

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 59/83

URTEIL

Verkündet am

28. September 1984

H i r t h ,

Justizamtsinspektor

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Ingrid H[REDACTED] geb. Ho[REDACTED], B[REDACTED]straße [REDACTED], L[REDACTED],

Klägerin und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

g e g e n

Hermann (genannt Peter) A[REDACTED], L[REDACTED]straße [REDACTED], L[REDACTED],

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. September 1984 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Thumm und die Richter Linden, Dr. Vogt, Dr. Räfle und Dr. Lambert-Lang

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Oldenburg vom 14. Januar 1983 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

#### Tatbestand

Durch notariellen Vertrag vom 18. März 1980 kaufte die Klägerin - unter Ausschluß der Gewährleistung für Sachmängel - von dem Beklagten ein Hausgrundstück. Der Kaufpreis von 320 000 DM ist bezahlt; die Klägerin ist seit Mitte 1980 als Eigentümerin des Kaufgrundstücks im Grundbuch eingetragen.

- 3 -

Mit Schreiben ihrer erstinstanzlichen Prozeßbevollmächtigten vom 19. August 1980 rügte die Klägerin, der Keller sei in hohem Maße undicht, worüber der Beklagte sie getäuscht habe. Sie verlangte, er solle, zumindest dem Grunde nach, seine Verpflichtung anerkennen, die Kosten der Mängelbeseitigung von voraussichtlich etwa 25 000 DM zu tragen sowie zum Ausgleich des verbleibenden Minderwertes 5 000 bis 10 000 DM zu zahlen. Mit Anwaltschreiben vom 26. September 1980 bot der Beklagte ohne Anerkennung einer rechtlichen Verpflichtung an, das Objekt zurückzunehmen und "den Kaufpreis gegen Verrechnung beiderseitiger Forderungen zu erstatten". Er bat, "umgehend" mitzuteilen, ob die Klägerin "der Vertragsaufhebung zustimme"; er wolle das Objekt nämlich möglichst umgehend an einen Interessenten veräußern. Hierauf ließ die Klägerin am 10. Oktober 1980 mitteilen, daß sie die Ansprüche im Zusammenhang mit der Undichtigkeit des Kellers in vollem Umfange aufrechterhalte und bat um rechtsverbindliche Mitteilung, ob der Beklagte bereit sei, auf seine Kosten den Keller abdichten und neu verputzen zu lassen. Außerdem behielt sie sich alle Rechte vor, weil das Dachgeschoß, wie sie inzwischen erfahren habe, ohne baubehördliche Genehmigung ausgebaut worden sei. Auf die Bitte des Beklagten vom 14. Oktober 1980, zunächst mitzuteilen, ob sie der Vertragsaufhebung zustimme, ließ die Klägerin mit Schreiben vom 16. Oktober 1980 antworten:

"... ergibt sich aus unserem Schreiben vom 10.10.1980 eindeutig, daß unsere Auftraggeber an einer vertraglichen Aufhebung des Kaufvertrages nicht interessiert sind. Wir würden sonst nicht wiederholt haben, daß es bei dem in unserem Schreiben vom 19.8.1980 eingenommenen Standpunkt verbleibt.



Welche gesetzlichen Rechte unsere Auftraggeber für den Fall geltend machen werden, daß der Ausbau des Dachgeschosses baubehördlich nicht genehmigt werden sollte, können wir zur Zeit noch nicht sagen."

Mit Schreiben vom 17. Februar 1981 erklärte die Klägerin Wandlung des Kaufvertrages. Die Klägerin hat beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 320 000 DM Zug um Zug gegen Rückauflassung des Kaufgrundstückes zu verurteilen.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen stattgegeben; das Oberlandesgericht hat sie abgewiesen. Mit der Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils. Der Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

### Entscheidungsgründe

1. a) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Klägerin ein Angebot des Beklagten, den Verkauf rückgängig zu machen, abgelehnt. Das Berufungsgericht legt diese Ablehnung als Verzicht auf das Wandlungsrecht aus, ohne das Vorliegen der Voraussetzungen des § 397 Abs. 1 BGB festzustellen. Wäre allerdings der Ansatzpunkt des Berufungsgerichtes richtig, daß die Klägerin mit ihrem Schreiben vom 16. Oktober 1980, bestärkt durch die Bezugnahme auf ihr Schreiben vom 10. Oktober 1980, Rechte aufgeben wollte, ließe sich aus dem Schreiben ein Angebot der Klägerin auf Abschluß eines Erlaßvertrages entnehmen. Dieses Angebot könnte der Beklagte hier nach den Umständen des Falles stillschweigend angenommen haben (§ 151 Satz 1 BGB).

2. Das Berufungsgericht hat jedoch bei seiner Auslegung der Erklärungen der Klägerin vom 16. Oktober 1980 als Verzicht auf die Möglichkeit der Wandlung rechtsfehlerhaft wesentliche Umstände unberücksichtigt gelassen:

a) Das Berufungsgericht verkennt zwar nicht, daß die Klägerin (nur) erklärt hat, sie sei an einer vertraglichen Aufhebung des Kaufvertrages nicht interessiert; es meint aber, da in dem notariellen Kaufvertrag ein vertragliches Rücktrittsrecht oder eine andere vertragliche Möglichkeit, den Vertrag rückgängig zu machen, nicht vorgesehen sei, könne das Schreiben der Klägerin vom 16. Oktober 1980 nur im Sinne eines umfassenden Verzichts auf solche Gewährleistungsansprüche aufgefaßt werden, die ihr die Zurückweisung der Kaufsache erlaubten. Dabei übersieht das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, daß Vertragsparteien ein bestehendes Schuldverhältnis aufheben sowie Inhalt und Folgen dieses Aufhebungsvertrages frei regeln können (vgl. Senatsurteil vom 16. Juni 1978, V ZR 115/77, LM BGB § 305 Nr. 18 = NJW 1978, 2198), ohne daß sie sich dieses Recht bei Vertragsabschluß hätten vorbehalten müssen. Das Berufungsgericht hätte deshalb prüfen müssen, ob die Klägerin das Schreiben des Beklagten vom 26. September 1980 nicht nur als Aufforderung, sich zum Abschluß eines solchen - unter die Formvorschrift des § 313 BGB fallenden (vgl. BGHZ 83, 395, 397) - Aufhebungsvertrages zu äußern, verstanden hat und verstehen durfte und daher auch aus der Sicht des Beklagten nur eine dahingehende Offerte ablehnen wollte und abgelehnt hat. Denn der Beklagte hat sich in dem Schreiben nur bereit erklärt, ohne Anerkennung einer rechtlichen Verpflichtung das Grundstück zurückzunehmen, und hat nur Verhandlungen über die Modalitäten angeboten.

b) Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist zudem nicht zu entnehmen, ob es bedacht hat, daß auch der nach seiner Ansicht vorbehaltene Anspruch auf Schadensersatz (§ 463 BGB) der Klägerin die Wahl ließe zwischen dem Behalten der fehlerhaften Sache und der Liquidation des Minderwertes (sog. kleiner Schadensersatz) einerseits und andererseits der Zurückweisung der Kaufsache nebst dem Ersatz des durch die Nichtdurchführung des gesamten Vertrages entstandenen Schadens (sog. großer Schadensersatz; BGHZ 29, 148, 151; vgl. MünchKomm/Westermann § 463 Rdn. 20 m.N. aus der Literatur in Fn. 68). Nur wenn das Schreiben der Klägerin dahin auszulegen wäre, daß sie sich nicht nur des Anspruches auf Wandlung, sondern auch des Anspruches auf den großen Schadensersatz begeben wollte, wäre dem Interesse des Beklagten - worauf das Berufungsgericht abstellt - gedient gewesen, Klarheit zu haben, ob die Klägerin das gekaufte Grundstück behalten wollte, oder ob er sich um einen neuen Käufer bemühen mußte.

c) Zu Recht rügt die Revision auch, daß das Berufungsgericht nur die Interessen des Beklagten berücksichtigt, aber keinerlei Feststellungen darüber getroffen hat, welches Interesse die Klägerin an dem von ihm angenommenen Verzicht gehabt haben könnte. Das Berufungsgericht hat insbesondere nicht beachtet, daß nach der Lebenserfahrung (vgl. Staudinger/Kaduk, BGB 10./11. Aufl. § 397 Rdn. 73 m.N.) ein Verzichtswille nur angenommen werden kann, wenn für eine solche Willensrichtung ein triftiger Grund ersichtlich ist (BGH Urteil vom 19. November 1956, II ZR 110/55, Betrieb 1957, 210); einen solchen Grund hat es nicht festgestellt. Das Bestreben des Kontrahenten,

Klarheit darüber zu gewinnen, ob er mit einer Rückabwicklung des Vertrages rechnen müsse, dient allein seinem Interesse.

3. Das Urteil erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

a) Die Klägerin handelte nicht deswegen treuwidrig, weil sie mit Schreiben vom 11. Februar 1981 Wandlung begehrte, obwohl sie in ihren Schreiben vom 19. August und 10. Oktober 1980 nur den kleinen Schadensersatzanspruch geltend gemacht hatte. Denn nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Käufer grundsätzlich an den zunächst geltend gemachten Behelf nicht gebunden (vgl. BGHZ 29, 148, 152, 156 f).

b) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob der Beklagte der Klägerin mit seinem Schreiben vom 26. September 1980 eine Frist im Sinne von § 466 BGB gesetzt hat. Dies ist nicht der Fall. Nach § 466 Satz 1 BGB kann der Verkäufer die Erklärung, ob der Käufer Wandlung verlange, nur fordern, wenn er diese gleichzeitig anbietet. Die Erklärung, ohne Anerkennung einer rechtlichen Verpflichtung zu einer Vertragsaufhebung mit noch auszuhandelnden Modalitäten bereit zu sein, stellt kein Erbieten zur Wandlung dar. Deshalb kommt es auf die Frage einer ordnungsgemäßen Fristsetzung nicht an.

4. Das angefochtene Urteil muß deshalb aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden.

Dr. Thumm

Linden

Vogt

Räfle

Lambert-Lang