

58. 1. Darf über Gewährsmängel erkannt werden, solange die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe nicht erledigt sind?
 2. Kann der durch Vertragsstrafe zur Annahme verpflichtete Empfänger eines Vertragsantrags wegen nachträglich hervorgetretener Gewährsmängel Wandlung verlangen?

V. Zivilsenat. Urt. v. 27. Oktober 1915 i. S. Fr. (Bekl. w. G. (Kl.)).
 Rep. V. 26/15.

I. Landgericht I Berlin.

II. Kammergericht daselbst.

Der Beklagte hatte ein Hausgrundstück in B., das er für seine Frau um 1904 bebaut und 1905 für 300000 *M* verkauft hatte, nach Einleitung der Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung am 7. November 1910 für 215000 *M* wieder zugeschlagen erhalten. Am 7. Mai 1912 schloß er mit der Klägerin zwei notarielle Verträge. In dem einen räumte er der Klägerin das (demnächst eingetragene) Nießbrauchsrecht an dem Grundstück für die Zeit vom 1. April 1912 bis zum 1. Juli 1917 mit dem Recht und der Verpflichtung ein, das Grundstück zu verwalten und nach seinen Anweisungen instand zu halten, insbesondere alle notwendigen Verbesserungen aus den ihr zufließenden Einnahmen, nötigenfalls aber auch aus eigenen Mitteln vorzunehmen.

In der zweiten notariellen Urkunde vom 7. Mai 1912 trug zunächst der Beklagte der Klägerin mit Annahmefrist bis zum 1. April 1917 das Grundstück für 270000 *M* zum Kauf an. Nach den Kaufbedingungen (§§ 1 bis 6) sollte die Klägerin die Hypotheken von 235000 *M* übernehmen, 10000 *M* anzahlen und 25000 *M* mit $4\frac{1}{2}\%$ Zinsen seit dem 1. April 1912 eintragen lassen, auch Steuern, Lasten und Abgaben vom 1. April 1912 ab übernehmen. Die Anzahlung der 10000 *M* und die Übergabe des Grundstücks wurden — nach der Bescheinigung in dem Vertragsantrage — sofort vorgenommen. Die Gewährleistung für Größe, Güte und Beschaffenheit

des Grundstücks sollte nach § 5 des Antrags — unter Berücksichtigung des § 7 — ausgeschlossen sein. In diesem § 7 „vereinbarten“ beide Teile, daß die angezahlten 10000 *M* „als Entschädigung für die Offerte bzw. als Vertragsstrafe“ verfallen sollten, wenn Annahme des Kaufvertrags in notarieller Form nicht bis zum 1. April 1917 erfolge. Bis zur Annahme sollte das Restkaufgeld als Grundschuld eingetragen werden, das Recht auf Auflassung, spätestens 8 Tage nach der Annahme fällig, sollte vorgemerkt werden. Sodann hieß es weiter:

(Die Klägerin) „erkennt an, daß ihr mitgeteilt ist, daß im Vorderhaus — 1 Treppe links — im Badezimmer und Klosett, im Seitengebäude an Treppenpodesten sich im vorigen Jahre geringe Fäulnischäden gezeigt haben. (Der Beklagte) kommt dafür auf, daß diese Schäden beseitigt und an den bezeichneten Stellen kein Schwamm vorhanden ist, und erklärt, daß ihn von weiteren ähnlichen Schäden nichts bekannt ist. Die Parteien sind darüber einig, daß (der Beklagte) hierüber hinaus für Schwamm nicht haftet.“

Die Klägerin, die auf Grund des Nießbrauchsvertrags von dem Beklagten zu Ausbesserungen und Verbesserungen im Übermaß herangezogen zu sein behauptet, hat zuerst durch Schreiben vom 24. Februar 1913 und sodann durch Klage die Nichtigkeit der beiden Verträge geltend gemacht. Die Nichtigkeit wurde auf den Mangel der Zustimmung des Ehemanns der Klägerin, der zur Zeit der Verträge noch lebte, vor Anstellung der Klage jedoch verstorben ist, und auf Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gegründet. Der Beklagte sollte das Vorhandensein von großen Fäulnischäden und von Schwamm im ganzen Hause, namentlich aber im Keller, und zwar in der dortigen Regalbahn, arglistig verschwiegen haben. Die Klägerin verlangte Rückzahlung der angezahlten 10.000 *M* nebst 4% Zinsen seit dem 7. Mai 1912.

Das Landgericht hat unter Verwerfung der anderen Klagegründe nur die Anfechtung wegen des Hauschwamms in der Regalbahn, unter der Voraussetzung der Kenntnis des Beklagten, für begründet erachtet. Die Kenntnis erachtete es nicht für erwiesen und erkannte deshalb auf einen dem Beklagten zugeschobenen Eid. Wenn der Be-

Klagte diesen Eid leistete, sollte die Klage abgewiesen, andernfalls der Beklagte zur Rückzahlung von 10000 *M* nebst 4% Zinsen seit dem 7. Mai 1912 verurteilt werden.

In der Berufungsinstanz, die von der Klägerin beschritten wurde, suchte diese die Nichtigkeit der beiden Verträge vom 7. Mai 1912 noch daraus herzuleiten, daß die Beurkundung nicht dem Willen der Vertragsschließenden entsprochen habe. Diese hätten einen Grundstückskauf beabsichtigt, und die Form des Verkaufsanspruchs sei nur der Stempelposten wegen gewählt worden. Außerdem aber, so machte die Klägerin nunmehr geltend, habe der Beklagte auch seiner Gewährleistungspflicht nicht genügt, da er nach der Feststellung des Sachverständigen die Zusicherung im § 7 des Vertrags, daß die Fäulnischäden im Badezimmer und an den Treppenpodesten beseitigt seien, nicht erfüllt habe. Daraus folge das Wandlungsrecht der Klägerin und die Berechtigung des Klagenanspruchs. Eine Klageänderung liege darin nicht.

Das Kammergericht ist trotz des Widerspruchs des Beklagten dem beigetreten und hat das Vorhandensein einer Klageänderung verneint. Die geltend gemachten Nichtigkeitsgründe hat es nicht für begründet erachtet. In der Beurteilung der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist es dem Landgerichte zwar nicht entgegengetreten, hat jedoch den Eid über die Kenntnis des Beklagten wegen des neuen Gewährleistungsanspruchs nicht für erforderlich gehalten, vielmehr unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils ohne weiteres nach dem Klagenantrag erkannt. Die Gewährleistung (Wandelung) hat es in einer den Regeln des Kaufs (§§ 459 flg. BGB.) entsprechenden Weise auch gegenüber dem Verkaufsanspruch und Mißbrauchsverträge für zulässig erachtet.

Gegen dieses Urteil hat der Beklagte Revision eingelegt, die die Aufhebung des Urteils zur Folge hatte.

Aus den Gründen:

Wenn der Berufungsrichter die Erhebung des Gewährleistungsanspruchs in der Berufungsinstanz unter Verneinung der Klageänderung um deswillen für zulässig erachtet hat, weil die tatsächlichen Voraussetzungen schon in der Klage behauptet worden und der Gegenstand der Klage derselbe geblieben sei, so konnte dem schon deswegen nicht entgegengetreten werden, weil § 270 ZPO. die An-

fechtung einer solchen Entscheidung ausschließt (vgl. auch RGZ. Bd. 54 S. 221). Eine andere Frage aber ist es, ob der Berufungsrichter, ohne die Richtigkeitsgründe vollständig zu erledigen, den Gewährleistungs- (Wandlungs-)anspruch zuerkennen durfte. Denn die Gewährleistung hat, wie der Berufungsrichter selbst anerkannt hat, die Rechtsgültigkeit des Vertrags zur Voraussetzung, an dieser aber fehlt es, wenn der Vertrag aus irgend einem Grunde von vornherein nichtig war oder wenn er durch berechtigte Anfechtungserklärung nichtig geworden ist. Eine solche Anfechtungserklärung ist unwiderruflich und kann selbst durch Einverständnis beider Teile nicht mehr beseitigt werden (RGZ. Bd. 74 S. 3 fig.).

Nun hat der Berufungsrichter zwar den in der ersten Instanz an erster Stelle geltend gemachten und den in der Berufungsinstanz neu eingeführten Richtigkeitsgrund verworfen, ohne daß gegen diese Verwerfung etwas zu erinnern ist. Denn die Rechte, die dem Ehemanne der Klägerin an deren eingebrachtem Vermögen zustanden, hinderten nach § 1399 BGB. nicht die obligatorische Verpflichtung der Klägerin; die Hindernisse, die § 1412 BGB. der Geltendmachung dieser Verpflichtung in den Weg legte, sind mit dem Tode des Ehemanns weggefallen (vgl. RGZ. Bd. 58 S. 36/8). Von einer Richtigkeit konnte deswegen überhaupt nicht die Rede sein. Den Richtigkeitsgrund der Berufungsinstanz aber hat der Berufungsrichter deshalb abgelehnt, weil die Klägerin den behaupteten Widerspruch zwischen Parteiwillen und notarieller Beurkundung nicht durch weitere Angaben von Tatsachen gestützt habe. Die Klägerin hatte sich auf das Urteil des erkennenden Senats vom 2. Februar 1910 in der Zeitschrift des Notar. Ver. 1911 S. 324 (V 113/1909, auch im Zentr.-Bl. Freiw. Ger. Bd. X S. 731) berufen; dort war aber mit tatsächlicher Begründung vom Berufungsrichter festgestellt, daß die Parteien nicht lediglich die beurkundete Kaufofferte, sondern daß sie einen endgültigen Kaufvertrag vereinbart hatten. Im vorliegenden Falle mochte der von Widersprüchen nicht freie Inhalt der notariellen Urkunden Bedenken erwecken, ob die notarielle Beurkundung dem Parteiwillen Rechnung trug. Der Berufungsrichter hätte daher, wie in dem Urteil V 212/1914 (Gruch. Beitr. Bd. 59 S. 346) hervorgehoben worden ist, etwaigen Beweisansträgen in dieser Beziehung nachgehen müssen, solche Beweisansträge aber waren gar nicht

gestellt worden. Der Inhalt der notariellen Urkunden allein rechtfertigte nicht die Annahme ihrer Richtigkeit.

Unerledigt geblieben aber ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Der Berufungsrichter hat die Kenntnis des Beklagten von dem im Kellergeschoß in der Regelbahn vorgefundenen Schwamm weder für erwiesen noch für widerlegt erachtet, er würde nach seinen Ausführungen über diese von ihm mit Recht für erheblich erachtete Tatsache noch den Eid abgenommen haben, auf den der erste Richter erkannt hatte, er hat jedoch mit Rücksicht auf den als begründet angenommenen Gewährleistungsanspruch davon abgesehen. Dies war nach dem bereits Bemerkten rechtlich unzulässig (vgl. Jur. Wochenschr. 1913 S. 485 Nr. 4).

Was die Gewährleistung (Wandelung) selbst anlangt, so kann von einer solchen streng genommen keine Rede sein, da die Gewährleistung einen endgültig zustande gekommenen Vertrag voraussetzt, der dem anderen Teile die Gefahr der Sache überträgt, während vorliegendenfalls nur ein Verkaufsantrag vorliegt, dem einzelne Hilfsverträge zur Seite stehen. Man kann es aber, wie der Berufungsrichter zutreffend ausgeführt hat, dem anderen Teile nicht zumuten, die Annahme eines Verkaufsantrags zu erklären, wenn er in der Lage ist, den Vertrag aus Gewährleistungsgründen sofort wieder rückgängig zu machen. Es liegt dann kein annahmefähiger Verkaufsantrag mehr vor. Treten also Gewährsmängel hervor, die bis zum Zeitpunkte des Gefahrüberganges nicht zu beseitigen sind, so kann man es dem Antragsempfänger nicht verwehren, durch Verweigerung der Annahme sich zugleich von den hilfsweise mit Rücksicht auf die Annahmefähigkeit des Vertragsantrags übernommenen Verpflichtungen zu befreien und so wandlungsähnliche Wirkungen herbeizuführen. Er hat dann natürlich auch die Sache mit Rechnungslegung über die Verwaltung zurückzugeben.

Im vorliegenden Falle hat der Berufungsrichter einen Gewährleistungsmangel dieser Art schon darin gefunden, daß der Beklagte — ganz abgesehen vom Hausschwamm — die im § 7 des Vertragsantrags erklärte Zusicherung, die dort erwähnten geringen Fäulnisschäden seien beseitigt, nicht erfüllt habe. Nun kann es zweifelhaft sein, ob die Bestimmung des § 7 a. a. O., der sich anscheinend nur mit der Haftung für den Hausschwamm befaßt, in der Tat die von

dem Berufungsrichter ihr untergelegte Bedeutung hatte, daß der Beklagte für jeden, auch den unbedeutendsten Fäulnissschaden, den er nicht beseitigte, wie für eine zugesicherte Eigenschaft haften sollte. Es handelt sich jedoch hier um Vertragsauslegung, die mit dem Wortlaute des Vertrags nicht im Widerspruch steht und auch sonst einen Rechtsirrtum nicht erkennen läßt, so daß den Revisionsangriffen in dieser Beziehung nicht nachgegangen werden konnte. Begründet erschien dagegen die Revisionsrüge, daß der Berufungsrichter bei der Feststellung, es seien die Feuchtigkeitschäden, die sich gezeigt hatten und deren Beseitigung der Beklagte zugesichert hatte, nicht vollständig beseitigt worden, die Beweisangebote des Beklagten nicht berücksichtigt hat. (Wird ausgeführt.) Endlich aber hat der Berufungsrichter auch gar nicht geprüft, ob die von ihm festgestellten, nicht beseitigten Schäden bis zum Zeitpunkte des Gefahrüberganges nicht noch beseitigt werden können. Er hat sich mit der Frage, wann nach den vorliegenden Vertragsurkunden die Gefahr der Sache übergang, überhaupt nicht befaßt.“