

27

BUNDESGERICHTSHOF

2042 059

IM NAMEN DES VOLKES

V ZR 151/64

URTEIL

Verkündet am
14. Dezember 1965
Hirth,
Justizangestellter
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Rechtsstreit

1. des Rentners Karl L [REDACTED],
 2. der Ehefrau Emma L [REDACTED] geb. S [REDACTED],
- beide in S [REDACTED]-O [REDACTED], S [REDACTED],

Beklagten, zu 1 Revisionsklägers,
zu 1 und 2 Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Friseurmeister Franz S [REDACTED],
 2. die Ehefrau Annemarie S [REDACTED] geb. B [REDACTED],
- beide in S [REDACTED]-W [REDACTED], C [REDACTED]straße [REDACTED],

Kläger, Revisionsbeklagte
und Revisionskläger,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. [REDACTED]
und Dr. [REDACTED] -.

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. Dezember 1965 unter Mitwirkung des Senatspräsidenten Dr. Augustin und der Bundesrichter Dr. Piepenbrock, Dr. Rothe, Dr. Mattern und Dr. Grell

für Recht erkannt:

Die Revisionen des Beklagten zu 1 und der Kläger gegen das Urteil des 9. Zivilsenats des Oberlandesgerichts in Düsseldorf vom 13. Mai 1964 werden mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß die Kostenentscheidung, soweit sie die Kosten des zweiten Rechtszuges betrifft, aufgehoben wird.

Von den Kosten des zweiten und des dritten Rechtszuges tragen

- a) der Beklagte zu 1: 3/7 der Gerichtskosten und der außergerichtlichen Kosten der Kläger sowie 13/14 der eigenen außergerichtlichen Kosten,
- b) die Kläger: 4/7 der Gerichtskosten und der eigenen außergerichtlichen Kosten, 1/14 der außergerichtlichen Kosten des Beklagten zu 1 und die gesamten außergerichtlichen Kosten der Beklagten zu 2.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Die Zweitbeklagte war seit 1941 zur ideellen Hälfte Miteigentümerin des mit einem älteren Wohn- und Geschäftshaus bebauten Grundstücks N[REDACTED]straße in S[REDACTED]-O[REDACTED]. Die andere Eigentumshälfte gehörte einer Erbgemeinschaft H[REDACTED]; da die Erben nicht am Ort wohnten, oblag die Grundstücksverwaltung der Zweitbeklagten, die sie ihrerseits ganz ihrem Ehemann, dem Erstbeklagten, überließ.

Am 11. Dezember 1958 verkaufte die Zweitbeklagte ihren Hälfteanteil an die klagenden Eheleute je zur Hälfte und ließ ihn an die Käufer auf. Diese verpflichteten sich, als Kaufpreis für die Dauer von 12 Jahren eine monatliche Rente von 300 DM an die Verkäuferin oder nach deren Tode an den Erstbeklagten zu zahlen. Eine Haftung für sichtbare und unsichtbare Sachmängel wurde vertraglich ausgeschlossen. Bei Abschluß des notariellen Kaufvertrages (Urkunden-Register Nr. 1521/58 des Notars Z[REDACTED] in S[REDACTED]-O[REDACTED]) waren beide Kläger und beide Beklagten zugegen sowie der Makler S[REDACTED], der den Verkauf des Grundstücksanteils vermittelt hatte. Teils schon vor diesem Vertrag und teils später schlossen die Kläger, um auch die andere Grundstückshälfte zu bekommen, die den einzigen noch im Nachlaß H[REDACTED] vorhandenen Vermögensgegenstand bildete, mit einzelnen Mitgliedern der Erbgemeinschaft folgende Verträge: Am 4. Dezember 1958 kaufte der Erstkläger 3/7 des Nachlasses (UR Nr. 1604/58 des Notars P[REDACTED] in H[REDACTED]); die Zweitklägerin erwarb am 11. Dezember 1958 weitere 3/7, sowie am 13. Mai 1959 nochmals 4/35 (UR Nr. 1520/58 und Nr. 525/59 des Notars

Hinweis: Auch Teile dieser Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



Z[REDACTED]); die restlichen 1/35 Erbanteil beschaffte sich der Erstkläger durch Vertrag vom 21. Oktober 1959 (UR Nr. 106/59 des Notars Dr. H[REDACTED] in B[REDACTED]). Die Kläger wurden als Eigentümer des ganzen Grundstücks - hinsichtlich des einen Hälfteanteils zu je 1/4 und hinsichtlich des anderen in ungeteilter Erbengemeinschaft - in das Grundbuch eingetragen.

Das Gebäude auf dem Grundstück, das im letzten Krieg Bombenschäden erlitten hat, ist seitdem infolge eindringender Feuchtigkeit von Hausschwamm befallen; dieser hat insbesondere das ausgemauerte Fachwerk der Innenwand des Treppenhauses weitgehend zerstört. Die Kläger behaupten, die Beklagten hätten, als zwischen den Parteien über den Verkauf der Eigentumshälfte verhandelt wurde, den Schwammbefall gekannt; gleichwohl habe der Erstbeklagte bei Vertragsabschluß auf die Frage des beurkundenden Notars nach Hausschwamm geantwortet, von Schwamm sei ihm nichts bekannt. Mit der Klage haben sie vor dem Landgericht um Feststellung gebeten, daß die Beklagten ihnen sämtlichen Schaden ersetzen müßten, der ihnen durch den Erwerb des hälftigen Miteigentumsanteils der Zweitbeklagten entstanden sei und noch entstehen werde. Die Beklagten haben Klageabweisung beantragt. Sie bestreiten, den Schädlingsbefall gekannt zu haben; bei der notariellen Verhandlung vom 11. Dezember 1958 sei überhaupt nicht von Schwamm gesprochen worden.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Von den Beklagten ist Berufung eingelegt worden. Die Kläger haben sich dem Rechtsmittel angeschlossen; sie behaupten, auch bei ihren Verhandlungen mit den Erben H[REDACTED] über den Erwerb von deren Erbanteilen sei der Erstbeklagte in

Vertretung seiner Ehefrau als Verhandlungsführer aufgetreten und habe dabei ebenfalls den Schwammbefall verschwiegen; demgemäß haben sie nunmehr Feststellung der Ersatzpflicht der Beklagten beantragt wegen des gesamten ihnen dadurch entstandenen und noch entstehenden Schadens, daß das Grundstück mit Schwamm behaftet gewesen sei, als sie, die Kläger, es zu Eigentum erworben hätten a) zur Hälfte durch Kauf des hälftigen Miteigentumsanteils der Zweitbeklagten am 11. Dezember 1958 und b) zur anderen Hälfte durch die Erbschaftskäufe mit den Erben H. [REDACTED] im Dezember 1958 und im Jahre 1959. Die Beklagten haben auch das weitere Klagevorbringen bestritten.

Das Oberlandesgericht hat auf Berufung und Anschlußberufung, unter Zurückweisung beider Berufungen im übrigen, das landgerichtliche Urteil abgeändert und festgestellt, der Erstbeklagte sei verpflichtet, den Klägern den Schaden zu ersetzen, der ihnen dadurch entstanden sei und noch entstehen werde, daß er einmal den Klägern bei Abschluß des Kaufvertrages vom 11. Dezember 1958 (UR Nr. 1521/58 des Notars Z. [REDACTED]) den Schwammbefall des Hauses Nippesstraße 2 verschwiegen und daß er zum anderen den Klägern vor Abschluß der Kaufverträge vom 4. Dezember 1958 (UR Nr. 1604/58 des Notars P. [REDACTED]) und vom 11. Dezember 1958 (UR Nr. 1520/58 des Notars Z. [REDACTED]) den Schwammbefall des genannten Hauses verschwiegen habe; im übrigen hat das Oberlandesgericht die Klage abgewiesen. Hiergegen haben der Erstbeklagte und beide Kläger Revision eingelegt. Während der Erstbeklagte auch die gegen ihn gerichtete Klage abgewiesen haben möchte, verfolgen die Kläger mit ihrem Rechtsmittel das zweitinstanzliche Feststellungsbegehren, soweit sie damit nicht

durchgedrungen sind, gegenüber beiden Beklagten weiter. Jede Partei beantragt außerdem Zurückweisung der gegnerischen Revision.

Entscheidungsgründe:

I.

Das rechtliche Interesse der Kläger an der begehrten Feststellung (§ 256 ZPO) ist vom Berufungsgericht zutreffend bejaht worden, und auch die Beklagten erheben insoweit keine Beanstandungen. Den Gegenstand des Streits bildet die Frage, ob und in welchem Umfang die Kläger den Schaden, der ihnen nach ihrer Behauptung durch den Erwerb des von Hausschwamm befallenen Anwesens N[REDACTED]straße 2 entstanden ist und möglicherweise weiterhin entstehen wird, von den Beklagten ersetzt verlangen können. Abweichend vom Landgericht, das beide Beklagten für schadensersatzpflichtig erachtet hat, verneint das angefochtene Urteil eine Haftung der zu 2 beklagten Ehefrau, weil sie weder selbst Kenntnis von dem Schwammbefall gehabt habe noch sich das Verhalten ihres Ehemannes, des Beklagten zu 1, zurechnen lassen müsse. Hinsichtlich des Erstbeklagten stellt es fest, ihm sei das Vorhandensein von Hausschwamm bekannt gewesen und er habe dies den Klägern gegenüber sowohl im Oktober 1958 vor dem Erwerb der Erbanteile H[REDACTED] als auch am 11. Dezember 1958 bei der notariellen Kaufverhandlung über die Eigentumshälfte seiner Ehefrau wahrheitswidrig in Abrede gestellt. Hierin erblickt das Berufungsgericht eine sittenwidrige Schadenaufügung, für die der Erstbeklagte nach § 826 BGB einstehen müsse. Seine Schadensersatzpflicht beschränke sich

jedoch, soweit die aus dem Nachlaß Heipertz stammende Eigentumshälfte in Betracht komme, auf jene 6/7, welche die Kläger bis zum 11. Dezember 1958 erworben hätten; denn bei dem Erwerb des restlichen 1/7-Erbanteils am 13. Mai 1959 und 21. Oktober 1959 hätten die Kläger den Schwammbefall bereits gekannt.

II.

Die Revision des Erstbeklagten wendet sich dagegen, daß seine Schadensersatzpflicht in dem angegebenen Umfange bejaht worden ist. Sie erstrebt vollständige Klageabweisung.

1. Gerügt werden, was das äußere Verhalten des Erstbeklagten anbetrifft, die Ausführungen auf Seite 10 des Berufungsurteils. Danach soll er am 11. Dezember 1958 laut Zeugenaussage des Notars Z. [REDACTED] dem Sinne nach erklärt haben, von Schwamm sei ihm nichts bekannt. Die Revision macht geltend, eine solche Äußerung stelle keine geeignete Anspruchsgrundlage für § 826 BGB dar, da es wesentlich auf die Willensrichtung des Erstbeklagten ankomme und nicht darauf, wie der Notar die Erklärung verstanden habe; deshalb hätte nicht "dem Sinne nach" der Erklärungsinhalt festgestellt werden müssen, sondern dieser selbst; denn es gehe hier um keine Frage der Vertragsauslegung. Hierbei übersieht indessen die Revision, daß die von ihr angegriffene Urteilsstelle gar nicht die maßgeblichen Ausführungen zu § 826 BGB enthält. Das Berufungsgericht prüft dort nur, ob die Beklagten eine mündliche Eigenschaftszusicherung im Sinne von § 463 BGB abgegeben hätten, und verneint dies. Es handelt sich also um eine Stellungnahme

zugunsten der Beklagten; sie werden dadurch nicht beschwert.

Die einschlägigen Feststellungen und Erwägungen zur Schadensersatzpflicht finden sich erst an späterer Stelle des Berufungsurteils (S. 20 f), wo ausgeführt wird: Obwohl der Erstbeklagte gewußt habe, daß das Haus von Schwamm befallen sei, habe er bei der Verkaufsverhandlung auf die Frage des Notars nach Hausschwamm erklärt, davon sei ihm nichts bekannt; dadurch habe er die Kläger über den Zustand des Hauses getäuscht und eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung begangen; denn er sei sich dessen bewußt gewesen, daß die Kläger auf Grund der Täuschung einen für sie nachteiligen Kaufvertrag abschließen und daß sie ihn nicht oder jedenfalls nicht zu den vorliegenden Bedingungen abschließen würden, wenn er sie über den Schwammbefall aufgeklärt hätte. Diese Urteilsausführungen lassen keinen Rechtsverstoß erkennen. Sie stellen insbesondere nicht auf die Ansicht des beurkundenden Notars ab, sondern auf die Willensrichtung des Erstbeklagten selbst. Der Erklärungsinhalt wird hier eindeutig wiedergegeben. Für die Annahme, daß der Berufungsrichter irrigerweise geglaubt hätte, es mit einer Frage der Vertragsauslegung zu tun zu haben, fehlt jeder Anhaltspunkt.

Dasselbe gilt von den Rügen, welche die Revision mit der gleichen Begründung hinsichtlich des Verhaltens des Erstbeklagten bei der Ortsbesichtigung vom Oktober 1958 erhebt. Er hat damals, wie das Urteil feststellt (S. 21 f), auf die Frage des Erstklägers, ob bestimmte Risse in der Wand auf Schwamm zurückzuführen seien, geantwortet, das sei nicht der Fall, die Handwerker hätten vielmehr ungelöschten Kalk verwendet und daher blättere der Putz jetzt

wieder ab. In dieser Erklärung erblickt das Berufungsgericht ebenfalls einen Verstoß gegen die guten Sitten; der Erstbeklagte habe auch hier mit Schädigungsvorsatz gehandelt, denn er habe damals das Bewußtsein gehabt, daß infolge seines Verhaltens den Käufern der Erbanteile Heipertz ein Schaden entstehen könne. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Mit ihrem weiteren Einwand, es sei nicht festgestellt, daß die erwähnten Wandrisse eine Folge des Schwammbefalls gewesen seien und daß der Erstbeklagte dies gewußt habe, greift die Revision in verfahrensrechtlich unzulässiger Weise die tatrichterliche Würdigung an, aus deren Zusammenhang hervorgeht, daß beides der Fall war; das Berufungsgericht hat sich die Untersuchungsergebnisse der gerichtlichen Sachverständigen zu eigen gemacht (BU S. 23), die beide übereinstimmend einen überaus starken Befall der betreffenden Abschlußwand mit echtem Hausschwamm (*merulius lacrimans domesticus*) festgestellt haben (Gutachten Wienand S. 1 f, Gutachten Brück S. 8), und es stützt sich wegen der Vorgänge bei jener Ortsbesichtigung vom Oktober 1958 auf die Schilderung des Zeugen S. [REDACTED] und die dort im einzelnen wiedergegebenen Äußerungen des Erstbeklagten, als er vom Erstkläger nach dem Vorhandensein von Schwamm im Hause gefragt wurde (BU S. 21 unten).

Gleichfalls um einen unzulässigen Angriff gegen die Beweiswürdigung handelt es sich bei dem Versuch der Revision, die Zeugenaussagen des Notars Z. [REDACTED] und des Maklers S. [REDACTED] als widersprüchlich hinzustellen und gegeneinander auszuspielen. Wenn der Notar, als er am 13. Januar 1961 vernommen wurde, die am 11. Dezember 1958 in seiner Gegenwart gefallene Äußerung des Erstbeklagten nur "dem Sinne nach", also nicht wortwörtlich wiedergegeben hat,

so zeugt diese vorsichtige Darstellungsweise allenfalls von seiner Gewissenhaftigkeit und ist entgegen der Ansicht der Revision ebensowenig "auffallend" wie die weitere Tatsache, daß er die Äußerung seinerzeit nicht mit in die Vertragsurkunde aufnahm; hierzu bestand keine Veranlassung, da der Zeuge, wie er bekundet hat, das Gesagte damals nicht als Eigenschaftszusicherung auffaßte; außerdem gehörte der Erstbeklagte nicht zu den Partnern des Kaufvertrages vom 11. Dezember 1958. Der Schilderung des Zeugen Z. steht auch nicht, wie die Revision meint, die Aussage des Maklers S. entgegen, der bei seiner ersten Zeugenvernehmung angegeben hat, über Schwammfreiheit sei nicht gesprochen worden; denn Schlösser hat diese Angabe nicht nur zweimal mit den Worten "soweit mir bekannt ist", eingeschränkt (vgl. S. 1 und 2 des Vernehmungsprotokolls vom 11. März 1960), sondern er hat auch bei seiner zweiten Vernehmung am 21. Dezember 1962 auf Vorhalt erklärt, er wolle nicht ausschließen, daß der Erstkläger "mal nach Schwamm gefragt" und daß der Erstbeklagte darauf erwidert habe, von Schwamm sei ihm nichts bekannt; wo diese Worte gesprochen worden seien, könne er, der Zeuge, heute nicht mehr sagen.

Andererseits wurden die Bekundungen S. über die Ortsbesichtigung vom Oktober 1958, denen das Berufungsgericht gefolgt ist, nicht dadurch unglaublich, daß der Zeuge bei seinen wiederholten Vernehmungen (er ist dreimal gehört worden) zu anderen Punkten unterschiedliche und teilweise voneinander abweichende Angaben gemacht hat. Sich mit dieser Tatsache ausdrücklich auseinanderzusetzen, war der Berufsrichter entgegen der Meinung der Revision nicht verpflichtet; dafür, daß sie ihm entgangen wäre, bietet das Urteil keinen Anhalt,

aber ersichtlich hat er ihr - zumal wohl wegen des hohen Alters des Zeugen, der bei seiner zweiten Vernehmung 83 Jahre zählte - keine ausschlaggebende Bedeutung beigemessen. Darin liegt kein Rechtsfehler. Zu dem hier allein maßgeblichen Verhalten des Erstbeklagten bei jener Ortsbesichtigung hat der Zeuge S. [REDACTED] seine ursprüngliche Darstellung nicht geändert; die von der Revision für ihre gegenteilige Behauptung angeführten Einzelheiten aus S. [REDACTED]'s zweiter Vernehmung beziehen sich auf spätere Vorgänge. Ohne Erfolg sucht die Revision die Glaubwürdigkeit des Zeugen damit in Zweifel zu ziehen, daß sie ihn als den "Makler der Kläger" bezeichnet und ihm vorwirft, den mangelhaften Zustand des Gebäudes von Anfang an gekannt zu haben; denn dies ist nicht erwiesen (vgl. unten zu Nr. 3).

2. Nächster Streitpunkt, über den in den Vorinstanzen eine umfangreiche Beweisaufnahme stattgefunden hat, ist die Kenntnis des Erstbeklagten vom Schwammbefall. Der Berufungsrichter bejaht sie, wobei er sich insbesondere auf die Aussagen der Zeugen B. [REDACTED], Gertrud T. [REDACTED] und Maria U. [REDACTED] über Vorfälle aus früheren Jahren stützt und außerdem eine Äußerung verwertet, die der Erstbeklagte laut Bekundung des Architekten F. [REDACTED] nach dem 11. Dezember 1958 getan haben soll. Hiergegen erhebt die Revision Verfahrensrügen aus § 286 ZPO. Diese sind jedoch durchweg unbegründet.

Die Nichtvernehmung des Bauführers K. [REDACTED] stellt keinen Verfahrensverstoß dar. K. [REDACTED] war von den Beklagten im ersten Rechtszug dafür benannt worden, daß er 1950 nach Ausbesserungsarbeiten am Mauerwerk dem Erstbeklagten auf Befragen versichert habe, alle Möglich-

keiten eines weiteren Schadens seien ausgeräumt und es könne jetzt nichts mehr passieren; außerdem sollte er als sachverständiger Zeuge bekunden, es hätten damals keine Anhaltspunkte für Schwammbildung bestanden (Schriftsätze vom 23. Februar und 26. September 1960). Hierüber war dann auch zunächst die Vernehmung K. [REDACTED]s angeordnet worden (Beweisbeschluß vom 11. Oktober 1960), jedoch kam es nicht dazu, weil K. [REDACTED] mit der durch ärztliches Zeugnis belegten Behauptung, er sei fast 81 Jahre alt, nahezu blind und sehr schwerhörig, darum bat, ihn vom persönlichen Erscheinen zu entbinden, und das Landgericht dieser Bitte entsprach (Verfügung vom 28. November 1960). Die Beklagten haben zwar im Termin vom 13. Januar 1961 erneut beantragt, K. [REDACTED] zu vernehmen, aber sie sind, nachdem die Kläger das angesichts des bisherigen Beweisergebnisses als überflüssig bezeichnet hatten (Schriftsatz vom 15. Februar 1961), auf den Beweisantrag weder mit ihrem nächsten Schriftsatz (vom 3. März 1961) noch später zurückgekommen und haben ihn insbesondere vor dem Berufungsgericht nicht wiederholt. Dieses durfte daher ohne Rechtsirrtum davon ausgehen, daß der Antrag - zumal da inzwischen viele andere Beweise erhoben worden waren - nicht mehr aufrechterhalten werde (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 15. Juni 1965, V ZR 24/63, S. 16 f m.Nachw.).

Die Zeugenaussage F. [REDACTED], wonach der Erstbeklagte bei einer Unterredung mit dem Erstkläger zugegeben hat, daß 1950 Schwamm im Hause gewesen sei, ist vom angefochtenen Urteil gewürdigt und als glaubhaft bezeichnet worden (S. 15). Damit war jedoch der Berufungsrichter nicht, wie die Revision anzunehmen scheint, zugleich genötigt,

die weitere, von F. [REDACTED] ebenfalls bezeugte Äußerung des Erstbeklagten, er habe angenommen, daß der Schwamm durch die damaligen Ausbesserungsarbeiten beseitigt worden sei, für bare Münze zu nehmen; denn abgesehen davon, daß die erwähnte Unterredung erst nach dem Vertragsabschluß vom 11. Dezember 1958 und zu einer Zeit stattfand, als die Parteien bereits wegen des Hausschwamm-Vorkommens in Meinungsverschiedenheiten geraten waren (vgl. die erste Vernehmung des Zeugen F. [REDACTED] vom 13. Januar 1961), hatte der Erstbeklagte festgestelltermaßen auch schon früher mit Bezug auf den Schädlingsbefall wiederholt Ausflüchte gemacht, indem er den Zeugen B. [REDACTED] und Gertrud T. [REDACTED], als sie ihn auf die Schäden aufmerksam machten, wahrheitswidrig erklärte, es handele sich nicht um Schwamm, sondern bloß um Trockenfäule.

Zu den Bedenken, welche die Beklagten gegen die Glaubwürdigkeit des Zeugen B. [REDACTED] erhoben, hat das Berufungsgericht Stellung genommen und sie mit eingehender Begründung (BU S. 12 f) für nicht durchgreifend erachtet. Damit war entgegen der Meinung der Revision auch der Vorwurf ausgeräumt, daß man den Zeugen mittels einer vom Erstkläger vorbereiteten eidesstattlichen Versicherung beeinflusst und zu einer falschen Aussage veranlaßt habe. Im übrigen beruhen die Feststellungen des angefochtenen Urteils, gegen die sich die Revision wendet, nicht auf der seinerzeit im Verfahren der einstweiligen Verfügung (1 Q 13/60 LG Wuppertal) vorgelegten eidesstattlichen Erklärung B. [REDACTED]s vom 25. Mai 1960, ihnen liegt vielmehr allein seine ausführliche und mit dem Eide bekräftigte Zeugenaussage in den drei Vernehmungsniederschriften vom 13. Januar 1961, 21. September 1962 und 25. April 1963 zugrunde. Soweit die Revision Nichtvernehmung des

Stukkateurmeisters M[REDACTED] rügt, den die Beklagten als Zeugen für die angebliche Beeinflussung B[REDACTED]s benannt hätten, übersieht sie, daß dieser Beweisantrag, wie aus dem Schriftsatz vom 18. Dezember 1962 in Verbindung mit dem vom 23. November 1961 hervorgeht (vgl. auch S. 3 f des Schriftsatzes vom 26. September 1960), sich nicht auf B[REDACTED] bezog; unter Beweis gestellt war lediglich, der Erstkläger habe M[REDACTED] selbst - der aber keine Angaben zur Sache gemacht hat (S. 7 des Vernehmungsprotokolls vom 13. Januar 1961) - zu falschen Angaben überreden wollen.

Als ebensowenig stichhaltig erweisen sich die Revisionsangriffe gegen die Glaubwürdigkeit der Zeuginnen T[REDACTED] und U[REDACTED]; auch hier stellt das Urteil nicht auf eidesstattliche Versicherungen in jenem früheren Verfahren ab, es verwertet ausschließlich die Aussagen, welche diese Zeuginnen bei ihrer zweimaligen Vernehmung im vorliegenden Prozeß unter Eid gemacht haben, und bezeichnet sie auf Grund tatrichterlicher Würdigung als glaubhaft. Die Geschäftsinhaberin Wilhelmine E[REDACTED] darüber zu vernehmen, daß der Erstbeklagte nur mit ihr und niemals mit der Zeugin U[REDACTED] gesprochen habe und daß bei solchen Gesprächen nie von Schwamm die Rede gewesen sei (Schriftsätze der Beklagten vom 23. November 1961 und vom 18. Februar 1964), war das Berufungsgericht nicht verpflichtet, weil der Beweisantrag der erforderlichen Bestimmtheit entbehrte; aus ihm ging insbesondere nicht hervor, woher Frau E[REDACTED] wissen sollte, daß auch in ihrer Abwesenheit keine Unterredungen zwischen dem Erstbeklagten und der Zeugin U[REDACTED] stattgefunden hätten. Bei den Behauptungen, die in das Wissen von M[REDACTED] und R[REDACTED] gestellt waren - nämlich daß der Erstkläger sie zu falschen Aussagen vor

Gericht habe verleiten wollen (Schriftsatz vom 18. Februar 1964) -, handelte es sich um bloße Indizien; der Berufungsrichter brauchte die Genannten nicht als Zeugen zu vernehmen, da er den Standpunkt der Revision, damit werde zwangsläufig die Glaubwürdigkeit auch der übrigen Zeugen erschüttert, ersichtlich nicht teilte (Urteil des Senats vom 13. Januar 1965, V ZR 212/62, S. 17).

Die Bemerkung im Urteil (S. 14), für das Vorhandensein eines Mangels komme es auf den Unterschied zwischen Schwamm und Trockenfäule nicht an, ist eine Hilferwägung, auf der die Entscheidung nicht beruht; denn anschließend wird festgestellt, der Erstbeklagte habe ernstlich nicht an Trockenfäule geglaubt, sondern die auffälligen Erscheinungen im Gebäude selbst für Hauschwamm gehalten. Damit erübrigt sich eine Stellungnahme zu dem, was die Revision über Trockenfäule ausführt. Soweit sie dann im einzelnen darlegt, worauf das Berufungsgericht ihrer Meinung nach hätte abstellen müssen, überschreitet sie die ihr verfahrensrechtlich gezogenen Grenzen, indem sie das Beweisergebnis anders zu würdigen sucht als der Tatrichter. Das gilt namentlich von ihren Erörterungen über Art und Umfang des Schwammbefalls und von den Folgerungen, die sie aus den Gutachten der Sachverständigen und den Aussagen der Zeugen G., F. und Ferdinand Sch. ziehen möchte. Dabei unterlaufen ihr zudem Mißverständnisse: G.'s Angabe über das Nichtvorhandensein von Schwamm bezieht sich lediglich auf "die Zeit des Einbaues der Ladeneinrichtung", also auf das Jahr 1947 oder 1948 (vgl. seine Aussage vom 25. April 1963), während der Zeuge für die spätere Zeit, insbesondere 1950, den Schwammbefall eindeutig bestätigt hat

(Aussage vom 13. Januar 1961); auch war das Berufungsgericht nicht, wie die Revision ihm unterstellt, der Ansicht, Schmidt habe mit dem Beklagten selbst gesprochen, sondern es hat aus der Aussage dieses Zeugen lediglich auf das objektive Vorhandensein eines ziemlich ausgedehnten Schwammvorkommens im Jahre 1950 geschlossen (BU S. 15 Mitte).

3. Die Revision rügt Verletzung des Grundsatzes der Parteiheerrschaft (§ 128 ZPO): obgleich die Kläger - wenn auch zu Unrecht, da zwischen ihnen und dem Erstbeklagten weder vorvertragliche noch vertragliche Beziehungen bestünden - ihren Erfüllungsschaden ersetzt verlangten, habe ihnen das Berufungsgericht einen Anspruch aus § 826 BGB zuerkannt, bei dem Voraussetzungen und Umfang des zu ersetzenden Schadens ganz anders seien.

Diese Rüge ist unbegründet. Wie sich bereits aus der Klageschrift ergibt, haben die Kläger ihren Schadensersatzanspruch von Anfang an auch auf unerlaubte Handlung gestützt.

Daß dem Erstbeklagten gegenüber den Klägern mangels vertraglicher Beziehungen keine Offenbarungspflicht obliegen haben mag, schließt seine Haftung auf Grund von § 826 BGB nicht aus. Er war seit langen Jahren Verwalter des Hauses, das die Kläger zu erwerben beabsichtigten, und wenn er die an ihn in dieser Eigenschaft bei den Verkaufsbesprechungen ausdrücklich gerichtete Frage, ob ihm etwas von Schwammbefall bekannt sei, wahrheitswidrig verneinte, so verstieß er gegen die guten Sitten und handelte arglistig. Wie das angefochtene Urteil fest-

stellt, war er sich dabei bewußt, daß die Kläger infolge der Täuschung für sie nachteilige Verträge eingingen, die sie in Kenntnis des Schwammbefalls nicht oder nicht zu den vorliegenden Bedingungen abgeschlossen hätten. Die Schlußfolgerung hieraus, dies sei ein verwerfliches Verhalten im Sinne des § 826 BGB gewesen, ist rechtlich bedenkenfrei. Auch ohne Bestehen einer Offenbarungspflicht durfte die Äußerung des Erstbeklagten, wenn er sich äußerte, nicht wahrheitswidrig sein.

Soweit die Revision einwendet, für den Erstbeklagten habe es an jedem vernünftigen Grund gefehlt, den Klägern vorsätzlich Schaden zuzufügen, begibt sie sich auf das ihr verschlossene Gebiet der Tatsachenwürdigung. Das Berufungsgericht hat einen solchen Beweggrund insbesondere darin erblickt, daß er durch den Hausverkauf eigene geldliche Vorteile erhielt; diese bestanden in dem Rentenbezugsrecht, das ihm laut Vertrag im Falle vorzeitigen Versterbens seiner Ehefrau zustand; außerdem war, wie im landgerichtlichen Urteil ausgeführt und von den Beklagten in der Folgezeit nicht beanstandet worden ist, den Umständen nach anzunehmen, daß die Ehefrau bei Lebzeiten die monatliche Rente von 300 DM zum gemeinsamen Haushalt beisteuern würde. Die Schädigungsabsicht wird auch nicht, wie die Revision meint, dadurch widerlegt, daß beide Beklagten zunächst gegen eine Veräußerung des Grundstücks an die Kläger eingestellt waren und daß die Zweitbeklagte sich sogar erst am Vormittag des 11. Dezember 1958 zum Verkauf ihrer Eigentumshälfte entschlossen hat; denn einmal lag die notarielle Verhandlung, in deren Verlauf der Erstbeklagte die Kläger täuschte, zeitlich nach diesem Gesinnungswandel, und was seine andere unwahre Äußerung im Oktober 1958 bei jener Ortsbesichtigung anbetrifft,

so stand damals laut Berufungsurteil schon weitgehend fest, daß die Kläger die Erbanteile H. [REDACTED] erwerben würden; wieso sie daran durch die mangelnde Bereitschaft der Zweitbeklagten, die eigene Grundstückshälfte zu veräußern, hätten gehindert werden können, ist entgegen der Ansicht der Revision nicht einzusehen.

Daß auch den Klägern, wie die Beklagten behauptet hatten (Schriftsatz vom 23. November 1961, S. 6 f), der Schwammbefall bekannt gewesen sei, erachtet das Berufungsgericht für nicht dargetan. Der Einwand der Revision, sie müßten sich "über § 166 BGB" die Kenntnis S. [REDACTED] entgegenhalten lassen, zum mindesten aber sei anzunehmen, daß sie durch ihn davon erfahren hätten, ist nicht stichhaltig. Einmal fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß Schlösser, der in seiner Eigenschaft als Makler die Veräußerung des Anwesens an die Kläger vermittelt hatte, ihr Vertreter gewesen wäre; dies war in den Tatsacheninstanzen niemals behauptet worden. Nicht minder neu und gemäß § 561 Abs. 1 ZPO unbeachtlich ist der Vortrag, S. [REDACTED] habe sein Wissen an die Kläger weitergegeben. Vor allem ergibt sich eine Kenntnis S. [REDACTED] keineswegs, wie die Revision meint, aus den Aussagen der Zeugen E. [REDACTED] und B. [REDACTED] denn die von ihnen bekundeten Gespräche, bei denen S. [REDACTED] die Möglichkeit eines Schwammvorkommens eingeräumt haben soll, haben erst nach dem 11. Dezember 1958 - zum Teil sogar lange danach - stattgefunden.

III.

Die Revision der Kläger betrifft die Haftung der zu 2 beklagten Ehefrau und den Erwerb der restlichen Erbanteile im Jahre 1959.

1. Aus § 463 BGB haftet die Zweitbeklagte nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht; denn sie habe weder Schwammfreiheit des Hauses zugesichert noch den Schwammbefall arglistig verschwiegen.

a) Eine Eigenschaftszusicherung gemäß Satz 1 aaO enthält der notarielle Vertrag vom 11. Dezember 1958 nicht. Sie könnte allerdings mündlich gegeben worden sein mit der Folge nachträglicher Heilung des Formmangels durch Auflassung und Eintragung (§ 313 Satz 2 BGB). Das Berufungsgericht vermag jedoch keine mündliche Zusicherung festzustellen; sie liege insbesondere nicht darin, daß der zu 1 beklagte Ehemann bei der Verhandlung vor dem Notar erklärt habe, von Schwamm sei ihm nichts bekannt; deshalb könne dahingestellt bleiben, ob die Zweitbeklagte eine Erklärung ihres Ehemannes, die als Zusicherung der Schwammfreiheit aufzufassen wäre, den Umständen nach als eigene Zusicherung gegen sich gelten lassen müßte.

Die Rüge der Revision, die Worte des Erstbeklagten müßten als Eigenschaftszusicherung verstanden werden, greift nicht durch. Wird bei Kaufabschluß eine Eigenschaft zugesichert, so liegt darin die Übernahme der Gewähr für das Vorhandensein dieser Eigenschaft und das Versprechen, für alle Folgen eintreten zu wollen, falls sie fehlen sollte (RGZ 161, 330, 337). Ob eine solche Haftung durch

27

einseitige Erklärung begründet werden kann oder ob es dazu einer Vereinbarung zwischen beiden Kaufvertragspartnern bedarf, mag auf sich beruhen (vgl. dazu Ballerstedt bei Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 459 Anm. 24). Die Tragweite einer Eigenschaftszusicherung nach § 463 Satz 1 BGB ist auf jeden Fall derartig groß, daß die Kläger, sofern die fragliche Äußerung wirklich in diesem Sinne gemeint gewesen wäre, allen Grund gehabt hätten, näher darzulegen, weshalb sie dann gleichwohl nicht in den schriftlichen Kaufvertrag vom 11. Dezember 1958 aufgenommen wurde, zumal da es in der Vertragsurkunde noch ausdrücklich hieß, die Verkäuferin hafte "nicht für sichtbare oder unsichtbare Sachmängel". Wenn in Ermangelung solchen Vorbringens das Berufungsgericht die Tatsache, daß der Notar von einer Beurkundung jener Erklärung des Erstbeklagten abgesehen hat, dahin würdigte, Schwammfreiheit sei nicht zugesichert worden, so ist das aus Rechtsgründen um so weniger zu beanstanden, als der Erstbeklagte bei dem Verkauf der Eigentumshälfte überhaupt nicht mit zu den Vertragschließenden gehörte, sondern nach den Eingangsworten der notariellen Urkunde lediglich seine ehemännliche Zustimmung gegeben hatte. Bei dieser Sachlage bestand für das Berufungsgericht kein Anlaß, in seinen Worten mehr zu erblicken als eine bloße Wissenserklärung; eine auf Gewährleistungsübernahme für Schwammfreiheit gerichtete Willenserklärung lag nicht vor (Urteile des Senats vom 21. November 1952, V ZR 158/51, LM BGB § 463 Nr. 1, und vom 6. Juli 1962, V ZR 68/61, S. 9 ff). Damit erledigen sich auch alle Folgerungen, welche die Revision, um eine Eigenschaftszusicherung darzutun, aus dem äußeren Hergang der notariellen Verhandlung, aus dem Verhalten des Maklers S. [REDACTED] und aus früheren Äußerungen zu ziehen versucht.

b) Eine Haftung der Zweitbeklagten wegen arglistigen Verschweigens gemäß § 463 Satz 2 BGB scheidet nach Ansicht des Berufungsgerichts ebenfalls aus: Daß sie bei Kaufabschluß den Schwammbefall gekannt oder zum mindesten einen dahingehenden Verdacht gehabt hätte, sei nicht erwiesen. Die Kläger behaupteten zwar eine solche Kenntnis, aber sie könnten keine Tatsachen angeben, aus denen sich ergebe, daß die Zweitbeklagte von dem Schwamm durch unmittelbare eigene Wahrnehmung an Ort und Stelle erfahren habe; ebensowenig lasse sich nach dem Beweisergebnis feststellen, daß ihr Ehemann sein eigenes Wissen von dem Schwammbefall ihr vermittelt habe (BU S. 11, 15 f).

Die Revision meint, diese Feststellungen stünden im Widerspruch zu den Aussagen der Zeugen S. [REDACTED] und Z. [REDACTED], wonach die Zweitbeklagte den Verhandlungen über den Verkauf des Hauses beigewohnt habe. Allein dies ist dem Berufungsrichter ersichtlich nicht entgangen, da er sie ausdrücklich als Verhandlungspartnerin bezeichnet (BU S. 17). Wieso aber die Zweitbeklagte, weil bei diesen Verhandlungen auch "von Schwamm gesprochen" wurde, zum mindesten einen Verdacht hegen mußte - so die Revision -, ist unerfindlich. Solche Erörterungen sind erfahrungsgemäß bei Kaufverhandlungen über ältere Gebäude nicht selten; aus ihnen brauchte daher die Zweitbeklagte kein Mißtrauen zu schöpfen, zumal da sie die Verwaltung vollständig ihrem Ehemann überlassen hatte und weder selbst in dem Hause wohnte noch seit 1948 darin gewesen war. Die eidesstattliche Versicherung des Architekten F. [REDACTED] vom 25. Mai 1960 in den Akten der einstweiligen Verfügung (1 Q 13/60) war dadurch überholt, daß Fritz in dem vorliegenden Rechtsstreit zweimal als Zeuge vernommen wurde; aus seinen Bekundungen ergibt sich laut trichterlicher

- Würdigung (BU S. 11) nichts Belastendes für die Zweitbeklagte; sich mit den früheren eidesstattlichen Versicherungen auseinanderzusetzen, war das Berufungsgericht entgegen der Meinung der Revision um so weniger verpflichtet, als der Erstkläger sich diese Schriftstücke zugegebenermaßen (Schriftsatz vom 12. März 1964, S. 7) in nicht unbedenklicher Weise beschafft hatte.

Frei von Rechtsirrtum ist die Ansicht, aus der Kenntnis des Erstbeklagten folge nicht, daß auch die Zweitbeklagte bei Vertragsabschluß den Schwammbefall gekannt oder einen entsprechenden Verdacht gehabt hätte. Für die Annahme, ihr Ehemann habe sie über alle Mängel des Hauses ins Bild gesetzt und sie habe von ihm insbesondere über den Schwamm genügend erfahren, fehlt es, wie das angefochtene Urteil darlegt, an einer ausreichenden tatsächlichen Grundlage: Hierfür genüge nicht, daß beide in ehelicher Gemeinschaft lebten; ob und inwieweit sich Eheleute in solchen Fällen gegenseitig unterrichteten, hänge von zahlreichen individuellen Umständen ab, so daß diese Frage nicht nach einem allgemeinen Erfahrungssatz beantwortet werden könne. Im vorliegenden Falle habe für die Zweitbeklagte kein erkennbarer besonderer Anlaß bestanden, ihren Ehemann nach etwaigen Mängeln des Hauses zu fragen; er habe zudem, wie auf Grund der Beweisaufnahme feststehe, den Schwammbefall auch Dritten gegenüber nicht wahrhaben wollen und offenbar kein Interesse daran gehabt, daß die Feuchtigkeitsschäden und vor allem ihre wahre Natur weiter bekannt würden.

Was die Revision gegen diese Erwägungen ins Feld führt, ist nicht stichhaltig. Daß die Beklagten miteinander verheiratet sind, daß der Hausanteil nicht dem

Erst-, sondern der Zweitbeklagten gehörte und daß der Mann diesen Anteil verwaltete; führte weder zu einer Umkehrung der Beweislast, noch kommen hier zugunsten der Kläger die Grundsätze über den Beweis des ersten Anscheins zum Zuge; denn selbst wenn man mit Rücksicht auf die angeführten Tatsachen das Vorliegen eines "typischen Geschehensablaufes" bejahen wollte, wäre dieser Anschein durch die besonderen Umstände, die im Urteil über das Verhalten des Erstbeklagten festgestellt worden sind, in einem solchen Maße entkräftet, daß die ernsthafte Möglichkeit eines abweichenden, "atypischen" Verlaufs nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. Urteil des Senats vom 8. Januar 1964, V ZR 5/62, NJW 1964, 764). Verheimlicht jemand acht Jahre lang den Schwammbefall eines von ihm verwalteten Hauses, will er trotz besseren Wissens die Art des Schadens nicht wahrhaben und macht er, von anderen darüber zur Rede gestellt, ausweichende Angaben ("kein Hausschwamm, nur Trockenfäule"), so liegt die Möglichkeit nicht aus der Welt, daß er auch die eigene Ehefrau im unklaren läßt und sich ihr gegenüber ebenfalls hinter Ausflüchten verschanzt. Daran braucht entgegen der Ansicht der Revision der Umstand nichts zu ändern, daß die Zweitbeklagte Miteigentümerin des Hauses war und der Erstbeklagte ihr in seiner Eigenschaft als Verwalter über alle Einzelheiten, insbesondere Art und Ursache der von ihm ausgeführten Instandsetzungsarbeiten, Auskunft erteilen mußte; denn möglicherweise fühlte er sich an dem Fortschreiten des Schädlingsbefalls nicht unschuldig und hatte aus diesem Grunde gerade gegenüber seiner Auftraggeberin ein schlechtes Gewissen, das ihn hinderte, die Wahrheit zu sagen. Ob die Beklagten, wie die Revision behauptet, nicht miteinander verfeindet waren und ob die Zweitbeklagte nicht so viele Häuser hatte, daß ihr der Überblick und das Interesse am einzelnen Grundstück verloren gehen konnte, spielt dabei keine Rolle.

df

Soweit die Revision die Feststellung rügt, daß die Zweitbeklagte das Haus seit 1948 nicht mehr betreten habe, und geltend macht, dies sei bestritten, entbehrt ihre Rüge der in § 554 Abs. 3 Nr. 2 b ZPO vorgeschriebenen Begründung, da nicht angegeben wird, an welcher Stelle der umfangreichen Akten sich das angebliche Bestreiten findet. In welcher Hinsicht das Berufungsgericht, wenn es einen besonderen Anlaß zu Fragen der Zweitbeklagten an ihren Ehemann vermißt, über den Vortrag der Beklagten hinausgegangen sein soll, hat die Revision nicht dargetan. Zu den "Dritten", denen der Schwammbefall verheimlicht wurde, rechnet der Berufungsrichter die beklagte Ehefrau ersichtlich nicht, aber er hat aus der Tatsache, daß anderen gegenüber mit der Wahrheit hinter dem Berge gehalten wurde, rechtsirrtumsfrei gefolgert, dies könne auch gegenüber der Zweitbeklagten geschehen sein.

2. Gegenstand weiterer Revisionsangriffe ist die Ansicht des Berufungsgerichts, die Zweitbeklagte hafte nicht für das schuldhafte Verhalten ihres Ehemannes und brauche sich insbesondere seine Kenntnis vom Schwammbefall nicht zurechnen zu lassen. Das angefochtene Urteil, das sich eingehend mit dieser Frage befaßt hat (S. 16-19), verneint zunächst die Anwendbarkeit des § 166 BGB, weil der Erstbeklagte seine Ehefrau weder bei Abschluß des Kaufvertrages vom 11. Dezember 1958 vertreten habe noch bei den vorausgehenden Verhandlungen ihr Bevollmächtigter gewesen sei; ferner sieht es den Erstbeklagten nicht als ihren Erfüllungsgehilfen an (§ 278 BGB); was schließlich den Erwerb der Erbanteile H. [REDACTED] durch die Kläger anbetreffe, so habe die Zweitbeklagte damit nichts zu tun gehabt.

Die Revision beanstandet die Verneinung eines Vertretungsverhältnisses. Nach ihrer Ansicht deuten die Gesamtumstände darauf hin, daß die Zweitbeklagte ihren Ehemann zum Verkauf des Grundstücks bevollmächtigt habe. Der notarielle Vertrag sei zwar von ihr persönlich abgeschlossen und unterzeichnet worden, aber das spreche keineswegs gegen die Vertretereigenschaft des Mannes, zumal da seitens der Frau außer dieser Unterschriftsleistung nichts geschehen sei; wenn der Erstbeklagte bei den Verkaufsgesprächen sich als maßgebliche Person "geriert" habe und wie ein Bevollmächtigter aufgetreten sei und wenn seine Frau dem nicht widersprochen und die Hausverwaltung ganz ihm überlassen habe, so liege darin eine Bevollmächtigung, für sie selbst Erklärungen abzugeben; deshalb müsse davon ausgegangen werden, daß der Ehemann spätestens von dem Zeitpunkt an, als die Zweitbeklagte zur Veräußerung ihres Anteils bereit gewesen sei, mindestens eine stillschweigende Verkaufsvollmacht gehabt habe. Bei diesen Einwendungen handelt es sich jedoch um unzulässige Angriffe gegen die Tatsachenwürdigung. Die angeführten Punkte sind im Urteil sämtlich berücksichtigt worden; das Berufungsgericht hat alles, was für und gegen Stellvertretung sprechen könnte, gegeneinander abgewogen und ist ohne erkennbaren Rechtsverstoß zu dem Ergebnis gelangt, der Erstbeklagte sei kein Bevollmächtigter seiner Ehefrau gewesen. Daß die Erteilung einer Vollmacht im vorliegenden Fall nicht formbedürftig war und sogar stillschweigend hätte erfolgen können, ist dem Berufungsrichter ersichtlich nicht entgangen. Ebensowenig war er gehindert, zur Rechtfertigung seines Standpunktes den Umstand heranzuziehen, daß die Zweitbeklagte den Kaufvertrag über ihren Hälfteanteil persönlich geschlossen und die Willenserklärungen als Verkäuferin selbst abge-

geben hat. Da sie an der notariellen Beurkundung vom 11. Dezember 1958 unmittelbar als Verhandlungspartnerin beteiligt war, nachdem sie, wie das Urteil gleichfalls feststellt, sich erst am selben Tage zur Veräußerung entschlossen hatte, würde zudem die Ansicht der Revision, mindestens mit diesem Entschluß sei ein Vertretungsverhältnis begründet worden, darauf hinauslaufen, daß die Zweitbeklagte innerhalb weniger Stunden zuerst einen Verkaufsbevollmächtigten bestellt, dann aber gleichwohl eigenhändig verkauft hätte; wozu es unter diesen Umständen der Vollmachtserteilung bedurfte, wäre nicht einzusehen.

Rechtlich bedenkenfrei sind auch die Urteilsausführungen über die vorhergehende Zeit, in der nach Ansicht des Berufungsgerichts der Erstbeklagte keine Verhandlungsvollmacht besaß. Mit ihrem Versuch, aus den Bekundungen der Zeugen Z [REDACTED] - der im übrigen zu diesem Punkt nichts ausgesagt hat - und S [REDACTED] gegenteilige Folgerungen zu ziehen, begibt sich die Revision auf das ihr verschlossene Gebiet der Tatsachen. Das gilt insbesondere von ihren Angriffen auf die Feststellung des angefochtenen Urteils, die Zweitbeklagte sei während der ganzen Verhandlungsdauer nicht geneigt gewesen, ihre Eigentumshälfte zu verkaufen, und habe ihre Einstellung erst am Tage der notariellen Beurkundung geändert. Etwas Gegenteiliges ergibt sich weder aus der Zeugenaussage S [REDACTED] vom 11. März 1960, die nicht erkennen läßt, daß bei den dort geschilderten Besprechungen über die Kaufpreishöhe auch die Zweitbeklagte zugegen gewesen sei, noch aus ihrer Verzichtserklärung vom 28. November 1958, die lediglich das Vorkaufsrecht an der anderen, im Eigentum der Erbengemeinschaft H [REDACTED] stehenden Grundstückshälfte betraf und daher

über eine Verkaufsbereitschaft hinsichtlich des eigenen Miteigentumsanteils nichts besagte. Das Fehlen dieser Bereitschaft konnte unter den hier gegebenen Umständen ohne Rechtsfehler als Beweisanzeichen dafür gewertet werden, die Zweitbeklagte habe ihrem Ehemann keine Vollmacht erteilt; daß der Berufungsrichter, wie die Revision ihm vorwirft, der Auffassung gewesen wäre, die Erteilung einer Verkaufsvollmacht setze grundsätzlich und in jedem Falle den Willen, zu verkaufen, voraus, geht aus dem Urteil nicht hervor.

Der als übergangen gerügte Beweis Antrag, "Triebfeder für den Verkauf des Hausgrundstücks" seien die Beklagten gewesen (Schriftsatz vom 17. Februar 1962, S. 11), war mangels Bestimmtheit unerheblich, da jede Angabe darüber fehlte, wann und wodurch sich die beklagte Ehefrau in diesem Sinne betätigt habe. Dafür, daß sie, wie die Revision geltend macht, durch ihre spätere Bereitschaft zum Verkauf "zu den vom beklagten Ehemann ausgehandelten Bedingungen" die Tätigkeit des Erstbeklagten nachträglich genehmigt habe und sich aus diesem Grunde seine Kenntnis vom Schwammbefall gemäß § 166 BGB zurechnen lassen müsse (unter Bezugnahme auf Palandt/Danckelmann, BGB 23. Aufl. § 166 Anm. 2 und Soergel/Siebert, BGB 9. Aufl. § 166 Anm. 2), ist in tatsächlicher Hinsicht nichts vorgetragen worden; ungeklärt bleibt insbesondere, welche Bedingungen der Erstbeklagte bei den früheren Verkaufsverhandlungen gestellt hat und inwieweit sie in den notariellen Vertrag vom 11. Dezember 1958 eingegangen sind; deshalb kann dahingestellt bleiben, ob eine Genehmigung, falls sie erwiesen wäre, sich nicht nur auf den beurkundeten Vertragsinhalt erstrecken würde, ohne die mündlichen Erklärungen des Erstbeklagten,

ihm sei von Schwamm nichts bekannt, mit einzuschließen. Soweit die Revision mit der Behauptung, seitens der Kläger sei darauf vertraut worden, daß er entsprechende Vollmachten habe, die Grundsätze über die Duldungs- oder Anscheinsvollmacht angewendet wissen möchte (vgl. dazu Soergel/Siebert aaO § 167 Anm. 12 ff), setzt sie sich in Widerspruch zu der Feststellung im angefochtenen Urteil (S. 17), die Kläger hätten gewußt, daß die Zweitbeklagte zu einem Verkauf ihrer Grundstückshälfte keineswegs bereit gewesen sei.

Eine Haftung der Zweitbeklagten aus § 278 BGB hat das Berufungsgericht aus dem Grunde verneint, weil sie zwar, nachdem sie sich zum Verkauf bereit erklärt hatte, den Klägern gegenüber zu redlichem Verhalten verpflichtet gewesen sei, sich aber zur Erfüllung dieser Verpflichtung nicht ihres Ehemannes bedient habe; gegen dessen Gehilfeneigenschaft spreche zunächst die Tatsache, daß ihm keine Verhandlungsvollmacht erteilt worden sei; außerdem stellt das Berufungsgericht darauf ab, daß die Zweitbeklagte sich gegenüber dem Zureden des Maklers S. [REDACTED] und ihres Ehemannes, sie möge ihren Anteil auf Rentenbasis verkaufen, bis zum Tage der Verkaufsbeurkundung ablehnend verhalten habe, und zieht daraus den Schluß, der Erstbeklagte habe eine Tätigkeit entfaltet, die unabhängig von dem Willen seiner Ehefrau und ihrem Einfluß entzogen gewesen sei. Diese Erwägungen lassen keinen Rechtsverstoß erkennen. Wenn die Revision einwendet, der Erstbeklagte habe eben doch Verhandlungsvollmacht gehabt, so trifft das, wie bereits dargelegt, nicht zu. Mangels Vollmacht kam es aber auch auf die unter Beweis gestellte Behauptung der Kläger nicht an, der Erstbeklagte habe mit ihnen als Vertreter seiner Ehefrau verhandelt (Schriftsatz vom 15. Juni 1961, S. 1 f).

Ohne Erfolg bekämpft die Revision den Standpunkt des Berufungsgerichts, die Zweitbeklagte hafte den Klägern nicht für den Schaden, der ihnen durch den Erwerb der Erbanteile Heipertz erwachsen ist. Daß sie, worauf auch in diesem Zusammenhang erneut abgehoben wird, persönlich den Schwammbefall gekannt habe, ist nicht erwiesen (vgl. oben zu Nr. 1). Ebensowenig kommt der § 831 BGB als Haftungsgrundlage in Betracht. Der Erstbeklagte ist, soweit er den Klägern bei der Ortsbesichtigung im Oktober falsche Angaben über seine eigene Kenntnis vom Schwammbefall gemacht hat, nicht als Verrichtungsgehilfe seiner Ehefrau tätig geworden. Diese hatte ihn zwar mit der Grundstücksverwaltung beauftragt. Aber der Auftrag schloß entgegen der Meinung der Revision einen Verkauf des Anwesens um so weniger ein, als die Auftraggeberin, wie sämtlichen Beteiligten bekannt war, eine Veräußerung ihrer Eigentumshälfte nicht wünschte. Wenn mithin der Erstbeklagte das Vorhandensein von Hausschwamm vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstößenden Weise verschwieg, so handelte er nicht "in Ausführung" der ihm übertragenen Verrichtung, sondern allenfalls "aus Anlaß" oder "bei Gelegenheit" derselben (Soergel/Siebert aaO § 831 Anm. 16).

3. Die Revision wendet sich schließlich dagegen, daß das Berufungsgericht eine Schadensersatzpflicht beider Beklagter hinsichtlich des restlichen Erbanteils H [REDACTED] in Höhe von $\frac{1}{7}$ (= $\frac{1}{14}$ Miteigentum am Grundstück) verneint hat. Hierzu heißt es in der Urteilsbegründung, die Kläger hätten noch im Dezember 1958 von dem Schwammbefall erfahren, aber die restlichen Anteile erst später, nämlich durch Verträge vom 13. Mai und 21. Oktober 1959 erworben.

Soweit die Revision dem entgegenhält, offenbar erstreckte das Berufungsgericht irrigerweise die Vorschriften über Sachmängelhaftung (§ 460 BGB) auf die Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung (§ 826 BGB), verkennt sie den Gedankengang des Urteils. Dieses stellt nicht auf § 460 BGB ab, sondern vermißt insoweit den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Erstbeklagten und dem eingetretenen Schaden: da die Kläger, als sie die restlichen Erbanteile erwarben, vom Schwammbefall bereits Kenntnis hatten, konnten sie nicht mehr durch arglistiges Verschweigen getäuscht werden. Das ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

Die Entscheidung wird ferner nicht durch den Einwand der Revision in Frage gestellt, daß die Kläger - was auch den Beklagten bekannt gewesen sei - das ganze Grundstück erwerben wollten und daß ihnen nunmehr nichts anderes übrig geblieben sei, trotz Kenntnis des Schwammbefalls auch den noch ausstehenden 1/14-Anteil zu kaufen. Der Klage konnte hinsichtlich dieses Restanteils schon deshalb nicht stattgegeben werden, weil zu der Zeit, als die beiden letzten Erwerbsverträge zustandekamen, kein arglistiges Verschweigen mehr vorlag. Das hindert indessen die Kläger nicht, auch insoweit einen Schaden geltend zu machen, sofern er durch die vorausgegangenen Täuschungen adäquat verursacht worden ist.

IV.

Das Berufungsurteil hält somit den Angriffen, die vom Erstbeklagten und von den Klägern erhoben werden, stand. Da es zur Hauptsache auch keinen sonstigen, von Amts wegen zu beachtenden Rechtsfehler erkennen läßt, müssen beide

Revisionen zurückgewiesen werden. Jedoch bedarf die Kostenentscheidung, soweit sie die Kosten des zweiten Rechtszuges betrifft, einer Berichtigung. Das Oberlandesgericht hat einerseits übersehen, daß die Kläger dem Erstbeklagten gegenüber nur in Höhe von 1/14 unterlegen sind; deshalb durften ihnen nicht 9/14, sondern lediglich 8/14 (= 4/7) der Gerichtskosten und der eigenen außergerichtlichen Kosten auferlegt werden. Andererseits war es nicht richtig, den Erstbeklagten, der in Höhe von 1/14 obgesiegt hat, mit seinen gesamten außergerichtlichen Kosten zu belasten; er hat davon bloß 13/14 zu tragen, während die restlichen 1/14 den Klägern zur Last fallen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens beruht auf den §§ 92, 97, 100 ZPO.

Dr. Augustin

Dr. Piepenbrock

Rothe

Mattern

Dr. Grell