

1. 1. Siegt ein Tauschvertrag (mit gespaltener Parteirolle) vor, wenn jemand durch einen einheitlichen Vertrag seine Sache einem andern überläßt und dafür die Sache eines Dritten erhält? Richtet sich der Gewährleistungsanspruch wegen der erhaltenen Sache gegen beide Vertragsgegner?

2. Ist für den Gewährleistungsanspruch Verschulden des Gewährleistungspflichtigen erforderlich? Kann der Erwerber neben Gewährleistung auch Schadenersatz verlangen und muß er das Verschulden des Gegners am Schaden beweisen?

Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Österreichs) — ABGB. — §§ 922ffg., 1045, 1324, 1331, 1332.

VIII. Zivilsenat. Beschl. v. 15. Juni 1939 i. S. M. (M.) w. S. u. a. (Wekl.). VIII 64/39.

I. Landgericht Graz.

II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hat vom Erstbeklagten eine mit Mängeln behaftete Liegenschaft entgeltlich erworben und dafür eine ihm gehörige Liegenschaft dem Zweitbeklagten entgeltlich überlassen.

Der Kläger und der Erstrichter gehen von der Ansicht aus, daß die Parteien damit einen einheitlichen Vertrag abschließen wollten, nach welchem der Kläger seine Liegenschaft gegen diejenige des Erstbeklagten an den Zweitbeklagten vertauschte.

Das Erstgericht hat dem Begehren des Klägers auf Minderung wegen Gewährleistung für Mängel teilweise Folge gegeben und das Mehrbegehren, darunter auch Schadenersatzansprüche, abgewiesen.

Das Berufungsgericht hat das gegen den Zweitbeklagten gerichtete Klagebegehren ganz abgewiesen, weil nach den unbedenklichen Feststellungen des Erstgerichtes der Vertreter des Klägers, der Rechtsanwalt Dr. M., aus rechtlichen Bedenken keinen einheitlichen Tausch-

vertrag, sondern zwei Kaufverträge verfaßt habe und in dem einen der Kläger als Verkäufer seiner Liegenschaft und der Zweitbeklagte als Käufer, in dem anderen aber der Kläger als Käufer der Liegenschaft des Erstbeklagten und dieser als Verkäufer auftrete, ferner weil der Kläger zugegeben habe, daß Dr. M. sein Bevollmächtigter gewesen sei und er nach Aufklärung durch ihn darüber, daß ein einheitlicher Tauschvertrag nicht geschlossen werden könne, die Kaufverträge unterfertigt habe und danach mit dieser Form des Vertragsabschlusses einverstanden gewesen sei. Vertragsgegner des Klägers sei daher nur der Erstbeklagte, nicht aber auch der Zweitbeklagte gewesen. Eine Haftung des Zweitbeklagten als „Mittäter“ bei Urglist oder Irreführung komme deshalb nicht in Betracht, weil der Kläger den beiden Beklagten kein Verschulden habe nachweisen können und weil er in seinem Kaufvertrag auf die Haftung für Gewährleistung verzichtet habe. Die Abweisung des Mehrbegehrens gegen den Erstbeklagten bestätigte das Berufungsgericht.

Auf Revision des Klägers wurde das Urteil des Berufungsgerichts aufgehoben und die Sache an das Erstgericht zurückerwiesen.

Gründe:

Das Erstgericht hat, vom Berufungsgericht unbeanstandet, festgestellt, der Wille aller Streittheile sei von Anfang an dahin gegangen, daß der Erstbeklagte seine Liegenschaft dem Kläger und dafür wieder der Kläger seine Liegenschaft dem Sohne des Erstbeklagten, dem Zweitbeklagten, überlasse, und daß nur der Urkundenverfasser wegen Bedenken, den Parteinillen in die Form eines Tauschvertrages zu kleiden, aus eigenem Entschluß die Form zweier Kaufverträge gewählt habe.

Ohne daß auf die Rüge der Unklarheit der oben wiedergegebenen Annahme des Berufungsgerichts nach diesen Feststellungen des Erstgerichts eingegangen zu werden braucht, ergibt sich schon aus der rechtlichen Überprüfung, daß die rechtlichen Schlüsse des Berufungsgerichts aus den erstrichterlichen Feststellungen nicht gebilligt werden können. Die vom Anwalt gewählte Form des Vertrages zur Durchführung und Erfüllung des übereinstimmenden und auch geäußerten Parteinillens ist gleichgültig; maßgebend ist vielmehr nur der unter den Streittheilen ausgedrückte Vertragswille und Vertragsinhalt. Dieser war aber nach den Fest-

stellungen auf den Abschluß eines Tausches der beiden Liegenschaften gerichtet.

Daß hierbei die eine Liegenschaft nicht dem Zweitbeklagten, sondern seinem Vater gehörte, spielt keine Rolle, weil dieser sie seinem Sohne für den beabsichtigten Tauschvertrag zur Verfügung gestellt hat. Welche Gründe ihn hierzu veranlaßt haben und welches Rechtsgeschäft zwischen Vater und Sohn, also den beiden Beklagten, bei Überlassung der Liegenschaft zur Ermöglichung des Tauschvertrages vorliegt, ist für die vorliegende Entscheidung belanglos. Die gewählte Vertragsform stellt eine der verschiedenen Möglichkeiten dar, durch welche der Erstbeklagte seinem Sohne seine Liegenschaft zur Durchführung des von den Parteien beabsichtigten Tauschvertrages mit gleichzeitigem Übergang der Liegenschaft des Klägers an den Zweitbeklagten zur Verfügung stellen konnte. Es wäre ebensogut möglich gewesen, daß der Vater zuerst seine Liegenschaft dem Sohn übergeben und dann der Sohn diese Liegenschaft mit dem Kläger getauscht hätte. Nicht auf den Weg, sondern auf das beabsichtigte Ergebnis kommt es mit Rücksicht auf die übereinstimmende Absicht der Streittheile an. Nach dieser Absicht hat aber der Zweitbeklagte dem Kläger für dessen Liegenschaft seine ihm vom Vater zur Verfügung gestellte Liegenschaft im Tauschweg überlassen, so daß die beiden (Kauf-) Verträge rechtlich eine untrennbare Einheit bilden. Hier liegt ein Rechtsverhältnis vor, bei dem die in der Regel einem einzelnen zukommende Parteirolle zwischen mehreren Personen aufgeteilt ist (gespaltener Vertrag). Daraus ergibt sich aber, daß auch der Zweitbeklagte bei diesem entgeltlichen Geschäft Gewährleistung und allenfalls Schadensersatz zu leisten hat, falls der Kläger darauf nicht rechtswirksam verzichtet hat. Ein Verzicht auf etwaige Schadensersatzansprüche wird nicht einmal behauptet.

Die Frage des Verzichtes auf die Gewährleistung läßt sich aber nicht damit abtun, daß der Kläger Umstände, aus denen auf List (§ 870 ABGB.) der beiden Beklagten beim Abschluß des Vertrages geschlossen werden könnte, nach den bisherigen Feststellungen nicht dargetan habe. Denn diese Frage hängt nicht bloß von List ab. Damit hängt aber auch zusammen, daß eine Entscheidung über die Schadensersatzansprüche noch nicht möglich ist.

Deshalb ist auf die für die Entscheidung maßgebenden Fragen im einzelnen einzugehen.

1. Die Gewährleistung unterscheidet zwischen bekannten und unbekanntem Mängeln. Erkennbarkeit kommt hier der Kenntnis nur für solche Mängel gleich, die in die Augen fallen oder aus den öffentlichen Büchern zu ersehen sind; die übrigen, zwar erkennbaren, aber nicht wirklich bekannten Mängel zählen zu den unbekanntem Mängeln. § 928 ABGB. schließt nun die Haftung für bekannte Mängel außer dem Falle des arglistigen Verschweigens oder der ausdrücklichen Zusage überhaupt aus. Es bedarf daher wegen der bekannten Mängel keines Verzichtes auf die Gewährleistung.

Sieht man im vorliegenden Falle vorläufig vom Verzicht ab, so hat der Kläger, wenn er Gewährleistung verlangen will, zunächst den Bestand des Mangels bei der Übergabe der Liegenschaft zu behaupten und zu beweisen. Die Beklagten können dagegen einwenden, daß der vom Kläger bewiesene Mangel augenfällig (nicht bloß erkennbar) sei. Gelingt den Beklagten dieser Beweis, so kann der Kläger arglistiges Verschweigen oder Zusage der Mangelfreiheit für den als augenfällig nachgewiesenen Mangel behaupten und beweisen. (Wenn z. B. nasse Flecken in der Mauer augenfällig waren, der Kläger sie beanstandete, die Beklagten ihn aber damit beruhigten, daß die Flecken verschwinden würden, dies aber nicht eintritt, so liegt allenfalls ein arglistiges Verschweigen der Beklagten vor, wenn sie wußten, daß die Flecken solche sind, die nicht verschwinden werden, oder es liegt eine unrichtige Zusage des Nichtbestehens des wahrgenommenen Mangels vor [§ 928 ABGB.]. Der Kläger durfte sich trotz der Augenfälligkeit mit der Erklärung der Beklagten begnügen und brauchte sie nicht auf ihre Richtigkeit zu untersuchen. Die Beklagten haften also in einem solchen Falle trotz der Augenfälligkeit des Mangels.)

Gelegentliche Besichtigungen der Liegenschaft durch den Kläger und die dabei gegebene Möglichkeit zur Wahrnehmung von Mängeln sind daher belanglos, weil die Mängel erst dadurch zu bekamen werden, daß der Kläger sie wirklich als Mängel erkennt; das aber müssen die Beklagten beweisen, damit der Mangel als bekannter Mangel anzusehen ist.

Daraus folgt, daß bisher die Frage, welche Mängel zu den bekannten und welche zu den unbekanntem gehören, noch nicht entsprechend geklärt und daher noch nicht entscheidungsreif ist.

Für die Gewährleistung ist aber ein Verschulden der Beklagten,

außer bei der Haftung wegen arglistigen Verschweigens bei bekannten Mängeln, überhaupt nicht erforderlich. Der Kläger braucht also, soweit er nur Gewährleistung und nicht auch Schadensersatz verlangt, ein Verschulden der Beklagten nicht zu beweisen, und diese können sich durch den Nachweis des Mangels eines Verschuldens von der Gewährleistungspflicht für nicht bekannte Mängel nicht befreien.

2. Soweit aber der Kläger über die Gewährleistung hinaus auch noch Schadensersatz (z. B. entgangenen Mietzins) verlangt (§ 932 Abs. 1 Schlussatz ABGB.), muß er auch ein Verschulden der Beklagten behaupten und beweisen. (Die gegenteilige Ansicht über die Beweisfrage in der Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in Wien vom 10. Mai 1931, 1 Ob. 914/31 — Rechtspr. 1932 Nr. 34 — wird nicht geteilt). Dieses Verschulden kann Arglist sein, es genügt aber auch „auffallende Sorglosigkeit“ (§§ 1324 und 1331 ABGB.) und sogar ein „minderer Grad des Verschuldens oder Nachlässigkeit“ (§ 1332 ABGB.), letzterer allerdings nur insoweit, als es sich um Schaden und nicht bloß um entgangenen Gewinn handelt. Auch über die Verschuldensfrage und den Umfang der etwaigen Haftung für Verschulden fehlt noch eine entsprechende Erörterung und Klarstellung. Daher umfaßt die Aufhebung des Urteils auch die Schadensersatzansprüche des Klägers.

3. Unabhängig von der Frage der Arglist (arglistiges Verschweigen der Mängel) nach § 928 ABGB. und der Frage des Verschuldens nach § 932 Abs. 1 ABGB. ist zu prüfen, ob und inwieweit der Verzicht des Klägers auf Gewährleistung wirksam ist.

Dieser Verzicht kann, weil durch List oder Irrtum herbeigeführt, ganz oder teilweise ungültig sein. Auch ist es möglich, daß er sich nach übereinstimmendem Parteiwillen nicht auf alle möglichen Mängel erstreckt. Für die augenfälligen Mängel wäre er nach obigen Ausführungen ohnehin gegenstandslos, es sei denn, daß trotz Augenfälligkeit die Gewährleistungspflicht bestanden hätte. Es ist aber denkbar, daß sich der Verzicht nur auf leicht erkennbare oder auf solche Mängel erstrecken sollte, die bei den in Betracht kommenden Gegenständen sehr häufig vorkommen und in den Kauf genommen, aber auch schon bei der Preisbildung berücksichtigt werden. Der Verzicht kann sich jedoch auch auf ganz außergewöhnliche Mängel erstrecken; doch ist für eine solche Annahme entweder eine vollkommen klare

Willensäußerung des Erwerbers oder ein besonderer Grund (z. B. besonders niedriger Preis) erforderlich.

Zur Frage des Umfangs der Parteienabsicht in der Verzichtserklärung bedarf es nicht der Erörterung von List und Irrtum. Vielmehr ist vorerst klarzustellen, welchen Umfang die Verzichtserklärung überhaupt hatte, und erst nach dieser Feststellung ist für den wirklich vom Kläger erklärten Verzicht auf die weitere Einwendung des Klägers, daß seine Verzichtserklärung überdies durch List und Irrtum herbeigeführt worden sei, einzugehen. Hierbei kann allerdings auch die gleiche Arglist wie beim Verschweigen eines Mangels bei der Herbeiführung der Verzichtserklärung eine Rolle spielen.

4. Daraus ergibt sich für die weiteren Erhebungen folgender Weg:

- a) Feststellung des Umfangs der Verzichtserklärung;
- b) falls der erklärte Verzicht für alle Mängel festgestellt wird, Behandlung der Einwendung von List und Irreführung bei der Abgabe der Verzichtserklärung;
- c) ergibt sich daraus eine Einschränkung der Verzichtserklärung, Klarstellung darüber, welche Mängel als bekannt (also augenfällig oder als solche geltend) und welche Mängel nicht als bekannt anzusehen sind, und weiter Klarstellung, ob für die nicht bekannten Mängel im einzelnen die Gewährleistung durch den Verzicht ausgeschaltet worden ist oder nicht;
- d) Klarstellung der Frage des Verschuldens und des Umfangs der Haftung für etwaige Schäden und entgangenen Gewinn (§ 932 Abs. 1, §§ 1324, 1331 und 1332 BGB.).