

Nachschlagewerk: nein
Amtliche Sammlung: nein

2337 093

BGB §§ 459 ff

Zur Frage der Mängelhaftung beim Tausch einer fach-
ärztlichen Praxis.

BGH, Urt. v. 9. Juni 1959 - VIII ZR 107/58 - OLG Karlsruhe

VIII ZR 107/58

Verkündet am 9. Juni 1959

Justizangestellter
als Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

I m N a m e n d e s V o l k e s

In dem Rechtsstreit

des Dr. med. Ernst S [REDACTED], früher in H [REDACTED]
Friedrich-E [REDACTED]-Anlage [REDACTED], jetzt in A [REDACTED],

Klägers, Berufungsklägers und Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Frhr. v. [REDACTED] -

gegen

Dr. med. Kurt T [REDACTED] in M [REDACTED] bei Mü [REDACTED],
St [REDACTED]platz [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

hat der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die
mündliche Verhandlung vom 9. Juni 1959 unter Mitwirkung
des Senatspräsidenten Dr. Großmann und der Bundesrichter
Dr. Gelhaar, Dr. Dorschel, Dr. Mezger und Dr. Messner

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 7. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts in Karlsruhe vom 9. Mai
1958 wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien, beide Fachärzte für Hals-, Nasen- und Ohrenleiden, traten im Jahre 1950 miteinander in Verbindung, um die Möglichkeit eines Praxisaustausches zu besprechen. Der Kläger, der eine umfangreiche Praxis in Mühldorf am Inn hatte, erstrebte die Übersiedlung in eine Universitätsstadt, um seinen Kindern bessere Ausbildungsmöglichkeiten zu bieten. Die Übernahme der Praxis des Beklagten in Heidelberg war ihm auch deswegen willkommen, weil sie erheblich kleiner war und er das Bedürfnis hatte, seine bisherige Arbeitsbelastung einzuschränken. Der Beklagte legte Wert darauf, seine Existenzbedingungen zu verbessern. Im Jahre 1954 teilten sich die Parteien unter Übersendung ihrer Steuerbescheide ins einzelne gehende Angaben über ihre Einnahmen mit. Später vertraten sie sich gegenseitig etwa acht Tage lang, wobei im Tatbestande des Berufungsurteils diese Vertretungszeit in den Februar 1955, an mehreren Stellen der Entscheidungsgründe jedoch in den gleichen Monat des Jahres 1954 verlegt wird. Am 27. November 1954 schlossen die Parteien einen schriftlichen Vertrag, in dessen Eingang sie zunächst auf einen Kaufvertrag Bezug nahmen, durch welchen die Mutter des Beklagten ihr Haus, in dem die Praxis des Beklagten betrieben wurde, an den Kläger veräußert hatte. Bei der Bemessung des Kaufpreises für dieses Hausanwesen hatten die Vertragsschließenden dem Umstände Rechnung getragen, daß der Beklagte die seiner eigenen Praxis gegenüber viel größere Praxis des Klägers übernehmen sollte. In dem Vertrag über den Praxisaustausch vereinbarten die Parteien im wesentlichen, daß der Beklagte instandgesetzt werden sollte, die Kassen- und Privatpraxis des Klägers in M. und dessen Station im Kreiskrankenhaus in M. zu übernehmen mit der gleichen Bettenzahl und den gleichen Rechten, wie sie der Kläger bisher gehabt hatte, und daß auf der anderen Seite dem Kläger die Möglichkeit verschafft werden soll-



te, die Praxis des Beklagten in Heidelberg fortzuführen. Der Beklagte verpflichtete sich, zum weiteren Ausgleich der in M. zu erwartenden höheren Praxiseinnahmen auf die Dauer von zwei Jahren 10 % der Kasseneinnahmen an den Kläger abzuführen. Bevor der Tausch vollzogen wurde, übergab der Kläger dem Beklagten eine Bescheinigung des Landratsamtes von Mühlendorf, wonach der Beklagte in die vertraglichen Rechte des Klägers über die Belegung des Krankenhauses in M. mit 25 Kranken und über die Benutzung der dortigen Operationsräume eintreten werde. Dagegen kam es nicht zur Aushändigung einer entsprechenden Bescheinigung des Krankenhauses S., in dem der Beklagte seine Operationen vorzunehmen pflegte, und in dem bisher die Übung bestanden hatte, dem Beklagten die jeweils freien Betten in dem Umfange zu überlassen, als er sie benötigte. Am 1. Oktober 1955 wurde der Praxisaustausch vollzogen. Schon nach kurzer Zeit gab jedoch der Kläger die übernommene Praxis in Heidelberg wieder auf. Den Tauschvertrag hat er angefochten, weil der Beklagte ihn über wesentliche Umstände arglistig getäuscht habe.

Der Kläger hat Klage erhoben mit dem Antrage festzustellen, daß der Tauschvertrag nichtig sei. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Im Berufungsrechtszuge hat der Kläger neben weiteren Hilfsanträgen hilfsweise den Antrag gestellt, den Beklagten zur Rückgewähr der Mühlendorfer Praxis zu verurteilen, notfalls Zug um Zug gegen Rückgewähr der Praxis in Heidelberg. Seine Berufung hatte keinen Erfolg. Mit der Revision, deren Zurückweisung der Beklagte begehrt, verfolgt der Kläger seinen Klageanspruch weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß der Wirksamkeit der Vereinbarung der Parteien, einen Praxis-

tausch vorzunehmen, und aller übrigen mit der Vollziehung des Tausches verbundenen Abreden keine grundsätzlichen rechtlichen Bedenken entgegenstehen. Diese Ansicht ist nicht zu beanstanden. Sie entspricht der neueren Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 153,294), der sich auch der Bundesgerichtshof angeschlossen hat (BGHZ 16, 71,74). Zutreffend weist das Berufungsgericht darauf hin, daß die Veräußerung einer ärztlichen Praxis nunmehr auch durch die Gesetzgebung anerkannt worden ist (vgl. § 22 Abs.2 der Zulassungsordnung für Ärzte vom 26. November 1953 in Baden-Württemberg - Bad-WürttGBI 197).

II.

Auch soweit das Berufungsgericht geprüft hat, ob der Kläger die Tauschvereinbarung wegen arglistiger Täuschung wirksam angefochten hat, ist ein Rechtsirrtum nicht festzustellen. Die Täuschung im Sinne des § 123 BGB kann sowohl in der Hervorrufung eines Irrtums als auch in der arglistigen Ausnutzung eines bei dem anderen Teile bereits vorhandenen wesentlichen Irrtums bestehen (BGB RGRK 11.Aufl. § 123 Anm.2). In letzterer Hinsicht hat das Berufungsgericht zutreffend erwogen, daß eine Täuschung auch dann hätte in Frage kommen können, wenn der Beklagte wesentliche Umstände verschwiegen haben würde, zu deren Offenbarung er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre. Es hat daher sowohl die Behauptungen des Klägers, der Beklagte habe ihm bewußt falsche Angaben über die Zahl der Kassenpatienten und über die Möglichkeit der Bettenbelegung in dem Krankenhaus Salem in Heidelberg gemacht als auch sein weiteres Vorbringen unter dem Gesichtspunkte der arglistigen Täuschung geprüft, der Beklagte habe ihm wesentliche Umstände verschwiegen, wie die außerordentlich ungünstigen Operationsverhältnisse, die besondere Zusammensetzung des Privatpatientenkreises, den allgemein schlechten Ruf des Beklagten und das in der

letzten Zeit erfolgte wirtschaftliche Abgleiten der Praxis. In allen Punkten hat es jedoch den Nachweis für die Darstellung des Klägers nicht für erbracht angesehen.

1. In sachlichrechtlicher Hinsicht bemängelt die Revision, das Berufungsgericht habe auf Grund des festgestellten Sachverhalts zu Unrecht eine arglistige Täuschung des Beklagten verneint.

Das Berufungsgericht hat allerdings den Standpunkt eingenommen, daß der Beklagte hinsichtlich der Operationsverhältnisse keine wesentlichen Umstände verschwiegen habe, deren Kenntnis dem Kläger möglicherweise vom Abschluß des Praxistauschvertrages abgehalten hätte. Nach seinen Feststellungen, die sich insbesondere auf den Schriftwechsel des Leiters des Gesundheitsamtes in Heidelberg mit dem leitenden Arzte im Krankenhaus Salem und mit beiden Parteien stützen, waren die Verhältnisse in dem zu Operationszwecken zur Verfügung stehenden Raume sehr beengt. Sie waren auch deshalb nicht ganz einwandfrei, weil der Raum noch zu operationsfremden insbesondere zu Laborarbeiten herangezogen wurde. Die Behauptung des Klägers, daß ein Operationsverbot ergangen sei, hat sich jedoch, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, nicht bestätigt. Wenn auch manche Umstände zu Beanstandungen Anlaß gaben, so wurde der Raum doch außer von dem Beklagten noch von anderen Ärzten zu Operationszwecken benutzt, so von dem Hals-, Nasen- und Ohrenarzt Dr. S. [REDACTED] und den Augenärzten Dr. H. [REDACTED] und Dr. V. [REDACTED].

Die nach dem Praxistausch von dem Kläger herbeigeführte Stellungnahme des Gesundheitsamtes enthielt im wesentlichen die Aufforderung zur Einhaltung bestimmter Ordnungsvorschriften, insbesondere die Empfehlung, Laboratoriumsarbeiten in einem anderen Raume auszuführen, auf alle Fälle aber vor jeder Operation Laborgeräte zu

entfernen. Eine Unterbrechung der Operationen hat nach den Feststellungen des Berufungsgerichts trotz der Prüfung des Gesundheitsamtes nicht stattgefunden. Des weiteren hat das Berufungsgericht noch ausgeführt, der Senat sei davon überzeugt, daß der Kläger, wenn er ernstlich entschlossen gewesen wäre, die übernommene Heidelberger Praxis fortzuführen, ohne größere Schwierigkeiten Mittel und Wege gefunden hätte, um in aller kürzester Zeit die von ihm besonders empfundenen Mängel abzustellen oder jedenfalls so weitgehend zu lindern, daß es ihm zuzumuten gewesen wäre, sich wenigstens vorübergehend mit den bestehenden Verhältnissen abzufinden; von einer Hin- nahme der gegebenen Unzuträglichkeiten habe ohnedies nicht die Rede sein können; denn dem Kläger sei bekannt gewesen, daß die Pläne für eine grundlegende Verbesserung der Operationsverhältnisse im Krankenhaus S. unmittelbar vor ihrer Verwirklichung gestanden hätten. Die Pläne seien inzwischen ausgeführt worden. Bereits im Januar 1956 habe das Krankenhaus Salem über einen ausschließlich Operationszwecken dienenden Raum verfügen können.

Die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte davon ausgehen müssen, daß der Kläger nach dem Tauschvertrage Anspruch auf eine einwandfreie Operationsmöglichkeit gehabt und damit auch habe erwarten dürfen, der Beklagte würde ihn über alle Mängel der Operationsverhältnisse im Krankenhaus S. aufgeklärt haben. Da er dies nicht getan habe, im Gegenteil ihm sogar den wesentlichen Umstand verschwiegen habe, daß im gleichen Raume Laborarbeiten mit Stuhl und Urinuntersuchungen vorgenommen wurden, habe er sich einer arglistigen Täuschung im Sinne des § 123 BGB schuldig gemacht.

Entgegen den Revisionsangriffen hält die Ansicht des Berufungsgerichts im Ergebnis einer rechtlichen Nachprüfung stand. Ein bloßes Verschweigen ist als Tatbestandsmerkmal einer arglistigen Täuschung ausreichend, wenn es den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht und der

andere Teil nach der Verkehrsauffassung unter den gegebenen Umständen eine Mitteilung der verschwiegenen erheblichen Tatsache erwarten durfte (RGZ 62,149; 69,13,15; 111,233; BGB RGRK aaO § 123 Anm.10 ff). Der Revision ist zuzugeben, daß es dem Erwerber einer fachärztlichen Praxis auch darauf ankommen muß, für die schwierigeren Operationsfälle, die nicht ambulant zu erledigen sind, eine Operationsmöglichkeit in einem Krankenhaus zu haben.

Hätte eine solche Möglichkeit nicht bestanden, so wäre der Beklagte nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, den Kläger entsprechend aufzuklären. Im Einzelfalle kann es jedoch schon fraglich sein, ob der Veräußerer einer ärztlichen Praxis bei bestehender Operationsmöglichkeit für verpflichtet zu erachten ist, von sich aus auf alle Umstände hinzuweisen, die dem anderen Teile vielleicht zu Beanstandungen Veranlassung geben könnten. Im vorliegenden Fall liegen die Dinge so, daß die Parteien schon vier Jahre vor dem endgültigen Vertragsabschluß miteinander in Verbindung getreten waren; und daß der Kläger die ganze Zeit über Gelegenheit hatte, sich nach allen Einzelheiten zu erkundigen. Es mag jedoch in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob es unter den geschilderten Umständen von dem Beklagten zu fordern war, dem Kläger unter Hinweis auf die Mängel eine genaue Besichtigung des Operationsraumes nahezulegen oder ob eine objektive Betrachtung schon dahin führen muß, daß es Sache des Klägers war, die erforderlichen Erkundigungen einzuziehen. Es kann auch dahinstehen, inwieweit es im Rahmen einer arglistigen Täuschung darauf ankommen kann, daß sich die Verhältnisse schon einige Monate nach der Praxisübernahme grundlegend gebessert haben. Das Verhalten des Beklagten erfüllt jedenfalls deshalb nicht den Tatbestand einer arglistigen Täuschung, weil es an der subjektiven Voraussetzung der Arglist fehlt. Ohne Rechtsirrtum hat das Berufungsgericht aus dem gesamten Sachverhalt geschlossen, daß es an einem bewußten Verschweigen

solcher Umstände, die für den Entschluß des Klägers hätten wesentlich sein können, gefehlt habe. Die Feststellung der Arglist, zu der auch schon der bedingte Vorsatz, d.h. die Vorstellung genügt, daß die Täuschung des Vertragsgegners für dessen Entschluß ursächlich sein könnte (BGH Urt. vom 8. Oktober 1954 - I ZR 42/53 - LM BGB § 123 Nr.10 = MDR 1955,26 = BB 1954,978) ist im wesentlichen Tatfrage und unterliegt daher weitgehend der tatrichterlichen Beurteilung. Das Berufungsgericht hat sich bei seiner Würdigung ersichtlich von der Erwägung leiten lassen, daß die vom Kläger angetroffenen Operationsverhältnisse zwar nicht ideal, aber doch erträglich waren. Erkennbar hat es erwogen, daß sich der Beklagte, der diese Verhältnisse ebenso wie die anderen dort operierenden Fachärzte bisher als erträglich hingenommen hatte, dessen nicht bewußt geworden ist, der Kläger könne vor Vertragsabschluß daran Anstoß nehmen und gegebenenfalls sogar den Abschluß ablehnen. Bei der Feststellung des Berufungsgerichts, daß es jedenfalls an einer Arglist des Beklagten mangelt, ist daher ein Rechtsverstoß nicht zu erkennen.

2. In beiden Rechtszügen hatte sich der Kläger darauf berufen, der Beklagte habe ihn auch insoweit arglistig getäuscht, als er ihm entgegen den tatsächlichen Gegebenheiten zugesichert habe, er könne im Krankenhaus Salem jederzeit acht Betten belegen. Daß eine solche Abmachung nicht bestand, hat der Beklagte nicht bestritten. Er hat im Gegenteil vorgetragen, daß ihm jeweils nur die von Fall zu Fall freien Betten zur Verfügung gestanden hätten, daß er aber gelegentlich auch bis zu acht Betten belegt gehabt habe. Das Berufungsgericht hat die Behauptung des Klägers nicht für erwiesen erachtet und hat daher auch in dieser Beziehung eine arglistige Täuschung des Beklagten verneint.

Die Revision rügt Verstöße des Berufungsgerichts gegen § 286 ZPO im Rahmen der Beweiswürdigung. Wenn das Berufungsgericht, so hat die Revision ausgeführt, den Aussagen der Zeuginnen S. (Ehefrau des Klägers) und Simbeck (frühere Hausangestellte des Klägers) im Hinblick auf enge Verbindungen mit dem Kläger nicht gefolgt sei, so habe es dabei unberücksichtigt gelassen, daß die Parteien bei den Tauschverhandlungen von einer unterschiedlichen Größe der beiden Praxen ausgegangen seien. Hätte es aber berücksichtigt, daß man dieses Größenverhältnis mit 1 : 3 zu Gunsten des Klägers veranschlagt habe, so hätte es auch zu einer anderen Bewertung der Aussagen der beiden Zeuginnen kommen müssen. Daß die Parteien das Größenverhältnis 1 : 3 für alle den Umfang der beiden Praxen bestimmenden Umstände zum stillschweigenden Vertragsinhalt erhoben hätten, hat das Berufungsgericht indes nicht festgestellt. Es ist der Revision zuzugeben, daß die Zeugin Jackisch bekundet hat, der Beklagte habe selbst auf dieses Verhältnis hingewiesen. Es ist jedoch nicht ersichtlich, daß das Berufungsgericht an dieser Bekundung vorbeigegangen wäre. Die sehr ins einzelne gehende Würdigung der Beweisaufnahme läßt erkennen, daß das Berufungsgericht nicht als erwiesen angenommen hat, die Vertragsparteien hätten auch die Belegungszahlen in diesem Verhältnis als vereinbart angesehen. Wäre nämlich davon auszugehen, daß dieses Größenverhältnis von 1 : 3 auch für die Zahl der Betten hätte maßgebend sein sollen, so wäre es auf die Beweisaufnahme darüber, ob der Beklagte die Zahl 8 als feststehende Ziffer zugesichert habe, nicht mehr angekommen. Die Zahl der Betten im Krankenhaus S. hätte sich schon rein rechnerisch ergeben, weil feststand, daß der Kläger einen vertraglichen Anspruch auf die Belegung von 24 Betten im Krankenhaus in M. hatte. Aber selbst, wenn die Parteien für die Zahl der Kassenscheine und der Privatpatienten von diesem Verhältnis ausgegangen sein sollten, so ergab sich daraus immer noch nicht der zwin-

gende Schluß, daß auch die Belegungszahlen in dem gleichen Verhältnis liegen mußten; denn nach den Feststellungen des Berufungsgerichts handelte es sich allenfalls um ein allgemeines Größenverhältnis, das nicht auf alle den Wert und den Umfang der Praxen bestimmenden Faktoren angewendet werden sollte. Konnte aber die Annahme eines solchen Verhältnisses von 1 : 3 nur als Indiz gewertet werden, so ist ein Rechtsverstoß nicht darin zu erblicken, daß das Berufungsgericht diesem Umstande nicht die Bedeutung beigemessen hat, wie es die Revision für erforderlich hält. Im übrigen können die zu diesem Punkte vorgetragenen Revisionsangriffe deshalb keinen Erfolg haben, weil sie nur auf eine vom Berufungsurteil abweichende Würdigung der Beweisaufnahme hinzielen. Der Senat ist jedoch nicht befugt, das dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung zustehende freie Ermessen nachzuprüfen, es sei denn, daß das Berufungsgericht Denk- oder Erfahrungssätze verletzt hätte. Die Revision irrt jedoch, wenn sie annimmt, daß dem Berufungsgericht ein Verstoß gegen die Denkgesetze unterlaufen sei, wenn es darauf abstellt, daß beide Zeuginnen, die Ehefrau des Klägers und die frühere Hausangestellte S. dem gleichen Mißverständnis zum Opfer gefallen sein könnten. Es ist nicht einzusehen, warum nur eine der beiden Zeuginnen Äußerungen des Beklagten über die Zahl der ihm zur Verfügung stehenden Betten mißverstanden haben sollte.

Auch soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht hätte, wenn es schon eine Zusicherung nicht für nachgewiesen erachtete, wenigstens prüfen müssen, ob der Beklagte nicht verpflichtet gewesen wäre, den Kläger darauf hinzuweisen, daß kein festes Vertragsverhältnis über die Belegung von acht Betten vorgelegen habe, kann sie keinen Erfolg haben. Denn die Ausführungen des Berufungsgerichts lassen erkennen, daß es für erwiesen erachtet, der Beklagte habe dem Kläger die Verhältnisse im Krankenhaus Salem hinsichtlich der Bettenbelegung zutreffend ge-

schildert. Wenn der Beklagte aber von den beiden Zeuginnen und möglicherweise auch von dem Kläger mißverstanden worden sein sollte, so könnte aus einem solchen Umstände keine Verletzung seiner etwaigen Offenbarungspflicht hergeleitet werden.

Auch die Rüge der Revision, das Berufungsgericht sei an einer ganzen Reihe von Behauptungen und Beweisangeboten des Klägers vorbeigegangen, aus denen es hätte entnehmen können, daß die Belegungsziffer erheblich unter 8 gelegen habe, kann keinen Erfolg haben, weil es nach den Feststellungen des Berufungsgerichts jedenfalls an einer Arglist des Beklagten fehlte. Das Berufungsgericht hat in anderem Zusammenhang, wie bereits erörtert, darauf abgestellt, daß dem Beklagten nicht der Vorwurf eines arglistigen Verschweigens treffen kann. Ersichtlich hat es aber auch diesen subjektiven Tatbestand einer arglistigen Täuschung hinsichtlich des vorliegenden Punktes verneinen wollen. Denn es hat ausgeführt, daß jede bewußte Irreführung des Beklagten hinsichtlich der Bettenzahl unverständlich gewesen wäre, weil er damit habe rechnen müssen, daß der Kläger bei seiner Vororientierung, spätestens aber in den ersten Arbeitstagen die wirklichen Verhältnisse aufgedeckt hätte. Dieser Gesichtspunkt gilt aber nicht nur für die Behauptung des Klägers, der Beklagte habe eine falsche Zusicherung abgegeben, sondern ebenso für seine Darstellung, daß ihm Wesentliches verschwiegen worden sei.

III.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht erwogen, daß eine Anfechtung des Tauschvertrages wegen Irrtums aus Rechtsgründen nicht durchgreifen könne. Ohne Rechtsirrtum und von der Revision unbeanstandet hat es ausgeführt, daß die Anfechtung jedenfalls nicht darauf ge-

stützt werden könne, der Kläger habe sich über die Person des Beklagten im Irrtum befunden.

Hinsichtlich eines Irrtums über Eigenschaften des Kaufgegenstandes ist aber, wie das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend erwogen hat, eine Anfechtung aus § 119 Abs. 2 BGB insoweit ausgeschlossen, als ein Fehlen dieser Eigenschaften oder damit verbundene Mängel Gegenstand von Gewährleistungsansprüchen sein können. Daß ein Geschäft über die Veräußerung einer ärztlichen Praxis nach Kaufrecht behandelt wird, begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die Rechtsprechung läßt in Ausdehnung der Vorschriften des § 433 BGB nicht nur körperliche, sondern auch unkörperliche Sachen wie ein Geschäftsunternehmen, die Kundschaft eines Handelsgeschäftes und ähnliche Zusammenfassungen als Kaufgegenstände zu, soweit sie den körperlichen Sachen im Verkehr gleichbehandelt werden (RGZ 63, 57; 67, 86; BGE RGRK 11. Aufl. § 459 Anm. 16). Ebenso ist es bedenkenfrei, auch die Bestimmungen über die Gewährleistungsansprüche auf ein solches Rechtsverhältnis anzuwenden (RG aaO; BGB RGRK aaO; Palandt BGB 18. Aufl. § 433 Anm. 1 c). Daher wäre eine Anfechtung nur dann in Frage gekommen, wenn der Sachverhalt, in dem ein Irrtum des Klägers liegen könnte, nicht den Mangelbegriff im Sinne der §§ 459 ff BGB erfüllt hätte. Das hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum und ohne Beanstandung seitens der Revision verneint.

2. Die Revision hat jedoch gerügt, das Berufungsgericht habe es rechtsirrtümlich unterlassen, das Absinken der vom Beklagten übergebenen Arztpraxis im letzten Vierteljahre vor der Übergabe unter dem Gesichtspunkt der Mangelhaftung zu würdigen. Der Revision ist zwar zuzugeben, daß der Umfang der veräußerten Arztpraxis als Eigenschaft der Praxis angesehen werden kann. Denn alles, was begrifflich das Wesen eines solchen unkörperlichen Kaufge-

genstandes nach allgemeiner Auffassung und Erfahrung über seine normale Beschaffenheit ausmacht und als zu ihm gehörig angesehen wird, ist als seine Eigenschaft zu betrachten (BGB RGRK aaO). Es entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts, die Ertragsfähigkeit eines Unternehmens oder eines Grundstücks als Eigenschaft des Kaufgegenstandes im Rechtssinne aufzufassen (RGZ 52,1,2; 63,57,61; 67,86; 132,76,78; 134,83,86). Der Umstand, daß das Berufungsgericht diesen Gesichtspunkt nicht geprüft hat, vermag jedoch der Revisionsrüge nicht zum Erfolge zu verhelfen. Denn es hat in anderem Zusammenhang den Umfang der Heidelberger Praxis eingehend gewürdigt und festgestellt, daß sie in den letzten Jahren ständig angestiegen war und daß der Beklagte im zweiten Vierteljahre des Jahres 1955 sogar 399 Krankenscheine abgerechnet hatte. Es hat auch eingehend erwogen, daß der Rückgang auf nur 233 Scheine im dritten Vierteljahre darauf zurückgeführt werden müsse, daß der Beklagte durch die notwendigen Umzugsvorbereitungen längere Zeit in Anspruch genommen worden sei, zumal die Parteien für den Praxis--tausch zunächst einen früheren Zeitpunkt ins Auge gefaßt hätten. Unbegründet ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht hätte die Aussage der Zeugin J. [REDACTED] berücksichtigen müssen, die in den letzten beiden Wochen vor der Übergabe der Praxis nur einen geringfügigen Rückgang der Patienten festgestellt habe, und nicht auf die Bekundung der Zeugin Kainer abstellen dürfen, die bereits im Juli 1955 als Praxisangestellte ausgeschieden sei. Offenbar will die Revision zum Ausdruck bringen, der Rückgang der Praxis im letzten Vierteljahre vor dem Umzug sei auf andere in der Person des Beklagten liegende Umstände zurückzuführen. Die Revision berücksichtigt jedoch nicht, daß es auf die Gesamtentwicklung der Praxis ankommt, die aber nach den eindeutigen Feststellungen des Berufungsgerichts in den letzten

Jahren, in denen der Praxistausch erwogen wurde, ausgesprochen günstig war. Deshalb kann einem vorübergehenden Rückgang im letzten Vierteljahre vor der Übergabe, der zum mindesten zum Teil mit dem bevorstehenden Umzuge zusammenhing, zum Teil aber auch, wie das Berufungsgericht durch einen Vergleich mit dem 3. Vierteljahre des Jahres 1954 festgestellt hat, saisonbedingt war (Urlaubszeit) keine entscheidende Bedeutung zukommen.

3. Auch der Umstand, daß das Berufungsgericht die Belegungsverhältnisse im Krankenhaus Salem nicht ausdrücklich unter dem Gesichtspunkte der Gewährleistung für Mängel des Kaufgegenstandes geprüft hat, kann einer diesbezüglichen Revisionsrüge nicht als Stütze dienen. Auch hier mag zugunsten der Revision unterstellt werden, daß diese mit der Praxis zusammenhängenden Verhältnisse, die sich unmittelbar auf ihren Umfang und ihren Wert auswirken können, als Eigenschaft zu werten sind. Denn schon bei den körperlichen Sachen hat die Rechtsprechung darauf abgestellt, daß nicht nur natürliche Eigenschaften als Fehler in Betracht zu ziehen sind, sondern alle tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, die zufolge ihrer Art und Dauer nach der Verkehrsanschauung einen Einfluß auf die Brauchbarkeit oder Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen (RGZ 161, 192, 194). Aber die in anderem Zusammenhang von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen stehen einer Mängelhaftung entgegen. Wenn weder davon ausgegangen werden kann, daß ganz allgemein für alle Größenverhältnisse, die irgendwie für den Umfang der beiden Praxen von Bedeutung sein konnten, das Verhältnis 1: 3 zu Gunsten des Klägers gelten sollte, noch davon, daß eine Zusicherung des Beklagten für eine bestimmte Bettenzahl abgegeben worden ist, so bietet der festgestellte Sachverhalt keinen Anhaltspunkt für einen Gewährleistungsanspruch des Klägers.

4. Unzutreffend und mit der Urteilsbegründung im Widerspruch stehend ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe auch die mit der Operationsmöglichkeit in Zusammenhang stehenden Verhältnisse im Krankenhaus Salem nicht unter dem gekennzeichneten Gesichtspunkte untersucht. Das Berufungsgericht hat insoweit Ansprüche des Klägers verneint, weil die Haftung des Beklagten daran scheitere, daß dem Kläger etwaige erhebliche Mängel nur aus grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sein könnten (§ 460 BGB). Es hat hierzu darauf hingewiesen, daß der Kläger die verschiedenen Möglichkeiten, sich zu orientieren, ungenutzt gelassen habe. Diesem Zweck, daß sich nämlich die Parteien über alle sie interessierenden Umstände selbst unterrichten könnten, habe aber gerade die gegenseitige Vertretung im Februar 1954 gedient. Selbst wenn der Kläger in dieser Zeit keine Operationsfälle zu erledigen gehabt haben sollte, so sei er dennoch nicht davon befreit gewesen, sich soweit als möglich, über die mit den Operationsmöglichkeiten zusammenhängenden Verhältnisse zu unterrichten. Bei Anwendung einiger Aufmerksamkeit hätte es aber dem Kläger nicht entgehen können, daß das Operieren im Krankenhaus Salem mit gewissen Schwierigkeiten verbunden gewesen sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Erwägungen des Berufungsgerichts seine rechtliche Folgerung, daß ein Gewährleistungsanspruch schon im Hinblick auf § 460 BGB ausgeschlossen sei, zu tragen vermögen. Bei der Annahme einer groben Fahrlässigkeit stützt sich das Berufungsgericht erscheidend auf den Umstand, daß der Kläger den Beklagten vor Vertragsschluß, nämlich bereits im Februar 1954, in dessen Praxis vertreten habe. Es berücksichtigt dabei nicht, daß im Tatbestand des Urteils die Vertretung in den Februar 1955 also in die Zeit nach dem Vertragsschluß verlegt wird. Nimmt man aber an, daß von der im Tatbestand enthaltenen Feststellung ausgegangen werden müßte, so wird den Erwägungen des Berufungsgerichts eine wesent-

liche Stütze entzogen. Gleichwohl bedarf es keiner Aufhebung des angefochtenen Urteils, da die Entscheidung des Berufungsgerichts aus den nachstehenden Gründen im Ergebnis auch insoweit gerechtfertigt ist.

Auch in diesem Zusammenhang mag davon ausgegangen werden, daß Mängel der Operationsverhältnisse als Fehler im Sinne des § 459 BGB zu beurteilen sind, die - ihre Erheblichkeit vorausgesetzt - Gewährleistungsansprüche begründen könnten. Denn es gehört, im Regelfalle zum Wesen einer fachärztlichen Praxis für Hals-, Nasen- und Ohrenleiden, daß mit ihr die Möglichkeit verbunden ist, schwierigere Operationen in einem Krankenhaus vorzunehmen. Im vorliegenden Falle könnte das umsomehr gelten, als die Parteien im Tauschvertrage ausdrücklich davon ausgingen, daß dem Beklagten ausreichende Möglichkeiten zu Operationen im Krankenhaus S. zur Verfügung ständen. Mängel der Operationsverhältnisse könnten jedoch, was die Revision nicht ausreichend beachtet, nur dann im Rahmen des § 459 BGB von Bedeutung werden, wenn sie nicht nur eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit bedingten. Im vorliegenden Falle kann aber keine Rede davon sein, daß die Verhältnisse im Krankenhaus S. so mangelhaft gewesen wären, daß man sie als einen erheblichen zur Wandlung des ganzen Tauschvertrages berechtigenden Mangel hätte werten müssen. Die Bedeutung eines Mangels ist nach der Verkehrsauffassung, nach Treu und Glauben und den Umständen des einzelnen Falles zu würdigen (BGHZ 10,242). Soweit es sich um die Anwendung dieser Grundsätze handelt, liegt eine der Beurteilung des Senates nicht entzogene Rechtsfrage vor. Soweit jedoch die Frage nach der Erheblichkeit des Mangels Tatfrage ist, reichen die Feststellungen des Berufungsgerichts aus, um dem Senat eine Entscheidung zu ermöglichen. Bei der rechtlichen Prüfung war davon auszugehen, daß es sich um Schwierigkeiten handelt, die ihre Ursache in den Verhältnissen und Beziehungen der Arztpraxis zur Umwelt haben und die in man-

cherlei Hinsicht eine andere Würdigung erforderlich machen, als sie bei der Bewertung von natürlichen Fehlern einer körperlichen Sache in Betracht zu ziehen ist. Sinn und Zweck der Tauschvereinbarung war, daß die Parteien verpflichtet waren, jeweils dem anderen Teile eine Praxis zu übergeben, die ihm eine Lebensexistenz sicherte. Unter diesem Gesichtspunkt müssen die mit der Praxis verbundenen Beziehungen und Verhältnisse gewürdigt werden. Ebensowenig wie es dem Kläger genutzt hätte, wenn er im Zeitpunkt der Übergabe denkbar günstige Operationsverhältnisse angetroffen, es aber schon festgestanden hätte, daß sie sich alsbald zum Schlechteren wenden würden, ebenso sehr mußte es auf der anderen Seite dem Kläger zugute kommen, wenn die anfänglichen Schwierigkeiten schon nach kurzer Zeit behoben wurden und es sogar zum Bau eines neuen Operationssaales kam. Dieser Betrachtungsweise steht nicht etwa die Erwägung entgegen, daß es auf den Zeitpunkt der Übergabe als des Gefahrüberganges ankommen müsse. Denn an dieser Voraussetzung wird nichts geändert. Nur ergibt sich aus der vom Berufungsgericht in tatsächlicher Hinsicht festgestellten Entwicklung der Operationsverhältnisse (Verwirklichung der bereits bei Übergabe der Praxis bestehenden Pläne zur Verbesserung der Operationsverhältnisse im Krankenhaus S. bis zum Januar 1956), daß sie wegen der bevorstehenden Veränderung schon im Zeitpunkte der Übergabe nicht so ungünstig bewertet werden durften, daß dem Kläger nach Treu und Glauben nicht hätte zugemutet werden können, die bestehenden Schwierigkeiten für kurze Zeit hinzunehmen, zumal auch die anderen Fachärzte, die am gleichen Orte operierten, keine unzumutbare Erschwerung darin erblickten (vgl. Urt. des erkennenden Senats vom 11. Dezember 1956 - VIII ZR 61/56 - = BB 1957, 92, insoweit jedoch nicht abgedruckt; BGB RGRK aaO Anm. 22). Somit stellt sich die mit den Operationsverhältnissen verbundene Lage nicht als ein erheblicher Fehler im Sinne des § 459 BGB dar.

IV.

Nach alledem ist weder ein Anspruch des Klägers auf Feststellung der Nichtigkeit des Tauschvertrages noch ein solcher auf Rückgängigmachung des Vertrages begründet. Die Revision mußte daher mit Kostenfolge aus § 97 ZPO zurückgewiesen werden.

Dr. Großmann Dr. Gelhaar Dr. Dorschel Dr. Mezger Dr. Messner