

Verkündet am 6. Juli 1962
[REDACTED], Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Angestellten Walter B. [REDACTED] in Be[REDACTED],
Hanne N. [REDACTED],

Klägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

gegen

den Gastwirt Reinhold S. [REDACTED] in B[REDACTED]-F[REDACTED],
H[REDACTED]straße [REDACTED]

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juli 1962 unter Mitwirkung der Bundesrichter Dr. Hückinghaus, Schuster, Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe und Dr. Mattern für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des
9. Zivilsenats des Kammergerichts in
Berlin vom 17. Februar 1961 wird auf
Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Auf Grund notariellen Kaufvertrages vom 29. August 1958 veräußerte der Beklagte sein Grundstück S[REDACTED]straße [REDACTED] in B[REDACTED]-Sp[REDACTED] an den Kläger. Der Kaufpreis betrug 21 000 DM, wovon 10 000 DM gestundet und durch Eintragung einer Restkaufgeldhypothek gesichert wurden; der Kläger unterwarf sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Kaufurkunde. Der Beklagte seinerseits hatte knapp drei Jahre zuvor das Grundstück, dessen teilweise kriegszerstörte Gebäude 1949 von der damaligen Eigentümerin Herta N[REDACTED] wieder aufgebaut worden waren, käuflich erworben; er hatte es nicht selbst bewohnt, sondern an eine Firma vermietet; ein Gutachten, das er sich im Herbst 1956 von einem Bausachverständigen hatte erstatten lassen, war zu dem Ergebnis gelangt, daß die Baulichkeiten trotz erheblicher Feuchtigkeitsschäden keinen Schwammbefall aufwiesen. Im Kaufvertrag der Parteien hieß es demgemäß in § 3:

".... Dem Käufer ist das Gutachten darüber vorgelesen worden, daß das Haus nicht von Schwamm befallen ist."

Der § 5 des Kaufvertrages lautete:

"Das Grundstück wird verkauft wie es steht und liegt. Verkäufer versichert, daß das Grundstück nicht mit geheimen Mängeln behaftet ist und Käufer versichert, daß er das Grundstück eingehend besichtigt und sich von seinem Zustand überzeugt hat."

Im Januar 1959 beanstandete das Bauaufsichtsamt den baulichen Zustand und forderte den Kläger auf, zwei Räume im Dachgeschoß zu beseitigen, die seinerzeit von Frau N[REDACTED] ohne baupolizeiliche Genehmigung und nicht vorschriftsmäßig ausgebaut worden waren. Zur Vorbereitung

der erforderlichen Arbeiten ließ der Kläger die Baulichkeiten fachmännisch untersuchen. Dabei stellte sich ein erheblicher Befall mit echtem Hausschwamm heraus. Der Architekt des Klägers veranschlagte die Kosten, die aufgewendet werden müßten, um das Anwesen in einen baupolizeilich einwandfreien Zustand zu versetzen, einschließlich der Schwammbeseitigungskosten auf 12 848,55 DM. Diesen Betrag sowie weitere 2 000 DM wegen Mietausfalls forderte der Kläger vom Beklagten ersetzt und erklärte, daß er gegen dessen Restkaufpreisanspruch aufrechne. Der Beklagte erwiderte, er erkenne die Forderung nicht an und werde wegen der restlichen 10 000 DM die Zwangsversteigerung einleiten.

Der Kläger hat daraufhin mit der Begründung, der Beklagte habe den Schwammbefall, die Unbenutzbarkeit der baupolizeiwidrig ausgebauten Dachgeschoßräume und die sonstigen Schäden arglistig verschwiegen, außerdem handle es sich um geheime Grundstücksmängel, deren Nichtvorhandensein vertraglich zugesichert worden sei, Klage auf Schadensersatz, hilfsweise Minderung erhoben. Er hat beantragt, die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde vom 29. August 1958 für unzulässig zu erklären, den Beklagten zur Löschung der Restkaufgeldhypothek von 10 000 DM und zur Zahlung von 4 848,55 DM nebst Zinsen zu verurteilen und festzustellen, daß er ihm auch die weiteren aus der Nichterfüllung des Kaufvertrages entstandenen und noch entstehenden Schäden, insbesondere weiteren Mietausfall sowie Kosten für die anderweitige Unterbringung seiner Familie während der Instandsetzungsarbeiten, ersetzen müsse. Der Beklagte hat bestritten, daß die Mängel bereits im August 1958 vorhanden gewesen seien;

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



zum mindesten habe er sie bei Vertragsabschluß nicht gekannt; auch habe er keine Abwesenheit von Fehlern zugesichert.

Das Landgericht hat unter Abweisung der Klage im übrigen die Zwangsvollstreckung in Höhe von 4 828 DM für unzulässig erklärt und den Beklagten verurteilt, in dieser Höhe die Hypothek löschen zu lassen; nach seiner Ansicht steht dem Kläger lediglich ein Minderungsanspruch zu, der sich auf den genannten Betrag belaufe. Dieses Urteil hat der Kläger insoweit mit der Berufung angefochten, als er vor dem Landgericht unterlegen ist; er hat hilfsweise, d.h. falls ihm nur ein Recht auf Minderung zuerkannt werde, noch um Feststellung gebeten, daß der Beklagte ihm auch den merkantilen Minderwert des Grundstücks infolge weiterbestehenden Schwammverdachts ersetzen müsse. Der Beklagte hat sich der Berufung mit dem Antrage angeschlossen, die Klage im vollen Umfange abzuweisen. Der Kläger hat beantragt, die Anschlußberufung als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise sie als unbegründet zurückzuweisen. Das Kammergericht hat die Berufung zurückgewiesen und auf die Anschlußberufung unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage vollständig abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine bisherigen Anträge weiter. Der Beklagte bitet um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. In verfahrensrechtlicher Hinsicht erweist sich der Standpunkt der Vorinstanzen, die Vollstreckungsgegenklage (§ 767 in Verb. m. §§ 795, 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO)

habe bereits vor Beginn von Betreibungsmaßnahmen erhoben werden können, als frei von Rechtsirrtum, und dasselbe gilt von den Erwägungen, mit denen das angefochtene Urteil ein rechtliches Interesse des Klägers an der begehrten Feststellung (§ 256 ZPO) anerkannt hat. Vom Beklagten werden insoweit keine Beanstandungen mehr erhoben.

Entgegen der Ansicht der Revision war auch die Anschlußberufung (§ 521 ZPO) zulässig. Freilich hätte das Kammergericht sich mit dem Einwand des Klägers, daß der Beklagte auf die Anschließung verzichtet habe (Schriftsatz vom 25. Januar 1961), auseinandersetzen müssen; es hat darüber in den Entscheidungsgründen kein Wort verloren und im Urteilstatbestand - der alle sonstigen Anträge der Parteien wörtlich wiedergibt - den Antrag auf Verwerfung der Anschlußberufung unerwähnt gelassen, obgleich ihn der Kläger ausweislich des Sitzungsprotokolls (§ 314 Satz 2 ZPO) in der Berufungsverhandlung gestellt hatte (vgl. Niederschrift vom 27. Januar 1961 nebst Berichtigungsbeschluß vom 13. April 1961). Allein gleichgültig, ob das Vorbringen des Klägers und sein Verwerfungsantrag vom Berufsrichter übersehen worden ist oder ob dieser bloß - wenn auch zu Unrecht - der Meinung war, er brauche dazu keine Stellung zu nehmen: im Ergebnis läßt sich jedenfalls nicht beanstanden, daß er über die Anschlußberufung sachlich entschieden und damit ihre Zulässigkeit stillschweigend bejaht hat. Ob die Darlegungen des Beklagten im Schriftsatz vom 20. Dezember 1960 (S. 3 unten), wie die Revision geltend macht, einen "eindeutigen Verzicht" auf das Recht der Anschlußberufung enthielten, kann der Senat, da sie als Prozeßerklärungen der freien Auslegung in der Revisionsinstanz unterliegen, selbständig prüfen (RGZ 104, 133, 136; 134, 130, 132; 135, 338;

136, 206; RG HRR 1935 Nr. 817; BGH Urteile vom 18. Dezember 1956, VIII ZR 26/56, LM BGB § 419 Nr. 8, und vom 5. November 1958, V ZR 19/58 S. 13). Diese Prüfung ergibt, daß ein solcher Verzicht, wie er an sich in entsprechender Anwendung des § 514 ZPO möglich wäre (Baumbach/Lauterbach, ZPO 26. Aufl. § 521 Anm. 1 B; OLG Schleswig SchlHA 1955, 362), hier nicht vorliegt.

Der Beklagte hat allerdings erklärt, er sei "bereit, das angefochtene Urteil so hinzunehmen, wie es ergangen ist", und das könnte, wenn man die Erklärung für sich allein betrachtet, dafür sprechen, daß er auf eine Urteilsanfechtung im Wege der Anschließung habe verzichten wollen (RG JW 1935, 120 Nr. 11; vgl. ferner RG JW 1925, 1372). Jedoch auch bei der Auslegung von Prozeßerklärungen ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften; das Erklärte darf vor allem nicht aus dem Zusammenhang des übrigen Prozeßvorbringens gelöst werden (BGH Urteil vom 25. Mai 1962, I ZR 181/60 S. 11). Der Satz, um den es im vorliegenden Falle geht, war Teil einer streitigen Auseinandersetzung darüber, ob das Landgericht bei Errechnung des Minderungsanspruchs den § 472 Abs. 1 BGB richtig angewandt habe. Das hatte der Kläger verneint mit der Begründung (Schriftsatz vom 6. Oktober 1960, S. 13 f), hier fehle es, weil der Sachverständige Wüstenhagen das Grundstück mit den vorhandenen Mängeln als unverkäuflich bezeichnet habe, an einem notwendigen Rechnungsfaktor, nämlich an dem "wirklichen Wert"; die Minderung lasse sich daher überhaupt nicht nach § 472 BGB berechnen. Diese Erwägungen bekämpfte der Beklagte als rechtsirrig, indem er zu zeigen versuchte, daß sie "zu einem absurden Ergebnis" führen würden (Schriftsatz vom 20. Dezember 1960, S. 4 oben); der Kläger merke gar nicht, daß er damit selbst dem ihm teilweise günstigen erstinstanzlichen Urteil

den Boden entziehe. In Wirklichkeit seien indessen alle erforderlichen Rechnungsfaktoren gegeben. Dies legte der Beklagte näher dar und knüpfte daran die Bemerkung: Er habe keine Veranlassung, nur deshalb, weil der Kläger meine, eine der Vorschrift des § 472 BGB entsprechende Verhältnisrechnung könne nicht aufgemacht werden, etwa Anschlußberufung einzulegen; vielmehr sei er bereit, das angefochtene Urteil so hinzunehmen, wie es ergangen sei.

Daraus ergibt sich, daß der Beklagte keine Verzichtserklärung abgegeben hat. Der von der Revision herausgegriffene Satz hatte Bedeutung lediglich im Rahmen der Polemik, mit welcher der Beklagte den gegnerischen Gedankengang von der vermeintlichen Unanwendbarkeit des § 472 BGB als abwegig hinzustellen trachtete. Daß es ihm einzig hierum zu tun war und nicht um einen allgemeinen Verzicht auf den Rechtsbehelf der Anschließung, zeigen auch die Worte "nur deshalb": er wollte, wie er damit zum Ausdruck brachte, jedenfalls nicht die nach seiner Ansicht falschen Rechtsausführungen des Klägers zum Anlaß nehmen, auch seinerseits das landgerichtliche Urteil anzufechten; ob er dies aus anderen Gründen tun würde - etwa weil es von vornherein an den Voraussetzungen für eine Gewährleistung im Sinne der §§ 459 ff BGB fehle -, blieb dabei völlig offen. Von einer eindeutigen Erklärung, wie sie nach dem - auf die Anschlußberufung sinngemäß anwendbaren - § 514 ZPO für einen Rechtsmittelverzicht erforderlich ist (BGH LM ZPO § 514 Nr. 1, 4 und 6; vgl. auch Paulsen aaO Nr. 2 vorletzter Absatz), kann somit hier keine Rede sein.

2. In der Sache selbst kommt es im jetzigen Stande des Verfahrens allein darauf an, was die Parteien bei Ver-

tragsabschluß über die Gewährleistung für Sachmängel (§§ 459 ff BGB) vereinbart haben und ob der Beklagte durch Eigenschaftszusicherung (§§ 459 Abs. 2, 463 Satz 1 BGB) die Haftung für verborgene Mängel übernommen hat. Daß der Schwammbefall und die polizeiwidrige Beschaffenheit der beiden Räume im Dachgeschoß sowohl bei Abschluß des Kaufvertrags als auch im Zeitpunkt des Gefahrübergangs bereits vorhanden waren, ist auf Grund der in der Berufungsinstantz durchgeführten Beweisaufnahme nunmehr außer Streit. Gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der Beklagte habe im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weder von dem Schwammbefall noch von der Polizeiwidrigkeit der Dachgeschoßräume etwas gewußt, erhebt die Revision keine Einwendungen; damit erledigt sich der Vorwurf des arglistigen Verschweigens (§§ 463 Satz 2, 476 BGB). Ob dem Kläger ein Anspruch - sei es auf Schadensersatz nach § 463 BGB oder auf Minderung nach § 462 BGB - erwachsen war, mit dem er wirksam gegen die Kaufpreisrestforderung aufrechnen konnte (§§ 387, 389 BGB), hängt einzig ab von der Auslegung des Kaufvertrages, insbesondere seiner §§ 3 und 5.

Diese Vertragsbestimmungen hat das Berufungsgericht - teilweise abweichend vom Landgericht, das einen Haftungsausschluß nur für sichtbare Mängel angenommen hatte - dahin gewürdigt, die Parteien hätten den Beklagten von jeglicher Gewährleistung freigestellt und er habe insbesondere auch keine Haftung für das Nichtvorhandensein verborgener Fehler übernommen. Es entnimmt den allgemeinen Gewährleistungsausschluß - insoweit in Übereinstimmung mit Rechtsprechung und Schrifttum (RG WarnRspr 1926 Nr. 44; JW 1933, 1387; 1937, 2591; Staudinger/Ostler, BGB 11. Aufl. § 476 Anm. 7; BGB RGRK 11. Aufl. § 459 Anm. 5

und § 476 Anm. 1; Palandt/Gramm, BGB 21. Aufl. § 476 Anm. 1) - dem ersten Satz des § 5, wonach das Grundstück verkauft wurde "wie es steht und liegt". Daran ändere auch der folgende Satz nichts, der zwar, für sich allein betrachtet, eine Zusicherung des Beklagten im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB zu enthalten scheine, in Wirklichkeit aber - ebenso wie die gleichzeitige Versicherung des Klägers, das Grundstück eingehend besichtigt und sich von seinem Zustand überzeugt zu haben - lediglich die Bedeutung einer "Wissenserklärung" habe. Letzteres folgert das Berufungsgericht aus der ursprünglichen Fassung der §§ 3 und 5 im Vertragsentwurf: dort sei in beiden Paragraphen ausdrücklich auf den hohen Feuchtigkeitsgrad des Hauses hingewiesen worden, und diese Hinweise habe man dann bei Vertragsabschluß, ohne daß damit eine sachliche Änderung beabsichtigt gewesen sei, nur deshalb gestrichen, um dem Kläger Schwierigkeiten bei einer späteren Beleihung des Grundstücks zu ersparen; die "Versicherung" des Beklagten in § 5 habe allein den Sinn gehabt, ihm sei nicht bekannt, daß das Grundstück mit anderen geheimen Mängeln als mit der in § 3 (ursprünglich) erwähnten Feuchtigkeit behaftet sei. Für eine bloße Wissenserklärung spreche ferner der nächste Satz des Vertragsentwurfs "Käufer verzichtet auf das Recht der Wandlung und Minderung", da angesichts solchen weitgehenden Haftungsausschlusses für eine Zusicherung des Verkäufers im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB kein Anlaß bestanden habe; die spätere Streichung dieses Satzes erkläre sich dadurch, daß er dasselbe besagt habe wie der Anfangssatz des § 5 ("wie es steht und liegt") und daher überflüssig gewesen sei.

Die Vertragsauslegung des Berufungsgerichts, aus der es die Folgerung gezogen hat, daß der Kläger wegen

Schwammbefalls und polizeiwidrigen Dachgeschoß-Ausbaues weder Schadensersatz noch Minderung verlangen könne, wird von der Revision als fehlerhaft beanstandet. Sie hält jedoch einer rechtlichen Nachprüfung stand.

3. Bereits im Ausgangspunkt verfehlt ist die Revisionsrüge, der Berufungsrichter habe die Vereinbarungen in § 5 - einerseits Verkauf des Grundstücks "wie es steht und liegt", also unter Ausschluß jeder Gewährleistung, andererseits Versicherung des Verkäufers, daß es nicht mit geheimen Mängeln behaftet sei - als in sich widerspruchsvoll angesehen und damit gegen die Gesetze der Logik verstoßen. Die Revision mißversteht das angefochtene Urteil, wenn sie meint, es habe endgültig einen Widerspruch zwischen den beiden Sätzen des § 5 angenommen. Das Wort "widerspruchsvoll" findet sich lediglich in einer einleitenden Bemerkung, und zwar mit dem Zusatz "auf den ersten Anschein", also ersichtlich im Sinne eines nur scheinbaren Widerspruchs, während die weiteren Erörterungen zeigen, daß die beiden Sätze nach Ansicht des Berufungsgerichts sehr wohl nebeneinander bestehen können und in ihrem Zusammenhalt einen vernünftigen Sinn ergeben. Das Urteil versteht auch nicht, wie die Revision behauptet, den zweiten Satz des § 5 als Eigenschaftszusicherung gemäß § 459 Abs. 2 BGB, sondern räumt bloß zu Beginn seiner Untersuchung ein, dieser Satz enthalte "für sich betrachtet" eine solche Zusicherung; anschließend legt es dann im einzelnen dar, daß er diese Bedeutung aber bei näherem Zusehen keineswegs habe, vielmehr etwas ganz anderes zum Ausdruck bringe, nämlich eine Wissenserklärung (unter Bezugnahme auf das Urteil des erkennenden Senats in LM BGB § 463 Nr. 1).

Die Notwendigkeit, Freizeichnungsklauseln eng auszulegen, hat das Berufungsgericht nicht verkannt, wie sein Hinweis auf RGZ 163, 21, 31 beweist. Dafür, daß es nicht besonders vorsichtig geprüft habe, ob hier dem Beklagten überhaupt eine Haftung für zugesicherte Eigenschaften erlassen worden sei, bietet die Urteilsbegründung keinen Anhalt. Mit ihrem Einwand, bei natürlicher Betrachtungsweise sei der zweite Satz des § 5 als Einschränkung des ersten aufzufassen und dieser bedeute daher nichts anderes, als daß das Grundstück so, wie es erkennbar stehe und liege, verkauft werde, versucht die Revision verfahrensrechtlich unzulässig ihre eigene Vertragsauslegung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Die Möglichkeit einer Auslegung dahin, daß von dem generellen Gewährleistungsausschluß des ersten Satzes durch den zweiten eine Ausnahme hinsichtlich geheimer Mängel gemacht worden sei, ist auch dem Berufungsgericht nicht entgangen (BU S. 13 unten, 14 oben); wenn es von ihr keinen Gebrauch gemacht, sondern den § 5 anders, nämlich im Sinne des uneingeschränkten Verzichts auf Gewährleistungsansprüche ausgelegt hat, so läßt sich das aus Rechtsgründen nicht beanstanden. Auch diese Auslegung ist möglich, und sie widerspricht keineswegs einer "natürlichen Betrachtungsweise". Daß es dann, wie das Landgericht gemeint hat, nicht der allein auf erkennbare Mängel bezüglichen Versicherung des Käufers bedurft hätte, er habe das Grundstück eingehend besichtigt und sich von seinem Zustand überzeugt (LG-Urteil S. 13 f), trifft nicht zu; vielmehr behält der zweite Satz des § 5 seinen guten Sinn, auch wenn man ihn mit dem Berufungsrichter dahin auffaßt, die Parteien hätten dort - gleichsam zur Veranschaulichung der beiderseitigen Beweggründe für den im ersten Satz vereinbarten Haftungsausschluß - die Erklärung

abgegeben, daß sichtbare Mängel vom Käufer nicht festgestellt und daß verborgene Mängel dem Verkäufer nicht bekannt seien; sollte insbesondere letzteres sich später als unrichtig herausstellen, der Verkäufer also gelogen haben, dann hätte seine "Wissenserklärung" insofern die Rechtsstellung des Käufers verbessert, als durch sie das Vorliegen eines arglistigen Verschweigens gemäß § 463 Satz 2 BGB zweifelsfrei dargetan und damit der Weg für einen Schadensersatzanspruch nach dieser Vorschrift eröffnet gewesen wäre.

Die Revision vermißt im Berufungsurteil Feststellungen darüber, daß die Vertragspartner den ersten Satz des § 5 als Verzicht auf jegliche Mängelhaftung verstanden hätten, und meint, die Zeugenaussage des beurkundenden Notars, ihm sei dieser Sinn der Klausel bekannt gewesen, reiche dafür nicht aus (§ 286 ZPO). Die angeblich fehlende Feststellung ergibt sich indessen aus dem Zusammenhang der Urteilsausführungen darüber, was die Parteien bei Vertragsabschluß gewollt haben (BU S. 14 f). Was den Wortlaut der Klausel anbetrifft, das Grundstück werde verkauft "wie es steht und liegt", so wäre es allerdings vorzuziehen gewesen, im Vertrag ausdrücklich zu erklären, daß für Sachmängel nicht gehaftet werde. Gleichwohl ist auch jene Klausel nach den Gepflogenheiten im Grundstücksverkehr noch hinreichend klar. Der Kläger hätte daher, falls er darunter wirklich etwas Abweichendes verstanden haben sollte, seine Bindung an das, was er erklärt hat, nur durch Irrtumsanfechtung nach § 119 BGB beseitigen können; angefochten hat er den Vertrag aber nicht. Für die Behauptung der Revision, beide Parteien hätten der Klausel einen anderen Sinn beigelegt, fehlt es nach dem insoweit übereinstimmenden vorinstanzlichen Parteivortrag an jedem Anhaltspunkt.

Entgegen der Meinung der Revision ist die Annahme des Berufungsgerichts, der zweite Satz des § 5 enthalte lediglich eine Wissens- und keine Willenserklärung, weder unmöglich noch in sich widerspruchsvoll. Eine Versicherung des Verkäufers, das Grundstück sei nicht mit geheimen Mängeln behaftet, dahin auszulegen, der Verkäufer wisse nichts von solchen Mängeln, widerspricht zum mindesten dann nicht den Regeln der Logik, wenn es im Vertrag, wie hier, unmittelbar vorher heißt, das Grundstück werde verkauft "wie es steht und liegt". Daß man unter geheimen Mängeln solche versteht, die weder erkannt noch erkennbar seien, und daß sie daher auch dem Verkäufer unbekannt sein müßten, ist der Revision nicht zuzugeben: geheime Mängel können sehr wohl erkennbar sein, wenn auch in der Regel erst auf Grund näherer Untersuchung; es hat daher schon einen Sinn, daß der Verkäufer ausdrücklich versichert, von keinerlei derartigen Mängeln zu wissen. Das ist auch nicht, wie die Revision meint, aus dem Grunde überflüssig, weil der Verkäufer nur etwas Selbstverständliches, nämlich das Nichtvorhandensein eigener Arglist bekunden würde; denn gerade eine solche Loyalitätserklärung kann ausschlaggebend sein für den Entschluß der Gegenseite, sich auf einen Vertrag mit dem Erklärenden einzulassen. Im übrigen hat auch das dem Kläger in diesem Punkt günstigere erstinstanzliche Urteil die Versicherung des Beklagten in § 5 Satz 2 nicht als Eigenschaftszusicherung aufgefaßt, sondern in ihr lediglich eine inhaltliche Einschränkung des vorhergehenden Satzes erblickt (LG-Urteil S. 18 f). Nicht zu beanstanden ist ferner die Erwägung des Berufungsurteils, die zweimalige Verwendung desselben Wortes im selben Satz, nämlich des Wortes "versichert" als Einleitung sowohl für die Erklärung des Klägers über

seine Kenntnis des Grundstückszustandes (eindeutige Wissenserklärung) als auch für die Erklärung des Beklagten über das Nichtvorhandensein geheimer Mängel spreche dafür, daß letztere ebenfalls eine Wissenserklärung sei; wenn die Revision dem entgegenhält, nach allgemeinem Sprachgebrauch werde dasselbe Wort einmal in dem einen und das andere Mal in einem etwas anderen Sinne verwendet, so daß das Berufungsgericht aus der doppelten Verwendung des Wortes "versichert" richtigerweise gerade den gegenteiligen Schluß hätte ziehen müssen, so begibt sie sich damit auf das ihr verschlossene Gebiet der tatrichterlichen Würdigung.

Ohne Grund rügt die Revision, daß das Berufungsgericht bei seiner Auslegung den Text des Vertragsentwurfs, der dann in der notariellen Verhandlung teilweise geändert wurde, mit herangezogen hat. Soweit sie unter Hinweis auf § 286 ZPO geltend macht, der Entwurf sei lediglich von dem Bürovorsteher Mertz gefertigt worden und habe nicht auf irgendwelchen Erklärungen der Parteien beruht, wird von ihr übersehen, daß Mertz, dessen Zeugenaussage das Berufungsgericht in anderem Zusammenhang verwertet und den es somit als glaubwürdig angesehen hat, bekundet hatte, den Vertrag auf Weisung der Parteien entworfen zu haben (BU S. 11 Mitte, S. 12 oben); außerdem steht, da die protokollierte Vertragsfassung das tatsächlich Gewollte wiedergibt und, wie das angefochtene Urteil festgestellt hat (BU S. 14), keine sachliche Änderung gegenüber der ursprünglichen Fassung enthält, zugleich fest, daß auch der Inhalt des Entwurfs dem Willen der Parteien entsprach.

Es ist kein Widerspruch, wenn das angefochtene Urteil einerseits von Textänderungen spricht und andererseits davon ausgeht, daß tatsächlich nichts geändert worden sei; denn die Änderungen betrafen nur die Form und nicht den Inhalt des Vertrages. Aus welchem Grunde sie vorgenommen wurden und daß dies nur deshalb geschah, damit der Kläger später bei einer Beleihung des gekauften Grundstücks keine Schwierigkeiten haben sollte, hat das Berufungsgericht nicht, wie die Revision meint, bloß "unterstellt", sondern das Urteil trifft darüber auf Grund der Zeugenaussagen Mertz und Wegener eindeutige und für die Revisionsinstanz bindende Feststellungen (BU S. 14 Mitte; vgl. auch S. 16 oben: die Parteien hätten nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme den Vertragsentwurf nur "entschärfen" wollen, ohne ihn sachlich zu ändern). Die Revision kann daher mit ihrer gegenteiligen Sachdarstellung, wonach der Kläger die Änderung aus anderen Beweggründen verlangt haben soll, nicht gehört werden; der von ihr unter Hinweis auf § 286 ZPO als Übergangen bezeichnete Sachvortrag, die Feuchtigkeit des Grundstücks sei dem Kläger gar nicht aufgefallen und deswegen habe er die Streichung gewünscht, ist an der angegebenen Aktenstelle (Schriftsatz vom 25. Januar 1961, S. 2) nicht enthalten.

Auf die weitere Rüge, das Berufungsgericht habe unter Verletzung von § 286 ZPO nicht beachtet, daß der Satz "Käufer verzichtet auf das Recht der Wandlung und Minderung" ebenfalls auf Veranlassung des Klägers weggelassen worden sei, braucht schon aus dem Grunde nicht eingegangen zu werden, weil die Revision den Schriftsatz, in dem die angeblich übergangene Behauptung aufgestellt worden sein soll, nicht bezeichnet hat (§ 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO;

vgl. BGH LM ZPO § 280 Nr. 6; vgl. auch BAG MDR 1962, 607 Nr. 140). Soweit sie geltend macht, die Streichung des Satzes könne unmöglich auf eine beiläufige Bemerkung des Klägers über verschlechterte Beleihungschancen hin erfolgt sein, sie sei vielmehr logisch nur mit einer sachlichen Änderung in Bezug auf den Umfang des Mängelverzichts zu erklären, greift die Revision in Wahrheit die tatrichterliche Würdigung an (BU S. 16 Mitte); ihre Schlußfolgerung ist jedenfalls nicht zwingend, da Beweggrund für die Streichung auch der Wunsch gewesen sein kann, die Beleihbarkeit des Grundstücks nicht zu beeinträchtigen.

4. Das Berufungsurteil läßt auch keine sonstigen, von Amts wegen zu berücksichtigende Rechtsfehler erkennen. Daher mußte die Revision mit der Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Hückinghaus

Schuster

Dr. Piepenbrock

Rothe

Dr. Mattern