



# **BUNDESGERICHTSHOF**

## **BESCHLUSS**

V ZR 64/17

vom

21. September 2017

in dem Rechtsstreit

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 21. September 2017 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Prof. Dr. Schmidt-Räntsch, den Richter Dr. Kazele, die Richterin Haberkamp und den Richter Dr. Hamdorf

beschlossen:

Auf die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten wird das Urteil des 24. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 14. Februar 2017 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Nichtzulassungsbeschwerdeverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Der Gegenstandswert des Beschwerdeverfahrens beträgt 260.000 €.

#### Gründe:

##### I.

- 1 Die Kläger veräußerten mit notariellem Kaufvertrag vom 21. Juli 2006 an die Beklagten ein Erbbaurecht mit allen Bauten und Zubehör. In dem Kaufvertrag wurden Sachmängelansprüche der Beklagten ausgeschlossen mit Ausnahme solcher, die auf einer vorsätzlichen Pflichtverletzung der Kläger beruhen. Die Beklagten lösten vereinbarungsgemäß zunächst ein Grundpfandrecht

ab und zahlten einen Teilbetrag des Kaufpreises. Im Mai 2007 wurden sie als Erbbauberechtigte in das Grundbuch eingetragen.

- 2 Die Kläger machen mit der Klage u.a. den restlichen Kaufpreis geltend. Gestützt auf die Behauptung, die Kläger hätten zahlreiche Mängel des Hauses verschwiegen, haben die Beklagten mit der Widerklage zuletzt u.a. Rückzahlung des Kaufpreises verlangt, Zug-um-Zug gegen Rückübertragung des Erbbaurechts, sowie den Ersatz weiterer Schäden. Das Landgericht hat der Klage weitestgehend stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und die Revision nicht zugelassen. Dagegen richtet sich die Nichtzulassungsbeschwerde der Beklagten, die mit der Revision ihren Antrag auf Klageabweisung und ihre Widerklageanträge weiterverfolgen möchten. Die Kläger beantragen die Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerde.

## II.

- 3 Das Berufungsgericht hält die Ansprüche der Beklagten aufgrund des vereinbarten Ausschlusses der Sachmängelhaftung für nicht gegeben. Es sei den Beklagten auch nach ergänzender Beweisaufnahme in zweiter Instanz nicht gelungen zu beweisen, dass die Kläger offenbarungspflichtige Mängel arglistig verschwiegen hätten.

- 4 Hinsichtlich der Feuchtigkeit im Keller habe die Beweisaufnahme lediglich ergeben, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses Feuchtigkeitsschäden an einer Wand oberhalb einer dort befindlichen Arbeitsplatte vorhanden und für einen Laien deutlich erkennbar gewesen seien. Dies gelte aber sowohl für die Kläger als auch für die Beklagten, so dass für die Kläger als Verkäufer keine

Aufklärungspflicht bestanden habe und Mängelrechte überdies nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen wären. Soweit die Beklagten in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 26. Januar 2017 behaupteten, die Kläger selbst hätten in der (letzten) mündlichen Verhandlung eingeräumt, dass auf der Arbeitsplatte im Keller Monitore gestanden hätten, führe dies nicht zu einer anderen Beurteilung. Daraus folge nicht zwingend, dass die Feuchtigkeiterscheinungen oberhalb der Arbeitsplatte vollständig verdeckt gewesen seien. Der Vortrag aus diesem Schriftsatz gebe auch keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. Der angeregten Beweisaufnahme bedürfe es nicht. Soweit die Beklagten neue Umstände vorbrächten, sei nicht ersichtlich, dass ihnen ein rechtzeitiger Vortrag nicht möglich gewesen wäre.

- 5            Hinsichtlich der latent mangelhaften Abdichtung der Wandanschlüsse des Wintergartendachs sei ein arglistiges Verschweigen der Kläger ebenfalls nicht bewiesen. Der Sachverständige Prof. F.    habe zwar einen konstruktiven Mangel der Abdichtung festgestellt, der nicht nachträglich aufgetreten sein könne; allerdings habe er auch ausgeführt, dass es sich um eine Notabdichtung handele, die für eine gewisse Zeit funktionsfähig gewesen sein könne. Dass er keine Anhaltspunkte für ein Versagen der Abdichtung erst nach Vertragsschluss habe, genüge nicht für die sichere Feststellung, dass die Undichtigkeit vor Vertragsschluss aufgetreten und von den Klägern wahrgenommen worden sei. Zum Zeitpunkt der Besichtigung seien offenbar keine Ablaufmarken an der Wand erkennbar gewesen. Zu diesem Punkt erübrige sich eine Vernehmung des Privatgutachters vom B.    . Würde dieser zu dem Ergebnis kommen, dass die Funktion der Abdichtung noch vor Vertragsschluss versagt und für die Kläger erkennbare Ablaufspuren verursacht habe, würde dies auch für die Beklagten gelten, so dass eine Aufklärungspflicht der Kläger nicht bestanden hätte.

III.

6 Das angefochtene Urteil ist nach § 544 Abs. 7 ZPO aufzuheben, weil das  
Berufungsgericht den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103  
Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt hat.

7 1. Das Berufungsgericht hätte den Vortrag der Beklagten aus dem  
Schriftsatz vom 26. Januar 2017 und die dortigen Beweisangebote nicht unbe-  
rücksichtigt lassen dürfen.

8 a) Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der  
Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen. Die  
Vorschrift verlangt auch die Berücksichtigung erheblicher Beweisanträge. Die  
Nichtberücksichtigung eines erheblichen Beweisangebots verstößt gegen  
Art. 103 Abs. 1 GG, wenn sie im Prozessrecht keine Stütze findet (vgl. Senat,  
Beschluss vom 16. März 2017 - V ZR 170/16, DWW 2017, 230; BGH, Be-  
schluss vom 28. Oktober 2014 - VI ZR 273/13, r + s 2015, 44 Rn. 4). So liegt es  
hier.

9 b) Das Berufungsgericht hätte den nachgereichten Schriftsatz berück-  
sichtigen und die mündliche Verhandlung nach § 156 Abs. 2 Nr. 1 ZPO wieder-  
eröffnen müssen, da es zuvor gegen seine Hinweis- und Aufklärungspflicht aus  
§ 139 ZPO verstoßen hatte.

10 aa) Ohne vorherigen Hinweis oder Erörterung mit den Parteien darf das  
Gericht nicht auf einen Gesichtspunkt abstellen, mit dem ein gewissenhafter  
und kundiger Prozessbeteiligter nicht zur rechnen braucht (BVerfGE 86, 133,  
144 ff.). Dies gilt auch, soweit eine Partei nach den Umständen des Falles

durch die vom Gericht beabsichtigte Beweiswürdigung überrascht zu werden droht (BGH, Beschluss vom 15. März 2016 - IV ZR 146/05, BeckRS 2006, 06634 Rn. 4). Musste die Partei nach dem Verlauf der Beweisaufnahme nicht damit rechnen, dass das Gericht den Beweis als nicht geführt ansehen wird, darf ihr nicht die Möglichkeit abgeschnitten werden, durch neue Beweisanträge oder Richtigstellungen auf das Ergebnis der Beweisaufnahme noch Einfluss zu nehmen (Senat, Urteil vom 15. April 2016 - V ZR 42/15, NJW 2016, 3100 Rn. 32).

11           bb) Danach hätte das Berufungsgericht nach der Beweisaufnahme den Beklagten einen rechtlichen Hinweis dahingehend erteilen müssen, dass ihr Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages ausgeschlossen sein könnte, weil angesichts der Erkennbarkeit der Feuchtigkeitsschäden im Keller für sie keine Offenbarungspflicht der Kläger bestanden habe und zudem von ihrer Kenntnis des Mangels nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB auszugehen sei.

12           (1) Der Gesichtspunkt der Erkennbarkeit der Feuchtigkeitsschäden für die Beklagten stellte sich aus deren Sicht bis zum Schluss der mündliche Verhandlung erkennbar als unerheblich dar (§ 139 Abs. 2 ZPO). Sowohl das Landgericht als auch das Berufungsgericht waren in dem seit mehreren Jahren andauernden Rechtsstreit davon ausgegangen, dass die Kläger sich auf den vertraglichen Haftungsausschluss berufen könnten, weil den Beklagten der Beweis nicht gelungen sei, dass die Kläger die Feuchtigkeitsschäden im Keller kannten. Nach dem Beweisbeschluss des Berufungsgerichts vom 26. Januar 2016, der Grundlage der Anhörung des Sachverständigen vom B.       in der letzten mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2016 war, sollte Beweis über Behauptung der Beklagten erhoben werden, die von dem Sachverständigen in seinem

schriftlichen Gutachten festgestellten Feuchtigkeiterscheinungen an der Kellerwand seien bereits vor Vertragsschluss für die Kläger erkennbar gewesen.

13 Die Beklagten mussten nicht damit rechnen, dass das Berufungsgericht aus der durch diese Beweisaufnahme festgestellten Erkennbarkeit der Feuchtigkeitsschäden für die Kläger - die das Haus mehrere Jahre lang bewohnt haben - zugleich den Schluss ziehen würde, der Mangel müsse auch für die Beklagten bei der Besichtigung erkennbar gewesen sein. Wollte man generell aus der Erkennbarkeit eines Mangels für den Verkäufer darauf schließen, dass der Mangel auch für den Käufer erkennbar gewesen sein muss, liefe die Regelung des § 444 Alt. 1 BGB weitgehend leer. Ein solcher Schluss kann allenfalls dann gerechtfertigt sein, wenn es sich um einen Mangel handelt, der seiner Art nach unabhängig von Zeitpunkt und Dauer der Besichtigung für jeden Käufer ebenso erkennbar sein muss, wie für den Verkäufer (vgl. etwa zu Rissen in der Fassade Senat, Beschluss vom 16. Juni 2016 - V ZR 232/15, BeckRS 2016, 12968 Rn. 8 ff.). Dies ist bei Feuchtigkeit in einer Kelleraußenwand ersichtlich nicht der Fall.

14 (2) Dass sich der Gesichtspunkt der Erkennbarkeit des Mangels für die Beklagten zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung als unerheblich darstellte, folgt zudem daraus, dass die Kläger diese Erkennbarkeit nicht behauptet, sondern - im Gegenteil - bestritten haben, dass überhaupt Feuchtigkeitsschäden vorhanden gewesen seien, was sich schon daraus ergibt, dass das Berufungsgericht über diese Behauptung der Beklagten Beweis erhoben hat. Den Urteilsgründen lässt sich auch nicht entnehmen, auf welchen klägerischen Vortrag das Berufungsgericht seine Feststellung stützt, der Mangel sei bei der Besichtigung vorhanden und für die Beklagten erkennbar gewesen. Ein solcher Vortrag der Kläger war insbesondere nicht aufgrund des Ergebnisses

der Beweisaufnahme in der letzten mündlichen Verhandlung entbehrlich. Zwar ist grundsätzlich davon auszugehen, dass eine Partei die bei einer Beweisaufnahme zutage tretenden ihr günstigen Umstände sich zumindest hilfsweise zu Eigen macht (BGH, Beschluss vom 5. Juli 2017 - IV ZR 508/14, NJW-RR 2017, 1062 Rn. 23 mwN). Vorliegend war das Beweisergebnis, dass die von dem Sachverständigen vom B. festgestellten Feuchtigkeitserscheinungen vor Vertragsschluss für die Kläger erkennbar waren, für diese aber zunächst ungünstig, so dass nicht ohne weiteres davon auszugehen war, sie hätten sich die festgestellten Umstände hilfsweise zu Eigen gemacht. Günstig wäre das Beweisergebnis für die Kläger nur, wenn aus der Erkennbarkeit des Mangels für sie ohne weiteres darauf zu schließen wäre, dass auch die Beklagten den Mangel erkannt haben müssen, was jedoch nach dem oben Gesagten nicht zutrifft.

15 (3) Der danach erforderliche Hinweis, der nach § 139 Abs. 4 Satz 2 ZPO nur durch den Inhalt der Akten bewiesen werden kann, ist ausweislich des Protokolls der letzten mündlichen Verhandlung nicht erfolgt. Zudem hätte das Berufungsgericht den Beklagten Gelegenheit geben müssen, auf diesen Hinweis zu reagieren und zur Frage der Erkennbarkeit der Feuchtigkeitserscheinungen für sie ergänzend vorzutragen und Beweis anzutreten. Ein solcher Schriftsatznachlass war auch ohne entsprechenden Antrag der Beklagten zu gewähren, denn es war angesichts der Verfahrensdauer von zu diesem Zeitpunkt gut neun Jahren, während derer die Kläger das Vorhandensein von Feuchtigkeit und deren Erkennbarkeit stets bestritten hatten, offensichtlich, dass die Beklagten nicht ad hoc konkret und unter Beweisantritt auf den Hinweis vortragen konnten. Das Berufungsgericht hätte daher den nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingegangenen Schriftsatz der Beklagten, der entsprechenden ergänzenden Vortrag und Beweisantritte enthielt, berücksichtigen müssen. Indem es dies un-



terlassen hat, hat es die Beklagten in ihrem Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt.

16 cc) (1) Der Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist entscheidungserheblich, denn die Beklagten haben in dem genannten Schriftsatz unter Beweisantritt vorgetragen, sie hätten die Feuchtigkeit an der Wand im Keller bei der Besichtigung nicht wahrnehmen können, weil diese durch auf einer Arbeitsplatte abgestellte Computermonitore verdeckt bzw. durch den sehr trockenen Sommer 2006 abgetrocknet gewesen sei. Dieser Vortrag ist ersichtlich so zu verstehen, dass etwaige ungeachtet der Trockenheit vorhandene Feuchtigkeitserscheinungen bzw. Schadstellen aufgrund der davor stehenden Monitore nicht erkennbar gewesen seien. Ob dies der Fall war oder die Monitore nur einen Teil der Stellen verdeckten, ist keine Frage der Erheblichkeit dieses Vortrags, sondern durch Beweisaufnahme zu klären. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht nach Erhebung der angebotenen Beweise zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass der Mangel zwar für die Kläger, nicht aber für die Beklagten erkennbar war, mit der Folge, dass die Kläger einen offenbarungspflichtigen Mangel arglistig verschwiegen hätten und sich gemäß § 444 BGB nicht auf den vertraglichen Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen könnten.

17 (2) Soweit die Beschwerdeerwiderung dem entgegenhält, die Kläger hätten, wenn die Feuchtigkeit bei der Besichtigung im Sommer 2006 tatsächlich abgetrocknet gewesen sein sollte, ihrerseits davon ausgehen dürfen, dass keine Feuchtigkeitsproblematik mehr bestehe, trifft dies nicht zu. Arglistig im Sinne von § 444 BGB handelt, wer einen Sachmangel mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Sachmangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag

nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (vgl. nur Senat, Urteil vom 3. März 1995 - V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, 1550). Zwar kann der danach erforderliche bedingte Vorsatz des Verkäufers in Bezug auf das Fortbestehen eines Mangels zu verneinen sein, wenn er aufgrund konkreter - von ihm darzulegender und gegebenenfalls zu beweisender - Umstände davon ausgehen darf, der Mangel sei vollständig und dauerhaft beseitigt (vgl. etwa für die Beseitigung eines Hausbockbefalls durch ein Fachunternehmen Senat, Urteil vom 19. Februar 2016 - V ZR 216/14, NJW 2016, 2315 Rn. 16 ff.). Entsprechenden Vortrag zeigt die Beschwerdeerwiderung aber nicht auf. Das schlichte Abtrocknen eines Feuchtigkeitsschadens reicht hierfür nicht aus, da dieses nicht den Schluss erlaubt, die Ursache für den Feuchtigkeitseintritt sei (dauerhaft) beseitigt.

18            2. Das Berufungsgericht hat zudem dadurch gegen den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs verstoßen, dass es den von ihnen für die Erkennbarkeit der mangelhaften Dachabdichtung des Wintergartens für die Kläger angebotenen Beweis nicht erhoben hat.

19            a) Ein Gericht verletzt Art. 103 Abs. 1 GG, wenn die Nichtberücksichtigung des Beweisangebots auf einer vorweggenommenen tatrichterlichen Beweiswürdigung beruht (vgl. Senat, Beschluss vom 19. Januar 2012 - V ZR 141/11, WuM 2012, 164 Rn. 8). Eine unzulässige Beweisantizipation liegt vor, wenn der von einer Partei angebotene Beweis nicht erhoben wird, weil das Gericht dem unter Beweis gestellten Vorbringen wegen seiner bereits gewonnenen Überzeugung kein Gewicht mehr beimisst (vgl. Senat, Beschluss vom 19. Januar 2012 - V ZR 141/11, aaO). So liegt es hier.

20           aa) Die Beklagten haben mit der Berufungsbegründung vorgetragen, der von ihnen privat beauftragte Sachverständige vom B.     habe durch eine Bewässerung des Wintergartens festgestellt, dass in der Ecke der Klinkerwand des Hauses und der Wand des Nachbargebäudes blankes Wasser sichtbar sei, welches ungehindert durch den Dachanschluss nach innen gelange. An der gesamten Wand hätten sich unter dem Terrassendachanschluss Wasserabläufe gebildet. Dies sei auf einen konstruktiven Mangel der Abdichtung des Dachanschlusses zurückzuführen, der bei Abschluss des Kaufvertrages nicht anders ausgesehen haben werde. Es sei nur natürlich, dass bei Starkregen und Unwettern, wie sie in der Region zu mehreren Zeitpunkten vor Vertragsschluss vorgekommen seien, Wasser durch den Dachanschluss in gleicher Weise eingedrungen sei wie bei der Bewässerung durch den Sachverständigen und dass diese Erscheinungen von den Klägern wahrgenommen worden seien. Auch normale Niederschläge hätten sich bei dieser Schadhaftheit der Dachabdichtung durch eindringendes Wasser bemerkbar gemacht. Zum Beweis dieser Tatsachen haben sie sich - neben amtlichen Wetterauskünften - auf das sachverständige Zeugnis des Privatsachverständigen vom B.     berufen.

21           bb) Das Berufungsgericht hätte diesen Beweis erheben müssen. Wenn die Vernehmung des Privatsachverständigen vom B.     als sachverständiger Zeuge (§ 414 ZPO) ergeben hätte, dass auch im Zeitraum vor Vertragsschluss Regenwasser in den Wintergarten eingedrungen und dies für die Kläger erkennbar gewesen sein muss, wäre der Beweis der arglistigen Täuschung geführt. Die Annahme des Berufungsgerichts, dass bei bewiesener Erkennbarkeit der Undichtigkeit für die Kläger zugleich bewiesen wäre, dass auch die Beklagten die Undichtigkeit des Wintergartendachs bei der Besichtigung des Kaufobjekts wahrgenommen haben müssten, so dass eine Aufklärungspflicht der Kläger nicht bestanden hätte, stellt eine vorweggenommene Beweiswürdigung dar.

Sie setzt nämlich voraus, dass die Vernehmung des sachverständigen Zeugen nur zu dem Ergebnis führen kann, dass sich die Undichtigkeit des Dachs auf eine Weise für die Kläger erkennbar gemacht hat, die zugleich unmittelbar auf die Erkennbarkeit dieser Undichtigkeit für die Beklagten schließen lässt. Nur auf der Grundlage dieser von dem Berufungsgericht bereits gewonnenen Überzeugung lässt sich erklären, dass es dem unter Beweis gestellten Vorbringen kein Gewicht beimisst, denn auch bei der Undichtigkeit des Wandanschlusses eines Wintergardendachs handelt es sich nicht um einen Mangel, der seiner Art nach unabhängig von Zeitpunkt und Dauer der Besichtigung für jeden Käufer ebenso erkennbar sein muss wie für den Verkäufer. Zum einen könnte, wie von den Beklagten konkret behauptet, die Undichtigkeit des Dachanschlusses für die Kläger durch eindringendes Regenwasser erkennbar gewesen sein und nicht erst durch sich bildende Ablaufspuren. Zum anderen ist es durchaus möglich, dass etwa vorhandene Ablaufspuren vor der Besichtigung abgetrocknet waren. In beiden Fällen ließe sich aus einem für die Beklagten positiven Beweisergebnis nicht darauf schließen, dass die Undichtigkeit bei der Besichtigung des Hauses auch für sie erkennbar gewesen sein muss.

- 22            b) Auch dieser Verstoß ist entscheidungserheblich. Es ist nicht ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht nach entsprechender Beweisaufnahme und ggf. erneuter Vernehmung der Zeugin R. zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass die konstruktive Undichtigkeit des Wintergardendachs zwar für die Kläger, nicht aber für die Beklagten erkennbar war, mit der Folge, dass die Kläger einen offenbarungspflichtigen Mangel arglistig verschwiegen hätten und sich gemäß § 444 BGB nicht auf den vertraglichen Ausschluss der Sachmängelhaft berufen könnten.

IV.

23 Die Zurückverweisung der Sache gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, auch seine Beweiswürdigung zu der Frage der Erkennbarkeit der Feuchtigkeitserscheinungen an der Kelleraußenwand für Laien zum Zeitpunkt der Besichtigung durch die Beklagten im Sommer des Jahres 2006 im Hinblick auf die gegen diese Würdigung erhobenen Rügen der Nichtzulassungsbeschwerde zu überprüfen.

Stresemann

Schmidt-Räntsch

Kazele

Haberkamp

Hamdorf

Vorinstanzen:

LG Duisburg, Entscheidung vom 15.07.2014 - 6 O 398/07 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 14.02.2017 - I-24 U 146/14 -