

Verkündet am 9. März 1960
Hirth, Justizangestellter
als Urkundsbeamter der Ge-
schäftsstelle

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

In dem Rechtsstreit

des Kaufmanns Uriel H. [REDACTED] in B. [REDACTED]
[REDACTED], L. [REDACTED]-Ufer [REDACTED],

Klägers, Berufungsbeklagten und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. [REDACTED] -

gegen

1. den Monteur Hans P. [REDACTED] in M. [REDACTED], C. [REDACTED] (USA),
W. [REDACTED]-Avenue [REDACTED], vertreten durch den Genealogen Joachim-
Friedrich M. [REDACTED] in B. [REDACTED], Z. [REDACTED]straße [REDACTED], als General-
bevollmächtigten,
2. den Rechtsanwalt und Notar Dr. Georg D. [REDACTED] in
B. [REDACTED], K. [REDACTED],

Beklagte, Berufungskläger und
Revisionsbeklagte,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt Prof. Dr. [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die mündli-
che Verhandlung vom 9. März 1960 unter Mitwirkung des Senats-
präsidenten Dr. Tasche und der Bundesrichter Dr. Augustin,
Dr. Rothe, Dr. Freitag und Offterdinger für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
4. Zivilsenats des Kammergerichts in Berlin vom 30. Ok-
tober 1958 im Kostenpunkt, soweit es die am Revisions-
verfahren beteiligten Parteien betrifft, und insoweit
aufgehoben, als darin über den Antrag des Klägers, den
Beklagten Dr. D. [REDACTED] zur Zahlung von 2 000 DM nebst
4 1/2 % Zinsen seit 1. Januar 1956 zu verurteilen, ent-
schieden worden ist. In diesem Umfang wird die Sache

zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Von den bisherigen Kosten aller drei Instanzen trägt der Kläger die gesamten außergerichtlichen Kosten des Beklagten P., ferner 15/17 der Gerichtskosten und seiner eigenen außergerichtlichen Kosten. Die Entscheidung über die restlichen Kosten des Rechtsstreits wird dem Berufungsgericht übertragen.

Von Rechts wegen

- 3 -

Tatbestand:

Der (jetzige) Zweitbeklagte Dr. D. [REDACTED] war von 1949 bis August 1953 Nachlaßpfleger für die unbekannten Erben der Witwe Mia L. [REDACTED] geb. P. [REDACTED]. Zum Nachlaß gehörte u.a. das Grundstück N. [REDACTED]straße [REDACTED] in B. [REDACTED], das mit einem im Jahre 1895 errichteten fünfstöckigen Miethaus bebaut ist; das Gebäude war im letzten Krieg erheblich beschädigt worden. Während seiner Tätigkeit als Nachlaßpfleger ließ der Zweitbeklagte daran Instandsetzungsarbeiten vornehmen, wobei er zu seiner Beratung wiederholt den Architekten Horst R. [REDACTED] hinzuzog. Alleinerbe der Mia L. [REDACTED] war der in Amerika wohnende Erstbeklagte Hans P. [REDACTED] geworden; das stellte sich 1953 heraus, und daraufhin wurde die Nachlaßpflegschaft aufgehoben. Im Auftrage des Erstbeklagten verwaltete in der Folgezeit der Zweitbeklagte zusammen mit dem Vater des Horst R. [REDACTED] das Hausgrundstück weiter.

Am 25. November 1954 verkaufte der Erstbeklagte, der hierbei durch Horst R. [REDACTED] vertreten wurde, das Grundstück N. [REDACTED]straße [REDACTED] an den Kläger und ließ es ihm auf. Der Kaufvertrag wurde von dem Zweitbeklagten in seiner Eigenschaft als Notar beurkundet. Einen Kaufpreisteil von 15 000 DM erhielt der Kläger bis Ende 1957 gestundet; er bestellte in dieser Höhe dem Erstbeklagten eine Restkaufgeldhypothek und unterwarf sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Kaufvertragsurkunde. Gemäß § 3 Abs. 1 des Vertrages wurde das Grundstück verkauft "wie es steht und liegt, ohne Gewährleistung für irgendwelche Mängel, Beschaffenheit und Größe"; § 3 Abs. 2 lautete:

"Dem Käufer ist bekannt, daß im Quergebäude des Grundstücks - rechts im Erdgeschoß - Verdacht auf Schwamm bestehen könnte. Von weiteren verdächtigen Stellen ist dem Verkäufer nichts bekannt".

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



Nachdem der Kläger das Grundstück erworben hatte, stellte er fest, daß es an mehreren Stellen von Schwamm befallen war; in verschiedenen Wohnungen wurde echter Hausschwamm ermittelt. Der Kläger hat die Schäden beseitigen lassen. Nach seiner Behauptung hat er dafür insgesamt 61 989,51 DM aufgewendet. Er verlangt aus diesem Grunde Schadensersatz und hat mit einem entsprechenden Teil seines Anspruchs gegen die Restkaufgeldforderung des Erstbeklagten aufgerechnet. Zur Begründung macht er geltend, R. [REDACTED] habe bei Kaufabschluß den umfangreichen Schwammbefall - von dem er gewußt habe, daß er sich keineswegs auf die in § 3 Abs. 2 des Vertrages bezeichnete Stelle beschränkte - arglistig verschwiegen; für dieses Verhalten seines Bevollmächtigten müsse der Erstbeklagte als Verkäufer einstehen. Auch dem Zweitbeklagten sei infolge seiner langjährigen Grundstücksverwaltung der mangelhafte Zustand des Gebäudes bekannt gewesen, so daß er die wahrheitswidrige Erklärung R. [REDACTED] nicht hätte beurkunden dürfen. Mit der Klage hat der Kläger vom Erstbeklagten Umschreibung der Restkaufgeldhypothek in eine Eigentümergrundschuld sowie Herausgabe des Hypothekenbriefes und der vollstreckbaren Kaufvertragsurkunde begehrt; er hat ferner beantragt, die Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde für unzulässig zu erklären. Außerdem hat er den Erstbeklagten, den Zweitbeklagten und Rutkowski auf Zahlung eines weiteren Schadens-Teilbetrages von 2 000 DM nebst Zinsen in Anspruch genommen und demgemäß um Verurteilung der drei Genannten als Gesamtschuldner gebeten. Die Beklagten bestreiten, daß der Zweitbeklagte und R. [REDACTED] bei Vertragsabschluß Kenntnis von dem Schwammvorkommen oder auch nur einen dahingehenden Verdacht gehabt hätten; soweit sich in früheren Jahren Schwamm im Hause gezeigt habe, seien sie der Überzeugung gewesen, daß durch die damaligen Instandsetzungsarbeiten sämtliche Schäden, mit Ausnahme allenfalls der im Vertrag ausdrücklich genannten Stelle, restlos beseitigt worden seien.

Das Landgericht hat den Klageanspruch gegen alle drei Beklagten dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, das Kammergericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision verfolgt der Kläger seine bisherigen Anträge gegen den Erstbeklagten und den Zweitbeklagten (nicht gegen R [REDACTED]) weiter. Die beiden Revisionsbeklagten bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Entscheidungsgründe:

I.

Eine Haftung des Erstbeklagten P [REDACTED] als Grundstücksverkäufer kann wegen des in § 3 Abs. 1 des Kaufvertrages vereinbarten Ausschlusses aller Gewährleistungsansprüche (§§ 459 ff BGB) nur unter den Voraussetzungen der §§ 463 Satz 2, 476 BGB in Betracht kommen, d.h. bei arglistigem Verschweigen entweder des Schwammbefalls oder eines in dieser Richtung bestehenden begründeten Verdachts. Da P [REDACTED] den Vertrag nicht persönlich abgeschlossen hat, sondern dabei durch den - von seinem Generalbevollmächtigten M [REDACTED] unterbevollmächtigten - Architekten Horst R [REDACTED] vertreten wurde (§ 164 BGB), darf für die Frage, ob Arglist vorgelegen hat, nicht auf seine eigene Person abgestellt werden, sondern maßgebend ist nach § 166 Abs. 1 BGB das Verhalten R [REDACTED]. Arglist setzt ein vorsätzliches Handeln voraus, im vorliegenden Falle also Kenntnis des R [REDACTED] von der Unrichtigkeit seiner Erklärung in § 3 Abs. 2 Satz 2 des Kaufvertrages. Allerdings würde bedingter Vorsatz genügen (Urteile des erkennenden Senats vom 21. November 1952, V ZR 158/51, LM BGB § 463 Nr. 1, und vom 29. Oktober 1958, V ZR 71/57, S. 17; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichtshofs vom 9. Juni 1959, VIII ZR 107/58, S. 8, insoweit in NJW 1959, 1584 nicht abgedruckt); nicht ausreichend wäre aber, wie das

angefochtene Urteil unter Ablehnung des vom Landgericht vertretenen gegenteiligen Standpunktes zutreffend ausführt, bloßes Kennenmüssen, weil es sich dann lediglich um ein fahrlässiges Verhalten handeln würde (RG JW 1936, 502 Nr. 2). Fahrlässigkeit auf seiten R [REDACTED] vermöchte - darin ist dem Kammergericht ebenfalls beizutreten - eine Verurteilung des Erstbeklagten auch nicht unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsabschluß zu rechtfertigen; denn aus einem derartigen Verschulden lassen sich regelmäßig nur Ansprüche auf Ersatz des sogenannten Vertrauensschadens herleiten, während der Kläger hier das Erfüllungsinteresse verlangt (vgl. Urteile des erkennenden Senats vom 22. Mai 1957, V ZR 143/55, S. 27, und vom 2. Dezember 1959, V ZR 72/58, S. 9, jeweils mit weiteren Nachweisen).

Von diesen Grundsätzen ausgehend hat der Berufungsrichter geprüft, ob Rutkowski, als er namens des Erstbeklagten das Hausgrundstück verkaufte, die später daran zutage getretenen Schäden vorsätzlich verschwiegen habe. Die Prüfung hat zu dem Ergebnis geführt, daß dies nicht bewiesen sei: Offenkundig sei das Schwammvorkommen nicht gewesen. Der Kläger habe aber gewußt, daß er ein altes, erheblich kriegsbeschädigtes Miethaus kaufte, bei dem erfahrungsgemäß das Vorhandensein von echtem Schwamm keineswegs ausgeschlossen sei, und er habe, wie er nicht leugne, selbst an die Möglichkeit von Schwamm gedacht. Ausweislich des Vertragswortlauts sei vor und bei Kaufabschluß auch über Schwamm oder Schwammverdacht gesprochen worden. Wenn R [REDACTED] bei dieser Sachlage in § 3 Abs. 2 erklärt habe, daß dem Verkäufer, abgesehen von dem Schwammverdacht rechts im Erdgeschoß des Quergebäudes, weitere verdächtige Stellen nicht bekannt seien, so habe darin (wie das Berufungsgericht unter Hinweis auf das bereits angeführte Urteil des

erkennenden Senats LM BGB § 463 Nr. 1 hervorhebt) keine Zusicherung des Fehlens von Schwamm gelegen. Daß er entgegen seiner Erklärung von weiteren Schwammstellen tatsächlich gewußt oder den Verdacht gehabt oder mit der Möglichkeit ihres Vorhandenseins gerechnet habe, lasse sich nicht feststellen.

Gegen diese Ausführungen wendet sich die Revision.

1. Sie macht geltend, der Kläger habe nach seiner unwidersprochen gebliebenen Behauptung im Schriftsatz vom 5. Februar 1958 bei Vertragsabschluß ausdrücklich die Zusicherung von Schwammfreiheit verlangt, um "Schwamm von irgendwelchen anderen Mängeln abzusondern". Daraus habe R. [REDACTED] gesehen, welches Gewicht von der Käuferseite auf eine vollständige und umfassende Information über Schwammvorkommen gelegt werde, und er sei deshalb nach den Grundsätzen, die der erkennende Senat im Urteil vom 29. Oktober 1958, V ZR 71/57 aufgestellt habe, verpflichtet gewesen, alles das zu offenbaren, was er damals über den früheren Schwammbefall im Hause und über die zu seiner Beseitigung getroffenen Maßnahmen gewußt habe.

Die Rüge greift nicht durch. Zunächst trifft es nicht zu, daß der angeführte Sachvortrag des Klägers unbestritten geblieben sei; das Bestreiten findet sich im Schriftsatz des Erstbeklagten vom 21. Februar 1958; der Kläger ist in der Folgezeit, soweit ersichtlich, auf seine frühere Behauptung weder zurückgekommen noch hat er dafür Beweis angetreten (§ 282 Abs. 1 ZPC). Im übrigen hätte dem Kläger, wenn er bei den Kaufverhandlungen das behauptete Verlangen gestellt haben sollte, um so mehr auffallen müssen, daß er die gewünschte Zusicherung dann gerade nicht erhielt, sondern R. [REDACTED] sich mit der Abgabe einer bloßen "Wissens-Erklärung" begnügte

(§ 3 Abs. 2 Satz 2: "... ist dem Verkäufer nichts bekannt"). Vor allem aber verkennt die Revision den grundsätzlichen Unterschied zwischen dem vom Senat in V ZR 71/57 entschiedenen Fall und dem hier zur Entscheidung stehenden: Dort war tatsächlich festgestellt, daß die Personen, die als Verkäufer eines mit Hausschwamm behafteten Grundstücks auftraten, noch im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses positiv gewußt haben, das Schwammvorkommen sei durch Instandsetzungsarbeiten nicht völlig beseitigt und es bestehe daher mindestens Schwammverdacht (vgl. S. 4, 13 und 17 jenes Urteils). Im vorliegenden Fall fehlt es hinsichtlich des Architekten R. [REDACTED] an dem Nachweis einer solchen Kenntnis. Er ergibt sich entgegen der Meinung der Revision, auch nicht aus dem vom Kammergericht (BU S. 13) als richtig unterstellten Vortrag des Klägers, daß die Mieter H. [REDACTED] und Re. [REDACTED] im Jahre 1954 den Vater R. [REDACTED] auf bauliche Mängel in ihren Wohnungen hingewiesen hätten und R. [REDACTED] selbst von diesen Mitteilungen erfahren habe; denn daraus folgte, wie das angefochtene Urteil ohne erkennbaren Rechtsverstoß ausführt, noch nicht, daß es sich um Schwamm handelte, vielmehr konnten die Mängel Überbleibsel der erheblichen Kriegsschäden sein; außerdem hatte der Kläger nicht behauptet, daß R. [REDACTED] sich daraufhin die schadhaften Stellen angesehen oder durch einen Fachmann habe besichtigen lassen und daß dabei Schwamm festgestellt worden sei. Für eine Offenbarungspflicht des Verkäufers, wie sie der Senat in jener früheren Entscheidung angenommen hat, war infolgedessen hier kein Raum.

2. Die Revision beanstandet die Auffassung des Berufungsgerichts, daß durch den Inhalt der PflEGschaftsakten - trotz der daselbst an 14 Stellen erwähnten Schwammbeseitigungsarbeiten - keine Kenntnis R. [REDACTED] von Schwamm oder Schwammverdacht dargetan werde, und verweist demgegenüber auf eine vom

Kläger als Anlage zum Schriftsatz vom 24. Februar 1958 vorgelegte Aufstellung, aus der sich ihrer Ansicht nach "der erschreckend große Umfang der notwendig gewordenen Schwammbeseitigungsarbeiten" ergibt; er habe niemandem verborgen bleiben können, der mit der Verwaltung des Hauses befaßt gewesen sei. Es mag jedoch auf sich beruhen, inwieweit die genannte Aufstellung - gegen deren Richtigkeit R. mit Schriftsatz vom 22. Mai 1958 ins einzelne gehende Einwendungen erhoben hatte (vgl. auch die Ausführungen im Schriftsatz des Zweitbeklagten D. vom 21. Juni 1958 sowie im Schriftsatz des Erstbeklagten P. vom 7. Juli 1958) - den Inhalt der Pflegschaftsakten zutreffend wiedergibt. Auf jeden Fall ist nicht ersichtlich, daß sie vom Berufungsgericht bei seiner Würdigung dieses Akteninhalts (BU S. 12) nicht berücksichtigt worden wäre. Einer Vernehmung der Hauswartfrauen H. und N., die der Kläger dafür benannt hatte, daß R. unter dem Zweitbeklagten D. Unterverwalter gewesen sei und zusammen mit seinem Vater die Verhandlungen mit den Mietern geführt habe, bedurfte es nicht, weil das angefochtene Urteil (S. 12 f) zugunsten des Klägers als richtig unterstellt hat, R. sei in weitgehendem Umfange über alle behaupteten Vorkommnisse im Hause unterrichtet gewesen. Wenn das Berufungsgericht meint, R. sei nicht zu widerlegen, daß er die ihm gemeldeten Mängel in den Wohnungen nicht als Schwamm erkannt habe und daß er bei Kaufabschluß der Ansicht gewesen sei, der frühere Schwammbefall sei durch die Instandsetzungsarbeiten inzwischen restlos beseitigt worden, so handelt es sich um tatrichterliche Würdigung, die in der Revisionsinstanz nur beschränkt nachgeprüft werden kann. Ein Rechtsverstoß liegt nicht vor.

3. Die Revision wendet ein, das Kammergericht vermisse zu Unrecht einen Vortrag des Klägers darüber, daß die von ihm benannten Zeugen den R. auch noch in den Jahren

1953 und 1954 auf Schwamm oder Schwammverdacht hingewiesen hätten (BU S. 13). Sie verweist demgegenüber auf den Schriftsatz vom 24. Oktober 1958, worin der Kläger geltend gemacht habe, es seien auch nach Aufhebung der Nachlaßpflegschaft im Jahre 1953 noch umfangreiche Schwammbeseitigungsarbeiten am Dachboden und im Erdgeschoß des Vorderhauses durchgeführt worden. Nach ihrer Ansicht wäre der Berufungsrichter gehalten gewesen, gemäß § 139 ZPO auf einen Beweisantritt für dieses Vorbringen hinzuwirken; der Kläger hätte sich dann auf das Zeugnis der Hauswartfrauen H1 [REDACTED] und N [REDACTED] bezogen.

Dem kann nicht beigetreten werden. Bei dem von der Revision als Übergangen gerügten Vortrag handelte es sich um eine Schlußfolgerung, die der Kläger aus einem früher von ihm zu den Akten 12 Q 33/57 eingereichten Privatgutachten des Schwammsachverständigen Ernst-Peter Augsburg (aaO Anlage Nr. 22) gezogen hatte; denn er führt wörtlich aus: "Das geht aus dem Augsburgschen Gutachten vom 7. Februar 1957 hervor". Dieses Gutachten enthielt jedoch keine zeitlichen Angaben; aus ihm ist nicht ersichtlich, daß die darin geschilderten - übrigens anscheinend erst kurz zuvor ausgebesserten - Schäden gerade zwischen August 1953 (Pflegschaftsaufhebung) und Dezember 1954 oder überhaupt in der Zeit vor Verkauf des Grundstücks an den Kläger (25. November 1954) aufgetreten seien, geschweige denn daß man sie bereits damals als Schwammschäden erkannt habe. Ein Anlaß zur Ausübung des richterlichen Fragerechts bestand nicht, zumal da das Vorbringen des Klägers für die Entscheidung ohne Belang war; selbst wenn nämlich 1953 noch Schwammbeseitigungsarbeiten stattgefunden haben sollten, wäre R [REDACTED] Behauptung nicht zu widerlegen, daß er im November 1954 geglaubt habe, die Schäden seien durch diese Arbeiten vollständig beseitigt worden und es bestehe infolgedessen kein Schwammverdacht mehr.

4. Nicht stichhaltig ist die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe die PflEGschaftsakten unzureichend gewürdigt (§ 286 ZPO). Beanstandet wird die Nichtberücksichtigung eines in jenen Akten (Bl. 233) befindlichen Briefes vom 10. April 1953, worin R. sich selber als den vom Zweitbeklagten D. zugezogenen Bausachverständigen bezeichne und auf seine Verhandlungen mit der Baupolizei verweise, sowie Nichtberücksichtigung des NachlaßpflEgerberichts vom 21. März 1952, worin der Zweitbeklagte schildere, daß er die Abrechnungen und Rechnungen der Baufirmen durch R. prüfen lasse (aaO Bl. 139 R); diese beiden Schriftstücke sprächen gegen die Feststellung des Berufungsurteils (S. 12), R. habe "lediglich einige Baurechnungen über Hausreparaturen geprüft", aus ihnen gehe vielmehr hervor, daß er vom Zweitbeklagten gegen laufende Vergütung ständig mit dieser Prüfung betraut gewesen sei. Die Revision übersieht indessen, daß das Kammergericht bei seiner einschränkenden Feststellung nicht stehen geblieben ist, sondern einige Sätze weiter (S. 12 unten) zugunsten des Klägers ohne Einschränkung unterstellt hat, es hätten auch bis Ende 1952 Schwammbeseitigungsreparaturen stattgefunden und R. habe "hiervon durch Prüfung von Rechnungen oder auch durch Beaufsichtigung der Arbeiten gewußt". Auf den PflEgerbericht vom 6. Februar 1953 (PflEGschaftsakten Bl. 181 ff), dessen Nichtberücksichtigung die Revision rügt, kam es nicht an, denn entgegen der Behauptung des Klägers im Schriftsatz vom 24. Februar 1958 ist aus diesem Bericht nicht ersichtlich, daß die darin (S. 2) erwähnten Verfügungen der Baupolizei, deren Bearbeitung die Hinzuziehung eines Architekten erforderlich gemacht habe, sich auf Schwammschäden bezogen.

5. Die Revision rügt Nichtbeachtung der vom Kläger (Schriftsatz vom 22. Oktober 1958) in das Wissen der Zeugen B. und K. gestellten Behauptung, daß die im Gutachten Augsburg erwähn-

ten 18 Schwammstellen sich fast ausnahmslos dort befunden hätten, wo von R [REDACTED] und dem Zweitbeklagten Schwammreparaturen vorgenommen worden seien (§ 286 ZPO). Das war jedoch für die Entscheidung ohne Belang, weil auch dadurch R [REDACTED] Schutzbehauptung, er habe den Schwamm infolge der durchgeführten Instandsetzungsarbeiten für endgültig beseitigt angesehen, nicht widerlegt wurde. Wenn die Revision geltend macht, die Beklagten hätten nichts dafür vorzubringen vermocht, daß R [REDACTED] gutgläubig dieser Überzeugung habe sein können, so verkennt sie die Beweislast: nicht die Beklagten hatten das darzutun, sondern es wäre Sache des Klägers gewesen, R [REDACTED] ein arglistiges Verschweigen im Sinne von § 463 Satz 2 BGB nachzuweisen. Dieser Nachweis wurde, entgegen der Ansicht der Revision, nicht dadurch erbracht, daß der Zweitbeklagte in den Pflückschaftsakten (Bl. 106 R) auf die unzureichenden Mittel des Nachlasses hingewiesen hatte; der Bericht datierte vom 21. Februar 1952, lag also zeitlich lange vor dem Grundstücksverkauf; außerdem handelte es sich bei den Reparaturen, für die es damals an Mitteln fehlte, nicht um die Beseitigung von Schammschäden, sondern um Folgeerscheinungen der Kriegseinwirkung. Daß R [REDACTED] dem Kläger gegenüber nicht zur Offenbarung solcher früheren Vorgänge verpflichtet war, ist bereits ausgeführt worden (vgl. oben zu Nr. 1). Eine Erwähnung insbesondere der baupolizeilichen Verfügungen, von denen im Pflegerbericht vom 6. Februar 1953 die Rede war, erübrigte sich für R [REDACTED], weil diese Verfügungen, soweit ersichtlich, mit Schwamm nichts zu tun hatten (oben Nr. 4 am Ende).

6. Zu Unrecht beanstandet die Revision schließlich noch die unterbliebene Vernehmung der Zeugen K [REDACTED] und B [REDACTED] darüber, daß - wie der Kläger im Schriftsatz vom 5. Februar 1958 behauptet hatte - nicht nur rechts, sondern auch links im Erdgeschoß des Quergebäudes sowie im dritten Stockwerk des Vorderhauses Schwamm-beseitigungsarbeiten vorgenommen worden seien und R [REDACTED] dies

gewußt habe. Auf den Beweisantritt kam es nicht an, weil ohnehin unstreitig ist, daß R. über früheres Schwammvorkommen im Hause auch außerhalb der in § 3 Abs. 2 des Kaufvertrages näher bezeichneten Stelle unterrichtet war. Dem Kläger bei Vertragsabschluß hiervon Mitteilung zu machen, wäre er nur verpflichtet gewesen, wenn er damals gewußt oder mit der Möglichkeit gerechnet hätte, die früheren Schäden seien durch die zwischenzeitlichen Instandsetzungsarbeiten nicht restlos beseitigt worden. Das aber kann ihm nach den in der Revisionsinstanz insoweit nicht nachprüfaren tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht nachgewiesen werden.

II.

Die Klage gegen den (jetzigen) Zweitbeklagten Dr. D. hat das Kammergericht mit der Begründung abgewiesen, als Rechtsgrundlage für eine etwaige Haftung komme hier ausschließlich § 21 der Reichsnotarordnung vom 13. Februar 1937 (RGBl I 191) in Verbindung mit § 839 BGB in Betracht, das Vorliegen einer vorsätzlichen Amtspflichtverletzung habe indessen der Kläger nicht dargetan und eine Inanspruchnahme wegen bloßer Fahrlässigkeit scheitere an der Vorschrift des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, weil nicht feststehe, daß der Kläger auf andere Weise keinen Ersatz erlangen könne. Die Revision bekämpft das als rechtsirrig.

1. Ihr ist insoweit der Erfolg zu versagen, als sie sich gegen die Verneinung einer vorsätzlichen Amtspflichtverletzung wendet. Eine solche könnte, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, allenfalls dann angenommen werden, wenn dem Zweitbeklagten, als er die Erklärung R. in § 3 Abs. 2 Satz 2 des Kaufvertrags beurkundete, positiv bekannt gewesen wäre, daß auch außerhalb der dort bezeichneten Stelle Schwamm vorhanden war oder Schwammverdacht bestand. Für eine dahingehende Kenntnis im Zeitpunkt der Vertragsbeurkundung fehlt es

jedoch nach Ansicht des Berufungsgerichts an Anhaltspunkten. Sie ergebe sich weder aus dem Inhalt der Pfllegschaftsakten noch aus sonstigen Umständen. Als Notar habe der Zweitbeklagte keine Fachkenntnisse über Schwamm gehabt. Es sei auch nicht vorgetragen worden, daß er das Grundstück auf Schwamm wiederholt, insbesondere noch im Jahre 1954, besichtigt habe oder daß ihm in diesem Jahre von Hausbewohnern, von R [REDACTED] oder von dessen Vater Mitteilungen über Schwammvorkommen oder Schwammverdacht gemacht worden seien.

Diese Erwägungen - zu deren Ergänzung das angefochtene Urteil auf das verweist, was es in anderem Zusammenhang über die fehlende Kenntnis R [REDACTED] ausgeführt hat - liegen auf dem Gebiet tatrichterlicher Würdigung und sind frei von Rechtsirrtum. Sie werden durch die Einwendungen der Revision, die lediglich den Sachverhalt anders gewürdigt wissen möchte, nicht erschüttert. Die Zeugenbenennung K [REDACTED] und B [REDACTED] im Schriftsatz vom 22. Oktober 1958 (S. 19), deren Nichtbeachtung gerügt wird, war für die Frage des Vorsatzes unerheblich, da weder der Kläger behauptet hatte, daß sich der geschilderte Vorgang im Jahre 1954 zugetragen habe, noch sich auch für den Zweitbeklagten aus der Mitteilung der Zeugen zwingend die Unrichtigkeit der später vor ihm zu Protokoll gegebenen Erklärung ergab.

2. Keine Zustimmung verdient der Versuch der Revision, eine Haftung des Zweitbeklagten daraus herzuleiten, daß er gegen § 17 Abs. 1 Nr. 5 RNotO verstoßen habe, weil er in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter des Erstbeklagten, der ihn nach Aufhebung der Nachlaßpfllegschaft mit der Verwaltung des Grundstücks betraut hatte, gesetzlich von der Urkundstätigkeit ausgeschlossen gewesen sei. Einmal steht nicht fest, ob im Zeitpunkt der Vertragsbeurkundung das Vertretungsverhältnis noch bestand (vgl. Seybold/Hornig/Lemmens, RNotO 3. Aufl. § 17

Anm. IV 5 c). Außerdem wäre ein etwaiger Verstoß gegen § 17 RNotO für den Schaden des Klägers nicht ursächlich; denn der Kaufvertrag wäre, hätte der Zweitbeklagte von einer Ausübung seines Amtes Abstand genommen, ersichtlich genau mit dem gleichen Inhalt von einem anderen Notar beurkundet worden.

3. Die Begründung, mit der die gegen den Zweitbeklagten gerichtete Klage abgewiesen worden ist, erweist sich jedoch aus einem anderen Grunde als nicht unbedenklich. Das Berufungsgericht hat sich einer Prüfung der Frage, ob dem beklagten Notar Fahrlässigkeit zur Last falle, deshalb entoben geglaubt, weil eine Haftung wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung voraussetzen würde, daß der Kläger nicht auf andere Weise Ersatz erlangen könne (§ 839 Abs. 1 Satz 2 BGB), und weil diese Voraussetzung bisher nicht vorliege. Dem kann nicht gefolgt werden.

Allerdings gehört die Unmöglichkeit anderweitiger Ersatzbeschaffung zur Klagebegründung für die Amtshaftungsklage (BGHZ 4, 10, 14), und eine dahingehende Behauptung hatte der Kläger nicht aufgestellt, sondern im Gegenteil neben dem Zweitbeklagten auch den Erstbeklagten und außerdem - bis zum Ende des zweiten Rechtszuges - noch den Architekten R. auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Gleichwohl ist in einem derartigen Falle das auf Amtspflichtverletzung gestützte Klagebegehren nicht von vornherein als unbegründet abzuweisen; die Entscheidung darüber, ob eine anderweitige Ersatzmöglichkeit besteht, kann dem Amtshaftungsprozeß selbst überlassen werden.

In einem Rechtsstreit, in dem die Amtshaftungsklage mit der Klage gegen einen anderen Ersatzpflichtigen verbunden worden und die Frage der Ersatzpflicht dieses anderen noch nicht entscheidungsreif war, hat der III. Zivilsenat des Bundesge-

richtshofs es für unstatthaft erachtet, die Amtshaftungsklage im Hinblick auf die noch nicht geklärte andere Ersatzmöglichkeit durch Teilurteil abzuweisen (Urteil vom 14. April 1958, III ZR 200/56, VersR 1958, 451; in BGHZ 27, 73 und NJW 1958, 1183 insoweit nicht abgedruckt). Derselbe Senat hat in einem anderen Urteil (vom 23. Oktober 1958, III ZR 91/57, LK BGB § 839 (E) Nr. 7) ausgesprochen, bereits dann, wenn der durch Amtspflichtverletzung Geschädigte mit seiner Klage gegen einen anderen angeblich Ersatzpflichtigen wegen Beweisschwierigkeiten abgewiesen werden mußte, stehe fest, daß er auf diese "andere Weise" Ersatz nicht zu erlangen vermöge (vgl. auch BGB RGRK 11. Aufl. § 839 Anm. 97). Vom Boden einer solchen, dem Gedanken der Prozeßwirtschaftlichkeit Rechnung tragenden Auslegung des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB aus, der sich der erkennende Senat anschließt, bestand aber im vorliegenden Fall noch weniger ein begründeter Anlaß, die Klage gegen den Zweitbeklagten wegen angeblich bestehender anderweitiger Ersatzmöglichkeit abzuweisen. Denn indem hier das Berufungsgericht sogar in einem und demselben Urteil den Kläger mit seinen Ansprüchen gegen den Erstbeklagten und gegen R. [REDACTED] abwies, brachte es zum Ausdruck, daß es mindestens hinsichtlich dieser beiden eine Möglichkeit, auf andere Weise Ersatz zu erlangen, nicht für gegeben ansah; die Richtigkeit dieser Ansicht hat sich inzwischen dadurch bestätigt, daß der Kläger das Berufungsurteil, soweit es R. [REDACTED] betraf, rechtskräftig werden ließ und daß die Revision gegenüber dem Erstbeklagten zurückgewiesen wird. Etwaige weitere, bisher nicht verklagte Personen, an die sich der Kläger wegen seines Schadens noch mit Erfolg halten könnte, sind, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

4. Tragen somit die Erwägungen, mit denen das Kammergericht eine Schadensersatzpflicht wegen fahrlässiger Amtspflichtverletzung verneint hat, die klageabweisende Entschei-

dung nicht, so läßt sich diese auch nicht gemäß § 563 ZPO aus anderen Gründen aufrechterhalten. Es geht insbesondere nicht an, den Notar deshalb von einer Haftung freizustellen, weil er lediglich beurkundet habe, was ihm seitens der unmittelbar Beteiligten erklärt worden sei, und weil für ihn als Fernerstehenden der Haftungsmaßstab nicht schärfer sein dürfe als für den Erstbeklagten und für R [REDACTED], die beide nur bei nachgewiesenem Vorsatz in Anspruch genommen werden könnten. Eine solche Betrachtungsweise wäre mit der gesetzlichen Regelung nicht vereinbar, wonach der Notar bei seiner Amtstätigkeit nicht nur für Vorsatz, sondern auch für Fahrlässigkeit einzustehen hat (§ 21 Abs. 1 RNotO). Allerdings ist er, wenn er Erklärungen tatsächlichen Inhalts beurkundet, in erster Linie auf das angewiesen, was ihm die Vertragsschließenden mitteilen, und er darf auch in aller Regel davon ausgehen, daß diese Angaben richtig sind (RG DNotZ 1940, 85; Seybold/Hornig/Lemmens, RNotO 3. Aufl. § 21 Anm. VI 2 Abs. 2 und VI 3 am Ende; Pagen-darm, DRiZ 1959, 133 unter 2 c). Besteht danach keine allgemeine Verpflichtung des Notars, die Richtigkeit der von den Beteiligten gemachten tatsächlichen Angaben von sich aus nach-zuprüfen, so kann ihm gleichwohl im Einzelfall eine entspre-chende Prüfungspflicht dann erwachsen, wenn er einen besonderen Anlaß zu Zweifeln an der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Angaben hat oder haben muß (BGH Urteil vom 7. November 1957, III ZR 131/56, LM BGB § 839 (Ff) Nr. 7).

Ein solcher besonderer Anlaß könnte im vorliegenden Fall für den Zweitbeklagten darin gelegen haben, daß er zu dem Haus-grundstück, das den Gegenstand des von ihm beurkundeten Kaufver-trages bildete, insofern in nahen Beziehungen stand, als er jahrelang Nachlaßpfleger für die unbekannten Erben der früheren Grundstückseigentümerin gewesen war und auch nach Aufhebung der Pflegschaft das Grundstück noch längere Zeit als Bevollmächtig-ter des späteren Verkäufers verwaltet hatte. Er war daher viel

genauer über die Einzelheiten unterrichtet, als dies gewöhnlich bei einem Notar, der einen Grundstückskaufvertrag beurkundet, der Fall ist. Wenn er unter diesen Umständen nicht - wie es erwägenswert gewesen wäre und wozu ihm die Vorschrift des § 17 Abs. 3 RNotO eine Maheliegende Handhabe geboten hätte, falls nicht sogar der Tatbestand des Abs. 1 Nr. 5 aaO erfüllt war - sich der Urkundstätigkeit enthielt (nach der Sachdarstellung des Klägers im Schriftsatz vom 5. Februar 1958 soll seitens der Beklagten die Protokollierung des Kaufvertrages durch den Zweitbeklagten zur "condicio sine qua non" gemacht worden sein), so erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, daß sein Verhalten gegenüber den Beteiligten, insbesondere was die Erörterung und Klärung vertragswesentlicher Tatsachen anbelangt, nach einem strengeren Maßstab beurteilt wird als das eines mit dem Sachverhalt nicht so vertrauten Notars. Wie weit bei der gegebenen Sachlage die Amtspflicht des Zweitbeklagten vor allem im Verhältnis zum Kläger ging, kann nur an Hand der tatsächlichen Umstände beantwortet werden. Nicht zu beanstanden ist auf jeden Fall die im angefochtenen Urteil (S. 15) vertretene Auffassung, er habe keine Erklärung beurkunden dürfen, von der er wußte, daß sie nicht den Tatsachen entsprach; das ergibt sich aus der in § 15 RNotO näher umschriebenen Berufspflicht des Notars. Aber auch ein Nichterkennen des unrichtigen Erklärungsinhalts könnte dem Zweitbeklagten zum Vorwurf gereichen, sofern er angesichts seiner langjährigen Vertrautheit mit den Grundstücksverhältnissen bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, daß etwas Falsches erklärt wurde. Ob Rutkowski seinerseits schuldhaft handelte, als er die Erklärung in § 3 Abs. 2 Satz 2 des Kaufvertrages abgab, ist dabei nicht maßgebend; selbst wenn er hinsichtlich des Vorhandenseins "weiterer verdächtiger Stellen" gutgläubig war, würde das den Zweitbeklagten nicht entlasten, wenn diesem das Vorhandensein solcher Stellen infolge Fahrlässigkeit unbekannt geblieben

ben wäre. Ob es sich so verhielt, vermag das Revisionsgericht nicht abschließend zu entscheiden. Die Beantwortung dieser Fragen - zu der es möglicherweise weiterer Aufklärung in tatsächlicher Hinsicht bedarf - muß vielmehr dem Tatrichter überlassen bleiben.

III.

Nach allem war das angefochtene Urteil insoweit aufzuheben, als darin über den Klageanspruch gegen den Zweitbeklagten D. [REDACTED] entschieden worden ist, und die Sache war in diesem Umfang gemäß § 565 Abs. 1 ZPO an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Soweit das Kammergericht die Klage gegen den Erstbeklagten P. [REDACTED] abgewiesen hat, mußte dagegen die Revision erfolglos bleiben.

Eine Entscheidung über die Prozeßkosten war insofern möglich, als der Rechtsstreit durch Abweisung der Klage gegen den Erstbeklagten und gegen R. [REDACTED] bereits endgültig entschieden ist; den hierauf bezüglichen Teil der bisher in sämtlichen Instanzen entstandenen Kosten muß nach §§ 91, 97 Abs. 1 ZPO der

Kläger tragen. Im übrigen war die Kostenentscheidung dem Berufungsgericht zu übertragen (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 25. November 1959, V ZR 82/58, NJW 1960, 484 = MDR 1960, 216).

Dr. Tasche

Dr. Augustin

Rothe

Dr. Freitag

Offterdinger