



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

V ZR 275/00

Verkündet am:
5. Oktober 2001
K a n i k ,
Justizamtsinspektorin
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

BGB § 459 Abs. 2

Die Grundsätze der Rechtsprechung, nach der die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarung gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig für die Zusicherung einer Eigenschaft sprechen, finden auch bei freiwilliger Versteigerung eines Grundstücks Anwendung (Fortführung von zuletzt BGH, Urt. v. 30. März 2001, V ZR 461/99, NJW 2001, 2551).

BGH, Urt. v. 5. Oktober 2001 - V ZR 275/00 - KG

LG Berlin

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 2001 durch die Richter Tropf, Schneider, Prof. Dr. Krüger, Dr. Klein und Dr. Gaier

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 14. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 28. Juli 2000 aufgehoben.

Die Sache wird zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision einschließlich der Kosten der Streithilfe, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte zu 2 war bis zum 4. November 1997 alleinvertretungsberechtigter Vorstand der Beklagten zu 1. Zu deren Gunsten war die Auflassung hinsichtlich eines mit einem Wohn- und Geschäftshaus bebauten Grundstücks in B.-L. erklärt worden. Mit notariell beurkundetem Einlieferungsvertrag vom 5. November 1996 beauftragte die Beklagte zu 1 den Auktionator Pl. mit der Versteigerung des noch nicht auf ihr Eigentum umgeschriebenen Grundstücks. Bei der Beschreibung des Anwesens ist unter § 1 Nr. 1 der Urkunde vermerkt:

"Das Grundstück ist bebaut mit einem Wohn- und Geschäftshaus. Es hat 2102 m² Wohn-/Gewerbefläche inklusive Garagenhof mit einer Jahresbruttokaltmiete von ca. 194.000 DM."

In einem Sachverständigengutachten, das der Auktionator in Auftrag gegeben hatte, wurde für das Grundstück nach dem Ertragswertverfahren ein Verkehrswert von 2.000.000 DM ermittelt. Der Sachverständige legte eine Jahresrohmiere (Nettokaltmiete) von 152.652 DM zugrunde und berücksichtigte hierbei einen Mietvertrag über Ladenräume und die gesamte Hoffläche mit einer monatlichen Nettokaltmiete von 4.980 DM. Dieser Mietvertrag war unter dem 25. Juli 1996 zwischen der Beklagten zu 1 und Wolfgang P., einem Bekannten des Beklagten zu 2 und jetzigen Abwickler der Beklagten zu 1, mit einer Laufzeit bis zum 31. Dezember 2001 geschlossen worden. P. machte anschließend von der Möglichkeit Gebrauch, die ihm in einer schriftlichen Zusatzvereinbarung vom 8. August 1996 von der Beklagten zu 1 eingeräumt worden war, und benannte die von ihm als Geschäftsführer geleitete A. H. mbH als Mieterin.

Die Klägerin erhielt als einzige Bieterin bei dem Mindestgebot von 1.850.000 DM den Zuschlag. Nach der notariellen Urkunde, die über die Versteigerung am 16. Dezember 1996 errichtet wurde, nahm der Auktionator auf die ebenfalls notariell beurkundeten Versteigerungsbedingungen sowie die Objektbeschreibung im Katalog Bezug und "hob" neben anderen Einzelheiten "hervor":

"Jahresmiete brutto ca. 199.928 DM. In der Bruttomiete enthaltener Betriebskostenanteil ca. 48.950 DM ..."

Zum 1. Februar 1997 wurde das Grundstück vereinbarungsgemäß der Klägerin übergeben. Seit August 1997 ist sie auch als Eigentümerin eingetragen. Nach Zahlung der Februarmiete an die Klägerin machte die A. H. mbH schon im März 1997 ein Zurückbehaltungsrecht unter Berufung auf den weiteren Inhalt der Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag vom 8. August 1996 geltend und zahlte von nun an keine Miete mehr. In der Zusatzvereinbarung hatte sich die Beklagte zu 1 auch dazu verpflichtet, bis zum 31. März 1997 "die baurechtliche Genehmigung für die Errichtung eines Werkstattgebäudes mit einer Grundfläche von mindestens 100 m² zu erwirken." Die Klägerin hielt die Erteilung einer solchen Baugenehmigung für ausgeschlossen und konnte am 18. Februar 1998 mit der Mieterin einen Räumungsvergleich schließen, mit dem sie auf die Zahlung des von März 1997 bis Februar 1998 aufgelaufenen Mietzinses in Höhe von 62.307 DM verzichtete.

Die Klägerin verlangt von den Beklagten als Gesamtschuldnern Zahlung von 314.283,20 DM als Minderung, hilfsweise als Schadensersatz. Sie hat behauptet, die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag habe beim Versteigerungstermin nicht vorgelegen und sei dem Auktionator auch nicht übersandt worden. Den Beklagten sei es im Zusammenwirken mit P. darum gegangen, einen höheren Ertragswert der Immobilie vorzutäuschen. Der Mietvertrag sei nur zum Schein abgeschlossen und ein Bauantrag nie gestellt worden. Den Kaufpreis habe der Beklagte zu 2 selbst vereinnahmt.

Nach übereinstimmender Erledigungserklärung eines weiteren, auf Freistellung von Schadensersatzansprüchen der Mieterin gerichteten Klageantrages ist die Klage in erster Instanz erfolgreich gewesen. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet

sich die Revision der Klägerin, mit der sie die Wiederherstellung des Urteils des Landgerichts erstrebt. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch der Klägerin auf Minderung des Kaufpreises. Daß die Mieteinnahmen im Versteigerungsverfahren zu hoch angesetzt worden seien, begründe keinen Sachmangel des Grundstücks. Nach den Versteigerungsbedingungen sei der Mietertrag auch nicht zugesichert worden. Ebenso wenig hätten die Beklagten Jahresmieteinnahmen von etwa 199.928 DM arglistig vorgespiegelt, insbesondere habe es sich bei dem mit P. geschlossenen Mietvertrag nicht um ein Scheingeschäft gehandelt. Zwar sei die Miete wegen der Zusatzvereinbarung und des nicht ernsthaft betriebenen Baugenehmigungsverfahrens nicht zu erzielen gewesen, die Klägerin habe jedoch nicht beweisen können, daß die Beklagten ihre Aufklärungspflicht verletzt hätten, weil nur der Mietvertrag, nicht aber auch die Zusatzvereinbarung an den Auktionator übersandt worden sei. Hiernach seien auch die Voraussetzungen für einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1, der hilfsweise gemäß § 463 Satz 1 BGB oder wegen Verletzung der Offenbarungspflicht gelten gemacht werde, nicht gegeben. Der Beklagte zu 2 schulde ebenfalls keinen Schadensersatz. Für seine persönliche Haftung wegen eines unmittelbaren wirtschaftlichen Eigeninteresses reiche weder seine Beteiligung als Vorstand der Beklagten zu 1 noch die Alleinaktionärsstellung seiner Ehefrau

aus. Daß der Beklagte zu 2 den von der Klägerin gezahlten Kaufpreis für sich vereinnahmt habe, könne zwar möglicherweise eine Eigenhaftung begründen, lasse sich aber nicht feststellen. Schließlich scheide eine deliktsrechtliche Haftung des Beklagten zu 2 aus, weil nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme eine zielgerichtete Verhinderung der Information über den Vertragsinhalt durch unvollständige Übersendung des Mietvertrages an den Auktionator nicht nachgewiesen sei.

Dies hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

II.

1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kann der Klägerin gegenüber der Beklagten zu 1 ein Anspruch auf Kaufpreisminderung gemäß §§ 459 Abs. 2, 462 BGB wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft zustehen.

a) Zwischen der Klägerin und der durch den Auktionator vertretenen Beklagten zu 1 ist ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen (vgl. BGH, Urt. v. 20. Oktober 1982, VIII ZR 186/81, NJW 1983, 1186). Die notarielle Urkunde vom 16. Dezember 1996 genügt dem Formerfordernis aus § 313 Satz 1 BGB, weil hier in Abweichung von § 156 BGB ein gesonderter Kaufvertrag beurkundet wurde (vgl. Senat, BGHZ 138, 339, 345; Schwarz, JR 2000, 20, 21).

b) Die Revision rügt mit Erfolg Rechtsfehler bei der Auslegung des Kaufvertrages. Das Berufungsgericht hat es versäumt, die maßgeblichen Um-

stände und Interessen vollständig zu berücksichtigen und umfassend zu würdigen (vgl. Senat, Urt. v. 14. Oktober 1994, V ZR 196/93, NJW 1995, 45, 46; BGH, Urt. v. 16. Oktober 1991, VIII ZR 140/90, NJW 1992, 170). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Beklagte zu 1 Mieterträge unter Einfluß solcher aus dem Mietverhältnis mit der A. H. mbH im Sinne von § 459 Abs. 2 BGB zugesichert.

aa) Nach gefestigter - und von dem Berufungsgericht im Ansatz auch beachteter - Rechtsprechung des Senats sind die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge regelmäßig als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen (Senat, Urt. v. 8. Februar 1980, V ZR 174/78, NJW 1980, 1456, 1457; Urt. v. 19. September 1980, V ZR 51/78, NJW 1981, 45, 46; Urt. v. 2. Dezember 1988, V ZR 91/87, NJW 1989, 1795; Urt. v. 3. November 1989, V ZR 154/88, NJW 1990, 902; Urt. v. 30. März 2001, V ZR 461/99, NJW 2001, 2551, 2552; vgl. auch BGH, Urt. v. 8. Oktober 1997, VIII ZR 373/96, NJW 1998, 445, 446). Der Mietertrag ist nicht allein für den obligatorischen Anspruch gegen die Mieter bedeutsam. Da sich ein vertraglich vereinbarter Mietzins in der Regel nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten als Marktpreis bildet, gilt der zur Zeit des Vertragsabschlusses tatsächlich aus dem Hausgrundstück gezogene Nutzen nach der Verkehrsanschauung als ein sicherer Maßstab und als eine der wichtigsten Grundlagen für die Ertragsfähigkeit und damit für die Wertschätzung eines Hausgrundstücks. Dies ist auch der Grund dafür, daß die tatsächlichen Mieterträge in Grundstückskaufverträgen aufgeführt werden (vgl. Senat, Urt. v. 8. Februar und 19. September 1980, beide aaO).

Das Berufungsgericht verkennt, daß dies bei einer (freiwilligen) Versteigerung nicht anders ist. Daß hier keine individuellen Vertragsverhandlungen mit Interessenten stattfinden, ändert nichts daran, daß bei einer Versteigerung die Angabe des Mietertrages ebenfalls Aufschluß über die Ertragsfähigkeit des Objekts gibt, sich die Ertragsfähigkeit nach der Verkehrsanschauung auf die Wertschätzung eines Hausgrundstücks auswirkt und daher für den Käufer von besonderem Interesse ist. Demgemäß hat auch der von dem Auktionator hinzugezogene Sachverständige den Verkehrswert des Grundstücks nach dem Ertragswertverfahren auf der Grundlage der Mieteinnahmen ermittelt. Bestätigt wird die Bedeutung des Mietertrages bei einer Versteigerung ferner durch die Angabe der Jahresbruttomiete in der Zeitungsanzeige, mit der der Auktionator auf die Versteigerung auch des von der Beklagten zu 1 eingelieferten Grundstücks aufmerksam gemacht hat (vgl. Senat, Urt. v. 8. Februar 1980, aaO).

Selbst wenn die Klägerin von Anfang an beabsichtigt haben sollte, das erworbene Hausgrundstück nach einer Instandsetzung und aufgeteilt in Wohnungs- und Teileigentumseinheiten zu veräußern, könnte dies an einer Eigenschaftszusicherung nichts ändern. Um eine Zusicherung auszuschließen, hätte die Klägerin aufgrund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Kaufgrundstücks hegen müssen, als die nach der Verkehrsanschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietertrag verbundenen (vgl. Senat, Urt. v. 3. November 1989, aaO). Dies war aber nicht der Fall. Durch die etwaigen Pläne wurde weder die Bedeutung des Mietertrages für die Bestimmung des Verkehrswertes berührt, noch das Interesse der Klägerin, den von ihr zu zahlenden Kaufpreis an dem Verkehrswert des Anwesens zu orientieren.

bb) Angaben über den Mietertrag enthält zum einen die Urkunde vom 16. Dezember 1996 unter lit. a durch die Aufnahme der Höhe der Jahresbruttomiete mit 199.928 DM. Selbst wenn man annehmen wollte, daß diese Passage noch nicht Bestandteil des zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrages sei, ergibt sich ein Mietertrag mit ca. 194.000 DM in vergleichbarer und nur unter Berücksichtigung des Mietvertrages mit P. zu begründender Größenordnung aus § 1 Nr. 1 des Einlieferungsvertrages vom 5. November 1996. Nach Nr. 7 Abs. 1 der in den Kaufvertrag einbezogenen Versteigerungsbedingungen (Seite 7 lit. e der Urkunde vom 16. Dezember 1996) gilt diese Angabe der Beklagten zu 1 auch zugunsten der Klägerin und ist damit Gegenstand der Vereinbarungen zwischen den Parteien.

cc) Die Auffassung des Berufungsgerichts, der Annahme einer Eigenschaftszusicherung stehe der Haftungsausschluß nach Nr. 9 der Versteigerungsbedingungen entgegen, ist aus mehreren Gründen unzutreffend. Die Klausel betrifft ausdrücklich die Richtigkeit der von dem Auktionator veranlaßten Feststellung des Soll-Mietzinses und damit nicht die Angaben, die der Verkäufer selbst zum Mietertrag gemacht hat. Außerdem wird nur die Haftung des Auktionators geregelt, nicht aber die des Verkäufers. Für die Auslegung der Erklärungen der Beklagten zu 1 ist der Haftungsausschluß in den Versteigerungsbedingungen mithin ohne Bedeutung.

Ebensowenig wird die Zusicherung der Mieterträge durch die Versicherungen, die die Beklagte zu 1 zu ihrer fehlenden Kenntnis von nicht erkennbaren Mängeln und weiteren Umständen unter § 1 Nr. 3 des Einlieferungsvertrages machte, ausgeschlossen. Abgesehen davon, daß nichts für die - nicht weiter begründete - Annahme des Berufungsgerichts spricht, die aufgezählten

Punkte seien abschließend gemeint, kann diese Vertragsklausel schon nach ihrem Regelungsgehalt keinen Hinweis für die Auslegung der Angaben zum Mietertrag geben. Die Beklagte zu 1 versichert dort lediglich die Richtigkeit von Erklärungen zu ihrem Kenntnisstand, mit denen aber auch hinsichtlich versteckter Mängel nicht die Zusicherung einer Eigenschaft verbunden ist (vgl. Senat, Urt. v. 9. November 1990, V ZR 194/89 NJW 1991, 1181, 1182; Urt. v. 22. November 1991, V ZR 215/90, NJW-RR 1992, 333).

c) Gegenstand der Zusicherung ist allerdings nur, daß die Mieten - neben ihrer Erwirtschaftung in zulässiger Weise - im Zeitpunkt des Gefahrübergangs auch tatsächlich gezahlt werden (vgl. Senat, Urt. v. 22. Juni 1990, V ZR 126/89, NJW-RR 1990, 1161, 1162; BGH, Urt. v. 8. Oktober 1997, aaO). Dies war hier der Fall; denn nach der Übergabe des Anwesens am 1. Februar 1997 konnte die Klägerin die fällige Miete für den laufenden Monat unstreitig vereinnehmen. Dagegen ist eine Zusicherung, die den Eintritt zukünftiger Ereignisse in Gestalt bestimmter Mieterträge als sicher darstellt, nicht möglich (vgl. BGH, Urt. v. 8. Februar 1995, VIII ZR 8/94, NJW 1995, 1547, 1548).

d) Anders liegen die Dinge jedoch, sollte es sich bei dem Mietvertrag um ein Scheingeschäft gehandelt haben. Dann wäre ein Mietertrag unter Ein-schluß des Mietverhältnisses mit P. bzw. der A. H. mbH tatsächlich nicht gegeben, woran die Zahlung der "Februarmiete", die dann ohne rechtlichen Grund geleistet wurde, nichts ändern könnte.

aa) Das Berufungsgericht verneint ein Scheingeschäft, weil die Vertragsparteien mit Rechtsbindungswillen hätten handeln müssen, um durch einen überhöhten Mietwert den Grundstückswert steigern zu können. Dies beanstan-

det die Revision zu Recht. Ob ein Rechtsgeschäft ernst gemeint ist oder nur Scheincharakter hat, ist zwar überwiegend Tatfrage und als solche der Nachprüfung in der Revisionsinstanz weitgehend entzogen (vgl. BGH, Urt. v. 31. Januar 1991, III ZR 150/88, NJW 1991, 3095, 3098). Zu prüfen ist aber, ob der Tatrichter bei seiner Entscheidung alle relevanten Umstände des Falles berücksichtigt und gewürdigt hat (vgl. BGH, Urt. v. 29. Oktober 1996, XI ZR 319/95, NJW-RR 1997, 238). Das ist im angefochtenen Urteil nicht geschehen. Entscheidend für die Annahme eines Scheingeschäfts ist der fehlende Geschäftswille und damit die Frage, ob die Vertragsparteien zur Erreichung des mit dem Rechtsgeschäft erstrebten Erfolges ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernstgemeintes Rechtsgeschäft für notwendig erachtet haben (Senat, BGHZ 36, 84, 88). Um einen höheren Grundstückswert vorzuspiegeln, bedurfte es aber keines wirksamen Mietvertrages. Es reichte ohne weiteres aus, daß die Beklagten gegenüber den Kaufinteressenten den äußeren Anschein eines Mietvertrages erweckten. Hier ist ein Scheingeschäft mithin keineswegs ausgeschlossen, sondern insbesondere dann anzunehmen, wenn - wie die Klägerin behauptet hat - P. bzw. die A. H. mbH nach dem übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien tatsächlich keine Miete schulden sollten (vgl. BGH, Urt. v. 22. Oktober 1981, III ZR 149/80, NJW 1982, 569, 570; Urt. v. 29. Oktober 1996, aaO).

bb) Indizien, die den Schluß auf diesen Willen der Vertragsparteien zulassen, hat die Klägerin vorgetragen und unter Beweis gestellt. So soll der von der Klägerin als Zeuge benannte Streithelfer der Beklagten bestätigen, daß von den Beklagten ein Geschäftsbetrieb der Mieterin, der A. H. mbH, nur vorgetäuscht worden und überdies keine Mietzahlung erfolgt sei. Können diese Behauptungen bewiesen werden, so kommt nach dem gegenwärtigen Vorbrin-

gen ein anderer Schluß als der auf ein Scheingeschäft nicht in Betracht, der Indizienbeweis wäre damit überzeugungskräftig (vgl. BGH, Urt. v. 14. Januar 1993, IX ZR 238/91, NJW 1993, 935, 938). Dies gilt um so mehr, als das Berufungsgericht selbst festgestellt hat, daß von der Beklagten zu 1 das Baugenehmigungsverfahren für das Werkstattgebäude nicht ernsthaft betrieben wurde. Zusammen mit den anderen Indizien bestätigt dies die Annahme eines Scheingeschäfts. Wären die Vereinbarungen tatsächlich gewollt gewesen, hätte sich die Beklagte zu 1 schon im eigenen Interesse mit Nachdruck um die rechtzeitige Erteilung der Baugenehmigung bemühen müssen.

Der Schlußfolgerung auf ein Scheingeschäft steht nicht entgegen, daß mit der Zusatzvereinbarung durch den Eintritt einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung in das Mietverhältnis und die Verpflichtung zur Beschaffung einer Baugenehmigung eine Konstruktion geschaffen wurde, die die Inanspruchnahme einer natürlichen Person verhinderte und es zudem ermöglichte, das Mietverhältnis vorzeitig zu beenden. Dies war vielmehr erforderlich, um Mietverpflichtungen im Verhältnis zur Klägerin (§ 571 BGB a.F.) zu entgehen, ohne ihr den nur vorgetäuschten Mietvertrag offenbaren zu müssen.

e) Das Berufungsgericht wird daher den Beweisangeboten der Klägerin nachzugehen haben. Zwar darf und muß der Tatrichter vor einer Beweisaufnahme über Hilfstatsachen zunächst prüfen, ob der Indizienbeweis schlüssig ist, ob also die Gesamtheit aller vorgetragenen Indizien, ihre Richtigkeit unterstellt, ihn von der Wahrheit der Haupttatsache überzeugen würde (BGHZ 53, 245, 261). Ist diese Frage aber - wie hier - zu bejahen, so ist die Beweisaufnahme zur Ausschöpfung aller zu Gebote stehender Beweismöglichkeiten er-

forderlich (vgl. BGH, Urt. v. 29. Juni 1982, VI ZR 206/80, NJW 1982, 2447, 2448).

Sollte die Klägerin ein Scheingeschäft beweisen können, käme es auf die Frage, ob die Beklagte zu 1 den Auktionator über die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag unterrichtet hatte, nicht mehr an. Zu dem Betrag, um den der Kaufpreis nach § 472 BGB zu mindern ist, hat die Klägerin vorgetragen. Feststellungen hierzu hat das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - noch nicht getroffen. Dies kann, wenn sich ein Anspruch dem Grunde nach feststellen läßt, nachgeholt werden.

2. Für den Fall, daß das Berufungsgericht über den - zulässig (vgl. BGH, Urt. v. 28. Februar 1996, VIII ZR 241/94, NJW 1996, 1962, 1963) - hilfsweise geltend gemachten Schadensersatzanspruch aus § 463 BGB zu entscheiden hat, weist der Senat darauf hin, daß die Ablehnung dieses Anspruchs nicht frei von Rechtsfehlern erfolgt ist.

a) Allerdings hat die Beklagte zu 1 keinen Fehler der Kaufsache verschwiegen. Da der Mietertrag nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein kann (Senat, Urt. v. 8. Februar 1980, V ZR 174/78, NJW 1980, 1456, 1458), vermag der - hier wegen der Zusatzvereinbarung ungünstige - Inhalt eines Mietvertrages keinen Fehler (§ 459 Abs. 1 BGB) des verkauften Anwesens zu begründen. Auch ist in dem behaupteten Verschweigen der Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag kein Vorspiegeln einer nicht vorhandenen Eigenschaft zu sehen. Inhalt der Zusicherung ist die Zahlung des betreffenden Mietzinses zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs, und dies war - wie ausgeführt - trotz der Zusatzvereinbarung gewährleistet.

b) Wurde der Mietvertrag allerdings nur zum Schein abgeschlossen, so fehlte nicht nur eine zugesicherte Eigenschaft (§ 463 Satz 1 BGB), sondern es wurde auf diese Weise von der Beklagten zu 1 auch eine höhere Ertragsfähigkeit des Anwesens und damit eine nicht vorhandene Eigenschaft arglistig vorgespiegelt. Für einen Schadensersatzanspruch aus § 463 Satz 2 BGB ist demnach die Beweisaufnahme zum Vorliegen eines Scheingeschäfts ebenfalls erforderlich.

3. Auch einen Schadensersatzanspruch gegenüber der Beklagten zu 1 wegen Verschuldens bei Vertragsschluß konnte das Berufungsgericht mit der gegebenen Begründung nicht verneinen.

a) Da die Beklagte zu 1 bei einem mit P. nur zum Schein abgeschlossenen Mietvertrag mit Vorsatz handelte, wäre ein Anspruch aus culpa in contrahendo nicht durch die spezielleren Vorschriften der §§ 459 ff BGB ausgeschlossen (vgl. Senat, BGHZ 60, 319, 231; Urt. v. 3. Juli 1992, V ZR 97/91, NJW 1992, 2564, 2565). Wenn durch das Vorspiegeln einer erhöhten Ertragsfähigkeit unrichtige Tatsachenangaben gemacht werden, die für den Kaufentschluß von Bedeutung sein können, so sind damit zugleich vorvertragliche Pflichten verletzt (vgl. Senat, Urt. v. 20. November 1987, V ZR 66/86, NJW-RR 1988, 458, 459; Urt. v. 26. September 1997, V ZR 29/96, NJW 1998, 302). Sollte ein Scheingeschäft bewiesen werden, könnte die Klägerin - würde sie nicht vorrangig auf Minderung klagen - daher auch einen ihr entstandenen Vertrauensschaden wegen Verschuldens bei Vertragsschluß ersetzt verlangen.

b) Falls sich ein nur zum Schein abgeschlossener Mietvertrag nicht feststellen läßt, kommt eine schuldhafte Verletzung vorvertraglicher Aufklärungspflichten der Beklagten zu 1 in Betracht. Wurde die Klägerin, wie sie behauptet, wegen der fehlenden Übersendung der Zusatzvereinbarung von der Verkäuferin nur unvollständig über den Inhalt des mit der A. H. mbH bestehenden Mietverhältnisses unterrichtet, so ist die Beklagte zu 1 der sie treffenden Offenbarungspflicht nicht nachgekommen. Es bedarf keiner Entscheidung darüber, ob die Beklagte zu 1 Kaufinteressenten über die Zusatzvereinbarung schon deshalb ungefragt informieren mußte, weil es sich um einen Umstand handelte, der zur Vereitelung des Vertragszwecks geeignet und für die Willensbildung des Vertragspartners daher offensichtlich von ausschlaggebender Bedeutung war (vgl. BGH, Urt. v. 8. Mai 1980, IVa ZR 1/80, NJW 1980, 2460, 2461). Die Offenlegung der Zusatzvereinbarung war schon deshalb erforderlich, weil die Nichterfüllung der nur aus ihr ersichtlichen Pflicht des Vermieters zur kurzfristigen Beschaffung einer Baugenehmigung die künftigen Mieteinnahmen insbesondere für die Überlassung der Hoffläche schon vor Beendigung des Mietverhältnisses gefährden konnte. Ohne diese Information waren die Angaben, die die Beklagte zu 1 über das betreffende Mietverhältnis durch Vorlage nur des Mietvertrages vom 25. Juli 1996 gemacht hatte, mithin im Ergebnis unzutreffend. Hingegen bedurfte es einer zusätzlichen Unterrichtung über die eigenen, aus Sicht der Klägerin unzureichenden Bemühungen der Beklagten zu 1 zur Erlangung der Baugenehmigung nicht. Wußte die Klägerin um die Bedeutung der Baugenehmigung für die Wirtschaftlichkeit des Objekts, so war sie in ihrem eigenen Interesse gehalten, sich selbst durch Nachfragen über den Stand des Genehmigungsverfahrens zu informieren.

Unter den gegebenen Umständen reichte es zur Erfüllung der Aufklärungspflicht aus, wenn die Beklagte zu 1 dem Auktionator die Unterlagen zum Mietverhältnis vollständig, also unter Einschluß der Zusatzvereinbarung, übergeben hatte. Da eine freiwillige Versteigerung des Grundstücks stattfinden sollte, kam es nicht zu Vertragsverhandlungen unmittelbar zwischen den späteren Vertragsparteien, bei denen die Klägerin ihren Verpflichtungen hätte nachkommen können. An deren Stelle trat insoweit die Aushändigung der Unterlagen an den Auktionator, zu der sich die Beklagte zu 1 unter § 1 Nr. 4 des Einlieferungsvertrages auch ausdrücklich verpflichtet hatte, verbunden mit der Möglichkeit der Einsichtnahme für die Kaufinteressenten beim Auktionator. Daß dieser nicht alle der ihm vollständig übersandten Vertragsunterlagen den Interessenten zugänglich machte, ist nicht behauptet worden, weshalb sich die Frage nicht stellt, ob sich die Beklagte zu 1 ein Verschulden des Auktionators entsprechend § 278 BGB zurechnen lassen muß (vgl. Senat, BGHZ 140, 111, 116; Urt. v. 24. November 1995, V ZR 40/94, NJW 1996, 451, 452 für Makler als Erfüllungsgehilfen). Ob die Übersendung der vollständigen Vertragsunterlagen an den von dem Auktionator mit der Wertermittlung beauftragten Sachverständigen ausreichen kann, bedarf ebenfalls keiner Entscheidung; denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde dem Sachverständigen die Zusatzvereinbarung nicht ausgehändigt. Dies läßt Rechtsfehler nicht erkennen und wird von der Revision als ihr günstig hingenommen.

Für den Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Aufklärungspflicht muß vorsätzliches Handeln nicht festgestellt werden. Vielmehr ist Fahrlässigkeit ausreichend, weil die Angaben zu den künftig erzielbaren Mieteinnahmen keine zusicherungsfähige Eigenschaften der Kaufsache gemäß § 459 Abs. 2 BGB zum Gegenstand haben. Der Anspruch aus culpa in contrahendo

kann daher nicht von den Vorschriften der §§ 459 ff BGB als vorgehender Sonderregelung für die Haftung des Verkäufers verdrängt werden (vgl. Senat, BGHZ 60, 319, 322 f; 114, 263, 266; Urt. v. 3. Juli 1992, V ZR 97/91, NJW 1992, 2564, 2565).

c) Soweit sie diesen Schadensersatzanspruch betreffen, sind die Ausführungen im Berufungsurteil ebenfalls nicht frei von Rechtsfehlern. Die Revision rügt zu Recht die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, das die Übersendung einer unvollständigen Fassung des Mietvertrages - ohne die Zusatzvereinbarung - nicht hat feststellen können.

aa) Revisionsrechtlicher Überprüfung unterliegt auch das Beweismaß (BGH, Urt. v. 14. Januar 1993, IX ZR 238/91, NJW 1993, 935, 937). Zwar hat der Tatrichter nach § 286 ZPO ohne Bindung an Beweisregeln und nur seinem Gewissen unterworfen die Entscheidung zu treffen, ob er an sich mögliche Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt als wahr überzeugen kann. Jedoch setzt das Gesetz eine von allen Zweifeln freie Überzeugung nicht voraus. Das Gericht darf keine unerfüllbaren Beweisanforderungen stellen und keine unumstößliche Gewißheit bei der Prüfung verlangen, ob eine Behauptung wahr und erwiesen ist. Vielmehr darf und muß sich der Richter in tatsächlich zweifelhaften Fällen mit einem für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewißheit begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (vgl. BGHZ 53, 245, 255 f; BGH, Urt. v. 27. Mai 1982, III ZR 201/80, NJW 1982, 2874, 2875; Urt. v. 14. Januar 1993, aaO). Daran gemessen hat das Berufungsgericht die Anforderungen überspannt.

Das Berufungsgericht tendiert zwar dahin, den Zeugen Pl., der bekundet hat, er habe die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag nicht zugesandt erhalten, als glaubwürdig einzuschätzen, läßt diese Frage aber letztlich mit den Worten offen, von seiner Aussage, die Zusatzvereinbarung habe ihm nicht vorgelegen, solle "ausgegangen" werden. Selbst nach dem Inhalt der Aussage des Zeugen Pl. meint das Berufungsgericht nämlich nicht feststellen zu können, daß weniger als die zehn Seiten, die sich aus einem Vorblatt sowie dem Mietvertrag nebst Staffelmietvereinbarung, der Anlage vom 25. Juli 1996 und der Zusatzvereinbarung vom 8. August 1996 ergeben, übersandt wurden. Da sich aus dem Protokoll des Telefaxgerätes des Zeugen Al. und den mit der Telefaxkennung verbundenen Seitenzahlen ergebe, daß zehn Seiten per Telefax übermittelt worden seien, müsse es bei der denkbaren und praktisch nicht ausschließbaren Möglichkeit einer vollständigen Übersendung und des nachträglichen Verlustes einzelner Blätter vor der Vorlage an den Zeugen Pl. verbleiben. Zwar ist es unter den Besonderheiten des konkreten Falls von dem tatrichterlichen Ermessen gedeckt, daß das Berufungsgericht den Zugang von zehn Seiten beim Empfänger angenommen hat. Ein Verlust der einzelnen Seiten ist dann aber nur vorstellbar, wenn die Bürokräfte des Zeugen Pl. gegen die ihnen erteilte - und von dem Zeugen ebenfalls bekundete - Weisung, ihm alle eingehenden Telefaxe ohne Vorsortierung zu übergeben, verstoßen hätten. Wird weiter berücksichtigt, daß in diesem Fall gerade und ohne erkennbaren Grund die aus Sicht von Kaufinteressenten nachteiligen Vertragsbestandteile, insbesondere die Zusatzvereinbarung zum Mietvertrag, ausgesondert worden wären, und ferner beachtet, daß die nicht fortlaufende Seitennumerierung bei der Telefaxkennung eher für eine Manipulation - etwa durch Übersendung unbeschriebener oder doppelter Seiten - als für eine komplette Übersendung in ungeordneter Reihenfolge spricht, so ist der für das praktische Leben brauchbare

Grad der Gewißheit hinsichtlich der unvollständigen Unterrichtung über den Inhalt des Mietvertrages erreicht. Insoweit schadet es - entgegen der offenbar von dem Berufungsgericht vertretenen Ansicht - nicht, daß die Möglichkeit einer vollständigen Übersendung nicht völlig ausgeschlossen werden kann (vgl. BGH, Urt. v. 14. Dezember 1993, VI ZR 221/92, NJW-RR 1994, 567, 568). Das Berufungsgericht wird daher eine Entscheidung über die Glaubwürdigkeit des Zeugen Pl. sowie erforderlichenfalls auch zur Glaubhaftigkeit seiner Aussage (vgl. BGH, Urteil v. 13. März 1991, IV ZR 74/90, NJW 1991, 3284) nachzuholen haben.

bb) Unerheblich für die Entscheidung des Rechtsstreits gegenüber der Beklagten zu 1 ist die - von dem Berufungsgericht problematisierte - Frage, ob der Beklagte zu 2 oder der Zeuge Al. den Mietvertrag per Telefax an den Auktionator übermittelte. Nach der eigenen, im Verhandlungstermin vor dem Berufungsgericht gemachten Darstellung des Beklagten zu 2 war der Zeuge Al. für die Beklagte zu 1 bei dem fraglichen Geschäft als Verhandlungshelfer tätig, so daß sie sich auch dessen Verschulden bei der Anknüpfung der Vertragsbeziehungen nach § 278 BGB zurechnen lassen muß (BGHZ 72, 92, 97; Senat, BGHZ 114, 263, 269).

cc) Mit der Höhe eines Schadensersatzanspruchs hat sich das Berufungsgericht - folgerichtig - noch nicht befaßt. Sollten hierzu Feststellungen erforderlich werden, wird zu beachten sein, daß der Anspruch aus culpa in contrahendo regelmäßig auf Ersatz des negativen Interesses gerichtet ist (BGHZ 114, 87, 94; 142, 51, 62). Schaden ist danach der Betrag, um den die Klägerin im Streitfall wegen der fehlenden Unterrichtung über die Zusatzvereinbarung das Grundstück zu teuer erworben hat (vgl. Senat, Urt. v. 6. April

2001, V ZR 394/99, NJW 2001, 2875, 2877 m.w.N.). Schwierigkeiten bei der Ermittlung dieses Betrages sind nicht zu erwarten. Die Klägerin ist nämlich über Umstände getäuscht worden, die für den Verkehrswert maßgeblich sind. So können bei der Wertermittlung nach dem Ertragswertverfahren nur nachhaltig erzielbare Mieteinnahmen Berücksichtigung finden (Senat, Urt. v. 25. Oktober 1996, V ZR 212/95, NJW 1997, 129, 130; vgl. auch § 17 Abs. 1 WertV 1988 sowie zur Anwendbarkeit der WertV 1988 Senat, Urt. v. 12. Januar 2001, V ZR 420/99, WM 2001, 997 f). Durch die Zusatzvereinbarung wird aber die Nachhaltigkeit der Mieterträge, nämlich deren Erzielbarkeit bei ordnungsgemäßer Bewirtschaftung in überschaubarer Zukunft (vgl. Senat, Urt. v. 25. Oktober 1996, aaO), in Frage gestellt.

4. Auch die Abweisung der gegen den Beklagten zu 2 gerichteten Klage ist von Rechtsfehlern beeinflusst.

a) Die Haftung des Beklagten zu 2 kann im Falle eines Scheingeschäfts wegen der damit verbundenen arglistigen Täuschung über die Mieterträge aus Deliktsrecht, insbesondere gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, begründet sein (vgl. Senat, Urt. v. 11. Oktober 1991, V ZR 341/89, NJW-RR 1992, 253, 254). Auch wenn die Beklagte zu 1 - entsprechend dem vorrangigen Ziel der Klägerin - auf Minderung haften sollte, steht dies einer Gesamtschuldnerschaft mit dem Beklagten zu 2 nicht entgegen (vgl. BGHZ 51, 275, 278; auch Senat, Urt. v. 11. Oktober 1991, aaO). Sollte sich eine Täuschung über den Mietertrag beweisen lassen, schuldet der Beklagte zu 2 der am Vertrag festhaltenden Klägerin als Schadensersatz den Betrag, um den sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben über die Mieterträge das Wohn- und Geschäftshaus zu teuer erworben hat. Insoweit hat für die Eigenhaftung des ge-

setzlichen Vertreters aus unerlaubter Handlung nichts anderes zu gelten als für die aus derselben arglistigen Täuschung infolge deren Zurechnung für die Verkäuferin sich ergebende vertragliche Gewährleistungshaftung aus § 463 Satz 2 BGB oder für die quasi vertragliche Haftung aus culpa in contrahendo (vgl. Senat, Urt. v. 11. Oktober 1991, aaO).

b) Eine deliktsrechtliche Haftung des Beklagten zu 2 kommt auch dann in Betracht, wenn sich zwar ein Scheingeschäft nicht feststellen lassen sollte, der Beklagte zu 2 die Klägerin als Kaufinteressentin aber durch die unvollständige Übermittlung des Mietvertrages ohne die Zusatzvereinbarung vorsätzlich getäuscht haben sollte.

c) Daneben ist eine Eigenhaftung des Beklagten zu 2 wegen Verschuldens bei Vertragsschluß möglich, wenn er selbst an dem Vertragsabschluß wirtschaftlich stark interessiert war und aus dem Geschäft eigenen Nutzen erstrebte (Senat, Urt. v. 20. März 1987, V ZR 27/86, NJW 1987, 2511, 2512 m.w.N.). Sollte diese Anspruchsgrundlage für die Entscheidung Bedeutung erlangen, wird zu beachten sein, daß die Revision mit ihrer Rüge, das Berufungsgericht habe die Voraussetzungen einer Eigenhaftung des Beklagten zu 2 aus culpa in contrahendo zu Unrecht verneint, auf der Grundlage des bisherigen Sachvortrages nicht durchdringen kann. Für ein eigenes wirtschaftliches Interesse des Beklagten zu 2 als Vorstand der Beklagten zu 1 ist erforderlich, daß er "gleichsam in eigener Sache" handelte, insbesondere schon bei Abschluß des Kaufvertrages mit der Klägerin die Absicht hatte, deren Gegenleistung nicht ordnungsgemäß an die Gesellschaft weiterzuleiten, sondern sie zum eigenen Nutzen dafür geeigneten Zwecken zuzuführen (vgl. BGHZ 126, 181, 184 f; BGH, Urt. v. 23. Oktober 1985, VIII ZR 210/84, NJW 1986, 586,

588; Urt. v. 27. März 1995, II ZR 136/94, NJW 1995, 1544). Für eine von Anfang an beabsichtigte Vereinnahmung der Gelder durch den Beklagten zu 2 besteht aber - mangels eines planmäßigen Vorgehens - zumindest dann kein Anhalt, wenn der Zeuge Al. die Klägerin eigenmächtig durch die unvollständige Unterrichtung über den Mietvertrag täuschte. Der nach Ablösung der Grundstücksbelastung und Abzug der Kosten verbleibende Restbetrag des Kaufpreises wurde bereits am 19. Februar 1997 von dem Notar unstreitig an die Beklagte zu 1 gezahlt. Danach vergingen bis zum Wechsel im Amt des Vorstandes und zur anschließenden Beantragung des Gesamtvollstreckungsverfahrens über das Vermögen der Beklagten zu 1 nahezu neun Monate, in denen diese erwerbswirtschaftlich tätig werden und eine Investition der vereinnahmten Gelder beabsichtigt gewesen sein konnte.

III.

Nach alledem ist das Berufungsurteil aufzuheben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es unter Beachtung der aufge-

zeigten rechtlichen Erwägungen die notwendigen Feststellungen treffen kann (§ 565 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Tropf

Schneider

Krüger

Klein

Gaier