

V. ZR 178/63

Verkündet

am 10. April 1963

Hirth,

Justizangestellter

als Urkundsbeamter

der Geschäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

der Ehefrau Maria S. [REDACTED] geb. M. [REDACTED] in E. [REDACTED]
([REDACTED]), B. [REDACTED] gasse [REDACTED],

Beklagten und Revisionsklägerin,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

die Betriebsassistenteneheleute Karl und Martha S. [REDACTED]
in S. [REDACTED], G. [REDACTED] straße [REDACTED],

Kläger und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs
auf die mündliche Verhandlung vom 3. April 1963 unter Mit-
wirkung der Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe,
Dr. Freitag und Dr. Mattern

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats
des Oberlandesgerichts Nürnberg vom 6. Juni 1961 wird
auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Kläger verkauften durch notariellen Vertrag vom 21. Juli 1958 ihr Gastwirtschaftsanwesen in E [REDACTED], B [REDACTED]gasse [REDACTED], an die Beklagte zum Preise von 71 500 DM. Wegen des Kaufpreises unterwarf sich die Beklagte der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde. Unter III des Vertrages ist bestimmt, daß der Verkäufer für bauliche Beschaffenheit keine Gewähr leiste. Den Klägern steht nach dem Kaufvertrag noch eine Kaufpreisrestforderung zu in Höhe von 15 000 DM zuzüglich 2,55 DM Zustellungskosten sowie Zinsen zu jährlich 5 % seit 1. September 1958 aus 10 000 DM und seit 26. Juli 1959 aus 15 000 DM gegen die Beklagten. Am 29. Dezember 1959 wurde auf Antrag der Kläger im Wege der Zwangsvollstreckung eine Sicherungshypothek über 15 002,55 DM auf dem Grundstück der Beklagten in W [REDACTED], W [REDACTED]straße [REDACTED], eingetragen.

Die Kläger haben beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung aus der genannten Hypothek nebst Zinsen in das mit ihr belastete Grundstück zu dulden. Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat gegen die restliche Kaufpreisforderung mit einer Schadensersatzforderung aufgerechnet und ausgeführt: Das von ihr gekaufte Grundstück sei mit dem Hausschwamm behaftet, dessen Beseitigung mindestens den geschuldeten Restbetrag ausmache, wenn nicht übersteige. Diesen erheblichen Mangel hätten die Kläger der Beklagten arglistig verschwiegen. Bereits im Frühjahr 1958 hätten zwischen den Klägern und einem gewissen B [REDACTED] unter Zuziehung des Immobilienmaklers Be [REDACTED] aus F [REDACTED] Kaufverhandlungen stattgefunden. Bei der Besichtigung des Hauses seien im Keller und Erdgeschoß Flecken und ähnliche Spuren festgestellt worden, die den Verdacht auf Hausschwamm hätten aufkommen lassen. Be [REDACTED] habe darauf den Kläger gefragt, ob dies Schwamm sei, was dieser ausdrücklich verneint habe. Vor der Verbriefung des Kaufvertrags vom 21. Juli 1958 habe

- 3 -

Be [REDACTED] den Kläger nochmals gefragt, ob er zu seinem Wort stehe, daß kein Hausschwamm vorhanden sei. Der Kläger habe dies bejaht. Er hätte jedoch als gelernter Maurer die Flecken als Zeichen für Hausschwamm erkennen müssen. Tatsächlich liege auch Hausschwamm vor, wie sich aus dem vorgelegten Gutachten der Bayerischen Landesgewerbeanstalt vom 31. Oktober 1958 ergebe, das sich auf Holzteile bezieht, die am 29. Oktober 1958 entnommen worden seien.

Die Kläger haben erwidert:

Sie hätten beim Verkauf des Anwesens keine Kenntnis davon gehabt, daß einzelne Holzteile geringfügig mit Hausschwamm befallen seien. Bei der Besichtigung des Anwesens anlässlich der Kaufverhandlungen mit B [REDACTED] habe der Kläger Be [REDACTED] darauf hingewiesen, daß der untere Türrahmen und auch teilweise die Tür sowie der Fußboden rechts von der Tür etwas vermorscht seien und daß sich im Bierkeller eine Vertiefung befinde, aus der etwa alle 14 Tage das Wasser ausgeschöpft werden müsse. Es sei richtig, daß auch Flecken an den Wänden bemerkt wurden. Als Be [REDACTED] gefragt habe, woher die Flecken kämen, habe der Kläger erklärt, daß er dies nicht wisse. Die Kläger wüßten auch nichts davon, daß Be [REDACTED] sie vor der Verbriefung nochmals gefragt habe, ob Hausschwamm vorliege. Auch der Sachverständige Heindl von der Bayerischen Hypotheken- und Wechselbank in M [REDACTED] habe trotz genauer Untersuchung des Anwesens keinen Hausschwamm vermutet. Der Kläger habe nicht das Maurer-, sondern das Schlosserhandwerk erlernt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten hatte keinen Erfolg. Sie hat in der Berufungsinstanz insbesondere noch Beweis für ihre von den Klägern bestrittene Behauptung angeboten, daß der Kläger vor dem Verkauf auf die Frage des von der Beklagten beauf-



tragten Maklers, des bereits vernommenen Zeugen Be..., warum die Wände in einem der Gaststättenräume mit Holzplatten verkleidet seien, geantwortet habe, das sei geschehen, weil die Wand Flecken habe und um zu verhindern, daß andere auf den Gedanken kommen könnten, es handle sich um Schwamm.

Mit der Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter. Die Kläger bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Der Berufungsrichter beurteilt die vorliegende Klage zutreffend als die der Verwirklichung des Rechts aus der Zwangshypothek nach § 1147 BGB dienende sogenannte dingliche Klage.

Es ist streitig, ob es eines besonderen Duldungstitels zum Betrieb der dinglichen Vollstreckung aus der Zwangshypothek bedarf oder ob der persönliche Schuldtitle in Verbindung mit der Zwangshypothek ausreicht, um den durch die Hypothek erlangten Rang in der Verwertung zu wahren (aus neuerer Zeit beispielsweise im ersteren Sinn OLG Köln 2. ZS NJW 1961, 370; im letzteren Sinn OLG Köln 4. ZS NJW 1960, 440 mit Nachweisen). Das Berufungsgericht ist der von ihm als herrschend bezeichneten, die Notwendigkeit eines besonderen Titels bejahenden Auffassung beigetreten (RGZ 76, 116). Hilfsweise führt es aus, zumindest sei das Rechtsschutzinteresse für die erhobene dingliche Klage deswegen gegeben, weil der Kläger, würde er allein aus dem persönlichen Titel betreiben, beim Versteigerungsrichter mit der Anwendung der herrschenden Meinung rechnen müßte, die insbesondere auch von den Kommentatoren des Zwangsversteigerungs-

gesetzes vertreten werde (ähnlich OLG Oldenburg NJW 1955, 635; OLG Kiel JW 1934, 1193; OLG Köln NJW 1960, 440).

Einer Stellungnahme zu dieser Begründung für die Zulässigkeit der dinglichen Klage im vorliegenden Fall bedarf es nicht, da die Zulässigkeit unter einem anderen Gesichtspunkt auch dann zu bejahen ist, wenn grundsätzlich die Erwirkung eines besonders dinglichen Titels für die Vollstreckung aus der Zwangshypothek entbehrlich sein sollte.

Die Zwangshypothek ist eingetragen worden auf Grund einer vollstreckbaren Urkunde im Sinn des § 794 Nr. 5 ZPO. Einwendungen, die den vollstreckbar gemachten Anspruch betreffen, sind sogar ohne die Beschränkungen des § 767 Abs. 2 ZPO also ohne Rücksicht auf die Möglichkeit früherer Geltendmachung zulässig. Die Beklagte erhebt gegen das Bestehen der Forderung, die durch die Zwangshypothek gesichert ist, Einwendungen, insbesondere bezeichnet sie sie als durch Aufrechnung getilgt. Hält man einen besonderen Duldungstitel für die Vollstreckung aus der Zwangshypothek nicht für erforderlich, so muß die Rechtslage so angesehen werden, als hätte hier der persönliche Schuldner (die Beklagte) sich der Duldung der Zwangsvollstreckung aus der Hypothek nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO unterworfen. Die Einwendungen der Beklagten richten sich, da die Hypothek eine vom Bestehen der Forderung abhängige Sicherungshypothek ist (§ 1184 Abs. 1 BGB) notwendigerweise zugleich gegen die Zulässigkeit der Vollstreckung aus der Hypothek, gegen den nach der hier als richtig unterstellten Rechtsauffassung bereits vollstreckbaren dinglichen Anspruch. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, daß dem Gläubiger, der für seinen Anspruch einen Vollstreckungstitel bereits hat, die Erhebung einer Klage nicht verwehrt sein kann, wenn der Schuldner gegen die vollstreckbare Forderung Einwendungen erhebt und mit einer Voll-

streckungsklage zu rechnen ist (BGH Urt. v. 23. Februar 1961 II ZR 250/58 WM 1961, 508; s. auch Urteil des erkennenden Senats vom 3. April 1957 V ZR 111/56 LM ZPO § 325 Nr. 7 und BGHZ 36, 11, 14). Dieser Fall ist hier gegeben. Die Beklagte will nicht etwa die Klage abgewiesen sehen, weil sie bereit ist, der Vollstreckung aus der Hypothek ihren Lauf zu lassen. Das Rechtsschutzinteresse für die Klage kann bei dieser Sachlage nicht verneint werden.

II.

Keine Bedenken bestehen gegen die Auffassung des Berufungsgerichts, daß trotz des Vorliegens eines Vollstreckungstitels für die persönliche Forderung und der Möglichkeit einer Vollstreckungsgegenklage gegen diesen Titel der Schuldner, hier die Beklagte, dem aus der Hypothek dinglich klagenden Gläubiger (den Klägern) die gegen die persönliche Forderung bestehenden Einwendungen entgegenhalten kann (§ 1184 BGB; §§ 767, 797 Abs. 4 ZPO). Der Berufungsrichter hat also mit Recht geprüft, ob die durch die Hypothek gesicherte Forderung besteht.

1. Der Berufungsrichter führt zunächst aus, die Beklagte mache eine Schadensersatzforderung nicht mit der Begründung geltend, die Freiheit von Hausschwamm sei von den Klägern zugesichert worden. Es sei zwar im ersten Rechtszuge von der Beklagten behauptet und von dem Zeugen Makler Be [REDACTED] ausgesagt worden, noch in den Räumen des Notariats vor der Verhandlung mit dem Notar und der eigentlichen Verbriefung habe der Kläger auf die Frage des Zeugen, ob er dazu stehe, daß das Haus frei von Hausschwamm sei, dies nochmals bejaht. Zu einer Zusicherung im Sinn des § 463 Satz 1 BGB sei es jedoch nicht gekommen. Eine solche Zusicherung hätte eine rechtsgeschäftliche Verpflichtungserklärung sein müssen, sie müsse

vom Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise abgegeben werden. Zwar wäre, meint der Berufungsrichter, der Mangel der nach § 313 BGB erforderlichen Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung der vertragsmäßigen Zusicherung durch die Auflassung und Eintragung geheilt. Es enthalte der notarielle Vertrag jedoch die gegenteilige Bestimmung, nämlich daß für bauliche Beschaffenheit der Verkäufer keine Gewähr leiste, so daß die Kläger eine rechtsgeschäftliche Zusicherung nicht abgegeben hätten.

Die Revision beanstandet hierzu, der Berufungsrichter habe zu Unrecht angenommen, daß die Beklagte ihren zur Aufrechnung benützten Schadensersatzanspruch nicht auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft gestützt habe. Diese Rüge ist gegenstandslos, weil der Berufungsrichter nicht etwa eine Prüfung dieses Gesichtspunktes abgelehnt, sondern den Prozeßstoff dahin gewürdigt hat, daß es zu einer Zusicherung im Sinn des § 463 Satz 1 BGB nicht gekommen sei. Diese Würdigung läßt im Gegensatz zu der Auffassung der Revision auch keinen Rechtsfehler erkennen. Allerdings hat der Zeuge Be [REDACTED] nach seinen Bekundungen bei einer früheren Besichtigung für andere Kaufinteressenten anlässlich einer faulenden Tür den Kläger gefragt, ob das Hausschwamm sei und die Antwort erhalten, es sei nur gewöhnliche Holzfäule. Außerdem hatte sich in den Notariatsräumen dem Makler gegenüber der Kläger auf dessen Frage nochmals in der vom Berufungsrichter angeführten Weise geäußert. Es kann auch von Parteien eines Vertrages ein anderer Vertragsinhalt gewollt sein, als im notariellen Kaufvertrag beurkundet ist. Das trifft insbesondere zu, wenn beide Parteien ein Interesse an der von der wirklichen Abrede abweichenden Beurkundung haben, wie dies nicht selten bei unrichtiger Beurkundung des Kaufpreises der Fall ist, oder doch eine Partei mit Wissen der anderen ein solches Interesse hat. Wenn hier die Beklagte als Käuferin es zugelassen hat, daß trotz ihres bekundeten

Interesses an der Freiheit von Hausschwamm im beurkundeten Vertrag die Haftung für die bauliche Beschaffenheit ausgeschlossen wurde, obwohl nicht einzusehen ist, welches Hindernis entgegengestanden haben sollte, für die Freiheit von Hausschwamm eine Ausnahme zu machen, so kann auch bei Beurteilung des Sachverhaltes unter dem von der Revision hervorgehobenen Gesichtspunkt von Treu und Glauben eine vertragsmäßige Zusicherung nicht bejaht werden. Daß der Käufer möglicherweise im Vertrauen auf die vor der Beurkundung abgegebene Erklärung des Verkäufers geglaubt hat, durch den Ausschluß der Mängelhaftung keine Gefahr zu laufen, reicht für die Bejahung nicht aus. Es kann dies auch nicht als unbilliges Ergebnis betrachtet werden, da es gerade einer der Zwecke für die gesetzliche Formvorschrift ist, den Parteiwillen klar und leicht beweisbar festzuhalten, und dem Vertragsteil, der an einer für ihn günstigen Vertragsabrede interessiert ist, zugemutet werden muß, daß er auf ihre Beurkundung hinwirkt. Dies gilt umso mehr, als das Gesetz hier dem Käufer den bei Fehlen einer vertragsmäßig zugesicherten Eigenschaft gewährten Schadensersatzanspruch auch bei arglistigem Verschweigen eines Fehlers durch den Verkäufer zubilligt.

2. Auch Minderung mache, führt der Berufungsrichter weiter aus, die Beklagte nicht geltend. Sie habe zwar nach Mitteilung des auf Feststellung des Hausschwammes in den Proben lautenden Untersuchungsbefundes der Bayerischen Landesgewerbeanstalt den Klägern Anzeige gemacht und einen Nachlaß am Kaufpreis verlangt, hierzu sei es aber wegen der Ablehnung dieses Verlangens durch die Kläger nicht gekommen. Auch im Rechtsstreit selbst habe die Beklagte weder Minderung verlangt noch die entsprechende Einrede aus § 478 BGB erhoben. Wenn die Revision hierzu rügt, der Berufungsrichter habe auch ohne ausdrückliche Berufung der Beklagten auf Minderung deren Anträge unter diesem Gesichtspunkt würdigen müssen, so scheitert die Rüge schon daran, daß die Beklagte keine Ausführungen

über den Wert des Kaufgegenstandes in mangelfreiem und mangelhaftem Zustande gemacht hat. Es fehlt schon an einer nach § 472 BGB schlüssigen Darlegung des Minderungsanspruchs.

3. a) Auch die Voraussetzungen des allein mit der Berufung verfolgten Schadensersatzanspruches aus § 463 Satz 2 BGB wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels, führt der Berufungsrichter abschließend aus, seien nicht bewiesen. Es könne dabei entsprechend dem Beweisangebot der Beklagten im zweiten Rechtszug unterstellt werden, daß der Kläger auf die Frage des Zeugen Be●●●, warum die Wand in einem der Räume der Gaststätte mit Holz verkleidet sei, geantwortet habe, das sei geschehen, weil die Wand Flecken habe, und um zu verhindern, daß andere auf den Gedanken kommen könnten, es handle sich um Schwamm. Auch wenn der Zeuge, - entgegen seiner Aussage im ersten Rechtszug, wo er angegeben hatte, der Kläger habe gesagt: "um die Wände wegen der Nässe zu verdecken" - die nunmehr behauptete Antwort bekunden würde, wäre damit, meint der Berufungsrichter, nicht bewiesen, daß der Kläger selbst dort Hausschwamm vermutet oder mit solchem gerechnet habe. Zwar habe nach der Bekundung des Zeugen Be●●● bei dem Gespräch anlässlich der Besichtigung des Hauses über die dem Zeugen verdächtig erscheinenden Holzteile an der Kellertüre und wegen der Flecken an den Wänden des feuchten Kellers der Kläger verneint, daß Hausschwamm vorliege. Bei der geringen Auswirkung der Erscheinungen an der Tür wäre es aber, erwägt der Berufungsrichter weiter, dem Kläger, hätte er wirklich gewußt oder auch nur den Verdacht gehabt, daß das Hausschwamm sei, es ein leichtes gewesen, diese Holzteile vorher zu erneuern, wenn er etwas hätte verschweigen wollen, als er das Haus zum Verkauf anbot. Es sei der beeidigten Aussage des Klägers durchaus Glauben zu schenken, daß er von Hausschwamm nichts gewußt habe und auch nicht auf den Gedanken gekommen sei, der

Kellergeruch könne von Hausschwamm herrühren. Wegen der Wandflecken habe sich der Kläger bei dem Baumeister, der das Haus umgebaut habe, erkundigt und die Auskunft erhalten, die alten Sandsteine der Wand zögen die Feuchtigkeit an. Der Keller sei auch nach der Bekundung des Zeugen Be [REDACTED] feucht gewesen, an einer Stelle habe sich immer wieder in einer Vertiefung Wasser gesammelt. Das Haus sei auch schon mehrere hundert Jahre alt. Die Feuchtigkeit erscheine plausiblerweise als harmlos. Auch die Beklagte habe nicht vorgetragen, daß es sich bei den feuchten Wandstellen um Schwamm handle. Die Glaubwürdigkeit des Klägers werde weiter dadurch gestützt, daß das Gutachten der Landesgewerbekammer den Hausschwamm als sehr jung bezeichne, während umgekehrt das (von der Beklagten beantragte) Gutachten eines Sachverständigen darüber, daß der Schwamm bereits in der Zeit, als die Kläger noch Eigentümer des Anwesens waren, vorhanden gewesen sei, die Kenntnis der Kläger vom Hausschwamm nicht beweisen könnte.

b) Die Revision beanstandet unter dem Gesichtspunkt des § 286 ZPO, daß der Berufungsrichter bei der vorstehenden Beweiswürdigung die Bekundung des Zeugen Be [REDACTED] nicht verwertet habe, die Klägerin sei bei der in den Räumen des Notariats gestellten Frage nach dem Hausschwamm ziemlich aufgeregt gewesen, da sie geglaubt habe, daß ebenso wie mit dem vorherigen Käufer B [REDACTED] die Bezahlung des Kaufpreises wieder nicht klappe. Die Rüge ist unbegründet, da diese Besorgnis sich nicht auf eine Nichtbezahlung des Kaufpreises wegen Schwammes oder Schwammverdachts bezog, sondern auf die finanzielle Leistungsfähigkeit, an der es bei dem früheren Käufer Beer gefehlt hatte (Schriftsatz der Kläger vom 5. April 1960 S. 2 Bl. 10 GA). Das geht aus der folgenden Bekundung des Zeugen Be [REDACTED] hervor, die Bedenken seien aber bei der Beklagten nicht begründet gewesen.

Die Revision weist darauf hin, daß der Schadensersatzanspruch nicht nur bei arglistigem Verschweigen des Vorliegens des echten Hausschwammes, sondern auch bei anderen ähnlichen Zuständen, z.B. der Trockenfäule und bei Verschweigen objektiven Schwammverdachts bestehe. Allein nach der eigenen Behauptung der Beklagten handelte es sich eben um den echten Hausschwamm, und einen Hinweis auf die Möglichkeit des Bestehens eines anderen ähnlichen Zustands hatte der Kläger durch die Erwähnung der nach seiner Meinung bestehenden Holzfäule gegeben. Daß dem Kläger ein etwa objektiv bestehender Schwammverdacht bekannt gewesen wäre, ist nicht dargetan. Das Ergebnis der Erkundigungen des Klägers bei dem mit dem Umbau betrauten Baumeister, der das Haus kennen mußte, sprach nach der Feststellung des Berufungsrichters gegen das Vorhandensein von Hausschwamm. Ob der Kläger, wenn er nicht Fachmann war, positiv behaupten durfte, es handle sich nicht um Hausschwamm, ist für die Frage des arglistigen Verschweigens nicht entscheidend, dieses lag vielmehr nicht vor, wenn, wie der Berufungsrichter in der dem Angriff der Revision entzogenen Beweiswürdigung feststellt, der Kläger weder gewußt noch damit gerechnet hat, daß Hausschwamm vorliege. Auch ein Unterdrücken oder Vorenthalten von Zweifeln, das, wie die Revision richtig bemerkt (BGB RGRK 11. Aufl. § 460 Anm. 7 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung), arglistig sein kann, liegt bei dieser tatrichterlichen Feststellung nicht vor. Daß der Kläger vorge spiegelt hätte, er sei gelernter Maurer, oder auch nur den in dieser Richtung entstandenen Irrtum des Zeugen Begekannt und nicht beseitigt hätte, behauptet die Beklagte selbst nicht. Inwiefern die Erwägung des Berufungsrichters über das geringe Alter des Hausschwammes einen Verstoß gegen § 286 ZPO darstellen soll, ist nicht ersichtlich. Auch wenn der Hausschwamm schon während des Eigentums der Kläger bestand, bleibt davon doch die Erwägung des Berufungsrichters unberührt, daß die Kenntnis der Kläger vom Hausschwamm weniger wahrscheinlich ist, wenn dieser erst kurz, als wenn

er schon lange besteht. Ebenso/^{wenig} ist rechtlich zu beanstanden die Ausführung des Berufungsrichters über die Unbehelflichkeit eines Gutachtens für die Feststellung der Kenntnis oder des Verdachtes des Bestehens des Hausschwamms bei den Klägern.

4. Die Beklagte hatte im ersten Rechtszug - Schriftsatz vom 22. März 1960, S. 6 - vorgetragen, das Verhalten des Klägers stelle eine arglistige Täuschung der Beklagten über eine wesentliche Eigenschaft des Anwesens dar, umso mehr, als der Kläger von Beruf gelernter Maurer sei, und im Schriftsatz vom 6. Mai 1960, S. 3, hat die Beklagte ausgeführt, die Kläger hätten die Beklagte über einen wesentlichen Umstand beim Erwerb des Hauses arglistig getäuscht. Die Anfechtung der Beklagten erfolge daher zu Recht, ebenso die geltend gemachte Aufrechnung.

Ob vor oder während des Rechtsstreits eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung durch die Beklagte gegenüber den Klägern vorgenommen worden ist, brauchte der Berufungsrichter jedoch trotz dieses Vortrags im Gegensatz zu der Auffassung der Revision nicht näher zu untersuchen und er hatte auch keine Pflicht, wie die Revision meint, die Beklagte zu einer eindeutigen Stellungnahme aufzufordern, da bei Zugrundelegung der Feststellungen des Tatrichters eine arglistige Täuschung durch die Kläger ebensowenig wie ein arglistiges Verschweigen vorliegt. Die Beklagte war auf die Anfechtung auch im zweiten Rechtszug nicht mehr zurückgekommen. Erst recht war angesichts der Beweismwürdigung zu der Frage des arglistigen Verschweigens der Berufungsrichter nicht gehalten, ausdrücklich auszusprechen, daß auch ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2 BGB mit § 263 StGB) der Beklagten nicht zusteht, oder Ausführungen über diese Frage durch die Beklagte herbeizuführen (§ 139 ZPO).

Nach alledem hat der Berufungsrichter der Berufung mit Recht keine Folge gegeben. Die Revision erweist sich, auch soweit das Berufungsurteil von Amts wegen auf richtige Anwendung des sachlichen Rechtes nachzuprüfen war, als unbegründet. Sie war mit der Kostenfolge des § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin Schuster Rothe

Dr. Freitag Dr. Mattern