

Verkündet am 12. November 1958
Hirth, Justizangestellter als
Urkundsbeamter der Geschäfts-
stelle

2381 005

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

des Facharztes für innere Krankheiten Dr. med. Otto
S c h [REDACTED] in W [REDACTED]-B [REDACTED], St [REDACTED] Straße [REDACTED]
(vorm. F [REDACTED]straße),

Klägers, Berufungsklägers und
Revisionsklägers,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] -

g e g e n

den kaufmännischen Angestellten Hans S c [REDACTED] in
W [REDACTED]-B [REDACTED], St [REDACTED] Straße [REDACTED],

Beklagten, Berufungsbeklagten und
Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigter: Rechtsanwalt [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] -

hat der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs auf die münd-
liche Verhandlung vom 12. November 1958 unter Mitwirkung der
Bundesrichter Dr. Augustin, Schuster, Dr. Rothe, Dr. Freitag
und Dr. Mattern
für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 3. Zivil-
senats des Oberlandesgerichts in Frankfurt/Main vom
15. März 1957 wird auf Kosten des Klägers zurück-
gewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger kaufte von dem Beklagten am 17. Dezember 1954 das Haus F[REDACTED]straße [REDACTED] in W[REDACTED]-B[REDACTED], ein Fachwerkhaus mit früherem Bombenschaden. Der Kaufvertrag enthält folgende Klausel:

"Der Erschienene zu 1 (Beklagter) übernimmt keinerlei Haftung für etwaige sichtbare und unsichtbare Mängel, vielmehr geht das Grundstück über wie es liegt und steht."

Während der Vornahme größerer Erneuerungsarbeiten ließ der Kläger das Haus durch einen Schwammsachverständigen, den Architekten Lehmann-Carpzow, untersuchen, der über das Ergebnis seiner Untersuchungen mehrere Gutachten erstattete. Nach seinem ersten Gutachten vom 21. April 1955 entdeckte der Sachverständige am 19. April 1955 in dem an das Nachbarhaus F[REDACTED]straße 16 angrenzenden Erdgeschoßzimmer an den Fußbodenriemen, in einem Ständer des Fachwerkholzes der Hinterfront und in bereits ausgebauten Teilen des Fachwerkholzes der inzwischen durch massives Mauerwerk ersetzten Außenmauer neben Zerstörungen, die von einer Pochkäferart herrührten, echten Hausschwamm und Kellerwarzenschwamm, deren Alter er mit 7 bis 8 Jahren angibt. Nach seinem ergänzenden Gutachten vom 25. Mai 1955 stellte der Sachverständige am 24. Mai 1955 in dem (von der Straße aus gesehen) linken Vorderzimmer des Erdgeschosses in dem hinteren Teil des an der Umfassungswand liegenden Balkens Fruchtkörper des echten Hausschwamms fest. In einem weiteren, erst während des Rechtsstreits erstatteten Gutachten vom 23. März 1956 stellte der Sachverständige schließlich fest, daß Poren- oder Warzenschwamm ein etwa einen Meter langes Stück Verbandholz, das nach der Behauptung des Klägers von diesem hinter Stangen und Gerümpel versteckt gefunden wurde und schon zu Zeiten des Beklagten aus

- 3 -

dem Haus ausgebaut worden war, zerstört hatte, und daß sich an der im Zeitpunkt der Erstattung des Gutachtens gerade freiliegenden Schwelle, auf der die das Treppenhaus von der Küche trennende Fachwerkwand steht, inzwischen abgestorbener Poren- oder Warzenschwamm befand.

Nach einem von dem Kläger ebenfalls als Gutachten bezeichneten Schreiben des Architekten Mehl vom 1. Juni 1955, den der Kläger mit der Erneuerung des Hauses beauftragt hat, ist die Holzbalkendecke über dem Keller "teils von Schwamm, teils vom Holzbock befallen".

Der Kläger ist der Meinung, der Beklagte habe ihm den bei der Übergabe des Hauses vorhanden gewesenen echten Hauschwamm und die übrigen aus den Sachverständigengutachten hervorgehenden Holzzerstörungen arglistig verschwiegen, und hält deshalb den vertraglichen Haftungsausschluß für nichtig. Er wirft dem Beklagten weiterhin vor, dieser habe ihm weder offenbart, was an dem Haus seit Wiederaufnahme der Instandsetzungsarbeiten alles repariert worden und dabei im einzelnen an Schäden zu Tage getreten sei, noch ihm etwas davon gesagt, daß er selber bei einer der früheren Reparaturen einmal die Frage aufgeworfen habe, ob das, was zu sehen sei, denn Schwamm sei. Der Kläger trägt ferner vor, es sei das, was der Beklagte oder mit seinem Wissen der Ingenieur We [REDACTED] seit 1948 an Instandsetzungsarbeiten habe vornehmen lassen, zum Teil ausgesprochene Schwammbeseitigung gewesen sei, und folgert hieraus, daß das Haus bei Übergabe zumindest mit dem Fehler der sogenannten Schwammverdächtigkeit behaftet gewesen sei und der Beklagte ihm daher mindestens diesen Fehler arglistig verschwiegen habe.

Der Kläger begehrt unter dem Gesichtspunkt des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung nach seinem zuletzt gestellten Antrag Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 4 683,23 DM.



(entsprechend der Aufstellung des Architekten Mehl vom 16. Juli 1955) nebst 4 % Zinsen seit dem 1. August 1955 sowie Feststellung dahin, daß der Beklagte verpflichtet ist, ihm über den mit dem Leistungsbegehren geltend gemachten Schaden hinaus allen Schaden zu ersetzen, den er dadurch erlitten habe oder noch erleiden werde, daß das Haus im Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit Hausschwamm oder Trockenfäule behaftet gewesen sei.

Der Beklagte bestreitet das Klagevorbringen. Er räumt lediglich ein, die Frage, ob gewisse zu Tage getretene Holzzerstörungen denn Schwamm seien, einmal aufgeworfen und bei den Kaufverhandlungen weder hiervon noch von den ganzen Reparaturen etwas erwähnt zu haben. Er macht aber geltend, der damals von ihm mit der Frage angesprochene Ingenieur Wesenberg habe die Frage sogleich entschieden verneint, und trägt weiter vor, dies sei schon bei der Beseitigung des Bombenschadens - insbesondere über der Toreinfahrt - im Jahre 1948 gewesen.

Die Klage blieb in den Vorinstanzen ohne Erfolg.

Mit der Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

Der Beklagte beantragt Zurückweisung der Revision.

Entscheidungsgründe:

1. Das Berufungsgericht hat zugunsten des Klägers unterstellt, daß das Haus im Zeitpunkt des Übergangs der Gefahr auf den Kläger mit den in den Gutachten des Architekten Lehmann-Carpzow festgestellten Mängeln behaftet war. Es hat jedoch weder als erwiesen erachtet, daß der Beklagte hiervon Kenntnis hatte, noch den Beweis dafür als erbracht angesehen, daß

der Beklagte, wenn die in den Jahren 1948, 1949, 1953/1954 an dem Haus durchgeführten Instandsetzungsarbeiten auch nur zum Teil der Beseitigung von echtem Hausschwamm oder von Trockenfäule gegolten hätten, sich dessen bewußt war.

Das Berufungsgericht hat sich dabei auch mit der von dem Beklagten unstreitig an den Zeugen We [REDACTED] gerichteten Frage befaßt, "ob das denn Schwamm sei" (so der Kläger) oder "ob das etwas mit Schwamm zu tun habe" (so der Beklagte). Es hat jedoch aus folgenden Gründen auch hierdurch den Beweis dafür, daß der Beklagte das Vorhandensein von echtem Hausschwamm oder von Trockenfäule erkannt hat, nicht als erwiesen angesehen:

Eine solche Frage stellen heiße gerade, daß man von eigentlicher Erkenntnis mangels echter Sachkunde noch fern sei. Noch nicht einmal eine Verdachtsäußerung müsse eine solche Frage sein. Sie habe sehr wohl eine bloße Erwägung ausdrücken, die Äußerung eines bloßen Zweifels sein können. Daß der Zeuge We [REDACTED] die an ihn gestellte Frage "entschieden verneint" habe, wie der Beklagte behauptet, habe allerdings auch keine Bestätigung gefunden. Dies besage indessen nichts. Denn es treffe jedenfalls nicht zu, daß die Aussage des Zeugen, wie der Kläger meine, die Richtigkeit der Darstellung des Beklagten ausschließe. Auch sei es nicht unglaubwürdig, wenn der Zeuge bekundet habe, nicht einmal sagen zu können, ob bei der Erörterung der von ihm festgestellten Schäden überhaupt das Wort "Schwamm" gefallen sei. Denn ihm sei, wie er ausgesagt habe, der Gedanke nicht gekommen, "Schwamm" vor sich zu haben. Nach der unwiderlegten Darstellung des Beklagten sei seine an den Zeugen gerichtete Frage schon im Jahre 1948 gestellt worden, sodaß auch die Länge der Zeit dazu beigetragen haben könne, daß dem Zeugen nichts und sonach auch die Frage des Beklagten nicht mehr

erinnerlich sei. Daß der Beklagte sich selbst bei einer "entschiedenen Verneinung" nicht hätte beruhigen dürfen, weil der Zeuge We [REDACTED] Heizungsingenieur sei und somit gar nicht sachverständig genug zur Beurteilung der an ihn gestellten Frage gewesen sei, möge richtig sein, sei aber in diesem Zusammenhang belanglos. Denn der Verkäufer müsse, solle er arglistig erscheinen, den Verdacht tatsächlich gehabt oder sich absichtlich den durch die Sachlage gegebenen Verdachtsgründen verschlossen haben, um einer ihm etwa ungünstigen Feststellung durch ein Sachverständigengutachten aus dem Wege zu gehen.

Eine Pflicht des Beklagten, dem Kläger ungefragt wenigstens die seit dem Kriege vorgenommenen Reparaturen und was dabei an Schäden zutage getreten war, bekannt zu geben, sowie zu offenbaren, daß er einmal gedacht habe, was er sehe, könne Schwamm sein, hat das Berufungsgericht verneint im Hinblick auf die besonderen Umstände des Falles, insbesondere das Alter und die Art des Hauses (im Jahre 1835 errichteter nur teilweise unterkellelter Fachwerkbau) und die fachmännische Beratung des Klägers (der das Haus vor dem Abschluß des Kaufvertrags unstreitig verschiedentlich mit dem Architekten Mehl besucht hat).

Das Berufungsgericht ist darüberhinaus der Auffassung, daß die Unterlassung dieser Aufklärung des Klägers, da sie sich nicht auf einen Fehler der Kaufsache beziehe, allenfalls einen trotz der Sondervorschriften der §§ 459 ff BGB möglichen, auf Ersatz des Vertrauensinteresses gerichteten Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluß begründen könne, ein solcher Ersatzanspruch aber vom Kläger nicht verfolgt werde.

2. Die vom Berufungsgericht aus seinen Feststellungen gezogene Folgerung, es sei dem Beklagten ein arglistiges Ver-

schweigen im Sinne des § 476 BGB nicht zur Last zu legen und es sei damit der von dem Kläger nach § 463 Satz 2 BGB geltend gemachte Schadensersatzanspruch nicht begründet, enthält keinen Rechtsirrtum.

Nach der hier in Betracht kommenden und zum Teil auch von der Revision angeführten Rechtsprechung des Reichsgerichts ist davon auszugehen, daß der Befall von Holzteilen eines Hauses mit einem zerstörenden Pilz, auch wenn es sich nicht um ^{den} echten Hausschwamm handelt, ein Mangel ist, der den Entschluß des Käufers zum Erwerb eines Hauses beeinflusst, und dies dem Verkäufer im allgemeinen auch bekannt ist (RG JW 1936, 375 Nr. 2) und daß zur Begründung der Arglist des Verkäufers schon das Verschweigen eines Schwammverdachts genügt, den der Verkäufer bei Vertragsschluß in Ansehung eines Hauses, insbesondere mit Rücksicht auf das frühere Vorhandensein von Schwamm hat (RG SeuffArch 59 Nr. 199; WarnRechtspr. 1912 Nr. 300 und 1919 Nr. 31, JW 1912, 1103 und 1936, 502 Nr. 2). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hat der Beklagte aber weder eine Kenntnis noch einen, etwa aus den nach dem Krieg durchgeführten Reparaturen des Hauses sich ergebenden Verdacht in diesem Sinne gehabt. Einen solchen Verdacht hat das Berufungsgericht ohne Rechtsirrtum auch in der von dem Beklagten an den Zeugen We [REDACTED] gerichteten Frage nicht gesehen. Ob der Beklagte sich mit der Verneinung seiner Frage durch den Zeugen hätte begnügen dürfen, oder ob der Verfall von Holzteilen, die sich bei den nach dem Krieg durchgeführten Reparaturen des Hauses ergeben hatten, ihn hätte veranlassen müssen, sich über das Vorliegen von Schwamm Gewißheit zu verschaffen, ist demgegenüber, wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat, ohne Bedeutung. Eine solche Unterlassung könnte höchstens ein fahrlässiges Verhalten des Beklagten begründen. Dies reicht aber, selbst wenn es sich um eine grobe Fahrlässigkeit handeln würde, zur

Annahme einer Arglist im Sinne der §§ 463, 476 BGB nicht aus, da diese Vorsatz oder doch bedingten Vorsatz voraussetzt (Urteil des Senats vom 21. November 1952, V ZR 158/51 = LM § 463 BGB Nr. 1 mit weiteren Nachweisen; RG JW 1936, 502 Nr. 2). Ob dem Verhalten des Beklagten unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß rechtliche Bedeutung beizumessen ist, kann dahinstehen, da, wie das Berufungsgericht mit Recht ausgeführt hat, hierauf die mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzansprüche sich nicht stützen lassen (BGH aaO).

3. Bei diesem Ergebnis kann nur noch von Bedeutung sein, ob das Berufungsgericht seine Feststellungen ohne Rechtsverstoß getroffen hat. Die insoweit erhobenen Rügen der Verletzung des § 286 ZPO sind jedoch unbegründet.

a) Die Revision rügt zunächst die Nichtvernehmung der Zeugen Heinz D. jun., Gustav D. jun., Albrecht H. sen. und Kurt Reimann.

Mit diesen Zeugen hat es folgende Bewandnis:

Der Kläger hat sich in seinem dem Landgericht eingereichten Schriftsatz vom 23. Mai 1956 auf Gustav D., Heinrich D., Hans R., Albrecht H. und dessen beide Söhne zum Beweis dafür berufen, daß an dem während des Rechtsstreits aufgefundenen Holzstück und an anderen auch aus dem Haus ausgebauten Holzstücken Schwamm erkannt worden sei "und daß der Beklagte hiervon Kenntnis erhalten" habe. Zu dieser Formulierung der Beweisfrage sollte nach Meinung des Klägers folgender Vortrag berechtigen:

Das während des Rechtsstreits aufgefundene Stück Holz sei "durch Schwamm zerstört" worden und entstamme dem Hause (und zwar einer Stelle über der Torfahrt höchstwahrscheinlich).

Gustav D. habe auf Befragen jetzt erklärt; "für ihn und jeden Zimmermann sei ohne weiteres zu erkennen, daß es durch Schwamm zerstört sei".

Eine Rücksprache mit H[REDACTED] sen. habe ergeben, daß "auch er das Holzstück als schwammzerstört erkannte".

Auch H[REDACTED] habe erklärt, daß man das ihm vorgezeigte Holzstück als "schwammzerstört" ansprechen müsse, und Heinz D[REDACTED] habe gesagt, er halte es für "ganz ausgeschlossen, daß dem Beklagten die Holzzerstörung" an dem aufgefundenen und weiteren damals ausgebauten Holzstücken "nicht zur Kenntnis gelangt sei, da er ja immer im Hause gewohnt habe und als wirklicher Bauherr und Hauseigentümer immer gefragt worden sei". Auch habe D[REDACTED] hinzugefügt, "bei der starken Zerstörung des vorgezeigten Balkenstückes müsse man natürlich an Schwamm denken".

Das Landgericht hat die Vernehmung der Zeugen mit der Begründung abgelehnt, der Kläger habe nicht substantiiert vorgetragen, daß die Zeugen ihren Schwammverdacht auch dem Beklagten mitgeteilt hätten.

In der Berufungsbegründung hat der Kläger auf den Beweis- antrag Bezug genommen und dabei lediglich die Meinung vertreten, der Beweisantritt sei entgegen der Meinung des Landgerichts hinreichend substantiiert.

In der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht wurde dem Kläger zur Klärung des Beweisantritts in der Berufungsbegründung eine Erklärungsfrist von einer Woche eingeräumt.

In dem innerhalb dieser Frist beim Berufungsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 7. März 1957 sind nun die Zeugen benannt, deren Nichtvernehmung die Revision rügt.

Ob es sich bei diesen Zeugen zum Teil um andere Personen handelt oder inwieweit lediglich eine falsche Personenbezeichnung vorliegt, kann dahinstehen. Das Berufungsgericht hat die Nichtvernehmung ohne Rechtsverstoß damit begründet,

daß durch die Zeugen bestenfalls bewiesen worden wäre, daß sie selbst Schwamm (Trockenfäule) erkannt hätten, dies aber, da keiner der Zeugen zugleich habe bekunden sollen, daß er diese Erkenntnis dem Beklagten gegenüber zum Ausdruck gebracht habe, keinen hinreichend sicheren Schluß darauf zulasse, daß auch der Beklagte zu dieser Erkenntnis gelangt sei. Daß die Zeugen zugleich hätten bekunden sollen, sie hätten ihre Erkenntnis dem Beklagten gegenüber zum Ausdruck gebracht, wird auch von der Revision nicht geltend gemacht. Mit ihrer Meinung, dem Beklagten sei mindestens die Trockenfäule bekannt gewesen, weil er bei den Arbeiten, welche die Beseitigung von mit Trockenfäule befallenen Holzteilen zum Gegenstand gehabt hätten, zugegen gewesen sei und die Schäden tatsächlich gesehen habe, wendet sich die Revision in unzulässiger Weise gegen die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts, nach welcher der Beklagte diese Kenntnis oder auch nur einen Verdacht nicht gehabt hat.

b) Die Revision sieht eine weitere Verletzung des § 286 ZPO darin, daß das Berufungsgericht bei der Würdigung der von dem Beklagten an den Zeugen We [REDACTED] gerichteten Frage mitberücksichtigt habe, daß die Frage unwiderlegt im Jahre 1948 gestellt worden sei. Diese Feststellung treffe jedoch nicht zu. Der Kläger habe vielmehr mit seinem Schriftsatz vom 13. November 1956 geltend gemacht, daß das Gespräch des Beklagten mit dem Zeugen Wesenberg anlässlich der Instandsetzung der Küche im Jahre 1954 stattgefunden habe. Dieser Vortrag sei von dem Beklagten nicht bestritten worden, und hätte deshalb nach § 138 Abs. 3 ZPO vom Berufungsgericht der Entscheidung zu Grunde gelegt werden müssen.

Die Revision übersieht hierbei jedoch, daß nach dem Vortrag des Beklagten in seinem Schriftsatz vom 11. Januar 1957 die an den Zeugen We [REDACTED] gerichtete Frage bei der Reparatur

im Jahre 1948 gestellt wurde und der Beklagte daher den Vortrag des Klägers hinsichtlich des Zeitpunktes des Gesprächs bestritten hat. Damit sind alle Folgerungen gegenstandslos, welche die Revision aus der von ihr gerügten Verletzung des § 286 ZPO zieht.

c) Eine weitere Verletzung des § 286 ZPO soll sich nach der Meinung der Revision schließlich aus folgendem ergeben:

Der Kläger habe in der Berufungsbegründung die einzelnen an dem Haus vorgenommenen Reparaturen geschildert, bei denen der Schwamm und die Trockenfäule zu Tage getreten seien, und dabei auf die Aussage des Zeugen G. hingewiesen. Das Berufungsurteil führe dazu aus, es sei nicht erwiesen, daß diese Instandsetzungsarbeiten auch nur zum Teil der Beseitigung von echtem Hausschwamm oder von Trockenfäule gegolten hätten, jedenfalls was das Bewußtsein des Beklagten anlange. Das Berufungsgericht übersehe hierbei, daß es darauf, welche Umstände die Reparaturen veranlaßt hatten, nicht ankomme. Wesentlich sei allein, daß der Schwamm bei diesen Gelegenheiten zutage getreten, mindestens daß der Verfall von Holzteilen dem Beklagten bekannt gewesen sei.

Auch mit dieser Rüge kann die Revision keinen Erfolg haben.

Der Revision ist zwar zuzugeben, daß es darauf, welche Umstände die Reparaturen des Hauses veranlaßt hatten, nicht ankam. Dies hat das Berufungsgericht aber auch nicht verkannt. Wie sich aus dem Zusammenhang der Urteilsgründe ergibt, hat sich das Berufungsgericht an der von der Revision angeführten Stelle der Urteilsgründe mit dem Vortrag des Klägers

in der Berufungsbegründung auseinandergesetzt, es seien die Regeln des Beweises des ersten Anscheins zu beachten. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen dieses Beweises aber ohne Rechtsirrtum u.a. deshalb nicht für gegeben erachtet, weil schon nicht erwiesen sei, daß die verschiedenen Instandsetzungsarbeiten am Haus, jedenfalls was das Bewußtsein des Beklagten anlange, auch nur zum Teil der Beseitigung von echtem Hauschwamm oder von Trockenfäule gegolten hatten. Bei der Entscheidung der Frage, ob der Beklagte arglistig im Sinne der §§ 463, 476 BGB gehandelt hat, hat das Berufungsgericht dagegen nicht auf den Anlaß der Instandsetzungsarbeiten abgestellt.

Nicht zutreffend ist die Meinung der Revision, wesentlich sei allein, daß der Schwamm bei Gelegenheit der Instandsetzungsarbeiten zutage getreten sei. Wie bereits ausgeführt, erfordert die Arglist des Verkäufers vielmehr die Kenntnis des Schwamms oder mindestens einen dahingehenden Verdacht. Daß das eine oder das andere der Fall war, hat das Berufungsgericht jedoch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme verneint.

Soweit die Revision unter Bezugnahme auf RG JW 1936, 375 Nr. 2 meint, der Beklagte habe dem Kläger den ihm bei der Durchführung der Instandsetzungsarbeiten bekannt gewordenen Verfall von Holzteilen offenbaren müssen und habe daher durch sein Schweigen arglistig gehandelt, übersieht sie, daß bei dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall der Verkäufer infolge einer von ihm veranlaßten Sachverständigenbegutachtung wußte, daß sich an einem Balken Rotfäule befand, dies aber dem Käufer auf dessen Frage nach Schwamm verschwiegen hatte. In diesem Falle lag also, von der ausdrücklichen Frage des Käufers ganz abgesehen, beim Verkäufer mehr vor als lediglich die Kenntnis vom Verfall von Holzteilen.

3. Da die Ausführungen des Berufungsgerichts auch im übrigen keinen Rechtsirrtum zum Nachteil des Klägers enthalten, war dessen Revision mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen.

Dr. Augustin

Schuster

Rothe

Dr. Freitag

Dr. Mattern