
Datum: 12.11.2001
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 9. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-9 U 53/01
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2001:1112:I9U53.01.00

Tenor:

Berufung und Anschlussberufung gegen das am 24. Januar 2001 verkündete Urteil der 6. Zivilkammer des Landgerichts Krefeld (6 O 20/99) werden zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens tragen der Kläger zu 2/3 und die Beklagte zu 1/3.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Kläger kann die Zwangsvollstreckung der Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 8.000 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Beklagte kann die Zwangsvollstreckung des Klägers gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 4.000 DM abwenden, wenn nicht der Kläger vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Sicherheitsleistungen können durch Bürgschaft einer Großbank oder Sparkasse erbracht werden.

Die Revision der Beklagten wird zugelassen.

Tatbestand

1

Der Kläger hat in einer gehobenen Wohnlage K das Baurundstück W...allee erworben. Nach Änderung des Bebauungsplans vereinbarte der Kläger am 09.03.1998 mit der Beklagten den Erwerb eines Teils des bisherigen Straßenlandes der S...straße, die im Westen verläuft, zu einem Kaufpreis von 150 DM/qm, insgesamt 56.850 DM.

2

Unter § 4 des notariellen Kaufvertrages (UR.-Nr. 113/1998 des Notars S.... aus E....) heißt es:	3
“ ...	4
(2) Der Verkäufer versichert, dass	5
ihm keine Belastungen des Vertragsgrundstücks bekannt sind, die außerhalb des Grundbuchs bestehen, insbesondere zu Lasten des Vertragsgrundstückes keine Baulasten im Baulastenverzeichnis eingetragen sind; ...	6
(4) Der Käufer hat das Vertragsgrundstück besichtigt. Er übernimmt es in dem derzeitigen Zustand, welcher ihm bekannt ist. Der Verkäufer haftet daher nicht für die Bebaubarkeit des Vertragsgrundstückes; er versichert aber, dass ihm keine versteckten Mängel bekannt sind und dass er keine ihm bekannten Mängel dem Käufer verschwiegen hat. ...	7
(6) Für die Freiheit des Vertragsgrundstücks von nicht im Grundbuch eingetragenen Lasten und Beschränkungen wird nicht gehaftet.” ...	8
Die verkaufte Fläche ist katastermäßig als Flurstück 716 – hervorgegangen aus Nrn. 707 und 708 – erfasst.	9
Als der inzwischen als Eigentümer eingetragene Kläger im Sommer 1998 daran ging, die hinzuerworbenen Flächen gestalterisch in seinen Garten zu integrieren, stellte er fest, dass Wasser-, Gas- Stromleitungen, die die Anwohner der S....straße versorgen, nunmehr in einer Tiefe von ca. einem Meter durch sein Grundstück verliefen. Pläne, die die Städtischen Werke K... AG dem Kläger danach überlassen haben, lassen darauf schließen, dass die Leitungen 1958 verlegt wurden.	10
Der Kläger hat einen Kostenvoranschlag bei den Städtischen Werken eingeholt und darauf basierend von der Beklagten Ersatz in Höhe von 92.800 DM verlangt, was die Beklagte ablehnte.	11
Der Kläger hat in erster Instanz behauptet, durch die verlegten Versorgungsleitungen sei das verkaufte Grundstück nahezu wertlos. Bei jeder Wartungs- und Instandsetzungsarbeit sei sein Grundstück in erhebliche Mitleidenschaft gezogen, weil die hochwertige Zaunanlage geöffnet und die Versorgungsleitungen freigelegt werden müssten. Das Grundstück dürfe in diesem Bereich wie ihm die Städtischen Werke durch Schreiben vom 03.11.1998 mitgeteilt hätten, weder bebaut noch bepflanzt werden; vorhandene Bäume müssten gefällt werden und eine Lagerung von Materialien sei ausgeschlossen.	12
Bei dem Verkauf habe die Beklagten jedoch argumentiert, er würde ja bei Zusammenlegung der Flurstücke Bauland erwerben. Letztendlich käme es darauf aber nicht an, weil die Beklagte im Kaufvertrag die Freiheit von Mängeln zugesichert habe, weshalb sie Schadensersatz in Höhe der Verlegungskosten leisten müsse. Hilfsweise stütze er seinen Schadensersatzanspruch auf die Wertdifferenz zwischen dem mangelfreien und dem mangelhaften Grundstück. Äußerst Hilfsweise mache er Minderungsansprüche geltend. Die Minderung betrage zumindest 45.480 DM.	13
Sein Feststellungsantrag sei mit Rücksicht auf die noch nicht abschließend feststehenden Kosten der Verlegung und die Kosten der laufenden Instandhaltung und Wartung der Leitungen gerechtfertigt.	14

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 92.800 DM nebst 4 % Zinsen seit Rechtshängigkeit (26. März 1999) zu zahlen; 16

2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtlichen zukünftigen unmittelbaren und/oder mittelbaren Schaden zu ersetzen, der ihm durch die Beseitigung, Verlegung oder Duldung durch ihn, die Reparatur, Wartung und/oder Instandhaltung sowie durch eine eventuelle Schadhaftigkeit oder Undichtigkeit der auf dem Grundstück Gemarkung B...., Flur..., Flurstück 716 (vormals 707 und 708) verlegten und von den Städtischen Werken K.... AG betriebenen und genutzten Leitungen in Form einer Wasserleitung 200ST, einer Gasleitung 150G sowie einer Stromversorgungsleitung durch 4 x 150 NAYY² entstehen wird. 17

Die Beklagte hat beantragt, 18

die Klage abzuweisen. 19

Sie hat vorgetragen, ihr seien Belastungen des Vertragsgrundstückes außerhalb des Grundbuches nicht bekannt gewesen. Das Grundstück sei auch nur zur gärtnerischen Nutzung erworben worden. Dies könne uneingeschränkt geschehen. Der Kaufpreis entspreche einer Nutzung als Gartenland. Bei einer vorgesehenen baulichen Nutzung wäre ein Kaufpreis von 700 DM angemessen gewesen. Eine Wertminderung des Grundstückes sei nicht erkennbar. 20

Nach Einholung eines Gutachtens zu den Fragen, ob das Grundstück trotz der Versorgungsleitungen als Gartenland nutzbar sei und welchen Wert dies habe, hat das Landgericht der Beklagten „aktenmäßig festgehaltenes Wissen“ um die verlegten Leitungen zugerechnet und deshalb einen Schadensersatzanspruch wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels bejaht, den Erstattungsbetrag mit Rücksicht auf Duldungspflicht des Eigentümers gemäß § 8 AVBEltV jedoch auf einen „Minderungsbetrag“ in Höhe von 37.900 DM beschränkt und den Feststellungsantrag abgewiesen. 21

Dagegen richten sich Berufung und Anschlussberufung der Parteien. 22

Der Kläger trägt vor, er habe den „kleinen“ Schadensersatzanspruch gemäß § 463 Satz 2 BGB geltend gemacht, es sei deshalb nicht gerechtfertigt, ihm nur einen Minderungsanspruch zuzusprechen. § 8 AVBEltV könne dieses Ergebnis nicht rechtfertigen. Zu Unrecht gehe das Landgericht auch davon aus, er habe nur Gartenland erworben. Sein Schaden bestehe vielmehr in Höhe der bei Beseitigung des Mangels durch Verlegung der Versorgungsleitungen entsprechend dem eingeholten Angebot der Städtischen Werke entstehenden Kosten. Den tatsächlichen Aufwand könne er erst nach Durchführung der Arbeiten beziffern, weshalb es auch der begehrten Feststellung bezüglich der zukünftigen Kosten bedürfe. 23

„Unstreitig“ habe die Beklagte die Grundleitungen ursprünglich selbst verlegt und müsse sich daher auch das einmal erworbene, typischerweise aktenmäßig festgehaltene Wissen zurechnen lassen. Daran ändere sich auch nichts durch die nachträgliche 24

Übertragung der Grundleitungen auf die Städtischen Werke K... AG, an der die Beklagte mehrheitlich beteiligt sei. Der Verlauf der Versorgungsleitungen sei dort aktenmäßig festgehalten und für jedermann, insbesondere auch für die Beklagte verfügbar. 25

Der Kläger beantragt, 26

1. in teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Beklagte zu verurteilen, an ihn über den ausgeurteilten Betrag hinaus weitere 54.900 DM nebst 4 % Zinsen seit dem 26.03.1999 zu zahlen;	27
2. festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihm sämtlichen zukünftigen unmittelbaren und/oder mittelbaren Schaden zu ersetzen, der diesem durch die Beseitigung, Verlegung oder Duldung durch ihn, die Reparatur und/oder Instandhaltung sowie durch eine eventuelle Schadhaftheit und/oder Undichtigkeit der auf dem Grundstück Gemarkung B....., Flurstück , Flurstück 716 (vormals 707 und 708) verlegten und von den Städtischen Werken K.... AG betriebenen und genutzten Leitungen in Form einer Wasserleitung 200ST, einer Gasleitung 150G sowie einer Stromversorgungsleitung durch 4 x 150 NAYY ² entstehen wird.	28
Die Beklagte beantragt,	29
die Berufung zurückzuweisen.	30
Die Beklagte trägt vor, dem Kläger seien der Verlauf der Gas-, Strom- und Wasserleitungen bekannt gewesen, denn zum Kaufvertrag hätten auch die Pläne Bl. 22 und 23 GA gehört. Der Kläger habe also gewusst, worauf er sich einlasse. Zumindest habe er aber Kenntnis vom Verlauf des Abwasserkanal gehabt; insoweit sei ihm ein Plan vor Abschluss des Kaufvertrags übersandt worden. Im übrigen ist sie der Auffassung, mangels entsprechender Kenntnis von den verlegten Leitungen liege ein arglistiges Verschweigen auf ihrer Seite nicht vor. Die Mitarbeiter ihres vertretungsberechtigten Liegenschaftsamtes hätten jedenfalls von den im Jahr 1958 auf dem verkauften Grundstückstreifen verlegten Versorgungsleitungen nichts gewusst. Auch eine ämterübergreifende Informationsaustauschpflicht habe auf ihrer Seite nicht bestanden. Für die Verlegung der beanstandeten Versorgungsleitungen sei im übrigen die von der Stadtverwaltung völlig unabhängige und privat-rechtlich agierende Städtische Werke K.... AG bzw. deren Rechtsvorgängerin verantwortlich und zwar bereits seit dem Jahre 1958.	31
Zur Schadenshöhe müsse nach wie vor bestritten bleiben, dass der Kläger Bauland erworben habe. Darüber hinaus müsse gefragt werden, wie klein ein "kleiner Schadensersatz" im Verhältnis zum großen Schadensersatz bleiben dürfe, ohne dass der Käufer den Kaufgegenstand zurückgeben müsse.	32
Im Wege der Anschlussberufung beantragt die Beklagte daher,	33
das landgerichtliche Urteil teilweise abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.	34
Der Kläger beantragt,	35
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	36
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den vorgetragenen Inhalt der gegenseitigen Schriftsätze, die zu den Akten gereichten Urkunden und Lagepläne sowie Lichtbilder und das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. N.... verwiesen.	37
<u>E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e</u>	38
Die Rechtsmittel der Parteien haben keinen Erfolg.	39
Der Kläger kann den vom Landgericht zugesprochenen Betrag in Höhe von 37.900 DM als Schadensersatz zum Ausgleich der Wertminderung des von ihm erworbenen Grundstücks	40

beanspruchen; weitergehende Ansprüche stehen ihm nicht zu.

I. 41

Die Beklagte haftet dem Grunde nach allerdings nicht schon wegen Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft; ihre vertragliche Versicherung, keine Kenntnis von versteckten Mängeln zu haben ist nicht der Zusicherung gleichzusetzen, das Grundstück habe keinen Mangel, und wird daher nicht von § 463 Satz 1 BGB erfasst (vgl. BGH NJW 2001, 2326, 2327). 42

II. 43

Der Kläger kann jedoch Schadensersatz gemäß § 463 Satz 2 BGB beanspruchen, weil die Beklagte ihn über einen erheblichen Mangel des Grundstücks nicht aufgeklärt und damit arglistig getäuscht hat. 44

1. Das von der Beklagten veräußerte Grundstück ist mangelhaft. 45

Die in dem ehemaligen Straßenland verlegten Gas-, Strom- und Wasserleitungen beeinträchtigen das Grundstück in seiner Nutzung erheblich und stellen deshalb einen Sachmangel dar. Wie das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. N... zeigt, ist es nur in sehr eingeschränktem Maß einer gärtnerischen Nutzung zugänglich, denn die Leitungen liegen ab ca. 60 cm unter der Oberkante des Erdreiches und füllen die halbe Breite des Grundstückstreifens aus. Tiefwurzelnende Bäume etwa können deshalb nicht gepflanzt werden. 46

Zwar lässt die gesetzlich festgeschriebene Duldungspflicht der Eigentümer, die sich aus den §§ 8 Abs. 3 AVBEltV, AVBGasV und AVBWasser ergeben und die in ihrer Auswirkung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit nahe kommen, auch an das Vorliegen eines Rechtsmangels denken. Da diese Duldungspflichten aber auf öffentlich-rechtlichen Vorschriften beruhen und nicht auf privatrechtlichen Vereinbarungen des jeweiligen Versorgungsunternehmens mit dem Eigentümer, ist es gerechtfertigt, den Verkäufer wie bei Baubeschränkungen aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorschriften nach Sachmängelgewährleistungsrecht haften zu lassen (vgl. auch BGH NJW-RR 1993, 396). Für die Anwendung der Sachmängelhaftung spricht im übrigen auch, dass der Kläger nicht bereits durch die Pflicht zur Duldung der Leitungen in seiner Gestaltungsmöglichkeit erheblich eingeschränkt wird, sondern erst durch das tatsächliche Vorhandensein der Leitungen relativ nahe unter der Erdoberfläche. 47

2. Die Beklagte hat diesen Mangel arglistig verschwiegen, so dass es mit Rücksicht auf das Schadensersatzverlangen des Klägers auf den nach dem Verständnis der Parteien in § 4 des Vertrages auch vereinbarten grundsätzlichen Gewährleistungsausschluss nicht ankommt. 48

a) Das Verschweigen eines Fehlers stellt allerdings nur dann eine Täuschung dar, wenn hinsichtlich des Mangels trotz der entgegengesetzten Interessen der Vertragsparteien eine Aufklärungspflicht besteht. Davon ist regelmäßig bei verborgenen, wesentlichen Mängeln auszugehen(vgl. BGH Report 2001, 362). 49

Vorliegend ist die Pflicht zur Aufklärung ohne weiteres zu bejahen, denn die Einschränkung durch die im Erdreich verlegten Wasser-, Gas- und Elektroleitungen ist einerseits für den Käufer nicht zu erkennen und andererseits für die - für die Beklagte erkennbare - zukünftige Nutzung des Grundstücks als Bestandteil des klägerischen Anwesens von wesentlicher Bedeutung; der Kläger wollte ersichtlich nicht über "Straßenland" verfügen, sondern seinen 50

vorhandenen Garten arrondieren und in dessen Gestaltung nicht eingeschränkt sein.

b) Arglistig handelt aber grundsätzlich nur, wer den aufklärungspflichtigen Fehler mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Fehler nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte; das Tatbestandsmerkmal der arglistigen Täuschung erfasst damit nicht nur ein Handeln des Veräußerers, das von betrügerischer Absicht getragen ist, sondern auch solche Verhaltensweisen, die auf bedingtem Vorsatz im Sinne eines "Fürmöglichhaltens" reduziert sind und mit denen kein moralisches Unwerturteil verbunden sein muss (vgl. BGH NJW 2001, 2326, 2327). 51

aa) Allein daran gemessen, kann eine Arglist wegen Verschweigens des Mangels nicht bejaht werden, weil eine Kenntnis nicht festgestellt werden kann. 52

Die Beklagte als Körperschaft des öffentlichen Rechts ist selbst nicht "wissensfähig"; die für die Arglist erforderliche Kenntnis kann ihr allein durch Vertreter vermittelt werden. Nach § 166 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich nur der Kenntnisstand derjenigen Person entscheidend, die den rechtsgeschäftlichen Tatbestand als Vertreter verwirklicht; die Kenntnis einer anderen Person ist allenfalls dann gemäß § 166 Abs. 2 BGB maßgeblich, wenn sie auf das Handeln dieser Person steuernd eingewirkt hat (vgl. BGH NJW-RR 1997, 270). Weder vermag der Kläger konkret zu behaupten noch ist sonst etwas dafür ersichtlich, auf Seiten der für die Beklagten tatsächlich Handelnden sei der Verlauf der 1958 verlegten Leitungen bekannt oder doch zumindest als durch das verkaufende Grundstück verlaufend vermutet worden. Der Notariatsangestellte, der als Vertreter ohne Vertretungsmacht bei Abschluss des Kaufvertrags für die Beklagte aufgetreten ist, hatte sicher keine Kenntnis von den Örtlichkeiten. Eine Kenntnis der die Vertretung genehmigenden Organe wird nicht ansatzweise behauptet. Soweit die Vertragsverhandlungen maßgeblich von den Mitarbeitern des Liegenschaftsamtes geführt wurden, hat die Beklagte unwidersprochen vorgetragen, dass diesen nur ein Plan über den Verlauf des Abwasserkanals vorlag, der unstreitig außerhalb des erworbenen Grundstücks liegt. Die Behauptung der Beklagten in der Anschlussberufungsbegründung, dem Kläger seien die Pläne über den Verlauf von Gas-, Wasser- und Stromleitungen - als Bestandteil des Kaufvertrages - bekannt gewesen, ist ersichtlich "ins Blaue hinein" erfolgt. Die von der Beklagten damit in Bezug genommenen Pläne (Bl. 22, 23 GA) waren nicht Bestandteil des Kaufvertrages, sondern stammen von der Städtische Werke K.... AG. Diese Pläne lagen der Beklagten nach ihren eigenen Bekundungen nicht vor und konnten deshalb auch nicht zum Gegenstand des Kaufvertrages gemacht werden. Sie geben damit für eine positive Kenntnis der Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nichts her. 53

bb) Dennoch ist es der Beklagten versagt, sich auf die Unwissenheit der für sie 1998 Handelnden zu berufen, weil vorliegend eine Wissenszurechnung und damit die Arglist unter dem Gesichtspunkt der "Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation der Kommunikation" erfolgen muss (vgl. BGHZ 132, 30, 37 im Anschluss an Taupitz, Karlsruher Forum 1994, Seite 16, 28 ff. und Medicus, ebenda, Seite 4, 11 ff.). 54

Diese Grundsätze finden bei arbeitsteiligen Abläufen innerhalb einer Organisation Anwendung und rechtfertigen die Wissenszurechnung aus dem in § 166 Abs. 1 BGB zugrundeliegenden Gedanken eines vom Vertretenen beherrschbaren Risikos (vgl. BGH NJW-RR 1997, 270; Taupitz, JZ 1996, 734, 735). Mag der dogmatische Ansatz vielleicht auch umstritten sein, so steht die Notwendigkeit des Ergebnisses dieser höchstrichterlicher Rechtsfortbildung grundsätzlich außer Zweifel.(vgl. dazu etwa Altmeppen, BB 1999, 749, 750 m.w.N. zu Fn. 11). Tragende Argumente für diese Risikoverteilung sind dabei, dass aus 55

Gründen des Verkehrsschutzes der Vertragspartner einer juristischen Person grundsätzlich nicht schlechter gestellt sein darf als der Kontrahent einer natürlichen Person (Gleichstellungsargument) und dass bei einer juristischen Person die wichtigen Informationen typischerweise aktenmäßig festgehalten werden (Dokumentationsargument) (vgl. Hagen, DRiZ 1997, 1157, 161). Eine am Rechtsverkehr teilnehmenden Organisation muss danach so organisiert sein, dass Informationen, deren Relevanz für andere Personen innerhalb dieser Organisation bei den konkret Wissenden erkennbar ist, tatsächlich an jene Personen weitergegeben werden und sichergestellt ist, dass im Bedarfsfalle nach erkennbar anderswo innerhalb der Organisation vorhandenen und für den eigenen Bereich wesentlichen Informationen nachgefragt wird (vgl. BGHZ 132, 30, 37). Die pflichtwidrige Organisation der Wissensverwaltung in der arbeitsteiligen Behörde darf dieser daher nicht zum Vorteil gereichen, wenn sie mit dem Bürger wie ein Privatmann kontrahiert. Der Bürger darf eine Behördenorganisation voraussetzen, der es möglich ist, auf typischer Weise in der Vergangenheit aktenmäßig festgehaltenes Wissen zurückzugreifen.

Allerdings ist Kehrseite des Gleichstellungsargumentes, dass auch der Wissenszurechnung persönliche und zeitliche Grenzen gesetzt sind. Für diejenige Person, für die die Zurechnung gelten soll, muss wenigstens eine reale Möglichkeit, aber auch ein Anlass bestehen, sich das Wissen aus dem eigenen Gedächtnis, aus Speichern oder von anderen Personen zu beschaffen. Danach ist entscheidend, ob die Information einerseits im Zeitpunkt der Wahrnehmung überhaupt gespeichert und andererseits bei einem konkreten Anlass abgerufen werden musste (vgl. BGHZ 132,30, 38 f.). 56

Daran gemessen muss sich die Beklagte ein ihr zur Arglist gereichendes Wissen fiktiv zurechnen lassen. 57

Zuzurechnen ist der Beklagten allerdings nicht bereits der bloße Umstand, dass bei der Städtische Werke K.... AG Pläne über den Verlauf der Leitungen vorhanden sind. Die Stadtwerke sind eine selbstständige juristische Person; dass die Beklagte im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft einen Sitz hat und die Stadtwerke voraussichtlich aus einem früheren Eigenbetrieb der Beklagten hervorgegangen ist, reiht die Aktiengesellschaft noch nicht in die Kette gemäß § 166 BGB ein. Auf deren "Wissensspeicher" hatte die Beklagte nicht ohne weiteres Zugriff. Sie hätte sich von dort Wissen wie jeder andere beschaffen müssen. 58

Das Wissen der Stadt um den Leitungsverlauf war aber begriffsnotwendig im Jahre 1958 vorhanden. Damals wurden die Leitungen in ihrem Eigentum verlegt. Dies konnte ohne ihre Zustimmung nicht geschehen. Dieses Wissen zu speichern, bestand auch bereits im Jahre 1958 Anlaß. Da diese Leitungen nicht zum Selbstzweck verlegt wurden, sondern um anliegende Grundstücke zu erschließen und die Häuser an die Versorgungsleitungen - gegebenenfalls auch Jahrzehnte später - anschließen zu können, musste die Information für den Eigentümer verfügbar sein, auch wenn dieser für die Leitungen selbst nicht (mehr) verantwortlich ist. Für sein Grundstück bleibt er zumindest verkehrssicherungspflichtig, so dass er über Arbeiten im Straßenraum zu informieren ist. Typischerweise werden deshalb über den Verlauf solcher Versorgungsleitungen Pläne gefertigt und, wenn auch nicht unbedingt beim Liegenschaftsamt, so doch beim Tiefbauamt archiviert. Die Beklagte hat Anlass gesehen, grundsätzlich nach Plänen über den Verlauf von Leitungen zu forschen. Anlässlich des Verkaufs an den Kläger hat sie sich immerhin einen Plan 59

über den Verlauf des Abwasserkanals innerhalb der Behördenorganisation beschafft. Nach ihren eigenen Ausführungen im Schreiben vom 02.09.1998 wurde der Verlauf der Grundstücksgrenze daran angepasst. 60

Mit dieser Informationsbeschaffung durfte sie sich aber nicht begnügen. Denn die S....straße ist eine seit langem erschlossene Straße, mit mehreren Häusern, die über zumindest Wasser und Strom verfügen; damit mussten außer dem Abwasserkanal im Straßenraum zwingend weitere Leitungen vorhanden sein. Mit der bauplanungsrechtlichen Situation der S...strasse hat sich die Beklagte vor dem Verkauf auch beschäftigt, denn der Bebauungsplan musste vor dem Verkauf noch geändert werden. Vor dem Umstand, dass in der Straße weitere Leitungen vorhanden sind, konnte sie sich dann nicht verschließen und hoffen, die Leitungen würden schon wie der Abwasserkanal außerhalb des verkauften Grundstücks liegen. Sie musste gegebenenfalls bei Dritten Nachfrage halten. Die beklagte Stadt kann es deshalb auch nicht entlasten, dass möglicherweise ein früherer Mitarbeiter es fahrlässig versäumt hat, die notwendigen Informationen rechtzeitig zu speichern oder deren spätere Weitergabe – eventuell bei Gründung der Städtischen Werke – zu notieren (so aber wohl für den Fall der GmbH & Co. KG BGH NJW 1996, 1205, 1206; siehe auch Palandt-Heinrichs § 166 BGB, Rdnr. 8). Denn es war zumindest im Zeitpunkt des Verkaufs offensichtlich, dass solche Informationen vorhanden sein müssten. Wollte die Beklagte dem Arglistvorwurf in dieser Situation entgehen, musste sie sich entweder die Information anderweitig beschaffen oder zumindest darüber aufklären, dass ihr die entsprechende Information verloren gegangen ist. Beides ist nicht geschehen.

Über den in der Vergangenheit liegenden Organisationsmangel hat die Beklagte insbesondere auch nicht durch die von ihr behauptete Übersendung des Abwasserplans an den Kläger vor Vertragsschluss unterrichtet. 62

Der Kläger konnte dem Plan - die Übersendung unterstellt - nur entnehmen, dass diese Leitung nicht über das von ihm zu kaufen beabsichtigte Teilgrundstück verlaufen würde. Sein Informationsbedürfnis hinsichtlich des Verlaufs der übrigen Leitungen war damit aber weder entfallen, noch musste er dem Plan entnehmen, die Stadt verfüge über keine weitere Informationen, weshalb er sich in seinem eigenen Interesse anderweitig informieren müsse. Ein dahingehendes Begleitschreiben mit entsprechender Aufklärung behauptet die Beklagte jedenfalls selbst nicht. 63

Der Kläger durfte folglich selbst bei Übersendung des Plans darauf vertrauen, die Beklagte habe ihn umfassend über ihre Liegenschaften informiert. 64

3. Der Kläger kann über den vom Landgericht zugesprochenen Betrag von 37.900 DM hinaus keinen weiteren Schadensersatz verlangen. 65

Er hat sich für den kleinen Schadensersatz entschieden, so dass er nur den Minderwert ersetzt verlangen kann. Die geltend gemachten "Verlegungskosten" scheiden als Maßstab aus. 66

a) Der Anspruch des Klägers gemäß § 463 Satz 2 BGB ist auf einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung gerichtet, bei dem der Verkäufer auf das positive Interesse haftet. Der Käufer kann daher bei arglistigem Verschweigen verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn der arglistig verschwiegene Mangel bei Übergabe nicht vorhanden gewesen wäre (vgl. Staudinger-Honsell, § 463 BGB, Rdnr. 55; MüKo-Westermann, § 463 BGB, Rdnr. 19; Erman-Grunewald, § 463 BGB, Rdnr. 15). 67

Dem Käufer stehen dabei zur Schadensberechnung zwei Möglichkeiten offen: Er kann den Kaufgegenstand zurückweisen und Ersatz des gesamten ihm durch die Nichterfüllung des Vertrages entstandenen Schadens verlangen - großer Schadensersatz - oder die fehlerhafte Sache behalten und den "Minderwert" liquidieren 68

- kleiner Schadensersatz - (vgl. BGHZ 96, 283, 287). 69

Auch wenn die Umschreibung der Einstandspflicht des Verkäufers für das positive Interesse beim Käufer eine gegenteilige Vorstellung indizieren mag, bedeutet dieser Schadensersatz wegen Nichterfüllung lediglich Geldersatz für die Differenz zwischen dem Wert der geschuldeten Sache im mangelfreien Zustand und dem tatsächlichen Wert der mangelhaften Sache. Er richtet sich also nicht auf Beseitigung des Mangels oder Herstellung des vertragsgerechten Zustandes i.S. von § 249 BGB, denn es geht nicht um Naturalrestitution, sondern um Ersatz der Wertdifferenz (vgl. BGH NJW 1998, 2905; Staudinger-Honsell § 463 BGB, Rdnr. 58). Der Käufer ist also nur wirtschaftlich so zu stellen, als ob er ein fehlerfreies Grundstück erhalten hätte, tatsächlich ist ihm aber kein fehlerfreies Grundstück zu übertragen. 70

Der Bundesgerichtshof lässt es allerdings zu, dass diese Differenz auch nach den Kosten für eine Herrichtung des verkauften Gegenstandes in einen mangelfreien Zustand bestimmt werden kann (schon BGH NJW 1965, 34, 35), so dass der Schadensersatz der Naturalrestitution sehr nahe kommt. Dabei geht es aber ohne Zweifel um eine vereinfachte Form der Berechnung des mangelbedingten Minderwertes (vgl. BGHZ 108, 156, 160). 71

Diese Art der Schadensschätzung muss nach Auffassung des Senats aber versagen, wenn, wie vorliegend, der geforderte Schadensersatz einerseits den Wert der Sache in mangelfreiem Zustand bei weitem übersteigt und andererseits der mangelhaften Sache selbst noch ein Restwert zukommt. Der Nichterfüllungsschaden, der der Sache selbst anhaftet, kann also nicht höher sein, als der Wert Sache in mangelfreien Zustand. 72

Zwar hat der Bundesgerichtshof in einem Sonderfall des Kunsthandels (abgedruckt: NJW 1993, 2102) Schadensersatz in Höhe eines den Kaufpreis um ein Vielfaches übersteigenden Betrag für möglich gehalten. Dieser Fall ist aber nicht mit dem vorliegenden vergleichbar, da hier der Schaden nur nach dem tatsächlichen Wert zu berechnen ist und nicht nach dem zugesicherten höheren Wert, wobei an das Vorliegen der entsprechenden Zusicherung hohe Anforderungen gestellt wurden (vgl. noch BGH ZIP 1995, 570 ff. – Burra II). 73

Der Kläger begehrt Schadensersatz in Höhe von 92.800 DM, obwohl der Verkehrswert des Grundstücks im mangelfreien Zustand nur einem Betrag von 56.850 DM entspricht und der mangelhaften Sache selbst nach der eigenen Auffassung des Klägers zumindest noch ein Restwert von 30 DM/qm anhaftet. Die Rechnung gleicht damit mehr aus als eine Wertminderung. Würde seiner Schadensforderung entsprochen, würde der Kläger so gestellt, als wäre es ihm gelungen, bei Offenbarung des Mangels die Übertragung der Straßenparzelle ohne eigene Aufwendungen bei Zuzahlung der Beklagten in Höhe von rund 35.000 DM zu erreichen. Es kann nicht ernsthaft davon ausgegangen werden, dass sich das Erfüllungsinteresse des Klägers so bestimmen lässt. Bei Kenntnis der im Grundstück verborgenen Leitungen wäre entweder das gesamte Kaufgeschäft unterblieben oder ein Abzug allenfalls in Höhe der Wertminderung vereinbart worden. 74

Zwar mag der Kläger der Auffassung sein, so nicht das zu erhalten, was ihm nach dem Vertrag zu übertragen war, nämlich ein ohne Einschränkung zu nutzendes Grundstück, und die zuzusprechende Wertminderung nicht als hinreichenden Ausgleich für die subjektiv empfundene Beschränkung seiner gärtnerischen Gestaltungsfreiheit ansehen. Dem Kläger hätte es aber offen gestanden, das Grundstück zurückzugeben und den großen Schadensersatz zu verlangen. 75

In diesem Zusammenhang ist im übrigen darauf hinzuweisen, dass in der vom Kläger vorgelegten Aufstellung über die Kosten der Verlegung von Versorgungsleitungen der Städtischen Werke K.... AG von 04.08.1998 auch ein Betrag für die "Umlegung des Beleuchtungskabels, Umsetzung eines Beleuchtungsmastes und eines Schaltschranks" in Höhe von rund 13.000 DM enthalten ist. Dafür kann ein Schadensersatz aber schon deshalb nicht verlangt werden, weil insoweit gar kein vom Kläger geltend gemachter arglistig verschwiegener Mangel vorliegt. Das Vorhandensein des entsprechenden Beleuchtungsmastes dürfte offensichtlich gewesen sein.

b) Der tatsächliche ersatzfähige Schaden ist aufgrund des vom Landgericht eingeholten Gutachtens des Sachverständigen Dipl.-Ing. N... auf 37.900 DM zu schätzen. Der Grundstücksstreifen hat einen Wert von 50 DM/qm, also insgesamt 18.950 DM, statt der vom Kläger verauslagten und vom Sachverständigen für zutreffend erachteten 56.850 DM. 77

Bei diesem Erstattungsbetrag handelt es sich nicht, wie der Kläger meint, lediglich um eine Minderung im Sinne von § 472 BGB. Bei einer Minderung wird der tatsächliche Kaufpreis im Verhältnis von Istwert zum Sollwert herabgesetzt; bei der für den Schadensersatz gemäß § 463 Satz 2 BGB erforderlichen Feststellung der Wertminderung kommt es hingegen auf die Differenz zwischen Soll- und Istwert an. Sind allerdings der Sollverkehrswert und der zwischen den Parteien vereinbarte Kaufpreis identisch, entspricht der Schadensersatz der Minderung nach § 472 BGB (vgl. Klein-Blenkers, AcP 194, 352, 365 ff.). 78

Der Kläger kann dieser für ihn ungünstigen Schadensberechnung ferner nicht entgegenhalten, das Grundstück sei nicht mit der Einschränkung "Gartenland" verkauft worden, wie es das Landgericht bei seiner Schadensberechnung unterstellt habe. 79

Das verkaufte Grundstück war ursprünglich Straßenland, demüberhaupt kein "Verkehrswert" zugekommen ist. Werthaltig wurde das Grundstück erst durch die Integration in den bisherigen Grundbesitz des Klägers. Dort ist das neu hinzuerworbene Land dem bereits vorhandenen "Gartenland" vergleichbar. Der Sachverständige hat für diese Fläche unter Berücksichtigung der gehobenen Stadtlage einen Preis von 150 DM/qm für angemessen gehalten. Der Kläger legt seiner hilfsweisen Schadensberechnung in der Klageschrift ebenfalls einen Betrag von 150 DM/qm zugrunde und nicht den Preis für Bauland in der betreffenden Stadtteillage von K..., die um ein Mehrfaches den Preis für Gartenland überschreitet. Die Parteien sind qualitativ von Gartenland ausgegangen und haben dies im Kaufvertrag durch die Wahl des Quadratmeterpreises zum Ausdruck gebracht. Die Möglichkeit auf dem hinzuerworbenen Grundstück gegebenenfalls einen Pavillon oder ein gehobenes Gartenhäuschen zu errichten, macht dies noch nicht zu "Bauland". 80

III. 81

Die Berufung des Klägers hat auch keinen Erfolg, soweit er sich gegen die Abweisung seines Feststellungsantrages wendet, der dazu dienen sollte, die zukünftige Schadensersatzpflicht für die Fälle der "Beseitigung, Verlegung oder Duldung" bzw. "Reparatur, Wartung und Instandhaltung" oder eine "eventuelle Schadhaftigkeit der Leitungen" sicherzustellen. 82

Zwar kommt grundsätzlich der Ersatz eines solchen Schadens gemäß § 463 Satz 2 BGB auch im Rahmen des kleinen Schadensersatzanspruches in Betracht (vgl. BGH NJW 1991, 2900, 2901). Der Kläger hat aber nicht dargelegt, dass ein solcher Schaden zu erstatten sein könnte. Da die Beseitigung und Verlegung der Leitungen nicht in Betracht kommt, sondern nur die von den Leitungen ausgehende Wertminderung zu berücksichtigen ist, kann sich der bisher geschätzte Verlegungsaufwand nicht mehr erhöhen. Der Feststellungsantrag kann 83

also den Zweck, eine eventuelle Kostenerhöhung aufzufangen, nicht erfüllen.

Auch die "Pflicht zur Duldung" ist wertmäßig endgültig durch die zugesprochene Wertminderung abgegolten. 84

Soweit Reparaturen an schadhaften Leitungen erforderlich werden oder die Wartung oder Instandhaltung Maßnahmen erforderlich machen sollten, sind diese Kosten, solange der Kläger sich innerhalb der möglichen Nutzung hält, einschließlich der Folgekosten von den Versorgungsunternehmen zu tragen, so dass der Kläger auch insoweit keinen auf den verschwiegenen Mängeln basierenden Schaden zu erwarten hat. Der Feststellungsantrag geht folglich ins Leere. 85

IV. 86

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 92 ZPO; die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht gemäß §§ 708 Nr. 10, 711, 108 ZPO. 87

Die Revision wird gemäß § 546 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 ZPO zugunsten der Beklagten zugelassen. 88

Es ist von grundsätzlicher Bedeutung, welche Anforderungen an die Pflicht einer Gemeinde zur Wissensspeicherung weit zurückliegender Vorgänge zu stellen sind. 89

Streitwert: 102.800,-- DM 90

(Berufung : 64.900 DM; 91

Anschlussberufung: 37.900 DM) 92

Beschwer des Klägers: über 60.000,-- DM, 93

Beschwer der Beklagten: unter 60.000,-- DM. 94