

Verkündet
am 30. Oktober 1963
[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 Elektromeister Heinrich B [REDACTED] in
K [REDACTED], R [REDACTED]straße [REDACTED],
Klägers, Berufungsbeklagten und Revisions-
klägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Freiherr von [REDACTED] -

g e g e n

den Rechtsanwalt Dr. Fritz W [REDACTED] in K [REDACTED],
H [REDACTED]straße [REDACTED], als Konkursverwalter über das Ver-
mögen des Polstermeisters Heinz R [REDACTED],

Beklagten, Berufungskläger und Revisions-
beklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 30. Oktober 1963 unter Mit-
wirkung des Senatspräsidenten Dr. Tasche und der Bundes-
richter Dr. Augustin, Dr. Rothe, Dr. Freitag und Offter-
dinger

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt (Main) vom 22. Februar 1962 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von rechts wegen

Tatbestand:

Das im Krieg zerstörte Hausgrundstück Friedrich E-Strasse in K, über das der Ingenieur Hans F in L (Schweiz) veräußerungsberechtigt war, war seit 1949 an den Kaufmann Einbeck und seine Ehefrau vermietet. Diese hatten das Grundstück enttrümmern und Bauten auf ihm ausführen lassen. Im Jahre 1953 wurde der Gemeinschuldner R Mieter des Grundstücks. Er fand seine Vorgänger für ihre Bauaufwendungen mit einer Zahlung von 78 000 DM ab und überließ ihnen einen Teil der Räume in Untermiete.

In einer privatschriftlichen Urkunde vom 6. November 1953 erklärte sich Fischer bereit, für den Gemeinschuldner R ein Vorkaufsrecht im Grundbuch eintragen zu lassen. Eine entsprechende Eintragungsbewilligung mit Eintragungsantrag wurde von dem Bevollmächtigten F, dem Grundstücksmakler C, zur gleichen Zeit unterzeichnet. Dessen Unterschrift wurde notariell beglaubigt.

Auf den am 30. März 1954 eingereichten Eintragungsantrag erhob das Grundbuchamt Beanstandungen. Ehe sie vollständig behoben waren, wurde der Eintragungsantrag durch die weitere Entwicklung überholt. Der Gemeinschuldner nahm auch die Kaufangebote nicht an, die ihm F durch seinen Bevollmächtigten C im Januar und Februar 1954 gemacht hatte.

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



Der Beklagte wollte, nachdem er mit der Konkurseröffnung am 5. März 1954 Konkursverwalter über das Vermögen Körsers geworden war, das Grundstück für die Konkursmasse erwerben und dann weiter veräußern. Hierbei ging er davon aus, auf Grund des privatschriftlich vereinbarten und demnächst für den Gemeinschuldner im Grundbuch einzutragenden Vorkaufsrechts das Grundstück fest in der Hand zu haben. Nach vorbereitenden Verhandlungen, in denen die Einzelheiten abgesprochen worden waren, bot der Kläger, der ein Interesse an dem Grundstück hatte und auf die Verkaufsabsicht des Beklagten aufmerksam gemacht worden war, dem Beklagten in notarieller Urkunde vom 8. Juli 1954 den Kauf des Grundstücks zum Preis von 80 000 DM an. Der nach Übernahme einer Hypothek und der Hypothekengewinnabgabe verbleibende Restkaufpreis von 74 730 DM sollte in Höhe von 10 000 DM innerhalb einer Woche nach Vertragsannahme, in Höhe von 52 730 DM am Tage der Auflassung und in Höhe von 12 000 DM in drei gleichen Jahresraten am 1. Oktober der Jahre 1955 bis 1957 bezahlt werden. Der Beklagte nahm das Angebot in notarieller Urkunde vom 10. Juli 1954 an.

Die notariellen Erklärungen beider Parteien enthalten weder einen Hinweis darauf, daß dem Gemeinschuldner das Eigentum an dem Grundstück nicht zustand, noch auf die Gründe, aus denen der Beklagte gleichwohl meinte, den Kaufvertrag erfüllen zu können. Zwischen den Parteien ist jedoch unstreitig, daß der Kläger beim Vertragsabschluß das Nichteigentum des Gemeinschuldners kannte.

Der Beklagte bemühte sich in der Folgezeit vergeblich, das Grundstück für den Kläger zu sichern. Er wurde von

F [REDACTED], der schon im Mai 1954 das Grundstück an seinen ersten Mieter Kimbeck verkauft hatte, auf das Vorkaufsrecht des Gemeinschuldners verwiesen. Als er dieses Vorkaufsrecht ausübte, mußte er, zum Teil erst nach gerichtlicher Klärung zwischen ihm und F [REDACTED] einerseits und Kimbeck andererseits, erfahren, daß das vermeintliche Vorkaufsrecht unwirksam sei. Kimbeck hat endgültig das Grundstück erworben.

Der Kläger nimmt den Beklagten auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch. Zur Begründung hat er vorgetragen: Er habe zwar vor Vertragsabschluß anläßlich einer Ende Juni 1954 ausgeführten Reise in die Schweiz von Fischer erfahren, daß der Beklagte ein Vorkaufsrecht in Anspruch nehme und auf Grund dieses Vorkaufsrechts das Grundstück an ihn veräußern wolle. Er habe aber als Rechtsunkundiger von der Wirksamkeit des Vorkaufsrechts ausgehen dürfen, zumal alle anderen Beteiligten und erst recht der Beklagte derselben Auffassung gewesen seien. Kraft des Kaufvertrags müsse der Beklagte für seinen Irrtum eintreten und Schadensersatz leisten, wenn er infolge des Irrtums über die Rechtswirksamkeit des Vorkaufsrechts den Kaufvertrag nicht erfüllen könne.

Der Kläger hat deshalb beantragt,

1. den Beklagten zur Zahlung von 10 000 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 15. Juli 1959 zu verurteilen,
2. die Verpflichtung des Beklagten festzustellen, den aus der Nichterfüllung des Grundstückskaufvertrages ab 1. Juli 1959 entstandenen und noch entstehenden Schaden zu ersetzen.

Der Beklagte hat beantragt,
die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen: Der Kläger sei bei Vertragsabschluß darüber unterrichtet gewesen, daß das Vorkaufsrecht noch nicht im Grundbuch eingetragen sei, daß der Eintragung auch Hindernisse entgegenstünden, die nicht ohne weiteres behoben werden könnten, und daß das Vorkaufsrecht ohne Eintragung nicht rechtswirksam sei. Der Kläger sei auch nicht imstande gewesen, den Kaufvertrag zu erfüllen. Er habe überdies auf ihm etwa zustehende Schadensersatzansprüche verzichtet.

Das Landgericht hat nach Beweisaufnahme der Klage stattgegeben. Es hat darauf abgestellt, daß der Nachweis dafür, daß der Kläger die Unwirksamkeit des Vorkaufsrechts gekannt habe, vom Beklagten nicht erbracht sei.

Auf die Berufung des Beklagten hat das Oberlandesgericht nach weiterer Beweisaufnahme die Klage abgewiesen.

Mit seiner Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter. Der Beklagte beantragt Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht geht mit Recht davon aus, daß, wenn der Verkäufer einer Sache die ihm nach

§ 433 BGB obliegende Verpflichtung zur Verschaffung des Eigentums nicht erfüllt, sich die Rechte des Käufers gemäß § 440 Abs. 1 BGB nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327 BGB bestimmen, daß dies auch dann gilt, wenn der Verkäufer bereits bei Abschluß des Kaufvertrags zur Verschaffung des Eigentums unvernünftig war (LM § 439 BGB Nr. 3 mit weiteren Nachweisen), und daß deshalb der Verkäufer nach § 325 BGB zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet ist.

Eine solche Haftung des Beklagten erachtet jedoch das Berufungsgericht nach § 439 BGB für ausgeschlossen, weil der Kläger beim Abschluß des Kaufvertrags gewußt habe, daß der Gemeinschaftler R. nicht Eigentümer des Grundstücks gewesen sei. Auch das ist frei von Rechtsirrtum, da sich die Vorschrift des § 439 BGB nicht nur auf ein das Eigentum beschränkendes Recht eines Dritten im Sinne des § 434 BGB, sondern auch auf das Eigentum selbst bezieht (BGB RGRK 11. Aufl. § 439 Anm. 3; Soergel/Siebert BGB 9. Aufl. § 439 Anm. 5, jeweils mit weiteren Nachweisen).

Das Berufungsgericht hat schließlich ohne Rechtsirrtum die Auffassung des Landgerichts abgelehnt, der Mangel im Recht im Sinne des § 439 Abs. 1 BGB liege hier darin, daß das für den Gemeinschaftler bewilligte Vorkaufrecht unwirksam gewesen sei. Dieses Vorkaufrecht fällt nicht unter § 439 Abs. 1 BGB, weil es kein den Rechtserwerb des Klägers belastendes Recht im Sinne des § 434 BGB ist. Wenn es wirksam begründet worden wäre, hätte es, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, vielmehr dem Beklagten gerade die Möglichkeit gegeben, das Grundstück zu beschaffen und

seine Verkäuferpflicht gegenüber dem Kläger zu erfüllen.

Insoweit werden auch von der Revision keine Angriffe erhoben.

2. Da die Vorschrift des § 439 Abs. 1 BGB nachgiebiges Recht enthält, die Vertragsparteien also eine von ihr abweichende Regelung treffen können (BGB RGRK aaO § 439 Anm. 7; Staudinger, BGB 11. Aufl. § 439 Anm. 22; Erman, BGB 3. Aufl. § 439 Anm. 4), erhebt sich aber, wie sowohl das Berufungsgericht als auch beide Parteien richtig erkannt haben, die Frage, ob die Parteien nicht mit Rücksicht darauf, daß sie beide beim Abschluß des Kaufvertrages das Nichteigentum des Gemeinschuldners gekannt haben, wenigstens - was hier allein in Betracht kommt - stillschweigend die Anwendung des § 439 Abs. 1 BGB, also den Fortfall der Vertretungspflicht des Beklagten für den Rechtsmangel, ausgeschlossen haben. Hierzu wird schon in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch (II. S. 216) ausgeführt, daß, wenn beide Vertragsparteien den Kaufvertrag wissentlich und ausdrücklich über die Sache eines Dritten abgeschlossen haben, es von der Beurteilung des konkreten Falles abhängt, ob ein (nach BGHZ 13, 341, 345 der Vorschrift des § 439 Abs. 1 BGB zu Grunde liegender) Verzicht des Erwerbers auf die Haftpflicht des Veräußerers anzunehmen sei oder nicht. Dementsprechend wird in der Rechtsprechung und im Schrifttum die Ansicht vertreten, daß in dem wissentlichen Verkauf einer fremden Sache eine Gewährleistung des Verkäufers, nämlich dessen Zusicherung zur Beseitigung

des Rechtsmangels liegen könne (RG Recht 1921 Nr. 520; BGB RGRK aaO § 439 Anm. 7; Staudinger aaO § 439 Anm. 22; Erman aaO § 439 Anm. 4; Oertmann BGB 5. Aufl. § 439 Anm. 1 d; Planck, BGB 4. Aufl. § 439 Anm. 1 b; Enneccerus/Lehmann, Schuldrecht 15. Bearbeitung § 106 III 2 S. 426). Der Verkäufer soll hiernach insbesondere dann für die Erfüllung des Kaufvertrags haften, wenn der Käufer nach den Umständen des Falles davon ausgehen durfte, daß der Verkäufer im Einverständnis mit dem Dritten, also dem Eigentümer, handelte (OLG Stuttgart Recht 1918 Nr. 216; BGB RGRK aaO § 439 Anm. 7).

Eine stillschweigend vereinbarte Zusicherung in dem aufgeführten Sinne wird von dem Berufungsgericht mit folgender Begründung verneint:

Für den Verkauf beweglicher, nur der Gattung nach bestimmter Sachen, die sich der Verkäufer erst durch einen Deckungskauf besorgen müsse, möge zwar, zumal bei Geschäften unter Kaufleuten, die Erwägung zutreffen, daß in dem Verkauf unter solchen Umständen gleichzeitig eine stillschweigende Garantie des Verkäufers für die Beschaffung der Gegenstände zu erblicken sei. Für den ganz anders gelagerten Fall des Verkaufs eines fremden Hausgrundstücks müßten aber andere Umstände hinzutreten, ehe eine stillschweigende Garantie angenommen werden könne. In dieser Beziehung komme eine Bedeutung der Rolle zu, die das vermeintliche Vorkaufsrecht des Gemeinschuldners bei den Überlegungen und Verhandlungen der Parteien gespielt habe. Nun habe der Kläger aber

- allerdings in Abweichung von seinem Vortrag im ersten und noch zu Beginn des zweiten Rechtszugs - persönlich erklärt und fortan vortragen lassen, er habe bis zum Vertragsabschluß überhaupt nichts von einem Vorkaufsrecht des Gemeinschuldners gewußt und darüber weder von dem Beklagten noch von dritter Seite etwas erfahren. Diesen Vortrag, den der Beklagte überdies vergeblich zu widerlegen versucht habe, müsse der Kläger gegen sich gelten lassen. Habe er aber gar nicht gewußt, daß der Beklagte auf Grund eines Vorkaufsrechts das Grundstück sicher an der Hand zu haben meinte, dann scheide die Möglichkeit aus, daß der Kläger irgend etwas in dem Verhalten und in den Äußerungen des Beklagten in Beziehung auf das Vorkaufsrecht als besondere Zusicherung der Eigentumsverschaffung auch nur habe verstehen können oder verstanden habe. Dem entspreche auf der anderen Seite, daß der Beklagte sich unbestritten vor und bei Vertragsabschluß gegenüber dem Kläger nicht positiv zu dem Vorkaufsrecht geäußert und auch sonst nicht seine Zuversicht bekräftigt habe, daß er das Eigentum verschaffen werde. Bedenken und Zweifel, die den Beklagten zu solchen Äußerungen hätten veranlassen können, habe der Kläger nach seinem eigenen Vortrag auch nicht vorgebracht. Er habe überhaupt eine unklare Vorstellung darüber gehabt, wieso der Beklagte habe hoffen können, an das Grundstück heranzukommen. Er habe sich im Grunde, wie er es zu einem andern Punkt selbst ausgedrückt habe, keine Gedanken darüber gemacht. Wenn er beispielsweise an einen "Anspruch" des Gemeinschuldners gegen den Grundstückseigentümer deshalb geglaubt habe, weil der Gemeinschuldner bereits 80 000 DM in das

Grundstück hineingesteckt habe, so liege mindestens die Vermutung nahe, daß er selbst nur von einer auf diese wirtschaftliche Machtstellung gegründeten, mehr oder weniger großen tatsächlichen Aussicht des Beklagten auf Ersterung des Grundstücks ausgegangen sei. Jedenfalls aber habe er nicht behauptet, geschweige denn dargetan, daß seine unklaren Vorstellungen von dem Beklagten hervorgerufen oder bekräftigt worden seien. Nach der Reise zu F [REDACTED], die er vor Vertragsabschluß ausgeführt habe, habe der Kläger überdies positiv wenigstens das eine gewußt, daß dieser nicht bereit gewesen sei, ihm unmittelbar ohne Umweg über den Beklagten das Grundstück zu verkaufen. Gerade dann, wenn er die Beweggründe F [REDACTED] nach seiner Darstellung nicht gekannt oder nicht verstanden gehabt habe, andererseits der Beklagte ja ausdrücklich dem unmittelbaren Erwerb zugestimmt habe, hätten sich ihm um so mehr Bedenken aufdrängen müssen, ob der geplante Grundstückserwerb überhaupt ohne Schwierigkeiten vor sich gehen werde. Seine Erklärung, er habe sich darüber keine Gedanken gemacht, könne unter solchen Umständen nur als ein Ausweichen vor dem Eingeständnis gewertet werden, daß er die ihm sich bietende Chance auf den vorteilhaften Erwerb des Grundstücks auf jeden Fall ohne Rücksicht auf die Erfolgsaussicht habe wahrnehmen wollen.

3. Da diese Ausführungen des Berufungsgerichts eine Auslegungsfrage zum Gegenstand haben (vgl. BGB RGRK aaO § 439 Anm. 7), sind sie in der Revisionsinstanz nur beschränkt, nämlich nur dahin nachprüfbar, ob

gesetzliche Auslegungsregeln oder Verfahrensvorschriften verletzt sind.

Die in dieser Hinsicht erhobenen Revisionsrügen sind jedoch unbegründet.

a) Die Revision meint zunächst, es seien hier die Grundsätze anwendbar, die das Reichsgericht in RGZ 97, 325 ausgesprochen habe. Dem kann nicht gefolgt werden. In dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall ging es um die Lieferung von Flacheisen, das der zur Lieferung Verpflichtete, wie seinem Vertragsgegner bekannt war, sich erst von einem bestimmten Werk beschaffen sollte, dort aber aus kriegsbedingten Gründen nicht erhielt. Das Reichsgericht hat die Forderung des Vertragsgegners auf Schadensersatz wegen Nichtlieferung des Flacheisens u.a. mit der von der Revision herangezogenen Begründung bejaht, daß derjenige, der eine Leistungsverpflichtung übernehme und dabei erkennbar mache, daß deren Erfüllung von der Durchführbarkeit eines vorläufigen Deckungskaufes abhängige, damit stillschweigend seinem Vertragsgegner gegenüber die Garantie übernehme, daß die Lieferungsvorpflichtungen seines Vormannes ihm gegenüber mindestens die gleichen seien, wie die seinen dem Vertragsgegner gegenüber, und daß er sich durch das Deckungsgeschäft die gleiche Sicherheit und Wahrscheinlichkeit geschaffen habe, die weiterverkaufte Ware zu erhalten, wie sie der Vertragsgegner sich durch den Vertragsabschluß zu verschaffen gehofft habe (RG aaO 328). Dieser Grundsatz kann, wie in der Revisionserwiderung mit Recht hervorgehoben wird, über den ihm zu Grunde liegenden Sachverhalt (beschränkte Gattungsschuld, Handelsgeschäft zum mindesten auf Seiten des Verkäufers) hinaus keine Geltung

beanspruchen und deshalb hier, wo es sich um den Verkauf eines Hausgrundstücks handelt, aus den vom Berufungsgericht aufgeführten Gründen nicht angewendet werden. Soweit die Revision in diesem Zusammenhang noch meint, wenn ein Laie von einem Rechtsanwalt ein Grundstück kaufe, dann gingen beide Parteien davon aus, daß der Verkäufer auch die Eigentumsverschaffung an den Käufer möglich mache, ist ihr entgegenzuhalten, daß damit noch nichts darüber gesagt ist, daß der Beklagte auch die Garantie für die Eigentumsverschaffung übernommen hat.

b) Die Revision macht dem Berufungsgericht sodann zum Vorwurf, es habe unter Verletzung des § 286 ZPO den von den Parteien in § 3 des Kaufvertrags vereinbarten Zahlungsmodus nicht berücksichtigt, nach dem vom Kläger 10 000 DM innerhalb einer Woche nach erfolgter Vertragsannahme zu zahlen gewesen seien. Die Zustimmung des Beklagten zu dieser Vertragsbestimmung und die darin liegende Bereitschaft, einen Teil des Kaufpreises unmittelbar nach Abschluß des Kaufvertrags und vor der Auflassung und der Eintragung in Empfang zu nehmen, könne, so meint die Revision, nur als absolute Garantie des Beklagten für die Eigentumsverschaffung angesehen werden.

Auch diese Rüge ist nicht begründet. Da das Berufungsgericht die in Frage stehende Zahlungsvereinbarung im Tatbestand seines Urteils ausdrücklich aufgeführt hat (BU S. 3), ist schon kein Anhaltspunkt für ein Übersehen dieser Vereinbarung gegeben. Aus ihr kann auch nur entnommen werden, daß die Parteien mit der Erfüllung des Kaufvertrags gerechnet haben. Über eine

Zusicherung des Beklagten, seine Verpflichtung zur Eigentumsverschaffung zu erfüllen, besagt sie nichts.

c) Die Revision wendet sich weiter gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, der Kläger müsse seinen Vortrag bei seiner persönlichen Anhörung, er habe bis zum Vertragsabschluß überhaupt nichts von einem Vorkaufsrecht des Gemeinschuldners gewußt und darüber weder von dem Beklagten noch von dritter Seite etwas erfahren, gegen sich gelten lassen. Sie meint, diese Ausführungen beruhten auf einer Verkennung der Zeitfolge; der Kläger habe bei seiner Parteivernehmung am 6. November 1961 erklärt, er wisse nicht, ob Fischer (anläßlich der Reise des Klägers in die Schweiz) von dem Recht des Beklagten oder dem Vorkaufsrecht gesprochen habe; anschließend habe der Kläger in seinem Schriftsatz vom 22. Januar 1962 vortragen lassen, daß er bis zu seiner Reise in die Schweiz weder gewußt habe, daß das Grundstück bereits verkauft gewesen sei, noch habe er gewußt, daß der Beklagte den Verkauf über sein Vorkaufsrecht herleiten würde; am 25. Januar 1962 habe dann der Kläger (bei seiner zweiten persönlichen Anhörung) erklärt, ihm sei nicht bekannt gewesen, daß sein Kaufvertrag nur auf Grund eines noch auszuübenden Vorkaufsrechts erfüllt werden könnte, ihm sei von einem solchen Vorkaufsrecht nichts bekannt gewesen und ihm sei auch bei Abschluß seines Vertrags nicht bekannt gewesen, daß das Grundstück bereits von Fischer an Kimbeck verkauft gewesen sei.

Damit kann die Revision jedenfalls im Ergebnis keinen Erfolg haben. Da der Kläger nur nach seiner ersten,

nicht aber auch nach seiner zweiten Anhörung noch einen Schriftsatz eingereicht hat, trifft zwar die Auffassung des Berufungsgerichts nicht zu, der Kläger habe fortan, also nach seiner ersten Anhörung, vortragen lassen, er habe bis zum Vertragsabschluß überhaupt nichts von einem Vorkaufsrecht des Gemeinschuldners gewußt; denn in dem (zwischen beiden Anhörungen eingereichten) Schriftsatz vom 22. Januar 1962 ist tatsächlich nur davon die Rede, der Kläger habe bis zur Reise in die Schweiz nichts davon gewußt, daß der Beklagte den Verkauf über sein Vorkaufsrecht herleiten würde. Dieser Irrtum des Berufungsgerichts ist aber unschädlich, weil es diesem ersichtlich auf die persönliche Erklärung des Klägers bei seiner ersten Anhörung ankam. Wenn es diese Erklärung dahin gewürdigt hat, daß der Kläger bis zu dem Vertragsabschluß keine Kenntnis von dem Vorkaufsrecht des Gemeinschuldners gehabt habe, so ist dies aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Im übrigen hat der Kläger bei seiner zweiten Anhörung ausdrücklich erklärt, er bleibe dabei, daß ihm u.a. von einem Vorkaufsrecht nichts bekannt gewesen sei. Daß damit nicht die Zeit bis zur Reise in die Schweiz, sondern die Zeit bis zum Vertragsabschluß gemeint war, ergibt sich eindeutig aus dem folgenden Satz der Aussage des Klägers, es sei ihm bei Abschluß seines Vertrags auch nicht bekannt gewesen, daß das Grundstück bereits von Fischer an Kimbock verkauft gewesen sei.

Es kann auch die in diesem Zusammenhang noch geäußerte Meinung der Revision nicht unwidersprochen bleiben, aus dem Verhalten des Klägers könne jedenfalls nicht ge-

geschlossen werden, daß er auf die Geltendmachung des Rechtsmangels des Nichteigentums des Beklagten (richtig: des Gemeinschuldners) verzichtet habe. Da der Kläger wegen seiner Kenntnis von dem Nichteigentum des Gemeinschuldners diesen Rechtsmangel, wie bereits unter 1 ausgeführt, nach § 439 Abs. 1 BGB nicht geltend machen kann, geht es in dem vorliegenden Rechtsstreit nicht um einen Verzicht des Klägers auf die Geltendmachung des Rechtsmangels, sondern darum, ob der Beklagte dem Kläger wegen des Rechtsmangels außergesetzlich, nämlich auf Grund einer stillschweigenden vertraglichen Vereinbarung haftet.

Entgegen der Meinung der Revision ergeben sich auch daraus keine Anhaltspunkte für eine Zusicherung der Eigentumsverschaffung durch den Beklagten, daß der Kläger vor dem Abschluß des notariellen Kaufvertrags zu Fischer in die Schweiz gereist war und der Beklagte auf diese Reise seinen Vertreter und seinen Bürovorsteher mit geschickt hatte. Diese Umstände besagen nicht mehr, als daß es hierdurch dem Kläger ermöglicht werden sollte, das Grundstück unmittelbar von Fischer zu erwerben.

4. Die Revision meint schließlich, aus dem von den Parteien vorgetragenen Prozeßstoff ergebe sich mindestens in Höhe des eingeklagten Betrags ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten aus Verschulden bei Vertragsabschluß, weil der Beklagte als Rechtsanwalt hätte wissen müssen, daß ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück nach § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedürfe, und er deshalb verpflichtet gewesen wäre,

den Kläger darüber aufzuklären, daß er das von ihm verkaufte Grundstück nicht fest an der Hand gehabt habe.

Dem Erfolg dieser Rüge steht entgegen, daß der Kläger in diesem Fall, wie das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum ausführt, nur einen Anspruch auf Ersatz seines Vertrauensschadens haben würde, mit der Klage aber (vergl. auch Urteil des Landgerichts S. 6 des Tatbestandes und Berufungsurteil S. 3 des Tatbestandes) ausdrücklich Schadensersatz wegen Nichterfüllung begehrt wird (Urteile des Senats vom 2. Dezember 1959, V ZR 72/58 S. 9, vom 6. März 1963, V ZR 88/61 S. 6 und vom 10. Juli 1963, V ZR 66/62 S. 3/4, WM 1963, 967). Der Senat kann deshalb auf den Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsabschluß und damit auch auf die in dieser Hinsicht möglicherweise bedeutsame Meinung der Revision nicht eingehen, der Beklagte hätte als Rechtsanwalt wissen müssen, daß ein Vorkaufsrecht an einem Grundstück nach § 313 BGB der notariellen Beurkundung bedürfte und daß diese Beurkundung nicht durch eine Eintragungsbewilligung ersetzt werden könne.

5. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Klägers enthalten, war dessen Revision mit der Kostenfolgen des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Tasche Dr. Augustin Rothe

Dr. Freitag Ofterdinger