

2363 075

5

✓ V ZR 65/50

Verkündet
am 13. Juli 1951
Symalla, Justizobersekre-
tär als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle.

Im Namen des Volkes!

In dem Rechtsstreit

der Witwe Emma E [REDACTED] geborene K [REDACTED] in H [REDACTED]-
S [REDACTED], B [REDACTED] str. [REDACTED]

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsklägerin,
- Prozessbevollmächtigter : Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -
gegen

den Herbert L [REDACTED] in H [REDACTED]-S [REDACTED], Lü [REDACTED] str. [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger u. Revisionsbeklagten,
- Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 13. Juli 1951 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Pritsch als Vorsitzenden und
der Bundesrichter Dr. Hertel, Dr. von Normann, Dr. Heck
und Schuster

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des
Oberlandesgerichts Hamburg vom 13. April 1950 auf-
gehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und
Entscheidung an das Berufungsgericht zurückver-
wiesen, dem auch die Entscheidung über die Kosten
der Revision übertragen wird.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Mit notariellem Vertrag vom 23. Februar 1946 verkaufte die Klägerin von ihrem im Grundbuch für S [REDACTED] Band IV Bl 123 eingetragenen Grundstück 3 Trennstücke an den Beklagten. Eine entsprechende Auflassungsvormerkung wurde am 1. April 1948 im Grundbuch eingetragen. In einem als Anlage bezeichneten weiteren notariellen Vertrag verpflichtete sich der Beklagte, der Klägerin zwei Kleinhäuser zu je 4 600,-- RM zu bauen, für den Fall aber, dass die Baupolizei die Genehmigung für die Kleinhäuser bis 1. Mai 1946 nicht erteilt haben sollte, einstweilen eine Wohnlaube für 2000,-- RM. Die Preise sollten gegen den Grundstückspreis verrechnet, ein Mehr- oder Minderbetrag in bar ausgeglichen werden. Die Wohnsiedlungsgenehmigung wurde erst im Sommer 1948 erteilt, die Baugenehmigung überhaupt noch nicht. Der Beklagte hat für die Klägerin ein Häuschen errichtet, das er als Wohnlaube bezeichnet.

Die Klägerin hat Klage erhoben mit dem Antrag, den Beklagten zu verurteilen, die Löschung der Vormerkung zu bewilligen. Sie hat die Verträge wegen Irrtums und arglistiger Täuschung angefochten. Hierzu hat sie ausgeführt, der Beklagte habe sich vor Vertragsschluss als selbständiger Bauunternehmer und Handwerksmeister ausgegeben und sie dadurch zum Abschluss bestimmt. Er sei aber nur im Baugeschäft seines Vaters tätig, besitze keine ausreichenden Fachkenntnisse und habe die Meisterprüfung nicht abgelegt. Zudem habe sie nicht gewusst, dass der Beklagte wegen Betrugs schon vorbestraft sei.

Das Häuschen sei nicht die Wohnlaube, sondern eines der beiden Kleinhäuser. Es weise erhebliche Mängel auf, weswegen sie Wandlung geltend mache, allenfalls auch vom Vertrag wegen positiver Vertragsverletzung zurücktrete.

Der Beklagte beantragte Klagabweisung. Er bringt vor, er habe eine ordnungsgemäße handwerkliche Ausbildung genossen

- 3 -

und die Meisterprüfung für das Maurerhandwerk in Königsberg abgelegt, wenn er auch wegen der Austreibung keine Urkundennachweise hierüber vorlegen könne. Er führe selbständig das Geschäft seines betagten Vaters. Die Beanstandungen, die die Klägerin an dem erstellten Häuschen geltend mache, seien an sich zutreffend, aber insofern unbegründet, als es sich um die Wohnlaube, ein nach der Parteivereinbarung nur zu vorübergehendem Zweck errichtetes Bauwerk handle, das zu dem Preis von 2 000,-- RM nicht in besserer Ausführung als geschehen habe errichtet werden sollen.

Das Landgericht verurteilte nach Klageantrag. Das Oberlandesgericht wies auf die Berufung des Beklagten hin die Klage ab.

Mit der Revision erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils, hilfsweise bittet sie um Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht zu anderweiten Verhandlung und Entscheidung.

Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Wirksamkeit der von der Klägerin erklärten Anfechtung verneint und ausgeführt, der Beklagte habe sich zwar als Bauunternehmer bezeichnet, ohne es formell gewesen zu sein, er sei aber tatsächlicher Inhaber des Baugeschäftes seines Vaters gewesen, weil er es für diesen selbständig geführt habe. Eine Täuschungshandlung liege also nicht vor. Ebensowenig könne dem Beklagten widerlegt werden, dass er die Meisterprüfung in Königsberg abgelegt habe, wenn er auch dem Sachverständigen Sörensen, der Polizei gegenüber und im Prozess über das Jahr der Prüfung verschiedene Angaben gemacht habe. Die Revision macht geltend, der Klägerin könne es nur darauf angekommen sein, ob der Beklagte im Rechtssinne Bauunternehmer gewesen sei, weil nur



ein solcher ohne Zwischenschaltung anderer habe bauen und die Baumaterialien habe zur Verfügung stellen können, die für den Hausbau benötigt worden seien. Den Beweis für die Ablegung der Meisterprüfung habe nach den Grundsätzen des Beweises des ersten Anscheins der Beklagte zu führen gehabt, das Berufungsgericht habe daher nicht die Klägerin für beweisfällig erklären dürfen.

Diese Revisionsangriffe schlagen schon deshalb nicht durch, weil das Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht festgestellt hat, dass es der Klägerin weder darauf ankam, ob der Beklagte die Meisterprüfung abgelegt habe, noch auf seine formelle Bauunternehmereigenschaft. Der Beklagte habe - so führt das Berufungsgericht aus - wie die Beweisaufnahme des zweiten Rechtzuges ergeben habe, die nötigen Fachkenntnisse im Bauhandwerk besessen und tatsächlich über das zum Bau erforderliche Material verfügt. Darum sei es der Klägerin allein zu tun gewesen. Der erkennende Senat folgt hinsichtlich seiner Bindung an diese tatsächlichen Feststellungen nicht der Auffassung des Reichsgerichts, wie sie in den Entscheidungen RGZ 62, 209, Warn 1909, 2, JW 1912 S 25 Nr 5, RGZ 90, 342 vertreten worden ist, dass für § 119 BGB das Revisionsgericht nach jeder Richtung nachprüfen müsse, ob der Anfechtende bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die angefochtene Erklärung nicht abgegeben hätte. Der Senat tritt vielmehr der in den Entscheidungen des Reichsgerichts JW 1922, 163 Nr 6, Warn 1934, 136 vertretenen Meinung bei (zu § 1333 BGB, wo die Rechtslage dieselbe ist), wonach die Frage, ob der Anfechtende auch bei Kenntnis der Sachlage seine Erklärung abgegeben hätte, wesentlich tatsächlicher Natur ist. Bei ihrer Bejahung ist daher nicht mehr zu prüfen, ob eine verständige Würdigung des Falles den Anfechtenden von der Abgabe der Erklärung hätte abhalten müssen. Dass im vorliegenden Fall das Berufungsgericht seine obengenannten Feststellungen in gesetzwidriger Weise getroffen hätte, kann die Revision nicht dartun.

Gleicherweise unbegründet ist die Rüge, das Berufungsge-

richt habe nur die Verpflichtung des Beklagten, der Klägerin seine Vorstrafen zu offenbaren, und hierwegen arglistige Täuschung verneint, es habe aber die auf die Vorstrafen gestützte Irrtumsanfechtung zu Unrecht nicht durchgreifen lassen, obwohl sich aus ihnen die Unzuverlässigkeit des Beklagten ergebe (§ 119 Abs 2 BGB). Die Klägerin hatte die Verurteilung des Beklagten wegen Betrugs für ihre Anfechtung ins Feld geführt. Das Berufungsgericht hat aber auch hierzu festgestellt, dass die Kenntnis von der verhältnismässig geringfügigen Strafe des Beklagten die Klägerin vom Vertragsschluss nicht abgehalten hätte, so dass die Irrtumsanfechtung an der mangelnden Ursächlichkeit scheitert.

Auf die bestrittene Behauptung, der Beklagte habe dem Sohn der Klägerin vorgeschlagen, nachts auf dem Felde Vieh zu schlachten und es wegzuschaffen, hatte die Klägerin ihre Anfechtung nicht erkennbar gestützt (Seite 5 des Schriftsatzes vom 25. Oktober 1948, S 1 des Schriftsatzes vom 27. Januar 1949 und S 4 des Schriftsatzes vom 23. September 1949). Überdies ist nicht ersichtlich, ob der Vorfall sich überhaupt vor Vertragsschluss abgespielt hat. Das Berufungsgericht brauchte auf ihn nicht einzugehen.

Dasselbe gilt für die vom Berufungsgericht nicht erörterte angebliche Verwicklung des Beklagten in einen Diebstahlsfall, ganz abgesehen davon, dass sich aus ihr ohne Feststellung einer strafbaren Handlung keine Schlüsse gegen die Zuverlässigkeit des Beklagten ziehen lassen.

Da die Irrtumsanfechtung schon aus den vorstehenden Gründen nicht durchschlägt, brauchte auf die Frage, ob sie rechtzeitig erfolgt wäre (§ 121 BGB), nicht eingegangen zu werden.

II. Zwischen den Parteien ist unstreitig, dass der erstellte Bau, wenn er eines der vertragsmässig geschuldeten Kleinhäuser sein soll, Fehler aufweist, die seine Tauglichkeit als Wohn-

haus erheblich mindern würden. Die Klägerin hat daher hilfsweise den Klageanspruch auch auf Wandlung gestützt (§ 633, 634 BGB). Die Begründung ist schlüssig. Allerdings berechtigen im Regelfall solche Mängel erst nach Fristsetzung für eine Abhilfe zur Rückgängigmachung des Vertrages, doch bedarf es der Fristbestimmung nicht, wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird (§ 634 BGB). Dieser Fall ist gegeben. Es wäre der Klägerin angesichts der Mängel, die dem ersten Kleinhaus anhaften würden, und nachdem das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien geschwunden ist, selbst bei Nachbesserung nicht zuzumuten, am Verträge festzuhalten (Staudinger BGB, 10. Aufl. § 634 Anm 8 c, BGB Komm RGR 9. Aufl. § 634 Anm 4 a E). Eine Folge der Wandlung, die auch bei Bauwerken nicht ausgeschlossen ist (Palandt BGB 9. Aufl. § 634 Anm 4), wäre nach §§ 467, 346 BGB die Verpflichtung des Beklagten, in die Löschung der Vormerkung zu willigen.

Das Berufungsgericht hat auch die hilfsweise von der Klägerin geltend gemachte Wandlung als nicht begründet erachtet, da die Behauptung des Beklagten, der erstellte Bau sei noch keines der vertraglich vorgesehenen Kleinhäuser, sondern nur eine nachträglich winterfest gemachte Wohnlaube, nicht widerlegt sei, demnach einerseits Mängel der noch gar nicht gebauten Kleinhäuser nicht vorliegen könnten, andererseits die Unzulässigkeit der etwaigen Wohnlaube für länger dauernden Gebrauch zur Wandlung nicht berechtige, weil sie nach dem Vertrag nur als behelfsmässiges Unterkommen gedacht gewesen sei.

Die Revision beschwert sich zunächst darüber, dass das Berufungsgericht dem Beweisantrag der Klägerin auf Beiziehung der Akten des Bauamtes Hamburg-Sasel nicht stattgegeben hat (§ 286 ZPO), denen entnommen werden sollte, dass der Beklagte beim Amt die Genehmigung für den Bau eines Kleinstwohnhauses, aber nicht für die Errichtung einer Wohnlaube nachgesucht hat. Das Berufungsgericht konnte jedoch von der Beiziehung der Akten absehen, weil es die Richtigkeit der unter Beweis gestellten

Angaben der Klägerin unterstellt hat. Es spricht sich allerdings über den Einfluss der Unterstellung auf seine Beweiswürdigung nicht ausdrücklich aus, der Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt aber, dass angesichts der Beweismittel, insbesondere der Zeugenaussagen, die für die Angaben des Beklagten über den Zweck des errichteten Baues sprechen, auch der unterstellte Inhalt der Bauakten ihm nicht die Überzeugung verschafft hätte, dass das Haus bereits eines der Kleinhäuser sein sollte. Die von der Revision ebenfalls beanstandete Hilfs-
erwägung des Berufungsgerichts, aus dem Gutachten des Sachverständigen Friedrichs gehe hervor, dass eine Genehmigung weder für ein Kleinwohnhaus noch für eine Wohnlaube erteilt worden sei und dass lediglich nach Baubeendigung eine Zeichnung über ein Kleinstwohnhaus vom Juli 1946 eingereicht worden sei, die identisch mit der vom Beklagten gemachten Bauführung sei, mag dahin zu verstehen sein, dass aus der erst nach Baubeendigung eingereichten Zeichnung auf die von vornherein beim Bau bestehenden Absichten nichts geschlossen werden könne, insbesondere wenn die Laube, wie der Beklagte behauptet, erst nachträglich winterfest gemacht wurde.

Eine weitere Revisionsrüge geht dahin, dass die Sachverständigen Sö[REDACTED] und F[REDACTED] den Bau auch als Wohnlaube wegen mangelhafter, nicht frostfreier Fundamentierung und wegen der unzulänglichen Toilettenanlage (Eindringen der Abwässer in das Mauerwerk) als mangelhaft bezeichnet hätten. Das Berufungsgericht habe sich unzulässigerweise über diese Gutachten hinweggesetzt. Das Berufungsgericht hat hierzu dargelegt, dass der Bau den Anforderungen, wie sie für die zwei Kleinhäuser vertragsmässig hätten gestellt werden können, nicht entspreche. Die Sachverständigen hätten ihre Bemängelungen zwar auch für den Fall aufrecht erhalten, dass der Bau nur eine Wohnlaube sein solle. Das Berufungsgericht habe aber den Eindruck, sie kämen von der Vorstellung nicht los, der Bau sei doch eines der Kleinhäuser. Das Fehlen der frostfreien

Fundamentierung und die einfache Ausführung der Toilettenanlage erklärten sich daraus, dass es sich nur um die vertraglich vorgesehene Wohnlaube handele, die ja nur etwa halb so viel habe kosten dürfen, wie ein Kleinhaus und nach der Behauptung des Beklagten auf Wunsch der Klägerin ohne Berechnung von Mehrkosten winterfest gemacht worden sei. Das Berufungsgericht tritt also der technischen Feststellung der Sachverständigen über die primitive Ausführung des Baues in den beiden obengenannten Punkten nicht entgegen, sondern verneint nur nach dem Sinn des zwischen den Parteien geschlossenen Vertrages die Haftung des Beklagten für daraus sich ergebende Unzulänglichkeiten. Damit verletzt das Berufungsgericht weder Verfahrensvorschriften - insbesondere nicht § 286 ZPO - noch materiellrechtliche Bestimmungen des Werkvertrages oder Auslegungsregeln.

Begründet ist hingegen die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe unter Verletzung des § 529 Abs 2 ZPO dem in der Berufungsschlussverhandlung gestellten Antrag der Klägerin auf Vernehmung des Zeugen N. zu Unrecht nicht stattgegeben. Die Revision behauptet, die Klägerin habe sich in diesem Termin auf N. als Zeugen dafür berufen, dass das Bauwerk von vornherein massiv gebaut und nicht etwa zunächst ein Holzhaus aufgeführt worden sei, wie der Beklagte (insbesondere auf Seite 4 der Berufungsbegründung vom 20. Dezember 1949) behauptet hatte.

Nun hat nach dem allein massgebenden Tatbestand des Urteils (§ 314 ZPO) und dem nach § 313 ZPO in Bezug genommenen Sitzungsprotokoll die Klägerin jedoch lediglich beantragt, den Zeugen N. zu vernehmen, der den Bau seit seinem Entstehen beobachtet habe. Das berechtigte aber das Berufungsgericht nicht, von der Erhebung des Beweises mit der Begründung abzusehen, was in das Wissen des Zeugen gestellt sei, sei für die Entscheidung ohne Interesse.

Der Sinn des Beweisantrages war klar. Die Frage, ob das Bauwerk zunächst als Holzhaus erbaut und erst nachher winterfest gemacht oder ob es von vornherein massiv erbaut worden war, ob es sich also um die Erbauung einer Wohnlaube oder die Erbauung eines der Kleinwohnhäuser gehandelt hatte, war u.a. Gegenstand der voraufgehenden Beweisaufnahme gewesen, über deren Ergebnis im Schlussverhandlungstermin zu verhandeln war. Unter diesen Umständen konnte der Sinn der Vernehmung eines Zeugen, der den Bau seit seinem Entstehen beobachtet hatte, nur der von der Revision angegebene sein. Sie macht zwar nicht ausdrücklich geltend, dass das Berufungsgericht auf eine sachgemässe Fassung des Beweisantrages nicht hingewirkt habe (§ 139 ZPO) und dass bei entsprechender Ausübung der Fragepflicht die Klägerin den obengenannten Beweisantrag gestellt hätte, die Rüge ist aber in der Beanstandung der Ablehnung des Beweisantrages sinngemäss enthalten. Auch die andere vom Berufungsgericht gegebene Begründung, der Beweisantrag sei - als erst im zweiten Rechtszug gestellt - verspätet und die Klägerin habe nichts dafür vorgetragen, dass sie ohne ihr Verschulden nicht in der Lage gewesen sei, den Zeugen N. schon vor dem Landgericht zu benennen, trägt die Ablehnung des Beweisantrages nicht, weil sie auf einer Verkennung des Begriffs der groben Nachlässigkeit beruht. Demjenigen, der im ersten Rechtszug obgesiegt hat, kann in der Regel der Vorwurf der groben Nachlässigkeit nicht deswegen gemacht werden, weil er nicht noch weitere Beweismittel vorgebracht hat (RG Warn 1936, 181, Rosenberg Lehrb 5. Aufl § 137 III 2 e; RGZ 127, 63 zu § 97 Abs 2 ZPO). Ein Ausnahmefall liegt nicht vor.

Die Möglichkeit, dass auf Grund der Vernehmung des Zeugen N. das Berufungsgericht zu einer anderen Beweiswürdigung, nämlich zu der Überzeugung gekommen wäre, der

errichtete Bau habe eines der Kleinwohnhäuser sein sollen und dass es dann der Klage stattgegeben hätte, kann nicht ausgeschlossen werden. Das Berufungsurteil musste daher aufgehoben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht zurückverwiesen werden.

Das Berufungsgericht hat weiter, worüber die Revision Klage führt, dem Antrag der Klägerin auf Einnahme des Augenscheins nicht stattgegeben. Hierzu hat das Berufungsgericht ausgeführt, eine Besichtigung des Baus erübrige sich, weil Lichtbilder vorlägen und der Beklagte nicht bestreite, dass der Bau als Kleinwohnhaus den vertraglichen Anforderungen nicht entsprechen würde. Auch hier hatte nach dem Urteilstatbestand und dem Sitzungsprotokoll die Klägerin keinerlei Beweistatsachen im Beweisanspruch angegeben (§ 371 ZPO). Da aber aus der Revisionsbegründung nicht klar zu entnehmen ist, welche Tatsachen unter Beweis gestellt worden wären, wenn das Berufungsgericht nach § 139 ZPO zur Ergänzung des Beweisanspruchs aufgefordert hätte, kann hier ein Prozessverstoss schon deswegen nicht festgestellt werden, und es braucht auf die vom Berufungsgericht für die Ablehnung gegebene Begründung nicht weiter eingegangen zu werden.

Die Rüge, das Berufungsgericht habe der Klägerin in unzulässiger Weise die Möglichkeit abgeschnitten, den Architekt R. als Zeugen zu benennen, kann infolge der Zurückverweisung unerörtert bleiben.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisions-
verfahrens war dem Berufungsgericht vorzubehalten.

Dr. Pritsch Dr. Hertel Dr. Heck Schuster

Bundesrichter Dr. von Normann ist beurlaubt und orts-
abwesend und dadurch an der Unterschrift verhindert.

Dr. Pritsch