannt hat, ist demgegenüber nicht entscheidend.

Mit Recht rügt jedoch die Revision weiter, daß
das Berufungsgericht die Feststellungen über die Be-
wußtseinslage des Beklagten bei der Rücksprache mit
seiner Bank am 7. Oktober 1959 ohne jedwede Begründung
auf die Zeit nach dem Telefongespräch mit seinem
Architekten am 13. Oktober 1959 erstreckt hat. Wenn
dem Beklagten, wie das Berufungsgericht feststellt,
am 7. Oktober 1959 klar war, daß die Auflassung "nun-
mehr in Kürze bevorstand", so rechtfertigt dies nicht

ohne weiteres den Schluß, daß er auch sechs Tage später immer noch davon ausging, die Auflassung stehe noch aus und sei nicht etwa inzwischen schon erklärt worden. Die hier erörterte Schlußfolgerung des Berufungsgerichts bedurfte daher näherer Begründung, nachdem der Beklagte - was die Revision zutreffend als übergangen rügt - ausdrücklich geltend gemacht hatte, er habe während seines Kuraufenthalts nicht gewußt, ob die Auflassung noch bevorgestanden habe oder schon erfolgt sei.

Zutreffend vermißt die Revision schließlich auch eine Auseinandersetzung des Berufungsgerichts mit der Erwägung, daß die telefonische Mitteilung des Architekten P. an den Beklagten darauf hätte hindeuten können, daß die Auflassung schon vollzogen war. Denn der Beklagte hatte - anscheinend unwidersprochen - geltend gemacht, die Klägerin und ihr Ehemann hätten ihm jede Untersuchung des vorhandenen Baubestands bis nach der Zahlung des Kaufpreises ausdrücklich untersagt (S. 5 des Berufungsurteils). Auch hatte der Beklagte ein Schreiben des Anwalts der Klägerin vom 7. Oktober 1959 vorgelegt, in dem hervorgehoben war, daß Abbruch-, Aufbau- oder sonstige das Grundstück verändernde Arbeiten bis zur Beischaffung der noch ausstehenden 70 000 DM nicht gestattet seien. Der Architekt P. hatte, worauf die Revision zutreffend hinweist, laut Sitzungsniederschrift vom 10. Juni 1963 als Zeuge ausgesagt, daß eine Untersuchung des Gebäudes hinsichtlich der Fundamente das - durch den Ehemann der Klägerin ausdrücklich untersagte - Durchstoßen des Kellerbodens erfordert hätte; am 13. Oktober 1959 sei dies geschehen. Damit stellt sich die Frage, ob sich für den Beklagten nicht daraus, daß der Architekt P.

ihm am 13. Oktober 1959 das Ergebnis dieser Untersuchung mitteilte, ein Hinweis darauf ergeben konnte, daß das jener Untersuchung vorher entgegenstehende Hindernis infolge Überweisung der 70 000 DM inzwischen weggefallen und auch die Auflassung erklärt war. Auch mit dieser Frage hätte das Berufungsgericht sich befassen müssen, ehe es die hier in Rede stehende Feststellung traf.

Ob der Beklagte sich ohne Schwierigkeiten darüber, ob die Auflassung schon erklärt war, hätte Gewißheit verschaffen können, ist entgegen der durch die Klägerin in der Revisionserwiderung vertretenen Ansicht rechtlich unerheblich. Denn die Anwendung des § 464 BGB setzt positive Kenntnis voraus. Dieses Erfordernis ergibt sich hinsichtlich des Mangels der gekauften Sache schon aus dem klaren Gesetzeswortlaut. Es gilt bei Vollziehung der Annahme durch einen - im Sinne des § 166 Abs. 2 BGB nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers handelnden - Bevollmächtigten nach dem Sinn der Vorschrift aber auch hinsichtlich der Umstände, die die Verhinderung der Annahme und die Erwirkung einer Vorbehaltserklärung ermöglichen. Kennt nämlich der Vollmachtgeber diese Umstände nicht, so ist kein Raum für die dem § 464 BGB nach den vorstehenden Ausführungen unter II 1 zugrunde liegende Erwägung, er habe durch die vorbehaltlose Annahme der Sache auf Gewährleistungsansprüche verzichtet; ebenso wenig kann ihm dann bei späterer Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen ein Verstoß gegen Treu und Glauben - unter dem Gesichtspunkt innerlich widersprüchlichen Verhaltens - zur Last gelegt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn dem Verkäufer - was hier für die Revisionsinstanz zu unterstellen ist - die arglistige Vorspiegelung einer in Wirklichkeit nicht

vorhandenen Eigenschaft der verkauften Sache vorzuwerfen ist. Der Vollmachtgeber muß daher auch positiv gewußt haben, daß die "Annahme" noch bevorstand.

III.

Das Berufungsurteil kann nach alledem mit der bisherigen Begründung nicht aufrechterhalten werden. Die Sache ist auf Grund der bisher getroffenen Feststellungen auch nicht unter anderen als den vom Berufungsgericht für ausschlaggebend erachteten Gesichtspunkten zur Entscheidung reif. Der Senat vermag insbesondere auch nicht ohne weitere dem Berufungsgericht zu überlassende Feststellungen zu beurteilen, ob das angefochtene Urteil auf Grund der vom Landgericht als entscheidend angesehenen Gesichtspunkte - vertraglicher Ausschluß der Gewährleistungsansprüche für Sachmängel, mangels Kenntnis der Klägerin von den Mängeln auch keine Arglist - im Ergebnis zutrifft.

Die Sache war hiernach unter Aufhebung des angefochtenen Urteils zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, dem auch die Entscheidung über die Kosten der Revisionsinstanz vorbehalten bleibt.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Mattern

Hill

Offterdinger