
Datum: 09.12.2010
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 22. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 22 U 83/10
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2010:1209.22U83.10.00

Vorinstanz: Landgericht Detmold, 9 O 222/08

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 6.5.2010 verkündete Urteil der Zivilkammer IV des Landgerichts Detmold unter Zurückweisung des Rechtsmittels im übrigen teilweise abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 20.617,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab 8.10.2008 zu zahlen.

Die Kosten des Rechtsstreits tragen zu 95 % die Klägerin und zu 5 % der

Beklagte.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der jeweilige Vollstreckungsschuldner kann die Vollstreckung durch Sicherstellungsleistung in Höhe von 110 % des vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht der jeweilige Vollstreckungsgläubiger vor der Vollstreckung

Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrages leistet.

Gründe:

I.

Die Klägerin begehrt aus eigenem sowie abgetretenem Recht ihres Mannes Rückabwicklung eines Vertrages vom 27.10.2004, mit dem ihnen der Beklagte ein mit einem ehemaligen Forsthaus bebautes Grundstück in Z1 zum Preis von 315.495,20 € verkauft hat, hilfsweise Schadensersatz. Sie macht geltend, der aufgrund eines Bieterverfahrens zustandegekomme Kaufpreis sei sittenwidrig überhöht. Ferner sei der Beklagte vertraglich zur Verschaffung einer durch Grunddienstbarkeit gesicherten Zuwegung zu dem nicht an einer öffentlichen Straße liegenden Grundstück verpflichtet gewesen, während er in Wirklichkeit – was unstreitig ist – nur über eine beschränkt persönliche und damit nicht auf sie übertragbare Dienstbarkeit verfügte.

Das Landgericht hat die im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens mehrfach geänderte Klage mit den den untenstehenden Berufungsanträgen inhaltsgleichen Schlussanträgen vollumfänglich abgewiesen. Mit ihren Hauptanträgen dringe die Klägerin nicht durch, weil der Kaufvertrag nicht nach § 138 BGB nichtig sei. Das durchgeführte Bieterverfahren sei an sich nicht sittenwidrig und zudem ordnungsgemäß durchgeführt worden. Des weiteren handle es sich bei dem Grundstück um ein Liebhaberobjekt, dessen Verkehrswert wegen seiner Lage und des naturgemäß begrenzten Interessentenkreises schwierig zu bestimmen sei. Im übrigen lägen die subjektiven Voraussetzungen des § 138 BGB nicht vor. Denn den Parteien sei zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses bekannt gewesen, dass keine unmittelbare Anbindung an die L ## bestanden habe. Dass es sich bei dem Wegerecht nur um eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit handle, sei in § 9 zutreffend angeführt worden. Alle Anwesenden seien übereinstimmend von der Übertragbarkeit der Dienstbarkeit ausgegangen. Ein überlegenes Wissen der Beklagten habe die Klägerin weder vorgetragen noch unter Beweis gestellt. Zudem sei die Klägerin nicht arglistig über die Rechtsnatur des Wegerechts getäuscht worden, weil in diesem Fall eine gesonderte Übertragung entbehrlich gewesen wäre; außerdem hätte die Klägerin das Grundbuch selbst einsehen können. Auch eine Nichtigkeit gemäß § 139 BGB scheide aus. Die Regelung des § 9 sei zwar auf eine rechtlich unmögliche Leistung gerichtet. Das führe jedoch nicht zu ihrer Nichtigkeit. Die hilfsweise geltend gemachten Ansprüche seien der Klägerin ebenfalls nicht zuzusprechen. Ein Recht auf Minderung bestehe nicht. § 9 des Vertrages sei zwar als Garantie im Sinne von § 444 BGB anzusehen, aber unter dem 28.10.2009 sei eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten der Klägerin und ihres Mannes an dem Grundstück eingetragen worden. Hierdurch habe der Beklagte ausreichend nacherfüllt, denn die Zusicherung einer künftigen Weiterübertragbarkeit habe der Vertrag nicht beinhaltet. Durch die Eintragung an schlechterer Rangstelle bedingte Nachteile seien nicht dargetan, ebenfalls keine Nachteile durch eine eingeschränkte Nutzbarkeit des Weges in der Vergangenheit.

Wegen der Einzelheiten des erstinstanzlichen Parteivorbringens und der Feststellungen und Erwägungen des Landgerichts wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Gegen das Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin. Die Nichtigkeit des Kaufvertrages ergebe sich aus § 138 BGB, weil der Beklagte die Klägerin arglistig über die Existenz eines grundbuchlich abgesicherten, übertragbaren und vererblichen Wegerechts am Nachbargrundstück des Herrn N getäuscht habe und das Kaufobjekt nur einen Bruchteil der gezahlten 315.495,20 €, nämlich 95.000 €, wert sei. Schon vor Vertragsschluss habe der Beklagte die Klägerin mittels eines völlig mangelhaft erstellten Werbeprospekts, der

veröffentlichen Annoncen und der Musterschreiben darüber getäuscht, dass das zu erwerbende Grundstück nicht über öffentliche Wege zu erreichen sei. Dadurch seien nicht nur die Klägerin, sondern auch die anderen Bieter zu überhöhten Angeboten bewogen worden. Des weiteren habe der Mitarbeiter I des Beklagten ausdrücklich die gute Anbindung an die L ## angepriesen. Dass der Zuweg nur über eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit gesichert gewesen sei, hätte allen Bietern mitgeteilt werden müssen. Im Notartermin sei sodann die Regelung des § 9 aufgenommen worden, weil es der Klägerin und ihrem Ehemann wichtig gewesen sei, ein dauerhaftes, d. h. übertragbares und vererbliches Wegerecht zu erhalten. In diesem Rahmen habe Herr I ausdrücklich versichert, die Übertragung des Wegerechts sei problemlos möglich. Dabei habe er den Unterschied zwischen einer Grunddienstbarkeit erkannt, der Klägerin diesen jedoch bewusst verschwiegen, um ein Scheitern des Kaufvertrages in letzter Sekunde zu verhindern. Außerdem hätte der Beklagte die Klägerin schon früher über die Situation informieren müssen. Der Kaufvertrag sei auch wegen Wuchers nichtig. Selbst wenn das Kaufobjekt einen gewissen Liebhaberwert aufgewiesen habe, sei es durch die fehlende gesicherte Wegeverbindung vollkommen entwertet. Sie und ihr Mann seien in Grundstücksangelegenheiten völlig unerfahren gewesen; Nachverhandlungen seien wegen des durchgeführten Bieterverfahrens nicht möglich gewesen. Jedenfalls sei aber der Hilfsantrag auf Minderung des Kaufpreises begründet. Im notariellen Kaufvertrag sei nicht bloß vereinbart worden, eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit zu übertragen. Denn der Wortlaut des § 9 Abs. 3 des Grundstückskaufvertrags erwähne eindeutig eine "Grunddienstbarkeit". Die dauerhafte Sicherung sei den Käufern auch zugesichert worden. Im übrigen handele es sich bei der dauerhaften und gesicherten Erreichbarkeit eines Grundstücks um eine Eigenschaft, die für eine gewöhnliche Verwendung Voraussetzung sei. Die nachträgliche Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten der Klägerin, zudem an schlechterer Rangstelle mit entsprechend geringerer Sicherheit, sei keine taugliche Nacherfüllung gewesen. Gleiches gelte für die Wegerechtsbestellung an einem anderen Weg, der sich in einem unzumutbaren Zustand befinde.

Die Klägerin beantragt,	7
unter Abänderung des angefochtenen Urteils	8
1. den Beklagten zu verurteilen, an sie 315.495,20 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 21.1.2009 Zug um Zug gegen Rückgabe und Rückübertragung des verkauften Grundeigentums zu zahlen,	9
2. den Annahmeverzug des Beklagten festzustellen,	10
3. den Beklagten zu verurteilen, an sie weiteren Schadensersatz in Höhe von 55.917,68 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten seit dem 16.3.2010 zu zahlen,	11
4. den Beklagten zu verurteilen, an sie vorgerichtliche Anwaltskosten in Höhe von 5.187,45 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 6.2.2008 zu zahlen,	12
5. die Ersatzpflicht des Beklagten für nach dem 6.1.2010 aus dem unwirksam abgeschlossenen Kaufvertrag und der fehlgeschlagenen Sicherung der Zuwegung zu den Kaufgrundstücken entstehende Schäden festzustellen,	13
hilfsweise,	14
	15

den Beklagten zu verurteilen, an sie 216.116,85 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszins seit dem 6.2.2008 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Er verteidigt das Urteil. Allerdings greife entgegen dem Landgericht schon der Gewährleistungsausschluss ein; der für eine Beschaffenheitsgarantie erforderliche Einstandswille sei nicht vorhanden gewesen. Dem Vorwurf der Arglist sei erneut energisch entgegenzutreten. Darüber hinaus sei ihm nicht bekannt gewesen, dass der Klägerin die Weiterübertragbarkeit des Wegerechts angeblich wesentlich gewesen sei. Durch die erfolgte Nacherfüllung habe sie dieselbe Rechtsstellung erhalten wie er sie zuvor gehabt habe. Die Frist für eine etwaige Anfechtung sei längst abgelaufen. Auch ein wucherähnliches Rechtsgeschäft habe das Landgericht zu Recht verneint. 18

II. 19

Die zulässige Berufung hat in der Sache nur zu einem geringen Teil Erfolg. Wie das Landgericht im Ergebnis zutreffend beurteilt hat, kann die Klägerin unter keinem Gesichtspunkt die Rückabwicklung des zwischen ihr und ihrem Mann und dem Beklagten geschlossenen Grundstückskaufvertrages vom 27.10.2004 verlangen. Sie hat jedoch Anspruch auf finanziellen Schadensersatz für den Umstand, dass das Grundstück entgegen dem Vertrag nicht über eine dauerhaft dinglich gesicherte Wegeverbindung über das dem Nachbarn N gehörende Flurstück #2 zum öffentlichen Straßennetz verfügt. 20

1. 21

Ein Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i. V. m. § 138 BGB besteht nicht, weil der Kaufvertrag nicht im Hinblick auf die Höhe des vereinbarten Preises sittenwidrig ist. 22

a) 23

Der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB scheitert bereits daran, dass die subjektivpersönlichen Merkmale dieses Tatbestandes, also eine Zwangslage, Unerfahrenheit, ein Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche allenfalls teilweise sehr pauschal behauptet, jedenfalls aber nicht unter Beweis gestellt sind. 24

b) 25

Doch auch eine sonstige sittenwidrige Preisüberhöhung, die gemäß § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit führen würde, liegt nicht vor. 26

Es ist bereits sehr zweifelhaft, ob zwischen dem mit 315.495,20 € vereinbarten Kaufpreis und dem objektiven Wert des Kaufobjekts ein krasses Missverhältnis von etwa dem Doppelten oder zumindest von über ca. 180 %, welches nach ständiger Rechtsprechung eine verwerfliche Gesinnung der Verkäuferseite indizieren würde, 27

(vgl. z. B. BGH NJW 2001, 1127: $412.800/224.000 = \text{ca. } 184 \%$ ausreichend; NJW-RR 1992, 589: $400.000/220.000 = \text{ca. } 182 \%$ ausreichend; NJW 2003, 2529: ca. 180 % nicht ausreichend; NJW-RR 2004, 632: ca. 175 % nicht ausreichend; OLG Hamm OLGR Hamm 1998, 381: ca. 178 % sowie ca. 180 % ausreichend)

gegeben ist. Die von der Klägerin herangezogene Wertermittlung durch den Gutachter Dipl.-Ing. P mit einem Ergebnis von 132.000 € dürfte nämlich selbst dann, wenn sie sich bei einer Überprüfung durch einen gerichtlichen Sachverständigen als methodisch und auch ansonsten fehlerfrei erweisen sollte, hier im Ergebnis nicht maßgeblich sein. Das dort angewendete Wertermittlungsverfahren dürfte nämlich aufgrund seiner abstrakt-theoretischen Natur jedenfalls der realen Wertermittlung, wie sie hier durch das dem Vertragsschluss vorausgegangene öffentliche Bieterverfahren stattgefunden hat, in seiner Aussagekraft unterlegen sein. Nach dem Verständnis einer freien Wirtschaftsordnung kann es nämlich keinen besseren Maßstab für den Wert eines Kaufobjekts geben als denjenigen Preis, den "der Markt" zu zahlen bereit ist, d. h. eine Mehrzahl unabhängig voneinander nachfragender Personen. Gerade dieser Preis ist durch das versteigerungsähnliche Bieterverfahren ermittelt worden, wobei die aus den Anlagen B 3 ff. zur Klageerwiderung hervorgehende Teilnehmerzahl von 10 Personen eine hinreichende Grundlage darstellt und insbesondere die Möglichkeit ausschließt, dass durch eine individuelle Zwangslage, ein übersteigertes Erwerbsinteresse o. ä. eines einzelnen Interessenten ein völlig überzogenes Ergebnis zustandegekommen ist. Jedenfalls gilt das dann, wenn man nicht auf das Höchstgebot der Klägerseite selbst, sondern auf einen rechnerischen Mittelwert der Höchstgebote aller 10 Bieter abstellt. Dieser Mittelwert lag (ohne das bei in das Bieterverfahren offenbar nicht einbezogene Flurstück #) bei 218.100 €; würde man ihn als real ermittelten objektiven Wert des Kaufgrundstücks ansehen, so wäre der von der Klägerseite gezahlte Preis von 307.000 € (wiederum ohne das Flurstück #) um lediglich 40,8 % "überhöht" gewesen und hätte damit deutlich unterhalb der Schwelle gelegen, ab der die Rechtsprechung ein Indiz für eine sittenwidrig-verwerfliche Gesinnung des Verkäufers bejaht.

Selbst wenn man diesen Erwägungen jedoch nicht folgen und auf der Grundlage einer abstrakten gutachterlichen Wertermittlung zu einem objektiv krassen Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Grundstückswert gelangen würde, wäre aber jedenfalls die Vermutung, dass es sich bei diesem Missverhältnis um den Ausdruck einer verwerflichen Gesinnung der Verkäuferseite handelt, durch das durchgeführte Bieterverfahren ausgeräumt. Dass bei einem solchen Bieterverfahren bzw. einer diesem ähnlichen Versteigerung der Preis durch die akute Wettbewerbssituation der Nachfrager zuweilen in eine Höhe getrieben wird, die in individuellen Verhandlungen mit einem einzelnen Kaufinteressenten nicht zu erreichen gewesen wäre, ist nämlich gerade das kennzeichnende Merkmal dieses Verfahrens. Dennoch stellt das Prinzip der Versteigerung ein uraltes und seit jeher anerkanntes Verkaufsinstrument dar; jeder verständige Kaufinteressent, der sich zu einer Teilnahme entschließt, weiß, worauf er sich einlässt. Daher kann es nicht als verwerflich bzw. sittenwidrig angesehen werden, ein Verkaufsobjekt – zumal wenn es wie hier eine besondere Einzigartigkeit aufweist – auf diese Weise zum bestmöglichen Preis zu vermarkten.

c) 31

Von vornherein außer Betracht zu bleiben hat bei der Sittenwidrigkeitsprüfung der Umstand, dass die Kaufsache der Klägerseite tatsächlich nicht in einem dem Vertrag entsprechenden Zustand verschafft worden sein mag, d. h. dass der objektive Wert des Grundstücks aufgrund einer unzureichenden Zuwegung gemindert gewesen sein mag. Da sich nämlich bei einem Rechtsgeschäft beiderseits eingegangene Verpflichtungen gegenüberstehen, kann es für die Frage, ob es wegen eines Missverhältnisses zwischen ihnen sittenwidrig ist, auch nur auf den Umfang dieser Verpflichtungen – also das sog. Vertragsoll – ankommen. Das Interesse jeder Partei daran, dass die Gegenpartei die eingegangenen Verpflichtungen auch ordnungsgemäß erfüllt, wird hingegen durch andere gesetzliche Regelungen hinreichend geschützt.

Unberücksichtigt zu bleiben hat hier ferner die Behauptung der Klägerin, sie sei bezüglich der 33
Zuwegung von dem Beklagten arglistig getäuscht worden. Ein arglistiges Verhalten einer
Vertragspartei mag zwar ebenfalls als Ausdruck einer verwerflichen Gesinnung anzusehen
sein. Zutreffend sieht die höchstrichterliche Rechtsprechung jedoch für diesen Fall die
Täuschungsanfechtung gemäß § 123 BGB als speziellere Regelung an, die den
allgemeineren § 138 BGB grundsätzlich verdrängt (vgl. BGH NJW 1995, 1425; 1997, 254),
sofern nicht, was hier nicht in Betracht kommt, eine über den die Anfechtung rechtfertigenden
Tatbestand hinausgehende Zwangslage vorliegt, deren Ausnutzung das Geschäft insgesamt
als sittenwidrig erscheinen lässt (vgl. BGH NJW 1991, 1046; 1988, 2599).

2. 34

Ein Anspruch auf Kaufpreistrückzahlung gemäß § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB i. V. m. §§ 142 35
Abs. 1, 123 Abs. 1 BGB besteht nicht, weil der Beklagten – unabhängig davon, ob von einer
nach § 124 BGB fristgerechten Anfechtungserklärung auszugehen wäre – keine Arglist in
bezug auf die wegerechtliche Situation zur Last fällt.

Dass diejenigen Personen, die beim Vertragsschluss für den Beklagten gehandelt haben und 36
deren Kenntnisstand sich der Beklagte zurechnen lassen müsste – insbesondere der
Mitarbeiter I –, die Nichtübertragbarkeit des vorhandenen Wegerechts positiv gekannt oder im
Sinne bedingten Vorsatzes konkret für möglich gehalten hätten, ist nicht unter Beweis
gestellt.

Der Beklagte muss sich darüber hinaus auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Zurechnung 37
von sog. Aktenwissen (vgl. BGH NJW 1996, 1339; 1999, 3777; OLG Hamm, Urt. v. 19.2.2009
– 22 U 115/08 –) so behandeln lassen, als ob er die fehlende Übertragbarkeit des
Wegerechts gekannt oder für möglich gehalten hätte.

Zwar ging der Umstand, dass es sich bei der eingetragenen Wegeberechtigung nur um eine 38
nicht übertragbare beschränkte persönliche Dienstbarkeit handelte, außer aus dem
Grundbuch selbst auch aus der zugrundeliegenden notariellen Bestellsurkunde vom
29.7.1958 (Anlage K 2-3 im losen Anlagenhefter zum Schriftsatz vom 6.1.2010) hervor. Es
wird zu unterstellen sein, dass von dieser Urkunde seinerzeit auch der Beklagte ein Exemplar
erhalten und aktenmäßig aufbewahrt hat; nach der angeführten Rechtsprechung würde es
indes auch genügen, dass es sich abstrakt um "typischerweise aktenmäßig gespeichertes
Wissen" handelte. Ferner erscheint es naheliegend, dass der Verkauf des Grundstücks ein
Anlass gewesen wäre, das aktenmäßig gespeicherte Wissen über seine Vorgeschichte
"abzurufen".

Das könnte jedoch allenfalls dazu führen, den Beklagten so zu behandeln, als habe er bzw. 39
der für ihn handelnde Mitarbeiter vor dem Vertragsschluss die Urkunde vom 29.7.1958
tatsächlich als solche zur Kenntnis genommen. Für die Annahme von Arglist bezüglich der
fehlenden Übertragbarkeit der Wegeberechtigung würde das nicht ausreichen. Durch die
Rechtsfigur der Zurechnung von Aktenwissen soll der arbeitsteilig organisierte Verkäufer
nämlich nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden als ein privater Verkäufer
(vgl. die oben zitierte Rechtsprechung). Einem privaten Verkäufer wäre indes allein aufgrund
seiner Kenntnisnahme von der damaligen Urkunde nicht zu unterstellen, dass er den Begriff
der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit und die daraus folgende Unübertragbarkeit
juristisch zutreffend erfasst haben müsste, zumal sich im Urkundstext unmittelbar davor auch
noch die Passage "bzw. dessen jeweiligen Rechtsnachfolger" befand. Die Pflicht des
arbeitsteilig organisierten Verkäufers zum Abruf von Aktenwissen kann deshalb ebenfalls
nicht so weit gehen, dieses Wissen auch juristisch zu analysieren. Auch wenn eine Behörde

in der Regel über Personen mit juristischer Fachkunde verfügt, kann das Versäumnis, diese Fachkunde auf das "gespeicherte Aktenwissen" auch tatsächlich und mit zutreffendem Ergebnis anzuwenden, bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise (vgl. BGH NJW 1996, 1339) allenfalls als Fahrlässigkeit und mithin nicht als Arglist angesehen werden. Hinzu kommt noch, dass gerade bei einer auch aus dem Grundbuch hervorgehenden und juristisch geprägten Grundstückseigenschaft wie einem Wegerecht ein Verkäufer in aller Regel darauf vertrauen darf, dass der beurkundende Notar etwaige Probleme erkennen wird und es daher nicht zu Fehlinformationen des Käufers kommen wird.

3. 40

Des weiteren hat die Klägerin keinen Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrages wegen der fehlenden durch dauerhaftes dingliches Recht gesicherten Zuwegung des Grundstücks; sie hat wegen dieses Umstandes jedoch einen Anspruch auf Schadensersatz in der aus der Urteilsformel ersichtlichen Höhe. 41

a) 42

Bei sachgerechter Auslegung des Vertrages schuldete der Beklagte der Klägerin und ihrem Mann die Verschaffung eines durch Grunddienstbarkeit gesicherten und damit weiterübertragungsfähigen Wegerechtes an der in § 9 des Vertrages näher beschriebenen Strecke (in dem schriftlichen Gutachten des Sachverständigen M2 grün markiert; daher im folgenden "grüner Weg"). 43

Zwar mag die maßgebliche Regelung in § 9 des Vertrages aus rein sprachlicher Sicht so verstanden werden können, dass Gegenstand der geschuldeten Leistung lediglich das dort durch die Grundbuchbezeichnung identifizierte Recht, so wie es tatsächlich eingetragen war, sein sollte. Der in Absatz 1 wiedergegebene Grundbuchwortlaut – "... zugunsten des Landesverbandes M ..." – hätte bei genauer rechtskundiger Betrachtung ebenfalls auf eine bloße beschränkt persönliche Dienstbarkeit schließen lassen können, weil eine echte Grunddienstbarkeit ihrer Rechtsnatur entsprechend nicht zugunsten einer Person bzw. eines Rechtsträgers, sondern zugunsten des "herrschenden" Grundstücks im Grundbuch vermerkt wird. 44

Andererseits ist jedoch an einer anderen Textstelle des § 9, nämlich in Absatz 3 (Grundbuchbewilligung und -antrag), ausdrücklich der Begriff der *Grunddienstbarkeit* verwendet worden. 45

Vor allem aber ist dem Umstand, dass § 9 Absatz 2 überhaupt eine Übertragungsverpflichtung vorsah, zu entnehmen, dass sie auf etwas tatsächlich Übertragbares gerichtet sein sollte. 46

Schließlich ist auch ganz unabhängig von der sprachlichen Fassung des § 9 des Vertrages, die ohnehin nicht alleiniges Auslegungskriterium sein kann, nach den Gesamtumständen anzunehmen, dass die rechtsbeständige und bei einem späteren Wiederverkauf weiterübertragbare Befugnis zur Nutzung des Weges Bestandteil der den Käufern zu erbringenden Leistung sein sollte. Da der Weg nicht nur im Vertrag erwähnt, sondern auch in der Natur vorhanden war und einem durchschnittlichen Kaufinteressenten als ungehinderte Zuwegung zu dem Grundstück erscheinen musste (vgl. die auf S. 26 des Privatgutachtens P befindlichen Fotos der beschilderten Einmündung), musste dieser aus der Sicht eines redlichen Erklärungsempfängers nicht damit rechnen, in Wirklichkeit nur ein "Hubschraubergrundstück" bzw. um ein auf ein Notwegerecht angewiesenes Grundstück – 47

und sei es auch nur für den Fall einer zukünftigen Weiterveräußerung – verkauft zu bekommen.

b) 48

In rechtlicher Hinsicht kann offenbleiben, ob das Vorhandensein einer dinglich gesicherten Zuwegung ein Beschaffenheitsmerkmal des verkauften Grundstücks i. S. d. § 434 Abs. 1 BGB darstellte, so dass sich gewährleistungsrechtliche Ansprüche aus § 437 BGB ergäben, oder ob die Verschaffung des Wegerechts als zusätzliche vertragliche Leistungspflicht anzusehen war mit der Folge von Ansprüchen aus dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht (§§ 281, 311a Abs. 2, 323 BGB). 49

aa) 50

Sofern das Vorhandensein der durch Grunddienstbarkeit gesicherten Zuwegung als Beschaffenheitsmerkmal anzusehen sein sollte, wäre nach den obigen Ausführungen von einer vereinbarten Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB auszugehen. 51

Der in § 2 Absatz 4 des Vertrages wirksam vereinbarte allgemeine Gewährleistungsausschluss würde in diesem Fall nicht eingreifen. Stehen in einem Vertrag eine individuelle Beschaffenheitsvereinbarung und ein genereller Gewährleistungsausschluss äußerlich gleichrangig nebeneinander, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass der Gewährleistungsausschluss für das vereinbarte Beschaffenheitsmerkmal nicht gelten soll, weil die Beschaffenheitsvereinbarung ansonsten eine von redlichen Vertragsschließenden nicht gewollte weitgehend bedeutungslose Regelung darstellen würde (vgl. BGH NJW 2007, 1346). Anhaltspunkte für eine von diesem Grundsatz abweichende Auslegung liegen hier nicht vor. 52

Somit kann offenbleiben, ob darüber hinaus – wie offenbar das Landgericht gemeint hat – sogar eine Beschaffenheitsgarantie anzunehmen ist, die schon nach dem Gesetz (§ 444 BGB) nicht von dem Gewährleistungsausschluss erfasst würde. 53

Die gemäß § 281 Abs. 1 S. 1 sowie § 323 Abs. 1 BGB erforderliche Fristsetzung zur Nacherfüllung ist mit dem vorgerichtlichen Anwaltsschreiben vom 6.2.2008 (Anlage K 9 zur Klageschrift) erfolgt. 54

Ein gewährleistungsrechtlicher Anspruch wäre ferner nicht verjährt. Die Verjährungsfrist hätte gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB zwei Jahre betragen; dass sich auf dem verkauften Grundstück ein Bauwerk befand, hätte nicht gemäß § 438 Abs. 1 Nr. 2 a BGB zu einer Verlängerung auf fünf Jahre geführt, weil die Mangelhaftigkeit nicht das Bauwerk als solches betroffen hätte (vgl. Münchener Kommentar/Westermann, BGB, 5. Aufl. 2008, Rn. 16 zu § 438). Die Verjährung wäre aber zunächst am 20.6.2006 gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB unterbrochen worden, weil an diesem Tag lt. der Telefonnotiz des Notariats T (Anlage K 17 zur Klageschrift) der Mitarbeiter I des Beklagten angekündigt hat, er werde sich *"mit Herrn N nochmals wegen der Wegerechtsbestellung in Verbindung setzen"*, und damit die Pflicht zur Beseitigung des Mangels schlüssig anerkannt hat. Zwar muss ein Anerkenntnis gemäß § 212 Abs. 1 Nr. 1 BGB grundsätzlich gegenüber dem Gläubiger selbst erfolgen; die Abgabe gegenüber einem Dritten genügt aber, wenn eine Weiterleitung an den Gläubiger erfolgen soll (vgl. BGH NJW 2008, 2276). Hier hat das Notariat die Telefonnotiz tatsächlich an die Klägerin und ihren Mann weitergeleitet (vgl. sein Schreiben Anlage K 16 zur Klageschrift), und angesichts der notariellen Schweigepflicht wäre das nicht erfolgt, wenn der Beklagte damit nicht einverstanden gewesen wäre. In der Folgezeit hat sich der Beklagte, wie aus seinem 55

Schreiben an den Notar vom 19.9.2007 (Anlage K 7 zur Klageschrift) hervorgeht, über mehr als ein Jahr um eine Wegerechtsbestellung durch den Nachbarn N, also um eine Mängelbeseitigung, bemüht; derartige Bemühungen erfüllen nach neuem Schuldrecht den verjährungshemmenden Tatbestand des Verhandelns gemäß § 203 BGB (vgl. BGH NJW 2007, 587). Die am 20.6.2006 neu begonnene zweijährige Verjährungsfrist hätte folglich bis zu der am 7.10.2008 erfolgten Klageerhebung nicht abgelaufen sein können.

bb) 56

57
Sofern die Verschaffung des weiterübertragbaren Wegerechts hingegen als eigenständiger Teil der vertraglichen Leistungspflicht anzusehen und deshalb allgemeines Leistungsstörungenrecht anzuwenden sein sollte, wäre zunächst unerheblich, dass diese Leistung dem Beklagten anfänglich unmöglich (§ 275 BGB) gewesen sein dürfte, weil er selbst nicht über ein solches Wegerecht verfügte. Gemäß § 311a BGB würde hierdurch weder die Wirksamkeit des Vertrages noch die Schadensersatzpflicht des Beklagten berührt. Seine Unkenntnis von der wahren wegerechtlichen Situation hätte er i. S. v. § 311a Abs. 2 S. 2 BGB zu vertreten, und zwar fahrlässig, weil er – wie oben (2.) ausgeführt – sie durch sorgfältige Auswertung der bei ihm vorhandenen Urkunden hätte erkennen können.

58
Die Nichtverschaffung des Wegerechts hätte sodann zu einer nicht wie geschuldet bzw. nicht vertragsgemäß erbrachten Leistung i. S. v. §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB geführt.

59
Ferner wäre die auch nach dem allgemeinen Leistungsstörungenrecht erforderliche Fristsetzung (§§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB) erfolgt und Verjährung (hier ohnehin 10 Jahre gemäß § 196 BGB) nicht eingetreten.

c) 60

61
Sowohl ein Rücktritt gemäß § 437 Nr. 2 BGB (Gewährleistungsrecht) oder § 323 Abs. 1 BGB (allgemeines Leistungsstörungenrecht) als auch eine Rückabwicklung des Vertrages im Wege des sog. großen Schadensersatzes gemäß §§ 437 Nr. 3, 281 BGB sind jedoch ausgeschlossen, weil eine im Verhältnis zur Gesamtleistung unerhebliche Pflichtverletzung des Beklagten i. S. v. §§ 323 Abs. 5 S. 2, 281 Abs. 1 S. 3 BGB vorliegt.

62
Dabei ist nach Sinn und Zweck der dem Schuldner einzuräumenden Gelegenheit zur Nacherfüllung auf den Zustand abzustellen, wie er sich nach der nicht vollständig gelungenen Nacherfüllung darstellt (vgl. Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl., Rn. 32 zu § 323). Dieser stellt sich hier so dar, dass die Klägerin und ihr Mann zu ihren eigenen Lebzeiten aufgrund der ihnen verschafften beschränkt persönlichen Dienstbarkeit den "grünen Weg" im wesentlichen in derselben Weise benutzen können wie sie es aufgrund einer echten Grunddienstbarkeit könnten. Die von der Klägerin herausgestellte schlechtere Rangstelle gegenüber der ursprünglichen Dienstbarkeit kann zu keiner anderen Beurteilung führen, weil nicht dargelegt ist, welche Rechte der nunmehrigen Dienstbarkeit vorgehen und dass ihr Bestand infolgedessen erheblich unsicherer ist als der der vormaligen. Lediglich die Überlassung an einen Dritten zu dessen *selbständiger* Ausübung ist der Klägerin und ihrem Mann mangels ausdrücklicher Gestattung gemäß § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB nicht möglich. Die normale Mitbenutzungsmöglichkeit z. B. durch Angehörige, Besucher oder Kunden (vgl. Palandt/Bassenge Rn. 4 zu § 1090 i. V. m. Rn. 14 a. E. zu § 1018 sowie Rn. 1 zu § 1091) wird dadurch jedoch nicht beeinträchtigt. Als fühlbarer Nachteil verbleibt daher nur die Unmöglichkeit, die beschränkt persönliche Dienstbarkeit bei einem Verkauf des Grundstücks oder im Wege der Vererbung weiterzuübertragen. Dem steht jedoch gegenüber, dass der Beklagte der Klägerin und ihrem Mann zusätzlich ein weiteres Wegerecht an dem "blauen

Weg" verschafft hat, und zwar in Gestalt einer voll weiterübertragungsfähigen echten Grunddienstbarkeit. Zwar stellt auch dies keine vollständige Kompensation dar, weil es sich nach den Feststellungen des Sachverständigen M2 im jetzigen Zustand um eine nicht gleichwertige Wegstrecke handelt. Zumindest die dauerhafte Erreichbarkeit des Grundstücks vom öffentlichen Straßennetz her ist durch sie jedoch gewährleistet, so dass die Weiterveräußerlichkeit nicht mehr schwerwiegend beeinträchtigt ist und der Klägerin zugemutet werden kann, sich zur Kompensation für den schlechteren Wegezustand auf einen Schadensersatzanspruch in Geld (dazu unten d) verweisen zu lassen. Da sie selbst mit ihrer Familie, Kundschaft pp. auf die Benutzung des "blauen Weges" wie gesagt gar nicht angewiesen ist, kann sie den erhaltenen Schadensersatzbetrag sogar bis zu einem ggf. weit in der Zukunft liegenden Zeitpunkt für andere Zwecke verwenden.

Dem Beklagten ist die Berufung auf die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung auch nicht wegen eigenen schwerwiegenden Verschuldens versagt. Wie bereits ausgeführt, liegt Vorsatz bzw. Arglist, durch die der Unerheblichkeitseinwand ausgeschlossen würde (vgl. BGH NJW 2006, 1960), nicht vor, sondern lediglich Fahrlässigkeit, deren Gewicht auch noch dadurch relativiert wird, dass der Beklagte mit einer zusätzlichen Überprüfung durch den Notar im Rahmen von dessen Grundbucheinsicht rechnen konnte.

d)

Kann die Klägerin mithin nur den Ausgleich der durch die Nichtverschaffung der Grunddienstbarkeit bedingten Vermögenseinbuße verlangen, und zwar im Verhältnis zu der Vermögenslage, wie sie sich nach der teilweisen Nacherfüllung darstellt, so beläuft sich ihr Schadensersatzanspruch auf die Kosten, die der Sachverständige M2 für die Herrichtung des "blauen" Weges zu einer asphaltierten und witterungsunabhängig benutzbaren Zufahrt bedenkenfrei ermittelt hat. Dadurch würde in Verbindung mit der rechtlichen Absicherung, die für diesen Weg bereits geschaffen worden ist, insgesamt eine der geschuldeten Zuwegung (= ausgebauter "grüner Weg" mit Grunddienstbarkeit) gleichwertiger Zustand erreicht, durch den für den Fall eines Weiterverkaufs eine Erlöseinbuße mit der gemäß § 287 ZPO maßgeblichen Wahrscheinlichkeit vermieden würde. Die Verlängerung der Wegstrecke bis zum Erreichen des öffentlichen Straßennetzes beträgt nach den Feststellungen des Sachverständigen nur ca. 100 Meter (700 Meter beim "blauen" im Vergleich zu 600 Metern beim "grünen Weg") und fällt damit nicht ins Gewicht. Nach der zum Sachverständigengutachten gehörenden Landkarte sind die beiden Verbindungspunkte zum öffentlichen Straßennetz auch ungefähr gleich weit von der nächstgelegenen Ortschaft Z1 entfernt. Soweit der Zustand des "blauen Weges" in baulicher Hinsicht sogar besser wird, indem die Klägerin dort eine neu hergestellte Straße im Vergleich zu dem vertraglich geschuldeten und ca. 40 Jahre alten "grünen Weg" erhält, ist dem durch einen Abzug "neu für alt" Rechnung zu tragen. Diesen nimmt der Senat in Übereinstimmung mit der fachkundigen Einschätzung des Sachverständigen mit 50 % der Herstellungskosten i. H. v. 41.234,00 € an. Somit ergibt sich die aus der Urteilsformel ersichtliche Schadensersatzforderung.

Ein weiterer Abzug wegen Verstoßes der Klägerin gegen ihre Schadensminderungspflicht kommt nicht in Betracht. Der im Rahmen des § 254 BGB darlegungsbelastete Beklagte hat selbst nicht vorgetragen, dass der Eigentümer des "grünen Weges" für einen geringeren als den zuerkannten Geldbetrag bereit wäre, eine echte Grunddienstbarkeit einzuräumen.

e)

Der Schadensersatzanspruch ist gemäß §§ 286, 288, 291 BGB zu verzinsen, jedoch erst ab dem Tag nach Zustellung der Klage, weil eine frühere Anmahnung dieses auf Geld

gerichteten Anspruchs nicht ersichtlich ist. Vorgerichtliche Anwaltskosten sind nicht zu erstatten, weil nach der Aktenlage und dem unwidersprochenen Hinweis im Termin davon auszugehen ist, dass diese Kosten von der Rechtsschutzversicherung der Klägerin gedeckt sind und ein eigener Vermögensschaden daher nicht vorliegt.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 92 Abs. 1 S. 1, 708 Nr. 10, 711 ZPO. Die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision liegen nicht vor.

69

70